Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi

2012/1

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayını No : 74
Galatasaray Hukuk Fakültesi Yayını No : 53

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. D. Burak ÇELİK

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Dr. Mehtap İpek İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGEN

Araş. Gör. Dr. Güçlü AKYÜREK

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2014 yılının Şubat ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12028)
Ciftehavuzlar Cad. Maltepe Mah. Prestij İş Merkezi
No: 27/806 K: 9 Zeytinburnu/İSTANBUL
0212 656 01 22 - 0212 565 02 55

Kapak Tasarımı: Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergigsu@gmail.com

İçindekiler

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Rıdvan AKIN.....3
TBMM'nin XXII. Döneminde Akp İktidarı (2002-2007)

Yard. Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ 51
Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu

Yard. Doç. Dr. Özge AKSOYLU.....67
Türk Hukuku'nda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa

Yard. Doç. Dr. H. D. Ege GÖKTUNA 123
2009/133/EC Sayılı AB Birleşme Direktifi Kapsamında Hakkın
Kötüye Kullanılması Kavramı

Dr. Güçlü AKYÜREK 139
La protection juridique de la vie privée: Approche internationale

Dr. Ali Cenk KESKİN.....179
Uluslararası Adalet Divanı İçtihadlarında Bireyin Değişen Yüzü

Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL.....197
Türk Ceza Kanunu'nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün
İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: *TCK. m:97*

Dr. Şinasi Özgür MUMCU.....211
Siber Saldırı ve Uluslararası Hukuk Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Dr. Aslıhan ÖZTEZEL.....129
Une voie de recours extraordinaire devant la CEDH: La Révision

Ar. Gör. Bleda R. KURTDARCAN.....237
Biber Gazı Oley! Polisin "Doğal Hakkı" Olarak "Biber Gazı" Kullanımının Gündeme
Getirdiği Bazı Sorunlar Üzerine

ÖZEL HUKUK

Yard.Doç. Dr. Pelin Işıntan 265
Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukuku'nda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?

Yard. Doç. Dr. Sedef KOÇ.....281
İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshinde İspat Sorunu

KAMU HUKUKU

TBMM'nin XXII. Döneminde AKP İktidarı (2002-2007)*

Doç. Dr. Rıdvan AKIN**

AKP'NİN İKTİDARA GELİŞİ

Türkiye'de İslamcılık

Türkiye'de İslamcılık kökeni Meşrutiyet'te olan bir siyasal akımdır. Cumhuriyet devrimi ile birlikte İslamcılık Kemalizm karşısında ağır bir yenilgiye uğramış ve eski rejimin ideolojik bir kalıntısı olarak küçümsenmiştir. Çok partili siyasal hayata geçilince Demokrat Parti bazı dini önderlerle iyi ilişkiler kurarak seçmen tabanını tahkim etme politikası izledi. Bu İslamcılar açısından siyasete kenarından ilişme yolu oldu.

Necmettin Erbakan'ın 1969'da Konya milletvekili olarak parlamentoya girmesi İslamcılar açısından önemli bir dönüm noktası oldu. Erbakan, Nakşibendi tarikatının İskenderpaşa Cemaati şeyhi Mehmet Zahit Kotku'nun desteği ile 28 Ocak 1970 de Milli Nizam Partisini kurdu.

İslamcılar 12 Mart ara rejiminde parti kapatılınca 11 Ekim 1972 de Milli Selamet Partisi'ni kurdular. MSP, 1973 seçimlerinde %11, 1977 seçimlerinde %8. 5 oy alabilen göreli küçük bir partiydi. Ancak iktidara ortak olabilmek için çok istekli görünüyordu. Bu nedenle MSP'liler hiçbir koalisyon fırsatını kaçırmadılar.

12 Eylülden sonra MGK 1981'de diğer partilerle birlikte MSP'yi de kapattı ve önderlerini yargıladı. Ancak MSP'liler haklarında açılan kamu dava-

* Bu makale Galatasaray Üniversitesi Bilimsel Araştırma Projeleri Komisyonun desteklediği "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin XXII ve XXIII. Döneminde Yasama-Yürütme İlişkileri" başlıklı çalışmanın (no. 09. 2000. 001) ürünüdür.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

larından beraat ettiler. MGK, 1983'de İslamcıların seçimlerine katılmalarına izin vermedi[1].

Erbakan partisinin siyasal duruşunu Milli Görüş olarak tanımlıyordu. Hiç kuşkusuz burada zikredilen görüş İslami görüştü. Milli Görüş Yahudi Hristiyan medeniyeti ile İslam arasında temel bir çatışma olduğu varsayımına dayanmaktaydı.

Milli Görüş uzun tek parti yıllarını İslamiyete karşı güçlü husumet yılları olarak tanımlıyor, Türkiyedeki laiklik anlayışını Müslümanlara zulüm olarak değerlendiriyordu[2].

Milli görüşün ileri sürdüğü dünya görüşü kendi içinde çelişkiler barındırıyor, adil düzen olarak ileri sürdükleri projeksiyonun liberal demokrasi ve serbest piyasa ekonomisi karşısındaki konumu muğlak kalıyordu[3]. Adil düzen kökenini İslami altın çağda (Asr-ı Saadet) bulan sol ütopik bir projeyi andırıyordu.[4] Bu arada Avrupa Birliği de bir Hristiyan Klübü tanımlanıyordu. Demokratikleşme ve insan hakları kavramları İslamcıların düşünce dağarcığında bulunmuyordu.[5]

Huntington Türkiye'de Batıcılık ile İslamcılık arasında temel bir ayrım olduğunu vurguluyor; Türkiye'nin kendisini Batı'nın bir parçası olarak gören bir siyasal elit ile bu tanımı kabullenmeyen ve ülkelerini müslüman Ortadoğunun bir parçası olarak gören geniş kesimler arasında bölünmüş bir ülke olduğunu söylüyordu.[6]

Bununla birlikte Türkiye'deki İslamcılar diğer ülkelerden farklı olarak uzunca bir süredir demokratik bir ortamda gelişme imkanı bulmuşlardı[7]. Bu İslamcılar açısından bir yandan kolaylık sağlarken diğer yandan bazı zorluklar getirmekteydi.

Tarih boyunca Müslümanlar farklı siyasal rejimlere meşruiyet yüklemişlerdi.[8] Hilafet, imparorluk, krallık rejimlerini tereddütsüz İslami bulmuşlardı[9].

---

1 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 33

2 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 35

3 Sarıbay, MSP, ss. 89-142.

4 Bakırezer, Demirer, Sosyal Siyaset, s. 155.

5 Uzgel, Dönüşüm, S. 14

6 Huntington, Civilizations, s. 42

7 Tekeli, Türkiye, s. 327

8 Heper, Siyasal Hayat, s. 390.

9 Çaha, Dört Akım, s. 55

Ancak İslam ile demokrasi arasındaki ilişkiyi sorguladıkları kadar tarihte hiçbir başka yönetim biçimini sorgulamamışlardı. Ne ilginçtir ki bugün dünyada hakim bulunan Hristiyanlık, Konfüçyanizm, Budizm, Judaizm ve İslam gibi beş dinsel kültürel bloktan demokrasi ile derin sorunları olan İslamdır.[10] İslam öğretisi ile demokrasi arasında taban tabana bir zıtlık olmamakla birlikte İslam ülkelerinde demokratik rejimlere rastlamak istisnaidir.[11]

Türkiye'de İslamcılar kimi zaman şartların dayatmasıyla kimi zaman mevcut sistemin dışına düşmemek ve marjinalleşmemek adına siyasal sistemle diyalog halinde göründüler.[12] Kendi taleplerini demokrasi ile bağdaştırmak zorunda kaldılar.[13]

Türkiye'de İslamcılar laik cumhuriyetle ilgili kuşkulu söylemleri olmakla birlikte değişime açık ve iktidara ortak olma konusunda çok istekli göründüler. Örneğin MSP, hem CHP ve hem de Miliyetçi Cephe partileriyle koalisyon yapabildi.

12 Eylül askeri rejimi kendisini sola karşı olmakla tanımladığından, Atatürkçülük olarak ileri sürülen resmi ideoloji Türk-İslam sentezi tarafından doldurulmuştu[14]. Her ne kadar MGK yönetimi İslamcılara tepki duyuyorsa da kendini meşrulaştırmak için dinden yararlanmaktan geri durmadı. Kenan Evren'in Nur Tarikatı lideri Mehmet Kırkıncı ile görüşerek desteğini almaya çalışması Devlet-İslam İlişkileri açısından anlamlıdır[15].

İslamcılığın Siyasette Öne Geçmesi

1994 mahalli idare seçimleri Türkiye'nin siyasal tercihlerinin değişmekte olduğunun ilk sinyallerini vermişti. 1991'de Meclis'e giren Refah Partisi dikkat çekici bir şekilde yükselişteydi. Refah Partisi'nin Ankara ve İstanbul gibi büyükşehir belediye başkanlıklarını kazanması yakın geleceğin habercisi oldu.

1995 genel seçimi Türk demokrasinin önemli bir dönüşümün eşiğinde olduğunu gösteriyordu. 1950'den beri Türk seçmeni ağırlıklı olarak Demokrat Parti ve ardılı partileri iktidara getirmiş, CHP'yi ise muhalefet konumunda

---

10 Çaha, Dört Akım, S. 57

11 Çaha, Dört Akım, s. 83

12 Gökaçtı, İmam Hatipler, s. 294.

13 Tekeli, Türkiye, s. 328

14 Yavuz, Modernleşen, s. 192.

15 Uzgel, Dönüşüm, s. 13.

tutmuştu. İlk kez 1995 seçimleri bu eğilimi değiştirdi. İdeolojik ve politik merkezin kuşkuyla karşıladığı "siyasal İslam" birinci parti oldu. Geleneksel orta sağ partiler gerilemeye devam ederek ikinci ve üçüncü sıraya yerleştiler.

Erbakan, şartları sonuna kadar zorlayarak iktidar olmak istiyordu. Sonunda Refah-Yol Hükümeti (RP-DYP koalisyonu) birçok duyarlılığı dikkate alarak kuruldu. Ordunun ve laik çevrelerin çekinceleri gözetilerek kritik bakanlıklar Refah Partisine verilmedi. Refah Partisi'nin sistemden dışlanmaması gibi meşrulaştırıcı faktörlerin desteğinde hükümet kuruldu.

Refah-Yol koalisyonu yaklaşık bir yıl sürmüştür. RP'li bazı marjinal milletvekillerinin tahrik edici beyanları koalisyonu daha ilk günlerden tehdit etmeye başlamıştı. Jandarma Genel Komutanı Eşref Bitlis'in kuşkulu ölümü, Susurluk Olayı, Mercümek Dosyası, Erbakan'ın olaylı Libya ziyareti ve tarikat şeyhlerinin başbakanlık konutunda ağırlanmaları koalisyona yönelik tepkileri arttırdı. Yakın dönem tarihimizde 28 Şubat denilen bir süreç yaşandı. Hükümet istifaya zorlandı.

Bu sürecin sonunda, cumhuriyet tarihinde bir ilk gerçekleşti: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 21. 5. 1997'de iktidarda bulunan Refah Partisi hakkında kapatma istemiyle dava açtı. Parti AYM tarafından kapatıldı, Erbakan ve bir kısım milletvekiline beş yıl süreyle siyasetten men cezası verildi.

AKP'nin Kuruluş Koşulları

Yukarda değinildiği üzere, Türkiye'de İslamcılar 1995'te %21. 4 oyla 158 milletvekili kazanarak en güçlü parti haline gelmişlerdi.[16] 28 Şubat sürecinden sonra AYM RP'yi "laiklik karşıtı eylemlerin odağı olduğu" gerekçesiyle kapatınca, parti önderi Erbakana beş yıl siyaset yasağı getirilmişti[17].

Erbakan'a getirilen yasak İslamcı çevrelerde öndelik sorunları yarattı. Erbakan'ın sadık adamı Recai Kutan'ın genel başkanlığındaki Fazilet Partisi 1999 seçimlerinde üçüncü olabildi.

Bunun yanısıra partinin 2000 yılı kongresi İslamcılık açısında büyük bir yenilik getirdi. O zamana değin Erbakan'ın disiplini altında açığa vurulmayan bazı görüş ayrılıkları ortaya çıkmaya başladı[18].

---

16 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 33

17 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 33

18 Özbudun, Hale, İslamcılık,s. 54.

Bu kongrede Abdullah Gül, genel başkanlık için Recai Kutan ile yarıştı. Gül'ün adaylığı partide gelenekçilerle-yenilikler arasındaki mücadele olarak tanımlandı. Gerçekten de Kutan partide "eskiyi" temsil ederken, Gül küreselleşen ekonomi ile bütünleşmeden yana olan "yenilikçi" çizgiyi temsil ediyordu.

Gül'ün kaybettiği yarış, Türk İslamcı partiler tarihi açısından başka bir örneği olmayan bir yarıştı. Gül ile Kutan'a verilen oylar partiyi ortadan ikiye bölmüştü. Gül 521, Kutan 633 oy almıştı[19]. Kongre bir yıl sonra gerçekleşecek olan Saadet Partisi, AKP bölünmesinin habercisi olacaktı[20].

FP, 22 Haziran 2001'de AYM tarafından kapatılınca, gelenekçiler SP'yi yenilikçiler AKP'yi kurdular. Kapatılan FP'nin parlamento grubu ikiye bölünmüştü: SP'li milletvekili sayısı 48, AKP'li milletvekili sayısı 51 idi[21]. Buradan da anlaşılacağı üzere AKP Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir partiden devşirilmiş kişiler tarafından kurulmuştu[22].

AKP nin kurulduğu dönemde Türk merkez sağı derin bir kriz içindeydi[23]. ABD İslamcı çevrelerde iktidar potansiyelini görmüş, bu eğilimi kendi çıkarları ile eklemleyerek 50'lerden beri merkez sağ partileri destekleme politikasını terkederek yükselen İslamcılığı ABD yörüngesine oturtmaya çalışmıştı. İlerde AKP'nin lideri olacak olan Tayyip Erdoğan partiyi kurmadan önce ABD'de yeni muhafazakar (neo con) çevrelerle görüşmüştü[24].

Sovyet sisteminin çökmesinden sonra ABD müslüman toplumları denetimli dönüştürme projesini ortaya attı. Bu proje laiklik iddiası olmayan ılımlı İslam modeline dayanacaktı. 2000 'li yıllarda Bush yönetimi İslam dünyasının demokratikleştirilmesi perspektifinin ilk örneklerinden biri olarak AKP'yi iktidar yolunda desteklemeye başladı[25].

Bu konuda Ortadoğu uzmanı Graham Fuller, İslamcıların seçim yoluyla iktidarı hedeflemesi onları sıradan bir siyasal harekete çevirecek ve ılımlılaştırılmış Müslümanlar küresel sistemle entegre olacaklardır diyordu[26].

---

19 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 34.

20 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 34.

21 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 56.

22 San, Meşruluk, s. 314.

23 Uzgel, Dönüşüm, s. 21.

24 Yavuz, Çuvallayan, s. 123-125.

25 Uzgel, Dönüşüm, s. 31.

26 Uzgel, Dönüşüm, S. 35.

AKP'nin 2002 Seçimlerini Kazanması

3 Kasım 2002 seçimleri çok partili sisteme geçişten sonra yapılan 14. genel seçimdir[27]. Bu seçimleri genel başkanı yasaklı AKP büyük bir çoğunlukla kazandı. 1999 seçimleri ile oluşan parlamentodaki siyasi partiler tamamen tasfiye oldular. Parlamentoya demokrasi tarihinde ilk defa sadece iki parti girdi. AKP ve CHP. Bu seçimde, XXI. dönemdeki bütün siyasi partiler milli barajı geçemeyerek, parlamento dışı kaldılar.

3 Kasım 2002 seçimlerinin bir başka özelliği de, siyasal ilgisizliğin dorukta olduğu bir ortamda yapılmış olmasıydı. Yaşanan ekonomik kriz, halkın siyasetten tamamen ümidini kesmiş olması sonucunu doğurmuştu[28]. Bu seçimlerde kent yoksulları Cem Uzan'ın Genç Partisi'ni, kırsal kesimlerin yoksul ve eğitimsiz sektörleri AKP'yi tercih ettiler[29].

Bu seçimde 41. 407. 027 seçmenden sadece 32. 768. 161'i oy kullandı. AKP 10. 808. 229 oy ile (toplam seçmenin %26 sı) iktidara geldi. Bu oy oranıyla AKP 363 milletvekilliği kazanırken, CHP 6. 1 milyon oy ile 178 milletvekilliği elde etti. AKP toplam seçmen sayısının %26'sı ile parlamentonun %66'sına sahip oldu[30].

Eğer 2002 seçimleri milil bakiye sistemi ile yapılsaydı AKP 185 milletvekilliği kazanır ve iktidara gelemez, CHP ise sadece 100 milletvekilliği kazanabilirdi. Barajlı d'hondt sistemi uygulanmış olsaydı AKP 262, CHP 117 milletvekilliği kazanırdı[31].

Bu seçimlere ilişkin bir başka gerçek %10 ülke barajı nedeniyle 13. 3 milyon oyun mecliste temsil edilmemesidir. Bu toplam oyların %46 sına tekabül etmekteydi[32]. Daha açık bir ifadeyle, siyasal partiler arasında parlamentoda temsil imkanı 1999 seçimlerinde 5/ 20 iken, 2002 de bu rakam 2/18 olabilmişti[33].

9 Kasım 2002 seçimleri Türk siyasetine yepyeni bir yön verdi. Seçilen milletvekili profili açısından ilginç bir nokta, AKP yeni bir siyasi elit ortaya

27 Akgün, Seçmen Davranışı, s. 177.

28 Çankaya, İktidar, s. 302

29 Çankaya, İktidar,s. 305.

30 Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço, s. 633.

31 Sarıkoca, Seçim Sistemleri,s. 218-219

32 Bursalı, On Yıl, s. 26.

33 Bedirhanoğlu, Neoliberal, S. 57.

çıkardı. AKP milletvekillerinin %57 sinin daha önce herhangi bir siyasi partiye üyelikleri söz konusu olmamıştı; ilk siyasal tecrübelerini bu parti içinde edineceklerdi[34].

AKP genel başkanlığına Eski İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı Recep Tayyip Erdoğan getirilmişti. Erdoğan geçmiş siyasal eylemleriyle laik çevrelerde tepki uyandıran bir isimdi. Siirt'te yapmış olduğu bir konuşma nedeniyle, mahkum olmuş, kesinleşen yargı kararı nedeniyle Belediye Başkanlığı Danıştay tarafından düşürülmüştü. Milletvekili Seçimi Kanunu bu tür mahkumiyeti "adaylığa" engel sayıyordu. Böylece, genel başkanı yasaklı bir siyasi parti seçimi kazanmış oldu.

AKP'nin gerçekten iktidar olmasını sağlayan şey CHP'nin tutumu oldu. CHP'nin, Tayyip Erdoğan'ın, seçilme yeterliliğine engel teşkil eden Anayasa'nın 76. maddesinin değiştirilmesi konusundaki desteği 27. 12. 2002 tarihli 4777 Sayılı anayasa değişikliğini getirdi. Bu anayasa değişikliği ile Tayyip Erdoğan'ın mahkum olduğu suç, seçilme engeli olmaktan çıkarıldı. Böylece AKP önderi muhalefetin desteği ile milletvekili seçilme yeterliliği engelini aşmış oldu.

AKP'NİN İDEOLOJİK VE POLİTİK KİMLİĞİ, TEMSİL TABANI

AKP'nin İdeolojisi ve Temsil Ettiği Kitle

Bir yazar AKP iktidarının Türkiye'de siyasetin tüketilmesinin yarattığı çaresizliğin sonucu olduğunu yazmıştır[35]. AKPnin iktidara gelişi basit bir siyasal yarılmadan öte sınıfsal, bölgesel ve uluslararası dinamiklerin içinde yer aldığı kapsamlı bir gelişme olarak nitelendirildi.

12 eylül rejimi ve Turgut Özal döneminde ortaya çıkan neo liberal politikalar İslamcılar için daha önce olmayan siyasal ve ekonomik fırsat alanları yarattı. Kemalizm devletçiliği ve milliyetçiliği merkeze alan bir bir dünya görüşü iken[36] Özalla birlikte toplumun dindar, ticaretle uğraşan, Anadolu kökenli olan ama gitgide kentlileşen kesimi iktidara geldi. Onlarca yıl devletten dışlanan kesimler karar alıcı mevkiye geçtiler[37].

---

34 Tekin, Çiftçi, Parlamento, s. 90-91.

35 Kahraman, Türk Sağı, s. 127.

36 Uzgel, Dönüşüm, s. 25.

37 Findley, Modern, s. 356.

Özalın ölümünden sonra büyük burjuvazi çıkar ve taleplerini aktaracak siyasi aktör bulmakta zorlanıyordu. İslamcı burjuvazi küresel sistemle bütünleşmeyi sağlayacak bir siyaset arayışına girdi. Bu AKP nin ortaya çıkışında kritik bir yere sahiptir. AKP'nin bu sınıfa dayandığını söyleyebiliriz[38]. Graham Fuller ve Hakan Yavuz yükselen bu yeni sınıfı İslami Kalvinistler olarak tanımladılar.

Bu anlamda AKP, yalnız İslam ve Demokrasi arasında değil İslam ile neo liberalism arasında da bir buluşmayı temsil eder[39]. AKP iktidarı, 12 Eylül'den sonra sivil toplum tartışması açan liberal çevrelerde olumlu karşılandı. Hatta AKP, akademik liberalizmin iki asırdır yolunu gözlediği demokrasi teleolojisini gerçekleştirecek bir mesih muamelesi gördü. Örneğin Birikim Dergisi 3 Kasım 2002 seçimlerini "Muhafazakar, Demokrat İnkılap " olarak nitelendirdi[40]. Laik kesimin dışladığı bazı aydınlar, bir kısım sol kökenli liberal aydınlar da AKP'yi kendilerine göre nedenlerle destekediler[41].

Türkiye'de seçmenin çoğunluğu da kendisini Türk ve muhafazakar olarak tanımlamaktadır[42]. AKP de kendisini muhafazakar demokrat olarak nitelendirmektedir[43]. Türk sağının muhafazakarlığı daha çok kültürel muhafazarlık olarak ortaya çıkmaktadır[44]. AKP Türk sağının evrimsel çizgisinin günümüzde vardığı noktadır. AKP, Türk sağının dünya kapitalist sistemiyle soğuk savaş döneminde şekillendirilmiş son halidir[45]. AKP'yi 24 Ocak kararları ve Özal'la başlayan yeni dönemin doğrusal bir uzantısı saymak yanlış olmayacaktır[46].

Bazı yazarlara gore AKP, Türkiyede siyasal İslam'ın ılımlı bir muhafazakar demokrat partiye dönüşümünü temsil etmektedir[47]. Hatta AKP iktidarını çok önemseyen Günter Verheugen gibi Avrupa Birliği sorumluları AKP'yi cumhuriyetin kuruluşundan sonra ikinci büyük devrim olarak nitelendirmektedirler[48]. Taha Akyol AKP'yi moderniteyi absorbe eden bir İslamcılık olarak tanımlamaktadır[49].

---

38 Uzgel, Dönüşüm, s. 18.

39 Uzgel, Dönüşüm,s. 23.

40 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 126.

41 Ulagay, Türkiye, s. 113.

42 Çankaya, İktidar, s. 317.

43 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 57.

44 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 66

45 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 208

46 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 230.

47 Findley, Modern, s. 359.

48 Findley, Modern, s. 361.

49 Kurt, Merkez Sağ,, s. 16.

Ahmet Çiğdem ise Türk İslamcılığı'nın amaçları ve siyasal yönelimleri muğlak, iktidar odaklı bir hareket olduğundan bahsetmektedir[50]. AKP'nin daha ziyade defansif bir parti olduğunu, temel işlevinin, iktidarda kalmak ve İslami çevrelerin 28 Şubat benzeri bir cendereye alınmasını engellemek olduğu kanısındadır[51].

İktisat siyaseti bağlamında, AKP iktidara geldiğinde özellikle TÜSİAD çevrelerinde endişe ile karşılanmıştı. Fakat AKP bu endişeleri boşa çıkararak Milli Görüşçü çizgi yerine IMF-AB çipalı neoliberalizm izledi. Bu rotadan ayrılmadığı sürece de TÜSİAD'dan destek gördü[52]. Bu nedenlerle AKP bir sermaye sınıfı partisi görünümü vermektedir[53].

AKP seçmenlerinin 2002 ve 2004 seçimlerinde aşırı sağdan çok merkez sağa yakın oldukları saptanmıştır[54]. Kökten dinci İslamcıların AKP seçmen kitlesinin sadece %10 ununu oluşturmakta olduğu ileri sürülmektedir[55]. AKP seçmeni ağırlıklı olarak eskiden MHP (%25. 9), FP (17. 4), ANAP (%11. 1) gibi sağ partilere oy veren seçmenlerle daha önce oy kulanmayanlardan oluşmaktadır[56]. Öyle görünüyor ki AKP, eski İslamcı FP seçmeninin yanı sıra iki merkez sağ partisinin (ANAP ve DYP) ve MHP nin eski seçmenlerinden büyük ölçüde destek alarak, Özal'ın ANAP'ını başarılı bir şekilde yeniden inşa etmiştir[57]. ANAP ve DYP'nin tamamen tasfiye edilmesiyle AKP, siyasal yelpazenin merkez sağına sağlam bir şekilde yerleşmiş görünmektedir[58].

AKP, kırsal nüfusun önemli bir kesimini, şehirli esnaf ve zanaatkarları, kentsel gecekondu sakinlerini, hızla yükselen İslami burjuvaziyi içine alan sınıflararası bir koalisyon olarak tasvir edilmiştir[59].

AKP aslında homojen bir görüntü vermemektedir. Bu partinin nomenklaturası ve plebyenleri mevcuttur. Daha güçlü, metropolden gelen çevrelerle daha zayıf ve metropole transfer etmek isteyen çevreler parti içinde birarada

---

50 Çınar, İslamcı Hareketler s. 309.

51 Çınar, İslamcı Hareketler, s. 313.

52 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 265.

53 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 226.

54 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 83.

55 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 75.

56 Akgün, Seçmen Davranışı, s. 199.

57 Özbudun, Hale, İslamcılık,s. 83.

58 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 91.

59 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 84.

bulunmaktadırlar[60]. AKP varoş ve gecekondularda %50 nin üzerinde oy almayı başarmakta[61] işçi sınıfının önemli bir kesiminden oy almaktadır[62].

Aydın Menderes, büyükşehirlere göçmüş yoksul insanların merkez sola değil İslamcı partilere yöneldiğini belirtmektedir[63]. Alternatifi sol siyaset olduğundan burjuvazi muhafazakarlaşma pahasına bu kesimleri AKP'ye itmektedir. Patlamaya hazır kitleler AKP soğurulmaktadır[64].

Tarhan Erdem'e göre AKP, toplumun alt ve orta kesiminden, günümüzün mağdurlarından oy almaktadır[65]. AKP seçmenlerinin sınıfsal bölünmedeki yerini göstermek gerekirse, CHP oyları yüksek sosyo- ekonomik statü ile pozitif korelasyon gösterirken, AKP seçmeni büyük çoğunlukla, İslami burjuvazinin desteğiyle birlikte, toplumun daha yoksul, daha az eğitimli sektörlerinden oy almaktadır[66]. CHP seçmeninin %20 si üniversite mezunu iken, AKP seçmeninin sadece %4. 7 si yüksek öğrenimlidir[67].

Bölgesel açıdan CHP gelişmiş bölgelerde ulusal ortalamanın üstünde oy alırken (Marmara ve Ege), AKP azgelişmiş, İç, Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da ülke ortalamasının üstünde oy almaktadır[68].

AKP DÖNEMİNDE ÖZELLEŞTİRMELER

AKP'nin Özelleştirme Portföyü

Türkiye'de özelleştirme 12 Eylül rejiminden sonra uygulamaya sokulan neoliberal politikalarla başladı. Bu konuda milat sayılabilecek düzenleme 2983 Sayılı Kamu İktisadi Teşebbüslerine Ait Malların Hisse Senedi Yoluyla satışını sağlayan yasadır. 1986'da Turgut Özal Hükümeti 3291 sayılı yasayla kamu kuruluşlarını özelleştirme kapsamına alarak yeni bir dönemin başladığının sinyalini vermiş oldu.

1994 de 4046 sayılı yasa ile özelleştirme kapsamı daha da genişledi. İktisadi devlet teşekkülllerinin ve bunlara bağlı kamu kurumlarının özelleşti-

60 Kahraman, Türk Sağı, s. XIII.

61 Yıldırım, Neoliberal Populizm, s. 67,. 79.

62 İnsel, Normalizing, s. 297-299

63 Kurt, Merkez Sağ, s. 100

64 Kahraman, Burjuvazi, Sabah, 25 Eylül 2008.

65 Çankaya, İktidar, s. 340.

66 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 79.

67 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 89.

68 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 91.

rilmesinin önü açıldı[69]. 1994'de yürürlüğe giren 4046 sayılı yasa, 4568, 4733, 4971, 5148, 5189, 5234, 5398 sayılı yasalarla tam sekiz kez değişikliğe uğradı[70].

Özelleştirme İdaresi Başkanlığının verilerine göre, 1985 ile 2006 yılları arasında 244 kuruluştaki kamu hisseleri, 22 yarım kalmış tesis, 376 taşınmaz, 6 otoyol, 2 boğaz köprüsü, 97 tesis, 6 liman, şans oyunları lisans hakkı, araç muayene istasyonları özelleştirilmiştir; 195 kuruluştan 186'sında hiç kamu payı kalmamış, 2006 yılına kadar toplam 26 milyar dolar değerinde özelleştirme yapılmıştır[71].

2005 yılındaki özelleştirmenin %80' i Türk Telekom satışıdır ve 6. 5 milyar dolar gelir elde edilmiştir. 2006'daki 8 milyar dolarlık özelleştirmenin %85'ini Tüpraş ve Erdemir oluşturmuştur. Bu dönemde kamu payı kalmayan kuruluşlar Eti Bakır, Kütahya Şeker, SEKA ve Tekel tütün mamulleridir.

2008'e kadar 246 kamu kuruluşu özelleştirilmiş ve bu kuruluşların 188'inde hiç kamu payı kalmamıştır. Yabancı kuruluşların 3. 2 milyar dolar değer biçtiği PetKim 605 milyon dolara Uzan grubuna satılmak istenmiş, 15 fabrika, bir liman, bir barajdan oluşan Pektim'in satışı Uzanların taahhüdünü yerine getirmemesi üzerine iptal edilmiştir. O tarih itibariyle PetKim'in Türkiye petro kimya piyasasının %40'ını oluşturduğuna dikkat çekmek gerekir[72].

2003-2007 yılları arasında PetKim'in %51 hissesi, 2. 04 milyar dolara Rus –Kazak ortak sermayesine, İzmir Limanı 1. 2 milyar dolara 49 yıllığına bir sermaye grubuna, Eti Kromun tamamı 58 milyon dolara, Poaş 129 milyon dolara halka arz edilmiş; İsdemir'in tamamı 50 milyon dolara Erdemir'e satılmıştır. Çayeli Bakır'ın %45 hissesi 49. 2. milyon dolara Inmet Mining Corp'a devredilmiş; Tarabya Oteli 145 milyon dolara Bayraktarlar grubuna satılmıştır[73].

AKP'nin ilk iktidarı döneminde Türkiye'nin KİT statüsünde olan en stratejik kuruluşları özelleştirilmiştir. Bu kapsamda Türk Telekom 6. 5 milyar dolara ; Tüpraş 4. 1 milyar dolara ; Erdemir 2. 7 milyar dolara özelleştirilmiştir[74]. Balıkesir SEKA, 1980 dönüm arazisi, fabrika tesisleri, 47 iş makinesi, 185 lojmanı, sosyal tesisleri, SEKA evi, üretim yapan tesisleri ile birlikte 1. 1 milyon dolara Albayraklar Grubu'na satılmıştır[75].

---

69 Gülen, Yasama, s. 206.

70 Gülen, Yasama,s. 207.

71 Gülen, Yasama, s. 206.

72 Gülen, Yasama, s. 207.

73 Gülen, Yasama, s. 209-210.

74 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 525.

75 Gülen, Yasama, s. 207.

Kuşadası limanı ihale ile Ofer-Kutman ortaklığına verilmiş; 27 milyon dolara ihaleyi alan firmaya bakanlık liman üzerinde tesis yapma hakkı tanımıştır. Danıştay bu değişikliğin yürütmesini durdurunca, AKP uygulamayı bir torba kanun ile gerçekleştirme yoluna gitmiştir.

Galataport Ofer Grubu'na 49 yıllığına yap-işlet-devret ile ihale edildi. Bu ihalede 151. 000 metre karelik yeni inşaat izni Danıştay tarafından iptal edildi. Hükümet, Ofer lehine Galataport ve Kuşadası limanlarında imar avantajı sağladı[76].

Tüpraş'ın %14. 76 lık hissesi yine Ofer Grubu'na 446 milyon dolara devredildi. THY, TCDD, TCDD'nin liman işletmeleri ve taşınmazları, Türk Şeker, elektrik dağıtım şirketi TEDAŞ 2007 itibariyle özelleştirme planına alınan kamu işletmeleridir. En büyük gelirin TEDAŞ'ın özelleştirilmesinden elde edilmiştir[77].

2001 ekonomik krizinin sorumluluğu bankacılık sistemine çıkarılmış, fatura özellikle kamu bankalarına kesilmişti[78]. Bu nedenle AKP'nin bankacılık politikası kamu bankalarını özelleştirme yönünde olmuştur. Doğal olarak bu kararın sonuçları oldu. 4046 sayılı özelleştirme yasasından sonra bu bankaların personeli için 4743 sayılı yasa çıkarıldı. AYM bu bankalarda çalışan kamu personelinin işçi statüsü ile özelleştirilmesini şaşırtıcı bir şekilde anayasa uygun buldu[79]. AYM'nin bu kararı ile kamu personel rejiminin anayasal temelleri ciddi bir şekilde sarsıldı. Kamu bankalarının personeli, bankasıyla birlikte özelleştirildi.

Bankacılık sektöründeki bir başka dikkat çeken husus özelleştirmenin yabancılaştırma ile paralel gitmesiydi. Türk bankacılık sistemi özelleştirme ile Uluslararası finans kapitalin hizmetine sunulmuştur. Örneğin Demirbank HSBC' ye, TEB'nın %50 si Fransız BNP şirketine satılmıştır[80].

Özelleştirme son tahlilde kamunun mal varlığının sermayeye devri anlamına gelir. AKP'nin ilk iktidar döneminde yapılan tam da budur. Bu dönemde yapılan özelleştirmelerin iki yönü olduğu ileri sürülebilir. Birincisi AKP uluslarası finans kapitalin isteklerine uygun politikalar izleyerek, sonuç itibariyle uluslar arası kapitalizme hizmet etmiştir. İkincisi ise, AKP, İslamcı sermaye gruplarına daha yoğun sermaye birikimi sağlamıştır[81].

---

76 Gülen, Yasama, S. 208.

77 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 529.

78 Ertuğrul, Özelleştirme,s. 540.

79 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 541.

80 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 531

81 Ertuğrul, Özelleştirme, S. 531.

Yargının Özelleştirme İçtihatlarının Değişmesi

AB ve ABD çevrelerinde AKP, cumhuriyetten sonra ikinci devrim hareketi olarak nitelenmiş, yapmak istediği devrimci değişikliklere muhafazakar yargı, askeri ve sivil bürokrasinin direndiği ileri sürülmüştü.

Bu süreçte özellikle özelleştirme alanında anayasa yargısı içtihatlarının değişmesi anlamlı olmuştur. Türk AYM 1993-99 arasında verdiği kararlarda özelleştirme uygulamalarına çoğunlukla direnmiş, 2000'lerden itibaren Mustafa Bumin ve Haşim Kılıç'ın başkanlığı döneminde ise sakınmacı, özelleştirmeye yol veren yeni bir döneme girmiştir. Örneğin Türk Telekom gibi stratejik bir kuruluşun hisselerinin yarıdan fazlasının yabancılara satışını Anayasa'ya uygun bulmuştur. Türk AYM, IMF'nin iktidara önerdiği özelleştirme politikalarını onaylarak iktidarın hareket alanını genişletmiştir[82].

AKP döneminde idari yargı kararlarında da anlamlı yön değişiklikleri yaşanmıştır. Örneğin Zonguldak ve Samsun idare mahkemeleri idari sözleşmelerden doğan ihtilaflarda yargıyı görevli saymama kararı vermiş, Kamu İhale Yasası'ndaki açık hükümlere karşın ÇED raporu alınmadan açılmış ihaleyi hukuka uygun bulmuştur. Bu gibi örneklerden anlaşıldığı üzere AKP iktidarı dönemi idari yargının özelleştirme uygulamaları karşısında güçsüzleştiği bir dönem olmuştur.

AKP DÖNEMİNDE KAMU ARAZİLERİ VE KENTSEL DÖNÜŞÜM

Hazine Arazileri ve Taşınmazlar Mallar

AKP iktidarı döneminde hazineye ait taşınmazların satılmasına ilişkin bir çok değişiklik gerçekleştirilmiştir. Örneğin, 3. 7. 2003 tarihli 4916 Sayılı Kanun ile 4709 Sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun bu maksatla çıkarılmıştır. Kanunun 5. Maddesi belediye ve mücavir alan sınırları içindeki hazineye ait taşınmazların şatış bedellerinden belediye ve köylere ve il özel idarelerine pay verilmesini öngörmüştür.

Hazineye ait taşınmazlar 31. 12. 2000'den önce yapılmak şartıyla bunların sahiplerine ve belediyelere bedelsiz devri sağlanmış, 19. 7. 2003 tarihli kanunla imar planı olmayan yerlerden, daha sonra imar planı geçirilerek cüzi fiyatla satın alınan hazine arazilerinden büyük rant elde edilmiştir[83].

---

82 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 536.

83 Gülen, Yasama, s. 201.

AKP iktidarı hazine arazilerinin hukuksal durumunu değiştirerek özelleştirilmesinin önünü açmış, Milli Emlak Genel Müdürlüğü satılacak hazine taşınmazlarının listesini yayınlamıştır[84].

Mera Kanununda yapılan değişiklikle mera vasfını kaybetmiş yerlerde ve hazineye ait tescilli araziler üzerinde yapılan konutların bedelinin hazineye ödenmesi koşuluyla sahiplerine devrine olanak sağlanmıştır. Bu uygulama fiili bir imar affı olmuştur.

5084 Sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la illerde işçi çalıştıracak yatırımları gerçekleştirenlere hazineye veya il özel idaresine ait arsaların bedelsiz devri sağlanmıştır[85]. Belediye Kanunu'nda yapılan bir değişikle, hazineye ait taşınmazlardan nazım imar planı içinde kalanlar belediye varsa belediyeye, büyük şehir teşkilatı olan yerlerde büyükşehir belediyelerine bedelsiz devredilmesi mümkün olmuştur. Hazineye ait taşınmazların, kamu kurum ve kuruluşlarına, hayvancılık yapacak gerçek kişilere, küçük sanayi sitesi kooperatiflerine, serbest kullanılmak üzere TOKİ başkanlığına doğrudan satılmasına olanak sağlanmıştır.

Bu dönemde yabancı uyruklu gerçek kişilere Türkiye'de arazi satın alma hakkı tanındı. Yasa otuz hektardan fazla arazi satın almalarda Bakanlar Kurulu Kararını zorunlu kılıyordu. Bu yasa AYM tarafından iptal edilince yabancıların Türkiye'de mal edinmelerini sağlayacak yeni bir yasa yürürlüğe kondu[86].

Mülkiyeti hazineye ait bütün okul binaları ile TCDD mallarının satılmasına olanak sağlandı. Mülkiyeti hazineye ait olup Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli köy tüzel kişiliği veya il tüzel kişiliğine ait taşınmazların satılmasının önü açıldı. TSK ve Emniyet Genel Müdürlüğüne bağlı okullar hariç bütün okulların taşınmaz malları Milli Eğitim Bakanlığına devredildi. TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü mülkiyetindeki taşınmazların satışı için genel müdürlük yetkili kılındı. Çıkarılan bir yasa ile Haydarpaşa Limanı TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğüne bedelsiz devretmek için Maliye Bakanlığı yetkili kılındı[87].

---

84 Ertuğrul, Özelleştirme, s. 531

85 Gülen, Yasama, s. 201.

86 Gülen, Yasama, s 200.

87 Gülen, Yasama, s. 203.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

19. 7. 2005 tarihli 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu 11. 10. 2004 tarihinden önce tarım arazilerini izin almadan amaç dışı kullananlara, yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde metre karesi 5 YTL'den bedelini ödemek şartıyla af getiriyordu.

Bunun en ilginç örneği Cargill firmasının İznik Gölü civarında elinde bulunan arazilerdir. Cargill firmasının göl civarında yatırım yaptığı 212 bin metre kare arazi Bakanlar Kurulu Kararı ile özel endrüstri bölgesi ilan edilmiş, Danıştay İznik Gölü Çevre Düzenleme planını iptal edince, iktidar 5557 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanma Kanununda değişiklik yaparak Cargill'in arazilerini kurtarmıştır[88].

Orman Arazileri

AKP iktidarı orman arazilerinin kullanımına ilişkin bir yasa çıkarmak istedi. Cumhurbaşkanı Sezer bu yasayı veto etti. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği yasada, orman sınırları içinde veya bitişiğinde veya tapulu orman sınırları dışında, her türlü tasarruf belgesi ile özel mülkiyette bulunan kızıl ağaç ve aşılı kestaneliklerin orman vasfından çıkarılması öngörülüyordu.

AKP, bu defa CHP'yi ikna ederek bu alanda bir anayasa değişikliği gerçekleştirmek istedi. Bunda da başarılı olamadı. Anayasa değişikliği başarısızlığa uğrayınca iktidar orman kanununda yaptığı değişiklikle orman vasfını kaybetmiş yerlerden, savunma, ulaştırma, sanatoryum, gölet gibi yerlerin kamu yararı olması halinde gerçek ve tüzel kişilere bedeli mukabili 49 yıllığına verilmesini karara bağladı.

Mera Kanununda değişiklik yapılarak orman vasfı bozulan arazilerde hazine lehine alınmış mahkeme kararlarının uygulanmamasına karar verildi. Bu karar siyasi iktidarın orman arazilerinde ortaya çıkan fiili durumları kabul etmesi anlamına geliyordu[89]. Maden Kanununda yapılan bir değişiklikle orman, muhafaza ormanı ve özel koruma bölgeleri ve milli parklar madencilik faaliyetine açıldılar.

---

88 Gülen, Yasama, s. 205.

89 Gülen, Yasama, s. 201-205.

TOKİ, Kentsel Dönüşüm, İmar Planı Yapma Yetkisi

AKP iktidarı dönemi bir kentsel dönüşüm ve hızlı imar faaliyeti dönemi olmuştur. Arsa Ofisi kaldırılarak, ofisin tüm yetkileri Toplu Konut İdaresi Başkanlığına verilmiş, TOKİ Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamından çıkarılmıştır. Böylece TOKİ hem Maliye Bakanlığından hem de bütçe prosedüründen dolayısıyla Sayıştay denetiminden çıkarılmış oldu. Gecekondu Kanunu'nda bir değişiklik yapılarak Bakanlığa ait yetkiler TOKİ'ye verildi[90].

Belediye ve mücavir alan içinde bulunan ve en az 50. 000 metre kare olan yerlerin kentsel dönüşüm alanı ilanı edilmesi ve ve geliştirme projesi alanı ilan edilmesine yönelik düzenleme yapıldı[91].

5104 Sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Projesi Kanunu ile Kuzey Ankara kentsel dönüşüm projesi kapsamına alındı. Bir başka düzenleme ise, kent merkezlerindeki okul, hastane ve gar binalarının satılması ile ilgili olarak Maliye Bakanlığı yetkili kılındı.

5366 Sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun ile tarihi eserler restore edilerek kullanılmaya başlandı. Sosyal donatı alanlarının yapılması, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilmesi kabul edildi[92].

Kıyı Kanunu ve Turizmi Teşvik Kanunu kapsamındaki yerlerde imar planı yapma yetkisi Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'na verilmiştir. Özelleştirme programına alınmış alanlarda yüksek kurulunun onayı ile belediyelere imar planı değişikliği yapma hakkı verilmiştir[93].

SAĞLIK VE SOSYAL GÜVENLİK ALANINDA RADİKAL DEĞİŞİKLİKLER

AKP'nin Sağlık ve Sosyal Güvenlik Politikası

Sağlık alanındaki ilk önemli değişiklik ANAP zamanında 1987 tarihli 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ile gerçekleştirilmişti[94]. AKP'nin iktidara gelmesi ile sağlık alanında son 20 yılın en hızlı değişiklikleri gerçekleşmeye başladı[95].

---

90 Gülen, Yasama,s. 204.

91 Gülen, Yasama, s. 202.

92 Gülen, Yasama, s. 201.

93 Gülen, Yasama, s. 204.

94 Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço, s. 644.

95 Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço, s. 633.

AKP'nin en çok mevzuat değişikliği yaptığı alanların başında sağlık hizmetleri gelmektedir. 2003 yılında sağlıkla ilgili hizmet alımları Kamu İhale Kanunu'nun istisnaları arasına sokularak hizmet alımları piyasadan sağlanmaya başlanmıştır. Bu sayede sağlıkla ilgili hizmet alımları Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan bir yönetmelik ile gerçekleştirilmesi mümkün olabilmiştir[96].

Turgut Özal'ın Anavatan Partisi iktidarı döneminde başlatılan sağlık hizmetlerinin özelleştirilmesi süreci AKP iktidarı döneminde hız kazandı. AKP döneminde devlet sağlık hizmeti vermek yerine, sosyal güvenlik kurumları aracılığı ile piyasadan sağlık hizmeti almaya başlamıştır. 2007 yılı itibariyle kamunun özel sağlık kurumlarından satın aldığı tedavi hizmetleri bedeli 3 milyar YTL'ye ulaştı[97]. Sağlıkta ve sosyal güvenlikte neo-liberal populizm egemen oldu[98].

Bu kapsamda, Sağlık Bakanlığı 2004 yılında bir dizi düzenleme yapma yoluna gitti. Bunlardan başlıcaları şöyledir: 5228 Sayılı 9. 12. 2004 tarihli Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Kanun, 6. 7. 2005 tarihli Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Hakkında Yönetmelik, Aile Hekimliği Pilot Uygulaması Kapsamında Sağlık Bakanlığınca Çalıştırılan Personele Yapılacak Ödemeler ve Sözleşme Şartları HakkındaYönetmelik, 12. 8. 2005 tarihli 15. 9. 2005 tarihli Aile Hekimliğinin Pilot Uygulandığı İllerde Toplum Sağlığı Merkezleri Kurulması ve Çalıştırılmasına Dair Yönerge bu çerçevede zikredilebilir[99].

Sağlık alanında personel istihdamına yönelik olarak yapılan şu iki düzenleme de burada anılmalıdır. 24. 7. 2003 tarihli 4924 Sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 5371 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun bu kapsamdadır.

---

96 Gülen, Yasama, s. 213.

97 Yıldırım, Neoliberal Populizm,s. 93.

98 Yıldırım, Neoliberal Populizm, s. 95.

99 Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço, s. 640.

AKP döneminin iki önemli yeniliği de kamu hizmeti veren tüm sağlık kuruluşlarının Sağlık Bakanlığı'na devri ile sosyal güvenlik alanında olmuştur. Bunlarla ilgili yasal düzenlemeler ise şunlardır: 19. 1. 2005 tarihli 5283 Sayılı Bazı Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Ait Sağlık Birimlerinin Sağlık Bakanlığı'na Devredilmesine Dair Kanun ile 16. 6. 2006 tarihli 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu.

Bu yasaların sağlamış olduğu yetki ile hükümet 150 SSK hastanesi ve 450 SSK dispanserini Sağlık Bakanlığına devretti. Sağlık Bakanlığına tahsisli hazine mülkiyetindeki taşınmazlar ile Sağlık Bakanlığının kullanımında bulunan taşınmazların mülkiyetinin bedelsiz devri ile tahsisleri kaldırmaya ve satmaya Maliye Bakanı yetkili kılındı[100]. Yüksek Planlama Kurulu tarafından yapılmasına gerek olduğuna karar verilen sağlık kuruluşlarından özel hukuk kişilerine 49 yılı geçmemek kaydı ile Maliye Bakanlığı tarafından arazi tahsis edilmesinin yolu açıldı[101].

Bu uygulamalar neticesinde Sağlık Bakanlığının sağlık harcamalarındaki payı azaldı. Buna mukabil sosyal güvenlik kurumlarının payı arttı. Bunun nedeni AKP döneminde sağlık hizmetlerinin kamu hizmeti niteliğinden çıkarılarak kamunun finanse ettiği özel bir hizmete dönüştürülmesi oldu. Sosyal güvenlik kurumları sağlık hizmeti vermek yerine mal ve hizmet satın alan kurumlara dönüştürüldüler.

AKP iktidarı Sağlık Bakanlığına ait tüm sağlık kuruluşlarını satma yetkisini Maliye Bakanlığı'na verdikten sonra, sağlık hizmetlerinin sözleşmeli personel eliyle yürütütlmesi için iki ayrı yasal düzenleme yaptı. Sağlık hizmetleri sınıfına mensup kamu personeline performansa dayalı ücret ödenmesi için hükümler konuldu.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı Sosyal Güvenlik Kurumu adıyla tek bir çatı altında birleştirildi. SSK sağlık hizmeti veren bir kurum olmaktan çıkarılarak sağlık hizmeti satın alan bir kurum haline getirildi[102]. 1 Ekim 2008 tarihli 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Yasası, emekliliği hak etme koşullarını zorlaştırarak, bu alanda yeni bir dönemin başladığını ortaya koydu. 5258 sayılı Yasa'nın çıkması ile sağlık ocakları yerine aile hekimliği uygulaması başlatıldı. Böylece birinci basamak sağlık hizmetleri sağlık ocakları yerine aile hekimleri tarafından verilmeye başlandı.

100 Gülen, Yasama, s. 202.

101 Gülen, Yasama, s. 203.

102 Gülen, Yasama, s. 215.

AKP döneminde yapılan yasal düzenlemeler ve idari tasarruflarla kamunun verdiği sağlık hizmetlerini güçsüzleştirildi. Devlet hastaneleri ve üniversite hastaneleri ikinci sınıf sağlık kurumları oldular. Devlet hastanelerinin ve tıp fakültelerinin gelirleri azaldığı gibi bütçe uygulama talimatı ile tüm tedavi gideri bedelleri %15-30 arasında azaltıldı. 2006 yılı bütçe kanununa konulan bir hükümle üniversite hastanelerinin kendi gelirlerini yatırıma dönüştürme olanaklarına son verildi. Buna rağmen Sağlık Bakanlığı devlet hastanelerini özel hastanelerle piyasa koşullarında rekabet etmesi gereken birer işletmeye dönüştürmeye çalıştı[103].

