

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

İKİNCİ BÖLÜM
KARAR

SERDAR KOCAKAYA BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2019/20330

Karar Tarihi : 19/10/2022

Başkan : Kadir ÖZKAYA

Üyeler : Engin YILDIRIM

M. Emin KUZ

Rıdvan GÜLEÇ

Kenan YAŞAR

Raportör : Mahmut ALTIN

Başvurucu : Serdar KOCAKAYA

Vekili : Av. Neslihan KOCAKAYA

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru; taşınmazdan fiber optik kablo geçirilmesi nedeniyle oluşan zararlarının karşılanmaması nedeniyle etkili başvuru hakkının, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmaması nedeniyle de adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 20/6/2019 tarihinde yapılmıştır. Komisyonca başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

3. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına gönderilmiştir.

4. Anayasa Mahkemesinin *Nevriye Kuruç* ([GK], B. No: 2021/58970, 5/7/2022) kararında uzun süren yargılamalar nedeniyle tazminat talep edilebilecek bir mekanizmanın mevcut olmaması sebebiyle makul sürede yargılanma hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Bunun yanında söz konusu kararın Resmî Gazete’de yayımlandığı tarihe kadar makul sürede yargılanma hakkının ihlali iddiasıyla yapılmış olan başvurular ile bu tarihten sonra kaydedilecek aynı mahiyetteki başvuruların incelenmesinin kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından itibaren dört ay süreyle ertelenmesine karar verilmiştir (*Nevriye Kuruç*, § 114). Bu durumda başvurunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin şikâyet yönünden ayrılmasına karar verilmesi gerekir.

III. OLAY VE OLGULAR

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

6. Telekomünikasyon hizmetleri 27/1/2000 tarihine kadar T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğünce yetkilendirilen işletmeciler tarafından yürütülmüştür. 27/1/2000 tarihinden sonra özel hukuk hükümlerine tabi Türk Telekom A.Ş. (Türk Telekom) her türlü telekomünikasyon hizmetlerini yürütmeye ve telekomünikasyon altyapısı işletmeye yetkili kılınmıştır. Ardından Türk Telekom 14/11/2005 tarihinde özelleştirilmiştir.

7. Başvurucunun maliki bulunduğu, Diyarbakır ili Bağlar ilçesi Zoğa Mahallesi'nde kâin 186 parsel numaralı, 154.500 m² yüz ölçümündeki başvuru konusu taşınmaz tarla vasfındadır.

8. Başvurucu 24/3/2009 tarihli noter ihtarnamesiyle başvuru konusu taşınmazın altından Türk Telekom tarafından haksız ve hukuka aykırı olarak fiber kablo geçirilmek suretiyle gerçekleştirilen tecavüz nedeniyle taşınmazda inşaat çalışmasına başlayamadığını belirterek zararlarının ödenmesini ve tecavüzün durdurularak kabloların çıkarılmasını talep etmiştir.

9. Türk Telekom 17/4/2009 tarihli ihtarname cevabında, fiber optik kablolarının altyapı deplase çalışmalarının 29/5/2007 tarihinde başladığı ve 26/7/2007 tarihinde tamamlandığı belirtilmiştir. Öte yandan kabloların toplam 1.812 m uzunluğunda ortalama 1 m derinliğinde olmak üzere 0,5 m genişliğinde kazı yapılarak 0,04 m çapında iki boru ile döşendiği ifade edilmiştir. Türk Telekom ayrıca iki ay süren bu altyapı çalışmaları sırasında taşlık, kayalık ve yamaç olan araziye zarar verilmediğini açıklamıştır. Türk Telekom bununla birlikte 4/2/1924 tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun mülga 12. ve 14. maddeleri gereğince devlete veya özel şahıslara ait arazilerden kablo geçirme hakkının olduğunu vurgulamıştır.

10. Bunun üzerine başvuru tarafından Türk Telekom aleyhine 18/11/2009 tarihinde Diyarbakır 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde (Mahkeme) açılan el atmanın önlenmesi davasıyla tecavüzün önlenmesi ve 10.000 TL tazminatın ödenmesi talep edilmiştir. Başvurucu; dava dilekçesinde, maliki bulunduğu araziden davalı şirket tarafından haber verilmeden ve kendisiyle görüşülmeden hukuka aykırı olarak ve bedel ödenmeksizin kablo geçirildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu; noter ihtarnamesiyle dile getirdiği tecavüzün sona erdirilmesi ve zararının tazmini talebinin kabul edilmediğini, söz konusu tecavüz nedeniyle taşınmazının atıl bir duruma düştüğünü, bu sebeple hiçbir ticari faaliyette bulunamadığı gibi herhangi bir inşaat çalışmasına da başlayamadığını ifade etmiştir.

11. Mahkeme 9/12/2010 tarihinde 406 sayılı Kanun'un mülga 12. ve 14. maddeleri gereğince davalının bedel ödmeden fiber optik kabloları araziden geçirme hakkı olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Başvurucunun temyiz istemi üzerine söz konusu karar, Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin (Daire) 10/10/2011 tarihli kararıyla bozulmuştur. Daire karar gerekçesinde 406 sayılı Kanun'un mülga 12. ve 14. maddelerine göre Türk Telekomun arazi ve yolların kullanımına engel olmayacak şekilde kablo geçirme hakkının mevcut olduğunu belirterek el atmasının önlenmesine karar verilemeyeceği ancak varsa zararın tazminine karar verilebileceğini vurgulamıştır. Buna göre keşif yapılarak ve döşenen hat nedeniyle taşınmazda zarar meydana gelip gelmediği tespit edilerek varsa zarar bedeline hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir.

12. Mahkemece bozma kararına uyularak bilirkişiler marifetiyle mahallinde 22/11/2012 tarihinde keşif yapılmış ve bilirkişi raporları alınmıştır. 28/11/2012 tarihli fen

bilirkişi raporunda; kazı yapılarak yer altından geçirilen boru hattı zemininde kazı hafriyatının mevcut olduğu, yüzeysel olarak kazı ve çalışma alanının 1 m genişliğinde olduğu, kablo boru hattının taşınmazın içinden geçtiği ve buna göre boru hattının kapsadığı alanın 827,36 m² olduğu belirtilmiştir. 11/1/2013 tarihli birer ziraat ve inşaat mühendisi bilirkişisinin hazırladığı raporda ise;

i. Tüm komşu parsellerin imar planı içinde olmasına rağmen başvuru konusu taşınmazın imar planı dışında kaldığı ve söz konusu kabloların taşınmazın ortasından geçtiği tespit edilmiştir.

ii. Taşınmazın sürülerek taşınmaza arpa ekildiği ancak taşınmazın el atılan kısmının sürülmediği ve el atılan kısımda tarımsal faaliyet yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

iii. Söz konusu el atılan taşınmazda şekil bozuklukları ve olumsuzluklar meydana geldiği, toprağın fiziksel, kimyasal ve biyolojik yapısının bozulduğu, toprak altüst olduğu için toprağın en verimli üst horizon yapısının bozulduğu ve belirli ürünlerin yetişmesine sınırlama getirildiği vurgulanarak taşınmaza fiilen zarar verildiği açıklanmıştır.

iv. El atılan taşınmazın 827,36 m²lik kısmının net gelir yöntemine göre dört yıllık ecrimisil bedeli 1.398,24 TL olarak hesaplanmıştır.