IMF'nin "sağlık harcamalarınızı azaltın" talimatına uyularak paket fiyat uygulaması başlatıldı. 1 Temmuz 2006 tarihli Tedavi Yardımları Uygulama Tebliği ile vaka başına ödeme sistemini başlatan uygulama Anayasa'nın 56. maddesine aykırı bulunarak iptal edildi[104].

AKP iktidarı yoksulluk ile mücadeleyi bir devlet görevi olmaktan çıkardı. Yurttaşlara iktidara bağlı belediyeler aracılığı ile yapılan ianelerle yoksulluğun etkilerini azaltma politikası gütmeye başladı. Bu politikanın temeline bütçe dışı bir kurum olan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Fonunu yerleştirdi. Yoksulluğun etkilerinin hafifletilmesini bu kuruma devretti[105]. Kurum başbakanlığa bağlı bir genel müdürlük şeklinde örgütlenmiş ve başbakanın onayı ile harcama yapması sağlanmıştır[106]. Fonun Meclisten onay almış bir bütçesi de bulunmamaktadır.

AKP'li belediyeler 2003-2007 arasında 6 milyon kişiye 4 milyon ton kömür yardımı[107] 11 milyon YTL değerinde alışveriş kuponu dağıtmışlardır[108]. Devlet kaynaklı ayni yardımlar 2002 de toplam transferler içinde %2. 64 iken, 2005 yılı sonunda %19. 29 a ulaşmıştır. Bu uygulama ile bağımlı sınıfların en yoksul kesimleri ile iktidar arasında sadakat ilişkisi kurulabilmiştir[109]. 2004 de yeşil kartlı sayısı 13 milyon kişiye ulaşmıştır.

Bütün bu uygulamalara rağmen AKP'nin birinci döneminde gelir eşitsizliği alanında Türkiye 169 ülke arasında 65. olmuştur[110]. Dönemin sonunda

---

103 Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço,s. 654.

104 Gülen, Yasama, s. 216.

105 Yıldırım, Neoliberal Populizm, s. 97.

106 Yıldırım, Neoliberal Populizm, s. 98.

107 Yıldırım, Neoliberal Populizm, s. 101.

108 Bakırezer, Demirer, Sosyal Siyaset, s. 169.

109 Yıldırım, Neoliberal Populizm,s. 99.

110 Bursalı, On Yıl, s. 14.

kır yoksulluğu % 34. 62, kent yoksulluğu % 9. 38 oranına ulaşmış, kırsal yoksulluk %4. 07 artmıştır. AKP yoksulluğu azaltacak sosyal devlet politikaları yerine sadaka politikalarını devreye sokarak[111] bağımlı sınıflar arasında desteğini arttırtmış, küreselleşmeci politikaların mağduru kesimleri küreselleşmeye eklemlemeyi başarmıştır[112].

AKP'NİN İDARİ VE MALİ YAPIYI DEĞİŞTİRME GİRİŞİMLERİ

İdari ve Mali Yapıyı Kökten Değiştirme Teşebbüsü

AKP Türkiye'nin idari ve mali yapısına ciddi değişiklikler getirmek istiyordu. Buna gerekçe olarak bürokratik devlet geleneğinin tasfiyesi gereğini gösteriyordu. AKP temel itibariyle Türkiye'de bir bürokrasi sorunu olduğu kanısındaydı. Bu teşhis aslında Türkiye'de 1950'lerden beri bütün sağ partilerin ileri sürdüğü bir yaklaşımdı.

Bu düşünceye göre Türkiye'de bürokrasi seçilmişleri gelip geçici, kendisini ise devletin asıl sahibi olarak görmekteydi. Bunun temelinde de tek parti cumhuriyeti yatmaktaydı. Bu teze göre bu aşkınlığa yapılan vurgu demokratik yönetimin meşruiyetini zayıflatmaktaydı[113]. Bu nedenlerle, başta kamu mali yönetimindeki atalet olmak üzere bürokrasinin halkın beklentilerine cevap verememesinden kaynaklanan performans açığı bulunmaktaydı[114].

AKP iktidara geldiği andan itibaren mali kontrol ve denetim usullerinden şikayetçi olmuştu. Cumhuriyet devrimi yıllarından kalma usullerle mali konularda hızlı karar alma ve uygulama olanağının kalmadığını ileri sürmekteydi. Kıta Avrupası ülkelerini taklit eden 1050 Sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu yerine Anglo Sakson sistemini model alan Kamu Mali Yönetimi Kanunu uygulamaya konuldu. Bu düzenlemeyle, Divan-ı Muhasebat devrinden kalma yüzyıllık teftiş kurulları tasfiye edilmek istendi. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu 1. 1. 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu kanunla iktidarın mali denetiminin zayıflatıldığı ileri sürüldü[115]. Kanunun bazı hükümleri 1. 1. 2006 tarihi itibariyle yürürlüğe girdi, kanun uygulanmaya başlayınca bazı teknik hatalar içerdiği anlaşıldı ve 5436 sayılı yeni bir kanun hazırlan-

111 Bursalı, On Yıl, s. 126-7

112 Bakırezer, Demirer, Sosyal Siyaset,s. 172.

113 Eryılmaz, Değişen, s. 540.

114 Eryılmaz, Değişen, s. 532.

115 Gülen, Yasama, s. 210.

dı[116]. Siyasi iktidarın bu kanunlarla şeffaflık ve hesap verebilirlikten ziyade kontrolden uzak olma peşinde olduğu anlaşılıyordu. Örneğin TOKi ve TMSF gibi önemli kuruluşlar hesap verme sorumluluğu dışına çıkarıldı. Bir çok harcama ve gelir bütçe dışı alanlara kaydırıldı[117].

AKP iktidarı idari alanda bütün cumhuriyet anayasalarında varolan merkezi idarenin üstünlüğü ve mahalli idarelerin vesayet denetimi altında olması ilkesini tamamen değiştirmek istiyordu. 5227 Sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanunla devlet paradigması tamamen değişecekti. Bu kanun basit bir idari reform değil, Avrupa Birliği vizyonu ile hazırlanmış devrimci bir değişiklik olarak takdim ediliyordu[118].

Kanun merkezi yönetimin görev ve yetkilerini sınırlandırıp özel görevli, yerel yönetimleri ise her türlü kamu hizmetinde genel görevli kılıyordu. Yani tekil ulus devlet yerine idari vesayet zayıflatılarak yerel ağırlıklı devlet modeline geçilmesi sağlanıyordu. Kanunla yetki genişliğine (tevsi-i mezuniyet) dayalı güçlü merkezi idare tasfiye ediliyordu.

Genel yönetimin sınırlı sayıdaki görevleri dışında kalan tüm kamu hizmetleri mahalli müşterek ihtiyaç tanımı içinde sokularak tamamen mahalli idarelere devredilmek isteniyordu. Kanun açık bir şekilde Anayasa'nın merkezi ve mahalli idarelerle ilgili ilkeleri düzenleyen 126. ve 127. maddelerine aykırı idi. Muhalefet partilerinin tepkisi şiddetli oldu ve yasa Cumhurbaşkanı Sezer tarafından veto edilince bir daha ele alınıp görüşülemedi.

Kamu yönetimin önemli bir ayağı olan yerel yönetimlerle ilgili mevzuat 2004 ve 2005'te büyük ölçüde değiştirilmişti. Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılanması Kanunundan önce (5227), İl Özel İdaresi Kanunu (5187), Belediyeler Kanunu (5215), Büyükşehir Belediyesi Kanunu (5216) önceden kabul edilmişti. Bu yasalarla yerel yönetimlerin her türlü kamu hizmetini şirketler aracılığı ile yerine getirmelerinin yolu açılıyordu. Ama 5227 sayılı yasa veto edilince mahalli idareler ile ilgili diğer düzenlemeler havada kalacaktı.

Cumhurbaşkanı Sezer kamu yönetimi yasasını veto ederken şu gerekçelere dayanmıştı: Bu kanun ile merkezi yönetimin görev ve yetkileri sınırlandırılıp özel görevli, mahalli idareler ise genel görevli haline getiriliyor; bu Anayasaya aykırıdır. Kanun ile yerel tüm kamu hizmetlerinin özel sektöre gördü-

116 Gülen, Yasama, s. 211

117 Gülen, Yasama, s. 211

118 Eryılmaz, Değişen, s. 542.

rülmesi kamu hizmetlerinin tümünün yerelleşmesi ve özelleşmesinin yolunu açıyor, bu da anayasaya aykırıdır. Bu gelişmeler üzerine il özel idarelerini genel yetkili kılan düzenlemeden vazgeçildi. Kamu Yönetimi Yasası cumhurbaşkanı tarafından veto edildikten sonra belediyeleri genel yetkili kılan hükümler de AYM tarafından iptal edildi.

AKP daha sonra kamu yönetimini değişikliğe uğratma yönündeki tutumunu küçük parçalar halinde sürdürme stratejine döndü. Örneğin Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğünün il özel idarelerine devri, kamu tüzel kişiliği olmayan ve merkezi idare kuruluşu niteliği taşımayan kalkınma ajanslarının kuruluşu böyle oldu. Aile hekimliği pilot uygulaması, Gelir İdaresi Başkanlığı, Türkiye Yatırım Destek ve Tanıtım Ajansı ve Kamu Denetçiliği Kurumu gerçekleşen değişiklikler arasında anılabilir[119]. Bütün devlet hastanelerin il özel idarelerine devrinden ise vazgeçildi.

AKP DÖNEMİNDE EĞİTİM VE YÜKSEK ÖĞRETİM

AKP nin Eğitim Politikası

AKP eğitim alanında kapitalist küreselleşmeci politikayı yerel bir muhafazarlık anlayışı ile inşaya çalışmıştır. AKP önderliği kendi taşralı kimliği ile örtüşen eklektik bir eğitim siyaseti izlemiştir. 21 Temmuz 2003 tarihli konuşmasında Başbakan Tayyip Erdoğan'ın kamunun eğitimden tümüyle çekilmesinden yana olduğunu ilan etmesi tarihe düşülen ilginç bir not olmuştur[120].

AKP Hükümeti, eğitim alanında hiçbir hükümetin akıl edemediği populist uygulamalara imza atmıştır. Bunlardan en önemlisi ders kitaplarının öğrencilere bedava dağıtılmasıdır. Bu projenin sosyal devlet sorumluluğu ile yapılan bir iş olmaktan ziyade piyasaya merkezi bütçeden para transferi yapmak gibi örtülü bir amacının da olduğu açıktır. Ücretsiz ders kitabı basma ve dağıtma işi bir rant alanı yaratmıştır[121].

AKP döneminde Milli Eğitim Bakanlığında yoğun bir kadrolaşma görüldü. Bütün milli eğitim müdürleri, hatta ilköğretim okulları müdürleri bile değiştirildi. Kamu kurumları arası geçişlerde özellikli Diyanet bariz bir şekilde kayırıldı. Diyanet'ten milli eğitim kurumlarına geçiş özendirildi.

---

119 Gülen, Yasama, s. 213.

120 İnal, Muhafazakar Eğitim, s. 693.

121 İnal, Muhafazakar Eğitim, s. 703.

AKP açısından eğitimde en önemli sorun imam-hatip sorunu olarak takdim edildi. Başbakanın kendisi de bir imam-hatipliydi ve imam hatipler sorunu demokrasi ve özgürlük sorunu olarak öne sürüldü.

2002-2007 arasında imam hatip lisesi öğrenci sayısı %80 oranında arttı. Bu okulların mezunları çoğunlukla kamu yönetimi, yargı ve emniyet teşkilatına yöneliyorlardı. 28 Şubat döneminde alınan kararlar imam hatip mezunları açısından katsayı sorununu ortaya çıkarmıştı. AKP'nin iktidar olmasından sonra bu sorun imam hatipliler lehine çözülünceye kadar gündemde tutulacaktı[122].

Üniversitelere giriş ile ilgili katsayı uygulamasının kaldırılması yönündeki ilk adım 2004 Mayısında gerçekleşti. İmam hatipler genel lise statüsüne yükseltildi. Cumhurbaşkanı Sezer'in veto etmesi ve muhalafetin gösterdiği tepkiler üzerine ikinci kez meclise getirilmedi. Ama bu davadan vazgeçildiği anlamına gelmiyordu.

AKP'nin Üniversite Politikası

AKP'nin yüksek öğretim alanında ilk operasyonu Tübitak'a yönelik oldu. Önce Tübitak Bilim Kurulu'nun karar ve toplanma yeter sayısını yitirmesi sağlandı. Bilim Kuruluna atama yapmak için Tübitak Yasası dört kez değişikliğe uğradı. 5001 ve 5016 sayılı yasalar iktidarın Tübitak yönetimine el koymasına yönelikti. Ana muhalefet partisi CHP AYM' nde iptal davası açtı. AYM, bilim kurulu üyelikleri ve kurum başkanlığı için başbakana yetki veren düzenlemenin yürürlüğünü durdurdu.

Fakat yasa yürürlüğe girdiği günden AYM tarafından yürürlüğün durdurulması kararı verilene kadar başbakan tarafından atama yapılmak istendi. Kurum başkanlığına yapılan atama karanamesi cumhurbaşkanı tarafından onaylanmadı.

AKP, 2005 Haziranında 5344 sayılı yeni Tübitak yasasını çıkardı. Cumhurbaşkanı Sezer bir kez daha veto etti. Yasa TBMM tarafından 5376 numara ile aynen kabul edildi. Buna karşılık cumhurbaşkanı ve CHP bir kez daha AYM'ye başvurdu. Bu yasa da AYM tarafından iptal edildi.

AKP'nin YÖK ile ilgili ilk hamlesi YÖK'e bakanlar kurulu kontenjanından seçilecek üyelerle ilgili oldu. Cumhurbaşkanı Sezer'in veto ettiği yasa YÖK'e Bakanlar Kurulu kontenjanından seçilecek kişilerle ilgili hiçbir akademik kriter öngörmüyordu.

---

122 Gökaçtı, İmam Hatipler, s. 327.

Bu konuda başarıya ulaşamayan iktidar, üniversiteler üzerindeki baskılarının yönünü değiştirdi. Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi rektörü bir suisistimal gerekçesiyle tutuklandı. Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesine de Sayıştay denetçileri gönderilerek iktidar üniversiteler üzerinde bir güç gösterisi yaptı. Bu baskıcı tutum üniversite çevrelerinde tepki ile karşılandı.

İktidar bu kez üniversitelerle ilgili stratejisini değiştirdi. 15 yeni devlet üniversitesi kurulması hakkında kanun çıkarıldı. Bu üniversitelerin kurucu rektörleri hükümetin önereceği isimler arasından cumhurbaşkanı tarafından seçilecekti. Düzenleme rektör atamaları konusunda YÖK'ü devre dışı bırakıyor, inisiyatifi hükümete veriyordu. AYM düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bularak iptal etti.

Bu defa AKP yöntemi bir kez daha değiştirdi. Yeni yasa önerisine göre Milli Eğitim Bakanlığı dört profesörü YÖK'e aday olarak gösterecek, YÖK aday sayısını ikiye indirecek cumhurbaşkanı da bu iki adaydan birini kurucu rektör olarak atayacaktı[123]. Bu öneri TBMM'nde görüşürülürken, seçim usulü bir kez daha değiştirildi. Bu sonuncusuna göre, YÖK genel kurulunun $^{3}/_{4}$ çoğunlukla belirleyeceği altı adayı Milli Eğitim Bakanı üçe indirecek, cumhurbaşkanı da bunlar arasından birini kurucu rektör atayacaktı. Cumhurbaşkanı Sezer bu yasayı da geri gönderdi. İktidar yasayı aynen kabul edince, bir kez daha AYM'nin yolu göründü. AYM iktidarın çıkardığı bu sonucu yasayı da iptal etti[124].

AKP iktidarının üniversitelerle ilgili amaçlarının önünde iki engel vardı. Birincisi YÖK, ikincisi Cumhurbaşkanı. Her iki engel de zaman içinde ortadan kalkacaktı. Sezer'in görev süresi 2007'de sona erdi. YÖK Başkanı Erdoğan Teziç'in görev süresi de 2007 Aralık ayında sona erdi.

AKP, Teziç'in yerine Prof. Yusuf Ziya Özcan'ın atanmasını sağlayarak üniversiteler ile ilgili çok önemli bir engeli aşmış oldu. Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanı olmasından sonra, öncelikle yeni kurulan üniversitelerin kurucu rektörleri sonra da tedrici olarak diğer üniversitelere iktidar yanlısı rektörler atandılar. AKP üniversite yönetimlerini yanlı kılma nihai amacına zaman içinde ulaşmış oldu.

123 Gülen, Yasama, s. 220.

124 Gülen, Yasama, s. 221.

AKP İKTİDARININ ORDU İLE İLİŞKİLERİ

Ordu'nun AKP'ye Yönelik Tutumu ve Değişen Dengeler

AKP iktidara geldiğinde TSK'nın bu partiye karşı tutumunun ne olacağı merak konusuydu. AKP başlangıçta orduya karşı temkinli davrandı. 2002'de Ecevit hükümeti tarafından göreve getirilen Orgeneral Hilmi Özkök 2006'ya kadar hükümetle açık çatışmaya girmekten kaçındı. Hatta ılımlı bir işbirliğinin sinyallerini verdi[125].

Hiç kuşku yok ki ordunun iktidar partisi hakkındaki en büyük çekincesi cumhuriyetin kurucu ilkesi olan laiklik konusunda takınacağı tutumdu. Özkök dahil komuta kademesinin bu çekincelere rağmen hükümetle aralarında temel konularda anlaşmazlık olsa dahi birlikte çalışmak (modus vivendi) için çaba sarfettiği ile sürülebilir. TSK-AKP ilişkileri süreci incelendiğinde bunun sayısız örneği ile karşılaşılacaktır[126].

AKP iktidarının 2007 yılına kadar TSK ile ilişkisi üç dönemde incelenebilir. Birinci dönem, 2002' den 2006'ya kadar ordunun üniter devlet ve laiklik konusundaki hükümete baskı yaptığı ama politik konularda hükümetin belirleme hakkı olduğunu vurgulayan kontrollü anlaşmazlık evresi olarak tanımlanabilir[127].

2005 Kasımında patlak veren Şemdinli olayı bu dönemin sonuna işaret etti. Eski bir PKK itirafçısı ve sivil giyinmiş iki jandarma ast subayının karıştığı olay TSK -iktidar ilişkilerini gerdi. Orgeneral Büyükanıt'ın olaya karışan TSK mensuplarına kefil olması, Güneydoğu Anadolu'da vuku bulan bir çok kanunsuz eylemin ordu yüksek komuta kademesinin örtülü onayı ile gerçekleştiği iddiasına neden oldu. Van Cumhuriyet Savcısı Ferhat Sarıkaya, Orgeneral Yaşar Büyükanıt'ı bağımsız yargıyı etkilemekle suçladı. Savcının iddianamesi Silahlı Kuvvetler ve polisin içinde suç örgütlerinin varlığı tezine dayanıyordu[128]. Süreç savcının HSYK kararı ile görevinden azledilmesi ile sonuçlandı.

Bununla birlikte AKP iktidarına karşı yüksek komuta kademesinin içinde değişik görüşler olduğu anlaşılıyordu. Ordunun bir kesimine göre iktidar la-

125 Özbudun, Hale, İslamcılık,, s. 141.

126 Heper, Siyasal Hayat, s. 323.

127 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 141.

128 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 148.

iklik karşıtı gizli ajandasını adım adım gerçekleştirme yolundaydı. Bu durum karşısında ordunun cumhuriyeti koruma ve kollama ödevini yerine getirmesi kaçınılmazdı.

2007 baharında basında, Ağustos 2003 ile Ağustos 2005 arasında deniz kuvvetleri komutanlığa yapan Özden Örnek'e ait olduğu iddia edilen günlüklerin yayınlanması kamuoyunda fırtınaların kopmasına neden oldu. Günlüklere inanmak gerekise, Özden Örnek, Aytaç Yalman, Halil İbrahim Fırtına ve Şener Eruygur Genelkurmayı dışarıda bırakarak Sarıkız adı verdikleri bir darbe planı tartışmışlar; 2004 Ağustosunda emekli olmuşlardı. Hükümetin Kıbrıs planlarına Eruygur ile birlikte karşı çıkan Hurşit Tolon da 2005 Ağustosunda emekli oldu. Bu komutanların hepsi 2007 seçimlerinden sonra açılan Ergenekon ve Balyoz davaları kapsamında aşamalı olarak tutuklanacaklardır[129].

AKP- TSK ilişkisinde ikinci aşamayı meydan okuma ve krizin derinleşmesi olarak tanımlayabiliriz. 2007 Nisanında yenilenecek cumhurbaşkanlığı seçiminde TSK'nın Tayip Erdoğan veya Abdullah Gül'ün cumhurbaşkanı seçilmesine karşı olduğu apaçık belliydi[130]. Ağustos 2006'da Org. Özkök ün yerine geçen Org. Büyükanıt, Gareth Jenkinsin öne sürdüğü gibi, emri altındaki askerlere güvence vermek maksadıyla 27 Nisan 2007 de bir e-bildiri yayınladı. Bu bildiri ordunun 2002'den beri hükümete karşı en açık bir şekilde tavır almasıydı. Yaşar Büyütanıt'nın e-muhtırasını Adalet Bakanı Cemil Çiçek ve AB komisyonu genişlemeden sorumlu üyesi Olli Rehn ve ABD Dışişleri Bakanı Condoleezza Rice kınadılar[131].

AKP hükümetinin cumhurbaşkanlığı seçimi konusunda geri adım atmaması ordunun geri çekilmesine yol açtı. Bu AKP-TSK ilişkilerinde yeni bir dönemin başlangıcıydı: hükümetin üstünlüğü dönemi. Bunun miladı ise, 4 Mayıs 2007'de Org. Büyükanıt ile Başbakan Tayyip Erdoğan'ın Dolmabahçe Sarayında yaptıkları bir gizli görüşme olacaktır[132].

Süreç dikkatle incelendiğinde ordunun bir kanadının hükümete müdahaleyi tartışmış olmasına rağmen bir başka kanadının uzlaşma politikasından yana olduğu anlaşılıyor. Genelkurmayda Büyükanıt, Başbuğ, Koşaner çizgisinin modus vivendi (uzlaşma) politikasını temsil ettiği görülüyor[133].

---

129 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 142.

130 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 154.

131 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 155.

132 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 155.

133 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 24.

AKP DÖNEMİNDE YASAMA VE CUMHURBAŞKANININ GERİ GÖNDERME İŞLEMLERİ

AKP İktidarı Döneminde Yasama ve Cumhurbaşkanı'nın Veto Ettiği Yasalar

AKP'nin iktidara geldiği 2002 Kasımından XXII. Döneminin sonu olan 3 Haziran 2007 tarihine kadar Meclisten çıkan toplam yasa sayısı 909 olmuştur. Uluslararası anlaşmaları onay yasaları dikkate alınmazsa çıkarılan yasa sayısı 582'dir.

XXII. Dönem TBMM öncelikle yeni Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanununu kabul etti. Yeni TCK 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girdi. Bu iki önemli yasa üzerinde güncelleme çalışmaları daha önceki dönemlere dayanmakla birlikte AKP döneminde Türk mevzuatına girmiş oldu[134].

Dönemin cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer 2002' den 2007'ye kadar 60 yasayı veto etmiş; Bu yasalardan 49'u ikinci kez görüşülmüş ve tekrar kabul edilmiştir. Bu nedenle yürürlüğe giren yasa sayısı 511'dir. Bir başka ifade ile bu yasama döneminde her 10 yasadan biri cumhurbaşkanı tarafından veto edilmiş, 1/25'i ise AYM'ne götürülmüştür. Cumhurbaşkanı Sezer, ikinci kez görüşülerek yürürlüğe giren 49 yasadan 21 için Anayasa Mahkemesine (AYM) başvurmuştur[135].

Ana muhalefet partisi CHP de çıkan yasaların 1/5 'ini iptal istemiyle (toplam 108 kez) AYM'ye götürmüştür. Ana muhalefet partisinin yasama döneminin sonu olan 3. 6. 2007 tarihine kadar açtığı iptal davalarının 59'u sonuçlanmış, mahkeme 35 davada iptal kararı vermiş, 11 davada iptal istemi reddedilmiştir[136].

AKP'nin iktidara gelmesinden sonra Sezer'in veto ettiği ilk yasa 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanundur. (K. N. 4774) Bu Kanun ile yasaklı Tayyip Erdoğan'ın seçilme yasağının kaldırılması gündeme gelmişti.

Bunu Gelir Vergisi, Vergi Usul Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu, Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu (K. N. 4775) ile 4306 sayılı Kanun, 4481 Sayılı Kanun ve 4562 sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun'ların geri gönderilmesi izlemiştir.

---

134 Özbudun, Hale, İslamcılık s. 113.

135 Gülen, Yasama,, s. 197.

136 Gülen, Yasama, s. 199.

2003 yılı başında ise, Basın ve Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun (K. N. 4779) Çankaya'dan geri döndü. AKP'nin iktidara gelir gelmez gündeme getirdiği Vergi Barışı Kanunu da (K. N. 4792) geri gönderildi. Cumhurbaşkanı Sezer yasayı eşitlik ilkesine aykırı bulmuştu.

Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 4827) ile Sendikalar Kanunu ile Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münabetlerin Tanzimi Hakkında Kanunun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 4728) geri gönderildi.

Sezer 2003 Nisanında, Vergi Kanunun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 4840) ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunu da (K. N. 4841) iade etti.

2003 Haziranında Cumhurbaşkanı, Türk Ceza Kanunu, özel radyo tv yayınları, Nüfus Kanunu, terörle mücadele ve ceza infaz alanlarını düzenleyen "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin" (K. N. 4903) yasayı geri gönderdi.

2003 Temmuzu'nda ise, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (K. N. 4960) veto edildi. Kanun orman köylüleri ile ilgiliydi. Aynı ay, Orman Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 4965) ile Milli Eğitim Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun da (K. N. 4967) geri çevrildi.

2003 Kasımında Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanuna Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (K. N. 5001) geri gönderildi.

2003 Aralık ayında Cumhurbaşkanı sırasıyla Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun (K. N. 5019) ile At Yarışları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu (K. N. 5022) geri gönderdi. Aynı ayda, Olağanüstü Hal Bölge Valiliği İhdası Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (K. N. 5023) ile Bazı Belediyelerin Kaldırılması Hakkında Kanun (K. N. 5025) TBMM'ne iade edildi. Bu sonuncu kanun belediye statüsünü kaybetme alt sınırı ile ilgili bir düzenleme yapmaktaydı.

Sezer, 2004 yılında da bazı kanunları TBMM'ye iade etti. Bunlar sırasıyla Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun (K. N. 5100); Yükseköğretim Kanunu ve Yüksek Öğretim Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5171) Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5182); Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5186) ; mahalli idareler ile ilgili İl Özel İdaresi Kanunu (K. N. 5197),Belediye Kanunu (K. N. 5215), Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun (K. N. 5227), Kamu Personeli ve Akademik personel ile ilgili Devlet Memurları Yükseköğretim kurumları personelini ilgilendiren Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5229) ve Dernekler Kanunu (K. N. 5231) TBMM'ne geri gönderilen yasalar arasındaydılar.

AKP iktidarı 2005 yılında da Sezer'in vetolarıyla sık sık karşılaştı. 2005 başında Yükseköğretim Kanununa Geçici Maddeler Eklenmesine Dair Kanun (K. N. 5306) TBMM'ne geri gönderildi. Yasa yükseköğretim kurumlarında af ile ilgiliydi.

2005 Martında, Bankalar Kanunu ile Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5317) TBMM'ne geri gönderildi. Yine aynı ay içinde, Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5321) ile; Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5325) veto edildi.

2005 yılı Nisanında ise, Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (K. N. 5333) TBMM'ne iade edildi. Mayıs'ta birkaç yasa daha cumhurbaşkanı tarafından TBMM'ne geri gönderilecekti. Bunların başında Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5344) ile; RTÜK teşkilatı ile ilgili, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (K. N. 5356) ve 5357 Sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5357) veto edilen yasalar arasındaydı.

2005 Haziran'ında, Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5375) ile Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (K. N. 5372) TBMM'ne iade edildi.

Temmuz 2005'te Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Karar-

namelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5382), Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun veto edildi. Bu yasa ile sağlık alanında sözleşmeli personel istihdamı sağlanmaya çalışılıyordu. Aynı ay içinde, Bankacılık Kanunu (K. N. 5387) ile Türkiye İstatistik Kanunu da (K. N. 5394) veto edildi.

2005 Kasımında Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun (K. N. 5433) Sezer tarafından veto edildi. 2005 Aralık ayında, Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun (K. N. 5440) iade edildi.

2005'te son olarak çeşitli taşra şehirlerinde üniversiteler kuran Yüksek Öğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu (K. N. 5447) TBMM'ye iade edildi. Büyük bir olasılıkla Cumhurbaşkanı Sezer bu yasanın taşra üniversitelerinde cemaat kadrolaşmasına neden olacağını düşünüyordu.

2006 yılında, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yasa (K. N. 5462) geri gönderildi. Bu yasa eski başbakan Necmettin Erbakan'ın dolaylı yolla affını sağlamaya yönelikti. Sezer'in sosyal güvenlik ile ilgili düzenlemelere de itirazları vardı. 2006 Nisan'ında, Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu (K. N. 5487) ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nu (K. N. 4589) TBMM'ye iade etti.

Haziran 2006' da, yurtdışına doktora yapmaya gönderilip dönmeyenlere ilişkin bir düzenleme yapıldı: Kamu Alacaklarının Terki Kanunu (K. N. 5518) Bu kanun geri dönmeyenlerin mali sorumluluğu ile ilgili kolaylıklar getiriyordu. Yasa, Sezer tarafından TBMM'ne iade edildi. Aynı ay, Kamu Denetçiliği Kanunu da (5521) veto edildi.

Temmuz'da, Yüksek Öğretim Kanunu değişikliği (K. N. 5541) ; Eylülde Özel Eğitim Kurumları Kanunu (K. N. 5545) ile Vakıflar Kanunu (K. N. 5555) geri gönderildiler.

2006 Kasım'ında AKP hükümeti yeni kurduğu üniversitelerin yönetiminin oluşturulmasında, iktidarın elini güçlendiren, dilediği kişiyi rektör atamayı kolaylaştıracak bir yasa çıkarmak istedi. Yükseköğretim Kurumları Teşkilat Kanununu Değiştiren bu kanun (K. N. 5556) Sezer tarafından TBMM'ye iade edildi. Aynı ay, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Hakkında Kanun da (K. N. 5557) veto edildi. Bu yasa ile yeni kent rantı yaratarak bazı çevreleri kollayan bir düzenleme yapılmak istenmişti.

XXII. Dönem TBMM'nin son yasama dönemi olan 2007 yılının ilk aylarında, Türk Petrol Kanunu (K. N. 5574), Enerji Verimliliği Kanunu (K. N. 5584), Sağlık Hizmetleri Alanında Sigorta Hizmetleri ile İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5581) geri gönderildi.

2007 Martında, Tarım ve Kırsal Kalkınmayı Destekleme Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (K. N. 5603) ile Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5588) iade edildi. 2007 Mayısında, Nükleer Güç Santrallerinin Kurulması ve İşletilmesi ile Enerji Satışına İlişkin Kanun (K. N. 5654) TBMM'ne iade edildi.

XXII. Dönemin sonunda, Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Hakkında Kanun (K. N. 5665) ile Adli Personelin Harcırahlarını Düzenleyen Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (K. N. 5677) da cumhurbaşkanı tarafından yeniden görüşülmek üzere TBMM'ne iade edildiler.

Cumhurbaşkanı Sezer 2007 baharında önce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu (K. N. 5660); En son ise Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunu (K. N. 5682) TBMM'ne iade edecekti.

Veto Edilen Veya Tepki Gören Yasalar Karşısında AKP'nin Tutumu

AKP iktidarı bazen Cumhurbaşkanının geri gönderme gerekçelerine uymuş, tasarılarında ısrarlı olmamıştır. Örneğin, Bakanlar Kurulu ve yasama meclisi üyeliğinde geçen sürelerin akademik unvan alırken toplam süreye sayılması, ulusal radyo ve televizyon kuruluşlarındaki yabancı hisse oranının yükseltilmesi, avukatlık mesleğinden yargıçlığa geçerken HSYK yerine, Adalet Bakanlığı'nca yazılı sınava tabi tutulmanın yeterli olması, maddi olanaklardan yoksun başarılı öğrencilerin karşılığı devlet bütçesinden ödenmek üzere özel eğitim kurumlarından hizmet satın almak suretiyle okutulması, klinik şef ve şef yardımcılarının, başasistanların açıktan atama ile göreve gelmeleri, üst düzey bazı kamu görevlilerini üçlü kararname yerine doğrudan ilgili bakan tarafından atanması gibi konularda geri gönderme gerekçesine uymuş, yasa metinlerinden çıkarılmıştır[137].

137 Gülen, Yasama, s. 197

AKP bazı konularda muhalefetin ve kamuoyunun tepkilerini dikkate almış yasaları çıkarmakta ısrarlı olmamıştır. Örnekler vermek gerekirse, 4960 Sayılı T. C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, 5171 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ve Yüksek Öğretim Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, 5227 Sayılı Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun, 5555 Sayılı Vakıflar Kanunu ve 5574 Sayılı Türk Petrol Kanunu içerikleri nedeniyle muhalefet partilerinden ve kamuoyundan şiddetli tepki görmüştü; bunun üzerine AKP girişimlerini askıya almak zorunda kaldı.

Örneğin, 4960 Sayılı T. C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasanın 170. maddesinde değişiklik yapılıyor ve orman niteliğini yitirmiş ve orman sınırları dışına çıkarılmış yerlerin işgalcilere satılmasına olanak sağlanıyordu. Yine aynı düzenlemede 169. madde değiştirilerek devlet ormanlarının gerçek ve tüzel kişilerce işletilmesinin önü açılıyordu.

5171 Sayılı Yüksek Öğretim Kanunu ve Yüksek Öğretim Personel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yüksek öğretime girişte uygulanan sistem tamamen değiştirilerek imam hatip liselerinin genel lise statüsüne yükseltilmesi, kendi alanları dışındaki bir programı seçerken eşit katsayıdan yararlanmaları yüksek öğretime giriş koşullarını belirlemede Milli Eğitim Bakanlığının YÖK ile birlikte yetkili kılınması, YÖK'e Bakanlar Kurulunca seçilecek üyeler için hiçbir akademik nitelik öngörülmemesi mümkün olacaktı. AKP bu konularda büyük tepki görünce ısrarlı olmadı.

5574 Sayılı Türk Petrol Kanunu'nda %12. 5 olan devlet payını %2' ye hatta kimi durumlarda %1'e düşürülmesi ile, devlet hisselerinin %50 sinin işletme ruhsatının bulunduğu vilayetin il özel idaresine aktarılması öngörülüyordu[138]. Tepkiler üzerine bu konu da iktidar tarafından tekrar gündeme getirilmedi. AKP, taktik nedenlerle,başka koşullarda gündeme getirmek üzere geri çekildi.

AKP DÖNEMİNDE AVRUPA BİRLİĞİ UYUM YASALARI VE ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Uyum Yasaları ve Anayasa Değişiklikleri

Avrupa Birliği 1999 yılında Türkiye'ye aday ülke statüsü vermişti. Türkiye'nin birliğe üye olması birliğin standartlarını kendi hukukunun bir

138 Gülen, Yasama, s. 198-199.

parçası haline getirmesine bağlıydı. Kopenhag Kriterleri olarak anılan bu kriterler bir dizi anayasa ve yasa değişikliği ile tamamlanacaktı. AB uyum yasaları paketlerinden üçü, DSP-MHP- ANAP koalisyonu zamanında, altısı AKP iktidarı döneminde yasalaştı[139]. 2001 ve 2004 yılları arasında yapılan anayasa değişikliklerine paralel olarak 2002 Şubatı ile 2004 Temmuzu arasında dokuz uyum paketi kabul edildi[140].

Bunlardan bazıları şunlardır: İfade hürriyeti alanında, TCK 301 ve Terörle Mücadele Kanununun 8. Maddesi, yeni Dernekler Kanunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye'nin sözleşmeyi ihlal ettiğine dair kararlarının, hukuk ve ceza yargılamasında muhakemenin yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi gibi düzenlemelerdir.

2001 anayasa değişikliğine paralel olarak çıkarılan paket, Milli Güvenlik Kurulu'nun yapı ve işleyişine ilişkindi. Değişiklikte temel hedef MGK'yı askeri ağırlıklı bir kurul olmaktan çıkararak sivillerin denetiminde bir kurul haline getirmekti.

Çıkarılan kanunun 24. maddesine göre, Başbakan, Başbakan Yardımcılarından birine MGK Genel Sekreterliğinin görevlerini delege ediyor, Genel sekreterliğin icrai görevleri kaldırıyordu. 2004 Ağustosu'ndan sonra MGK Genel Sekreterliği orgeneral rütbeli bir komutan tarafından değil yüksek dereceli sivil bir kamu görevlisi tarafından doldurulmaya başlandı[141]. Atanan ilk sivil MGK Genel Sekreteri bir büyükelçi oldu; Genel sekreterliğin yetki alanı daraltıldı[142].

AB uyum yasaları çerçevesinde tartışma yaratan bir konu da gayrimüslim cemaatlerinin vakıf malları olmuştur. AKP iktidara gelmeden Ecevit Hükümeti gayrimüslim vakıf malları ile ilgili olarak 4771 sayılı yasayı çıkarmıştı. Yasa 2762 sayılı Vakıflar Kanunu'nu değiştiriyor, cemaat vakıflarının bakanlar kurulu kararı ile taşınmaz edinmelerini mümkün kılıyordu. Kanun Lozan Anlaşması'na aykırı hükümler taşıyor, eski vakıfların tasfiyesini amaçlıyordu. Eski kanun tüm vakıflar üzerinde Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün denetimini öngörürken yenisi devlet denetiminin tamamen kaldırılmasını öngörüyordu. Cumhurbaşkanı Sezer Lozan'a göndermede bulunarak "Cemaat vakfı diye bir vakıf kurulamaz" düşüncesiyle yasayı veto etti.

---

139 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 107.

140 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 107

141 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 113.

142 Uzgel, Dönüşüm, s. 29.

XXI. Dönem TBMM bir erken seçim kararı ile yenilenmişti. Bu erken seçim Türk siyasetinde çok önemli bir deprem yaratmış, seçim kararını alan hükümeti oluşturan bütün siyasal partiler parlamento dışı kalmıştı. XXII. Dönem parlamento oluşurken Türk siyasal tarihinde o zamana değin görülmemiş bir durum ortaya çıkmıştı. Seçimi kazanan partinin genel başkanı anayasal ve yasal kısıtlamalar nedeniyle aday olamamış, parlamento dışında kalmıştı.

Çoğunluk partisi AKP'nin imdadına ana muhalefet partisi CHP yetişti. İktidarın kendi lideri ile hükümet etmesini olanaklı kılmak için anayasa değişikliği yapıldı. AKP liderinin milletvekili seçilmesini aldığı bir hapis cezası engelliyordu. Anayasa'nın milletvekili seçilme yeterliliğini düzenleyen 76. maddesinde geçen " ideolojik ve anarşik eylemlere" ibaresi 4777 sayılı yasa ile "terör eylemlerine" şeklinde değiştirildi. Böylece AKP liderinin önündeki seçilme yasağı kaldırılmış oldu.

Aynı yasanın ikinci maddesi Anayasa'nın Türkiye Büyük Millet Meclisi seçimlerinin geri bırakılması ve ara seçimleri düzenleyen 78. maddesini değiştirecekti. Buna göre, "…bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük Millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk pazar günü ara seçim " yapılacaktı.

TBMM bundan sonraki anayasa değişikliğini 7. 5. 2004 tarihinde 5170 sayılı yasa ile yaptı. Bu değişiklik ile Anayasa'nın 10, 15,17,30, 38 ve 87. maddeleri değiştirildi. Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. madde bir ek fıkra ile "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. " şekline getirildi.

Temel hak ve hüriyetlerin kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15. maddenin ikinci fıkrası "Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. " şeklinde değiştirildi.

Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı düzenleyen 17. madde birinci fıkrası ile "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. " diyerek yaşama hakkını güvenceye alıyordu; buna

eklenen bir fıkra ile "Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır. " denilerek bir istisna hükmü getirilmiş oldu.

Basın araçlarının korunmasını düzenleyen 30. madde "Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz. " şeklinde değişikliğe uğradı.

T. C. Anayasası'nın 38. maddesi suç ve cezalara ilişkin esasları düzenlemektedir. 7. 5. 2004 tarihinde bu madde iki değişikliğe uğradı. "Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez. " hükmü ile Türkiye'de ölüm cezası kalkmış oldu. İkincisi de "Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez. "olacaktı. Bu fıkra ile, yurttaşların istisnai bazı durumlar dışında suç sebebi ile yabancı ülkeye verilemeyeceği hükme bağlanmış oldu.

7. 5. 2004 tarihinde 5170 sayılı Yasa ile Anayasanın 87. maddesi yeniden düzenlendi; bu değişikliğe göre, "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulu'nu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kurulu'na belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasa'nın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir. " biçiminde değiştirildi. Buna göre, genel ve özel af çıkarmak için TBMM'nin 3/5 çoğunluğuna ihtiyaç olacaktı. Bu da anayasayı değiştirme çoğunluğunun alt sınırına tekabül etmekteydi.

Bu değişiklikler kapsamında, TBMM'nin milletlerarası andlaşmaları uygun bulma yetkisi ile ilgili 90. maddenin son fıkrasına bir cümle eklendi. Böylece "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. " fıkrasına "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların

aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. " hükmü eklenerek kanunlarla uluslar arası anlaşmalar arasında temel hak ve özgürlükler konusunda çelişme olursa uluslararası hukuk belgesine itibar olunması hükme bağlanmış oldu.

Anayasa'nın 131. maddesi yükseköğretim üst kuruluşları ile ilgilidir. Türkiye'de kuruluşundan beri tartışmalara konu olan Yükseköğretim Kurulu'nun üyeleri içinde Genelkurmay Başkanlığı tarafından seçilen bir üye bulunmaktaydı. Bu kısım çıkarılarak YÖK tamamen sivil üyelerden oluşan bir kurul haline dönüştürüldü. Maddenin son fıkrası bu değişiklikle şu hale geldi: "Yükseköğretim Kurulu, üniversiteler ve Bakanlar Kurulunca seçilen ve sayıları, nitelikleri, seçilme usulleri kanunla belirlenen adaylar arasından rektörlük ve öğretim üyeliğinde başarılı hizmet yapmış profesörlere öncelik vermek sureti ile Cumhurbaşkanınca atanan üyeler ve Cumhurbaşkanı'nca doğrudan doğruya seçilen üyelerden kurulur. "

Aynı kanunun 9. maddesi ile Anayasa'nın 143. maddesi kaldırıldı. Mülga madde Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgiliydi. İlk kez 12 Mart ara rejimi zamanında gündeme gelen bu mahkemeler 12 Eylül ara rejimi döneminde çok etkin bir şekilde yargı sistemi içinde yer almışlardı. 1983'den sonra da anayasa gereği varlıklarını korumaya devam etmişlerdi. Bu değişiklik ile DGM'ler tarihe karıştı.

Sayıştay, TBMM adına kamu harcamalarını denetler. Anayasanın 160. maddesinin son fıkrası "silahlı kuvvetler elinde bulunan Devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, Milli Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir. " biçiminde kaleme alınmıştı. Bu hükümle Türk ordusunun elinde bulunan malların TBMM adına denetlenmesi gizli bir şekilde yürütülmesi gerekiyordu. Sayıştay'ın TBMM adına TSK'yı denetmesini sınırlandıran bu madde 5170 sayılı yasanın 10 maddesi ile lağvedildi.

TBMM, XXII. Döneminde başka anayasa değişikliklerine de imza attı. Radyo Televizyon alanında 1993 yılına kadar devam eden kamu yayıncılığı tekeli kaldırılmıştı. Özel radyo ve televizyonların faaliyetlerini denetlemek amacıyla Anayasa'nın 133. maddesi değiştirilerek Radyo ve Televizyon Üst Kurulu oluşturuldu. Kurul üyelerinin seçilmesi ile ilgili 21. 6. 2005 tarihli, 5370 sayılı yasanın sağladığı değişiklik şöyledir: "Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı

oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir. "

29. 10. 2005 tarihi itibariyle T. C. Anayasasında geniş kapsamalı bir değişikliğe daha gidildi. 5428 sayılı yasa ile gerçekleştirilen değişiklikler Anayasa'nın 130,160,161 ve 162. maddelerini yeniden düzenliyordu. Örneğin yükseköğretim kurumları ile ilgili 130. maddenin eski halinde üniversite bütçelerinin hazırlanmasında genel ve katma bütçe esasları uygulanmakta iken, 5428 sayılı yasanın 1. maddesi ile "Üniversitelerin hazırladığı bütçeler; Yükseköğretim Kurulunca tetkik ve onaylandıktan sonra Millî Eğitim Bakanlığı'na sunulur ve merkezi yönetim bütçesinin bağlı olduğu esaslara uygun olarak işleme tâbi tutularak yürürlüğe konulur ve denetlenir. " Biçimini aldı.

Bu değişikliğin 2. maddesi Anayasa'nın 130. maddesinde sayılan Sayıştay'ın görevlerini yeniden tanımladı. Yeni görevler verdi. Buna göre "Sayıştay, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmakla görevli (olacak ve) Sayıştay'ın kesin hükümleri hakkında ilgililer yazılı bildirim tarihinden itibaren onbeş gün içinde bir kereye mahsus olmak üzere karar düzeltilmesi isteminde bulunabilecek bu kararlar dolayısıyla idarî yargı yoluna başvurulama(yacaktı).

Sayıştay'ın görevleri ile ilgili bir başka yenilik de mahalli idareler ile ilgiliydi; şöyle ki, "Mahalli idarelerin hesap ve işlemlerinin denetimi ve kesin hükme bağlanması Sayıştay tarafından yapılır. " hükmü konuldu. Böylece yerel yönetimlerin akçeli işleri Sayıştay denetimi altına alınmış oldu.

Anayasa değişikliğini yapan 5428 sayılı yasa, aynı zamanda bütçenin hazırlanması ve uygulanması ile ilgili usul ve esasları yeni ilkelere bağladı. Buna göre, "Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenle(necekti.)

Yine, bütçenin görüşülmesi ile ilgili 162. maddenin iki fıkrası değiştirildi. Bunlara göre, "Bakanlar Kurulu, merkezi yönetim bütçe tasarısı ile millî bütçe tahminlerini gösteren raporu, malî yıl başından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisine sun(acak) ve milletvekillerinin bütçe

müzakerelerindeki önergelerinin görüşme yapılmaksızın oylanması, "Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Genel Kurulda, kamu idare bütçeleri hakkında düşüncelerini, her bütçenin tümü üzerindeki görüşmeler sırasında açıklarlar; bölümler ve değişiklik önergeleri, üzerinde ayrıca görüşme yapılmaksızın okunur ve oylanır. " hükmü ile disiplin altına alınmış oldu.

Bütçede değişiklik yapılabilmesinin esasları da 163. maddede yapılan değişiklikle " Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. " şekline dönüştürüldü.

TBMM, 13. 10. 2006 tarihi itibariyle, T. C. Anayasası'nın 76. maddesinde düzenlenen milletvekili seçilme yeterliliğini 5551 sayılı yasa ile değiştirerek, milletvekili seçilme yaşını yirmi beşe indirdi.

Milletvekili genel seçimlerinde, 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almamaları ilkesi benimsenmişti. 2007 cumhurbaşkanlığı seçimi krizi TBMM'nin erken seçim kararı almasına neden olunca Anayasa'ya geçici 17. madde eklendi, bu madde ile "yapılacak ilk genel seçimde, Anayasa'nın 67 nci maddesinin son fıkrası 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanununun bağımsız adayların birleşik oy pusulasında yer almasına ilişkin hükümleri bakımından uygulanma" ma kararı alındı. Bu düzenleme ile daha önce 3. 10. 2001'de 4709 sayılı yasa ile 67. maddeye konulan son fıkranın seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz hükmü geçersiz kılınmak amaçlanıyordu.

TBMM'nin 31. 5. 2007 tarihli 5678 sayılı Anayasa değişikliği 77, 79, 96, 101, 102. maddeleri değiştirdi. Bu değişikliklerle yasama vekaleti süresi, YSK'nın yetkileri, TBMM'nin toplantı ve karar yeter sayısı ile cumhurbaşkanının seçim usulleri radikal değişikliklere uğradı. Anayasa değişikliğini gerçekleştiren yasa Cumhurbaşkanı tarafından halkoylamasına götürüldü. Referandum 31. 10. 2007 tarihinde yapıldı ve anayasa değişikliği onaylandı.

2007 CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMİ VE ERKEN SEÇİM

2007 Anayasa Krizi ve Erken Seçim

TBMM, 2007 baharında cumhurbaşkanlığı seçimi etrafında oldukça gerilimli bir süreçten geçti. Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk iki turunda müzakere nisabının TBMM üye tam sayısının 2/3'si (367) olduğu savına dayanan

tartışma AYM'inde noktalandı. Mahkeme ana muhalefet partisini haklı buldu. Cumhurbaşkanlığı seçiminin ilk turu iptal edilince, iktidar birbirini tamamlayan iki hamlede bulundu: Birincisi cumhurbaşkanının halkoyu ile seçilmesini sağlayacak anayasa değişikliği ikincisi erken seçim.

AKP önce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunu (K. N. 5660) çıkardı[143]. Cumhurbaşkanı Sezer, 15 günlük inceleme süresini sonuna kadar kullanarak, Anayasa değişikliğini, " Anayasa'nın öngördüğü parlamenter modelin gereklerine aykırılık" gerekçesiyle Meclise iade etti. Bunun üzerine, Anayasayı değiştirme iradesinde ısrarlı olan meclis çoğunluğu, iade edilen yasayı 31. 5. 2007 tarihinde, 5678 sayılı yasayla aynen kabul etti. Cumhurbaşkanının TBMM iradesi karşısında başkaca bir yetkisi kalmadığından 8. 6. 2007'de değişikliği onayladı. Fakat, onayladığı Anayasa değişikliğinin, şekil yönünden sakatlığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesi nezdinde iptal davası açtı. Benzer bir dava da ana muhalefet partisi tarafından açılmıştı. Anayasa Mahkemesi, CHP, ve Cumhurbaşkanı tarafından açılan iptal davalarını 5. 7. 2007 tarihinde reddedecekti[144].

1982 Anayasası 1924 Anayasasından beri korunmakta olan dört yıllık yasama vekaleti anlayışını terk ederek TBMM yasama süresini beş yıla çıkarmıştı. Böyle olmakla birlikte, 1983'ten beri yapılan seçimlerin hiçbiri beş yılda bir yapılmamış, hepsi erken genel seçim olarak gerçekleşmişti. 31. 5. 2007 tarihli değişiklik önce bu konuyu ele aldı ve 77. maddeyi değiştirerek yasama vekaletini dört yıla indirdi.

Anayasa'nın 79. maddesinde düzenlenen seçimlerin genel yönetim ve denetimi başlığı ile TBMM seçimleri ve genel oyla seçilecek olan cumhurbaşkanı seçiminde YSK tek yetkili merci olarak belirlendi. 5678 sayılı yasayla yapılan değişiklik şöyleydi: "Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçim konularıyla ilgili bütün yolsuzlukları, şikâyet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin seçim tutanaklarını ve Cumhurbaşkanlığı seçimi tutanaklarını kabul etme görevi Yüksek Seçim Kurulunundur. Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir merciye başvurulamaz. "

143 Akın, Cumhurbaşkanlığı. s. 243-246.

144 Akın, Cumhurbaşkanlığı. s. 247-248.

Aynı maddenin son fıkrası da "Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların halkoyuna sunulması, Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi işlemlerinin genel yönetim ve denetimi de milletvekili seçimlerinde uygulanan hükümlere göre olur. " Şeklini aldı.

1961 demokrasisi devrinde TBMM'nin toplantı ve karar nisapları iktidarın yasama sürecine hakim olmasını ciddi bir şekilde engellemişti. Bu devirde TBMM, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile toplanıyor, bunun yarıdan bir fazlası ile karar alıyordu. 1982 Anayasasını yapan kurucu irade, meclis çoğunluğunun hızlı karar almasını kolaylaştıracak bir ilkeyi benimsedi. Buna göre, TBMM, üye tam sayısının 1/3 ile toplanacak, üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlası ile de yasama faaliyetinde bulunabilecekti.

Bu anlayış, 102. maddede düzenlenen cumhurbaşkanlığı seçiminde ortaya çıkan 2/3 çoğunlukla toplanma tartışmasında hararetle gündeme geldi. Üçüncü turda salt çoğunlukla cumhurbaşkanını seçebilecek olan AKP çoğunluğuna karşı ana muhalefet partisi CHP, ilk iki turda üye tam sayısının 2/3'ü kadar üyenin genel kurulda hazır bulunmasını toplantı nisabı olarak öne sürdü. Bu tartışma yakın dönem siyasi tarihimizde 367 meselesi olarak bilinir. Anayasa Mahkemesi'nin ana muhalefet partisinin davasını kabul etmesi nedeniyle cumhurbaşkanlığı seçimi çıkmaza girdi. İktidar erken seçim kararı aldı; bu arada mahkeme kararının meclis toplantı ve karar nisabına ilişkin içtihadını geçersiz kılmak amacıyla Anayasa'nın 96. maddesi 5678 sayılı yasanın 3. maddesi ile şöyle değiştirildi: "Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. " Böylece TBMM'nin seçimli işlemler dahil bütün toplantılarında toplantı nisabı üye tam sayısının üçte biri olarak kabul edilmiş oldu.

1960'lardan beri Türkiye'de cumhurbaşkanının genel oyla seçilmesi özellikle orta sağ partiler tarafından savunulmuştur. 2007'de, 367 kararının yarattığı siyasal atmosferden yararlanan AKP çoğunluğu cumhurbaşkanının seçim usulünü değiştiren bir anayasa değişikliğini diğer maddelerle birlikte gerçekleştirdi. Cumhurbaşkanının nitelikleri ve tarafsızlığını belirleyen anayasa'nın 101. maddesi şu şekli aldı:

"Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme

yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir. Cumhurbaşkanının görev süresi beş yıldır. Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir. Cumhurbaşkanlığı'na Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi yirmi milletvekilinin yazılı teklifi ile mümkündür. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasi partiler ortak aday gösterebilir. Cumhurbaşkanı seçilenin, varsa partisi ile ilişiği kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer. ''

Bu değişiklikler sonucu, cumhurbaşkanı artık halk tarafından beş yıllık bir süre için ve en çok iki kez bu göreve getirilebilecektir. Anayasa değişikliği cumhurbaşkanının seçimi ile birlikte partisiz ve tarafsız olması ilkesini devam ettirmeyi benimsemiş görünmektedir. 31 Ekim 2007 halkoylaması ile onaylanan 102. madde cumhurbaşkanı seçimi usulünü şöyle belirlemiştir. "Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanının görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır. Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Cumhurbaşkanı göreve başlayıncaya kadar görev süresi dolan Cumhurbaşkanının görevi devam eder. Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenir. ''[145].

Bu süreçte iktidar partisi, ana muhalefet partisi ve Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer arasında oldukça zorlu bir süreç yaşanmış, anayasa değişliği karar nisabı 2/3 ile 3/5 arasında kalmıştır. Bu sürecin sonunda yapılan erken genel seçimde AKP %47 gibi bir ekseriyete ulaştığı gibi, 2007 sonbaharında yapılan halkoylamasında da anayasa değişikliği genel oyla onaylanmıştır. Bu sürecin sonunda T. C. Anayasası'nın bir çok önemli maddesi değişikliğe uğramış oldu. Bunlar sırasıyla, milletvekili genel seçimi, seçimlerin genel yö-

145 Akın, Cumhurbaşkanlığı, s. 256.

netimi, TBMM toplantı ve karar nisabı ile cumhurbaşkanının nitelikleri ve seçim usulü ile ilgili idiler. Bu değişikliklerin hepsi XXII. Dönem TBMM tarafından yapılmış olmakla birlikte, yürürlüğe girmesi 31 Ekim 2007 tarihli halkoylaması ile gerçekleşmiştir.

Bu arada AKP son bir hamle olarak 2. 6. 2007 tarihinde " Anayasa Değişikliklerinin halkoyuna Sunulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair" 5682 Sayılı Kanunu çıkardı: Kanun " Halkoylamasına başvurma süresini 120 günden 45 güne" indiriyordu. Kanunun hedefi, 11. Cumhurbaşkanının genel oyla seçimini sağlayacak Anayasa değişikliğini en kısa zamanda halkoylamasına götürmekti. Cumhurbaşkanı Sezer, bu yasayı da bir kez daha görüşülmek üzere Meclis'e iade etti. Bu arada seçim sürecine girildiğinden, XXII. Dönem parlamentosu yasayı çıkaramamış oldu[146]. Bu koşullar altında Türkiye 22 Temmuz milletvekili genel seçimlerini gerçekleştirmiş; AKP daha büyük bir çoğunlukla bir kez daha iktidara gelmiştir.

SONUÇLAR

Adalet ve Kalkınma Partisi 3 Kasım 2002 seçimleri ile iktidara gelmiştir. AKP gibi bir partinin iktidara gelişi kadar her girdiği seçimden oyunu arttırarak çıkması anlamlıdır. AKP ilk kez TBMM'nin XXII. Döneminde yaklaşık %35 oyla tek başına iktidara gelmişti. Bu dönem AKP'nin en tedirgin dönemi oldu.

Bununla birlikte AKP Türkiye'nin idari, mali ve hukuki yapısında önemli değişikler yapmaya girişti. Genel ve yerel yönetimlerin yetki alanlarında radikal değişiklikler yapmaya teşebbüs etti. En belirgin değişiklikler eğitim, sağlık, sosyal güvenlik ve özelleştirme alanında gerçekleştirildi.

Muhaliflerinin gözünde AKP gizli bir ajandası olan karşı devrimci bir parti idi. Bu nedenle Türkiye 2002 yılından 2007 Temmuzuna kadar eski rejimin savunucuları ile yeni rejim inşasına girişen AKP arasında büyük bir mücadeleye sahne oldu. Bu mücadele 1923 paradigmasına bağlı olanlarla buna karşı olanlar arasındaydı. Bu siyasal kutuplaşmayı örtülü bir iç savaş olarak bile niteleyenler oldu[147].

Bu dönemde temel siyasal saflaşma, AKP ile laiklik duyarlılığı yüksek çevreler, başta CHP, TSK yüksek komuta kademesi, Cumhurbaşkanı Ahmet

146 Akın, Cumhurbaşkanlığı, s. 195.

147 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 25.

Necdet Sezer, yüksek yargı organlarının önemli bir bölümü ve üniversite yöneticileri arasında gerçekleşmişti[148]. AKP bu güçlere karşı mücadelesini genel oy meşruiyeti temeline dayandırdı.

AKP'nin ilk iktidar döneminde en önemli sorunu hiç kuşkusuz Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer oldu. Sezer yasama ve yürütmeye ilişkin görev ve yetkileri alanında iktidar ile uyumlu görünmedi. Sezer 60 yasayı veto etti, 26 yasayı AYM'ye götürdü. Bunun yanısıra AKP iktidarı kendi kadrosunu kurma konusunda da Cumhurbaşkanı Sezer'le çatışmıştır: Bir araştırma, 1 Aralık 2002 ile 25 Eylül 2006 tarihleri arasında Emniyet Genel Müdürlüğü, TRT Genel Müdürlüğü gibi önemli yüksek bürokratik görevlerin vekaleten yürütüldüğü sonucunu ortaya koymuştur. Kamu yönetiminin 671 en yüksek makamına vekaleten atama yapılmıştır. Sezer, önerilen isimlere kuşkuyla yaklaşmış, uzun araştırmalardan sonra ya kerhen onay vermiş ya da atama kararnamelerini iade etmiştir. AKP iktidara geldiğinde bir çok çevreyi tedirgin ederken, sermaye çevrelerinde ihtiyatla karşılanmıştır.

AKP iktidarını pekiştirmek için medyadan yararlanmıştır. Bu stratejisinde başarılı olmak için adım adım kendine bağlı bir medya grubu kurmuştur. AKP arkasında mevzilendiği medya tahkimatından yararlanarak cumhuriyet devrimi paradigması yanlısı güçlere karşı şiddetli bir taarruza geçmiştir. Bu taarruz özellikle kendilerine ikinci cumhuriyetçi adını veren bir kısım eski marksist liberallerin desteği ile yürütülmüştür.

Bu yazarlar, Türkiye'nin sıkıntılarının çözümünün devletin değişimden geçtiğini AKP'nin birinci cumhuriyet paradigmasını değiştirmesi gerektiğini ileri sürüyorlardı. Cumhurbaşkanı, ana muhalefet partisi, TSK ve yargı şiddetli bir medya taarruzuna hedef oldu[149]. AKP yanlısı güçler adım adım karşı cepheyi geriletmeyi başaracaklardı.

AKP'nin iktidara gelişi ile birlikte kamuoyunu en çok meşgul eden sorunlardan biri türban olmuştur. Türban serbestisi gittikçe daha sert bir üslup kazanarak tartışılmaya devam etmiştir. AKP'nin tesettüre verdiği önem partinin neredeyse tüm yöneticilerinin eşlerinin türbanlı oluşundan da anlaşılabilir[150]. Eşlerin türbanlı oluşu adeta AKP'li kimliğin ayrılmaz bir parçasıdır. Bu gerçeğin yanısıra, KONDA'nın yaptığı "Gündelik Yaşamda Din, Laiklik ve Türban" başlıklı araştırmada 2003-2007 arasında türban takma oranının arttığına dikkat çekilmiştir[151].

148 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 79.

149 Sümer, Yaşlı, Hegemonya,s. 144.

150 İnal, Muhafazakar Eğitim, s. 710.

151 İnal, Muhafazakar Eğitim, s. 710.

AKP iktidarının kamusal alanda türban yasağını aşamamasının nedeni Cumhurbaşkanı Sezer'in tutumu, AYM ve Danıştay kararları olmuştur. Öte yandan Refah ve Fazilet Partisi kapatma davalarında türban konusu önemli bir gerekçe olduğundan AKP diğer konularda benimsediği dayatmacılığı bu konuda benimseyememiş, uygulamadan şikayetçi bir tutum takınmıştır. İktidarın türbanı toplumsal ve kamusal alanda meşrulaştırma mücadelesi üçüncü iktidar dönemine kadar uzayacaktır. AKP türban serbestisini başından beri demokratik bir talep olarak takdim etmiştir.

AKP iktidarının başlangıç döneminde kendisine atfedilen liberal demokrasi kurma misyonu ile örtüşen bir çizgi izlediğini ileri sürmek zordur. Bu anlamda AKP'nin tarihsel bir kırılma değil; aksine, baskıcı otoriter devleti İslamcı muhafazakar bir model üzerinden yeniden üretmeye aday bir parti olduğu ileri sürülmüştür[152]. Bir başka söyleyişle AKP, İslamcı muhafazakar siyasi pratiklere içkin yeni otoriterlik biçimlerini Türkiye'nin yeni egemen sınıflarının hizmetine sunmaktadır[153]. Bu bağlamda, Onur Karahanoğulları AKP'nin 1 Mayıs 2007'ye kadar sürdürdüğü politikayı "soft baskıcı" olarak nitelemekte; Bu politikanın 2007 seçimlerinden sonra değiştiğine işaret etmektedir[154].

AKP'nin Türkiye'yi liberalleştirme projesinin yüklenicisi olmak gibi bir misyonu olduğunu ileri sürmek zordur. AKP siyasetini, çoğunlukla muhafazakarlık, populist milliyetçilik, global neoliberalism ve sadaka ekonomisi gibi karma bir stratejiye dayandırmaktadır. AKP iktidarının ilk döneminde ideolojisinin pasif laiklikle uyumlu olduğunu ileri süren yazarlar olmakla birlikte[155] Bu iddianın kanıtları zayıtır.

AKP' nin demokrasiye saygılı olduğu iddiasını inandırıcı bulmayan başka yazarlar da vardır. Örneğin Bassam Tibi Türkiye'deki AKP yönetimini Gazzedeki Hamas yönetimine benzetmektedir; Tibi'ye göre, İslamcıları sisteme dahil etme çabası, bütün devlet kurumlarını ele geçirmeleri ile sona ermiştir. AKP İslami muhafazakar bir parti değil, İslamcı bir partidir. AKP yanlızca laiklere değil, aynı zamanda Kürtler ve Alevilere karşı da hoşgörüsüzdür. AKP demokratik yollarla iktidara gelmiş olabilir, ama İslamcı olmayan ötekini kapsayıcı bir parti değildir[156].

---

152 Bedirhanoğlu, Neoliberal, s. 41.

153 Bedirhanoğlu, Neoliberal, s. 65.

154 Karahanoğulları, Sol, s. 21-22

155 Özbudun, Hale, İslamcılık, s. 60.

156 Tibi, İslamist, s. 45.

AKP ilk iktidarı döneminde, Türkiye'nin demokrasi indeksini yükselmemiştir. Türkiye, The Economist Intelligence Unit tarafından yapılan bir araştırmada kusurlu demokrasiler arasında gösterilmiştir[157]. Uluslararası standartlara göre Türkiye'de rejimin rengi melezdir[158]. Türkiye kısmen özgür ülke bir ülke sayılmaktadır. Dünya özgürlük araştırmasında Türkiye kısmen özgür ülkeler arasında 12'dir[159].

Bir çok siyaset bilimci Türkiye'nin yakın tarihini merkez ile çevrenin çatışması tarihi olarak tanımlamaktadırlar. Bu gözle bakılırsa, AKP'nin çevreden gelip merkeze oturduğu ileri sürülebilir[160]. Bu konuda Hasan Bülent Kahraman 2002-2007 arasını merkezdeki muhafazakar konsolidasyon olarak görürken 2007'den sonra ise çevrenin merkezi tamamen ele geçirdiğini ileri sürmektedir[161]. Sonuç itibariyle, AKP, DYP ve ANAP'ın büyük itibar kaybı yaşadığı bir dönemde devreye girerek iktidara geldi. Eski merkez sağdan boşalan alanda neo liberal popülizm siyasetiyle iktidarını hala sürdürmektedir[162].

157 Bursalı, On Yıl, s. 17.

158 Bursalı, On Yıl, s. 13.

159 Bursalı, On Yıl, s. 39.

160 Akinan, Neo Takiye, s. 12.

161 Sümer, Yaşlı, Hegemonya, s. 105.

162 Kurt, Merkez Sağ, s. 126-127.

KISALTMALAR VE KAYNAKÇA

Akgün, Seçmen Davranışı; *Akgün, Birol, Türkiye'de Seçmen Davranışı, Partiler Sistemi ve Siyasal Güven, Ankara, Nobel Yayınları, 2007.*

Akın, Cumhurbaşkanlığı; *Akın, Rıdvan, Gazi'den Günümüze Cumhurbaşkanlığı 1923-2007, İstanbul,İş Bankası Kültür Yayınları, 2009.*

Akinan, Neo Takiye; *Akinan, Serdar, Neo Takiye, İstanbul, Doğan Yayınları, 2006.*

Bakırezer, Demirer, Sınıf Siyaseti; *Bakırezer Güven, Demirer, Yücel, "Ak Partinin Sınıf Siyaseti, Mülkiye Dergisi, Cilt XXX, Güz 2006, s. 19-31.*

Bakırezer, Demirer, Sosyal Siyaset; *Bakırezer, Güven; Demirer, Yücel Demirer, "AK Partinin Sosyal Siyaseti" , AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Bedirhanoğlu, Neoliberal; *Bedirhanoğlu, Pınar, "Türkiyede Neoliberal Otoriter Devletin AKP li Yüzü, AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Bursalı, On Yıl; *Bursalı, Orhan, 10 yıldır AKP,İstanbul, Cumhuriyet Kitapları, 2011.*

Çaha, Dört Akım; *Çaha, Ömer, Dört Akım Dört Siyaset, Ankara, Orion, 2007.*

Çankaya, İktidar; *Çankaya, Erol, İktidar Bu Kapağın Altındadır, İstanbul, Boyut Yayınları, 2008.*

Çınar, İslamcı Hareketler; *Çınar, Menderes, "AKP ve İslamcı Hareketler, Defansif ve Dağıtıcı iktidar Kardeşliği" , AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Doğan, İslamcı, *Doğan, Ali Ekber, "İslamcı Sermayenin Gelişme Dinamikleri ve 28 Şubat Süreci" , AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Ertuğrul, Özelleştirme; *Ertuğrul, İlter, "AKP ve Özelleştirme" AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Eryılmaz, Değişen; *Eryılmaz, Bilal, "Değişen Kamu Yönetimi Anlayışı ve Bürokrasi" , Dönüşüm Sürecindeki Türkiye, (eds: Davut Dursun, Burhanettin Duran, Hamza Al) İstanbul, Alfa, 2007.*

Findley, Modern; *Findley, Carter V., Modern Türkiye Tarihi :İslam, Milliyetçilik ve Modernlik, 1789-2007 İstanbul, Timaş, 2011.*

Gökaçtı, İmam Hatipler; *Gökaçtı, Mehmet Ali, Türkiye'de Dini Eğitim ve İmam Hatipler,İstanbul iletişim, 2005.*

Gülen, Yasama; Gülen, Fikret, "AKP'nin İktidar Olduğu Dönemde Yasama Faaliyetleri, 2002-2007", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.

Günlü, Siyasal Sosyoloji; *Günlü, Ramazan, "AKP ve Eğitimin Siyasal Sosyolojisi", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Hamzaoğlu, Yavuz, Bilanço; *Hamzaoğlu, Onur Hamzaoğlu, Yavuz, Cavit Işık, "Sağlıkta AKP' li Dönemin Bilançosu", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Heper, Siyasal Hayat; *Heper, Metin, Türkiye' nin Siyasal Hayatı, İstanbul, Doğan Kitap, 2011.*

Huntington, Civilizations; *Huntington, Sauel P., "The Clash of Civilizations" Foreign Affairs, Cilt 72. No. 2 (1993).*

İnal, Muhafazakar Eğitim; *İnal, Kemal, "AKP' nin Neoliberal ve Muhafazakar Eğitim Anlayışı", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

İnsel, Normalizing; *İnsel, Ahmet, "The AKP and Normalizing Democracy in Turkey", South Atlantic Quarterly, Cilt 102, no. 2-3, (2003).*

Kahraman, Burjuvazi; *Kahraman, Hasan Bülent, Burjuvazi/ AKP Gizli İttifakı, Sabah 25 Eylül 2008.*

Kahraman, Türk Sağı; *Kahraman, Hasan Bülent, AKP ve Türk Sağı, İstanbul, Agora Kitaplığı, 2007.*

Karahanoğulları, Sol; *Karahanoğulları, Onur, "Sol AKP' nin Demokrasi İllüzyonundan Kurtulmalı" Reflesk Dergisi, Temmuz 2008, ss. 21-22.*

Köse, Bahçe, Hayırsever; *Köse, Ahmet Haşim, Bahçe, Serdal, "Hayırsever Devletin Yükselişi: AKP Yönetiminde Gelir Dağılımı ve Yoksulluk", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009.*

Kurt, Merkez Sağ; *Kurt, Ümit., AKP Yeni Merkez Sağ mı? Ankara, Dipnot Yayınları, 2009.*

Övgün, Türkiye'de; *Övgün, Barış, Türkiye' de Kamu İktisadi Teşebbüsü Olgusu, Ankara, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, 2009.*

Özbudun, Hale, İslamcılık; *Özbudun, Ergun, Hale, William, Türkiye' de İslamcılık, Demokrasi ve Liberalizm AKP Olayı, İstanbul, Doğan Kitap, 2010.*

San, Meşruluk; *San, Coşkun, "Yasallık ve Meşruluk Ölçütleri Açısından AKP ", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009*.

Sarıbay, MSP; *Sarıbay, Ali Yaşar, Türkiye'de Modernleşme Din ve Parti Politisası, Msp Örnek Olayı, İstanbul, Alan Yayınları, 1985*.

Sarıkoca, Seçim Sistemleri; *Sarıkoca, Erem, Türkiye'de Seçim Sistemleri ve Demokrasi, Erzurum, Fenomen Yayınları, 2010*.

Sümer, Yaşlı, Hegemonya; *Sümer, Çağdaş, Yaşlı, Fatih, Hegemonya'dan Diktatoryaya: AKP ve Liberal Muhafazar İttifak, Ankara, Tan Yayınları, 2010*.

Tecimen, Çankaya; *Tecimen, Habil, AKP'nin Çankayası, İstanbul, Karakutu, 2007*.

Tekeli, Türkiye; *Tekeli, İlhan, Türkiye İçin Siyaset ve Demokrasi Yazıları, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2011*.

Tekin, Çiftçi, Parlamento; *Tekin, Yusuf, Çiftçi, Sabri, Türkiye'de Parlamento : XXII. Dönem TBMM'inde Parlamento ve Parlamenter Rol Algısı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2007*.

Tibi, İslamist; *Tibi, Bassam, "İslamist Parties: Why They Can Not Be Democratic" Journal of Democracy, Cilt 19, no. 3, 2008*.

Türközü, İnsan Hakları; *Türközü, Erdem, "AKP ve İnsan Hakları", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009*.

Ulagay, Türkiye; *Ulagay, Osman, Türkiye Kime Kalacak, İstanbul, Doğan Kitap, 2012*.

Uzgel, Dönüşüm; *Uzgel, İlhan, "Neo Liberal Dönüşümün Yeni Aktörü" AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009*.

Yavuz, Çuvallayan; *Yavuz, Turan, Çuvallayan İttifak, Ankara, Destek Yayınevi, 2006*.

Yavuz, Modernleşen; *Yavuz, Hakan, Modernleşen Müslümanlar, Nurcular, Nakşiler, Milli Görüş ve AK Parti, İstanbul, Kitap Basımevi, 2005*.

Yıldırım, Neoliberal Populizm; Yıldırım, Deniz *"AKP ve Neo Liberal Popülizm", AKP Kitabı : Bir Dönüşümün Bilançosu (eds: İlhan Uzgel, Bülent Duru), Ankara, Phoenix, 2009*.

Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu

Yard. Doç. Dr. Emine Eylem AKSOY RETORNAZ*

I. GİRİŞ

Trafik güvenliğini ciddi olarak tehlikeye sokma, ülkemizde olduğu gibi pek çok Avrupa ülkesinde ve Avrupa Birliği mevzuatında bu konuda düzenleme yapılmasına neden olmuştur.

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ikinci kitabında, topluma karşı suçlara ilişkin ikinci kısmın "genel tehlike yaratan suçlar" başlıklı birinci bölümünde, 179. maddede düzenlenmiştir.

Bu çalışmanın konusunu, TCK m. 179'düzenlenen trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu oluşturmaktadır.

II. TRAFİK GÜVENLİĞİNİ KASTEN TEHLİKEYE SOKMA SUÇUNUN HUKUKSAL YAPISI

1) Korunan Hukukî Yarar

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu ile kişilerin hayatı, sağlığı, malvarlığı üzerindeki hakları ve bu haklar üzerinde tehlike yaratabilecek fiillerin işlenmesini önleyerek kamu güvenliğinin sağlanması ve trafik güvenliğinin korunması amaçlanmıştır[1]. Bu suçlar, belli kişi ya da kişileri değil toplumun

* Yard. Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 ASLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin, Yeni Türk Ceza Hukuku Şerhi, 2004, s. 752; PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, 2007, c. II, s. 1372; ÇINAR Ali Rıza, "Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008 s. 659; YENERER ÇAKMUT Özlem, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, c. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s. 778.

ortak değerlerini toplumsal yaşayışta bireylerin özel bir korumaya ihtiyaç duymaksızın yaşamlarını sürdürmelerini sağlamak üzere ihdas edilmişlerdir. Bu suçun mağduru birden çok olabilir. Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu kamunun güvenliğine yönelik tehlike suçudur.

2) Maddî Unsur

a) Fail

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçu, fail bakımından bir özellik göstermemektedir. Herkes bu suçun faili olabilir[2].

179/2 bakımından fail ulaşım araçlarını sevk ve idare eden kişidir. Türk Ceza Kanununda sürücü ya da 179. maddesinin metninde ifade edilen şekli ile *"araç kullanan"* ya da *"aracı sevk ve idare eden"* kişinin tanımı yapılmamıştır[3].

b) Mağdur

Trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun mağduru belli bir ya da birkaç kişi değil tüm toplumdur[4].

c) Hareket

aa) Ulaşıma İlişkin İşaretlere veya İşletim Sistemine Müdahale Ederek Tehlikeye Neden Olma (TCK m. 179/1)

TCK'nın 179/1 maddesinde düzenlenen suçun maddi unsuru kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşımının güven içinde akışını sağlamak için konulmuş her türlü işareti değiştirmek, kullanılamaz hale getirmek, konuldukları yerden kaldırmak, yanlış işaretler vermek, geçiş, varış, kalkış veya iniş yolları üzerine bir şey koymak ya da teknik işletim sistemine müdahale etmek suretiyle işlenebilir. Suçun oluşması bakımından 179/1 de sayılan seçimlik hareketlerin yapılması yeterli değildir, ayrıca bu hareketlerin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından somut bir tehlikeye neden olması gereklidir[5]. Bu suç somut bir tehlike suçu olarak düzenlenmiştir.

---

2 ÇINAR, TCK 179/3 düzenlenen suçun özgü suç olduğu görüşündedir. Bkz ÇINAR, s. 664.

3 ÇINAR, s. 660.

4 YENERER-ÇAKMUT, s.779.

5 YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, c. IV, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 4962; YENERER-ÇAKMUT, s. 780, "*yolun bozularak ulaşımın engellenmesi veya tehlikeye konması bu suçu oluşturmaz*"; MALKOÇ İsmail, *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, c. I, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2007, s. 1180.

Suçun kanuni unsurunda maddi unsurun hangi hareketlerle gerçekleştirilebileceği ifade edildiğinden bu suç bağlı hareketli bir suçtur[6].

Maddede yer alan işaretler deyiminden trafik işaretleri anlaşılmalıdır. Karayolları bakımından 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu ve Trafik İşaretleri Hakkında Yönetmelik karayolunda trafik işaretlerini tanımlamıştır. İşaretler ışıklı, sesli veya sinyalli olabilir.

Ulaşım araçlarının kamuya veya özel kişilere ait olup olmaması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Madde metninde ulaşım araçlarının nitelik ve türüne yer verilmemiştir, bu nedenle motorlu ya da motorsuz kara, deniz, hava ya da demiryolu ulaşım araçlarının, araç olarak değerlendirilmesi söz konusudur[7].

Trafik işaretini değiştirmek, mevcut trafik işaretinin yerine başka bir işaret koymak olarak anlaşılmalıdır. İşaretlerin konuldukları yerden kaldırılması ise işaretin ortadan kaldırılarak işlevsiz hale getirilmesidir. Yanlış işaretler vermek mevcut işareti kullanım amacı dışında farklı bir yere koymaktır[8]. Örneğin karayolunda araç kullananlara yönelik olan yolun tek yönlü araç trafiğine kapalı olduğunu gösterir işaret yerine tek yönlü araç trafiğine açık olduğunu gösterir işaret konulduğunda bu suç oluşacaktır.

İşaretleri konuldukları yerden kaldırma ise işaretin ortadan kaldırılmak suretiyle işlevsiz hale getirilmesidir. Örneğin deniz fenerleri ya da park yasağı levhası kaldırıldığında söz konusu suç oluşacaktır.

Rayların kapatılması ya da açılması suretiyle demiryolu ulaşımının güvenliğini tehlikeye düşürmek, kara, deniz, hava veya demiryolu araçlarının geçiş yollarına barikat kurulması araçların geçiş varış veya iniş yolları üzerine bir şey koyma[9] niteliğinde hareketlerdir[10].

---

6 GÜLEÇ Sesim Soyer,"Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006/9, s. 170; ÖZBEK Veli / KANBUR M. Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 681.

7 GÜLEÇ, s. 169; ÇINAR, s. 660; AŞICIOĞLU Çetin, *Trafikte Güvenli Sürüş Açısından Alkol-Alkolün Adli Tıbbi Değerlendirilmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 621.

8 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 681.

9 Bazı yazarlar koyma ibaresinin yetersiz bulmaktadırlar. Bu yazarlara göre koymak dışındaki, atmak, dökmek, bırakmak ve benzeri hareketler de madde kapsamında düzenlenmelidir. Bu hususta bakınız ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 683.

10 PARLAR / HATİOĞLU, s. 1361-1362, YENERER-ÇAKMUT, s. 780.

Söz konusu araçların hareket etmelerini sağlayan kumanda sistemlerine müdahale ederek somut tehlike yaratmak da suçun oluşmasına neden olur[11].

TCK m. 179/1 bakımından yapılan hareketlerin kişilerin, hayatı sağlığı ve malvarlığı bakımından tehlikeye neden olup olmadığının, diğer bir değişle nedensellik bağının hakim tarafından araştırılması gerekir[12].

bb) Kara, Deniz Hava veya Demiryolu Ulaşım Aracını Tehlikeli Bir Şekilde Sevk ve İdare Etme

TCK m. 179/2, kara, deniz, hava veya demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin hayat, sağlık veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare etme fiilini suç olarak tanımlanmıştır[13].

5237 sayılı Kanunun 179/2 maddesinde araç tanımına yer verilmemiştir. Hangi araçların bu fıkra kapsamında araç olarak değerlendirilmesi gerektiği madde metninde belirtilmemiştir[14]. Kara, deniz, hava ve demiryolu araçları genel kurallara göre belirlenecektir. Aracın söz konusu fıkra kapsamında kara, deniz, hava ya da demiryolu ulaşım araçlarından sayılması için motorlu ya da motorsuz olmasının bir önemi yoktur[15]. Ulaşım araçlarının kamuya veya özel kişilere ait olup olmaması arasında da herhangi bir fark bulunmamaktadır[16].

Bu suç somut bir tehlike suçudur, bu nedenle somut bir tehlikeye neden olunması gerekir. Diğer bir değişle ulaşım aracının yalnızca trafik düzenine aykırı bir şekilde sevk ve idare edildiği hallerde bu suç oluşmayacaktır. Suçun trafiğe açık olmayan yerlerde işlenmesi mümkün değildir[17].

---

11 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 1361-1362, YENERER-ÇAKMUT, s. 780

12 ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 684.

13 KOCA Mahmut, "Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/2, 3)", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11, Temmuz 2005, s. 101.

14 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, tanımlar başlıklı 3. maddesinde aracı *"karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörler"* olarak tanımlamıştır. 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununun 3. maddesine göre hava aracı havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü araçtır. 4922 sayılı Denizde Can Ve Mal Koruma Hakkında Kanunun 1. maddesine göre gemi adı, tonilatosu ve kullanma amacı ne olursa olsun, denizde kürekten başka aletle yola çıkabilen her araçtır. 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunun 816. maddesine göre tahsis edildiği gayeye uygun olarak kullanılması, denizde hareket etmesi imkânına bağlı bulunan ve pek küçük olmayan her türlü tekne gemi sayılır.

15 GÜLEÇ, s. 169; ÇINAR, s. 660; AŞICIOĞLU, s. 621.

16 MALKOÇ, s. 1180; AŞIÇIOGLU, s. 622.

17 KOCA, s. 102.

Söz konusu suçun oluşabilmesi için ulaşım aracının trafik düzenine aykırı olarak sevk ve idare edilmesinin yanı sıra kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek şekilde kullanılması gerekir[18].

Ulaşım aracının gerekli bakım ve onarımları yapılmadığı halde trafikte sevk ve idare edilmesi suretiyle kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı açısından bir tehlikeye neden olunması halinde de bu suç oluşacaktır.

Aracın sevk ve idaresi farklı davranışlarla gerçekleştirilebileceği için suç serbest hareketli bir suçtur.

Kara, deniz hava ve demiryolu ulaşım araçlarının kullanımına yönelik olarak ilgili mevzuattaki kurallara uyulmaması halinde de ulaşım araçlarının tehlikeli bir şekilde kullanılması söz konusu olacaktır. Bununla birlikte her kural ihlalinin mutlaka tehlikeye neden olacağını söylemek mümkün değildir, somut olayın özelliklerine göre tehlikenin araştırılması gerekir[19].

Sürücü belgesi olmadan olarak araç kullanma 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinde kabahat olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye aykırı olarak ehliyetsiz araç kullanan kişi hakkında idari para cezası yaptırımı uygulanacaktır[20]. Kişinin sürücü belgesi geri alınmış ya da iptal edilmişse salt bu husus, TCK m. 179'da düzenlenen suçun koruduğu hukuki yararı ihlal edeceğinden TCK m.179/2 kapsamında mütalaa edilmelidir[21].

---

18 "*Sanığın emanet olarak kullandığı araçla kontrolsüz bir şekilde seyir halinde iken, Adana yolu, Işıklı köyü yol ayrımına geldiğinde, trafik kontrolü yapıldığını gösteren levhaları dikkate almadan ve aşırı hız ile kontrol noktasına girdiği, bu sırada, aracı, kendisini durdurmaya çalışan Jandarma Trafik ekibi görevlisi _… K…'*ın *da üzerine doğru sürdüğü, görevlinin kenara çekilerek aracın çarpmasından kurtulduğu, sanığın hızını da azaltmadan yola devam ettiği olayda, eylemin 5237 sayılı TCK'nun 179.maddesinin 2. fıkrasına uygun olduğu gözetilmeden unsurları oluşmayan aynı maddenin 1. Fıkrası uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması* "(Y 2.CD, T. 22.11.2006, E.K.4162-18751), aktaran ARTUÇ Mustafa / AKKAYA Çetin / GEDİKLİ Cemil, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1013.

19 YAŞAR / GÖKCAN / ARTUÇ, s. 4962.

20 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 36. Maddesi uyarınca sürücü belgesi olmadan araç kullaanlar hakkında 1.407 Türk Lirası idari para cezası verilir.

21 PARLAR / HATİPOĞLU**,** s. 1362; DÜZGÜN Nuri / ELMACI Şerafettin**,** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 172; MALKOÇ, s. 1181; ÖZBAN Ahmet, "Trafik Kazalarında Kusur Oranının Belirlenmesine Bilimsel Yaklaşım", http://trafik.akada.com.tr/showthread.php?t=182 ; ÇAKMUT- YENERER, s. 781

Sürücü belgesi olmadan araç kullanılarak somut bir tehlikeye sebebiyet veren kişi hakkında da TCK m.179/2 uygulanacaktır.

Nitekim Yargıtay da sürücü belgesi olmayan failin sevk ve idaresindeki motosiklet ile ters yola girip bir kişiye çarpmasının, ulaşım aracının kişilerin hayat, sağlık ve mal varlığı açısından tehlike oluşturabilecek şekilde sevk ve idare edilmesi olarak değerlendirmiş ve TCK m. 179'da uyarınca trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu oluştuğuna karar vermiştir[22].

cc) Alkol, Uyuşturucu Madde veya Diğer Bir Nedenle Güvenli Şekilde Araç Sevk ve İdare Edemeyeceği Halde Araç Kullanma

5237 sayılı TCK'nın 179/3 maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun oluşması için, kişinin alkol ya da uyuşturucu madde etkisiyle veya başka bir nedenle güvenli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına karşın, trafikte araç kullanması gerekmektedir.

Bu suçun oluşması için sürücünün güvenli sürüş yeteneğini kaybetmesi aranmaktadır. Ancak güvenli sürüş yeteneğinin kaybedilmesi tek başına suçun meydana gelmesi için yeterli değildir. Kişinin güvenli sürüş yeteneğini kaybetmesine rağmen araç kullanması gerekmektedir[23]. Güvenli sürüş yeteneği alkol, uyuşturucu madde etkisi altında olma nedeniyle kaybedileceği gibi, yorgunluk, uykusuzluk, hastalık, gibi herhangi bir nedenle de kaybedilmiş olabilir[24].

Güvenli sürüş yeteneği kavramı ve güvenli sürüş yeteneğinin hangi hallerde kaybedilmiş varsayılacağı TCK metninde tanımlanmamıştır.

Söz konusu kavram ancak trafik, araç, aracın sevk ve idaresi ve sürücü kavramlarının tanımlanmasından sonra açıklanabilecektir.

TCK m. 179 uyarınca araç, kara deniz, hava veya demiryolu ulaşımında kullanmalıdır. 2918 sayılı Kanununun 3. maddesi uyarınca karayolu *"trafik için kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar"* olarak tanımlanmıştır. Karayolunun sınırı ise kamulaştırılmış, kamuya terk edilmiş ya da tahsis edilmiş karayolunda mülkle olan sınır çizgisidir. Banket ve kaldırımlar da karayolu içindedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca karayolu dışındaki alanlardan kamuya açık olanlar ile park,

22 Y. 2 C.D, E. 2007/15063, K. : 2008/347, 17.01.2008, www.legalbank.net .

23 KOCA, s. 109.

24 DONAY Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 267-268; ÇINAR, s. 652.

bahçe, park yeri, garaj, yolcu ve eşya terminali, servis ve akaryakıt istasyonlarında karayolu taşıt trafiği için faydalanılan yerler ile erişme kontrollü karayolunda ve para ödenerek yararlanılan karayollarının kamuya açık kesimlerinde ve belirli bir karayolunun bağlantısını sağlayan deniz, göl ve akarsular üzerinde kamu hizmeti gören araçların, karayolu araçlarına ayrılan kısımları dışında kalan alanlarda alkollü sürüş yasağının uygulanması mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla 2918 sayılı Kanunun uygulama alanına girmeyen yerlerde, örneğin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında olan kişi kendine ait bir özel mülkiyet alanında araç kullandığı takdirde Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesini ihlal etmiş sayılmayacaktır[25].

Aracın trafikte kullanılması, aracın sürücü tarafından bilerek ve isteyerek hareket ettirilmesi ve ilerlemesi olarak anlaşılmalıdır[26].

Yukarıda verilen tanımlar çerçevesinde, sürücü, trafikte, alkol ya da uyuşturucu madde, ya da keyif verici maddenin etkisi altındayken güvenli sürüş yeteneğini kaybettiği halde araç kullanmalıdır.

Hemen belirtmek gerekir ki, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında araç kullanan sürücü hakkında, gerek TCK m. 179/3'de düzenlenen suçun, unsurları var olduğunda, gerekse 2918 sayılı Kanunun 48. maddesinde aranan koşullar geçekleştiğinde, söz konusu maddelerin uygulanması için, sürücünün bir sürücü belgesini haiz olması aranmamalıdır. Sürücü belgesinin bulunmaması halinde Karayolları Trafik Kanunu'nun 36. maddesinde öngörülen yaptırım uygulanacaktır.

Yargıtay içtihadında da güvenli sürüş yeteneği kavramı tanımlanmamıştır. Ancak, TCK m. 179/3 uyarınca *"emniyetli bir şekilde" ifadesinin kişilerin hayatı, sağlığı ve mal varlığı açısından bir tehlikeye neden olunması şeklinde anlaşılması gerektiği"* , ifade edilmektedir[27] .

Öğretide, TCK m. 179/3'de düzenlenen suç, soyut bir tehlike suçu olarak değerlendirilirken failin alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında iken güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olmasının yanı sıra bu nedenle başka bir ihlale daha neden olmuş olması aramaktadır[28].

---

25 ÇINAR, s. 667.

26 GÜLEÇ, s.175.

27 Y. 2 C.D 20.11.2006-4275/18640 aktaran PARLAR / HATİPOĞLU, s. 1364.

28 ÇINAR, s. 667; YENERER-ÇAKMUT, s. 779.

Güvenli sürüş yeteneğini sürücünün sadece teknik olarak aracı sevk ve idare edecek durumda olması olarak anlamamak gerekir. Bir sürücünün güvenli sürüş yeteneğini haiz olduğunun kabulü için, gerek trafiğin olağan akışında gerekse öngörülmesi mümkün olmayan, olağanüstü durumlarda aracı sevk ve idare edecek fiziksel ve zihinsel yetilere tamamen hakim olması gerekir[29]. Örneğin, sürücü birden yola fırlayan bir yayaya çarpmamak ya da yola dökülen bir madde nedeniyle yolun kayganlaşması gibi bir durumda gereken, zihinsel ve fiziksel olarak gereken tedbirleri alarak aracı sevk ve idare edebilecek bir durumda olduğu takdirde güvenli sürüş yeteneğini haiz sayılacaktır. Dolayısıyla sürücünün, güvenli sürüş yeteneğini kaybettiğinin belirlenmesi için sadece alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altında olduğunun saptanma yeterli değildir, ayrıca sürücünün algılama, motor ve bilişsel yetilerinin de söz konusu maddelerin etkisi altında bozulmuş olmasının aranması gerekmektedir[30].

Yargıtay Ceza Dairelerinin uygulamasında alkollü olarak araç kullanan sürücünün güvenli sürüş yeteneğini kaybetmiş olduğuna dair tıbbi bulgular veya sürücünün dışa yansıyan davranışlarına bağlı olarak yapılan bir tespit ve delil aramaktadır. Böylesi bir tespit ve delil yokluğunda, Yargıtay'a göre TCK. m. 179/3 alkollü araç kullanma suçu oluşmayacaktır. Sürücü alkollü olarak araç kullanma eyleminin ayrıca 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve bu madde gereğince idari işlemlerin yetkili mercii tarafından yapılması gerekir[31].

TCK m. 179/3 de kandaki alkol düzeyine ilişkin bir ibarenin yer almaması karşısında Karayolları Trafik Yönetmeliği'nin 97. maddesinde belirtilen kandaki alkol düzeyi TCK bakımından esas alınamayacaktır[32]. Ancak öğretide, Karayolları Trafik Yönetmeliği'nde öngörülen kandaki alkol düzeyinin TCK bakımında da uygulama alanı bulacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır[33].

---

29 JEANNERET Yvan, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958*, Stämpfli, Berne, 2007, s. 83.

30 AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, "Alkollü İçki, Uyuşturucu veya Keyif Verici Madde Etkisi Altında Araç Kullanma Yasağının Doğurduğu Hukuki Sorunlar", *Karayolu Trafik Güvenliği; Karayolu Trafik Sempozyumu 2011, Seçilmiş Bildiriler*, 2011, s. 212.

31 Y. 2. C. D. 5.5.2010 tarihli E. 2010/11974 K. 2010/14971 sayılı kararı.

32 ÇINAR, s. 674.

33 DONAY, s. 268.

d) Teşebbüs

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu bir tehlike suçudur. Bu nedenle teşebbüse elverişli değildir[34].

Maddenin 1. fıkrasında düzenlenen ulaşım aracını tehlikeli bir şekilde sevk ve idare etme suçu ve 2. fıkrada yer alan kara, deniz hava veya demiryolu ulaşıma ilişkin işaretlere veya işletim sistemine müdahale ederek tehlikeye neden olma suçunun oluşması için zarar meydana gelmese de bir zarar tehlikesinin meydana gelmesi şarttır[35]. Örneğin trafik kuralını ihtiva eden "araç giremez" levhasını sökerken yakalanan failin eylemi bu suçu oluşturmaz.

3) Manevî Unsur

Bu suç genel kastla işlenen bir suçtur. Suçun manevi unsurunun oluşması için aracın tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare edildiğini bilmek yeterlidir[36]. TCK. M. 179/1 Bu suçun manevi unsuru kasttır. Failin saikinin bir

---

34 Bazı yazarlar TCK m. 179/1'in teşebbüse elverişli olduğunu düşünmektedir. Bkz KAYMAZ Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin**,** *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları,* Ankara, 2006 s. 443, 445, 450; MALKOÇ**,** s. 1181; YENERER-ÇAKMUT, s. 788.

35 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2720; KOCA, s. 105; GÖKCAN / YAŞAR / ARTUÇ, s. 4973.

36 "*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenen suçun kasıtla islenebilen suçlardan olduğu, dosya kapsamına göre sanığın sevk ve idaresindeki araçla, yolun eğimli olması ve aracın frenlerinin de tutmaması sonucu önündeki seyir halinde bulunan araca çarparak maddi hasarlı trafik kazasının oluşmasına sebep olmak seklindeki eylemde kasıt unsurunun bulunmadığı 5237 sayılı kanunun 179/2. maddesinde yer alan 'Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak' suçunun kasten islenebilecek bir suç olduğu cihetle sanığın eyleminin 5237 sayılı kanunda düzenlenmediği gözetilmeden beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden…*(Y2.CD, 26.03.2008, KYB.4011/4380)" aktaran YALVAÇ Gürsel**,** *Karsılaştırmalı-Gerekçeli- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,* Adalet Yayınevi, Ankara 2008, s. 176; "*5237 sayılı TCK'nun 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu, bu maddenin 2. fıkrasında 'kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin sağlık ve malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek bir şekilde sevk ve idare etmek…' suçunu tanımlamıştır. Bu suç ancak kasten islenebilen suç türlerindendir. Bu düzenleme seklinden, 5237 sayılı TCK'nun 179. maddesinde tanımlanan suçun kasıtlı islenen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için, aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından tehlike yaratabilecek bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda sanığın sevk ve idaresindeki araçla kırmızı ışıkta geçerek 2918 sayılı Kanunun 84/1-h maddesinde öngörülen kavşaklarda geçiş üstünlüğüne uymayarak katılanın aracının hasar almasına sebebiyet verdiği ve bu itibarla sanığa atılı suçun oluştuğu nazara alınmadan sanığın mahkumiyeti yerine yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi…*(Y2.CD, 19.10.2006, 7984/17047)", aktaran YALVAÇ, s. 180.

önemi bulunmaz. Örneğin fail karayolunda bulunan bir trafik levhasını evinde bir şeyde kullanmak maksadıyla söküp alabilir. Bu durumda da somut tehlike yasanmışsa suç oluşur.

Maddenin 2.fıkrasındaki suçun da manevi unsuru kasttır[37]. Aracın tehlikeli olabilecek şekilde sevk ve idare edildiğini bile bile hareket etmiş olmak, manevi unsurun varlığı için yeterlidir. Saik önemli değildir. Örneğin failin bir randevuya yetişmek için hızını artırmış olması sonucu değiştirmez.

TCK 179. maddenin 3. fıkrasındaki suç kasten işlenebilir. Fail alkol uyuşturucu madde veya başka bir nedenle emniyetli bir şekilde aracı sevk ve idare edemeyecek durumda olduğunu bilerek ve isteyerek araç kullanmalıdır[38].

TCK m. 34 de alkol ya da uyuşturucu madden, irade dışı alınmış olması ya da geçici bir nedenle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemesi karşısında, irade dışı alkol alan ya da uyuşturucu madde etkisi altında olan kişinin güvenli araç yeteneğini kaybetmiş olmasına rağmen araç

---

37 "*Yargıtay 2.Ceza Dairesinin 20.11.2006 tarihli ve 2006/9660-18678 sayılı kararında da belirtildiği üzere, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 179. maddesinde düzenlenen suçun kasıtla islenebilen suçlardan olduğu, dosya kapsamına göre sanığın sevk ve idaresindeki araçla, yolun eğimli olması ve aracın frenlerinin de tutmaması sonucu önündeki seyir halinde bulunan araca çarparak maddi hasarlı trafik kazasının oluşmasına sebep olmak seklindeki eylemde kasıt unsurunun bulunmadığı 5237 sayılı kanunun 179/2. maddesinde yer alan 'Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak' suçunun kasten islenebilecek bir suç olduğu cihetle sanığın eyleminin 5237 sayılı kanunda düzenlenmediği gözetilmeden beraat kararı verilmesi yerine yazılı şekilde karar verilmesinde isabet görülmediğinden … (Y2.CD, 26.03.2008, KYB.4011/4380)" , aktaran* YALVAÇ a.g.e, s. 176; "*5237 sayılı TCK'nun 179. maddesinde düzenlenen trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçu, bu maddenin 2. fıkrasında 'kara, deniz, hava ve demiryolu ulaşım araçlarını kişilerin sağlık ve malvarlığı açısından tehlikeli olabilecek bir şekilde sevk ve idare etmek…' suçunu tanımlamıştır. Bu suç ancak kasten islenebilen suç türlerindendir. Bu düzenleme seklinden, 5237 sayılı TCK'nun 179. maddesinde tanımlanan suçun kasıtlı islenen suçlardan olduğu ve bu suçun oluşabilmesi için, aracın kasıtlı olarak kişilerin hayat, sağlık ve malvarlığı açısından tehlike yaratabilecek bir şekilde sevk ve idare edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda sanığın sevk ve idaresindeki araçla kırmızı ışıkta geçerek 2918 sayılı Kanunun 84/1-h maddesinde öngörülen kavşaklarda geçiş üstünlüğüne uymayarak katılanın aracının hasar almasına sebebiyet verdiği ve bu itibarla sanığa atılı suçun oluştuğu nazara alınmadan sanığın mahkumiyeti yerine yazılı gerekçelerle beraat kararı verilmesi…*(Y 2.CD, 19.10.2006, 7984/17047)", aktaran YALVAÇ, s. 180.

38 ÖZBEK /KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, a.g.e, s. 696

kullanması halinde failin kusurlu hareket etmediği kabul edilerek TCK m. 179/3. uyarınca ceza verilemeyecektir[39].

4) Hukuka Aykırılık Unsuru

Hukuka uygunluk sebepleri bakımından zorunluluk halinin uygulanması söz konusu olabilir.

Polis memurunun suçluyu yakalamak için aracı tehlikeli bir şekilde kullanması[40], alkol ya da uyuşturucu madde etkisi altındayken güvenli sürüş yeteneğini kaybeden fail, çocuğunu hastaneye yetiştirmek için araç kullandığı durumda, ya da bir hekimin alkolün etkisi altında olmasına rağmen hastasına gitmesi[41] halinde bir zorunluluk halinden bahsetmek mümkün olabilecektir.

5) Suçu Etkileyen Hâller (veya Nitelikli Unsurlar)

a) Ağırlatıcı nedenler

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçu bakımından madde metninde düzenlemesinde özel bir ağırlatıcı neden düzenlenmemiştir.

b) Hafifletici nedenler

TCK m. 179'da özel bir hafifletici neden de öngörülmemiştir.