13. Mahkemece bilirkişiler marifetiyle mahallinde 8/5/2014 tarihinde ikinci kez keşif yapılmış ve bilirkişi raporları alınmıştır.

i. 12/9/2014 tarihli ziraat bilirkişi raporunda; taşınmazın az bir kısmında tarımsal faaliyet yapıldığı, geri kalan kısmında ise gerek eğimden gerekse doğal olarak var olan taşlıklardan dolayı tarımsal faaliyetin olmadığı gözlemlendiği vurgulanmıştır. Buna göre başvuru konusu taşınmaz için zirai açıdan değerlendirmenin uygun olmayacağı belirtilmiştir.

ii. 24/9/2014 tarihli inşaat bilirkişi raporunda taşınmazın hangi amaçla kullanılacağı belli olmadığından zarar hesabının yapılamadığı ifade edilmiştir.

iii. Aynı inşaat mühendisi bilirkişisinin sunduğu 26/1/2015 tarihli ek bilirkişi raporunda ise fiber optik kablo hattının taşınmazın tamamının kullanımını etkilediği belirtilerek taşınmazın büyüklüğü ve konumu itibarıyla yediemin otoparkı, tır garajı, sosyal tesis ve büyük lojistik firmaları için depo alanı olarak kullanılabileceği vurgulanmıştır. Buna göre taşınmazın tamamı dikkate alınarak el atma tarihinden dava tarihine kadar 800.981,77 TL aylık kira geliri hesaplanmıştır.

14. Başvurucunun aynı iddialarla 300.000 TL tazminat ödenmesi istemiyle 26/2/2015 tarihinde açtığı ek dava asıl dava ile birleştirilerek yargılamaya devam edilmiştir.

15. Mahkemece bilirkişiler marifetiyle mahallinde 22/4/2015 tarihinde üçüncü kez keşif yapılmış ve bilirkişi raporları alınmıştır. 12/6/2015 tarihli inşaat bilirkişi heyet raporunda, önceki bilirkişi raporundaki fiber optik kablo hattının taşınmazın tamamının kullanımını etkilediği ve ecrimisil bedelinin taşınmazın tamamı için hesaplanmasının teknik olarak uygun olduğu ancak hesaplama tekniğinin yanlış olduğu belirtilmiştir. Netice olarak asıl dava için 2.189.129,04 TL, ek dava için 6.194.214 TL aylık kira geliri hesaplanmıştır.

16. Yargılama devam ederken başvuru, davalıya hitaben 6/5/2015 tarihli noter ihtarnamesiyle Çevre ve Şehircilik Bakanlığı tarafından başvuru konusu taşınmaz için hazırlanan imar planına esas jeolojik jeoteknik etüt raporuna göre kabloların imar çalışmalarına engel olduğunu belirtmiştir. Netice itibarıyla söz konusu taşınmazda yapılaşmaya gidilebilmesi için teraslama ve düzeltme işlemlerinin yapılması gerektiğinden kabloların arazinin kullanımına engel olmayacak şekilde kaldırılmasını istemiştir.

17. Başvuru formunda söz konusu kabloların 2015 yılı Haziran ayında söküldüğü belirtilmiştir.

18. Mahkemece 13/3/2018 tarihinde davanın reddine karar verilmiştir. Kararın gerekçesi özetle şöyledir:

i. Ecrimisil tazminatının başkasının taşınmazını haksız olarak kullanmış olan kötü niyetli kimsenin, o taşınmazı haksız olarak elinde tutmasından doğan zararı ve elde ettiği veya etmeyi ihmal eylediği semereleri ödemekle yükümlü olduğu açıklanarak davalının müdahalesinin 406 sayılı Kanun'a dayandığı vurgulanmıştır.

ii. Davanın esası başvurunun taşınmazdan faydalanamamasından kaynaklanan zararın belirlenmesi olmasına rağmen bilirkişilerce taşınmazın değerinin ve ecrimisil bedelinin hesaplandığı belirtilerek bilirkişilerin ecrimisil hesaplamasına ilişkin tespit ve değerlendirilmelerine itibar edilmediği açıklanmıştır.

19. Mahkeme kararı Dairece 20/12/2018 tarihinde onanmıştır. Karar düzeltme talebi ise aynı Daire tarafından 2/5/2019 tarihinde kabul edilerek bu kez kararın değişik gerekçeyle onanmasına karar verilmiştir.

20. Nihai karar 23/5/2019 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Başvurucu 20/6/2019 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

1. İlgili Mevzuat

21. 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Taşınmaz mülkiyetinin içeriği*" başlığı altında "*Kapsam*" kenar başlıklı 718. maddesi şöyledir:

"Arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar.

Bu mülkiyetin kapsamına, yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynaklar da girer."

22. 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "*Amaç ve kapsam*" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun; kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan taşınmaz malların, Devlet ve kamu tüzelkişilerince kamulaştırılmasında yapılacak işlemleri, kamulaştırma bedelinin hesaplanmasını, taşınmaz malın ve irtifak hakkının idare adına tescilini, kullanılmayan taşınmaz malın geri alınmasını, idareler arasında taşınmaz malların devir işlemlerini, karşılıklı hak ve yükümlülükler ile bunlara dayalı uyumsuzlukların çözüm usul ve yöntemlerini düzenler.

Özel kanunlarına dayanılarak gerçek ve özel hukuk tüzelkişileri adına yapılacak kamulaştırmalarda da, bu Kanun hükümleri uygulanır.

23. 406 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Posta ve telgraf tesis ve işletilmesine ilişkin hizmetler T.C. Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğüne (PTT), telekomünikasyon hizmetleri ise yetkilendirilen işletmeciler tarafından yürütülür. Posta ve telgraf hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar PTT Yönetim Kurulunca belirlenir.

...

(Ek fıkra: 27/1/2000-4502/1 md.; Değişik : 12/5/2001-4673/1 md.) Türk Telekom, bu Kanun ve özel hukuk hükümlerine tabi bir anonim şirkettir. (Mülga cümleler: 5/11/2008-5809/66 md.)

24. 406 sayılı Kanun'un mülga 12. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Posta ve telgraf ve telefon idaresi kendi nâkil ve kablolarının tesis ve vazı için umuma ait arazi ve tarikleri işbu arazi ve tunik üzerinde mürür ve ubura sureti daimede halel gelmemek üzere istimal etmek hak ve salâhiyetini haizdir. Meydanlar, köprüler, sahilleri de dahil olduğu halde umumî sular dahi tariki âm ad ve itibar olunur. Yolların hüsnü muhafazasına ait tesisat ile tramvay ve şimendifer ve diğer bilcümle elektrik tesisatı telgraf ve telefon nâkillerine halel vermiyecek bir surette icra ve sevk ve idare olunur."