6) Suçların İçtimaı

TCK m.179'da düzenlenen suçun başka suçlarla içtima etmesi mümkündür[42]. Maddede sayılan filler sonucunda ölüm veya yaralanma neticeleri meydana gelebilir. Öğretide bu halde nasıl bir uygulama yapılacağına ilişkin bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Bazı yazarlara, göre trafik güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde araç kullanarak bir kişinin yaralanmasına neden olunması halinde hem taksirle yaralama suçunu düzenleyen TCK'nın 89. maddesi, hem de trafik güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde araç kullanmayı suçunu düzenleyen TCK m.179/2 ihlal edilmiş olacaktır[43].

---

39 Aynı yönde bakınız ÖZBEK / KANBUR / DOĞAN / BACAKSIZ / TEPE, s. 696.

40 KOCA, s.104.

41 KOCA, s. 110.

42 ÖZEN Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 93; HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası. Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 363.

43 HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası. Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 363.

Bazı yazarlara göre trafik güvenliğini tehlikeye sokacak şekilde araç kullanarak bir kişi aynı zamanda bir kişinin yaralanmasına sebep olmuşsa tek bir eylemle birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verilmiş olacağından TCK m. 44 uyarınca fikri içtima hükümleri uygulanma alanı bulacaktır[44]. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir[45].

Alkolün etkisi altında güvenli sürüş yeteneğini kaybeden sürücünün bu fiili ise hem TCK' nın 179/3'te düzenlenen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunu hem de Karayolları Trafik Kanunu 48. maddesi kapsamında alkollü araç kullanma kabahatini[46] oluşturmaktadır.

Aynı şekilde, uyuşturucu veya keyif verici madde etkisi altında araç kullanan sürücü hakkında da 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinde idari para cezası verileceği ve sürücü belgelerinin beş yıl süreyle geri alınacağı, ayrıca bu kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu hükümlerinin de uygulanacağı düzenlenmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesi aynı fiilin hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir. Ancak, suçtan dolayı yaptırım uygulanmayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır.

---

44 DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s.524;POLAT Halil, *Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İçtimaı,* Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

45 "…..*Hükümlünün 140 promil alkollü olarak emniyetli bir* şekilde *sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanarak geliş hızıyla kavşağa girip diğer araca* çarpması *ve biri* şikayetçi *olmak* üzere *3 kişinin yaralanmasına neden olması fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 89/1, 179/3. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturduğu, anılan Kanunun 44. maddesi uyarınca sadece daha ağır cezayı gerektiren trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçundan dolayı cezalandırılması gerektiği anlaşıldığından…...*,(Y.9. C. D., E.2009/21307, K. 2010/2910, 10.03.2010). " www.legalbank.net. ; *"….250 promil alkollü olup emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanarak kontrolsüz bir şekilde sola dönüş yapması sonucu mağdurların yaralanmasına neden olan sanığın fiilinin 5237 sayılı TCK'nın 89/4. ve 179/3. maddelerinde düzenlenen suçları oluşturduğu, anılan Kanunun 44. maddesi hükmü karşısında sadece daha ağır cezayı gerektiren taksirle yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçundan da mahkûmiyetine karar verilmesi…..* (Y. 9. C. D., E. 2008/21120, K. 2010/11530, 8.11.2010)", www.legalbank.net.

46 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48 maddesinde*, "0.50 promilin üzerinde alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler hakkında, fiili bir suç oluştursa bile, 700 Türk Lirası idari para cezası verilir ve sürücü belgesi altı ay süreyle geri alını*r" düzenlemesi yer almaktadır.

Bu hususta, bir fiilin hem kabahat hem de suç teşkil ettiği durumda kabahatten dolayı da ayrıca idari para cezası uygulanacağına ilişkin açık bir düzenleme bulunması karşısında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15/3 maddesinin uygulanmayacağı ileri sürülmüştür[47].

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48. Maddesindeki düzenleme kanun yapma tekniği bakımından sakıncalar doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir[48].

Her ne kadar Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca bir fiil hem suç, hem kabahat oluşturduğunda idari yaptırıma hükmedilmiş olsa bile ceza soruşturmasına devam edilebileceği, bu durumda mahkûmiyet kararı verilmesi ve bunun da kesinleşmesi halinde, idari yaptırım kararına ilişkin işlem yetkili idari makam tarafından geri alınması gerektiği belirtilmekte ise de bu durum İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) içtihatlarına aykırılık teşkil ettiği görüşündeyiz.

İHAM, *Sergueï Zolotoukhine/Rusya*[49] kararında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen "cezai alan" kavramının otonom bir kavram olarak değerlendirildiğinin ve ulusal hukuklardaki klasik tanımlamanın ötesinde çok farklı bir boyut kazandığının altını çizmiştir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokolün 4. maddesindeki aynı suç ibaresini Sözleşme ışığında yorumlayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre Ek 7 Protokolün 4. maddesindeki aynı suç ibaresini birinci suçla bire bir örtüşen fillere, ya da özünde aynı fillere dayanması olarak yorumlanmalıdır. Bu nedenle aynı fiilden dolayı hem Ceza Kanunundaki yaptırımın hem de kabahatin yaptırımının uygulanması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 Protokolün *non bis in idem* ilkesini güvence altına alan 4. maddesini ihlal eder niteliktedir.

Kanaatimizce, yukarıda belirtilen İHAM kararı karşısında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/son maddesinin uygulama alanı bulunmamaktadır.

7) İştirak

Öğretide bir kısım yazara göre trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçuna iştirakin her türlüsü mümkündür[50].

---

47 KANGAL Zeynel, *Kabahatler Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011, s. 176

48 YARSUVAT Duygun, "Trafik Kazalarının Önlenmesi Ceza Mı? Tedbir Mi?" *Güncel Hukuk*, Kasım 2013, 11/119, s. 23.

49 İHAM, n° 14939/03, 10. 02. 2009 tarihli karar.

50 PARLAR / HATİPOĞLU, s. 2720.

Örneğin trafik kuralını ihtiva eden bir levhanın sökülerek somut bir tehlikeye sebebiyet verilmesi fiili birden fazla kişinin iştiraki ile işlenmiş olabilir. Birden fazla kişi tarafından sevk ve idare edilebilen araçların işletim sistemine müdahale eylemi iştirak halinde işlenmiş olabilir.

Bazı yazarlar ise TCK m.179/1'de düzenlenen suça iştirak etmek mümkün olduğu görüşündedir. TCK m. 179/3'ün özgü suç olduğu bu nedenle de suça asli katılmanın mümkün olmadığı görüşündedir[51]. Söz konusu suça yalnızca azmettirme ya da yardım etme biçiminde iştirakin mümkündür.

8) Yaptırım

TCK m.179/1 hükmündeki suçun cezası bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasıdır.

TCK m.179/2 hükmündeki suçun cezası iki yıla kadar hapis cezasıdır. Bu hükümde sadece cezanın üst sınırı gösterilmiştir. Cezanın alt sınırın TCK m.49/1 uyarınca belirlenmelidir. Söz konusu hüküm uyarınca süreli hapis cezalarının alt sınırı en az bir aydır.

9) Muhakeme Usulü

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçunun düzenlendiği TCK m.179'un 1. fıkrasında düzenlenen suçun cezasının üst sınırı 6 yıl olduğu için, bu fıkradaki suçu kovuşturmayla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesidir.

Trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokmak suçunun düzenlendiği TCK m.179'un 2. fıkrasında düzenlenen suçun cezasının üst sınırı 2 yıl olduğu için, bu fıkradaki suçu kovuşturmayla görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesidir.

51 ÇINAR, s. 697; GÜLEÇ, s.182; aksi yönde KAYMAZ / GÖKCAN, s. 450.

KAYNAKÇA

AKSOY RETORNAZ Emine Eylem, "Alkollü İçki, Uyuşturucu veya Keyif Verici Madde Etkisi Altında Araç Kullanma Yasağının Doğurduğu Hukuki Sorunlar", *Karayolu Trafik Güvenliği; Karayolu Trafik Sempozyumu 2011, Seçilmiş Bildiriler*, 2011, s. 207-233.

ARTUÇ Mustafa / AKKAYA Çetin / GEDİKLİ Cemil, 2006-2007-2008 İçtihatları ile Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

ASLAN Çetin / AZİZAĞAOĞLU Bahattin, Yeni Türk Ceza Hukuku Şerhi, 2004,

AŞICIOĞLU Çetin, *Trafikte Güvenli Sürüş Açısından Alkol-Alkolün Adli Tıbbi Değerlendirilmesi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009.

ÇINAR Ali Rıza, "Ceza Yasasında Alkollü Araç Kullanma Suçu", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2008 s. 647-704.

DEMİRBAŞ Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013.

DONAY Süheyl, *Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.

DÜZGÜN Nuri / ELMACI Şerafettin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa göre Olası Kast-Bilinçli Taksir ve Taksirle İşlenen Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

GÜLEÇ Sesim Soyer,"Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006/9, s. 167-184.

HAKERİ Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası. Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

JEANNERET Yvan, *Les dispositions pénales de la Loi sur la circulation routière (LCR) du 19 décembre 1958*, Stämpfli, Berne, 2007.

KANGAL Zeynel, *Kabahatler Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2011.

KAYMAZ Seydi / GÖKCAN Hasan Tahsin, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları,* Ankara, 2006.

KOCA Mahmut, "Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçu (TCK 179/2, 3)", *Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, Sayı 11, Temmuz 2005, s. 101-

MALKOÇ İsmail**,** *Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu*, c. I, Malkoç Kitabevi, Ankara, 2007.

ÖZBAN Ahmet, "Trafik Kazalarında Kusur Oranının Belirlenmesine Bilimsel Yaklaşım", http://trafik.akada.com.tr/showthread.php?t=182.

ÖZBEK Veli / KANBUR M. Nihat / DOĞAN Koray / BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

ÖZEN Muharrem, *Genel Tehlike Yaratan Suçlar*, Us-a Yayıncılık, Ankara, 2010.

PARLAR Ali / HATİPOĞLU Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007.

POLAT Halil, *Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokmak Suçu ve Bu Suçun Yaralama ve Öldürme Suçlarıyla İçtiması,* Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.

YALVAÇ Gürsel**,** *Karsılaştırmalı-Gerekçeli- İçtihatlı Türk Ceza Kanunu,* Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.

YARSUVAT Duygun, "Trafik Kazalarının Önlenmesi Ceza mı? Tedbir mi?" *Güncel Hukuk*, Kasım 2013, 11/119, s. 22-24.

YAŞAR Osman / GÖKCAN Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

YENERER ÇAKMUT Özlem, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)", *Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, c. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan*, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 2010, s.

Türk Hukukunda İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahaleler ve Anayasa

Yard. Doç. Dr. Özge AKSOYLU*

GİRİŞ

Osmanlı İmparatorluğu'nda 19. yüzyılın ilk yıllarında başlayan ıslahat ve yenileşme hareketlerinin en önemlilerinden birini 6 Mart 1868 tarihinde Divan-ı Ahkam-ı Adliye ve Şurayı Devlet'in kurulması oluşturmaktadır[1]. Divan-ı Ahkam-ı Adliye Yargıtay'ın; Şurayı Devlet ise Danıştay'ın ilk kuruluş biçimleridir. Adli yargı ve idari yargı düzenleri arasında, kökeni Osmanlı İmparatorluğu'ndaki yenilik hareketlerine dayanan bu ayrım cumhuriyet anayasaları ile de korunmuştur.

İdari rejimin temel unsurlarından biri olarak adli yargıdan ayrı bir idari yargı düzeni öngörülmüş olmasının[2] yaratacağı olası görev uyuşmazlıklarını çözmek üzere kurulan Uyuşmazlık Mahkemesi[3] de gerek 1961 gerek 1982 Anayasası'nda Yüksek Mahkemeler arasında yer almıştır.

1982 Anayasası'nın "Uyuşmazlık Mahkemesi" başlıklı 158. maddesinin birinci fıkrası, 1961 Anayasa'nın aynı başlığı taşıyan 142. maddesinin birinci fıkrası ile aynı düzenlemeyi içermektedir. Buna göre, "*Uyuşmazlık Mahkemesi, adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözümlemeye yetkilidir.*".

---

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 ÖZDEŞ Orhan, "Danıştay'ın Tarihçesi", *in. Yüzyılunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 53.

2 ARAL Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştayın Gelişimi", *in. Yüzyılunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 301; GİRİTLİ İsmet – BİLGEN Pertev – AKGÜNER Tayfun – BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, Temmuz 2011, s. 19.

3 GİRİTLİ İsmet – BİLGEN Pertev – AKGÜNER Tayfun – BERK Kahraman, *İdare Hukuku*, Der Yayınları, Temmuz 2011, s. 22.

Görüldüğü üzere, Anayasa idari ve adli yargı arasındaki görev uyuşmazlıklarını çözme yetkisini Uyuşmazlık Mahkemesi'ne vermiştir. Ancak yasakoyucu sıklıkla bu yetki alanına idari yargının aleyhine olacak şekilde müdahale etmiştir ve etmektedir. İdari rejimi ve Anayasa'nın üstünlüğünü benimsemiş bir hukuk sisteminde yasakoyucunun idari işlem, eylem ve sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde adli yargıyı görevlendirmesinin, Anayasa'ya uygunluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Söz konusu anayasaya uygunluk değerlendirmesinin yapılabilmesi için öncelikle Anayasa'da idari yargının görev alanını koruma altına alan düzenlemelerin bulunup bulunmadığı ortaya konulmalıdır (I). Doktrindeki bir takım aksi görüşlere rağmen Anayasa Mahkemesi bu soruya olumlu cevap vermekte ve idari yargının görev alanının anayasal statüsünü kabul etmektedir. Ancak Yüksek Mahkeme şaşırtıcı bir şekilde anayasal statüsünü kabul ettiği idari yargının görev alanına yapılan yasal müdahaleleri de belirli koşullar altında Anayasa'ya uygun bulmaktadır (II).

I. İDARİ YARGININ GÖREV ALANININ ANAYASALLIĞI

Siyasi içerikli hükümetten ve adliyeden ayrı olarak faaliyette bulunan, kamu yararı amacıyla kamu gücüne dayanan bir takım yetkiler kullanan ve bu yetkileri kullanarak tesis etiği işlemleri kendiliğinden icra edebilen bir idare teşkilatının; adliye mahkemelerinden bağımsız olarak, bu teşkilatın eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu denetleyen bir idari yargının ve adli ve idari yargı yerleri arasında çıkacak görev uyuşmazlıklarını çözmek üzere kurulan bir uyuşmazlık mahkemesinin varlığını öngören 1961 ve 1982 Anayasaları ile "idari rejim"[4] anayasal bir sistem halini almıştır.

İdari rejimin unsurlarından biri olan idari yargı denetimi, kişiler bakımından hak arama özgürlüğünün gerçekleştirilme araçlarından birisidir. Bu özgürlük, 1961 Anayasası'nın 31. maddesi ile, herkesin meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahip olması şeklinde öngörülürken; 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde de, "bütün" ifadesine yer verilmemiş olması ve 3 Ekim 2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'un[5] 14. maddesi ile adil yargılanma hakkının da hak arama özgürlüğünün kapsamına alınması dışında, 1961 Anayasası'nın 31. maddesine benzer bir düzenleme yapılmıştır.

---

4 ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, üçüncü bası, s. 60-63.

5 *RG* 17.10.2001, S. 24556 mükerrer.

İdari işlem, eylem ve sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklarda önünde hak arama özgürlüğünün kullanılacağı yargı düzeninin ise, buna ilişkin Anayasa hükümleri (A) ile söz konusu Anayasa hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin doktrin ve yargı kararları (B) doğrultusunda belirlenmesi gerekmektedir.

A. 1961 ve 1982 Anayasalarında İdari Yargının Görev Alanına İlişkin Düzenlemeler

Önünde "hak arama özgürlüğü"nün kullanılacağı yargı mercii, 1961 Anayasası'nın 32. maddesinin ilk halinde "Tabii yargı yolu" olarak düzenlenmiş; hiç kimsenin tabii hakiminden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı öngörülmüştür. 20 Eylül 1971 tarihli ve 1488 sayılı Kanun[6] ile, söz konusu maddenin başlığı "Kanuni yargı yolu" olarak değiştirilmiş; bu değişiklik doğrultusunda, hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağı kuralı getirilmiştir. 1982 Anayasası'nın 37. maddesi ile de, hükmün başlığı "Kanuni hakim güvencesi" olarak düzenlenmiş, 1488 sayılı Kanun ile değiştirilmiş hali aynen korunmuştur.

Kişiler bakımından sübjektif nitelikteki hak arama özgürlüğü ve tabii yargı yolu güvencesinin yanı sıra, 1961 ve 1982 Anayasaları idarenin yargısal denetimini öngören objektif hükümlere de yer vermiştir. 1961 Anayasası'nın 114. maddesinin "Yargı denetimi" olan başlığı, 1488 sayılı Kanun ile "Yargı yolu" olarak değiştirilmiş; maddenin birinci fıkrasında yer alan *"İdarenin hiçbir eylem ve işlemi, hiçbir halde, yargı mercilerinin denetimi dışında bırakılamaz"* ifadesi de, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır"* biçimini almıştır. Bu ifade, 1982 Anayasası'nda, 125. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesi haline gelmiştir.

Alt derece idare mahkemelerinin kurulmasını öngörerek idari yargı düzenini de adli yargı düzeni gibi iki dereceli hale getiren 1982 Anayasası'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, hakimler ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları öngörülmüştür.

Mahkemelerin kuruluşunu düzenleyen, 1961 Anayasası'nın 136. ve 1982 Anayasası'nın 142. maddelerine göre ise, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usûlleri kanunla düzenlenir.*". Her iki Anayasa da mahkemelerin kuruluş ve işleyişini düzenlemeyi kanunkoyucuya bırakmış; ancak yüksek mahkemelerin kuruluş ve işleyişine ilişkin esasları kendisi öngörmüştür. Yüksek Mahkemeler, 1961 Anayasası'nın 139. ve devam

6 *RG* 22.09.1971, S. 13964.

eden maddelerinde düzenlenmiş; Yargıtay, Danıştay, 1488 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay ve Uyuşmazlık Mahkemesi olarak sıralanmıştır. 1982 Anayasası'nın 146. ve devam eden maddelerinde de, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askeri Yargıtay, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi, Yüksek Mahkemeler başlığı altında düzenlenmiştir.

Danıştay, 1961 Anayasası'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, "*kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesi*"; alt derece idare mahkemelerinin öngörülmesine paralel olarak 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin birinci fıkrasında ise, "*idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii*" olarak tanımlanmıştır. Danıştay'ın istisnai olarak ilk derece mahkemesi olarak da görev yapabilmesi hususu, devam eden cümlede, "*Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar.*" ifadesiyle hüküm altına alınmıştır.

Danıştay'ın görevleri, 1961 Anayasası'nın 140. maddesinin ikinci fıkrasında, "*idari uyuşmazlıkları ve davaları görmek ve çözümlemek, Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları hakkında düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını ve imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmak*"; 1982 Anayasası'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında ise "*davaları görmek, Başbakan ve Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarıları, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek, tüzük tasarılarını incelemek, idari uyuşmazlıkları çözmek ve kanunla gösterilen diğer işleri yapmak*" olarak sayılmıştır.

1961 Anayasası ile idari uyuşmazlık ve davaları görmek ve çözmekle görevlendirilen Danıştay; 1982 Anayasası'na göre "idari" niteliği olmaksızın davaları görmek ve idari uyuşmazlıkları çözmekle görevlendirilmiştir.

B. 1961 ve 1982 Anayasaları Döneminde İdari Yargının Görev Alanına İlişkin Düzenlemelerin Doktrin ve Yargı Kararlarında Yorumlanışı

1961 ve 1982 Anayasalarının yukarıda yer verilen idari işlem ve eylemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu ve Danıştayın görevlerini öngören düzenlemelerinin, idari yargının görev alanını anayasal statüye kavuşturacak nitelikte bulunmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, söz konusu hükümlerde

idari işlem ve eylemlere karşı mutlaka idari yargı yoluna başvurulacağı yönünde veya Danıştayın tüm idari davalar bakımından görevli olduğuna ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması karşısında, hangi uyuşmazlığın hangi yargı düzeninde çözümleneceği konusunda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunduğunun kabulü gerekmektedir[7].

Buna karşılık, Anayasa'nın Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ni düzenleyen ve askeri idari davaları tanımlayan 157. maddesinin birinci fıkrasının dolaylı olarak idari davaları tanımladığı ve bu davaların idari yargı düzeni dışında görülmesinin Anayasa'ya aykırı olacağı iddia edilmiştir. Buna göre, askeri idari davalar "*askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıklar*"dır. Söz konusu hükmün amacı, sivil idare mahkemelerine göre Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görevini tayin ve tespit etmektir. Başka bir ifadeyle bu hükümden askeri nitelemesinin çıkarılması ile idari davanın tanımına ulaşılacaktır[8]. Buna göre idari dava, idari makamlar tarafından tesis edilen ve kamu hizmetine ilişkin olan idari işlem ve eylemlerin yargısal denetimini sağlayan davalardır ve bu davaların idari yargıda görülmesi anayasal bir zorunluluktur[9].

İdari yargının görev alanının anayasal güvencesini Anayasa'nın 157. maddesinde idari davanın tanımının dolaylı da olsa yapılmasına dayandıran bu görüşün kabul edilmesi halinde, Anayasa'nın 157. maddesinin kaldırılması ve 1961 Anayasası'nın ilk halinde olduğu gibi askeri idari davaların da sivil idari yargıda görülmesinin öngörülmesi durumunda idari yargının görev alanının anayasal dayanağının kalmayacağı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Anayasa'da idari davanın tanımının olup olmadığı sorusu ile idari yargının

---

7 TAN Turgut – AKILLIOĞLU Tekin, "1961 Anayasası ve Türkiye'de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı", *AİD,* C. 11, S. 2, 1978, s. 38, 44; OĞURLU Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2001, s. 133; SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 158; GÖZLER Kemal - KAPLAN Gürsel, "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* Seçkin Yayıncılık, Kasım 2011, S. 63, s. 41.

8 GÜNDAY Metin, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 14, 1997, s. 352-353.

9 BİLGEN Pertev, "İdari Uyuşmazlıklar", *in. II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 149; SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 159.

görev alanının anayasal dayanağı olup olmadığı sorusu arasında paralellik kurulması anlamına gelen bu görüşe katılmak mümkün değildir. Anayasa'nın "idari dava" kavramını tanımlamasına neden ihtiyaç duyulduğu anlaşılamamaktadır. Bu kavramın içeriğini ve iki yargı düzeninin görev alanlarını belirleme görevi Anayasa ile Uyuşmazlık Mahkemesi'ne verilmiştir. Bir ders kitabı olmayan Anayasa'da "idari dava"nın yanı sıra, "Hukuk devleti", "Sosyal devlet", "Laik Devlet", "Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mal", "kıyı", "kültür varlığı", "yerinden yönetim esasları" gibi birçok kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu durum bu kavramların anayasal bir ilke olduğu veya Anayasa ile koruma altına alındığı gerçeğini değiştirmemektedir.

Bir başka görüşe göre ise, 1961 Anayasası'nda öngörülen Danıştay'ın göreceği davaların "idari" niteliğinin 1982 Anayasası ile kaldırılması sebebiyle, 1961 Anayasası döneminde mahiyeti gereği idari olan davaları çözümleme yetkisinin idari yargı dışında bir yargı düzenine bırakılması mümkün değil iken; 1982 Anayasası ile yasama organına yargı düzeni bakımından görev kuralları koymak hususunda mutlak bir takdir yetkisi tanındığını kabul etmek gerekir[10].

1961 ve 1982 Anayasaları arasında yargı düzenini ilgilendiren hükümler bakımından diğer bir farklılık da, yukarıda açıklandığı üzere 1961 Anayasası'nın ilk halinde "Tabii yargı yolu" olarak düzenlenen güvencenin 1961 Anayasası'nın 1488 sayılı Kanun ile değişik halinde "Kanuni yargı yolu", 1982 Anayasası'nda ise "Kanuni hakim güvencesi" olarak isimlendirilmiş olmasıdır. 1961 Anayasası'nın ilk halinde düzenlenen tabii yargı yolu güvencesi ve idari rejim gereği, idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tabii yargı yolu idari yargıdır. Tabii yargı yolu ifadesinin kanuni yargı yolu ve kanuni hakim güvencesi olarak değiştirilmesi sonucunda da, kanun ile öngörülmek kaydıyla idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı düzeni dışında çözümlenmesinin Anayasa'ya aykırı olmayacağı sonucuna varmak mümkün görünmemektedir. Zira Anayasa'nın ikinci maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi gereğince kanuni hakimin tabii yargı yolu hakiminden başka bir hakim olmaması gerekir. Herhangi bir uyuşmazlığın çözümünde tabii hakim olmayan bir hakimi görevlendiren yasal bir düzenlemenin Anayasa'nın 36. maddesinde öngörülen ve 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devletinin en önemli unsurlarından biri olan hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez[11].

---

10 ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", *in. İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, No: 33, Ankara, 1982, s. 29; YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, Eylül 2009, İstanbul, s. 423.

11 SOYSAL Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı,* Gerçek Yayınevi, 10. bası, 1993, s. 162.

Anayasa'nın hakimlik ve savcılık mesleğini düzenleyen 140. maddesinin ilk fıkrasında hakim ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları **öngörülm**üş; 155. maddesinde Danıştay yüksek mahkemeler arasında düzenlenmiştir. Her ne kadar Anayasa'da idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinde yasa ile idari yargı düzeni dışında bir yargı düzeninin görevlendirilemeyeceğine ilişkin açık bir yasak hükmü bulunmasa da, gerek 1961 Anayasası'nın gerek 1982 Anayasası'nın yukarıda yer verilen hükümleri adli ve idari yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesinin anayasal bir ilke olarak benimsendiğini tereddütsüz olarak ortaya koymaktadır[12]. Anayasa ile öngörülen adli ve idari yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesi, idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların idari yargı düzeni içinde çözümlenmesini gerektirmektedir. Yasakoyucunun bu uyuşmazlıkların adli yargı düzeni içinde çözümlenmesini öngörebileceğinin kabulü halinde, bu ilkenin benimsenmesinin ve adli yargıdan ayrı bir idari yargı öngörülmesinin, Anayasa'nın kendi kurduğu yargı düzenini inkar etmesi ve kendisiyle çelişmesi dışında hiçbir anlamı bulunmayacaktır[13].

"İdari işlem, eylem ve sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlık" nitelemesi konusunda çıkacabilecek olası bir uyuşmazlığı çözecek merci ise yine Anayasa'da öngörülen Uyuşmazlık Mahkemesidir. Yasakoyucunun Anayasa'da yüksek mahkemeler arasında sayılan Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görev alanına müdahale ederek yargı düzeni belirlemesi ise, anayasal bir ilke olan adli ve idari yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesinin yanı sıra, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan Hukuk Devleti ilkesinin unsurlarından biri olan ve başlangıç kısmında öngörülen kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa Mahkemesi de 1961 ve 1982 Anayasaları dönemlerinde verdiği çeşitli kararlarla, yukarıda değinilen anayasal düzenlemelere dayanarak idari yargının görev alanının Anayasa ile tanındığı ve yargı ayrılığının anayasal bir ilke olduğu sonucuna ulaşmıştır[14].

---

12 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 23.

13 GÜRAN Sait, "Yargı denetiminin kapsamı", İÜHFM, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 39. Erkut'a göre de, "İdari rejimi benimsemiş hukuk sistemlerinde kabul edilen idare ve adliye cihazları ile makamlarının ve yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesi, karşılıklı olarak bu kuruluşların birbirlerinin görev ve yetki alanlarına olumlu ya da olumsuz yönde karışmamalarını gerektirmektedir.", bkz. ERKUT Celal, İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, s. 155.

14 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 124. Conseil d'Etat'ya yalnızca hükümete yardımcı

1961 Anayasası döneminde 7307 sayılı Orta Doğu Teknik Üniversitesi Kanunu'nun, Üniversite Mütevelli Heyeti ile öğretim üyeleri, idarecileri, memur ve müstahdemleri arasında yapılan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olduğuna ilişkin 17. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya uygun olup olmadığını değerlendiren Anayasa Mahkemesi'ne göre[15], "*...Anayasanın 140. maddesinin birinci fıkrası "Danıştay, Kanunların başka idari yargı mercilerine bırakmadığı konularda ilk derece ve genel olarak üst derece idare mahkemesidir" ilkesini koyarak Danıştayın görevini açık ve kesin bir biçimde çizmiş ve belirlemiştir. Bu ilkenin bu denli açıklığı ve kesinliği karşısında, Danıştayın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme olanaksızdır. Çünkü kanunların başka idari yargı yerlerine bırakmadığı bütün idari davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözme yetkisi kesin olarak Danıştaya aittir. Yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı ise, o idari davanın çözümünü başka bir idari yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret kalır, ki, bu halde dahi Danıştayın üst derece idare mahkemesi niteliğini koruyacağı açıktır...*".

Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının görev alanını anayasal güvence altına alan bu içtihadı, Danıştay'ın görevi kapsamına giren davaları "idari" nitelemesi olmaksızın ifade eden 1982 Anayasası döneminde de devam etmiştir.

---

idari kuruluş sıfatı ile ilgili görevleri dolayısıyla yer veren mevcut Fransız Anayasası, önceki Fransız anayasalarında olduğu gibi idari yargı mercilerini ve Conseil d'Etat'yı yargı organı olarak öngörmemiştir. Anayasadaki açık hüküm boşluğuna rağmen Fransız Anayasa Konseyi yürürlükteki 1958 Anayasası'nın Başlangıç kısmında gönderme yapılan 1946 Anayasası'nın Başlangıç kısmında yer alan ve anayasallık bloku içinde sayılan "Cumhuriyet kanunlarıyla öngörülen temel ilkeler"den yararlanarak idari ve adli yargı ayrılığını anayasal dayanağa kavuşturmuştur. Buna göre Conseil d'Etat'nın tutuk yargıdan devredilmiş yargıya geçişini, başka bir deyimle idari yargının bağımsızlığını sağlayan 24.05.1872 tarihli Yasanın öngördüğü bağımsız ve adli yargıdan ayrı idari yargının varlığı Cumhuriyet kanunlarıyla öngörülmüş ve anayasallık bloku içinde yer alan bir temel ilkedir. Bkz. CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12e édition, nº 44, p. 55; CC, 22 juillet 1980, *Lois de validation*, *Rec. CC*, p. 46, *AJDA* 1980, p. 480 et p. 602, note G. Carcassonne, *RDP* 1980, p. 1658, note L. Favoreu; CC, 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *Rec. CC*, p. 8, *AJDA* 1987, p. 345, note J. Chevallier, *RFDA* 1987, p. 287, note B. Genevois; CC, 28 juillet 1989, *Police des* étrangers, *Rec. CC*, p. 81, *AJDA* 1989, p. 619, note J. Chevallier, *RFDA* 1989, p. 619, note B. Genevois; CC, 27 novembre 2001, Loi portant amélioration de la *couverture* des *non salariés agricoles*, *Rec. CC*, p. 145, *LPA* décembre 2001, nº 255, note J.-E. Schoettl.

15 AYM, 25.05.1976, E. 1976/1, K. 1976/28, *RG* 16.08.1976, S. 15679.

Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanun Hükmünde Kararnameye Bir Madde Eklenmesine Dair 308 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin iptali istemiyle açılan davada, sözü edilen Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinin 8. fıkrasının Kamu İktisadi Teşebbüsleri personeli ile aktedilecek sözleşmelerin uygulanmasından doğacak her türlü uyuşmazlıkların adli yargı mercilerince karara bağlanmasını öngören hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu sözleşmelerin idari hizmet sözleşmeleri niteliğine; Anayasanın 125. maddesinde yer alan "İdarenin her türlü işlem ve eylemlerine karşı yargı yolu açıktır" biçimindeki kuralın idarenin hem kamu hukuku ve hem de özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerini kapsadığına; bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idari yargının, özel hukuk alanındakiler için de adli yargının görevli olduğunda duraksanamayacağına; aksi takdirde Anayasa'nın 37. maddesine aykırı davranılmış olunacağına dayanmıştır[16].

2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda değişiklik yaparak, adli yargı hakim ve savcılığından, idari yargı hakim ve savcılığına veya tersi geçiş olanağını getiren 3446 sayılı Kanun hükmünü iptal eden Yüksek Mahkemeye göre[17], "*Her erkin kendi içinde ayrımları gibi yargının da görev alanları değişikliğine göre değişik türleri olabilir. Anayasa bu değişiklikleri gözeterek adli ve idari yargı ayrımını benimsemiştir. Bu ayrımın da doğal, zorunlu sonuçları olacak, yasal düzenlemeler bunların gereklerini yerine getirecekler, bunlara karşı, bunlara ters düşen oluşumlardan kaçınacaklardır. Yasama belgelerinde 140. maddeye ilişkin yeterli açıklık bulunmadığından madde, yargı konusundaki genel ilkeler doğrultusunda sözüne ve amacına uygun biçimde yorumlandığında varılan sonuç, adli ve idari yargı ayrımının tümüyle gerçekleştirilmek istendiğidir. Adli ve idari yargı ayrımı, bu alanlarda yetişerek deneyim kazanmış, uzmanlaşmış hakim ve savcıları gerekli kılmaktadır. Adli ve idari yargı ayrımı, yasalardaki birlikteliğin etkisiz kılamayacağı biçimde köklü ve yaygındır.*".

Kararın devam eden bölümlerinde yargı ayrılığının anayasal bir ilke olduğu ve buna aykırı yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırılık taşıyacağı son derece açık biçimde ifade edilmiştir. Buna göre, *"İşlevleri kapsamındaki konuların ayrılığı, yargılama düzenlerinin dayandığı esasların değişikliği, kimi özgün kuralların varlığı, bu ayrımı zorunlu kılmış, tarihsel gelişi-*

16 AYM, 22.12.1988, E. 1988/5, K 1988/55, *RG* 25.07.1989, S. 20232.

17 AYM, 28.02.1989, E. 1988/32, K. 1989/10, *RG* 22.06.1989, S. 20203.

min sonucu olarak ortaya çıkmış ve Anayasal ilke durumuna gelmiştir… Bu olgular gözetildiğinde yargı ayrılığı ilkesinin Anayasa'ca benimsendiğinde duraksanamaz… Adli ve idari yargı ayrımı benimsenince onun gereklerine de uymak zorunluluğundan kaçınılamaz. Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." hükmüyle başlayıp yukarda ele alınan maddelerin hükümleriyle tamamlanan yargısal düzenlemeler adli-idari yargı ayrılığının kurumlaştığının kanıtlarıdır… Anayasa'nın "Uyuşmazlık Mahkemesi" başlıklı 158. maddesinde adli, idari ve askeri yargı mercileri arasındaki görev ve hüküm uyuşmazlıklarını kesin olarak çözmekle yetkili kılman Uyuşmazlık Mahkemesi'nin varlığı daha önce kabul edilen yargı ayrılığı sistemini doğrulayan somut örgütlenme biçimleridir. Anayasa'nın yargılama alanlarını ayırarak, son inceleme yerlerini yine ayrı ayrı belirleyerek kurduğu yargı düzeni, adli ve idari olmak üzere iki türde ortaya çıkmaktadır. Böylece benimsenen yargı ayrılığının anayasal bir ilke olarak korunulması ve buna uyulması zorunluluğu açıktır.".

Anayasa ile öngörülen ve Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca herkesi bağlayan Anayasa Mahkemesi kararları ile de kabul edilen idari ve adli yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesi idari yargının görev alanını anayasal güvence altına almaktadır. Buna göre, idari işlem, eylem ve sözleşmelerden doğan bir uyuşmazlığın idari yargı dışında çözümlenebilmesi ancak bu konuda açık bir Anayasa hükmünün bulunması halinde mümkün olabilmelidir. Nitekim, idari sözleşmelerden bir kısmının özel hukuka tabi kılınarak bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesi görevinin idari yargıdan adli yargıya geçirilmesi için Anayasa değişikliği yapılması gerekmiştir. Anayasa'nın 47. maddesine 13.08.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanun'un birinci maddesi ile eklenen son fıkraya göre, "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*".

Sonuç olarak, gerek 1961 Anayasası gerek 1982 Anayasası idari ve adli yargı düzenlerinin ayrılığı ilkesini benimsemiş; bu husus her iki Anayasa dönemindeki Anayasa Mahkemesi kararları ile de teyit edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde bu ilkeye dayanarak yasakoyucuya idari işlem, eylem ve sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıkların çözümlenmesinde görevli yargı düzenini belirleme konusunda hiçbir takdir yetkisi tanımayan yaklaşımı, 1982 Anayasası döneminde aynı kesinlikle devam et-

memiştir. İdari yargının görev alanının anayasal statüsünü kabul eden Yüksek Mahkeme, bu alana müdahale eden kimi yasal düzenlemeleri de "belirli koşullar" altında Anayasa'ya aykırı bulmamış; "öteden beri idari yargının görev alanının adli yargıya karşı korunması konusunda duyarlılık"[18] gösterdiğine ilişkin ön yargının yanlışlığını ortaya koymuştur.

II. İdari Yargının Görev Alanına Yasal Müdahalelerin Anayasallığı

İdari yargının görev alanına yasal müdahalelerin bir kısmını Anayasaya aykırı bulmayan Anayasa Mahkemesi, idarenin idare hukuku alanındaki faaliyetlerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yerinin esas itibariyle idari yargı olduğu, ancak belirli koşullar altında "istisnai olarak" yasakoyucu tarafından bu uyuşmazlıkları çözümlemek üzere adli yargının görevlendirilebileceği yönünde bir içtihat geliştirmiştir (A). Ancak "istisna"nın niceliksel ölçütünün belirlenmesinin imkansızlığı ve yasakoyucunun idari yargının görev alanını daraltma konusundaki istikrarlı ve inatçı iradesi karşısında, artık idari yargının görev alanına "anayasal sınırlar içinde" yapılan müdahalelerin "istisna" niteliğini kaybederek "kurallaştığını" söylemek ne yazık ki abartılı bir belirleme olmayacaktır (B).

A. İdari Yargının Görev Alanına "İstisnai" Müdahalenin Anayasallığı

Türk yasakoyucusu idari yargının görev alanına giren kimi uyuşmazlıkları adli yargının görev alanına dahil etmek konusunda her dönemde açık bir irade ortaya koymuştur. Yukarıda açıklandığı üzere gerek 1961 gerek 1982 Anayasası ile öngörülen idari ve adli yargının ayrılığı ilkesine aykırı olan bu tutum çeşitli meşruiyet zeminlerine oturtulmaya çalışılmıştır (1). Bu konuda son sözü söyleme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi de "haklı neden ve kamu yararı" içtihadı ile bu meşruiyet zeminlerini anayasal statüye kavuşturmuştur (2).

1. İdari Yargının Görev Alanına "İstisnai" Müdahalelerin "Meşruiyet" Zeminleri

1961 Anayasası döneminde alt derece idari yargı mercilerinin bulunmaması[19]; idare, vergi ve bölge idare mahkemelerinin kurulmasından sonraki dönemde ise adli yargının idari yargıya göre daha yaygın olması ve böylece

18 GÜNDAY Metin, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 14, 1997, s. 355.

19 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 127.

adalete daha kolay, daha az masrafla ulaşma imkanı sunması[20]; belli konularda ilgililerin sayıları ve çıkabilecek uyuşmazlıkların çokluğunun daha sade bir yargılamayı gerektirmesi[21]; idari yaptırımlar bakımından bunların ceza düzenlemeleriyle yakınlığı[22]; bazı idari işlemlerin hukuk yargılaması yöntemlerine benzer idari usuller izlenerek tesis ediliyor olması[23] gibi nedenlerle yukarıda açıklandığı üzere Anayasa'ya aykırı bulunan düzenlemelerin "yerindeliği" ortaya konulmuştur.

Anayasa'ya aykırı bulunan düzenlemeleri Anayasa'ya uygun hale getirmeleri mümkün olmayan bu gerekçelerin yerindeliği de tartışmalıdır[24]. Uyuşmazlıkların daha kolay ve daha hızlı çözümlenmesine ilişkin gerekçelerin idari yargının görev alanına yasal müdahaleleri haklı kılması mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 141. maddesinin son fıkrası uyarınca "*davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması*" için idari uyuşmazlıkların sayısının ve niteliğinin gerektirdiği ölçüde idari yargı mercileri kurmak ve yargılama yöntemleri öngörmek yürütme ve yasamanın görevidir. Bu anayasal görevin yerine getirilmemesinden kaynaklanan sıkıntıların Anayasa'da öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesinin ihlali yoluyla giderilmeye çalışılması Anayasa'nın katmerli bir şekilde ihlali anlamına gelmektedir.

İdari yaptırımların ceza düzenlemelerine "yakınlığının" bunlara karşı yargı yolu olarak adli yargının öngörülmesine gerekçe olarak gösterilmesi ise, ancak hukuki niteleme konusunda fahiş bir hataya düşülmüş olması ile açıklanabilir.

---

20 KARAMAN Ebru, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 49.

21 DURAN Lûtfi, *İdare Hukuku Ders Notları (Çoğaltma),* 1975, s. 199, aktaran: TAN Turgut – AKILLIOĞLU Tekin, "1961 Anayasası ve Türkiye'de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı", *AİD,* C. 11, S. 2, 1978, s. 56.

22 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", *İÜHFM,* 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 170. Özay, idari yargı kadar, adli yargı yerlerinin de kanunla yetkili kılınmış olmasını idari yaptırımların bir özelliği olarak kabul etmektedir. Bkz. ÖZAY İl Han, *İdari Yaptırımlar,* İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 691, İstanbul, 1985, s. 138.

23 YILMAZ Ejder, "Yargılama hukukçusu gözüyle: Rekabet Kurulu", *in. Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan,* Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, s. 955.

24 "*Nasıl ki aile hukuku ile ilgili bir uyuşmazlığın çözümünün idari yargı yerlerine bırakılması yasakoyucunun takdiri ile açıklanamıyorsa; idari eylem ve işlemlerle ilgili uyuşmazlıkların da adli yargı yerlerine bırakılması, yasakoycunun takdiri ile açıklanamaz*.". Bkz. KARAMAN Ebru, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 47.

İdari yaptırımlar, kanunların açıkça yetki verdiği veya yasaklamadığı durumlarda, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar; uyguladığı yaptırımlardır[25]. Bir kanuna veya genel düzenleyici işleme dayanılarak, belli kişi veya kişiler hakkında tesis edilen, somut, uygulanmakla tükenen icrai ve kesin birel idari işlem niteliğindeki bu yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklar idari yargının görev alanı içine girmektedirler[26].

Ancak, hukuka aykırı bir eylem karşılığında kişi hak ve hürriyetlerini sınırlayan yükümlülükler öngörmeleri nedeniyle; esas itibariyle yargı organları tarafından, yargısal usuller izlenerek verilen cezalarla ilgilenen ceza hukuku ile de ilişki içindedirler. Ceza hukukunun bir takım ilkelerinin idari yaptırımlar alanında da uygulama alanı bulması şeklinde gerçekleşen bu ilişki[27], söz konusu yaptırımları cezaileştirmemekte; idari işlem niteliklerini ortadan kaldırmamaktadır[28]. Zanobini'ye göre de bağımsız bir idari ceza hukuku mevcut değildir. İdari yaptırımlar, idare hukukunun bir kısmını oluşturmaktadır[29].

Bu nedenledir ki, 14. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi sonucunda alınan kararlarda idari yaptırımlar ve bu alandaki ihlalleri ifade etmekte kullanılan kavram ve terimlerin, suç ve cezalardan ayırdedici olacak şekilde kendine

---

25 ÖZAY İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 691, İstanbul, 1985, s. 35; SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 152.

26 KARAMAN Ebru, İ*dari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 49; SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 155, 160.

27 YÜCE Turhan Tufan, "Ceza Hukuku İlkelerinin Disiplin Ceza Hukukunda Geçerliliği Sorunu ve Danıştay Kararlarının Bu Açıdan Tahlili", DD, S. 88, s. 9.

28 KARABULUT Mustafa, "İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği ve Anayasa Mahkemesinin Kabahatler Kanunu Hakkındaki Kararı", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Yayıncılık, S. 3, Kasım 2006, s. 68*.

29 ZANOBİNİ Guidio, "İdari Ceza Hukukunda Kıstas Mes'elesi", Çeviren: Yılmaz GÜNAL, *AÜSBFD,* C. 18, Eylül-Aralık 1963, S. 3-4, aktaran: OĞURLU Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 30. Aksi görüş için bkz. DONAY Süheyl, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *İÜHFM*, C. XXXVII, S. 1-4, s. 423; KARAGÜLMEZ Ali, *Açıklamalı ve Uygulamalı Adli ve İdari Para Cezaları,* Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, s. 425; İÇEL Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", *İÜHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 117; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", *AÜSBFD,* C. 18, S. 2, Haziran 1963, s. 116; YARSUVAT Duygun, "Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar", *İÜHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 171.

özgü olması gerektiği konusunda yasama organlarının dikkati çekilmiştir[30]. Buna göre, ceza hukukuna özgü bir takım ilkeler, yargısal nitelikteki adli cezalardan farklı olarak idari işlem niteliği bulunan idari yaptırımlara, ancak bünyesine uygun düştüğü ölçüde ithal edilebilecektir.

Ceza hukukundan idare hukukuna ithal edilen bu ilkelerden biri de cezaların şahsiliğidir. Buna göre idare, yaptırım uygularken somut olayın ve muhatabın özelliklerini dikkate alacak; takdir yetkisini de bunlara uygun olarak kullanacaktır. Aynı fiil dolayısıyla birden fazla kişiye yaptırım uygulanıyorsa bunların fiile katılma derecelerine göre ayrı yaptırımlar belirlenebilecektir[31]. Cezaların şahsiliği ilkesinin bu şekilde uygulanması halinde öznel işlem niteliği gösteren idari yaptırımların, idareye belli somut bir olayın gerçekleşmesi durumunda belli bir yaptırım uygulama yetki ve görevi verildiği hallerde şartişlem niteliğinde olduğu kabul edilmelidir[32].

İdari yaptırımların, yukarıda açıklanan idari işlem niteliği yüksek mahkeme kararları ile de kabul edilmiş; yerleşik içtihat halini almıştır.

Anayasa Mahkemesi, 3493 sayılı Kanun ile 1493 sayılı İş Kanunu'nun 108. maddesinde yapılan değişikliğin Anayasa'ya uygunluğunu değerlendirirken, Çalışma Bölge Müdürlüğü'nce verilecek para cezalarının idari işlem niteliğinde bulunduğunu tartışma yapmaksızın kabul etmiştir[33]. Mahkeme, 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre verilen para cezalarının da idari işlem olduğu konusunda "*duraksanamayacağı*" sonucuna ulaşmıştır[34].

Uyuşmazlık Mahkemesi de, "Ceza uygulamasına ilişkin idari kararlar nedeniyle açılan davalarla ilgili görev uyuşmazlıklarının Uyuşmazlık Mahkemesinin Hukuk Bölümünde görüşülüp çözümlenmesi gerektiği hakkında ilke kararı"nda, kanunun öngördüğü bir cezanın idarenin bir organı eliyle uygula-

---

30 "Les problèmes juridiques et pratiques posés par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal", Stockholm, 14-17 juin 1989, Revue international de droit pénal, 1988, nos 1-2, s. 520.

31 D. 12. D., 09.03.1966, E. 1965/3101, K. 1966/870: "*...Suçu diğer oyunculardan daha ağır olan davacıya diğer oyunculardan farklı olarak ceza uygulanmasında isabetsizlik olmadığı...*".

32 DURAN Lûtfi, *İdare Hukuku Meseleleri,* İstanbul, 1964, s. 132: *"Filhakika İdarenin ceza kararları, gerek uzvi ve gerek maddi bakımdan idari tasarruflardır. Bu mevzuda salahiyetli olan makam, kanunen muayyen bir fiile belli bir tek cezayı vermek zorunda ise bir şart-tasarruf yapacak; yok eğer her hareketin hususiyetini ve suçlunun* şahsi *vaziyetini nazarı itibare alarak, değişik bir* müeyyide tatbik edilirse bir sübjektif tasarruf yapacak demektir. Ancak her *iki ihtimalde, idari-icrai bir karar muvacehesinde bulunulacağından...*".

33 AYM, 10.07.1990, E. 1989/28, K. 1990/18, *RG* 28.07.1993, S. 21651.

34 AYM, 15.05.1997, E. 1996/72, K. 1997/51, *RG* 01.02.2001, S. 24305.

nabilmesinin genel ceza hukukunun değil idare hukukunun konusunu oluşturduğunu; bu tür müeyyidelerin gerçek anlamda bir ceza sayılmadığını belirtmiştir[35]. Mahkeme'ye göre, *"İdari cezalar, idare organları tarafından ve idari usullere göre kesilip uygulandığından idari işlem niteliği taşımaktadır."*[36]. Bunlara ilişkin "*itirazın adli yargı yerinde görülecek olması, idare organlarının kamu gücüne dayanarak verdikleri idare hukukunun müeyyidesi olan ceza kararlarının idari niteliğini değiştirmez*."[37].

Görüldüğü üzere, idari işlem niteliklerinde duraksama bulunmayan idari yaptırımlardan doğan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesini öngören düzenlemelerin, Anayasa ile öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesi karşısında hukuki bir zemine oturtulması mümkün bulunmamaktadır.

İdari yargının görev alanına yapılan yasal müdahalelere diğer bir gerekçe olarak da kişileri idari işlemin tesis aşamasına dahil eden idari usul kuralları öngörülmüş olması gösterilmiştir. Kişilerin idare önünde mahkeme önündekine benzer şekilde haklara sahip olmaları ve idari kararın alınma sürecinin şeffaflaştırılması amacıyla öngörülen idari usul kuralları ile hukuk usulü kuralları arasında bir benzerlik kurulması suretiyle, bu tür kurallar uygulanarak tesis edilen idari işlemlere ilişkin uyuşmazlıkların adli yargı önünde çözümlenmesini savunmanın mantığının anlaşılmasında güçlük çekilmektedir. Çağdaş ve insan haklarına saygılı bir idare anlayışının gereği olarak kamu gücü kullanan idare karşısında bireylerin haklarının korunması ve böylece hukuk devleti ilkesinin hayata geçirilmesi için, yargı denetimi yanında, idarenin karar alma sürecinin önceden öngörülmüş idari usul kurallarına, başka bir deyişle bir ön denetime bağlanmasının[38] hangi sebeple Anayasa ile öngörülmüş olan idari

---

35 UMGK, 11.07.1988, E. 1988/1, K. 1988/1, RG 13.09.1988, S. 19958.

36 UM, 02.04.1990, E. 1990/6, K. 1990/6, *RG* 21.04.1990, S. 20499: "İdarenin organları eliyle idari usullere göre uygulanması ve idare hukukunun bir müeyyidesi olması nedeniyle, idari işlem niteliği taşıyan ve bu yönüyle adli cezalardan ayrılan idari cezaların..."; UM, 08.05.1998, E. 1998/10, K. 1998/12, *RG* 06.06.1998, S. 23364: "*Ancak, itirazın adli yargı yerinde görülecek olması, idare organlarının kamu gücüne dayanarak verdikleri idare hukukunun müeyyidesi olan ceza kararlarının idari niteliğini değiştirmez...*"; UM, 06.07.1998, E. 1998/13, K. 1998/16, *RG* 29.07.1998, S. 23417; UM, 06.12.1999, E. 1999/44, K. 1999/45, *RG* 09.03.2000, S. 23988.