25. 406 sayılı Kanun'un mülga 14. maddesi şöyledir:

"Hükümet, eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin dahilinde ve emlâk ve müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına salâhiyettardır. Ancak yapılacak tesisat işbu arazi, emlâk ve müessesatın istimal ve istifadesini haleldar etmemesi lâzımdır."

26. 5/11/2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun "Geçiş hakkının kapsamı" kenar başlıklı 22. maddesi şöyledir:

"(1) Geçiş hakkı; elektronik haberleşme hizmeti vermek amacıyla, her türlü elektronik haberleşme alt yapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını, kamu ve/veya özel mülkiyete konu taşınmazların altından, üstünden, üzerinden geçirme ve bu alt yapıyı kurmak, değiştirmek, sökmek, kontrol, bakım ve onarımlarını sağlamak ve benzeri amaçlarla söz konusu mülkiyet alanlarını bu Kanun hükümleri çerçevesinde kullanma hakkını kapsar."

27. 5809 sayılı Kanun'un "Geçiş hakkı talebinin kabulü" kenar başlıklı 23. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Taşınmaza kalıcı zarar verilmemesi, bu taşınmaz üzerindeki hakların kullanımının sürekli biçimde aksatılmaması koşuluyla, teknik olarak imkan dahilinde, seçeneksiz ve ekonomik açıdan orantısız maliyetler ihtiva etmeyen geçiş hakkı talepleri, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir."

28. 2/5/2006 tarihli ve 26156 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan mülga Telekomünikasyon Hizmetlerinin Yürütülmesinde Geçiş Hakkına İlişkin Yönetmelik'in (mülga Yönetmelik) "Tanımlar" kenar başlıklı 4. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Bu Yönetmelikte geçen;

a) Geçiş Hakkı: İşletmecilere, telekomünikasyon altyapısını kurmak, kaldırmak, bakım ve onarım yapmak ve benzeri amaçlar ile kamu ve özel mülkiyet alanlarının altından, üstünden, üzerinden geçmeleri için tanınan ayrıcalıklı hakları,

b) Geçiş Hakkı Bedeli: İşletmecinin, geçiş hakkı karşılığında geçiş hakkı sağlayıcısına ödeyeceği bedeli,

c) Geçiş Hakkı Sağlayıcısı: Geçiş hakkına konu olan kamuya ait ya da kamunun ortak kullanımında olan taşınmazlar da dahil olmak üzere, taşınmazın sahipleri ve/veya taşınmaz üzerindeki hak sahiplerini,

...

ifade eder"

29. Mülga Yönetmelik'in "Geçiş hakkının kapsamı" kenar başlıklı 5. maddesi şöyledir:

"(1) Geçiş hakkı; işletmecinin, 406 sayılı Kanun ve bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde hizmet vermek amacıyla her türlü telekomünikasyon altyapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını, geçiş hakkı kapsamında kullanılacak kamuya ait arazi ve yollar, meydanlar, köprüler, sahiller, karasuları ve göller ile özel mülkiyete konu taşınmazların altından, üstünden, üzerinden geçirmesini ve bu altyapıyı kurmak, değiştirmek, sökmek, kontrol, bakım ve onarımlarını sağlamak ve benzeri amaçlarla yukarıda ifade edilen alanların kullanmasını kapsar."

30. Mülga Yönetmelik'in "İlkeler" kenar başlıklı 6. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"(1) Geçiş hakkı uygulamasında aşağıdaki ilkeler esas alınır:

c) Geçiş hakkının kullanılmasının öncelikli tarafların anlaşmasına bağlı olması,

e) Geçiş hakkı uygulamasının teknik açıdan imkânlı, ekonomik açıdan orantılı ve makul olması,

...

e) Geçiş hakkının kullanımının taşınmaza kalıcı zarar vermemesi ve geçiş hakkı sağlayıcısının bu taşınmaz üzerindeki haklarının kullanımını sürekli biçimde aksatmaması,

...

g) Çevre korumacılığı, şehir ve ülke planlamacılığından kaynaklanan özel koşulların göz önünde tutulması,"

31. Mülga Yönetmelik'in "Anlaşma serbestisi" kenar başlıklı 7. maddesi şöyledir:

"(1) Taraflar, ilgili mevzuata, görev ve imtiyaz sözleşmelerine, telekomünikasyon ruhsatlarına, genel izinlere ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak koşulu ile

22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri saklı olmak üzere geçiş hakkına ilişkin serbestçe anlaşma yapabilirler."

32. Mülga Yönetmelik'in "Geçiş hakkı bedeline dair ilkeler" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Geçiş hakkı sağlayıcısının talep edebileceği geçiş hakkı bedeli, taraflar arasında, bu Yönetmelikte yer alan ilkeler çerçevesinde ve bu hakkın suistimaline yol açmayacak şekilde serbestçe belirlenir.

(2) Fizibilite, inceleme, tetkik, ruhsat, zemin tahrip bedeli, yer değişikliği bedeli, var olan faaliyeti durdurma bedeli, ve benzeri adlarla alınan ücretler ve tazminatlar, taraflar arasında yapılan geçiş hakkı anlaşmasında aksi belirtilmediği sürece işletmeci tarafından karşılanır."

33. Mülga Yönetmelik'in "İşletmecinin yükümlülükleri" kenar başlıklı 11. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) İşletmeci, geçiş hakkı uygulamasında bu Yönetmeliğin 6 ncı maddesinde belirtilen ilkelere uymakla ve geçiş hakkını kullanırken taşınmaza vereceği her türlü zararları en kısa sürede tazmin etmekle yükümlüdür."

2. Yargıtay Kararı

34. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 23/6/2021 tarihli ve E.2020/1912, K.2021/5392 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Davacı, taşınmazına direk dikilmek suretiyle gerçekleşen müdahale nedeniyle gerçekleşen ecrimisil alacağının tahsili amacıyla başlattığı icra takibine davalının haksız yere itiraz ettiğini belirterek itirazın iptali ile icra inkar tazminatına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili, davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı Kurum tarafından dikilen direğin davacı tarafından dava konusu taşınmazın kullanımına engel teşkil etmediği ve bu doğrultuda davacının herhangi bir zararının bulunmadığı gerekçesiyle ispat edilemeyen davanın reddine karar verilmesi üzerine; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, ecrimisil alacağının tahsili amacıyla başlatılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkindir.

...

Bilindiği gibi; 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 14. maddesine göre; "hükümet eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin dahilinde emlak ve müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına salahiyyettardır. Ancak yapılacak tesisatın, işbu arazi emlak ve müessesatın istimal ve istifadesini haleldar etmemesi lazımdır". Bu hükümler uyarınca, bir taşınmaz üzerinde tesisat yapılması halinde taşınmaz mal maliklerinin mülkiyet hakkı devam eder ve yapılan işlem hukuk açısından ne bir kamulaştırma ve ne de irtifak

hakki kurma olarak nitelendirilebilir. Aksine, yasa koyucu, malikin mülkiyet hakkını korumak amacıyla, kurulacak telgraf ve telefon tesisatının taşınmaz malın malikinin kullanma ve yararlanma, haklarını engellememesi koşulunu öngörmüştür. Demek oluyor ki, bir taşınmaz üzerinde 406 sayılı Kanun'un 14. maddesi hükmünce telgraf ve telefon tesisatı kurulması, malikin taşınmazı kullanma ve ondan yararlanma haklarını engellememesi halinde mümkündür.

Eldeki davada, telefon direği dikilmek suretiyle taşınmazın arzına müdahale edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Elatma tarihinde yürürlükte bulunan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 12 ve 14. maddelerine göre, davalı Türk Telekom A.Ş'nin kullanımına engel olmayacak şekilde araziden kablo geçirme hakkı mevcuttur. Ancak; dosya içindeki bilgi ve belgelere göre taşınmaza direk dikmek suretiyle elatıldığı davalı kurum tarafından faydalanıldığı anlaşıldığından davacının Türk Medeni Kanunu'nun 683.maddesinden kaynaklanan mülkiyet hakkına değer verilerek; davalı kurumun elatma tarihi ile elatmaya son verildiği tarih tespit edilip davacı alacaklı tarafından talep edilen ecrimisil dönemi de dikkate alınarak bilrkişiye ecrimisil alacağı hesaplattırılarak sonucuna göre itirazın iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır."

35. Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin 16/12/2020 tarihli ve E.2018/7575, K.2020/8306 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Davacı vekili; müvekkilinin Batman ili, Beşiri ilçesi, 304 parsel sayılı taşınmazın tamamının maliki olduğunu, davalı Kurumun müvekkilinin müsaadesi olmadan taşınmazının altından kablo geçirdiğini ve bu durumun halen devam ettiğini, herhangi bir ücret ödenmediğini, öte yandan araziden geçirilen kablolar için yapılan kazılarda çok sayıda meyve ağacının kökünün kesildiğini, bu nedenle ağaçların zarar gördüğünü, bir kaç cm toprağın altında bulunan kablolar nedeniyle müvekkilin istediği şekilde tarlasından faydalanamadığını, çünkü biraz derin kazarsa veya sürerse davalı Kuruma ait kabloların zarar gördüğünü belirterek, fazlaya ilişkin haklar saklı kalmak kaydıyla ecrimisil-kullanma bedeli olarak 500 TL, ağaçların kesilmesi nedeniyle uğranılan zarar nedeniyle de 500 TL olmak üzere toplam 1000 TL tazminatın kabloların döşendiği tarihten itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalı taraftan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

...

Mahkemece; dava konusu taşınmazın, 3083 sayılı Yasa uygulanarak 158 ada, 9 ve 11 nolu parsellere ayrıldığı, kabloların geçtiği hattın 158 ada 11 nolu parsel içinde kaldığı, keşifte dinlenen tanık beyanlarına göre; kabloların döşenmesi sırasında ağaçların zarar gördüğü belirlenmiş, ancak söz konusu kabloların 1996 veya 98 yıllarında geçirildiği bu haliyle Borçlar Kanunu'nun 72.maddesine göre haksız fiilden kaynaklanan, ağaçlarda meydana gelen zararın 10 yıllık zamanaşımı nedeniyle istenemeyeceği değerlendirilerek maddi zarar talebi reddedilmiş, öte yandan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 12 ve 14. maddeleri uyarınca davalı şirketin, mülkiyet hakkını kısıtlanamamak, istifadeyi engellemek ve zarar vermeme kaydıyla telefon ve telgraf nakillerine ilişkin kablo döşeyebilme yetkisi bulunduğu belirtilerek ecrimisil yönünden de ret kararı verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir.

Dava, ecrimisil ve maddi tazminat istemlerine ilişkindir.

Tüm dosya kapsamı ve toplanan delillerden; dava konusu Beşiri ilçesi 304 parsel sayılı taşınmazın, 158 ada 9 parsel ve 158 ada 11 parsel ayrıldığı, dava konusu 158 ada 11

parşel sayılı kabloların geçtiği tarla niteliğindeki taşınmazda davacının tam malik olduğu, kabloların 1998-1999 yıllarında geçirildiği, kabloların geçirildiği sırada tarlada bulunan ceviz ağaçlarının kesildiği anlaşılmaktadır.

...

2. Davacı vekilinin ecri misil yönünden temyiz itirazlarına gelince; Kablonun davalı Kurumca taşınmazdan geçirildiği tarihte yürürlükte bulunan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 12 ve 14. maddelerine göre davalı Türk Telekom'un arazi ve yolların kullanımına engel olmayacak şekilde kablo geçirme hakkı mevcuttur. Hal böyle olunca; davacının dava dilekçesinde toprağın altından geçen kablolar nedeniyle taşınmazından istediği gibi faydalanamadığını, süremediğini, kazamadığını belirtmesi karşısında bu hususun keşfen tespit edilmesi, davalı Kuruma ait kabloların dava konusu taşınmazın kullanımına engel teşkil ettiğinin belirlenmesi durumunda ise, davalının süresinde verdiği cevap dilekçesinde zamanaşımı definde bulunduğu da gözetilerek dava tarihinden geriye doğru beş yıllık dönem için ecri misile hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir."

36. Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 2/11/2012 tarihli ve E.2012/15433, K.2012/22536 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Davacılar vekili; müvekkillerinin müştereken maliki bulundukları arsa vasıflı 4 adet taşınmaza davalı kurumun kablo geçirmek suretiyle el attığını ileri sürerek; dava tarihinden itibaren geriye doğru beş yıllık dönem için fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 5.000 TL ecri misilin el atma tarihinden itibaren işleyecek temerrüt faizi ile birlikte tahsilini talep etmiştir.

...

Mahkemece; yasal düzenlemeler uyarınca davalı kurumun davacılar a it taşınmazlardan elektronik haberleşme altyapısını ve bunların destekleyici ekipmanlarını geçirme hakkının bulunduğu, dava konusu edilen eylemin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

...

Bundan ayrı, mülga 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanununun 14. maddesi ile 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 22 ve 23. maddelerine göre, davalı idarenin taşınmazların kullanımına engel olunmayacak şekilde telefon hattı geçirme hakkı mevcuttur. Dava konusu taşınmazlar ise, belediye imar planı içerisinde yer almaktadır. Bu durum itibarı ile davalı kuruma ait haberleşme tesislerinin, dava konusu taşınmazların kullanımına engel teşkil edip etmediğinin belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Hal böyle olunca; mahkemece, davacı taraftan saklı tuttuğu fazlaya ilişkin hak miktarı sorularak talep edilen toplam ecri misil miktarının ve buna bağlı olarak mahkemenin davaya bakmakla görevli olup olmadığının saptanması, davanın mahkemenin görevine girdiğinin belirlenmesi halinde ise açıklanan yasa hükümlerinin mahallinde keşif yapılmak suretiyle değerlendirilmesi, el atmanın bu hükümler kapsamında mütalaa edilip edilemeyeceğinin tartişılması ve sonucuna göre bir hüküm kurulması, aksi halde ise görev yönünden dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, bu yönler gözardı edilerek eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır.

...