37 UM, 08.05.1998, E. 1998/10, K. 1998/12, RG 06.06.1998, S. 23364.

38 GÜRAN Sait, "Yönetimde açıklık", *İHİD*, 1982, S. 1-3, s. 102; Danıştay da bir kararında (D. 13. D., 19.04.2005, E. 2005/161, K. 2005/2120, *DD, S. 110, s. 388) idari usulü, söz konusu işlevini ön plana çıkararak, "idarenin kamu gücünü kullanarak, bireylerin hak ve çıkarlarını etkilemeden önce ilgililerin bir takım hak ve yetkilerle donatılarak, idare önünde menfaatlerini tam olarak korumalarını sağlayan kurallar bütünü" olarak tanımlanmıştır.*

ve adli yargı ayrılığı ilkesinin ihlalini gerektireceğinin yanıtı olmayan bir soru olduğu düşünülmektedir.

Esas soru, anayasal bir ilkeyi "delme" adına ileri sürülen ve yukarıda açıklanan tüm bu "bahaneler"in Anayasaya uygunluk anlamında son sözü söyleme yetkisi olan Anayasa Mahkemesi önünde karşılık bulup bulmadığıdır.

2. İdari Yargının Görev Alanına "İstisnai" Müdahalelerin "Meşruiyet" Zeminlerinin "Haklı Neden ve Kamu Yararı" İçtihadı ile Anayasal Statüye Kavuşması

İdari ve adli yargının ayrılığı ilkesine aykırı olarak idari yargının görev alanına müdahale eden yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğu konusunda son sözü söyleme yetkisine sahip olan Anayasa Mahkemesi'nin bu konuya yaklaşımı, 1961 Anayasası ve 1982 Anayasası dönemlerinde göre farklılık arzetmektedir.

1961 Anayasası döneminde, Anayasa'nın 140. maddesine göre, "*Danıştayın görev alanına giren bir anlaşmazlığın çözümünün adli yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir ve seçme serbestisine sahip olduğunu öne sürme*"nin olanaksız olduğuna; "*kanunların başka idari yargı yerlerine bırakmadığı bütün idari davaları ilk derece idare mahkemesi sıfatıyla çözme yetkisi*"nin kesin olarak Danıştay'a ait olduğuna; "*yasama organının kanun koymak suretiyle kullanabileceği takdir hakkı(nın) ise, o idari davanın çözümünü başka bir idari yargı merciine, yani alt derece idare mahkemesine bırakmaktan ibaret*" kaldığına; "*ki, bu halde dahi Danıştayın* üst *derece idare mahkemesi niteliğini*" koruyacağına; Anayasa'nın 114. maddesi ile açık tutulan "*yargı yolunun, kamu hukuku alanında idari yargı, özel hukuk alanında ise adli yargı olduğu(nun) bir açıklamayı gerektirmeyecek derece belirgin*" olduğuna; "*idari yargının, yani adli yargıdan ayrı ve bağımsız bir idari yargı sisteminin Anayasaca ve idare hukukunca kabul edilmiş olmasının nedeni(nin), kamu hizmetlerinden doğan anlaşmazlıkların yapılarındaki özellikler; bunlara uygulanacak kuralların hukuki ve teknik bir nitelik taşıması; özel hukuk dalı ile idare hukuku arasında büyük bir bünye, esas ve prensip farkının var olması; idari işlemlerin, idare hukuku dalında uzmanlaşmış ve kamu hukuku alanında bilgi ve tecrübe edinmiş hakimlerce denetlenmesinin zorunlu sayılmış olması*" olduğuna karar vermiştir[39].

---

39 AYM, 25.05.1976, E. 1976/1, K. 1976/28, *RG*, 16.08.1976, S. 15679. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde verdiği bir başka kararında ise şu ifadelere yer verilmiştir: "*1961*

1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin aynı kesin ve istikrarlı tutumu devam ettirdiğini söylemek mümkün değildir.

Konuyla ilgili uzun değerlendirmelerden kaçındığı bir kararında, "*uyuşmazlık konusu eylem, idari yargıda incelenip çözüme bağlanacak idari bir işlem ya da karar olsa da, (...) bu tür uyuşmazlıkların adli yargı yerinde çözümleneceğine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'nın yargı ile ilgili genel ilkelerine aykırı bir yönü*" bulunmadığına hükmederek, kanunkoyucuya neredeyse mutlak bir takdir yetkisi tanırken[40], başka bir kararında 1961 Anayasası döneminde yaptığı değerlendirme doğrultusunda, 1982 Anayasası'nın da kanunkoyucuya görevli yargı düzenini takdir etme yetkisi tanımadığı sonucuna ulaşmıştır[41].

Ayrıksı olarak nitelendirilebilecek bu kararlar bir kenara bırakılırsa, 1982 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin baskın içtihadı, görevli yargı düzenini belirleme konusunda yasakoyucunun sınırlı bir takdir yetkisine sahip olduğu yönünde gelişmiş; Yüksek Mahkeme önüne gelen her yasal düzenlemede idari ve adli yargının ayrılığı ilkesinin dışına çıkılmasının "haklı bir neden" ve "kamu yararı"na dayanıp dayanmadığını araştırma yolunu izlemiştir[42].

Anayasasının 140. maddesi, 114. madde ile birlikte ele alındığında idarenin, kendine özgü ve özel hukuktan ayrı bir hukuka bağlı olduğunu ve bu idare hukukunun uygulanmasından doğan anlaşmazlıkların kural olarak Danıştay'da görülüp çözülmesi gereğini kabul eden bir idarî sistem kurduğunu açıkça göstermektedir. Böylece Anayasa, idarî yargı alanı ile adli yargı alanlarını bir bakıma ayırmış olmaktadır.", Bkz. AYM, 25.03.1975, E. 1974/42, K. 1975/62, *RG* 03.06.1975, S. 15254.

40 AYM, 10.07.1990, E. 1989/28, K. 1990/18, *RG 28.07.1993, S. 21651.*

41 AYM, 28.06.1995, E. 1994/71, K. 1995/23, *RG* 20.03.1996, S. 22586: "*Anayasa'nın "yargı yolu" başlığı altındaki 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" biçimindeki kural, kuşkusuz, yönetimin kamu hukuku ve özel hukuk alanına giren "her türlü" eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Bunlardan, kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasa'nın "Kanunî hâkim güvencesi" başlığı altındaki 37. maddesinin birinci fıkrasında "hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır.*". Aynı yönde bkz. AYM, 09.12.1994, E. 1994/43, K. 1994/42-2, *RG* 24.01.1995, S. 22181.

42 AYM, 15.05.1997, E. 1996/72, K. 1997/51, *RG 01.02.2001, S. 24305; AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, RG 19.05.2012, S. 28297.* İdari yargının varlığını ve bağımsızlığı Anayasa'da herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen anayasallaştıran Fransız Anayasa Konseyi, Rekabet Konseyi kararlarının yargısal denetiminin Paris İstinaf Mahkemesi

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari-adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.*". Böyle bir düzenleme getiren ve haklı bir nedene dayanmayan bir kanun hükmü Anayasa'nın 2, 125 ve 155. maddelerine aykırı bulunmakta ve iptal edilmektedir[43].

Buna karşın, her türlü pratik düşünce anayasal idari ve adli yargının ayrılığı ilkesinin bertaraf edilmesi için haklı neden sayılabilmekte; örneğin, "*Kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında, idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturduğu sonucuna*" varılmaktadır[44].

Anayasa Mahkemesi'nin adli yargıya başvuru yolunun öngörülmesinin hak arama özgürlüğünü kolaylaştırı nitelikte bulan bu kararına göre, idari

---

tarafından yapılmasını öngören 1 Aralık 1986 tarihli Kanunu Anayasaya aykırı bulmuştur. Konsey, söz konusu kararında, yasakoyucunun kural olarak idari yargı düzeninin görev alanına giren bir uyuşmazlığı adli yargı düzenine aktarmak konusunda kesin bir takdir yetkisi bulunmadığını, yasakoyucunun bu bakımdan, yargı işlevinin olması gereken biçimde gerçekleşmesini sağlamak ve bu amaçla yetki kurallarının bütünlüğünü koruyacak sınırlı ve belirli bir düzenleme getirmek gibi koşullara bağlı olduğunu belirtmiş, adli yargıda yürütmenin durdurulması istenemeyeceği ve kararlaştırılamayacağı gerekçesiyle 1 Aralık 1986 sayılı Kanunu Anayasaya aykırı bulmuş ve yürürlüğe girmekten alıkoymuştur. Bkz. CHEVALIER Jacques, "Note sur CC, 23 janvier 1987, DC 86/224, *Conseil de la concurrence*", *AJDA* 1987, p. 348. Anayasa Konseyinin bu kararından sonra, 6 Temmuz 1987 tarihli ve Anayasa Konseyine gönderilmeyen bir Kanunla, İstinaf mahkemesi başkanına, kararın aşırı sonuçlara yol açması veya karardan sonra istisnai önemde yeni durumların ortaya çıkmış olması hallerinde, kararın yürütülmesinin durdurulmasına karar verme yetkisi tanınmıştır (Code du commerce (Fransız Ticaret Kanunu) article (madde) L. 464-8).

43 AYM, 08.10.2002, E. 2001/225, K. 2002/88, *RG 26.02.2003, S. 25032*. Karara konu olan 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3910 sayılı Kanun ile değişik 140. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir: "İdarî para cezaları tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. *Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz."*. Aynı yönde bkz. AYM, 17.02.2004, E. 2003/72, K. 2004/24, *RG* 29.07.2004, S. 25537; AYM, 04.10.2006, E. 2006/75, K. 2006/99, *RG* 06.04.2007, S. 26485.

44 AYM, 11.06.2009, E. 2007/115, K. 2009/80, *RG* 26.11.2009, S. 27418.

yargının görev alanına giren birçok uyuşmazlığın genişliği ve çeşitliliği göz önünde tutularak, adli yargının görev alanına sokulması[45] ve hatta idari yargının kaldırılması gerekir.

Yüksek Mahkeme'nin idari yargının görev alanını belirleme konusunda yasakoyucuya takdir yetkisi tanıyan içtihadı Anayasa Mahkemesi kararları ile bağlı olan Danıştay[46], Yargıtay[47] ve Uyuşmazlık Mahkemesi[48] tarafından da benimsenmiştir.

Ancak Danıştay yakın tarihli bir kararında, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaksızın, Anayasal bir ilke olan idari ve adli yargı ayrılığı ilkesine uygun yorum yöntemiyle idari yargının görevli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Buna göre, "*uyuşmazlığa 5018 sayılı Kanunun uygulanacağı yolundaki yorumun, sonucu tümüyle idari nitelikli olan ve idari yargı usul ve esaslarına göre çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlığın, adli yargı yerinde çözümleneceğinin kabulü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu anlama gelen bir yorumun Anayasanın 155. maddesi ile kurulan "idari rejim" sistemi ile bağdaşmayacağı da açıktır.*"[49]. Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak yerine anayasa-

---

45 SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 160.

46 D. 12. D., 16.11.1971, E. 1968/1362, K. 1971/2600, *AİD,* C. 5, S. 1, s. 152: *"Her ne kadar Anayasa'nın 140. maddesi idari davaları çözümlemek yetkisini Danıştay'a bırakmış ise de, kanunkoyucu idari yargının görevine dahil bulunan bir uyuşmazlığın çözümlenmesini adli yargının görevi içinde mütalaa ederek bu yolda bir hüküm sevkedebilir."* . D. 8. D., 07.11.1991, E. 1991/1400, K. 1991/1753, *DD*, S. 84-85, s. 613, Bkz. Danıştay Bilgi Bankası: "*İdarenin üst konumda olmasına dayanan ve idare hukuku kuralları çerçevesinde yapılan işlemlerden doğan uyuşmazlıkların çözümünün idari yargının görev ve yetkisi içinde bulunduğu ortadadır. Bu uyuşmazlıkların çözümünün adli yargı yerlerince görülebilmesi, bu konuda açık bir yasa maddesinin bulunmasına bağlıdır."* .

47 Y. 4. H. D., 17.11.1986, E. 1986/4898, K. 1986/7786, *YKD*, C. 13, S. 2, s. 201: *"İdari işlem ve eylemin söz konusu olmadığı veya yasakoyucunun açık olarak görev verdiği durumlarda adli yargıda idare aleyhine dava açılması olanağı bulunduğu…*".

48 Uyuşmazlık Mahkemesi de Anayasa Mahkemesi ile aynı doğrultuda, "*yasakoyucunun, pratik düşüncelerle, idari cezalara karşı, ilgililerinin, sadece yapılan tespitin gerçeğe aykırılığını, maddi ağır yanlışlıklar ile yasaya aykırılık bulunduğunu ileri sürerek yapacakları itirazların ülke genelinde yaygın teşkilata sahip adli yargı içinde yer alan hakimlerce sade bir usulle incelenmesini ve kesin kararlarla süratle sonuçlandırılmasını uygun gördüğünü; ancak bu durumun idari yaptırımların idari işlem niteliğini değiştirmeyeceğini*" belirterek, haklı nedenlerin bulunması halinde idari uyuşmazlıkların idari yargıda çözümü kuralına istisna getirilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. UM, 08.05.1998, E. 1998/10, K. 1998/12, *RG* 06.06.1998, S. 23364; UM, 06.07.1998, E. 1998/13, K. 1998/16, *RG* 29.07.1998, S. 23417; UM, 06.12.1999, E. 1999/44, K. 1999/45, *RG* 09.03.2000, S. 23988.

49 D. 2. D., 23.05.2012, E. 2009/2891, K. 2012/2938, Bkz. Ek.

ya uygun yorum yöntemine başvurmasının sebebini, Anayasa Mahkemesi'nin "haklı neden ve kamu yararı" içtihadı ile idari ve adli yargının ayrılığı ilkesinin içini boşaltmış olmasında aramak gerekmektedir.

Anayasa'nın üstünlüğüne dayanan bir Hukuk Devletinde, Anasaya ile öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesinin ihlalini meşrulaştırabilecek bir haklı neden ve kamu yararının aranmaması ve bulunmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasayı bir kere delme"yi kabul ettiği anlamına gelen bu içtihadı sonucu "bir kere"lerin sayısı oldukça çoğalmış; istisna ve kural yer değiştirmiştir.

B. İdari Yargının Görev Alanına "İstisnai" Müdahalenin "Kurallaşması"

Anayasa Mahkemesi'nin idari ve adli yargı ayrılığını anayasal bir ilke olarak kabul eden, ancak bu ilkeye aykırı olarak idarenin, idare hukukundan doğan işlem, eylem ve sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesini öngören yasal düzenlemeleri, haklı neden veya kamu yararının bulunması halinde Anayasa'ya uygun kabul eden içtihadının, idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda idari yargının genel görevli yargı düzeni olmasına bir etkisi bulunmadığı, bu uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi için açık bir yasal düzenlemenin olması gerektiği iddia edilmiştir[50].

Ancak anayasal bir ilkeye istisnai müdahalenin kabul edilmesi ile açılan yolun ulaştığı nokta, istisna ile kuralın yer değiştirmesi olmuştur. Buna göre, idare hukukunun en yaygın uygulama alanlarından biri olan idari yaptırımlar konusunda genel görevli yargı düzeni adli yargı haline gelmiştir (1). İdari yargının görev alanına müdahale eden yasal düzenlemelerin bir kısmının anayasal idari ve adli yargı ayrılığı ilkesine dayanılarak değil de, uyuşmazlıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi gerektiği gerekçesiyle iptal edilmesi sonucu, idare hukukunun konusu içine giren tüm uyuşmazlıkları çözümleme görevinin adli yargıya verilmesi konusunda yasakoyucuya adeta vize verilmiştir (2).

1. Kabahatler Kanunu'na İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları ve İdari Yaptırımlar Konusunda Adli Yargının Genel Görevli Hale Gelmesi

30.05.2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun[51] amaç ve kapsamı, birinci maddesinde; kabahatlere ilişkin genel ilkelerin, bunlar karşılı-

50 GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 24.

51 *RG* 31.03.2005, S. 25772.

ğında uygulanabilecek olan idari yaptırımların türleri ve sonuçlarının, karar alma sürecinin, idari yaptırıma ilişkin kararlara karşı kanun yolunun ve bunların yerine getirilmesine ilişkin esasların belirlenmesi ve çeşitli kabahatlerin tanımlanması olarak düzenlenmiştir. Söz konusu madde ile, Kanun'un gerçek kapsamının belirlenmesi, kabahat ve idari yaptırım kavramlarının sınırlarını çizen ve devam eden maddelerde yer alan hükümlere bırakılmıştır.

Kanun'un ikinci maddesinde kabahat, "*kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık*" olarak tanımlanmış; 16. maddesinde, idari yaptırımların idari para cezaları ve idari tedbirlerden ibaret olduğu; idari tedbirlerin de mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olduğu belirtilmiştir. Kabahat kavramının tanımını oluşturan idari yaptırım türleri arasında "diğer tedbirler" ifadesinin yer alması, 16. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, "*ilgili kanunlarda yer alan tedbirlerin çeşitliliği karşısında, bunların sınırlayıcı bir şekilde sayılmasından sarfınazar edilmiş*" olmasının bir sonucudur. Böylece, "kabahat", sadece buna ilişkin kanunda sınırlı sayıda öngörülen fiilleri değil; bütün yasal düzenlemelerdeki idari yaptırımları kapsayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kabahat kavramını, kanun ile karşılığında idari yaptırım öngörülen bütün haksızlıklar olarak tanımlayan; kapsamındaki idari yaptırım türlerini de "diğer idari tedbirler" ifadesiyle hiçbir idari yaptırımı dışarda bırakmayacak şekilde düzenleyen 5326 sayılı Kanun, mevzuatımızdaki bütün idari yaptırımlara uygulanacak hükümleri öngören genel bir kanun niteliği taşımaktadır. Kanun'un yukarıda yer verilen maddelerinin bu gerçeği açıkça ortaya koymuş olmasına rağmen, kanunkoyucu bu konuda şüpheye yer vermeyecek şekilde Kanun'un üçüncü maddesinde genel kanun niteliğini öngörerek kurduğu sistemi pekiştirmiştir. Buna göre, "*Bu Kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır.*".

5326 sayılı Kanun'un genel kanun niteliği dolayısıyladır ki, Kanun kapsamına girmeyen idari yaptırımlar "istisna" olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisnalardan bir kısmı Kanun'da açıkça öngörülmüş[52]; bir kısmı da genel

52 Kanun'un ek birinci maddesine göre, "*4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan vergi mahkemelerinin görevine ilişkin hükümler saklıdır.*" . Kanun'un kabul edilen ilk halinde yer almayan ve vergiye ilişkin idari para cezaları bakımından mutlak bir istisna getiren bu hüküm, 11.05.2005 tarihli ve 5348 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un (*RG* 18.05.2005, S. 25819) 5. maddesi ile Kabahatler Kanunu'na eklenmiştir. Hükümet tasarısında da bulunan ve Adalet Komisyonu ve Genel Kurulca da aynen kabul edilerek kanunlaşan 19. madde ise, kanunkoyucu tarafından gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar bazı yaptırımları saklı tutarak, yaptırımın türünden kaynaklanan geçici bir istisna hük-

normlar hiyerarşisi kurallarının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır[53].

Sonuç olarak, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu, yukarıda açıklanan amaç ve kapsamını düzenleyen, idari yaptırımları tanımlayan ve istisna olan yaptırımları sayma yoluyla belirleyen hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüm idari yaptırımlar bakımından genel kanun olma niteliğini taşımaktadır. Kanun'un genel kanun niteliğine ilişkin 3. maddesinin ise söz konusu hükümlerin hukuki sonucunu açıklamaktan öte bir anlamı bulunmamaktadır.

---

mü getirmektedir. Söz konusu yaptırımlar; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulmasıdır. Maddenin gerekçesinde, bu yaptırımların uygulanmasında faaliyette bulunulmasının bir tehlike oluşturmasının her zaman aranmadığı ve belirli bir süre için uygulandıkları, dolayısıyla bunların birer idari ceza olarak öngörüldükleri; geçimini bu işlerden sağlayan kişilerin de belli bir süre işsiz kalmalarına ve sunulan hizmetlerden başkalarının yararlanamamalarına yol açtıklarından cezaların şahsiliği kuralıyla bağdaşmadıkları belirtilerek kanunkoyucu tarafından 5326 sayılı Kanun'un genel sistemine uygun hale getirilinceye kadar, bu Kanun uygulamasından istisna tutulmaları yoluna gidilmiştir.

Kanun'un zaman bakımından uygulanmasına ilişkin geçici ikinci maddesi hükmü ile de, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Haziran 2005 itibariyle idare mahkemelerinde dava açılarak iptali istenen idarî yaptırım kararları, türlerine bakılmaksızın Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulamasından istisna tutulmuştur. Derdest davalara ilişkin bu istisnanın öngörüldüğü geçici ikinci madde, gerekçesinde de belirtildiği gibi bir geçiş hükmü niteliğindedir. Bkz. EKİNCİ Mustafa, *Anlatımlı – Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar,* Adalet Yayınevi, Eylül 2005, s. 141. Uyuşmazlık Mahkemesi, 1 Haziran 2005 tarihinden önce, 5326 sayılı Kanun kapsamına giren idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine itiraz edilmesi ve bu itirazın görev yönünden reddi üzerine 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca 30 gün içinde, ancak 1 Haziran 2005 tarihinden sonra idare mahkemelerinde açılan davalarda adli yargı yerinin görevli olduğuna karar vermiştir. Bu yöndeki kararların karşıoyunda ise, 2577 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca adli yargı yerince görev yönünden red kararı verilmesinden itibaren 30 gün içinde görevli idari yargı yerinde açılan davalarda, görevsiz yargı merciine başvurma tarihinin, Danıştaya, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edileceğinin hükme bağlandığı, buna göre 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce açılan ilk dava tarihinin esas alınarak idari yargının görevli kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. UM, 21.11.2005, E. 2005/76, K. 2005/102; E. 2005/77, K. 2005/103; E. 2005/84, K. 2005/105; E. 2005/85, K. 2005/106; E. 2005/87, K. 2005/107; E. 2005/92, K. 2005/112, *RG* 28.12.2005, S. 26037.

53 Türk hukukunda kanunlar arasında hiyerarşi olmaması ve farklı hükümler öngören kanunların uygulanmasında önceki kanun - sonraki kanun ve genel kanun - özel kanun kurallarının geçerli olmasının sonucu olarak ortaya çıkan belirsiz istisnalar bulunmaktadır. 1 Haziran 2005 tarihinden sonra yürürlüğe giren ve idari yaptırım öngören Kanunlarda 5326 sayılı Kanun ile çelişen hükümler bulunması halinde, bu hükümler hem sonraki kanun hem de özel kanun olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu husus Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan "Tahsilat Genel Tebliği"nde de belirtilmiştir (*RG* 16.12.2005, S. 26025.).

Genel Kanun niteliğinin bir sonucu olarak, Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin "*İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde sulh ceza mahkemesine*" başvurulabileceğine ilişkin hükmü, mevzuatta Kanun'un 44. maddesi uyarınca yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar öngörülen, 5326 sayılı Kanun'da öngörülen istisnalar dışında kalan ve 1 Haziran 2005 tarihinden sonra öngörülüp de başvuru yolunun düzenlenmediği bütün idari para cezaları ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi tedbirleri için geçerlidir.

Mevzuatımızda yer alan mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari tedbirler ile bütün idari para cezalarının yargısal denetiminin, uygulanma sebeplerine, düzenleniş biçimlerine bakılmaksızın sulh ceza mahkemesine bırakılması yönündeki bu yasal düzenlemenin Anayasa'ya uygunluğu sorunu Anayasa Mahkemesi önüne taşınmış; Anayasa Mahkemesi Kanun'un genel Kanun niteliğine ilişkin 3. maddesinin ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin yaptırımlarla idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru yolunu öngören 27. maddesinin Anayasaya uygun olup olmadığını değerlendirmiştir[54].

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına, 140. maddesinin birinci fıkrasına, 142. maddesine ve 155. maddesinin birinci fıkrasına dayanarak, Anayasa'da idari ve adli yargı ayrılığının kabul edildiği, bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemlerinin de adli yargı denetimine tâbi olacağı, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemenin olanaklı olmadığı yolundaki 1982 Anayasası dönemi formülü ile başlayan Anayasa Mahkemesi kararında, "*daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak*

---

54 AYM, 01.03.2006, E. 2005/108, K. 2006/35, *RG* 22.07.2006, S. 26236. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun, TBMM Başkanlığı'na sunulan hükümet tasarısı halinin genel gerekçesinde, *"Anayasa Mahkemesinin idarî yaptırım gerektiren fiiller dolayısıyla hüküm içeren çeşitli kanunlardaki usule ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak verdiği anayasaya aykırılık kararları karşısında; bu Kanun Tasarısında idarî yaptırım kararlarına karşı yargı yolu gibi konularda ayrıca düzenleme" (*http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm) yapılmadığı belirtilmiştir. Buna göre, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarıda, idari yaptırımlara karşı yargı yoluna ilişkin olarak ayrık bir düzenleme yapılmamakla yetinilmemiş; böyle bir düzenlemenin yapılmaması, genel gerekçede, Anayasa Mahkemesi kararlarının bir gereği olarak gösterilmiştir.

başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır." sonucuna ulaşılmıştır.

İdari yaptırım – cezai yaptırım ayrımını yaptırım kararını veren merci gibi objektif bir kriter yerine "yaptırımın sebep unsurunun ağırlığı" gibi muğlak bir kritere bağlayan bu karar idari yaptırımlar konusundaki literatürü alt üst etmiş; idari yaptırımın tanımı bundan böyle "Anayasa Mahkemesi'ne göre sebep unsuru hafif olan yaptırım" haline gelmiştir.

Yüksek Mahkeme "*5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun İkinci Kısmında "Çeşitli kabahatler" başlığı altında düzenlenen fiilleri, ağırlıklı olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 526. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan kabahatler*"in oluşturmasından yola çıkarak bunların "*adının yasa ile "idari" olarak değiştirilmesinin, bu tür yaptırım uygulanacak eylemlerin gerçekte ceza hukuku alanına giren suç olma özelliklerini etkilemeyeceği*"ne hükmetmiştir.

Buna göre, Eski Ceza Kanunu'nun 526. ve devam eden maddelerinde düzenlenen ve Anayasa Mahkemesine göre de idari yaptırımların sebep unsurundan daha ağır olan fiiller yasakoyucu tarafından suç olmaktan çıkarılsa dahi suç olmaya devam etmekte ve bunlara ilişkin yaptırımlara karşı adli yargı düzeninin görevli olması gerekmektedir. Dolayısıyla Kanun'un sulh ceza mahkemesi'ne başvuru yolunu öngören 27. maddesi iptal edilmemiş; ancak "sebep unsuru hafif olan yaptırımlar"a karşı da sulh ceza mahkemesi'ne gidilmesi sonucunu doğuran Kanun'un genel kanun niteliğine ilişkin 3. maddesi iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının görev alanını yaptırımın sebep unsurunun ağırlığına göre belirlenmesine ilişkin gerekçesinin hiçbir hukuki dayanağının bulunmadığı ve idare tarafından kamu gücü kullanılarak tek taraflı olarak tesis edilen idari yaptırım kararlarının tümüne karşı idari yargı düzenine başvurulmasının Anayasa ile öngörülmüş idari ve adli yargı ayrılığı ilkesinin bir sonucu olduğu düşünülmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinin hukuka uygunluğu bir kenara bırakılsa dahi, verilen hüküm ile gerekçesinin birbirine uymadığı görülecektir. Kanun'un ikinci kısmında özel olarak düzenlenen kabahatlere karşı adli yargının; diğer kabahatler bakımından idari yargının görevli olması gerektiğini ortaya koyan Yüksek Mahkeme, Kanun'un yalnızca 3. maddesini iptal etmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere genel kanun niteliği esas itibariyle Kanun'un amaç, kapsam ve tanımlara ilişkin hükümlerinden kaynaklan-

makta, 3. madde yalnızca bu hükümlerin zaten açık olan hukuki sonucunu yinelemektedir. Dolayısıyla sulh ceza mahkemesine başvuruyu öngören 27. madde iptal edilmeksizin, yalnızca 3. maddenin iptali ile, kararın gerekçesinde Anayasa'ya aykırı olduğu açıklanan "Kanun'un 2. kısmında öngörülenler dışındaki idari yaptırımlar bakımından da adli yargının görevli olması" sonucu değişmemektedir.

Anayasa Mahkemesi, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na ilişkin, yukarıda açıklandığı üzere gerekçesi hukuka aykırı olan ve gerekçesi ile hüküm fıkrası birbiriyle çelişen kararının yürürlüğe girmesini Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay ertelemiştir. Kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından da önce harekete geçen yasakoyucu, 06.12.2006 tarihli ve 5560 sayılı Kanun'un[55] 31. maddesiyle Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesini şu şekilde değiştirmiştir:*"(1) Bu Kanunun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde, b) Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır.*". Bu hüküm de Anayasa Mahkemesi önünde itiraz başvurusuna konu olmuştur[56].

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere, "*itiraz konusu kural, idari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yolunun ilgili kanunlarda özel olarak düzenlenmiş olması halinde söz konusu hükümlerin uygulanmasını, idari yaptırımlara karşı başvurulacak kanun yolları bakımından diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir.*". Buna göre, idari yaptırımlar konusunda genel görevli mahkeme Kabahatler Kanunu'nda öngörülen sulh ceza mahkemesi haline gelmekte; idari yargı mercileri ise ancak idari yaptırımı düzenleyen kanunda bu yönde açık bir hüküm olması halinde görevli olabilmektedir.

Söz konusu hüküm 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildikten sonra yeniden düzenlenmesi sonucu yasalaşmıştır. Dolayısıyla bu hükmün Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca herkesi bağlayan 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır.

---

55 *RG* 19.12.2006, S. 26381.

56 AYM, 11.06.2009, E. 2007/115, K. 2009/80, *RG* 26.11.2009, S. 27418.

"*Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar(*ın*) kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlı*" olduğunu belirten Yüksek Mahkeme, "*Söz konusu düzenleme(de), Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 günlü, E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararında yer alan gerekçe doğrultusunda ve ilgili kanunlarda idari yargı mercilerinin görevli olduğunun belirtildiği idari yaptırımlardan doğan uyuşmazlıklarda Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmek suretiyle bu uyuşmazlıkların çözümünde idari yargı yerlerinin görevli olması(nın) kabul edilmiş ve bu anlamda idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alan(*ın*)* gözetilmiş" bulunduğu ve "*bu nedenle, kural(*ın*), daha önce iptal edilen düzenleme ile özdeş nitelikte*" olmadığı sonucuna ulaşmış ve iptal istemini reddetmiştir.

Ancak yukarıda açıklandığı üzere Anayasa Mahkemesi Kabahatler Kanunu'na ilişkin ilk kararında yalnızca 5326 sayılı Kanun'un ikinci kısmında düzenlenen kabahatlere karşı sulh ceza mahkemesine başvurulmasının Anayasa'ya uygun olduğuna hükmetmiş; diğer idari yaptırımlar bakımından da aynı sonucu doğuracak nitelikte bulduğu 3. maddenin iptaline karar vermiştir. Yeni yapılan düzenleme ile Anayasa Mahkemesi kararına aykırı olarak, yalnızca Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen özel kabahatlerin değil, idari yargı yoluna gidileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmayan tüm idari yaptırımların sulh ceza mahkemesinin denetimine tabi olması öngörülmüştür[57]. Anayasa'da öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesini koruya-

57 Kararın karşı oy yazan üye Serruh Kaleli itiraz konusu düzenlemenin Anayasa Mahkemesi'nin 5326 sayılı Kanun'un 3. maddesinin iptaline ilişkin kararına aykırı olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: "*Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin 1.3.2006 tarihli kararı incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi'nce, kabahat konusu eylemlerin niteliğinin gözetilerek idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendiren eylemlerde adli yargının görevli olmasının doğal olduğunun ifade edildikten sonra, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin denetiminin, sadece yaptırımının para cezası içermesine bakılarak idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmasının olanaklı olmadığının belirtildiği anlaşılmaktadır. Mahkeme kararı açık olup, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen idari yaptırımlar arasında bir ayrım yapılmaksızın söz konusu idari işlemlerin denetiminin idari yargı yerlerine ait olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu Yasa kuralı ise idare hukukuna göre tesis edilen idari yaptırımlar arasında bir ayrıma giderek, bu idari yaptırımlara karşı başvurulacak kanun yolu bakımından Kabahatler Kanunu'nda yer alan hükmün aksine bir yasa hükmünün bulunması halinde ilgili hükmün uygulanmasını, aksi takdirde Kabahatler Kanunu hükümlerinin uygulanmasını* öngörmektedir. *Başka bir deyişle, idare hukukuna göre tesis edilen bir idari yaptırıma karşı başvurulacak kanun yolunun özel olarak ilgili kanunda düzenlenmemiş olması halinde, bu yaptırımlara karşı açılacak davalarda sulh ceza mahkemeleri yetkili kılınmış bulunmaktadır. Oysa, Anayasa Mahkemesi kararında idare hukukuna göre tesis edilen idari yaptırımlar yönünden böyle bir ayrıma olanak sağlayan bir gerekç-*

mayan Anayasa Mahkemesi, kendi kararının uygulamasını da gözetememiş; buna aykırı düzenleme yapan yasakoyucuya geçit vermiştir.

Sonuç olarak, Türk hukukunda mevcut durum itibariyle idari yaptırımlara karşı genel görevli yargı düzeni adli yargıdır. İdari yargı ancak bu konuda açık bir kanuni düzenleme bulunması halinde görevli olabilir[58]. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa ile öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesine haklı neden ve kamu yararı bulunması halinde getirilmesini kabul ettiği "istisna" idare hukukunun en önemli uygulama alanlarından biri olan idari yaptırımlar bakımından kural haline gelmiştir[59].

---

eye yer verilmediği gibi, idare hukukuna göre tesis edilen idari yaptırımların tamamı yönünden bu işlemlerin denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmasının olanaklı olmadığı belirtilmiştir.".

58 Danıştay, bir idari yaptırıma karşı adli yargı yoluna başvurulmasını öngören bir yasal düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş olmasını da idari yargının görevli olduğuna ilişkin açık bir yasal düzenleme kapsamında kabul etmekte ve idare mahkemelerinin verdiği görevsizlik kararlarını bozmaktadır. Bkz. Ek: D. 10. D., 10.06.2008, E. 2006/6121, K. 2008/4246.

59 D. 8. D., 22.02.2010, E. 2007/8706, K. 2010/861, Bkz. Ek: "*Kabahatler Yasasının, idari yaptırım kararlarına karşı yasa yoluna ilişkin hükümlerinin diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı, diğer yasalarda görevli mahkemenin gösterildiği durumlarda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır. 3213 sayılı Maden Yasasında düzenlenen para cezalarına karşı başvurulacak görevli yargı yeri gösterilmemiştir. İncelenen olayda, dava konusu uyuşmazlık, 3213 sayılı Maden Yasası uyarınca verilen idari para cezasından kaynaklanmış olup, Kabahatler Yasasında yer alan kural uyarınca uyuşmazlığın görüm ve çözümü görevli adli yargıya ait bulunmaktadır.*"; UM, 09.04.2012, E. 2012/17, K. 2012/70, *RG* 02.05.2012, S. 28280: *"İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının, 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu'nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır."*; *UM,* 09.04.2012, E. 2012/16, K. 2012/69, *RG* 02.05.2012, S. 28280: *"İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen trafik para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda da bu para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Kanun hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır." ;*

2. Uyuşmazlıkların Tüm Yönleriyle Tek Bir Yargı Düzeni İçinde Çözümlenmesi İçtihadı ve İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Statüsünün İçinin Boşaltılması

Anayasa Mahkemesi idari yargının görev alanına müdahale eden ve belli bir uyuşmazlığın bir kısmının adli yargıda bir kısmının idari yargıda görülmesi sonucunu doğuran yasal düzenlemelerin, idari ve adli yargı ayrılığı ilkesine istisna getirilmesi için haklı bir neden ve kamu yararı bulunmadığından bahisle, Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermektedir.

Buna göre, 3194 sayılı İmar Kanunu'na göre yıkım kararına karşı idari yargıya başvurulduğu halde, bu yaptırımın yanında feri bir yaptırım niteliği taşıyan para cezalarına karşı 7 gün içinde sulh ceza mahkemesine başvuru yolunun öngörülmüş olmasının Anayasa'ya uygunluğunu değerlendiren Yüksek Mahkeme, "*yıkım kararının da, para cezasının da konusunu ruhsat alınmadan ya da ruhsata aykırı olarak yapılan yapı*"nın oluşturduğuna; "*idarenin aynı yapı için aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi(nin) yargılamanın bütünlüğünü*" bozacağına ve "*işlemin idari işlem olduğunda duraksanamayacağına ve bu konuda hizmetin gereği haklı bir neden ve kamu yararı da bulunmadığına*" dikkat çekerek, "*idari bir işlemin bölünerek bir bölümünün idari yargının bir bölümünün de adli yargının denetimine bırakılmasında isabet*" olmadığına, "İtiraz *konusu*

UM, 09.04.2012, E. 2012/52, K. 2012/79, RG 02.05.2012, S. 28280: *"İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3285 sayılı Hayvan Sağlığı ve Zabıtası Kanununu yürürlükten kaldıran 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nda da idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde belirtildiği üzere, idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacak olması nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır." ; UM*, 09.04.2012, E. 2012/72, K. 2012/87, *RG* 02.05.2012, S. 28280: *"İncelenen uyuşmazlıkta, öngörülen idari para cezasının 5326 sayılı Kanun'un 16. maddesinde belirtilen idari yaptırım türlerinden biri olduğu, 3213 sayılı Maden Kanunu'nda idari para cezasına itiraz konusunda görevli mahkemenin gösterilmediği anlaşılmıştır. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Kanun'la değişik 3. maddesinde belirtildiği üzere, idarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı nedeniyle, görevli mahkemenin belirlenmesinde 5326 sayılı Yasa hükümleri dikkate alınacağından, idari para cezasına karşı açılan davanın görüm ve çözümünde, anılan Kanunun 27. maddesinin (1) numaralı bendi uyarınca adli yargı yerinin görevli olduğu sonucuna varılmıştır."*.

kural(ın), idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakmakla Anayasa'nın belirlediği bu idari ve adli yargı ayrımına aykırılık" oluşturduğuna ve "*Anayasa 2, 125 ve 155. maddelerine aykırı*" olduğuna karar vermiştir[60].

Anayasa Mahkemesinin, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "*Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri*"nin bakacağına dair 3. maddesinin iptaline ilişkin kararında da, *"idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi(nin) yargılamanın bütünlüğünü bozacak olması*" Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinden biri olarak ifade edilmiştir[61].

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine 5560 sayılı Kanun'un 34. maddesiyle sekizinci fıkra olarak eklenen *"İdari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görülür."* hükmü de, "*idari yargının görevli olduğu işlem kapsamında tesis edilen bir idari yaptırım kararının hukuka uygunluk denetiminin de aynı yargı yerince yapılması sağlanmış*" olduğundan bahisle Anayasa'ya uygun bulunmuş[62]; bu hükmün uygulaması sonucu 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı idari yargı yoluna gidilebilmesinin yolu açılmıştır[63].

Anayasa Mahkemesi'nin aynı uyuşmazlığın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi sonucunu doğuran yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin içtihadı idari yargının görev alanına yasal müdahalelerin Anayasa'ya uygun olabilmesinin koşulu olan "haklı neden" ve "kamu yararı" kavramlarını sınırlandıran; idari yargının görev alanını koruyan bir içtihat olduğu düşünülebilir. Nitekim söz konusu içtihada dayanılarak İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı Sulh Ceza Mahkemesi'na başvurulmasını öngören düzenleme ile Hukuk

60 AYM, 15.05.1997, E. 1996/72, K. 1997/51, *RG* 01.02.2001, S. 24305.

61 AYM, 16.02.2012, E. 2011/35, K. 2012/23, *RG* 19.05.2012, S. 28297.

62 AYM, 11.06.2009, E. 2007/115, K. 2009/80, *RG* 26.11.2009, S. 27418.

63 Bkz. Ek: D. 6. D., 08.01.2008, E. 2006/3367, K. 2008/13; D. 6. D., 15.06.2010, E. 2008/9970, K. 2010/6218.

Muhakemeleri Kanunu'nun "*her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri*"nin bakmasını öngören 3. maddesinin iptal edilmiş olması; 5326 sayılı Kanun'un 27. maddesinin 8. fıkrasının idari yaptırımlar konusunda idari yargıyı sınırlı da olsa görevlendiren hükmünün iptali talebinin reddedilmesi böyle bir düşünceyi destekleyici niteliktedir.

Ancak Yüksek Mahkeme kararlarında yer alan ifadeler dikkatle incelenirse, aynı uyuşmazlığın bir bölümünün idari yargıda bir bölümünün adli yargıda görülmesi sonucunu doğuran yasal düzenlemelerin Anayasa'ya aykırı olduğuna ilişkin içtihadın, idari yargının görev alanını korumanın aksine, bu yargı düzeninin ortadan kaldırılmasının bir aracı olabileceği görülecektir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulmasını öngören düzenlemenin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına göre, *"İdari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Ancak, itiraz konusu kuralda olduğu gibi bir idari işlemin bir bölümünün idari yargının, diğer bir bölümün ise adli yargının denetimine bırakılmasında, kamu yararı bulunmamaktadır.*". Başka bir deyişle, idari işlemin tamamını adli yargının denetimine bırakan bir yasa hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin idari yargının görev alanına yapılan yasal müdahaleleri pratik sebeplerle Anayasa'ya uygun bulan içtihadı da göz önünde bulundurulduğunda, Anayasa'ya aykırı olmayacaktır.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptaline ilişkin kararda da, "*dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu(nun) kapsama"* alındığı; *"bu tazminat davalarına bakma görevi(nin) asliye hukuk mahkemelerine*" verildiği; "*buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları(nın) idari yargıda görülmeye devam*" edeceği, "*bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi(nin) yargılamanın bütünlüğünü*" bozacağı belirtilmiştir. Kararın karşıt anlamından, diğer

zararların da kapsama alınması halinde asliye hukuk mahkemelerini görevli kılan düzenlemenin Anayasa'ya uygun olacağı sonucunu çıkarmak mümkündür[64].

Nitekim, uyuşmazlıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi içtihadına dayanan Anayasa Mahkemesi 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan *"…bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür"* bölümünün iptali talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre[65], "*Sosyal güvenlik hukuku kapsamında aynı konuya ilişkin tüm uyuşmazlıkların, bu alanda görevli uzman mahkeme olan iş mahkemelerinde görülmesinin, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı da açıktır.*"[66].

Aynı Kanun'un 102. maddesinin dördüncü fıkrasının "*Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler*" biçimindeki dördüncü cümlesi de, uyuşmazlıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi içtihadına aykırılığı gerekçesiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne getirilmiştir. Yüksek Mahkeme bir idari işleme karşı yetkili idare mahkemesine başvurulmasını öngören yasa hükmünün iptali talebini, Anayasa'da öngörülen idari ve adli yargı ayrılığı ilkesinin bir gereği olduğu için değil, uyuşmaz-

---

64 Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptaline ilişkin kararı her ne kadar oybirliğiyle alınmışsa da, 3 üye (Mehmet Erten – Recep Kömürcü – Hicabi Dursun) söz konusu hükmün yalnızca Anayasa ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne tanınan görev alanına aykırı olduğundan bahisle iptal edilmesi gerektiğine ilişkin farklı gerekçe yazmışlardır.

65 AYM, 22.12.2011, E. 2010/65, K. 2011/169, *RG* 25.01.2012, S. 28184.

66 Fransız Anayasa Konseyi de benzer şekilde, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargıda görülmesini öngören bir yasal düzenlemenin, farklı yönleriyle farklı yargı düzenlerinin görevine giren bir uyuşmazlığa ilişkin görevli yargı düzenini tekleştirerek "yargının iyi yönetimi"ni sağlamaya yönelik olması halinde Anayasaya uygun olduğuna karar vermektedir. Bu içtihat Rekabet Kurulu, Borsa İşlemleri Komisyonu ve Telekomünikasyon Piyasası Düzenleme Otoritesinin işlemlerinin Paris İstinaf Mahkemesi tarafından denetlemesinini mümkün kılmıştır. Bkz. VAN LANG Agathe, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p. 1760; MAZARS Marie-France, « Le dualisme juridictionnel en 2005. Le point de vue d'un juge judiciaire », *AJDA* 2005, p. 1777; JORAT Magalie, « Supprimer la justice administrative… deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456; GÖZLER Kemal - KAPLAN Gürsel, "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* Seçkin Yayıncılık, Kasım 2011, S. 63, s. 42.

lıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi konusunda yasakoyucunun zorlanamayacağı, bu yönde verilecek bir iptal kararının yasakoyucu gibi hareket etmek anlamına geleceği gerekçesiyle reddetmiştir[67].

Sonuç olarak, uyuşmazlıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi içtihadı idari yargının görev alanını korumak bir yana; idari yargının görev alanına yasal müdahalelerin bahanesi olarak kullanılabilecek ve böylece idari yargı düzeninin anayasal statüsünün içinin boşaltılmasının aracı haline gelebilecek niteliktedir.

SONUÇ

İdari ve adli yargının ayrılığı ilkesi, idarenin işlem ve eylemlerine hakim olan ve özel hukuktan farklı kuralların varlığı ve bu kuralların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümlenmesinin ayrı bir uzmanlık gerektirmesi[68]; idarenin faaliyetlerini yargılayacak olan hakimlerde kamu hizmetlerinin işleyişi ve gerekleri hakkında ayrı bir bilgi, ihtisas, görgü, yetişme ve ehliyet aranması[69] gibi gerekçelerle açıklanmaktadır. Buna karşın görevli yargı dü-

---

67 AYM, 20.10.2011, E. 2010/55, K. 2011/140, *RG* 14.02.2012, S. 28204.

68 TAN Turgut – AKILLIOĞLU Tekin, "1961 Anayasası ve Türkiye'de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı", *AİD,* C. 11, S. 2, 1978, s. 41; ÖZTEK Selçuk, "Muammer OYTAN'ın İptal Davalarında İdari Yargı Denetiminin İlke ve Kuralları Kitabına Önsöz", T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Bilgi Serisi: 5, Ankara, 1999, s. VII; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 6, 10; LABETOULLE Daniel, « L'avenir du dualisme juridictionnel. Point de vue d'un juge administratif », *AJDA* 2005, p. 1770.

69 ARAL Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştayın Gelişimi", *in. Yüzyılunca Danıştay,* Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 324, 330; OYTAN Muammer, *İptal Davalarında İdari Yargı Denetiminin İlke ve Kuralları,* T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Bilgi Serisi: 5, Ankara, 1999, s. 56; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, s. 11. Mülga İstanbul Şurayı Devletinin 1327 mali yılı bütçesinin Mebusan Meclisindeki görüşülmesi sırasında (Meclisi Mebusan Zabıt Ceridesi, 19 Mart 1327, birinci devre 3 üncü içtima senesi, sahife 2013) Adliye Nazırı ve Şurayı Devlet Reisi Necmeddin MOLLA: "*... Bir de Şurayı Devletin vücudu hukuku efrada karşı bir teminattır. Memurini Devletin istimal eylediği selahiyetle hukuku efrad muhtel olur ve binaenaleyh bu suretle Hükümet ve efrad beyninde ihtilaf tevellüt ederse contentieux sureyile bu ihtiaf Şurayı Devlette tetkik edilir. Bunun mahakimi tevdii katiyyen doğru olmaz. Çünkü mahkemelerde mevzuu bahis edilecek menfaat terafeyndir. Halbuki bu gibi mesailde müşteki bulunan zatın menfaatı ile menfaatı devlet mevzuu bahis olmaktadır ki mevzuları başkadır. Bir kanunun tatbikinden mütevellit mesele ya bir şahsın zararını ve diğer noktadan menfaatı devleti ihlal eder. Bunun için bu gibi mesailin tetkikine selahiyattar heyetin kavanini idariye vakıf ve kavanini idari tatbik etmiş ve tecrübe görmüş zevattan mürekkep bir heyet olması icabeder. Yoksa bu gibi mesailin mahakim tarafından tetkiki*

zeninin tespitinin zorluğunun yarattığı sıkıntılar, içtihat farklılıklarının doğabilmesi ihtimali[70], idari yargının bireylerin haklarını Devlete karşı yeterince koruyamadığı[71] gibi bazı sebepler ileri sürülerek yargı birliği sistemi savunulmaktadır.

İdari ve adli yargının ayrılığının ilkesinin korunup korunmaması sorusunun cevabı hukuki olduğu kadar politik bir bakış açısı gerektirmekte[72] ve idari yargının görev alanına yasal müdahalelerin Anayasa karşısında değerlendirilmesi konusu dışında kalmaktadır.

İdari ve adli yargının ayrılığı ilkesi, bu ilkeye taraftar olunsa da olunmasa da, yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere Anayasal bir ilkedir. Anayasa'nın üstünlüğüne dayanan bir hukuk sisteminde de, Anayasa ile öngörülmüş bir ilkeye aykırı bir düzenleme yapılabilmesi için bunun açıkça Anayasa'da öngörülmesi gerekir. Bu nedenledir ki, Anayasa'da öngörülmediği halde yasal düzenlemelerle idari yargının görev alanına yapılan müdahalelerin Anayasa'ya aykırı olacağını kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin idari ve adli yargının ayrılığı ilkesine aykırı olarak idari yargının görev alanına müdahale eden yasal düzenlemeleri, Anayasa'da yer almayan haklı neden, kamu yararı, uyuşmazlıkların tüm yönleriyle tek bir yargı düzeni içinde çözümlenmesi gibi gerekçelerle "istisnai" olarak Anayasa'ya uygun bulan anlayışı sonucunda Anayasal ilkenin kendisi istisna haline gelmiştir.

Buna göre, Türk hukukunda Anayasa'ya aykırı bir görev mevzuatı Anayasa Mahkemesi eliyle oluşturulmuş; idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların birçoğunun Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi sonucu ortaya çıkmıştır. İdari yargılama usulü ilkeleri ile hukuk yargılaması ilkelerinin farklılığının bireylerin hak ve menfaatlerini ne yönde etkilediği ise üzerinde ayrıca durulması gereken bir meseledir.

---

efrad için emniyet bahş..." olamıyacağı açıklamıştır. Bkz. ARAL Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştayın Gelişimi", *in*. *Yüzyılunca Danıştay,* Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 324.