3. Anayasa Mahkemesi Kararı

37. Anayasa Mahkemesinin 10/6/1993 tarihli ve E.1993/9, K.1993/21 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

Davaya bakan mahkeme kişiye ait arazide PTT'nin tesisat yapmasına olanak veren 4.2.1924 günlü, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 14. maddesinin Anayasa'nın 10., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu saviyle iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

...

2- Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden İnceleme

Mahkeme, kişilerin arazilerini kullanırken bunların altından yararlanma yetkilerinin ve genellikle inşaat yapımlarının engellendiğini, çoğu defa haber verilmeden ve irtifak hakkı tesis edilmeden PTT yeraltı hatlarının geçirildiğini, dava konusunda olduğu gibi zararlı sonuçların doğduğunu belirterek Anayasa'nın 35. maddesine aykırılıktan söz etmiştir.

...

406 sayılı Kanunun itiraz konusu 14. maddesiyle mülkiyet hakkı kimi koşullarla sınırlanmış ve kayıtlanmıştır. Ancak, telgraf ve telefon gibi toplumu ilgilendiren bir haberleşme tesisinin en kolay ve hızlı biçimde gerçekleştirilmesi amaçlandığına göre; mülkiyet hakkına konulan bu kayıtlama, kamu yararına dayanmakta, haberleşme hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 22. maddesi gerekleriyle kişi yararına da olmakta ve maddedeki koşullar karşısında Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili 13. maddesine de aykırılık oluşturmamaktadır.

Kaldı ki, söz konusu düzenlemede, arazi sahibinin mülkü üzerinde sahip olduğu kullanma ve yararlanma hak ve yetkilerine PTT'nin engel olmaması koşulu getirilmiştir. Maddenin incelenmesinden açıkça anlaşıldığı üzere PTT İşletmesi binaların dışında ve arazi kapsamına giren taşınmazların içinde, kullanma ve yararlanma haklarına engel olmayacak biçimde tesisat yapabilecektir. PTT, bu yetkinin kullanılmasında ve koşulların nazara alınmasında konunun önemine uygun özeni göstermek zorundadır. İnşaat ve benzeri nedenlerle sonradan çıkacak kullanma ve yararlanma ihtiyacının bildirilmesi halinde aynı Yasa'nın 25. maddesi uyarınca PTT gerekli olanağı sağlamakla yükümlüdür.

Bu nedenlerle inceleme konusu düzenleme Anayasa'nın 35. maddesine aykırı değildir.

3- Anayasa'nın 46. Maddesi Yönünden İnceleme

Mahkemece, PTT'nin, kişilerin taşınmazlarından yararlanabilmesi için Anayasa'nın 46. maddesi uyarınca irtifak hakkı kurulmasının gerekliliği üzerinde durulmuş ve bu husus gözetilmeksizin yapılan düzenlemenin Anayasa'nın 46. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 46. maddesinin birinci fıkrası hükmü ile Devlete ve kamu tüzelkişilerine, kamu yararının gerektirdiği hallerde, özel mülkiyet konusu olan taşınmazları kamulaştırma

veya bunlar üzerinde idari irtifaklar kurma yetkisi verilmiş ve gerçek değerin peşin olarak ödenmesi ilkesi benimsenmiştir.

Kamulaştırılan taşınmaz üzerinde malikin hukuki ilişkisinin ortadan kalkması, kamulaştırma hukukunun ilkelerindendir. İtiraz konusu maddede kamulaştırmadan ve üzerinde tesisat yapılacak taşınmaz mal mülkiyetinin idareye geçeceğinden söz edilmemiştir. Bu kural uyarınca araziden tesisat geçirilmesi halinde, malikin mülkiyet hakkı devam etmektedir. İdarenin anılan maddeye dayanarak tesisat yapması, hukuk açısından bir kamulaştırmayı veya idari irtifak hakkı kurmayı zorunlu kılacak nitelikte değildir. Öte yandan, taşınmaz mal üzerinde telgraf ve telefon tesisatı yapma yetkisi, malikin kullanma ve yararlanma haklarının saklı tutulması koşuluyla sınırlandırdığından, söz konusu hükümle, idareye taşınmaz mallara kamulaştırmasız elatma yetkisi tanındığı biçiminde değerlendirilemez. Yapılacak tesisat ile malikin kullanma ve yararlanma haklarının engelleneyeceği anlaşılan durumlarda ise, taşınmazın tümünün ya da bir bölümünün kamulaştırılması veya taşınmaz üzerinde idari irtifak kurulması gerekir. Kaldı ki, PTT tarafından kişilerin arazilerine tesisat yapılması ya da yapılan tesisat ile mülk sahibinin, kullanma, yararlanma olanaklarının ortadan kaldırılması durumunda malikin yargıya başvurabileceği açıktır.

Bu nedenlerle itiraz konusu maddenin Anayasa'nın 46. maddesine aykırı bir yönü yoktur.

...

KARŞIOY GEREKÇESİ

'Arazi' sözcüğüyle sınırlı olarak esası incelenen 14. maddeyle Hükümet, kişilerin kullandığı arazinin içinde, yapıların ve kuruluşların dışında telgraf ve telefon donanımı kurmaya yetkili kılınmakla birlikte yapılacak donanımın kurulduğu-geçirildiği arazi, yapı ve kuruluşların kullanımını ve onlardan yararlanmayı engellememesini öngörmektedir. PTT işletmesi olarak algılamak zorunluluğu bulunan 'Hükümet'in içinden telgrafya da telefon donanımı geçirmesine katlanmak durumunda bırakılan arazi sahibinin oluru gerekliliği kılınmayan düzenleme hukuk devleti ilkesiyle çatışmaktadır. Anayasal güvenceye bağlı mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlanması düzeyini ve niteliğini aşan, bu koşullara uymayan oluşum, arazi sahibine karşılıksız yükümlülük değil, katlanma zorunluluğu getirmektedir. Bu durumuyla yönetsel bir irtifak hakkı olmadığı gibi Medeni Yasa kapsamında düşünülecek taşınmaza ilişkin ya da kişisel irtifak hakkı da değildir.

Taşınmaz üzerinde sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesindeki nedenler dışında gerçekleştirilmesi olanaksızdır. 1961 ve 1982 Anayasalarından önce yürürlüğe konulmuş bir yasada hukuk devleti ilkesine uyma özeni aranmayabilirdi. Oysa günümüzde bu gerekleri gözardı etmek Anayasa'ya aykırılığı gündeme getirir.

Taşınmaz sahibinin kimi haklardan yoksun bırakıldığı bir yükümlülük (olumsuz edim) değil, başkalarının kimi eylemlerine katlanma zorunda bırakılması (olumlu edim) bu niteliğiyle mülkiyet hakkının sınırlanmasını aşan, kısıtlanmasına ilişkin özel bir durumdur.

Anayasa'nın 46. maddesiyle ilgisi olmayan bu elatma, Anayasa'nın 35., 13. ve 2. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Sınırlama ancak Anayasa'nın 13. maddesindeki gereklerle, 46. maddesindeki koşuluna uyularak gerçekleştirilebilir.

Bu nedenlerle çoğunluk kararına katılamıyoruz.

...