70 VAN LANG Agathe, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p. 1760.

71 JORAT Magalie, « Supprimer la justice administrative… deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456.

72 CAILLOSSE Jacques, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel **»,** *AJDA* 2005, p. 1781.

KISALTMALAR

AİD	:	Amme İdaresi Dergisi
AJDA	:	Actualité juridique. Droit administrati**f**
AÜSBFD	:	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
CC	:	Conseil constitutionnel
DD	:	Danıştay Dergisi
DKD	:	Danıştay Kararlar Dergisi
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
LPA	:	Les petites affiches
n°	:	numéro
p.	:	page
RDP	:	Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec. CC	:	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
RFDA	:	Revue française de droit administratif
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
UM	:	Uyuşmazlık Mahkemesi
YKD	:	Yargıtay Kararlar Dergisi

KAYNAKÇA

ARAL Rüştü, "Yargı Yönünden Danıştayın Gelişimi", *in. Yüzyılunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 225-439.

BİLGEN Pertev, "İdari Uyuşmazlıklar", *in. II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 148-193.

CAILLOSSE Jacques, « Les justifications du maintien actuel du dualisme juridictionnel », *AJDA* 2005, p. 1781.

CHAPUS René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12e édition, 1489 p.

CHEVALIER Jacques, "Note sur CC, 23 janvier 1987, DC 86/224, *Conseil de la concurrence*", *AJDA* 1987, p. 348.

DONAY Süheyl, "İdarenin Ceza Verme Yetkisi Konusunda Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler", *İÜHFM*, C. XXXVII, S. 1-4, s. 411-427.

DURAN Lûtfi, *İdare Hukuku Meseleleri*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1964, 686 s.

EKİNCİ Mustafa, *Anlatımlı – Gerekçeli Kabahatler Kanunu ile İdari Suç ve Cezalar*, Adalet Yayınevi, Eylül 2005, 561 s.

ERKUT Celal, *İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği*, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990, 213 s.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı", *AÜSBFD*, C. 18, S. 2, Haziran 1963, s. 115-182.

GÖZLER Kemal - KAPLAN Gürsel, "İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adli Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Seçkin Yayıncılık, Kasım 2011, S. 63, s. 36-41.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref – TAN Turgut, *İdare Hukuku Cilt 2 İdari Yargılama Hukuku*, Turhan Kitabevi, İkinci Bası, Kasım 2006, 1237 s.

GÜNDAY Metin, "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları", *Anayasa Yargısı Dergisi,* C. 14, 1997, s. 347-358.

GÜRAN Sait, "Yönetimde açıklık", *İHİD*, 1982, S. 1-3, s. 101-112.

GÜRAN Sait, "Yargı denetiminin kapsamı", *İÜHFM*, C. 52, S. 1-4, 1987, s. 35-45.

İÇEL Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", *İÜHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 117-131.

JORAT Magalie, « Supprimer la justice administrative… deux siècles de débats », *RFDA* 2008, p. 456.

KARAGÜLMEZ Ali, *Açıklamalı ve Uygulamalı Adli ve İdari Para Cezaları*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2001, 701 s.

KARAMAN Ebru, *İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanağı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 64 s.

LABETOULLE Daniel, « L'avenir du dualisme juridictionnel. Point de vue d'un juge administratif », *AJDA* 2005, p. 1770.

MAHMUTOĞLU Fatih Selami, "İdari Para Yaptırımını Gerektiren Eylemler Yönünden Yargılama Rejimi", *İÜHFM*, 1995-1996, C. LV, S. 1-2, s. 151-171.

MAZARS Marie-France, « Le dualisme juridictionnel en 2005. Le point de vue d'un juge judiciaire », *AJDA* 2005, p. 1777.

OĞURLU Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2001, 272 s.

ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C. 1, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, üçüncü bası, 580 s.

OYTAN Muammer, *İptal Davalarında İdari Yargı Denetiminin İlke ve Kuralları*, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Bilgi Serisi: 5, Ankara, 1999, 58 s.

ÖZAY İl Han, "Türkiye'de İdari Yargının İşlev ve Kapsamı", *in. İdari Yargıda Son Gelişmeler Sempozyumu*, Danıştay Yayınları, No: 33, Ankara, 1982, s. 11-30.

ÖZAY İl Han, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 3326, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 691, İstanbul, 1985, 144 s.

ÖZDEŞ Orhan, "Danıştay'ın Tarihçesi", *in. Yüzyılunca Danıştay*, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1968, s. 41-224.

ÖZTEK Selçuk, "Muammer OYTAN'ın İptal Davalarında İdari Yargı Denetiminin İlke ve Kuralları Kitabına Önsöz", T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı Bilgi Serisi: 5, Ankara, 1999, s. VII-IX.

SOYSAL Mümtaz, *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, Gerçek Yayınevi, 10. bası, 1993, 266 s.

SÖYLER Yasin, "Kabahatler Kanununa İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine Bir Değerlendirme", *Yasama Dergisi* 2009, S. 12, s. 137-167.

TAN Turgut – AKILLIOĞLU Tekin, "1961 Anayasası ve Türkiye'de Yönetim Hukukunun Uygulama Alanı", *AİD*, C. 11, S. 2, 1978, s. 36-57.

VAN LANG Agathe, « Le dualisme juridictionnel en France : une question toujours d'actualité », *AJDA* 2005, p. 1760.

YARSUVAT Duygun, "Trafik Suçları, Cezaları ve Yargılamasında Yeni Sorunlar", *İÜHFM*, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 153-177.

YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta, Eylül 2009, İstanbul, 497 s.

YILMAZ Ejder, "Yargılama hukukçusu gözüyle: Rekabet Kurulu", *in. Av. Dr. Faruk Erem'e Armağan*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, s. 935-961.

EK : Makalede Yararlanılan Yayımlanmamış Danıştay Kararları

- **D. 2. D., 23.05.2012, E. 2009/2891, K. 2012/2938:**

Temyiz İsteminde Bulunan (Davacı) : …

Vekili	:	Av. …
Karşı Taraf	:	Seyhan Kaymakamlığı - ADANA
İsteğin Özeti	:	Adana 1. İdare Mahkemesi'nce verilen 15.10.2008 günlü, E:2008/1586, K:2008/1357 sayılı kararın; dilekçede yazılı nedenlerle 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması isteminden ibarettir.
Cevabın Özeti	:	Cevap verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi	:	…
Düşüncesi	:	İdare Mahkemesi kararının *onanması gerektiği* düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı	:	…
Düşüncesi	:	İdare ve vergi mahkemelerince verilen kararların temyizen incelenerek bozulabilmesi için, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 49 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen nedenlerin bulunması gerekmektedir.

Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay İkinci Dairesi'nce işin gereği düşünüldü:

Dava; davacının, Adana İli, Seyhan İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde Şube Müdür Vekili olarak görevli iken, görev aldığı Özel Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Direksiyon Uygulama Sınavında kendisine ve sınavda görev yapan diğer personele fazladan ücret ödenmesine neden olduğu gerekçesiyle, soruşturma sonucu ortaya çıkan 11.353,84 TL'nin hazineye irat kaydedilmek üzere Maliye veznesine yatırılması gerektiği yolundaki 11.8.2008 günlü, 3255 sayılı işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Adana 1. İdare Mahkemesinin 15.10.2008 günlü, E:2008/1586, K:2008/1357 sayılı kararıyla; davacının, Seyhan İlçe Milli Eğitim Müdürlüğünde Şube Müdür Vekili olarak görev yaptığı dönemde, 26.5.2007 ve 27.5.2007 tarihlerinde yapılan Özel Motorlu Taşıt Sürücü Kursları Direksiyon Uygulama Sınavı'nda görev aldığı, anılan

sınav dolayısıyla davacı ile birlikte uygulama sınavında görev alan diğer personel hakkında Adana Valiliği İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı'nca 25.6.2008 tarih ve 15/41, 18 ve 4 sayılı inceleme ve soruşturma raporlarının düzenlendiği, bu kapsamda direksiyon sınavında görev alanlar ile sınavda kullanılan evrak ve kırtasiye malzemeleri için kurumlarca ödenecek ücretlerin belirlenmesinde, o yerleşim biriminde sınava alınan tüm kursiyer sayısı yerine gruplara ayrılan 250 kişi sayısının dikkate alınması suretiyle yapılan hesaplama neticesinde kendisine ve sınavda görevli diğer personele fazladan ücret ödenmesine neden olduğu gerekçesiyle, dava konusu edilen Seyhan Kaymakamlığı İdare Kurulu Bürosu'nun 11.8.2008 tarih ve 3255 sayılı yazısı ile Seyhan İlçe Milli Eğitim Müdürlüğü'nden davacı hakkında mali yönden getirilen teklifin uygulanmasının istenilerek fazla ödendiği belirtilen 11.353,84 TL'nin hazineye irat kaydedilmek üzere Maliye veznesine yatırılmasının istendiği, anılan Seyhan Kaymakamlığı İdare Kurulu Bürosu'nun 11.8.2008 tarih ve 3255 sayılı yazısının iptali istemiyle de bakılan davanın açıldığının anlaşıldığı, bu durumda, iptali istenen işlemin, 11.353,84 TL'nin davacıdan tahsil edilmesini içeren bir yazı olduğu, talimat ve hazırlık işlemi niteliğinde tahsil sürecinin başlatılması amacını taşıyan, ancak icrai bir şekilde davacıdan tahsilini içermeyen bir iç yazışma niteliğinde olduğu, başka bir işlemin varlığı olmaksızın hukuki sonuç doğuramayacağı, bu alacağın davacıdan tahsili için 19 Ekim 2006 günlü, 26324 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Zararlarının Tahsiline İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ve nihayetinde genel hükümlere göre tahsilinin gerekeceğinin açık olduğu, bu nedenle, dava konusu işlemin, idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu bir idari işlem niteliğinde bulunmadığı sonucuna varıldığı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddine hükmedilmiştir.

Davacı; dava konusu işlemin kesin ve yürütülebilir nitelik taşıdığını öne sürmekte ve İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulmasını istemektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle kamu görevlilerine yapılan fazla ödemelerin geri alımında uygulanacak mevzuatın saptanması gerekmektedir. Bu husus bu uyuşmazlıklarda görevli yargı yerinin belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 12. maddesinin birinci fıkrasında, kamu görevlilerinin kamu hizmetinin sunumunda kullanılan her türlü kamu malını koruma yükümlülükleri; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise koruma ve hizmete hazır bulundurmak zorunda bulundukları bu mallara verdikleri zararın rayiç bedel üzerinden tahsil edileceği; son fıkrasında da, anılan zararın tahsil usulü düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, parasal hak ödemesini düzenleyen mevzuatın yorumunda hataya düşülerek memurlara fazla ödeme yapılması suretiyle oluşan kamu zararının, münhasıran kamu mallarına verilen zararın tahsil usulünü düzenleyen 12. madde kapsamında tahsili mümkün değildir.

Devlet memurlarına sehven ya da mevzuatın yorumunda hataya düşülerek yapılan aylık ve ücret farkı ödemelerinin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu kapsamında tahsil edilip edilemeyeceği hususuna gelince;

5018 sayılı Kanunun "Kamu zararı" başlıklı 71. maddesinde,

"Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

f) (5436 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin c/9 fıkrası ile çıkarılan bend)

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

(5436 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin a/21 fıkrası ile değişen fıkra) Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

Kamu zararlarının tahsiline ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." hükümleri bulunmaktadır.

Yukarıdaki maddenin birinci fıkrasında kamu zararı tanımı yapılmış, ikinci fıkrada ise birinci fıkrada tanımlanan hususların geçerli sayılacağı haller belirlenmiştir.

Bu itibarla 5018 sayılı Kanuna göre kamu zararı sayılan halleri belirlemek için anılan maddenin ikinci fıkrasına bakmak gerekecektir.

İkinci fıkrada yer alan bentler birlikte değerlendirildiğinde ise, 5018 sayılı Kanunun kamu zararı kapsamının; kamu kaynakları kullanılarak piyasadan mal ve hizmet satın alınması sırasında fazla ödeme yapılması, idarenin gelirlerinin tahsili sırasında mevzuata aykırı davranılması ve mevzuatta öngörülmeyen bir ödeme yapılması suretiyle yol açılan zararla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim ikinci fıkra ile belirlenen kapsam içinde, kamu malına zarar verilmesi, kamu görevlilerinin hukuka aykırı eylemleri nedeniyle kişilere verdikleri zararın kamu tarafından ödenmek zorunda kalınması ya da mevzuatta ödenmesi öngörülmekle birlikte mevzuatın yorumunda hataya düşülmek veya ihmal ve kasıt yoluyla fazla ödeme yapılması halleri sayılmamıştır. İkinci fıkra bir bütün olarak değerlendirildiğinde "g" bendinde yer alan "mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması" kuralının kapsamının, yine mal ve hizmet alımları nedeniyle yapılan ödemeler sonucu oluşan kamu zararı şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Kaldı ki, bakılan uyuşmazlık mevzuatta öngörülmeyen bir ödeme yapılması nedeniyle oluşan kamu zararı olmayıp, mevzuatın öngördüğü bir ödemenin yapılması sırasında hataya düşülmesine ilişkin olduğundan, uyuşmazlığın anılan Kanun kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

Bu durumda; 71. maddenin birinci fıkrasındaki, "... mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal..." ibaresini ikinci fıkra ile belirlenen kapsam dahilinde gerçekleştirilen karar, işlem, eylem veya ihmal olarak anlamak gerekmektedir.

Kamu görevlilerine daha önce sehven kanuna aykırı olarak yapılmış fazla ödemelerin geri alınmasında 5018 sayılı Kanunun uygulanmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşıldığında bu tür uyuşmazlıkların çözümünde anılan Kanun öncesi hukuki durumun değişmediği ortaya çıkmaktadır.

Bu itibarla; kamu görevlilerine sehven yapılan fazla ödemelerin geri alımında, tıpkı 5018 sayılı Kanun öncesinde olduğu gibi Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 22.12.1973 günlü, E:1968/8, K:1973/14 sayılı kararının uygulanması gerektiğinde duraksama bulunmamaktadır.

Diğer taraftan; uyuşmazlığa 5018 sayılı Kanunun uygulanacağı yolundaki yorumun, sonucu tümüyle idari nitelikli olan ve idari yargı usul ve esaslarına göre çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlığın, adli yargı yerinde çözümleneceğinin kabulü anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu anlama gelen bir yorumun Anayasanın 155. maddesi ile kurulan "idari rejim" sistemi ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Buna göre; soruşturma sonucu ortaya çıkan 11.353,84 TL'nin davacıdan geri istenilmesine ilişkin işlemin, yukarıda bahsi geçen Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı kapsamında incelenip, dava dosyası tekemmül ettirilerek işin esası hakkında bir karar verilmesi gerekirken, bu işlemin 5018 sayılı Kanun kapsamında

görülerek genel hükümlere göre takibinin yapılacağı gerekçesiyle davanın incelenmeksizin reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; davacının temyiz isteminin kabulüyle Adana 1. İdare Mahkemesince verilen 15.10.2008 günlü, E:2008/1586, K:2008/1357 sayılı kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 49. maddesinin 1/b fıkrası uyarınca bozulmasına, aynı maddenin 3622 sayılı Kanun'la değişik 3. fıkrası gereğince ve yukarıda belirtilen hususlar da gözetilerek dava dosyasının tekemmül ettirilmesi suretiyle yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın adı geçen Mahkeme'ye gönderilmesine, tebliğ tarihini izleyen onbeş gün içinde Danıştay'a kararın düzeltilmesi yolu açık olmak üzere, 23.5.2012 tarihinde, oybirliğiyle karar verildi.

• **D. 10. D., 10.06.2008, E. 2006/6121, K. 2008/4246:**

Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davacı)	: …
Vekili	: Av. …
Temyiz Eden ve Karşı Taraf (Davalı)	: Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı/ ANKARA
Vekili	: Av. … Sigorta İl Müdürlüğü-MERSİN
İstemin Özeti	: Mersin İdare Mahkemesince davanın görev yönünden reddi yolunda verilen 28.2.2006 tarih, E:2005/229, K:2006/548 sayılı kararının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.
Savunmaların Özeti	: Taraflarca savunma verilmemiştir
Danıştay Tetkik Hakimi	: …
Düşüncesi	: 15.2.2006 ve 26081 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5454 sayılı Yasanın 5. maddesiyle, 506 sayılı Yasanın 140. maddesi değiştirilerek adli yargı yeri görevli kılınmış; ancak bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 4.10.2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/99 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Buna göre, uyuşmazlığın görüm ve çözümü idari yargı yerine ait olduğundan, davanın görev yönünden reddi yolunda verilen temyize konu mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı	: …

Düşüncesi : 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılan davada,idare mahkemesince uyuşmazlığın çözümünün adli yargının görevine girdiği gerekçesiyle, davanın görev yönünden reddine ilişkin olarak verilen kararın, davacı tarafından esas yönünden ve davalı idarece vekalet ücreti yönünden karşılıklı olarak temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

506 sayılı Yasanın 3910 sayılı Yasa ile değişik 140.maddesinin 4.fıkrasında yer alan ve SSK para cezaları konusunda adli yargı yerini görevli kılan hükmün Anayasa Mahkemesinin 8.10.2002 tarih ve E:2001/225,, K:21002/88 sayılı kararıyla, Anayasaya aykırı görülerek iptaline karar verilmesinden sonra; 29.7.2003 tarih ve 4958 sayılı Yasanın 51.maddesi ile 506 sayılı Yasanın 140.madesi değiştirilerek anılan madde gereğince,kesilen para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların idare mahkemesi tarafından çözümleneceği kurala bağlanmıştır. Ancak,15.2.2006 tarih ve 26081 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5454 sayılı Yasanın 5.maddesiyle, 506 sayılı Yasanın 140. maddesi değiştirilerek, SSK para cezaları ile ilgili uyuşmazlıkların çözümü görevi yeniden adli yargı yerine verilmiştir. 5454 sayılı Yasanın 5.maddesi hükmünün, Anayasaya aykırlığı nedeniyle, Anayasa Mahkemesinin 4.10.2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/99 sayılı kararıyla iptaline karar verilmiştir.

Bu durumda, 15.2.2006 tarihinde, 506 sayılı Yasanın 140.maddesinde yapılan değişiklikle SSK idari para cezaları yönünden adli yargı yerini görevli kılan hükmün Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilmesi nedeniyle, 506 sayılı Yasanın 140. maddesi uyarınca kesilen idari para cezalarına ilişkin uyuşmazlığın görüm ve çözümü idari yargı yerinin görevine girmektedir.

Belirtilen nedenle, davanın görev yönünden reddine ilişkin idare mahkemesi kararında hukuki isabet görülmediğinden, davacı temyiz isteminin kabulüyle idare mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmüştür.

İdare mahkemesince, uyuşmazlığın idari yargı yerinin görevine girmesi nedeniyle davanın esası yönünden yapılacak inceleme sonucuna göre yeniden verilecek kararda vekalet ücreti yönünden ayrıca bir hüküm kurulacağından bu aşamada davalı idarenin vekalet ücreti yönünden temyiz isteminin incelenmesine gerek olmadığı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince gereği görüşüldü:

Dava; 506 sayılı Yasa uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılmıştır.

İdare Mahkemesince; 15.2.2006 tarih, 26081 sayılı Resmi Gazeteıde yayımlanarak yürürlüğe giren 5454 sayılı Yasa ile değiştirilen 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 140. maddesi uyarınca sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir.

Davacı tarafından, uyuşmazlığın çözümünün İdare Mahkemesinin görevinde olduğu; davalı idare tarafından ise, mahkemece vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiği ileri sürülerek anılan mahkeme kararının temyizen incelenip bozulması istenilmektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3910 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin 4. fıkrasında, "İdari para cezaları tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz." hükmü yer almış; Yasa maddesinde yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." tümcesi, Anayasa Mahkemesi'nce, 26.2.2003 tarih ve 25032 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 8.10.2002 tarih ve E:2001/225, K:2002/88 sayılı kararla Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmiştir.

6.8.2003 tarih ve 25191 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4958 sayılı Yasanın 51. maddesiyle, 506 sayılı Yasanın 140. maddesi değiştirilerek; "İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler." şeklinde düzenleme yapılmıştır.

31.3.2005 tarih ve 25772 mükerrrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kabahatler Kanununun 2. maddesinde, kabahat deyiminden; kanunun, karşılığında yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlığın anlaşılacağı, 3. maddesinde; bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı, 16. maddesinde; kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, idarî para cezası ve idarî yaptırımlardan ibaret olduğu, 27. maddesinde de; idarî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idarî yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç on beş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği kurala bağlanmış, böylece 506 sayılı Yasa çerçevesinde verilen idarî para cezalarının yargı rejimi de Kabahatler Kanununda düzenlenmiştir.

15.2.2006 tarih ve 26081 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5454 sayılı Yasanın 5. maddesiyle değiştirilen 506 sayılı Yasanın 140. maddesinin 4. fıkrası ise, Kabahatler Kanunu ile aynı paralelde, fakat bu Yasa kapsamı dışında görevli yargı yerini yeniden belirlemiştir.

Yukarıda bahsedilen, 15.2.2006 tarih ve 26081 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5454 sayılı Yasanın 5. maddesinde, "İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle

tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Dairemizin 15.3.2006 tarih ve E:2005/8670 sayılı kararıyla, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 140. maddesinin 5454 sayılı Yasanın 5. maddesiyle değişik dördüncü fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." tümcesinin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 4.10.2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/99 sayılı kararıyla, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 140. maddesinin, 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasanın 5. maddesiyle değiştirilen dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Buna göre; 31.3.2005 tarih ve 25772 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kabahatler Kanunundan sonra 15.2.2006 tarihinde 506 sayılı Yasanın 140. maddesinde yapılmış olan değişikliğin Anayasa Mahkemesince iptal edilmiş olması, 506 sayılı Yasanın 140. maddesine dayanılarak verilen para cezalarına ilişkin uyuşmazlıkların görüm ve çözümü görevinin İdare Mahkemesine ait olduğunu göstermektedir.

Bu durumda, uyuşmazlığın görüm ve çözümünün, adli yargının görevinde olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddi yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir.

Davalı idarenin, idare lehine vekalet ücretine hükmedilmemesinin hukuka aykırı olduğu yolundaki temyiz istemine gelince; temyizen incelenen İdare Mahkemesi kararının bozulması üzerine, İdare Mahkemesince verilecek kararda yargılama giderleri ve vekalet ücreti yeniden hesaplanacağından, bu aşamada davalı idarenin vekalet ücretine yönelik iddiasını inceleme olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, davalı idarenin temyiz istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına, davacının temyiz isteminin kabulü ile Mersin İdare Mahkemesinin 28.2.2006 tarih, E:2005/229, K:2006/548 sayılı kararının BOZULMASINA, yeniden bir karar verilmek üzere dava dosyasının anılan İdare Mahkemesine gönderilmesine 10.6.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

• D. 8. D., 22.02.2010, E. 2007/8706, K. 2010/861:

Temyiz İsteminde Bulunan : Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı

Karşı Taraf : …

Vekili : Av. …

İstemin Özeti : Davacının kaçak kömür sevkiyatı yaptığından bahisle 3213 sayılı Maden Yasasının 12. maddesi uyarınca 8.291,70-TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 7.7.2005 gün ve 2885 sayılı işleminin iptali istemiyle açılan davada;davacının maden ruhsatı ve izni olmadan madencilik faaliyetinde bulunan kişi olmadığı yalnızca kömür nakliyesinde kullanılan aracı sürdüğü ve bu nedenle üretim faaliyetine ilişkin düzenleme içeren Maden Yasasının 12. maddesinin davacıya uygulanamayacağı anlaşıldığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle iptal eden Ankara 3. İdare Mahkemesinin 23.1.2007 gün ve E:2006/457; K:2007/87 sayılı kararının; uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevli olduğu, işlemin hukuka uygun olarak tesis edildiği öne sürülerek, 2577 sayılı Yasanın 49. maddesi uyarınca temyizen incelenerek bozulması istemidir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi …'ın Düşüncesi : 3213 sayılı Maden Yasası uyarınca verilen idari para cezasından kaynaklanan uyuşmazlığın Kabahatler Yasasında yer alan kural uyarınca görüm ve çözümü görevi adli yargıya ait olduğundan, işin esasına girerek hüküm kuran İdare Mahkemesi kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı …'in Düşüncesi : 3213 sayılı Maden Kanununun 5177 sayılı Kanun ile değişik 12. maddesi uyarınca 8.291.70 YTL para cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal eden İdare Mahkemesi kararınının temyizen incelenerek bozulması istenilmektedir.

1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinde; bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı kuralı getirilip, bu Kanunun 27. maddesinde de, idari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği

veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği hükmü ile idari para cezalarına karşı açılacak davaların görüm ve çözümü adli yargının görev alanına alınmıştır.

Kabahatler Kanununun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağına ilişkin 3. maddesinin iptali istemiyle itiraz yoluyla yapılan başvuru üzerine Anayasa Mahkemesince verilen 1.3.2006 tarih ve E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararla; "Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasında: "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." 140. maddesinin 1. fıkrasında: "Hakimler ve Savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar." 142. maddesinde: "Mahkemelerin kuruluşu görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." 155. maddesinin 1. fıkrasında da: "Danıştay, İdari Mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar." denilmektedir. Bu kurallara göre; Anayasada idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiş, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı; özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda Yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir." Gerekçesiyle Kabahatler Kanununun 3. maddesi iptal edilmiş ve kararın Resmi Gazetede yayımlanmasından (22.07.2006 gün 26236 sayılı) başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmak suretiyle; 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesiyle getirilen bu Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı kuralı ortadan kalkmış, 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5560 sayılı Kanunun 31. maddesi ile yapılan değişiklikle de 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesi: "(1) Bu Kanunun,

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında,

uygulanır." şekline dönüştürülmüş 5326 sayılı Kanunun 27. maddesine 5560sayılı Kanunla eklenen ek 8. maddede, idari yaptırım kararının ve verildiği işlem kap-

samında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde, idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının bu işlemin iptali istemiyle birlikte idari yargı merciinde inceleneceği belirtilmiş, 5326 sayılı Kanunun Geçici 2. maddesinde bu Kanun hükümlerinin yürürlüğe girdfiği tarih itibari ile idare mahkemelerinde açılan davalarda uygulanmayacağı öngörülmüştür.

İdare hukuku ilkelerine dayanılarak idarî makamlar tarafından tek yanlı kamu gücü kullanılarak tesis edilen ve idarî işlem kimliği taşıyan idarî yaptırım kararlarına karşı T.C. Anayasasının 125. ve 155. maddeleri ile getirilen idarî ve adlî yargı ayrımına göre idarî yargı yerlerinde açılması gereken davaların görüm ve çözüm yeri olarak, 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle de özel kanunlarında görevli yargı yeri belirtilmeyen hallerde Sulh Ceza Mahkemesinin belirlenmesi sonucunu doğuran yasama işleminin; yukarıda özetlenen Anayasa Mahkemesi kararına aykırı bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Diğer yandan,göreve ilişkin usul hükümlerindeki değişiklikler geçmişte tespiti yapılan veya kurulan işlemlere yönelik açık bir düzenleme yok ise hemen etkisini gösterecektir. Bu itibarla, 5326 sayılı Yasanın yayımından sonra 07.07.2005 tarihinde tesis olunan para cezası yaptırımına ilişkin davanın, yukarıda sözü edilen yasal düzenleme nedeniyle adli yargı yerinde görülüp çözülmesi gerekmektedir. Bu sonuca göre, işin esası hakkında idare mahkemesince verilen temyiz konusu kararda isabet bulunmamaktatır.

Belirtilen nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile temyiz konusu kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Sekizinci Dairesince işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık, davacının kaçak kömür sevkiyatı yaptığından bahisle 3213 sayılı Maden Yasasının 12. maddesi uyarınca 8.291,70-TL idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'nın 7.7.2005 gün ve 2885 sayılı işleminin iptali isteminden kaynaklanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının "Dilekçeler Üzerine İlk İnceleme" başlıklı 14. maddesinde; dilekçelerin sırasıyla inceleneceği hususlar sayma yolu ile belirlenmiş, bu hususların ilk incelemeden sonra tespit edilmesi halinde davanın her aşamasında 15. madde hükmünün uygulanabileceği ve 15. maddesinde de, bu hususlarda Yasaya aykırılık bulunması halinde hangi türden kararlar verileceği kurala bağlanmıştır.

İdari yargılamanın usul hükümleri düzenlenirken dava dilekçelerinin yargılamanın diğer aşamalarına geçebilmek için belli bir sıra ile incelenmesi öngörülmüştür. Bu şekilde belirlenen sıralama ile koşullardan birinin gerçekleşmediğinin tespiti ha-

linde artık bir sonraki koşulun varlığı irdelenmeyecektir. Bu kabulün gerekçesi, öngörülen koşullardan birinin gerçekleşmemesi halinde artık diğer koşulun varlığından da söz etme olanağı bulunmamasıdır.

5326 sayılı Kabahatler Yasası 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bu Yasanın genel yasa niteliğinde olduğunu belirleyen 3. maddesi Anayasa Mahkemesinin 1.3.2006 gün ve E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve gerekçeli karar 22.7.2006 gün ve 26236 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış, iptal hükmünün Resmi Gazetede yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Söz konusu 3. maddeyi değiştiren 5560 sayılı Yasanın 31. maddesinde de; bu Yasanın idari yaptırım kararlarına karşı yasa yoluna ilişkin hükümlerinin de diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirlenmiştir.

Anayasa Mahkemesinin iptaliyle oluşan boşluğu dolduran ve 19.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren bu düzenlemeden, Kabahatler Yasasının, idari yaptırım kararlarına karşı yasa yoluna ilişkin hükümlerinin diğer yasalarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı, diğer yasalarda görevli mahkemenin gösterildiği durumlarda ise uygulanmayacağı anlaşılmaktadır.

3213 sayılı Maden Yasasında düzenlenen para cezalarına karşı başvurulacak görevli yargı yeri gösterilmemiştir.

İncelenen olayda, dava konusu uyuşmazlık, 3213 sayılı Maden Yasası uyarınca verilen idari para cezasından kaynaklanmış olup, Kabahatler Yasasında yer alan kural uyarınca uyuşmazlığın görüm ve çözümü görevi adli yargıya ait bulunmaktadır. Ayrıca, göreve ilişkin usul hükümlerindeki değişiklikler geçmişte tespiti yapılan veya tesis edilen işlemlere yönelik açık bir düzenleme yok ise hemen etkisini gösterecektir.

Bu açıklamalar karşısında 2577 sayılı Yasanın 14. maddesi uyarınca davanın öncelikle görev yönünden incelenerek bir karar verilmesi gerekmekte iken, işin esasına girilerek verilen kararda usul kurallarına uyarlık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Ankara 3. İdare Mahkemesi kararının bozulmasına, dosyanın yeniden bir karar verilmek üzere anılan Mahkemeye gönderilmesine, 22.2.2010 gününde oybirliği ile karar verildi.

- **D. 6. D., 08.01.2008, E. 2006/3367, K. 2008/13:**

Temyiz İsteminde Bulunan : … İletişim Hizm. A.Ş.

Vekili	: Av. …
Karşı Taraf	: Bartın Belediye Başkanlığı
Vekili	: Av. …
İstemin Özeti	: Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 19.04.2006 günlü, E:2005/671, K:2006/715 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Temyiz edilen kararda bozma nedenlerinden hiçbirisi bulunmadığından, usul ve kanuna uygun olan kararın onanması gerektiği savunulmaktadır.

Danıştay Tetkik Hakimi …'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin yıkıma yönelik olarak reddi, imar para cezasına ilişkin kabulü ile mahkeme kararının kısmen onanması, kısmen ide bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı …'nın Düşüncesi : Bartın İli, Merkez, Kırtepe Mahallesi, 12 pafta, 127 ada, 1 parsel sayılı taşınmazdaki mevcut binanın üzerine konulan baz istasyonu antenlerini gizlemek için yapılan bacanın, koruma amaçlı imar planında kaldığı ve yüksekliği nedeniyle izin verilmesi mümkün olmadığı gerekçesiyle inşaat sahibine 3194 sayılı İmar Kanununun 42. maddesine göre 1.622.86 YTL para cezası verilmesine ilişkin belediye encümeninin 04.05.2005 günlü, 108 sayılı kararının iptali istemiyle açılan davada; koruma amaçlı imar planında önerilen yükseklik koşuluna uyulmadan izinsiz olarak inşa edilen bacanın kaldırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle bu kısmı esas yönünden, dava konusu işlemin imar para cezasına ilişkin kısmını ise idari yaptırım niteliğindeki karara karşı 5326 sayılı Yasa hükümleri uyarınca sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararının temyizen incelenerek bozulması istenmiştir.

Bartın Belediye Encümeninin dava konusu 14.5.2005 tarih ve 108 sayılı kararının incelenmesinden, bacanın ilgililerince yıkıldığının belirtildiği, bacanın yıkımı veya kaldırılması yolunda herhangi bir ibarenin bulunmadığı anlaşıldığından İdare Mahkemesince bacanın kaldırılması işlemi olduğu kabul edilerek inceleme yapılıp karar verilmesinde isabet bulunmamıştır.

Kararın imar para cezasına ilişkin kısmına gelince:

5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesine, 19.12.2006 günlü 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5560 sayılı Kanunun 34. maddesi ile eklenen sekizinci fıkrada, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği hükmüne yer verilmiştir.

Bu durumda, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na 5560 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra hükmü de gözönüne alındığında, imar para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Açıklanan nedenlerle temyize konu kararın bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Bartın İli, Merkez, Kırtepe Mahallesi, 12 pafta, 127 ada, 1 parsel sayılı taşınmazdaki mevcut binanın üzerine davacı şirket tarafından kiralanmak suretiyle konulan baz istasyonu antenini gizlemek için yapılan bacanın kaldırılması ve davacı adına 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesine göre 1.622,86 YTL para cezası verilmesine ilişkin belediye encümeninin 04.05.2005 günlü, 108 sayılı kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince, dosyanın incelenmesinden, 2863 sayılı Yasaya göre sit alanlarında yapılacak yapılar için ilgili koruma kurullarından izin alınmasının zorunlu olduğu, olayda kentsel sit alanı içinde bulunan taşınmazdaki mevcut binanın üzerine şirket tarafından kurulan GSM baz istasyonunun antenini gizlemek için koruma amaçlı imar planında önerilen yükseklik koşuluna uyulmadan izinsiz olarak inşa edilen bacanın kaldırılmasında hukuka aykırılık bulunmadığı, yapılan baca inşaatının 406 sayılı Yasaya 5189 sayılı Yasanın 5. maddesiyle eklenen 35. maddenin 2. fıkrasında öngörülen elektronik haberleşmeyle ilgili bir alt yapı niteliğinde olmadığı gibi hükmün kentsel sit alanlarında yapılacak inşaatlar için izin alınmasını ve koruma amaçlı imar planının uygulanmasını engelleyici nitelikte olmadığından davacının bu yöndeki iddiasının yerinde görülmediği, dava konusu işlemin imar para cezasına ilişkin kısmına gelince, idari yaptırım niteliğindeki karara karşı 5326 sayılı Yasa hükümleri uyarınca sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın kısmen reddine, kısmen de görev yönünden reddine karar verilmiş; bu karar davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

02.07.2004 tarihli, 25510 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5189 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Ek 35'nci maddesiyle dava konusu yapıyı da kapsar nitelikteki elektronik haberleşmeyle ilgili alt yapı oluşumunda kullanılan her türlü taşınır, taşınmaz mal ve teçhizatın kanun hükümlerine ve kurum tarafından çıkartılan yönetmeliklere uygun olarak kurulmak ve kurumdan gerekli izin, ruhsat ve sertifika alınmak şartıyla 3194 sayılı İmar Kanunu ve İmar Kanununa dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde belirtilen yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznine tabi olmadığı yolunda düzenleme getirilmiş olduğu anlaşıldığından mahkemece, anılan mevzuat değişikliği göz önünde bulundurulmak suretiyle baz istasyonunun antenini gizlemeye yönelik olarak için inşa edilen baca hakkında yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir.

Davanın imar para cezasına ilişkin kısmına gelince;

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 16. maddesinin birinci fıkrasında: kabahatler karşılığında uygulanacak olan idari yaptırımların, idari para cezası ve idari tedbirlerden ibaret olduğu hüküm altına alınmış, aynı Kanun'un 27. maddesine, 19.12.2006 günlü, 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5560 sayılı Kanun ile eklenen sekizinci fıkrada, idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idari yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddialarının, bu işlemin iptali talebiyle birlikte idari yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmış, bu maddenin gerekçesinde de bu hükümle, Kabahatler Kanunu'ndaki düzenlemelerin ortaya çıkardığı bağlantı sorununa çözüm getirilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesince, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, iptali istemiyle açılan davaya yönelik olarak verilen 05.04.2007 günlü E:2007/35, K:2007/36 sayılı kararda da: Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin, "idari yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idari yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması hali"nin varlığını aradığı, bu çerçevede, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca para cezası verilmesi işlemi, imar mevzuatına aykırı bir yapılanmanın tespiti, önlenmesi veya giderilmesine yönelik idari bir işlemin devamı niteliğinde bulunduğundan, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (8) numaralı fıkrası uyarınca idari yaptırım kararının yanı sıra idari yargının görev alanına giren başka bir kararın da verilmiş olduğunun ve buna bağlı olarak söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda idari yargının görevli olduğunun kabulü gerektiğini, bu durumda, İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezasına karşı Sulh Ceza Mahkemesinde açılan davanın, itiraz başvurusunda bulunan Sulh Ceza Mahkemesinin görevine girmediği belirtilerek itiraz başvurusu Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddedilmiştir..

Yukarıda belirtilen hususlar ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesine 5560 sayılı Kanunla eklenen sekizinci fıkra hükmü bir arada değerlendirildiğinde, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesi uyarınca verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idari yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Zonguldak İdare Mahkemesince verilen 19.04.2006 günlü, E:2005/671, K:2006/715 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 08.01.2008 gününde oybirliğiyle karar verildi.

• **D. 6. D., 15.06.2010, E. 2008/9970, K. 2010/6218:**

Temyiz İsteminde Bulunan : …, …

Vekili	:	Av. …
Karşı Taraf	:	Güre Belediye Başkanlığı- Edremit/BALIKESİR
İstemin Özeti	:	Balıkesir İdare Mahkemesinin 2.6.2008 günlü, E:2008/736; K:2008/769 sayılı kararının usul ve yasaya aykırı olduğu ileri sürülerek bozulması istenilmektedir.
Savunmanın Özeti	:	Savunma verilmemiştir.
Danıştay Tetkik Hakimi …'in Düşüncesi	:	Temyiz isteminin kabulü ile mahkeme kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.
Danıştay Savcısı …'nın Düşüncesi	:	Dava, davacının yapmış olduğu yapının kıyı alanına tecavüzlü olduğundan dolayı yıkımı ve 3621 sayılı Kanunun 15.maddesi uyarınca para cezası verilmesi yolundaki encümen kararının iptali istemiyle açılmıştır.

3621 sayılı Kıyı Kanununun 14.maddesinde, bu Kanun kapsamında kalan alanlarda ruhsatsız yapılar ile ruhsat ve eklerine aykırı yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı; aynı Kanunun 15.maddesinin 5.fıkrasında da bu Kanun kapsamında kalan alanlarda, Kanun hükümlerine uyulmadan ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapı yapan kişilere, 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezalarının bir kat artırılarak verileceği hükümlerine yer verilmiştir.

3194 sayılı İmar Kanununun 42.maddesinde, ruhsat alınmadan veya ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının yapı sahibine ve müteahhidine para cezası verileceği hükmü yer almaktadır.

Dosyanın incelenmesinden,yıkım kararının 3194 sayılı İmar Kanununun 32.maddesi uyarınca alındığı ve para cezasının 3621 sayılı Kıyı Kanununun 15.maddesinin göndermede bulunduğu 3194 sayılı İmar Kanununun 42.maddesi uyarınca belediye encümenince verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından ruhsatsız yapılan yapılan yapının yıkılması ve para cezası verilmesi yolundaki işlem 3621 sayılı Kanunun 15.maddesi ve 5326 sayılı Kanunun 27/8.maddesi uyarınca idari yargının görev alanı içerisinde bulunmasına rağmen davanın görev yönünden reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 günlü, E:2005/5, K:2008/93 sayılı kararı ile; 3194 sayılı İmar Kanununun 42 maddesinin birinci fıkrasının ".....

5000.000 TL dan 25.000.000. liraya kadar para cezası verilir." Bölümünün Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verildiğinden İdare Mahkemesince, Anayasa Mahkemesi kararı gözönünde bulundurularak para cezası hakkında yeniden karar verilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, temyize konu İdare Mahkemesi kararının bozulmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Karar veren Danıştay Altıncı Dairesince Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlendikten ve dosyadaki belgeler incelendikten sonra işin gereği görüşüldü:

Dava, Balıkesir, Edremit, Güre Beldesi, Tuğlayeri Mevkii, 69 sayılı parselde davacı adına kayıtlı taşınmazdaki yapnın kıyı alanına tecavüzlü olduğundan bahisle yıktırılmasına ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15.maddesi uyarınca para cezası verilmesine ilişkin 29.11.2007 günlü, 127 sayılı belediyesi encümen kararının iptali istemiyle açılmış; İdare Mahkemesince dosyanın incelenmesinden, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15. maddesinde bulunan yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceğine ilişkin hükmün 5728 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle madde metninden çıkarıldığı, kıyıya yapılan tüm engel ve tesislerin kaldırılmasına ilişkin dava konusu işlemin çözümünde 5326 sayılı Kabahatler Kanunu uyarınca adli yargı mahkemelerinin görevli olduğu gerekçesiyle davanın görev yönünden reddine karar verilmiş, bu karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 2. Maddesinde idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılan iptal davaları, idari dava türleri arasında sayılmıştır.

3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 14.maddesinde, bu Kanun kapsamında kalan alanlarda ruhsatsız yapılar ile ruhsat ve eklerine aykırı yapılar hakkında 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili hükümlerinin uygulanacağı; aynı Kanunun 15.maddesinin 5.fıkrasında da bu Kanun kapsamında kalan alanlarda, Kanun hükümlerine uyulmadan ruhsatsız, ruhsat ve eklerine aykırı olarak yapı yapan kişilere, 3194 sayılı İmar Kanununda öngörülen para cezalarının bir kat artırılarak verileceği hükümlerine yer verilmiştir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27/8. maddesinde, (Ek: 6/12/2006-5560/34 md.) idarî yaptırım kararının verildiği işlem kapsamında aynı kişi ile ilgili olarak idarî yargının görev alanına giren kararların da verilmiş olması halinde; idarî yaptırım kararına ilişkin hukuka aykırılık iddiaları bu işlemin iptali talebiyle birlikte idarî yargı merciinde görüleceği kurala bağlanmıştır.

Dosyanın incelenmesinden, yıkım kararının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32.maddesi uyarınca alındığı ve para cezasının 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 15.mad-

desinin göndermede bulunduğu 3194 sayılı İmar Kanununun 42.maddesi uyarınca belediye encümenince verildiği anlaşılmaktadır.

Davacı tarafından ruhsatsız yapılan yapılan yapının yıkılması ve para cezası verilmesi yolundaki işlem 3621 sayılı Kanunun 15.maddesi ve 5326 sayılı Kanunun 27/8.maddesi uyarınca idari yargının görev alanı içerisinde bulunmasına rağmen davanın görev yönünden reddi yolundaki kararda isabet görülmemiştir.

Bu durumda, İdare mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesi gerektiğinden, davanın, adli yargının görevli olduğundan bahisle görev yönünden reddedilmesinde isabet görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, Balıkesir İdare Mahkemesinin 2.6.2008 günlü, E:2008/736; K: 2008/769 sayılı kararının BOZULMASINA, dosyanın adı geçen mahkemeye gönderilmesine 15.6.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.

2009/133/EC Sayılı AB Birleşme Direktifi Kapsamında Hakkın Kötüye Kullanılması Kavramı

Yard. Doç. Dr. H. D. Ege GÖKTUNA*

1. Giriş

Birleşme Direktifi[1], bazı kriterlerin sağlanması halinde AB iç pazarı dahilinde şirketler arasında gerçekleştirilen bir takım sınır ötesi yeniden yapılandırma işlemlerinin vergisiz şekilde yapılmasını sağlayarak bu işlemleri kolaylaştırmayı amaçlamaktadır[2]. Direktif, değerlenen aktiflerin vergiye tabi bir şekilde elden çıkarılmalarına kadar vergi ertelemesi sağlayarak, şirketlerin, üye Devlet sınırları arasında birleşme, bölünme, aktif devri ve hisse değişimi işlemlerini vergisiz bir şekilde gerçekleştirmelerine imkan vermektedir[3]. Direktif, farklı üye devlet şirketleri arasındaki birleşme, bölünme, aktif devri ve hisse değişimi işlemlerini engelleyen ulusal vergi mevzuatı kaynaklı sınırlamaları ortadan kaldırmayı amaçlamakta ve işletmelerin bazı vergileri ödeme yükümlülüğünden muaf tutulmalarına ilişkin koşulları belirlemektedir[4]. Direktifin başlangıç bölümünün 5'inci paragrafında belirtildiği gibi, Birleşme

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Farklı üye devletlerin şirketlerine ilişkin birleşme, bölünme, aktif devri ve hisse değişimlerine uygulanacak ortak vergileme sistemi ve bir Avrupa Şirketi ve Avrupa Kooperatifinin kanuni merkezinin üye devletler arasında transferi hakkında 19 Ekim 2009 tarih ve 2009/133/EEC sayılı Konsey Direktifi, OJ, L-310, s.34-46. 25.11.2009. 23 Temmuz 1990 tarihli ve 90/434/EEC sayılı Direktif birkaç kez değişikliğe uğradığı için kodifiye edilmesi gereği doğmuş ve 2009/133/EEC Konsey Direktifi yayınlanmıştır.

2 ENGLISCH Joachim, National Measures to Counter Tax Avoidance Under the Merger Directive, Oxford University Centre For Business Taxation, Working Papers, 11/13, Oxford 2011, s.1.

3 PETROSOVICH Katrina, Abuse Under Merger Directive, European Taxation, December 2010, s. 558.

4 IONESCU Raluca Nicoleta, L'Abus de Droit en Droit Communautaire, Toulouse, 2009 (yayınlanmamış doktora tezi), s. 123.

Direktifi, sağlanan vergi kolaylıkları ile üye devletlerin mali çıkarları arasında denge kurmayı amaçlamakta ve bunun için söz konusu vergi kolaylıklarının sağlanması için bir takım koşullar içermektedir[5]. Bunun yanı sıra Direktif üye devletlere vergiden kaçınma planlarına karşı koyma yetkisi vermektedir. Bu sebeple, yeniden yapılandırma işleminin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği tespit edilirse üye devletler, vergi avantajlarını sağlamayı reddetme veya önceden sağlanmış olan avantajları geri alma imkanına sahiptirler. Direktife uygun olarak ulusal hukuklarca sağlanan avantajlar, işlem yalnızca bunlar için öngörülen şartların altında yatan kaygılara ve bu avantajların "ruhuna" uygun bir şekilde gerçekleştiriliyorsa talep edilebilecektir[6]. Direktifin 15/1-a maddesi, üye devletlere Direktif kapsamında yer alan işlemlere Direktif hükümlerini ne dereceye kadar uygulayacaklarına karar verme hususunda belli bir ölçüde serbesti tanıyan bir hükümdür. Bu hüküm uyarınca, Direktifin 1'inci maddesinde belirtilen (birleşme, bölünme, kısmi bölünme, aktif transferi ve hisse değişimi) işlemlerinin asıl amacının veya asıl amaçlarından birisinin vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma olması halinde bir üye devlet, Direktifte yer alan vergi avantajlarına ilişkin hükümlerin tamamını veya bir kısmını uygulamayı reddedebilir veya sağlanmış olan bu avantajları geri alabilir. Bu hüküm Direktifin etki alanını kısıtlayan iki hükümden biridir. Birincisi, çalışmamızın konusunu teşkil eden genel bir hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi hükmü (md. 15/1-a), ikincisi ise işçilerin temsiline ilişkin özel bir hükümdür (md. 15/1-b). Md. 15 (eski 11'inci madde), bazı üye devletlerin, özellikle de Hollanda ve Almanya'nın Direktifin ulusal vergi sistemleri üzerindeki etkilerine ilişkin kaygılarını hafifletmek için getirilmiş bir düzenlemedir[7].

15'inci maddenin 1-a hükmü uyarınca, madde 1'de belirtilen işlemlerden birinin asıl amacı veya asıl amaçlarından birisi vergiden kaçınma veya vergi kaçakçılığı ise üye devletler, madde 4 ila 14 hükümlerinde yer alan kolaylıkların bir kısmını veya tamamını sağlamayı reddedebilir veya sağlamış oldukları bu avantajları geri alabilirler. Anılan hükümde bir de karine yer almaktadır: eğer işlem, işleme katılan şirketlerin yeniden yapılandırılması veya faaliyetlerinin verimliliğinin artırılması gibi geçerli ticari-ekonomik nedenlerle yapılmamış ise bu durum, işlemin asıl amacının veya asıl amaçlarından birinin vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma olduğuna karine teşkil eder.

---

5 ENGLISCH, s.1.

6 ENGLISCH, s.1.

7 LARKING Barry, "The Merger Directive Will it Work?", European Taxation, December 1990, s.366; THÖMMES Otmar, "Commentary on the Merger Directive", EC Corporate Tax Law, Commentary on the EC Direct Tax Measures and Member States' Implementation, Binder 1, Amsterdam 2004, s.231.

Eğer bahsi geçen hükümde yer alan durumlardan biri gerçekleşmiş ise, bir üye devlet, vergi ertelemesi sağlanmadan önce Direktif hükümlerini uygulamayı reddedebilir ya da vergi ertelemesi sağlamışsa Direktif bağlamında sağlanan menfaatleri geri alabilir[8].

2. Vergi Kaçakçılığı ve Vergiden Kaçınma Kavramları

Direktifte vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma kavramları tanımlanmamış, bunun yerine Direktif, bu terimlerin anlamı hakkında yön gösterici olmuştur. Bunun nedeni, Direktifin sağladığı avantajların, yalnızca sınır ötesi gruplaşma ve yeniden yapılanmanın gerçek anlamda araçlarını teşkil eden işlemlerle sınırlandırılması konusunda üye devletlere imkân tanımaktır[9]. Nitekim madde metninde açıkça ticari-iktisadi amaç testinin yer alması bu görüşle uyumludur.

Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma kavramları, her ne kadar Direktifte tanımlanmamış olsa da hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde kabul edildiği üzere vergi kaçakçılığı bir suç teşkil etmekte iken, vergiden kaçınma hukuka aykırı bir eylem olarak kabul edilmemektedir. Vergi kaçakçılığı, vergilendirilebilir gelir veya servetin vergi idaresinin bilgisi dışında bırakılması veya matrahın gizlenmesi amacıyla hileli işlemlere başvurma yoluyla vergi yasalarına açıkça aykırı davranmayı niteleyen bir terimi ifade etmekteyken, vergiden kaçınma, yasaların lafzına uygun bir şekilde vergi yükümlülüğünün azaltılması veya ortadan kaldırılmasıdır[10]. Ancak Direktifin elde etmek istediği amaç açısından değerlendirildiğinde, bu iki kavram arasındaki farkın fazlaca bir önemi bulunmamaktadır[11]. Nitekim md.15'te belirtildiği üzere, işlemin asıl amacı vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma ise her iki halde de üye devletler Direktif hükümlerini uygulamayabilirler. Vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma kavramlarına Birleşme Direktifinin amaçları uyarınca özel bir anlam verilmesi gereklidir. Buna göre kanuni yoldan dahi olsa Direktif tarafından tanınmayan bir avantajın elde edilmeye çalışılması, vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma kavramları kapsamında kabul edilebilir[12]. Dolayısıyla, Direktif sisteminde vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığına ayrı birer hukuksal durum olarak yaklaşılmamaktadır.

---

8 THÖMMES, s.232.

9 FARMER Paul / LYAL Richard, "EC Tax Law", Oxford 1994, s.291.

10 DAHLBERG Mattias, "Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital", The Hague, 2005, s. 234; YALTI SOYDAN, Vergi Anlaşmaları, s. 288.

11 TERRA Ben J. M/WATTEL Peter J., "EC Tax Law", Alphen aan den Rijn, s.548.

12 FARMER/LYALL, s.292.

3. Hakkın Kötüye Kullanılması Teriminin Anlamı

Bilindiği gibi anlaşmanın 249'uncu maddesi uyarınca üye devletler, Direktif hükümlerini iç hukuklarına aktarmakla yükümlüdürler. Ancak üye devletler bu Direktiflerin iç hukuka ne şekilde aktarılacağı hususunda serbestîye sahip bulunmaktadırlar. Sonuç olarak, üye devletler, Direktifin 15'inci maddesini iç hukuklarına aktarırken neyin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğine ilişkin farklı görüşleri yansıtan farklı kötüye kullanmayı önleyici hükümleri getirmişlerdir. İşte burada dolaysız vergilerde kötüye kullanmaya ilişkin tek bir tanımın yapılıp yapılmayacağı sorusuna ilk olarak verilmesi gerekli yanıt, kötüye kullanma kavramını kimin yorumlayacağıdır. Bu kavrama ilişkin yorumu Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) mı yoksa üye devletler mi yapacaktır?

Bu yorum üye devletlere bırakılırsa, üye devletlerin kötüye kullanmaya ilişkin farklı görüşleri nedeniyle kötüye kullanma teriminin birden çok açıklaması olacaktır. Eğer Adalet Divanı tarafından üye devletlere bu kavramın yorumu noktasında geniş bir takdir yetkisi verilirse, üye devletlerin ulusal mevzuatları önemli farklılıklar gösterecektir ve bunun sonucu olarak Direktifin farklı uygulamaları söz konusu olabilecek ve Direktif kapsamı ile uyumlu olmasına rağmen bazı şirketlerin Direktifte sağlanan kolaylıklardan yararlandırılması mümkün olmayacaktır[13]. Ancak kötüye kullanma kavramı tanımlanırken Adalet Divanı'nın da tek bir tanım yapmasını beklememek gereklidir. Uygulamada Adalet Divanı'nın kötüye kullanmaya ilişkin yeknesak bir tanım vermesi elverişsiz olacaktır, zira dolaysız vergiler alanında ulusal mevzuatların uyumlaştırılması henüz tamamlanmamıştır. Dolayısıyla Adalet Divanı'nın, Direktif kapsamındaki işlemlerin uymaları gereken temel bir ölçüt formüle etmesi gerekmektedir. Ulusal yargıçlar, Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından tanımlanan kötüye kullanma doktrininin sınırları içerisinde kalarak üye devletler için bir takdir marjı sağlayacaklardır[14].

Kötüye kullanma kavramı ile vergi planlaması kavramlarını ayırt etmek çoğu zaman güçlük teşkil etmektedir. Şirketlerin yeniden yapılanma planları çerçevesinde vergi kaçakçılığının ortaya çıkması pek muhtemel bir durum değilken, vergi planlaması ile vergiden kaçınma arasında açık bir ayırımın bulunmaması sebebiyle güçlükler ortaya çıkmaktadır[15]. Burada cevaplanması

---

13 WEBER Dennis, A closer look at the general anti-abuse clause in the Parent-Subsidiary Diretive and the Merger Directive, EC Tax Review, 1996-2, s. 64.

14 WEBER, s. 64.

15 THÖMMES, s. 235.

gereken soru, mükelleflerin vergiden kaçınma haklarının bulunup bulunmadığıdır. Vergi planlaması, vergiden kaçınma teşkil eder mi ya da vergi planlaması işlemlerini vergiden kaçınma olarak kabul etmemek mi gerekir? Vergi yükü genellikle diğer hukuk dalları tarafından önceden düzenlenen, sınıflandırılan veya nitelendirilen ekonomik gerçekliğin üzerinde doğmaktadır[16]. Mükellefler çeşitli seçenekler arasında herhangi bir hukuki biçimi seçmekte özgür olmaları sebebiyle, nihai vergi borcu üzerinde dolaylı bir etkiye sahiptirler. Dolayısıyla vergi yükünün bir hukuki biçim yerine başkasının kullanılması yoluyla azaltılması vergilerin olağan yapısının bir sonucu olarak nitelendirilebilir. Ancak vergiden kaçınmanın bir "hak" olarak değerlendirilmesi durumunda mükellef bu hakkı elde etmeye çalışacak ve bunu agresif vergi planlaması izleyecektir. Bir vergi mükellefinin ödeyeceği verginin miktarını azaltma veya tümüyle bu vergiden kaçınma hakkı ancak yasanın izin verdiği yollarla mümkün olabilecektir. Buradan varılacak sonuç, şu olacaktır: yasal vergi planlaması vergi yasaların amacına aykırı değilken, vergiden kaçınma yasanın lafzına uygun olmakla birlikte ruhuna aykırı bir takım işlemleri ifade etmektedir[17]. Vergiden kaçınmaya ilişkin işlemlerde üç temel unsur yer almaktadır, bunlar, belirli bir amaca ulaşmak kullanılan için hukuki yöntem, biçim veya düzenlemenin yeterli bir gerekçe teşkil etmemesi; bu işlemin yapılmasındaki sebebin ödenecek verginin azaltılması olması ve son olarak da bu işlemlerin kullanımını haklı gösterecek bir nedenin bulunmamasıdır[18]. Esasen vergiden kaçınma işlemlerinde biçim, özün önüne geçmektedir. İzlenen ekonomik amacı gerçekleştirmek için normal şartlarda başvurulmayacak hukuki işlemler yapay bir şekilde vergiden kaçınma işlemlerinin konusunu teşkil etmektedir[19].Gerçekten de vergi yasasının amacına göre, vergilendirme konusu olan iktisadi sonuca vergi yasasının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Burada başvurulan hukuki biçimin ulaşılmak istenen ekonomik amaca mantıksal açıdan uygun olup olmadığı değil, hukuki biçimin

16 ALMENDRA Violeta Ruiz, Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?, INTERTAX, 2005, Volume 33, Issue 12, s. 562.

17 Bkz. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) md.3.

18 ALMENDRA,s.563.

19 Özel hukuk biçimlerinin ve kurumlarının olağan kullanımları dışında kötüye kullanılarak vergi kaçırma amacı güdülüyorsa bu amaca yönelen sözleşmelere peçeleme sözleşmeleri adı verilmektedir (ÖNCEL Mualla/KUMRULU Ahmet/ÇAĞAN Nami, Vergi Hukuku, Ankara 2010, s.24 vd.)

vergi kanunu hükmüne uygun olup olmadığı önemlidir[20]. Vergilendirilmesi amaçlanan sonuç, başka hukuksal kılıklandırma altında vergi dışı bırakılma ya da yasa bu yolla dolanılmak istenmektedir[21].

Belirtmiş olduğumuz üzere vergiden kaçınma kavramının hukuki tanımı, herhangi bir Avrupa Birliği normunda yer almamaktadır. Her ne kadar Birleşme Direktifinde kavram açıkça yer almakta ise de, Direktif yalnızca üye devletlerin kendi kötüye kullanmayı önleyici kurallarını oluşturup bunları uygulamaları için bir temel teşkil etmektedir. Böylece üye devletler, Direktif hükümlerini kendi iç hukuklarına aktarırken, kendi kötüye kullanmanın önlenmesi hükümlerini de oluşturacaklardır. Eğer üye devletler, Direktifin 15'inci maddesi uyarınca kötüye kullanmayı önleyici için özel bir hüküm getirmezlerse ve iç hukuklarında da sınır ötesi yeniden yapılanma işlemlerine uygulanabilecek bir kötüye kullanmayı önleyici hükmü yoksa bu durumda Birleşme Direktifindeki genel kötüye kullanmayı önleyici hüküm uygulanamayacaktır[22]. Üye devletlerin iç hukuklarında bir düzenleme yoksa sadece Direktifteki kötüye kullanmayı önleyici hükme dayanarak bir işlemin taraflarının Direktifteki kolaylıklardan faydalandırılmaması söz konusu olamayacaktır. Zira Direktifte yer alan kötüye kullanmayı önleyici hüküm, doğrudan uygulanabilir bir hüküm değildir. Nitekim ABAD da *Kofoed* kararında, bir üye devletin tüm yetkili mercilerinin, ulusal hukuku uygularken, Topluluk direktiflerinde amaçlanan sonuca ulaşmak için mümkün olduğu ölçüde Topluluk direktiflerinin lafzı ve amacı ışığında yorumlamaları gerektiğini, direktifle uyumlu bir yorum gereksiniminin Direktif iç hukuka aktarılmadan, kendiliğinden bireyler için yükümlülükler yaratamayacağını belirterek, Birleşme Direktifindeki kötüye kullanmayı önleyici hükmün doğrudan uygulanamayacağını ifade etmiştir[23]. Dolayısıyla üye devletlerin kendi kötüye kullanmayı önleyici hükümlerini formüle etmeleri gerekmektedir. Bunu yaparken üye devletler hangi koşulların uygulanacağını ya da Direktifte yer alan kolaylıkların tamamını mı yoksa bir kısmını mı uygulamayacaklarını belirlemekte serbesttirler. Elbette ki bu belirlemeyi yaparken Topluluk hukuk sistemi tarafından güvence altına alınan temel özgürlüklere bir sınırlandırma ya da ayrımcılık teşkil edecek düzenlemelerin yapılmaması gereklidir. Nitekim ABAD, çeşitli karar-

20 ALMENDRA, s.563.

21 KANETİ Selim, Vergi Hukuku, İstanbul 1989, s.50.

22 HOFSTATTER Matthias/HOHENWARTER Daniela, "The Merger Directive, Introduction to European Tax Law: Direct Taxation", Wien, 2008 (editötler LANG Michael/PISTONE Pasquale/SCHUCH Joseph/STARINGER Klaus), s. 131.

23 C-321/05, para.45.

larında Topluluk hukukunun mevcut durumunda her ne kadar dolaysız vergiler Topluluğun yetkisinin kapsamı içerisinde bulunmasa da, üye devletlerin ellerinde bulundurdukları yetkilerini Topluluk hukukuna uygun bir şekilde kullanmaları gerektiğini ifade etmiştir[24].

Direktifin 15/1-a maddesi "geçerli ticari neden" kriterini getirmiştir. Anılan hüküm uyarınca bir işlemin asıl amacı veya asıl amaçlarından biri vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma ise bir üye devlet Direktifte yer alan kolaylıkları uygulamayı reddedebilir. Bir işlem geçerli ticari nedenlerle yapılmamışsa bu durum, işlemin vergiden kaçınma veya vergi kaçırma amacıyla yapıldığına karine teşkil edecektir [25]. Vergiden kaçınma veya vergi kaçakçılığının işlemin ardındaki tek amaç olması şart değildir. Ancak işlemin asıl amaçlarından biri olması gereklidir. Bu sebeple, ortada geçerli ticari nedenler bulunsa bile bunların yanında açıkça vergiden kaçınma veya vergi kaçırma iradesi yer alıyorsa, üye devletler Direktifte sağlanan kolaylıkları uygulamama hakkına sahiptirler[26]. Nitekim ABAD da *Kofoed* kararında geçerli ticari neden kavramını normal ticari işlemler kriteri ile ölçmüştür. Anılan kararında Mahkeme, şu ifadeleri kullanmıştır: "*Birleşme Direktifinin 11/1-a maddesi[27], hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin genel Topluluk hukuku ilkesini yansıtmaktadır. Bireyler, haksız ve hileli bir şekilde Topluluk hukuku hükümlerinden fayda sağlamamalıdırlar. Topluluk mevzuatı, kötüye kullanma teş-*

---

24 C-279/93, para.21; C-80/94, para.16; C-107/94, para. 36; C-250/95, *Futura Participations and Singer v. Administration des contributions*, 05.05.1997, [1997] ECR I-2471, para. 19; C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes),* 16.07.1998, [1998] ECR I-4695, para.19; C-436/00, *X and Y v. Riksskatteverket,* 21.11.2002, [2002] ECR I-10829, para.32; C-9/02, *Lasteyrie du Saillant,* 11.03.2004, [2004] ECR I-2409, para.44.

25 Direktife göre, şirketlerin yeniden yapılandırılması veya faaliyetlerinin iyileştirilmesi dışında bir sebeple yapılması halinde işlem "geçerli ticari neden"lerle yapılmamış kabul edilecek ve bu durum, işlemin vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma amacıyla yapıldığına karine teşkil edecektir. Bu anlamıyla Vergi Usul Kanunumuzun 3'üncü maddesinin de bir kötüye kullanma hükmü teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Nitekim VUK md. 3'te yer alan ekonomik yaklaşım ilkesi de bir kötüye kullanmanın önlenmesi hükmü teşkil edecektir. Zira maddede yer alan "vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya, ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır" ve "İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir" ifadeleri Direktif'te yer alan geçerli ticari neden testine benzer bir hüküm getirmekte olup, işlemin gerçek amacının özel hukuk biçimlerini kullanarak vergiden kaçınma olması halinde, idarenin bu hükme dayanarak vergilendirme yapmasına imkân tanımaktadır.

26 THÖMMES, s.235.

27 2009/EC/133 no'lu Direktif md.15.

kil eden uygulamaları, normal ticari işlemler bağlamında değil sadece Topluluk hukuku tarafından tanınan avantajları haksız bir şekilde elde etmeyi amaçlayan işlemleri kapsayacak şekilde genişletilerek uygulanmamalıdır"[28]. ABAD'ın *Kofoed* kararındaki bu ifade, Birleşme Direktifi md.15 hükmünün, Topluluk hukukunun genel hakkın kötüye kullanma yasağı ile bağlantısını oluşturmaktadır. Buradan md.15 hükmünde yer alan vergiden kaçınma kavramının Avrupa Topluluğu Anlaşmasına aykırı olan vergiden kaçınma kavramı ile aynı olduğu sonucuna varılabilir[29]. Birleşme Direktifi hükümlerine göre vergiden kaçınma kavramının anlamının tespitinde de aynı anlayış hâkim olacağı için Avrupa Topluluğu Anlaşmasına göre neyin vergiden kaçınma teşkil ettiğinin tespit edilmesi gereklidir.

4. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararlarında Vergiden Kaçınma Kavramı

ABAD, birçok kararında AT Anlaşmasını yorumlarken vergiden kaçınma kavramını tartışmıştır. Mahkeme özellikle AT Anlaşması ile güvence altına alınan yerleşme ve teşebbüs kurma özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların kamu yararı nedeniyle haklı görülebileceğine karar vermiştir. Nitekim ABAD, *X and Y* kararında, bir vergi sisteminin bütünlüğü ve tutarlılığının korunması ihtiyacı, vergiden kaçınmanın önlenmesi ve mali denetimin etkinliğinin, Anlaşmada güvence altına alınan temel özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılmasını haklı gösterecek önemli gereklilikler olduğunu ifade etmiştir[30]. Gene aynı şekilde bir başka kararında ABAD, üye devletlerin sahip oldukları vergilendirme yetkilerini kullanma hakkına zarar veren davranışları engellemede meşru menfaatlerinin bulunduğunu ifade etmiştir[31]. ABAD, vergiden kaçınmanın önlenmesinin Anlaşma tarafından güvence altına alınan temel özgürlüklerin sınırlandırılmasını kamu yararı gerekçesiyle haklı gösterebileceğini belirtmektedir[32]. Görüldüğü gibi vergiden kaçınmanın önlenmesi sebebiyle Anlaşmada yer alan özgürlüklerin sınırlanması ancak kamu yararı kap-

---

28 C-321/05, para.38; aynı yönde bkz. C-196/04, *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas,* 12.09.2006, [2006] ECR I-7995, para.35.

29 ERNST&YOUNG, s.19.

30 C-436/00, para. 51, C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation,* 13.03.2007, [2007] ECR I-2107, para.79.

31 C-414/06, *Lidl Belgium,* 15.05.2008, [ECR] 2008 I-3601, para.52.

32 C-254/97 *Baxter and others,* 8.7.1999, [1999] ECR I-4809, para.18; C-436/00, para.51; C-334/02, *Commission v. France,* 5.3.2004, [2004] ECR I-2229, para.27; C-315/02, *Lenz Finanzlandesdirektion für Tirol,* 15.7.2004, [2004] ECR I-7063, para 27.

samında kabul edilmiştir. Kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin hükümler her durumda ABAD'ın anlaşmada yer alan özgürlükler hakkında geliştirmiş olduğu içtihatların sınırları içinde yer almalıdır[33].

ABAD, her ne kadar Direktiflerde dolaylı olarak yer almış olsa da vergiden kaçınmanın ve kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin tedbirleri kendi vergiden kaçınma kavramını geliştirerek yorumlamıştır. ABAD içtihatları uyarınca, hakkın kötüye kullanılmasından (ve aynı bağlamda vergiden kaçınmadan) bahsedilebilmesi için tamamen yapay bir düzenlemenin mevcut bulunması gereklidir. Burada sorun taraflar arasındaki bir düzenlemenin "tamamen yapay" bir şekilde ya da "geçerli ticari nedenlerle" yapıldığının ne şekilde belirleneceği noktasında ortaya çıkmaktadır.

ABAD'ın çeşitli kararlarında yapay düzenleme kavramına ilişkin önemli tespitler yer almaktadır. Mahkeme, bir üye devletin vergi mevzuatının dolanılması amacıyla tasarlanmış tamamen yapay düzenlemeleri hedef alan ve yerleşme serbestîsini sınırlayan bir ulusal düzenlemenin haklı görüleceğini belirtmiştir[34]. Hakkın kötüye kullanılması teşkil eden uygulamaların önlenmesi gerekçesiyle yerleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasının haklı görülebilmesi için, bu sınırlandırılmanın belirgin amacının ekonomik gerçekliği yansıtmayan ve ulusal sınırlar dâhilinde sürdürülen faaliyetler neticesinde elde edilen kârlar üzerinden normalde ödenmesi gereken vergiden kaçma maksadını taşıyan tamamen yapay düzenlemelerin yapılmasına yönelik davranışı önleyici olması gereklidir[35]. Mahkeme bir düzenlemenin yapay olduğunu sonucuna varabilmek için iki unsurun mevcut bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre ilk olarak, bir vergi avantajı elde etmeye yönelik bir niyet (sübjektif unsur) ve bunun yanı sıra AT Anlaşmasında yer alan yerleşme özgürlüğünün izlediği amacın gerçekleşmediğini gösteren objektif koşulların varlığı durumunda "tamamen yapay bir düzenleme"den söz edilebilecektir[36]. Eğer objektif bir bakış açısıyla vergi mükellefinin amacının ulusal vergiden kaçınmak olduğu tespit edilemiyorsa "tümüyle yapay düzenleme" gerekçesinin reddedilmesi gereklidir. Örneğin yurtdışında kurulu bir şirket kârlarının çoğunu ana şirkete dağıtıyorsa bu durumda, yabancı şirketten elde edilen kârlar

33 ALMENDRA, s.569.

34 C-264/96, para. 19; C-9/02, para.50; C-446/03, para. 57; C-196/04, *Cadbury Schweppes,* para.51.

35 C-196/04, para.55; C-524/04, para. 74; C-105/07, *Lammers & Van Cleef,* 17.01.2008, [2008] ECR I-173, para.28.

36 C-196/04, para.64.

ana şirketin mukim olduğu ülkeye getirildiği için bu ülkede vergilendirilecek ve ana şirketin mukim olduğu ülkede vergiden kaçınma amacı objektif olarak gerçekleştirilmemiş olacaktır[37].

Sübjektif unsur ve objektif koşulların varlığı, tümüyle yapay düzenlemenin varlığının tespiti için ABAD kararlarında ölçü olarak kullanılmıştır. Tümüyle yapay bir düzenlemenin varlığı sonucunda varabilmek için ilk olarak bir vergi avantajı elde etmeye yönelik niyetin mevcut bulunması gereklidir. Ancak sadece bir niyetin bulunması tek başına tümüyle yapay bir düzenlemenin varlığını belirlemek için yeterli değildir. Nitekim ABAD, "C*adbury Schweppes"* davasında "*bir vergi avantajı elde etme niyetinin bir kontrol edilen yabancı kurum (CFC) kuruluşuna neden olması ve bu şirket ile mukim şirket arasında işlemlerin gerçekleştirilmesi yalnızca vergiden kaçmak amacına yönelik tümüyle yapay bir düzenleme bulunduğunu sonucuna varmak için yeterli değildir"* [38] demek suretiyle, vergi mükelleflerinin yapmış oldukları düzenlemeler "tümüyle yapay düzenlemeler" şeklinde yorumlanmadığı müddetçe bu mükelleflerin diğer üye devletlerde sağlanan vergi avantajlarından yararlanma imkânına sahip olduklarını belirtmiştir. Nitekim bu yöndeki *Barbier* kararında ABAD, "*bir Topluluk uyruğu, kendi mukim olduğu üye devlet dışındaki bir üye devlette yürürlükte bulunan kurallar uyarınca yasal olarak sağlanan vergi avantajlarından yararlandığı gerekçesiyle Anlaşma hükümlerine dayanma hakkından yoksun bırakılamaz*" ifadesi ile bireylerin başka üye devletlerde sağlanan vergi avantajlarından yararlanmak için gerçekleştirdikleri faaliyetlerin, yapay düzenleme teşkil ettikleri gerekçesiyle önlenemeyeceğini ifade etmiştir[39]. Yine benzer şekilde, *Eurowings*[40] kararında Mahkeme, hizmet sağlama özgürlüğünü tartışarak başka bir üye devlette uygulanan daha avantajlı bir rejimden yararlanmanın, mükellefi Anlaşmada sağlanan haklardan mahrum bırakmayacağını ifade etmiştir. *ICI*[41] kararı, başka bir üye devlette bir şirket kuruluşunun zorunlu olarak vergiden kaçınmaya

37 METZLER Vanessa, "The Relevance of the Fundemantal Freedoms for Direct Taxation", Introduction to European Tax Law: Direct Taxation (edited by LANG Michael/PISTONE Pasquale/SCHUCH Joseph/STARINGER Claus), Wien, 2008, s. 57.

38 ABAD, 12.9.2002, C-196/04, *Cadbury Schweppes,* para.63.

39 C-364/01, 12.12.2002, *Barbier,* [2003] ECR I-15013, para. 71.

40 C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG v Finanzamt Dortmund-Unna,* 26.10.1999, [1999] ECR I-7447.

41 C-264/96.

neden olmayacağını teyit etmiştir.[42] *Centros*[43] kararında da ABAD, benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

Bu kararlar ışığında görülmektedir ki ABAD, bir vergi avantajı sağlama amacının tek başına tümüyle yapay düzenleme oluşturmayacağını kabul etmektedir. Bir düzenlemenin yapay olup olmadığını tespitinde başka bir ölçüte daha gereksinim bulunmaktadır. Bu ölçüt gene ABAD kararlarında ifade edilen objektif koşulların varlığı ölçütüdür. Buna göre sübjektif niyetin yanı sıra "*tümüyle yapay düzenleme*" kavramı bir vergi mükellefinin Avrupa Topluluğu Anlaşmasında yer alan teşebbüs kurma serbestîsi ile ulaşılmak istenen amaca uygun şekilde faaliyette bulunup bulunmadığının değerlendirilmesini gerektirmektedir[44]. "Objektif koşulların varlığı" ile neyin kastedildiği AT Anlaşması kapsamında yer alan teşebbüs kurma hürriyeti ışığında ABAD tarafından çeşitli kararlarda tartışılmıştır. Bu bağlamda en çok atıfta bulunulan *Cadbury Schweppes* kararında mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur: "*bu bulgular*, özellikle bir şirketin, tesisler, personel ve ekipman açısından *fiziken mevcut bulunduğu ölçüde üçüncü kişilerce tespit edilebilecek objektif faktörlere dayalı olmalıdır. Eğer bu etkenlerin incelenmesi bir şirketin, kabul eden üye devletin sınırları içerisinde gerçek bir iktisadi faaliyette bulunmayan kurgusal bir kuruluş olduğu sonucuna ulaştırıyorsa, o şirketin kuruluşu "tümüyle yapay düzenleme" niteliğine sahip olduğu şeklinde değerlendirilmelidir. Bu durum özellikle "posta kutusu" şirketler ihtimalinde söz konusu olabilmektedir."*[45].

Altıncı KDV Direktifi[46] hükümlerinin tartışıldığı *Part Service*[47] kararında ABAD'ın tümüyle yapay düzenleme kavramına ilişkin yaklaşımı özetlenmektedir. Anılan kararında ABAD, "*ikinci kriterle ilgili olarak, ulusal mahkeme yapacağı değerlendirmede, işlemlerin tümüyle yapay niteliğini ve işleme taraf olan işletmeciler arasındaki hukuki, iktisadi ve/veya kişisel nitelikteki bağı dikkate almalıdırlar… bu yönleri, örneğin pazarlama, organizasyon veya garanti düşüncelerinden kaynaklanan ek ekonomik amaçların muhtemel mevcudiyetine rağmen işlemin asıl amacının bir vergi avantajının elde edilmesi olduğunu göstermektedir"*[48].

---

42 C-264/96.

43 C 212/97.

44 C-196/04, para.52.

45 C-196/04, para.67-68.

46 77/388/EEC, OJ L-145, 13.06.1977.

47 C-425/06, *Ministerio dell' Economia e dele Finanze v. Part Service Srl*, 21.2.2008, [2008] ECR I-897.

48 C-425/06, para.62.

Bir işlemin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde akla gelebilecek bir soru ise ulusal mevzuatlardaki hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesi hükümlerinin, her somut olayda ayrı ayrı yapılması gereken bir "hakkın kötüye kullanılması testi" gerektirip gerektirmediği ya da genel bir şekilde bazı işlemleri dışlayan hükümlere izin verilebilip verilemeyeceğidir[49]. Bu sorunun da yanıtlarını ABAD içtihatlarında bulmak mümkündür. ABAD *X and Y* kararında, ulusal mahkemelerin, hakkın kötüye kullanılması veya hile teşkil eden işlemleri objektif delillere dayalı olarak değerlendireceklerini ve uygun olduğu ölçüde işleme taraf olan kişilerin yararlanmayı amaçladıkları Topluluk hukuku hükümlerinden yararlandırılmalarını reddedebileceğini ifade etmiş ancak mahkemelerin bu tür davranışları bahsi geçen hükümlerin amaçları ışığında değerlendirmeleri gerektiğini belirtmiştir[50]. Mahkeme, kategorik ve genel bir şekilde bazı işlemleri bir vergi avantajının kapsamı dışında bırakan ulusal mevzuat hükümlerinin, ulusal mahkemelere her somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir vak'a analizi yapma imkânı vermediğini eklemiştir[51]. Birleşme Direktifinin hakkın kötüye kullanılmasının önlenmesine ilişkin 15'inci maddesi, işlemin amacının vergi kaçakçılığı ya da vergiden kaçınma olması halinde, üye devletlerin Direktif hükümlerini uygulamayı reddedebileceklerini öngörmektedir. Üye devletler, eğer bir işlem geçerli ticari amaçlarla yapılmamışsa bu durumun bir vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma karinesini doğrulayacağını öngörebilirler[52]. Mahkeme, böyle bir durumda yetkili ulusal mercilerin planlanan işlemin bu tür bir amacı olup olmadığını belirlerken kendilerini önceden belirlenmiş genel kriterlerle sınırlandıramayacaklarını ancak her somut olayı genel bir değerlendirmeye tabi tutmaları gerektiğini ifade etmiş, bu tür bir değerlendirmenin bir yargısal değerlendirmeye açık olmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir[53]. Mahkeme, bir başka kararında vergiden kaçınma veya vergi kaçakçılığına ilişkin genel bir karinenin, Anlaşmanın amaçlarından ödün veren önlemleri haklı göstermeye yetmeyeceğini ifade etmiştir[54].

Her ne kadar ABAD kararlarında bir faaliyetin, hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediğinin tespitinde, genel bir biçimde bazı faaliyetleri vergi

49 WEBER, s. 66.

50 C-436/00, para.42.

51 C-436/00, para.43.

52 TERRA/WATTEL, s. 552.

53 ABAD, 17.7.1997, C-28/95, *Leur Bloem,* para. 41.

54 C-478/98, *Commission v. Belgium,* 26.9.2000, [2000] ECR I-7587, para.45; C-334/02, para. 27; C-150/04, *Commission v. Denmark,* 30.01.2007, [2007] ECR I-1163, para.58.

avantajından soyutlayan hükümlere izin verilmeyeceği belirtilse de Direktifin 15'inci maddesinin kaleme alınışı ilk bakışta aksi bir düzenlemenin mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir. Zira madde metninde, işlemin, işleme taraf olan şirketlerin yeniden yapılandırılması veya faaliyetlerinin verimliliğinin artırılması gibi geçerli ticari-ekonomik nedenlerle yapılmamış olması halinde bu durumun, işlemin asıl amacının veya asıl amaçlarından birinin vergi kaçakçılığı veya vergiden kaçınma olduğuna karine teşkil edeceği ifadesi yer almaktadır. Bu durumda madde metninde belirtilen amaçlar dışında gerçekleştirilen bir birleşme-bölünme işleminin, Birleşme Direktifinde sağlanan avantajlardan yararlandırılıp yararlandırılmayacağı meselesi ortaya çıkmaktadır. Kanımızca, bir işlemin maddede öngörülen amaçlar dışında gerçekleştirilmesi halinde, işlemi doğrudan doğruya Birleşme Direktifi kapsamı dışında bırakan bir yasal düzenleme, Anlaşmada güvence altına alınan teşebbüs kurma özgürlüğüne aykırı olacaktır. Nitekim ABAD da kararlarının büyük çoğunluğunda genel bir soyutlamayı kabul etmemiş bunun yerine her somut olayın ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Her ne kadar, madde metninde genel bir soyutlama söz konusu olsa da bu, üye devletlerin bazı durumları keyfi bir şekilde kapsam dışı bırakmaları anlamına gelmemektedir[55]. Direktif, üye devletlerin geçerli ticari nedenlerin yokluğunun hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğini varsaymalarına imkân tanımakta, ancak ABAD, üye devletlerin otomatik olarak bazı işlem kategorilerini kapsam dışı bırakan veya kapsam dışı bırakma yetkisini idari mercilere veren kurallar koyamayacaklarını belirtmektedir[56]. Burada çözülmesi gerekli bir diğer önemli mesele de üye devletlerin geçerli ticari nedenlerin yokluğu halinde Direktifin sağladığı imkânların tanınmayacağı ve geçerli ticari nedenlerin varlığını ispat yükünün mükelleflere ait olacağına dair hüküm getirip getiremeyeceğidir[57]. Eğer böyle bir genel kural (mükellef geçerli ticari nedenlerin varlığını ispat etmelidir, ispat edemezse avantajlardan yararlandırılmaz) yasaklanırsa bu durumda işlemin geçerli ticari nedenlerle yapılmadığını ispat yükü idarede olacak ve bu durum da olmayan veya gerçekleşmeyen bir durumun ispatı gibi imkânsız bir durum, teşkil edecektir[58]. Gerçekten de bir işlemin esas itibarıyla vergiden kaçınma amacıyla yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi bir ölçüde takdiri gerektirecektir, ulusal vergi idarelerinin böyle bir takdir yetkisine sahip olmaları gerekli olmakla birlikte burada önemli olan

55 WEBER, s. 67

56 C-28/95, para. 31.

57 TERRA/WATTEL, s.553.

58 TERRA/WATTELi s.553.

bu takdiri değerlendirmenin yargı incelemesine tabi olması gerekliliğidir. Nitekim ABAD'ın *Thin Cap GLO*[59] davasında bu konuyla ilgili önemli değerlendirmeler yer almaktadır. Hukuk sözcüsü Geelhoed kararda, belirli bir işlemin "tamamen yapay bir düzenleme"yi temsil edip etmediğinin belirlenmesi amacıyla iç hukuktaki kötüye kullanmayı önleyici hükümlerin, hakkın kötüye kullanılması ihtimalinin en yüksek olduğu durumları hedef alan kriterler içerebileceğini ifade etmiştir. Geelhoed mütalaasında, üye devletlerin, bir işlemin uygunluğunu değerlendirmek için makul kriterler belirleyebileceklerini ve işlemin bu kriterlere uygun olmaması halinin aksi ispat edilebilecek şekilde işlemin hakkın kötüye kullanılmasına karine teşkil edeceğini, bu tür kriterlerin belirlenmesinin mükellefler için hukuki belirlilik, vergi idaresi için ise elverişlilik sağladığı görüşünde olduğunu ifade etmiştir[60]. Mahkeme de hukuk sözcüsü Geelhoed'in görüşleri ile aynı doğrultuda görüş bildirerek, bir işlemin tamamen yapay bir düzenleme olup olmadığının belirlenmesi için objektif ve kanıtlanabilir unsurların değerlendirilmesini öngören ulusal mevzuatın hakkın kötüye kullanılması teşkil eden uygulamaların önlenmesi için gerekli olanın sınırlarını aşmadığını belirtmiştir[61]. Mahkeme, "tamamen yapay bir düzenlemenin" varlığının göz ardı edilemeyeceği her durumda, ilgili vergi mükellefine aşırı idari kısıtlamalara maruz kalmadan bu düzenlemeyi ticari açıdan haklı gösterecek her türlü delili sunma imkânı tanınması gerektiğine işaret etmiştir[62]. Bu görüş Avrupa Komisyonu tarafından da kuvvetle desteklenmektedir[63].

---

59 Hukuk Sözcüsü Geelhoed'in C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* davasındaki mütalaası, 29.6.2006, [2007] ECR I-2107.

60 Hukuk Sözcüsü Geelhoed'in C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation* davasındaki mütalaası, para.66.

61 C-524/04, para.82.

62 C-524/04, para.82.

63 *"İspat yükü yalnızca mükellefin üzerinde olmamalı ve mükellefin genel uyumluluk kapasitesi ve bahis konusu düzenlemenin türü de dikkate alınmalıdır. Vergi idaresince yapılan ilgili değerlendirmenin sonucunun bağımsız yargı yerlerince denetime tabi kılınması ölçülülük ilkesi için aynı şekilde önemlidir. Ayrıca, kötüye kullanmanın önlenmesi hükümlerinin uygulanması sonucunda vergilendirilebilir kazanç üzerinde yapılacak ayarlamalar, tamamen yapay düzenlemeye atfedilebildiği ölçüde sınırlı olmalıdır. Grup içi işlemler açısından bu durum, emsallere uygunluk ilkesine bağlılık anlamına gelmektedir. Ancak bu, Komisyon'un görüşüne göre vergiden kaçınmak için kötüye kullanma teşkil eden tertiplerde bulunan mükelleflere üye devletlerin ceza uygulamasını engellememelidir" ;* Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee "The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – witihn the EU and in relation to third countries" COM (2007) 785 final, 10 December 2007.

5. Sonuç

Yukarıdaki açıklamalar ışığında görülmektedir ki ABAD, bir düzenlemenin tamamen yapay olması halinde "vergiden kaçınma"nın mevcut bulunduğunu kabul etmektedir. Diğer yandan eğer bir düzenlemenin geri planında iktisadi içeriği ("gerçek iktisadi faaliyet") bulunmakta ise bu faaliyet, "tamamen yapay olarak değerlendirilemeyecektir. Her somut olayın gerçek koşulları birbirinden farklılık göstereceği için ABAD vaka bazında değerlendirme yapılması gerekliliği üzerinde önemle durmaktadır.

Birleşme Direktifinin 15/1-a maddesi uyarınca bir üye devlet, işlemin asıl amacı veya asıl amaçlarından birisinin vergiden kaçınma olması halinde Direktifte sağlanan kolaylıklardan yararlandırmayı reddedilecektir. Ancak ABAD içtihadı md. 15/1-a'nın, ABAD'ın "tamamen yapay düzenleme" kavramını tartıştığı kararları ile yorumlanması gerektiğini öngörmektedir.

Birleşme Direktifi, işlemin geçerli ticari nedenlerle yapılmadığı durumlarda ortada bir vergiden kaçınma hali bulunduğunu öngörmekte ve işleme taraf olan şirketlerin yeniden yapılandırılması veya faaliyetlerinin iyileştirilmesinin geçerli ticari neden olduğunu belirtmektedir. Ancak Direktif, "vergiden kaçınma" ve "geçerli ticari neden" kavramlarının birbirlerinden ne şekilde ayırt edileceği hususunda daha fazla yol göstermemektedir[64]. Bununla birlikte ABAD kararları bu konuda yön verici olmaktadır.

Leur-Bloem kararı, bir mükellefin tamamen vergisel bir avantaj elde etmeyi amaçlaması halinde, ortada bir vergiden kaçınma bulunduğu yönünde karar vermiştir. Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz diğer kararlarda ABAD, bir vergisel avantaj elde etme niyetinin yanı sıra işlemin objektif koşullarının da düzenlemenin tümüyle yapay olduğunu teyit etmesi halinde bir vergiden kaçınma halinin varlığından söz edilebileceğini belirtmiştir. ABAD içtihatlarından, hem sübjektif niyet hem de objektif koşulların varlığı halinde üye devletlerin, Direktifin sağladığı imkânlardan mükellefleri yararlandırmayabilecekleri sonucuna varabiliriz.

ABAD Birleşme Direktifinin kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin hükmünü yorumladığı yakın tarihli *Modehuis Zwijnenburg* kararında işlemin asıl amacının vergiden kaçınma olması durumuna farklı bir açıdan yaklaşmıştır[65]. Anılan kararında Mahkeme, bir birleşme işleminin Direktif kapsamında

64 ERNST & YOUNG, Survey of Implementation of Council Directive 90/434/EEC (The Merger Directive, as amended, 2009), s.22.

65 C-352/08, *Modelhuis A.Zwijnenburg BV,* 20.5.2010

yer almayan bir vergi türünden kaçınmak amacıyla yapılması halinde (olayda Hollanda işlem vergisi) bu durumun Birleşme Direktifinin kötüye kullanma hükmü kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmiştir[66]. ABAD, birleşme işleminin asıl amacının Direktif kapsamında yer almayan bir vergi türünden kaçınma teşkil etmesi halinde Direktifte sağlanan kolaylıklardan yararlanma imkânının reddedilemeyeceğine karar vermiştir[67].

66 C-352/08, *Modelhuis A.Zwijnenburg BV,* 20.5.2010, para. 54-55.

67 C-352/08, *Modelhuis A.Zwijnenburg BV,* 20.5.2010, para. 56.

La protection juridique de la vie privée
Approche Internationale

Dr. Güçlü AKYÜREK*

Résumé

La vie privée, en tant qu'une notion dynamique, devient aujourd'hui de plus en plus vulnérable, même discutable en face du progrès technologique. Sa définition et son appréciation sont très variables et cette étude met notamment en évidence les différences entre le monde Anglo-saxon et l'Europe continentale. Les règles et théories au niveau national sont illustrées par des cas d'espèce et exemples concrets récents ou historiques.

Mots-clés : Vie privée, surveillance, liberté d'expression, données personnelles.

Summary

Privacy, as a dynamic notion, becomes today more and more fragile, and also problematic in the presence of technological development. Its definition and interpretation always change and this study especially deals with the differences between the Anglo-Saxon world and Continental Europe. The concerned rules and applications at national level are illustrated by recent or historical concrete cases and examples.

Key words: Privacy, surveillance, free speech, personal data.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı.

I – INTRODUCTION

La vie privée est une partie essentielle et personnelle d'un individu. Pourtant, elle est une notion moderne et dynamique, alors que l'intimité du domicile est reconnue depuis très longtemps[1]. Néanmoins, la vie privée se développe rapidement et devient de plus en plus importante. Il s'agit de deux droits essentiels relatifs à la vie privée : le droit au respect de la vie privée protège cette notion d'une façon globale, mais le droit au secret de la vie privée porte sur l'aspect intime de la vie privée, en d'autres termes, c'est la partie (les faits ou les informations) de la vie d'une personne qui a l'intention de la tenir absolument ou relativement à l'abri de la connaissance ou de la simple curiosité d'autrui.

Quant au contenu de cette notion, on peut soutenir que tout ce qui est propre et personnel à un individu, fait partie de sa vie privée. Concrètement, le domicile, les affaires, les images et voix, les relations, la famille, la croyance, la communication et les données à caractère personnel sont les éléments de la vie privée. Le droit et la jurisprudence internationaux y font référence : les articles 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 11 de la Convention américaine des droits de l'homme et la jurisprudence des Cours et Commission concernées. Puisque la vie privée est dynamique, son contenu et sa protection sont toujours variables. Alors, il n'est pratiquement pas possible d'énumérer exhaustivement toutes les valeurs concernées. D'ailleurs, un bref survol de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant l'article 8 suffit pour le démontrer[2].

D'autre part, lorsqu'on analyse les droits nationaux, on aperçoit que même si la nation de vie privée et le droit au secret de la vie privée sont

---

1 Philippe Ariès – Georges Duby, *L'histoire de la vie privée*, T. I, 1999, p. 421

2 Certains exemples intéressants considérés par la Cour européenne comme éléments de la vie privée : vie sexuelle (*Dudgeon c. Royaume Uni*, le 24 février 1983) y compris les pratiques sadomasochistes (*Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, le 19 février 1997), droit à l'identité (*Burghatz c. Suisse*, le 22 février 1994 ; *Stjerna c. Finlande*, le 25 novembre 1994), reconnaissance de la nouvelle identité sexuelle (*B. c. France*, le 25 mai 1992), droit à reconnaître son origine familiale (*Odièvre c. France*, le 13 février 2003 ; *Miculic c. Croatie*, le 7 février 2002), droit à une nationalité (*Karassev et famille c. Finlande*, le 12 janvier 1999), droit à l'environnement (*Lopez Ostra c. Espagne*, le 9 décembre 1994), possibilité de mener une vie sociale pour les détenus (*McFeeley c. Royaume-Uni*, le 15 mai 1980) et également possibilité pour les détenus d'avoir une insémination artificielle (*Dickson c. Royaume-Uni*, le 4 décembre 2007)

plus ou moins admis, leur appréciation et leur application sont variables du pays en pays. Dans ce contexte, en Israël juridiquement proche du système anglo-saxon, au cours du débat sur la reconnaissance du droit au secret de la vie privée, les approches éventuelles de solution proposées par un auteur[3] ont mis clairement en évidence cette diversité. La première c'est « l'approche d'ajustement » (« *the adjustment approach* »), selon laquelle il est possible de se contenter d'appliquer les institutions qui existent déjà (à l'exemple de l'Angleterre). La deuxième, c'est « l'approche par étapes » (« *piecemeal approach* »). Les nouveaux droits qui n'existent pas dans la législation nationale sont reconnus l'un après l'autre (à l'exemple de l'Australie). La troisième c'est « l'approche de l'adoption d'une institution générale » (« *the general remedy approach* ») qui établit une voie de recours spécifique, plutôt une action, contre l'atteinte au secret de la vie privée (à l'exemple de la France). Finalement c'est « l'approche par la reconnaissance d'un droit » (« *the declaration of right approach* »), selon laquelle il est légalement déclaré que chacun a une vie privée et droit au respect de sa vie privée (aux exemples de la Suisse, Const. art. 13 ; de la Turquie, Const. art. 20 ; relativement, des Etats-Unis, 4e Amendement ; du Canada, Charte du Québec des droits et libertés de la personne art. 5).

Ainsi, on a d'une part les Etats anglo-saxons, qui ont tardivement reconnu ou qui n'ont pas encore reconnu le droit au secret de la vie privée (II), et d'autre part les Etats, notamment, de l'Europe continentale, qui l'on déjà fait (III).

II – ETATS ANGLO-SAXONS QUI N'ONT PAS RECONNU OU QUI ONT TARDIVEMENT RECONNU LE DROIT AU SECRET DE LA VIE PRIVEE

Bien qu'il soit possible d'affirmer que le droit au secret de la vie privée n'est pas reconnu en tant que tel dans les pays anglo-saxons, l'interprétation et l'application de la notion de « *privacy* » qui est propre à leurs système et langue juridiques, varie de pays en pays.

1) Angleterre[4]

Déjà en 1818 un tribunal anglais a rejeté une demande d'injonction provisoire relative à l'interdiction de la publication d'une lettre par son destinataire,

---

3 Ruth Gavison, Should we have a "general right to privacy" in Israel?, *Israel Law Review*, n.2, 1977, p.158-159

4 Puisque l'approche des droits écossais et irlandais (Irlande du Nord) est essentiellement différente en la matière, cette sous-partie concerne exclusivement le droit anglais. Ainsi, son titre est « Angleterre » au lieu du « Royaume-Uni ».

au motif qu'une telle décision aurait violé le droit de propriété sur la lettre concernée[5]. La Cour d'appel de Londres a clairement déclaré l'absence du droit au secret de la vie privée en droit anglais dans son arrêt *Kaye v. Robertson* rendu les 23 février et 16 mars 1990 dans les termes suivants : « *It is well known that in English law there is no right to privacy, and accordingly there is no right of action for breach of a person's privacy … We cannot give the plaintiff the breadth of protection which I would, for my part, wish* »[6]. De plus la Chambre des Lords qui est l'équivalente d'une cour suprême en Angleterre a statué dans son arrêt *R. v. Kahn* de 1997 qu'une preuve obtenue en violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pouvait être parfaitement administrée au cours d'une action pénale[7]. D'ailleurs, plusieurs projets de loi portant sur la reconnaissance de ce droit, dont le premier avait été élaboré en 1961 sous le nom de « *Lord Mancroft's Right to Privacy Bill* » [8], ont échoué, chaque fois sous la pression des médias et de la peur des parlementaires de restreindre la liberté d'expression[9]. Pourtant, il est à noter que la Chambre des Lords a reconnu le droit au secret de la vie privée dans son arrêt *Campbell v. MNG Ltd*. en 2004[10].

En droit anglais, on préfère reconnaître des droits spécifiques au lieu de le faire généralement et la reconnaissance est effectuée par le biais d'une définition négative. Ainsi, « *on est censé être libre de faire tout ce que le droit n'interdit pas* » [11].

De même, il n'y a pas de principes généraux de responsabilité[12] ; par conséquent bien que le droit au secret de la vie privée ne soit explicitement pas

---

5 *Gee v. Pritchard*, 2 Swan 402 (1818) v. Albert E. Harum, Right of Privacy in Europe, *American Bar Association Journal*, V. 63, p. 675

6 Micheline Decker, *Aspects internes et internationaux de la protection de la vie privée en droits français, allemand et anglais*, Thèse de l'Université d'Aix-Marseille, 2001, p. 30-31

7 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights*, Oxford, 2000, p. 779; Rabinder Singh – James Strachan, The right to privacy in English law, *European Human Rights Law Review,* Issue 2, 2002, p. 131

8 The Protection of privacy, *International social science journal*, V. XXIV, N.3, UNESCO, Paris, 1972, p. 459

9 Micheline Decker, op. cit, p. 33 et 36; pour la décision de principe datée de 2002 de la Cour d'appel anglaise ("*the Court of Appeal*") soulignant la nécessité de se méfier de la discussion relative à l'existence de ce droit v. Rabinder Singh – James Strachan, The Right to privacy in English law, *European Human Rights Law Review*, Issue 2, 2002, p. 157

10 N. A. Moreham, Privacy in public places, *The Cambridge Law Journal*, V.65, 2006, p. 606-610

11 Yves Akdeniz – John Bell, La vie privée et l'Internet: Perspectives du Royaume-Uni, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. III-IV-V, Paris, 2002, p. 151

12 Cécile Bresson, *L'atteinte à la vie privée en droit français et en droit anglais*, Mémoire de l'Université de Paris II, 1994, p. 40

reconnu, la jurisprudence le protège indirectement dans une certaine mesure, par d'autres notions, à savoir le droit de propriété, *the torts of trespass to land and goods*, *the law of breach of confidence*, *breach of the peace*, *defamation*[13] et *false light*[14]. Par exemple, un tribunal anglais a considéré la mise en place d'un microphone dans la chambre d'une personne comme « la violation de l'inviolabilité du domicile » [15]. Alors que certains auteurs estiment que la vie privée n'est pas suffisamment protégée en droit anglais[16], d'autres soutiennent qu'il existe une protection suffisante en la matière grâce à la législation[17], que l'affirmation de la non-reconnaissance du droit au secret de la vie privée en droit anglais n'est pas juste et que ce droit y est bel et bien reconnu[18]. Ici, il est à noter que le Royaume-Uni a été condamné 64 fois par la Cour européenne des droits de l'homme entre 1959 et 2011 pour la violation de l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale[19].

Par ailleurs, il faut souligner que les principes susmentionnés sont applicables en droit civil[20]. Même si la diffamation est instituée en infraction (« *criminal libel* / *slander* »), il faut pour la retenir qu'il y ait le fait de troubler l'ordre public. Par conséquent, on recourt aux voies juridiques civiles où ni la preuve d'un préjudice spécial ni la faute n'est exigée. Néanmoins, l'exception de vérité constitue un moyen de défense très important, parce que si la vérité de l'allégation est prouvée, le défendeur n'est pas condamné[21].

---

13 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 780-781; pour un arrêt y relatif v. Rabinder Singh – James Strachan, op. cit, p. 132 et p. 141; en Ecosse, il est soutenu que les actions en diffamation assurent la protection nécessaire, v. Albert E. Harum, op. cit., p. 676

14 Pour la "*false light*" en droit américain v. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, *The right to privacy,* New York, 1995, p. 195 et suiv.

15 *Sheen v. Clegg* (1961) v. Albert E. Harum, op. cit., p. 674 et Cécile Bresson, op. cit., p. 43

16 Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, The right to privacy, *Harvard Law Review*, V.IV N.5, 1890, p. 210-211; N. A. Moreham, The right to respect for private life in the European convention on human rights: A re-examination, *European human rights law review*, Issue 1, 2008, p. 79

17 N. W. Barber, A right to privacy?, *Public Law*, 2003, p. 609-610; Pour la décision affirmative de la Commission européenne des droits de l'homme v. Rabinder Singh, Privacy and the media after the Human Rights Act, *European Human Rights Law Review,* Issue 6, 1998, p. 719 et Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 814

18 Dudley J. Moore, *Privacy: the press and the law*, Bembridge, 2003, p. 8

19 http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/37EC6A43-A7E7-4732-A5F1-E705900AC611/0/TABLEAU_VIOLATIONS_FR_2011V2.pdf

20 Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, op. cit., p. 219: Les auteurs ont déjà attiré l'attention sur la nécessité d'une réglementation pénale en 1890.