KARŞIOY YAZISI

4.2.1924 kabul tarihli ve 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 14. maddesi, Hükümet eşhasın tahtı tasarrufundaki arazinin dahilinde ve emlak ve müessesatın haricinde telgraf ve telefon tesisatı inşasına selahiyettardır. Ancak yapılacak tesisat işbu arazi, emlak ve müessesatın istimal ve istifadesinihelaldar etmemesi lâzımdır" biçiminde bir kuralı öngörmektedir.

Maddelerin günümüz Türkçesindeki anlamı, gerçek kişilerin ya da özel hukuk tüzelkişilerinin tasarrufu altındaki arazinin içinde bina ve müesseselerin dışında telgraf ve telefon tesisatı yapmaya... Hükümet yetkilidir. Buradaki "Hükümet" sözcüğü PTT yönetimini ifade etmektedir.

Telgraf ve telefon tesisatı yapımı, hiç kuşkusuz bir "kamu hizmeti" gereksinimini karşılamayı amaçlar. "Kamu hizmeti"nin varlığı ise, bir "Kamu yararı"nın varlığına kanıttır. Bu nedenle de, bir kamu yönetimi olan PTT yönetiminin, üstlendiği kamu hizmetini, yani telgraf ve telefon tesisatını yapma ereğine ulaşabilmesi için, itiraz yoluyla iptal istemine konu edilen 406 sayılı Yasa'nın 14. maddesine dayanarak bireylerin ya da özel hukuk tüzel kişilerinin arazilerinin içine, binalarının ya da tesislerinin dışına müdahale yetkisi vardır. Bu yetkiyi kullanma öncesinde, bir bedel karşılığında ya da bedel ödemededen malikin rızasının alınması, bir uzlaşma yöntemi zorunluluğu, anılan Yasa kuralında öngörülmemiştir.

...

Bir kamu yönetiminin, kamu hizmetini yürütebilmek için sahip olduğu yetki, önceliğini "kamu gücü"nden değil, "kamu yararı"ndan almaktadır. Kuvvet hakkın değil, hak kuvvetin belirleyicisidir. Bir hukuk devletinde olması gereken de budur. O halde burada, evrensel boyutlarda ve kutsal nitelik taşıyan bir "temel hak" ile, vazgeçilmezliği kuşku götürmeyen, ağırlıklı önemi, gerekliliği ve çağdaş özelliği yadsınamayacak "toplum yararı"nın bağdaştırılması sözkonusudur.

Kanımızca, Anayasa'nın "Mülkiyet hakkı"nı düzenleyen ve üç fıkradan oluşan 35. maddesindeki buyurucu kurallar, bu hak kullanabilme özgürlüğü ile, toplumun yoğunlaşan ve güncellenen ortak beklentilerinden kaynaklanan "kamu-toplum yararı"nı mantıksal bir temelde bağdaştırıp dengelemiştir.

Türk Medenî Kanunu da 618. maddesinde öngördüğü mülkiyet hakkını tanımlarken, "Bir şeye malik olan kimse, o şeyde kanun dairesinde dilediği gibi tasarruf etmek hakkına haizdir..." demek suretiyle, iki kavram arasındaki uzlaştırma gereksinimini "yasa"nın takdir gücüne bırakmıştır.

Temel hakların en önemlilerinden biri olan mülkiyet hakkının, ona sahip olanın "...dilediği gibi..." kullanabilmesinin de yasal bir çerçevesi vardır.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlığı altında ve genel sınırlama nedenlerini belirleyen 13. maddesinin birinci fıkrasına göre "temel hak ve hürriyetler, kamu yararının, ... korunması amacı ile...., Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir." Bu "genel sınırlama nedeni"nden ayrı olarak, yine

Anayasa'nın mülkiyet hakkına ilişkin 35. maddesinin ikinci fıkrası, "Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir." biçiminde bir "özel sınırlama nedeni"ni de içermektedir.

Hemen işaret edelim ki, Anayasa'nın bu iki kuralının öngördüğü sınırlamanın da bir sınırı olduğunu, Anayasa'nın 13. maddesinin ikinci fıkrası duraksamaya yer bırakmayacak bir açıklık ve kesinlikle göstermektedir: "Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz." Bu, bir ölçü-normdur ve uyulması zorunludur.

İtiraz yoluyla iptal istemine konu edilen 406. sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 14. maddesi ise, PTT yönetimince yerine getirilecek ve kuşkusuz birer kamu hizmeti olan telgraf ve telefon tesisatı için mülkiyet hakkına müdahale yetkisi karşılığında rayiç bedel ödenmesi ya da malikie uzlaşma yöntemine başvurulması olanağını içermemektedir. Kamu yararına dayalı kamu hizmeti, tek yanlı bir devlet gücüyle karşılanır durumdadır. Bu da, "demokratik toplum düzeninin" gerekleriyle çatışmaktadır. bir başka anlatımla temel hakkın özüne dokunmaktadır. Oysa, kamu hizmetinin amacına göre, Anayasa'nın 46. maddesindeki "kamulaştırma" kuralları uygulanabilir.

Açıklanan nedenlerle, 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 14. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ve iptal edilmesinin gerektiği kanısıyla, çoğunluk yönündeki karara karşıyız."

38. Anayasa Mahkemesinin 14/5/2015 tarihli ve E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...

L- Kanun'un 99. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında kamu yararının bulunduğu, ancak mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerektiği, taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin kamulaştırmaya ilişkin anayasal ilkelere bağdaşmadığı gibi mülkiyet hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 13.. 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 99. maddesiyle anılan maddeye eklenen ikinci fıkranın birinci cümlesinde, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği belirtildikten sonra, ikinci cümlesinde, taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde,

taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı kurala bağlanmıştır. Dava konusu üçüncü cümlede ise taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği ifade edilmiştir. Buna mukabil fıkranın son cümlesinde, yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli de alınamayacağı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, taşınmazın altını ve üstünü de kapsamaktadır. Bu itibarla, taşınmaz maliki, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini taşınmazın üzerinde ve altında da kullanabilir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, taşınmazın üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilirliği öngörülmüştür. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmasında kamu yararı bulunduğu hususunda tereddüt bulunmadığından bu tür yatırımların yapılması amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır. Ancak bu amaçla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

Taşınmaz üzerinde irtifak tesis edilmesi gibi taşınmazın değerini azaltan her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz üzerinde kamu irtifakı kurulması yoluyla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçüsüz kılacaktır.

Dava konusu kuralla, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin öngörülmesi, malikin bu yatırımlar dolayısıyla doğabilecek ekonomik kayıplarının karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaması öngörülme suretiyle malikin çıkarları ile kamu çıkarları arasında bir dengeleme yapılmaya çalışılmış ise de sözü edilen yatırımlar sebebiyle taşınmazda meydana gelebilecek değer artışlarının her zaman için malikin tüm ekonomik kayıplarını telafi edemeyebileceği açıktır. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri gibi ilgili bölgede yaşayan kişiler bakımından büyük yararlar sağlayan yatırımların külfetinin bir kısım taşınmaz maliklerine yüklenmesi adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmaz. Dolayısıyla anılan yatırımlar sonucu taşınmazların değerinde oluşan azalma nedeniyle, taşınmazda meydana gelen değer artışları da dikkate alınmak suretiyle taşınmaz maliklerine uygun bir tazminatın ödenmesi mülkiyet hakkının gereğidir. Malikin tazminat imkânından mahrum bırakılması, kamu yararı ile bireysel yarar arasında kurulması gereken adil dengenin malik aleyhine ölçüsüz bir şekilde bozulmasına yol açabilir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

B. Uluslararası Hukuk

39. Konu hakkındaki ilgili uluslararası hukuk için bkz. *Abdullah Tantaş ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/2739, 15/12/2021, §§ 26-36.

V. İNCELEME VE GEREKÇE

40. Anayasa Mahkemesinin 19/10/2022 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları

41. Başvurucu; kendisine haber verilmeksizin taşınmazının ortasından fiber optik kablo döşenmek suretiyle taşınmazına hukuk dışı el atılmasından, bu nedenle oluşan zararlarının karşılanmamasından, imar ve inşaa çalışmaları yapamamasından yakınmaktadır. Başvurucu özellikle taşınmazı kullanamadığını ve mevcut hâliyle yediemin otoparkı veya güntübirlik tesis olarak kiraya verebilecekken kiraya veremediğini vurgulamıştır. Başvurucuya göre bilirkişi raporlarında kablonun taşınmazın tamamının kullanımına engel olduğu tespit edilip yüksek tazminat miktarı hesap edildikten sonra 2007-2015 yılları arasında 8 yıl taşınmazı işgal eden davalı şirketin 2015 Haziran'ında bir gecede basit bir işlemle kabloları çıkarması kötü niyetli olduğunun ispatıdır. Başvurucu ayrıca imar düzenlemesi yapılabilmesi için yamaç ve kayalık bir yapısı olan taşınmazda iş makineleriyle birtakım düzenlemeler yapılması gerektiğinin belediye tarafından bildirildiğini ancak söz konusu kablolar sebebiyle gerekli işlemleri yapamaması nedeniyle taşınmazın tamamının park alanı ilan edildiğini ve böylece taşınmazının değer kaybettiğini ifade etmiştir. Başvurucu netice itibarıyla taşınmazına sekiz yıldan fazla bir süre el atıldığı hâlde tazminat ödenmemesinin mülkiyet ve adil yargılanma haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

B. Değerlendirme

42. Anayasa'nın 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

43. Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" kenar başlıklı 40. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir."

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). Başvurucu, hukuka aykırı el atma dolayısıyla oluşan zararlarını elde edememekten yakınmıştır. Başvurucunun şikâyetinin Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde güvence altına alınan etkili başvuru hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

45. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Genel İlkeler

46. Etkili başvuru hakkı; anayasal bir hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkes hakkın niteliğine uygun olarak iddialarını inceletebileceği makul, erişilebilir, ihlalin gerçekleşmesini veya sürmesini engellemeye ya da sonuçlarını ortadan kaldırmaya (yeterli giderim sağlama) elverişli idari ve yargısal yollara başvuruda bulunabilme imkânı sağlanması olarak tanımlanabilir (Y.T. [GK], B. No: 2016/22418, 30/5/2019, § 47; *Murat Haliç*, B. No: 2017/24356, 8/7/2020, § 44).

47. Öte yandan şikâyetlerin esasının incelenmesine imkân sağlayan ve gerektiğinde uygun bir telafi yöntemi sunan etkili hukuk yollarının olması ilgililere etkili başvuru hakkının sağlanmasının bir gereğidir. Buna göre kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi amacıyla öngörülen yargı yollarının mevzuatta yer alması yalnız başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda pratikte de başarı şansı sunması gerekir. Söz konusu yola başvurulabilmesi için öngörülen koşullar somut olaylara tatbik edilirken dayanak işlem, eylem ya da ihmallerden kaynaklanan savunulabilir nitelikteki iddiaların bu doğrultuda geniş şekilde değerlendirilmesi, koşulların oluşmadığı sonucuna ulaşılması durumunda ise bu durumun yargı makamları tarafından ilgili ve yeterli gerekçelerle açıklanması gerekir (*İlhan Gökhan*, B. No: 2017/27957, 9/9/2020, §§ 47, 49).

48. Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" hükmüne yer verilerek mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 5. maddesinde ise insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Mülkiyet hakkının etkili bir şekilde korunabilmesi yalnızca devletin bu haklara müdahaleden kaçınmasıyla sağlanamaz. Anayasa'nın 5. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde 35. maddesi uyarınca devletin pozitif yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bu pozitif yükümlülükler kimi durumlarda özel kişiler arasındaki uyumsuzluklar da dâhil olmak üzere söz konusu temel hakların korunması için belirli tedbirlerin alınmasını gerektirmektedir (AYM, E.2019/40, K.2020/40, 17/7/2020, § 37; AYM, E.2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, § 13; *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, §§ 34-38; *Eyyüp Boynukara*, B. No: 2013/7842, 17/2/2016, §§ 39-41; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limitet Şirketi*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 43).

49. Devletin pozitif yükümlülükleri nedeniyle mülkiyet hakkı bakımından koruyucu ve düzeltici bazı önlemler alması gerekmektedir. Koruyucu önlemler mülkiyete müdahale edilmesini önleyici; düzeltici önlemler ise müdahalenin etkilerini giderici, diğer bir ifadeyle telafi edici yasal, idari ve fiili tedbirleri kapsamaktadır. Mülkiyet hakkına müdahalenin malik üzerinde doğurduğu olumsuz sonuçların mümkünse eski hâle döndürülmesi, mümkün değilse malikin zarar ve kayıplarının telafi edilmesini sağlayan idari veya yargısal birtakım hukuki

mekanizmaların oluşturulması devletin pozitif yükümlülüklerinin bir gereğidir (*Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri*, B. No: 2014/8649, 15/2/2017, § 46, 48).

50. Kamulaştırmasız el atma birçok anayasal güvenceyi zedeleyen ağır bir mülkiyet hakkı ihlalidir. Diğer yönüyle kamulaştırmasız el atma Anayasa'da mutlak olarak yasaklanan bir müdahale biçimidir. Bu sebeple kamulaştırmasız el atma yasağının ihlali hâlinde bu ihlali giderecek, oluşan zararları telafi edecek, benzer olayların tekrarlanmasını önleyecek ve caydırıcılığı sağlayacak başvuru yollarının oluşturulması Anayasa'nın 40. maddesinin gereğidir (*Recep Tok Başvurusu*, B. No: 2019/18178, 25/5/2022, § 36).

b. İlkelerin Olaya Uygulanması

51. Altından fiber optik kablo geçirilen taşınmaz başvurusunun mülkiyetinde bulunduğu mülkün varlığı noktasında tartışma bulunmamaktadır. Somut olayda 26/7/2007 tarihinde davalı şirket tarafından başvurusunun taşınmazının bir metre altından fiber optik kablo geçirildiği ve 2015 yılı Haziran ayında da bu kabloların kaldırılarak mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin sona erdiği, taraflar arasında tartışmasızdır. Bununla birlikte başvuru, taşınmazına el atıldığı dönemde taşınmazını tam olarak kullanamadığını ileri sürmüştü; bu sebeple oluştuğunu iddia ettiği zararının tazmin edilmesini istemiştir. Bu durumda etkili başvuru hakkı yönünden öncelikle başvurusunun zararının olup olmadığının tespit edilip edilmediğinin, varsa tazminini sağlayabileceği etkili bir başvuru yolunun bulunup bulunmadığı incelenmelidir.

52. İlgili düzenlemeler ve Yargıtay içtihatlarına göre başvuru konusu davanın taşınmazın altından kablo geçirilmesi sebebiyle kullanım durumunda bir kısıtlılık meydana gelip gelmediğinin tespit edilmesi ve varsa zararın hesaplanarak tazminata hükmedilmesi yönünden etkili bir yol olduğu hususunda tereddüt yoktur.

53. Anayasa Mahkemesince incelenecek ikinci mesele ise teorik düzeyde etkili olduğu tespit edilen bu yolun başvurusunun davasında fiilen işleyip işlemediği, diğer bir ifadeyle pratikte başarı şansı sunup sunmadığıdır. Mahkemece başvurusunun talebinin söz konusu müdahale sebebiyle taşınmazdan faydalanamaması nedeniyle zararının olduğu kabul edilmiştir. Öte yandan bilirkişilerce taşınmazın değerinin ve ecrimisil bedelinin hesaplandığı oysa ecrimisil tazminatının ancak haksız ve kötü niyetli zilyede karşı ileri sürülebileceği vurgulanmıştır. Buna göre davalı şirketin haksız ve kötü niyetli olmadığı zira başvuru konusu müdahalesinin 406 sayılı Kanun'a dayandığı ifade edilmiştir.

54. Başvurusunun açtığı davanın Mahkemenin ifade ettiği gibi ecrimisil istemine ilişkin olmadığı, başvurusunun fiber optik kablolardan kaynaklı olarak taşınmazından faydalanamaması nedeniyle oluşan zararlarının ödenmesi istemine ilişkin olduğunun altını çizmek gerekir. Nitekim Mahkemece aldırılan bilirkişi raporlarında taşınmazın el atılan kısmının sürülmediği, taşınmaza zarar verildiği ve el atılan kısımda tarımsal faaliyet yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte arazinin ortasından geçen fiber optik kablo hattının taşınmazın tamamının kullanımını etkilediği, taşınmazın büyüklüğü ve konumu itibarıyla yediemin otoparkı, tır garajı, sosyal tesis ve büyük lojistik firmaları için depo alanı olarak kullanılabileceği belirtilerek müdahale süresince aylık kira geliri hesaplanmıştır.

55. Takdiri delil niteliğindeki bilirkişi raporundaki nitelemenin Mahkemeyi bağlamayacağı, Mahkemenin resen hukuki nitelemede bulunma yetkisine sahip olduğu vurgulanmalıdır. Buna göre somut olayda da Mahkemece, bilirkişi raporlarındaki ecrimisil

nitelemesinin doğru olmadığı, davanın fiber optik kablolardan kaynaklı olarak taşınmazdan faydalanılamaması nedeniyle oluşan zararların ödenmesi istemine ilişkin olduğu değerlendirilmiştir. Bu tespite rağmen Mahkemece söz konusu zararlar hesaplattırılmadan, bilirkişilerin ecrimisil nitelemesiyle bağlı kalınarak davalı şirketin ecrimisil davasının kabul şartları olduğu belirtilen haksız ve kötü niyetli zilyet olgularının gerçekleşmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

56. Hâlbuki Yargıtay içtihatlarında ecrimisil nitelendirmesinde bulunularak varsa zararın tazminine karar verileceği kabul edilmiştir (bkz. §§ 34-36). Dahası Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararında da 406 sayılı mülga Kanun'un 14. maddesine ilişkin olarak yapılacak tesisat ile malikin kullanma ve yararlanma haklarının engelleneceği anlaşılan durumlarda taşınmazın tümünün ya da bir bölümünün kamulaştırılması veya taşınmaz üzerinde idari irtifak kurulması gerektiği ve kişilerin arazilerine tesisat yapılması ya da yapılan tesisat ile mülk sahibinin kullanma ve yararlanma olanaklarının ortadan kaldırılması durumunda malikin yargıya başvurabileceği belirtilmiştir (bkz. § 37).

57. Dolayısıyla taşınmaz sahibinden izin alınmaksızın gerçekleştirilip -davalı kurumun iyi niyetine bağlı olmaksızın-yaklaşık sekiz yıl süren söz konusu el atma nedeniyle meydana gelen zararların giderilmesi zorunlu olmasına rağmen başvurucunun tazminata müstahak görülmemesi etkili başvuru hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.

58. Sonuç olarak Mahkemenin başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik ihlal için giderim sağlanmasını engelleyen yorumu nedeniyle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

3. Giderim Yönünden

59. Başvurucu; ihlalin tespiti, tazminat ve yeniden yargılama taleplerinde bulunmuştur.

60. Tespit edilen ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin usul ve esaslar 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer almaktadır.

61. Başvuruda tespit edilen ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmaktadır. Bu kapsamda kararın gönderildiği yargı mercilerince yapılması gereken iş, yeniden yargılama işlemlerini başlatmak ve Anayasa Mahkemesini ihlal sonucuna ulaştıran nedenleri gideren, ihlal kararında belirtilen ilkelere uygun yeni bir karar vermektir (6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen bireysel başvuruya özgü yeniden yargılama kurumunun özelliklerine ilişkin kapsamlı açıklamalar için bkz. *Mehmet Doğan* [GK], B. No: 2014/8875, 7/6/2018, §§ 54-60; *Aligül Alkaya ve diğerleri* (2), B. No: 2016/12506, 7/11/2019, §§ 53-60, 66; *Kadri Enis Berberoğlu* (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, §§ 93-100).

62. Öte yandan ihlalin niteliğine göre yeniden yargılamanın yeterli bir giderim sağlayacağı anlaşıldığından başvurucunun tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Başvurunun makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine ilişkin kısım yönünden AYRILMASINA,

B. Mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddiamın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

C. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı ile bağlantılı olarak Anayasa'nın 40. maddesinde düzenlenen etkili başvuru hakkının İHLAL EDİLDİĞİNE,

D. Kararın bir örneğinin mülkiyet hakkıyla bağlantılı olarak etkili başvuru hakkının ihlalinin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere Diyarbakır 1. Asliye Hukuk Mahkemesine (E.2011/894, K.2018/252) GÖNDERİLMESİNE,

E. Başvurucunun tazminata ilişkin taleplerinin REDDİNE,

F. 364,60 TL harç ve 9.900 TL vekâlet ücretinden oluşan toplam 10.264,60 TL yargılama giderinin başvurucuya ÖDENMESİNE,

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

H. Kararın bir örneğinin bilgi için Türk Telekom GÖNDERİLMESİNE,

İ. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 19/10/2022 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.