21 Cécile Bresson, op. cit., p. 45-47

Le droit à la protection de *breach of confidence* est reconnu en droits coutumier et écrit. Selon le premier, l'atteinte est réalisée lorsque celui qui a obtenu une information secrète la communique à un tiers sans autorisation ou l'exploite dans un autre but[22]. La jurisprudence anglaise a délimité le champ d'application de cette notion. Ainsi, l'écoulement du temps ou le changement de circonstances peuvent causer la disparition du secret (*A-G v. Jonathan Cape Ltd*. 1976 1 QB 752) ou bien l'ayant droit renoncer à cette protection en cas de restriction à la liberté d'expression fondée sur l'utilité publique, par exemple, la révélation de la commission d'une infraction ou d'un fait illicite réalisé (*Gartside v. Outram* 1857 LJ Ch 113). En plus, la publication des photos de suspects pour les arrêter n'est pas jugée comme atteinte au secret[23]. De même, l'injonction relative à la non-publication par un journal de la relation extraconjugale d'un joueur de football marié a été levée par la juridiction supérieure[24]. Néanmoins, afin de protéger les données à caractère personnel en Angleterre, fut promulguée en 1998 la loi « *Data Protection Act* » créant plusieurs obligations relatives à la protection et au traitement de telles données et instituant au niveau national une autorité centrale (« *Data Protection Commissionner* »)[25].

Quant à la surveillance et à la prise de photos, on peut s'en protéger en invoquant trois institutions, à savoir le « harcèlement », la « violation d'un secret »[26] et finalement la « l'atteinte à l'inviolabilité du domicile ». Pourtant, dans l'arrêt *Bernstein v. Skyways* (1978 I QB 479) de 1978, la cour a estimé, à l'encontre des juridictions belge et française considérant que la prise en photo aérienne d'un château un d'un voilier portait atteinte au secret de la vie privée[27], que la prise en photo d'une vue aérienne du domicile du demandeur ne constituait pas une atteinte à l'inviolabilité du domicile, au motif que le droit de propriété est limité à la hauteur nécessaire à la jouissance de ce droit, et donc qu'il n'y avait aucune atteinte[28].

En ce qui concerne les règles de procédure pénale, la police judiciaire a besoin d'une décision prise par un juge pour procéder à une perquisition et à

22 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 788

23 Idem, p. 788-792

24 N. W. Barber, op. cit., p. 606

25 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 795-797

26 Idem, p. 798-799

27 Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, *Le droit de la presse*, Bruxelles, p. 263

28 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 800

une saisie domiciliaires en vertu de l'article 15 de la loi « *Police and Criminal Evidence Act* » de 1984. Mais le juge n'est pas obligé de motiver cette décision. Par ailleurs, selon le droit coutumier (« *Common Law* ») qui est toujours en vigueur avec le droit écrit (« *Statutory Law* ») , la police a la compétence d'entrer dans un domicile sans aucune décision judiciaire pour « prévenir un trouble de l'ordre public » [29]. En outre, la loi « *Terrorism Act 2006* » a élargi les compétences de la police[30]. Le pouvoir de surveillance a été d'abord réglementé par une simple directive du Ministère de l'intérieur, ce que les tribunaux avaient jugé comme contraire au principe de la légalité ; dès lors ce pouvoir a été réglementé par la troisième partie de la loi « *Police Act 1997* » et fut instituée une voie de recours dans laquelle l'instruction est confiée à un commissaire spécial[31].

Le droit au secret de la vie privée n'a été reconnu comme droit indépendant en Angleterre que relativement récemment, et cela de façon indirecte : comme le droit international en droit interne anglais est dualiste, il a fallu élaborer en 1988 une loi dite « *Human Rights Act* », transposant la Convention européenne des droits de l'homme et notamment son article 8[32]. Ainsi, les autorités compétentes sont obligées d'agir conformément à la Convention et les droits protégés par celle-ci peuvent être invoqués devant les tribunaux nationaux. Ainsi, un tribunal anglais a conclu dans un arrêt récent qu'il fallait apprécier la notion de « *breach of confidence* » spécifique au droit anglais à la lumière de la jurisprudence européenne relative aux articles 8 et 10 de la Convention[33]. Dans ce contexte, cette loi, qui réglemente en fait des relations entre les personnes privées et l'Etat (effet vertical), a également un effet horizontal par le biais de la « *Press Complaints Commission* », compétente

---

29 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 783-785; Pour l'arrêt *McLeod c. R.U* de l'ECHR considérant cette compétence comme "prévue par la loi" et "nécessaite à la prévention des infractions pénales" v. idem, p. 842-843

30 Jacqueline Klosek, *The war on privacy,* Westport, 2007, p. 106-107

31 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 801-803

32 Selon la loi, un juge peut rendre une "déclaration d'incompatibilité" pour une loi nationale contraire à la Convention. Ainsi le législateur est obligé de l'amender v. Micheline Decker, op. cit., p. 52; le demandeur a également le droit de demander des dommages-intérêts et des "injonctions provisoires"v. Rabinder Singh, Privacy and the Media: The Impact of the Human Rights Bill, *Protecting Privacy,* Oxford, 1999, p. 182; pour l'arrêt de la Cour d'appel rejetant la rétroactivité de cette loi, v. Rabinder Singh – James Strachan, op. cit., p. 157

33 *McKennitt v. Ash* (2006) EWCA Civ 1714, (2007) 3 W.L.R 194 v. N. A. Moreham, The right to respect for private life in the European convention on human rights: A re-examination, p. 44-45

en matière de plainte relative à la presse et de la « *Broadcasting Standards Commission* », compétente en matière de chaînes télévisées[34]. Mais il est à noter que sous la forte pression des médias, on a ajouté, pendant l'élaboration de cette loi, un article 12 protégeant non seulement ceux-ci, mais aussi d'une façon générale la liberté d'expression[35].

2) Etats-Unis

Lorsqu'on jette un coup d'œil sur l'évolution historique américaine en la matière (a), on constate qu'il existe un vif débat sur le fondement constitutionnel du sujet (b) et que l'équilibre entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression d'une part (c) et la sécurité d'autre part (d) sont des débats toujours actuels et importants dans ce pays.

a) *Evolution historique*

Aux Etats-Unis d'Amérique, des débats relatifs à la vie privée font rage depuis longtemps. Même s'il s'agit d'un système anglo-saxon, comme l'Angleterre, le fait qu'il existe aux USA une constitution écrite a un grand impact sur l'évolution du droit au secret de la vie privée[36]. Par ailleurs, ce qui s'est passé pendant la Guerre d'indépendance, vers la fin du XVIIIe siècle, a rendu très importante la protection du secret des communications. En juin 1775, le Ministère britannique chargé des affaires américaines a ordonné la surveillance de toutes les correspondances de l'Amérique vers l'Angleterre et à la fin de la guerre, le Congrès américain a promulgué une loi interdisant l'ouverture de toute expédition en octobre 1782[37]. Ensuite, des lois fédérales de 1792 et de 1825 ont respectivement interdit aux fonctionnaires et aux personnes privées de le faire et aucune exception, même une décision judiciaire, n'a été prévue. Pendant la Guerre de sécession, le progrès technologique permit de procéder à la surveillance des communications télégraphiques, mais cette pratique a été instituée en infraction dans plusieurs Etats. Le recensement de la population,

34 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 857; pour le contraire v. Dudley J. Moore, op.cit., p. 105

35 James Price – Iain Christie – David Sherborne – Jacob Dean, Remedies, *The law of privacy and the media,* Oxford, 2002, p. 392-393

36 Alain-Robert Nadeau, *Vie privée et droits fondamentaux*, Ottawa, 2002, p. 55

37 Anuj C. Desai, Wiretapping before the wires: the post Office and the birth of communications privacy, *Stanford Law Review*, V.60 n.2, 2007, pp. 561 et 565

dont le premier date de 1790, a causé de vifs débats, puisqu'il s'agissait de révéler des données personnelles, et on a ordonné en 1840 aux fonctionnaires de les tenir secrètes[38].

Par ailleurs, la divulgation sans autorisation d'informations relatives à l'état civil a été définie comme infraction punie de l'emprisonnement ou de l'amende en 1919[39]. Néanmoins, on n'a jamais traité du « droit au secret de la vie privée » jusqu'en 1890, quand *Samuel Warren* et *Louis Brandeis* affirmèrent que ce droit figurait implicitement au niveau constitutionnel dans leur célèbre article[40], où ils soutinrent l'existence et la nécessité du droit au secret de la vie privée : sinon, dirent-ils, tandis que la porte principale du domicile est considérée comme la forteresse de la personne à l'encontre des autorités officielles, la porte de derrière reste ouverte à la « *curiosité vaine ou lascive* » d'autrui [41]. Ils mirent en évidence des principes généraux relatifs à la publication des faits de la vie privée en se basant notamment sur le droit français : premièrement, en cas de l'utilité publique, la publication est admissible ; deuxièmement, en l'absence de préjudice, une expression verbale ne constitue pas une atteinte ; troisièmement, le consentement est un fait justificatif ; quatrièmement, l'exception de vérité n'est pas admissible ; et finalement, la bonne foi n'est pas une excuse[42]. Il est à noter que la plupart des législations actuelles en la matière s'inspirent de ces principes.

Après 1890, les tribunaux américains ont rendu des décisions contradictoires, certains reconnaissant ce droit, d'autres le niant[43]. Entre 1890 et 1937, ce droit a été considéré comme découlant du droit de propriété. Mais l'article 867 du « *Restatements of Torts* », cette sorte de corpus du Common Law publiée en 1930, stipule que « *celui qui porte atteinte d'une façon irrationnelle et grave aux faits de vie d'une autre personne qui a intérêt à les tenir secrets, ou qui publie ses images, est responsable du dommage causé* », si bien que

---

38 Richard F. Nixon, *Privacy in a public society*, Oxford, 1987, pp. 36-37; Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği, *AÜHF 50.Yıl Armağanı,* Ankara, 1977, p. 274; Hyman Gross, *Privacy – Its legal protection*, New York, 1964, pp. 27-28

39 Priscilla M. Regan, *Legislating privacy,* London, 1995, p. 47

40 Patricia Ferrier, *There ought to be law,* Michigan, 2006, p. 89

41 Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, op. cit., p. 220

42 Samuel D. Warren – Louis D. Brandeis, op. cit., pp. 214-218

43 Oya Araslı, *Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi,* Ankara, 1979, pp. 84-87; Ahmet Danışman, *Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması,* Konya, 1991, p. 45; Anuj C. Desai, op. cit., pp. 567-568

l'atteinte à ce droit peut être portée devant les tribunaux[44]. A partir des années 60, le « *Common Law* » s'est élargi dans plusieurs Etats, de façon à protéger le secret de la vie privée dans le domaine de la responsabilité délictuelle, mais la jurisprudence varie selon les Etats[45]. Par exemple, à New York, qui est le premier Etat à avoir reconnu le droit au secret de la vie privée, les tribunaux du premier degré l'ont admis en 1891 et 1893, alors que la Cour d'appel new-yorkais a nié son existence, au motif qu'il n'y avait pas de précédent (« *precedent* ») en 1902. La Cour suprême de Géorgie a été la première en 1906 à admettre qu'une atteinte au secret de la vie privée pouvait être soumise à la justice[46].

Ainsi, il vaut mieux prendre en considération la Constitution fédérale et la jurisprudence de la Cour suprême américaine pour évaluer la situation au niveau national. Cette dernière a décidé en 1878 pour la première fois dans son arrêt *Ex parte Jackson* (96 US 727, 1878) que puisque le 4e Amendement protégeait le secret des communications, une loi permettant aux autorités officielles d'ouvrir les lettres fermées en l'absence de décision judiciaire, n'était pas conforme à la Constitution[47]. Dans son arrêt *Boyd v. United States* de 1886, elle a souligné que l'objectif de cet Amendement était la protection du caractère sacré du domicile et de la vie privée des citoyens (« *the sanctities of a man's home and the privacies of life* »). La Cour a ainsi établi une relation étroite entre ces deux notions[48]. Par ailleurs dans son arrêt *Wolf v. Colorado* de 1949, la Cour a estimé que la protection du secret de la vie privée d'une personne contre les interventions arbitraires de la police constituait le noyau de cet Amendement[49].

---

44 Oya Araslı, op. cit., pp. 90-91

45 Elisabeth Zoller, Le droit au respect de la vie privée aux Etats-Unis, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, 2005, p. 39; l'auteur ajoute que seulement les Etats de Massachusetts et Wisconsin ont élaboré des lois générales relatives au respect de la vie privée de toute personne v. idem, p. 43; pour les Etats protégeant déjà en 1955 ce droit v. William L. Prosser, *Law of torts,* 2nd edition, California, 1955, pp. 636-637; pour plusieurs décisions différentes v. Ellen Alderman – Caroline Kennedy, op. cit., p. 289 et suiv.; Don. R. Pember, *Privacy and the press*, Washington, 1973, pp. 229-232

46 Anita L. Allen, *Unpopular Privacy*, Oxford, 2011, pp. 18-19; William L. Prosser, op. cit., p. 636; Patricia Ferrier, op. cit, pp. 104-105; UNESCO, op. cit., p. 453

47 Anuj C. Desai, op. cit., pp. 556-557 et 574-575

48 Elisabeth Zoller, op. cit., p. 50; Priscilla M. Regan, op. cit., p. 35; Benjamin Docquir, *Le droit de la vie privée*, Bruxelles, p. 27

49 UNESCO, op. cit., p. 454

b) *Le 4e Amendement en tant que fondement constitutionnel*

Même si cet Amendement assure une protection contre les fouilles et perquisitions illégales pendant les enquêtes et poursuites pénales[50], il ne reconnaît pas en fait un droit général au secret de la vie privée. Ainsi, la Cour suprême considère qu'il protège des données comptables[51], des lettres[52], des personnes dans un taxi ou magasin[53], ou un lieu de travail ainsi que des hôtes dans un hôtel mais qu'il ne protège personne dans les lieux publics ni des invités dans une maison. Les écoutes secrètes et les interceptions téléphoniques se trouvent également dans son champ d'application, mais pas la surveillance aérienne d'un jardin[54] ou celle de la voiture d'un suspect par GPS[55]. De plus, la Cour suprême a délimité le cercle des personnes pouvant profiter de cette protection dans son arrêt *United States v. Verdugo-Urquidez* de 1990, rendu à la majorité. Dans le cas d'espèce, la haute juridiction a admis la fouille sans décision judiciaire d'un ressortissant mexicain extradé vers les USA pour y être jugé, au motif que cette personne ne faisait pas partie du « peuple » (« *people* ») protégé par le 4e Amendement[56]. Mais la même Cour a décidé dans un arrêt rendu en mars 2004 que non seulement les individus personnellement, mais aussi la famille ont droit au secret de la vie privée[57]. Pourtant il ne faut pas en déduire que la famille a droit à une vie privée en tant que telle, au contraire ce droit appartient à chacun de ses membres parce que la vie privée est une notion liée à la personnalité et son secret ne protège que des intérêts personnels. Par contre, la famille est une union de personnes privée de la personnalité juridique.

En appliquant le 4e Amendement, les tribunaux américains essaient d'établir si la fouille ou la perquisition en cause est raisonnable et aussi de respec-

---

50 Pour l'arrêt *Whalen v. Roe* de 1977 de la Cour suprême v. Elisabeth Zoller, op. cit., p. 55

51 Benjamin Docquir, op. cit., p. 27

52 Hyman Gross, op. cit., p. 29

53 Idem, p. 45

54 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 879

55 United States v. Garcia (2007) v. Recent Cases, *Harvard Law Review,* V. 120, 2007, p. 2230 et suiv.

56 Diane Marie Aman, Le dispositif américain de lutte contre le terrorisme, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* 2002, www.dalloz.fr, p. 745 et suiv.; par contre l'auteur signale qu'un tribunal compétent pour juger une affaire dans la zone américaine de Berlin en 1979, a décidé d'offrir toutes les garanties constitutionnelles aux accusés puisqu'il était une autorité américaine.

57 Patricia Ferrier, op. cit., p. 86

ter un certain équilibre entre sa nécessité et l'atteinte qu'elle cause. D'ailleurs, certains auteurs prétendent que cet Amendement ne protège pas le secret de la vie privée, mais qu'il met en évidence la différence entre les fouilles ou perquisitions illégales causant des atteintes et celles qui sont légales et nécessaires[58]. Par exemple, soumettre une femme en état d'arrestation à une fouille intime est considéré comme raisonnable dans le cadre de la lutte contre le trafic de stupéfiants, mais non en matière d'infractions routières[59]. De surcroît, deux tribunaux des Etats d'Oregon et de Nevada ont jugé en 1988 et 1993 que les surveillances secrètes effectuées dans des toilettes publiques n'avaient pas violé le 4e Amendement puisqu'il n'y avait pas de porte[60].

Il faut bien souligner que la Cour suprême américaine a fait un grand pas en avant dans le domaine du fondement constitutionnel du droit au secret de la vie privée, dans ses arrêts *Griswold* de 1965 et *Katz* de 1967. La Cour avait auparavant nié l'existence de ce droit dans la Constitution fédérale, notamment dans son fameux arrêt *Olmstead v. United States* de 1928 (277 US 438, 1928). Elle avait considéré qu'une écoute téléphonique pratiquée de l'extérieur par la police ne constituait pas une « fouille » au sens du 4e Amendement, puisque le domicile n'avait pas été physiquement violé et que ni le domicile ni les affaires de la personne concernée n'avaient été fouillés, selon les termes de cet Amendement[61]. Même si la haute juridiction a décidé en 1939 que la preuve obtenue par l'interception de policiers fédéraux n'était pas admissible, elle a quand même répété sa jurisprudence *Olmstead* dans ses arrêts *Goldman v. United States* (316 US 129, 1942) relatif à la mise en place des microphones secrets en 1942, et *On Lee v. United States* (343 US 747, 1952), relatif à la surveillance secrète par l'intermédiaire d'agents infiltrés[62].

Dans l'arrêt *Griswold v. Connecticut* de 1965 (381 US 479, 1965), relatif à l'information offerte en violation de la loi sur les méthodes de contraception à des couples mariés, la Cour suprême a précisé que le droit au secret de la vie privée était consacré dans la partie dite « *Bill of Rights* » de la Constitution fédérale contenant tous les Amendements donc le 4e[63]. Dans son arrêt *Katz v.*

---

58 Amitai Etzioni, *The limits of privacy*, New York, 1999, p. 215

59 Ellen Alderman – Caroline Kennedy, op. cit., pp. 11-13; pour les arrêts concernés v. idem, p. 24 et suiv.

60 Idem, pp. 271-272

61 Pamela J.Gray-Lukkarila, *The right to privacy: constitutionnal and theorical foundations*, Claremont, 1997, pp. 117-118; Priscilla M. Regan, op. cit., p. 36

62 Ergun Özbudun, op. cit., p. 277

63 Pamela J.Gray-Lukkarila, op. cit., p. 129; Oya Araslı, op. cit., p. 92; Amitai Etzioni, op. cit., p. 192; Patricia Ferrier, op. cit, p. 90

United States (389 US 347, 1967), relatif à l'écoute pratiquée de l'extérieur d'une cabine téléphonique par le FBI, rendu deux ans plus tard, la Cour, au motif que le 4e Amendement protégeait « *des hommes, pas les endroits* », a renoncé à sa jurisprudence *Olmstead* exigeant la violation physique du domicile[64]. Elle a statué que l'écoute de correspondances téléphoniques était soumise à la procédure prévue pour les fouilles et perquisitions au 4e Amendement et qu'il fallait alors respecter les règles ainsi que les garanties concernant le contrôle de l'autorité judiciaire, le lieu et le temps de ces interventions[65]. Ainsi, le lien traditionnel entre la vie privée et le droit de propriété consacré en Common Law a été rompu[66]. La jurisprudence en la matière s'est enrichie à la longue et lorsque le New York Times a révélé l'interception de correspondances téléphoniques internationales par les forces de sécurité nationales sans décision judiciaire, un tribunal fédéral de Detroit a jugé en décembre 2005 que cette mesure n'était pas conforme à l'interprétation actuelle du 4e Amendement. Il est aujourd'hui admis que son champ d'application comprend toute sorte de communication électronique[67]. Selon la Cour suprême, le 4e Amendement protège également « *le droit à la maîtrise des décisions* » qui fait partie de la vie privée[68].

Par contre, la Cour suprême a parfois invoqué certains fondements constitutionnels différents pour protéger la vie privée. Par exemple, dans un arrêt rendu en 1965, elle s'est basée sur le 9e Amendement interdisant toute interprétation contradictoire de droits énumérés par la Constitution[69]. Elle avait également abandonnement évoqué le 5e Amendement assurant le droit à un procès équitable[70] et dans un arrêt plus récent (*Lawrence v. Texas*, 539 US 558, 2003) sur le droit de prendre librement et sans aucune intervention illégale de l'Etat des décisions relatives à la vie privée, le 14e Amendement, au motif qu'il n'existe aucun Amendement garantissant la vie privée[71]. La haute

---

64 Pamela J.Gray-Lukkarila, op. cit., p. 120

65 Joanna Farah, *Droit au respect de la vie privée et right to privacy: Etude comparée*, DEA, Université de Paris I, 1996, pp. 14-15; Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit*, 3e éd., Paris, 1995, p. 94

66 Elisabeth Zoller, op. cit., p. 52

67 Anuj C. Desai, op. cit., pp. 554-558

68 Joanna Farah, op. cit., p.22; Pour l'arrêt concerné de *Roe v. Wade* v. Priscilla M. Regan, op. cit., p. 39 et Amitai Etzioni, op. cit., p. 193

69 Pamela J.Gray-Lukkarila, op. cit., p. 110

70 *Public Utilities Commission v. Pollack*, 343 US 451 1952 v. Albert E. Harum, op. cit., p. 673

71 Elisabeth Zoller, op. cit, p. 60

juridiction avait déjà par ailleurs déclaré inconstitutionnelle une loi imposant aux professeurs nommés pour une durée déterminée de communiquer toutes les associations dont ils étaient membres en se référant à cet Amendement[72].

c) *La liberté d'expression et la vie privée aux Etats-Unis*

Aux Etats-Unis, la liberté d'expression, le droit à l'information et la liberté de la presse, protégés par le 1er Amendement, ont une grande importance et priment généralement sur toute autre considération[73]. Bien que leur application soit variable selon chaque Etat, la plupart des archives officielles, y compris les données personnelles relatives à la naissance, au décès, au mariage, au permis de conduire, à la propriété foncière, ainsi que les dossiers des juridictions sont publics[74]. Par exemple, en Alabama, la législation prévoit que tous les documents officiels sont publics, sauf disposition contraire[75]. De plus, des faits divers ou déclarations impliquant la vie privée sont souvent problématiques. Ainsi un tribunal de Pennsylvanie a estimé que la publication de la photo des fragments du corps d'une fille de 11 ans dispersés au sol n'était pas contraire au secret de la vie privée, au motif que cet acte n'avait pas franchi la limite de « l'obscénité »[76].

Par ailleurs, les tribunaux américains considèrent comme conforme au droit la publication de la biographie de personnes connues et des allégués produits au cours d'une action pénale, étant entendu que dans ce dernier cas, si le jugement est cassé, la partie au procès concerné peut réclamer en justice des dommages-intérêts[77]. La même interprétation a été également faite en 1975 pour une information basée sur des documents trouvés dans une poubelle au bord de la voie publique parce que ceux-ci avaient été abandonnés par leur propriétaire[78]. Cette jurisprudence a été confirmée en 1988 ; de plus, la récupération par les autorités officielles des morceaux de documents jetés dans une machine coupe-papier n'a pas été jugée comme preuve illégale en 1992[79].

---

72 Pierre Kayser, op. cit., p. 95

73 Particia Ferrier, op.cit., pp. 88 et. 97

74 Helen Nissenbaum, Protecting privacy in an information age: the problem of privacy n public, *Privacy*, Second Series, Aldershot, 2001, p. 195; Patricia Ferrier, op. cit., p. 110

75 Patricia Ferrier, op. cit., p. 107

76 Hyman Gross, op. cit., p. 8

77 Idem, p. 19-20

78 La protection de la vie privée face aux médias, *Les documents de travail du Sénat*, Série Législation comparée, n. LC 33, 1998, p. 37

79 Helen Nissenbaum, op. cit., p. 192

Notons que la Cour suprême canadienne a statué dans son arrêt *Stillman* de 1997, dans un cas semblable, qu'il fallait distinguer les détenus des personnes libres et que puisque ceux-là n'avaient pas l'occasion de faire un choix, « le concept de l'abandon » ne peut être valable que pour celles-ci[80].

S'il en allait autrement, on ne pourrait considérer que le propriétaire ou l'ancien propriétaire consent ou permet de divulguer ses informations privées tirées des documents « abandonnés ». En effet, on n'invoque pas dans ce cas le droit de propriété, mais le droit au secret de la vie privée, développement personnel et la dignité humaine. Même si la jurisprudence anglo-saxonne susmentionnée, qui protège ou considère, au moins, la vie privée dans le contexte du droit de propriété, est en harmonie avec sa propre tradition, elle n'est pas du tout compatible avec le système juridique de l'Europe continentale qui fait du droit au secret de la vie privée un droit indépendant.

D'autre part, le 1er Amendement est si largement interprété que la vie privée des célébrités, notamment, des hommes politiques est très vulnérable aux Etats-Unis. Par exemple, en ce qui concerne Gerald Ford qui aurait remplacé le Vice-président américain Spiro Agnew ayant démissionné en 1973, 500 officiers du FBI ont fait une investigation et un rapport de 1700 pages a été produit. Enfin, Ford a été obligé de s'expliquer au sujet d'une cravate qu'il avait portée dans une ancienne émission télévisée[81]. La loi du 28 septembre 1978 est un autre exemple remarquable selon laquelle, les revenus et le patrimoine du président, du vice-président, des secrétaires de l'Etat, des membres du Congrès et de la Cour suprême sont déclarés d'une façon détaillée et les ressources doivent être également divulguées au-delà d'un certain niveau. Ces déclarations sont publiques et on peut en obtenir une copie[82]. Cette très large liberté d'expression implique que « *le citoyen américain est, en fait comme en droit, plus exposé que le citoyen européen au regard de la société sur sa vie privée. En revanche, s'agissant du regard de l'Etat sur la vie privée des individus, la protection du droit américain, au niveau fédéral ou fédéré, n'est pas fondamentalement différente de celle qui et garantie aux citoyens européens* » [83]. De même, en 2008, la Cour d'appel fédérale a écarté le motif de la protec-

---

80 Alain-Robert Nadeau, op. cit., p. 388

81 Gérald Messadie, *La fin de la vie privée*, Paris, 1974, p. 17

82 Denis de la Burgade, *La vie privée des hommes politiques*, Thèse, Université de Paris I, 2000, pp. 63-64

83 Elisabeth Zoller, op. cit., p. 37

tion de la vie privée des prisonniers qu'avait invoqué le gouvernement pour interdire la publication des photos des soldats américains abusant de ceux-ci en Iraq et en Afghanistan[84].

Néanmoins, cette liberté n'est pas illimitée. Il faut souligner que la Cour suprême avait au départ offert à la publicité commerciale, au sens du 1er Amendement une protection inférieure, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme n'opère pas cette distinction en appliquant l'article 10 de la Convention[85].

d) *La sécurité et la vie privée aux Etats-Unis*

Ce débat dure depuis longtemps et il devient de plus en plus intense dans le cadre de la « guerre contre le terrorisme ». Les autorités fédérales considèrent toujours les lois relatives à la protection du droit au secret de la vie privée comme des obstacles à l'efficacité de leur fonction[86]. Par exemple, il y a une vive opposition aux cartes d'identité et aux méthodes biométriques d'identification, comme en Angleterre, parce qu'il est allégué que l'Etat devient très interventionniste dans le domaine de la vie privée même s'il n'est pas vraiment totalitaire. De plus, les projets de réforme en matière d'immigration illégale sont également contestés du fait qu'ils rendront obligatoire le port de ces cartes[87]. Dans ce contexte, un tribunal qui juge si la surveillance effectuée par les autorités officielles constitue une « fouille » au sens du 4e Amendement, fait une double appréciation. Premièrement, il évalue l'intensité, à savoir la durée et les modalités de la surveillance. Deuxièmement, il se demande si les informations obtenues sont susceptibles d'établir un profil de personnalité. Ainsi, l'installation de caméras de sécurité dans les rues n'est pas considérée comme une « fouille », puisque ces instruments ne fournissent que peu d'informations relatives aux personnes. Cette méthode ne permet pas de recueillir des informations concernant des non-suspects d'une façon générale[88].

---

84 Anita L. Allen, op. cit., p. 23

85 François Rigaux, Les paradoxes de la protection de la vie privée, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. 1, Paris, 2000, p. 40

86 Priscilla M. Regan, op. cit., p. 186

87 Amitai Etzioni, op. cit., pp. 104 et 122-124; lorsqu'on se rappelle que c'est le gouvernement du Maréchal Pétain qui a rendu obligatoire le port des cartes d'identité pendant la IIe Guerre mondiale en France pour pouvoir identifier les citoyens juifs, ce souci devient plus compréhensible; v. Claude-Marie Vadrot, *La grande surveillance*, Paris, 2007, p. 62

88 Recent Cases, *Harvard Law Review,* pp. 2235-2236

Par ailleurs, la police judiciaire américaine a la compétence de conserver aussi longtemps que nécessaire les photos et empreintes digitales d'une personne arrêtée. Mais l'abus de ce pouvoir constitue certainement une atteinte[89]. La Cour suprême a décidé dans son arrêt *United States v. Miller* en 1976, le fait pour un tiers de fournir des données à caractère personnel à l'Etat était conforme au 4e Amendement. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de la communication par une banque d'informations sur un client aux autorités. Suite à cet arrêt, le Congrès américain a élaboré des lois sur le secret bancaire[90]. Mais il est à noter que la Cour suprême n'a jamais censuré aucune loi prévoyant la communication à l'Etat de données à caractère personnel relatives à des citoyens[91]. Il est soutenu que la haute juridiction, limitant le droit au secret de la vie privée, a voulu « *mettre un terme à des dérapages*» audacieux[92]. De plus, les restrictions apportées par la loi « *Privacy Act 1974* » relative aux données à caractère personnel ne concernent que les autorités officielles, il en découle que tout le monde est privé de protection contre des atteintes actuelles ou éventuelles provenant du secteur privé[93]. D'ailleurs, la même telle lacune juridique existe au niveau des Etats fédérés, sauf en Californie, où cette protection s'étend aux relations horizontales[94].

3) Canada

Ni la Déclaration canadienne des droits de 1960[95], ni la Charte canadienne des droits et des libertés de 1982 protégeant les libertés d'expression et de la presse (Art. 2 al. (b)) n'ont de disposition explicite sur le droit au respect et au secret de la vie privée. Par contre, il existe un« *Federal Privacy Act* » au niveau fédéral et plusieurs lois semblables au niveau fédéré. L'article 5 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne énonce clairement que

89 Hyman Gross, op. cit., p. 9

90 Elisabeth Zoller, op. cit., pp. 41-42; Mary M. Chieh, Technology and privacy: creating the conditions for preserving personal privacy, *Scientific and technological developments & Human rights*, Athens, 2001, p. 102

91 Elisabeth Zoller, op. cit., p. 56

92 Idem, p. 63

93 Mary M. Chieh, op. cit., pp. 107-109; pour la loi fédérale de "HIPAA" (1996) protégeant partiellement les secrets médicaux, v. Robert Gellma, La protection des données personnelles de santé aux Etats-Unis: de nouvelles règles pour 2003, *La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données,* Paris, 2002, pp. 344-349

94 K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul, p. 26

95 Alain-Robert Nadeau, op. cit., p. 68

« *Toute personne a droit au respect de sa vie privée* »[96]. En vertu de son article 52, cette Charte est d'un niveau supérieur aux lois[97], c'est-à-dire qu'elle a une valeur constitutionnelle. En 1983 déjà, le Québec a élaboré une loi sur les données à caractère personnel basée sur un projet de directive de la Communauté européenne. C'est la première loi en la matière applicable au secteur privé en Amérique du Nord[98]. Par ailleurs, le Parlement québécois a élaboré, en s'écartant de la conception « sécuritaire » actuelle, une loi interdisant l'identification d'une personne au moyen de dispositifs biométriques sans son consentement explicite et le fait de relier une personne à un dispositif de localisation permanente sauf si la santé ou la sécurité publiques l'exige. Il a également imposé des garanties additionnelles en matière de banques de données[99]. En outre, les Etats de la British Columbia, du Manitoba et du Saskatchewan ont promulgué des lois « *Privacy Act* » en 1968, 1970 et 1974 respectivement, prévoyant que toute atteinte au droit au secret de la vie privée peut être portée devant les tribunaux[100].

D'autre part, la Cour suprême canadienne a statué que le droit au respect de la vie privée constituait un motif de limitation raisonnable au sens de l'article 2 al. (b) de la Charte de 1982 protégeant la liberté de la presse[101]. Elle a décidé dans son arrêt *Hunter v. Southam* de 1984 que l'article 8 de la Charte[102] « *protégeait des hommes, pas les endroits* », rejoignant ainsi la Cour suprême américaine[103]. Dans un autre arrêt (*R. v. Duarte*, 1990 I SCR 30), elle a appliqué cet article à la surveillance électronique et la même année, elle a jugé que l'écoute téléphonique sans consentement des intéressés constituait une atteinte (*R. v. Thompson*, 1990 2 SCR 1111). Par ailleurs, la Cour suprême a reconnu le droit au secret de la vie privée en soulignant que son objectif était de créer un espace autonome réservé aux décisions privées et personnelles de la personne (*Godbout v. Longueil,* 1997 3 SCR 844)[104].

---

96 Herbert Marx, *Le droit à l'information et le respect de la vie privée,* www.ciaj-icaj.ca/english/publications/1994/MARX.pdf , p. 50

97 Alain-Robert Nadeau, op. cit., p. 65

98 Simone Fischer-Hübner, Privacy and security at risk in the global information society, *Cyber Crime,* London, 2003, p. 184

99 Jennifer-Anne Stoddart, Des technologies de surveillance sous surveillance, *La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données,* Paris, 2002, p. 113

100 Ruth Gavison, op. cit., p. 160

101 Herbert Marx, op. cit., pp. 52-53

102 Article 8: « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives »

103 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 867

104 Idem, pp. 865 et 869; Michel Tugendhat – Anna Coppola, Principles and sources, *The law of privacy and the media*, Ocford, 2002, p. 70

4) Autres exemples d'Etats anglo-saxons

La Cour suprême indienne a décidé, en interprétant l'article 21 de la Constitution protégeant le droit à la vie et la liberté individuelle à la lumière du droit international, que cette disposition concernait également le droit au secret de la vie privée et qu'une écoute téléphonique était contraire à cette disposition. En Irlande où n'existe aucune réglementation légale explicite en la matière, la Cour suprême, qui avait longtemps refusé de reconnaître ce droit, l'a finalement fait dans son arrêt *Kennedy v. Ireland* de 1987. En République d'Afrique du Sud, la Constitution garantit explicitement le droit au secret de la vie privée, y compris la protection contre les fouilles et perquisitions illégales, et au secret des communications[105].

En Australie, certains intérêts relatifs à la vie privée sont séparément protégés par des lois fédérales et/ou fédérées. Par exemple, la loi *Privacy Act 1988* assure la protection des données à caractère personnel communiquées aux autorités et le *Telecommunications Act 1979* sauvegarde le secret des communications au niveau fédéral. De plus, plusieurs lois fédérées telles les *Workplace Videosurveillance Act 2005* en Nouvelle-Galles-du-Sud, *The Invasion of Privacy Act* au Queensland et *The Surveillance Devices Act 1999* en Victoria imposent des restrictions aux dispositifs de surveillance et d'écoute secrètes[106]. Finalement, la Cour suprême de Nouvelle-Zélande, un pays également de tradition juridique anglo-saxonne, se fondant sur des principes similaires, a reconnu le droit au secret de la vie privée en 1986[107] ; elle a par contre estimé qu'une décision judiciaire n'était pas obligatoire pour surveiller par caméra l'extérieur du domicile d'un particulier (*R. v. Fraser,* 1997 2 NZLR 87) [108].

III – ETATS D'EUROPE CONTINENTALE RECONNAISSANT LE DROIT AU SECRET DE LA VIE PRIVEE

1) France

Nous abordons le système français comme nous l'avons fait de celui des Etats-Unis, et traiterons successivement de l'évolution historique (a), du fondement constitutionnel (b) et de quelques cas d'espèces exemplaires (c).

---

105 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., pp. 881-882; Michel Tugendhat – Anna Coppola, op. cit., pp. 68-69

106 Carolyn Doyle- Mirko Bagaric, *Privacy law in Australia*, Sydney, 2005, pp. 98-102; pour plus de détails sur la législation australienne relative aux données à caractère personel, v. idem, pp. 116-135

107 Michel Tugendhat – Anna Coppola, op. cit. p. 68

108 Richard Clayton – Hugh Tomlinson, op. cit., p. 877

a) *Evolution historique*

En France, l'Etat où la vie privée est la mieux protégée selon une étude de droit comparé[109], l'article 11 de la loi de la presse du 11 mai 1868, aujourd'hui abrogée, protégeait le secret de la vie privée, par les Codes pénal et civil. Il était ainsi libellé : « *Toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de la vie privée constitue une contravention punie d'une amende de cinq cents francs* ». La Cour de cassation française qui l'a extensivement interprété, a considéré que non seulement les faits dans le domicile, mais ceux qui avaient lieu à l'extérieur profitaient de cette protection légale[110]. Ensuite, a été promulguée la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 et il a été soutenu que le délit de diffamation défini par son article 29 pouvait protéger par ricochet le secret de la vie privée. Bien que l'exception de vérité existe, elle n'est pas applicable dans le domaine de la vie privée, en vertu de l'article 35[111]. Selon la jurisprudence de la Chambre criminelle, le tribunal doit décider, même d'office, si le fait concerné relève de la vie privée[112]. La vie privée est définie au sens strict : c'est tout ce qui est extérieur à l'activité professionnelle[113]. Mais on ajoute également que cette protection ne vaut pas à l'encontre de la liberté d'expression et du droit à l'information[114]. Dans le domaine du droit civil, une commission établie en 1945 qui avait proposé d'ajouter un nouveau chapitre sur les « Droits de la personnalité » dans le Code civil, y a échoué[115]. Par conséquent, on a d'abord recouru à l'article 1382 du Code civil relatif à la faute civile et son article 9 a été ensuite modifié le 17 juillet 1970, le législateur a ainsi renforcé la protection légale en déclarant explicitement que « *Chacun a droit au respect à sa vie privée* »[116]. La même loi a désor-

---

109 Patrick Baudry – Claude Sorbets – André Vitalis, Le conflit entre liberté d'informer et secret de la vie privée (extraits), *Médias et vie privée*, 2007, p. 13

110 Ahmet Danışman, op. cit., p. 66

111 Roger Nerson, La protection de la vie privée en droit positif français, *Revue internationale de droit comparé*, 1971/4, p. 755; Pierre Kayser, op. cit., pp.168-169; Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, Droit à la vie privée et liberté d'expression: fond du droit et action en justice, *Gazette du Palais*, Recueil novembre- décembre 2002, p. 1633

112 Lyn François, L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires: regards croisés des droits français et européens, *Gazette du Palais,* 5-6 mars 2008, pp. 4-5

113 Massamba Bassante Batema, *La protection pénale de la vie privée*, Université Paris II, 2004, p. 37

114 Idem., p. 72

115 Pour l'explication détaillée v. UNESCO, op. cit., p. 450;

116 Roger Nerson, op. cit., pp. 756-760; Georges Levasseur, La protection pénale de la vie privée, *Etudes offertes à Pierre Kayser*, T. II, P. U. d'Aix-Marseille, 1979, p. 128; Oya Araslı, op. cit.,

mais modifié le Code pénal aussi et les faits d'écouter, d'enregistrer au moyen d'un appareil quelconque des paroles prononcées dans un lieu privé par une personne sans son consentement ou de fixer, de transmettre au moyen d'un appareil quelconque, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé sans son consentement ont constitué un délit d'atteinte à la vie privée (Art. 368). La divulgation de ces enregistrements ou documents a été également incriminé (Art. 369). Le nouveau Code pénal français entré en vigueur en 1994 a presque complètement repris cette réglementation (Art. 226-1 et 226-2)[117].

Par ailleurs, la jurisprudence s'était prononcée dans ce sens et la Cour d'appel de Paris avait explicitement dit, dans son arrêt du 17 mars 1966, que chacun avait le droit au secret de la vie privée et dans un autre arrêt, que la liberté d'expression ne pouvait pas porter atteinte au secret de la vie privée[118]. Dans un cas d'espèce, la prise en photo de la Princesse Caroline de Monaco, en compagnie d'un acteur connu regardant d'un balcon le Grand-Prix a été considéré par des tribunaux français comme une atteinte au secret de la vie privée[119]. En outre, la Cour de cassation a estimé que les lieux professionnels non-accessibles au public faisaient partie de la vie privée[120]. De plus, la Cour d'appel de Paris a décidé, le 6 octobre 1999, que : « *La publication d'un vidéo, filmant un couple à l'issue de la cérémonie de leur mariage, sans leur consentement, constitue une atteinte au droit que les époux ont sur leur image, et même si la séquence a été tournée dans un lieu public, une atteinte à leur vie privée par la révélation de circonstances intimes de leur union* » [121]. Pourtant, l'arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 2003 indique que : « *Le rappel par un journal d'un divorce, qui constituait un fait d'actualité, officiel et notoire, n'excède pas les limites de la liberté d'expression* » [122].

---

p. 83; Pierre Kayser, op. cit., pp. 117-118; pourtant, il est intéressant de noter que le deuxième alinéa relatif aux mesures ne fait référence qu'à l'intimité qui est une notion plus stricte. Il est soutenu que le sens de cette réglementation est de protéger la liberté de la presse, v. Isabelle Lolies, op. cit., p. 38

117 Il faut "capter" au lieu d' "écouter" et les paroles doivent être prononcées "à titre privé", pas forcément "dans un lieu privé". De plus, "l'enregistrement d'une image d'une personne" constitue dorénavant aussi un délit.

118 Ahmet Danışman, op. cit., p. 67

119 Joshua Rozenberg, *Privacy and the press*, Oxford, 2004, p. 229

120 Cass. crim. le 8 décembre 1983 v. Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 313

121 Bernard Beigner, La protection de la vie privée, *Libertés et droits fondamentaux*, 13e éd., Paris, 2007, p. 189; pour des arrêts similaires v. Pierre Kayser, op. cit., p. 280

122 Bernard Beigner, op. cit., p.193

En général, la jurisprudence française considère que la vie sentimentale, le mariage et le divorce, la vie familiale, l'état psychologique, les souvenirs personnels et la nudité font partie de la vie privée[123]. Par exemple, selon l'arrêt du 8 décembre 1971 du Tribunal de grande instance de Paris, la publication du jugement de divorce dans la « *Gazette du Palais* » est une atteinte à la vie privée au motif qu'elle révèle des informations privées du couple concerné[124]. En outre, la Cour d'appel de Toulouse a confirmé dans un arrêt du 26 février 1974 que les opinions politiques font également partie de la vie privée[125].

Par contre, la situation patrimoniale crée aujourd'hui un débat[126]. La jurisprudence a établi certains critères pour la publication de listes de biens : premièrement, la liste ne doit contenir aucune information privée ni familiale, deuxièmement les informations doivent avoir été licitement obtenues, et finalement elles doivent être complètes[127]. Similaire à celle des Etats-Unis, une loi française de 1988 impose également à certains responsables politiques de déclarer leur situation patrimoniale à la Commission pour la transparence financière de la vie politique qui « *transmet le dossier au parquet* » lorsqu'elle constate « *des évolutions de patrimoine pour lesquelles elle ne dispose pas d'explications* » (art. 3). Elle publie un rapport sans indication nominative tous les trois ans dans le Journal officiel. La divulgation ou la publication des déclarations constitue un délit au sens de l'article 226-1 du Code pénal[128].

b) *Fondement constitutionnel*

La position du Conseil constitutionnel français relative au fondement constitutionnel du droit au secret de la vie privée s'est forgée à la longue. La Constitution française de 1958 en vigueur ne contient aucune disposition protégeant directement la vie privée. Par conséquent, le Conseil constitutionnel a censuré, en vertu de l'article 66 de la Constitution (« *L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle* »), en 1977 et 1984 des lois attribuant de larges compétences de perquisition aux autorités publiques chargées de

123 Micheline Decker, op. cit., p. 100

124 André Roux, op. cit., p. 218

125 Isabelle Lolies, op. cit., p. 36

126 Micheline Decker, op. cit., p. 104; François Terre, La vie privée, *La protection de la vie privée dans la société d'information*, T. III-IV-V, Paris, 2002, pp. 140-141; Joanna Farah, op. cit., p. 10; pour l'arrêt de la Cour cas. Ch. Civ., 20 octobre 1993 v. *Médias et vie privée, Dossier réalisé par Christophe Bigot***,** n. 940, septembre 2007, p. 98

127 Pierre Kayser, op. cit., p. 291-292

128 Denis de la Burgade, op. cit., pp. 241-252

la lutte contre la criminalité économique, au motif qu'elles prévoyaient des limitations « *générales et imprécises* » [129]. Dans sa décision du 25 juillet 1991 sur la loi autorisant l'approbation de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985, le Conseil a conclu que ce texte ne portait pas atteinte à la « liberté individuelle » puisqu'elle contenait des dispositions contre le détournement des données collectées (Cons. nos.50 et 51) [130]. Le 18 janvier 1995 (94-352 DC), il a reconnu le droit au respect de la vie privée et jugé que sa violation peut également porter atteinte à la liberté individuelle. Ensuite, le Conseil a trouvé un autre fondement constitutionnel dans sa décision Vidéosurveillance du 23 juillet 1999 (99-416 DC) [131], à savoir l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. n.45) [132].

Ce nouveau fondement constitutionnel a permis au Conseil de censurer certaines dispositions de la loi déférée dans sa décision du 21 février 2008 (2008-562 DC) [133]. Il a également considéré pour les mêmes raisons comme contraire à la Constitution l'article 5 de la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public prévoyant « *la transmission aux services de police et de gendarmerie nationales ainsi qu'à la police municipale d'images captées par des systèmes de vidéosurveillance dans des parties non ouvertes au public d'immeubles d'habitation sans prévoir les garanties nécessaires à la protection de la vie privée des personnes qui résident ou se rendent dans ces immeubles* » (2010-604 DC, 25 février 2010, Cons. 23), et l'article 5 de la loi relative à la protection de l'identité prévoyant la collecte « (*d)es données relatives à la quasi-totalité de la population de nationalité française* » et offrant au public une large possibilité de consultation (2012-652 DC, le 22 mars 2012, Cons. 10 et 11).

---

129 Pierre Kayser, Le Conseil constitutionnel protecteur du secret de la vie privée à l'égard des lois, *Mélanges Pierre Raynaud,* 1985, pp. 334 et. 344; Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit,* p. 511

130 Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit,* p. 531

131 Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, op. cit., p. 1634; Laurence Burgorgue-Larsen, L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe: analyse croisée des systèmes constitutionnels allemand-espagnol-français, *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme,* Bruxelles, 2005, pp. 70 et 99

132 "*Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression*."

133 Jurisprudence, *Gazette du Palais,* 27-28 février 2008, pp. 7-15

Il est finalement à noter que le Conseil a rappelé la mission du législateur de concilier « *la prévention des atteintes à l'ordre public* » et « *l'exercice des libertés constitutionnelles garanties* », y compris le respect de la vie privée, dans ses décisions du 13 mars 2003 (2003-467 DC, Cons. 8) et du 19 janvier 2006 (2005-532 DC, Cons. 9) [134]. Il a ainsi attribué une valeur constitutionnelle spécifique à la protection de la vie privée.

c) *Quelques cas d'espèce*

En France, plusieurs débats ont eu lieu en ce qui concerne la vie privée. Par exemple, la première installation de caméras de sécurité a été faite au cours des années 80 dans la commune d'Hyères. Mais la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a demandé à la police municipale gérant le système de détruire toute l'information ainsi archivée. De même, l'arrêté de la mairie d'Avignon concernant l'installation de 93 caméras dans la ville a été annulé par le Tribunal administratif de Marseille au motif que cet acte portait atteinte à la vie privée et que ni une décision judiciaire ni la nécessité de l'ordre public ni le besoin d'arrêter les suspects ne pouvait le justifier. Suite aux recommandations de la CNIL et après un vif débat, la loi 95-73 du 23 janvier 1995 a été adoptée[135]. Aujourd'hui, la vidéosurveillance sur la voie publique et dans les lieux ouverts au public est réglementée par cette loi et la vidéosurveillance dans les lieux non-ouverts au public, par la loi du 6 janvier 1978 dite « *Informatique et Libertés* » [136]. Enfin, la loi du 14 mars 2011, dite LOPPSI 2, a adopté le terme de « *vidéoprotection* » pour les caméras installées sur la voie publique et la CNIL a la compétence de contrôler tous ces dispositifs (vidéoprotection ou vidéosurveillance) sur le territoire national. Selon ses propres données, la Commission a reçu en 2011 plus de 360 plaintes relatives à ces deux systèmes et procédé à 150 contrôles de dispositifs de *vidéoprotection* en 2011 et 80 en 2012. 935.000 caméras sont installées en France[137].

---

134 Bernard Stirn, *La liberté en question*, 6e éd., Paris, 2006, p. 24

135 Jacques Georgel, *Les libertés de communication,* Paris, 1996, pp. 48-52; Claude-Marie Vadrot, op. cit., p. 34

136 Olivia Dufour, La constitutionnalisation du droit à la protection des données personnelles, *Gazette du Palais*, 28-29 mai 2008, p. 3; Romain Perray, La CNIL: seul rempart contre la vidéosurveillance?, *Gazette du Palais,* 28-29 mai 2008, pp. 4-6

137 http://www.cnil.fr/dossiers/collectivites-locales/actualites/article/videosurveillance-videoprotection-les-bonnes-pratiques-pour-des-systemes-plus-respectueux-de/

Quant à la conciliation de l'enregistrement effectué par des caméras cachées et la protection des données privées, il faut faire référence à un arrêt relativement récent de la Cour de cassation qui est. Des gendarmes chargés d'une enquête avaient pris plusieurs photos de personnes se trouvant dans un domicile, au moyen d'un téléobjectif. La Chambre criminelle, ayant discuté de la régularité de ces preuves, a confirmé la partie de l'arrêt de la Chambre de l'instruction de la Cour d'appel, qui avait qualifié cette investigation d'irrégulière du fait que les conditions prévues à l'article 706-96 du Code de procédure pénale n'avaient pas été respectées. Mais elle a cassé la partie de l'arrêt déclarant régulières la prise de ces photos à fin d'identification de personnes. La Chambre criminelle a rappelé qu'il n'existait aucune disposition légale autorisant une telle mesure et elle a ajouté que « *la chambre de l'instruction a méconnu le sens et la portée du texte conventionnel précité* (article 8) » [138]. Cet arrêt met en évidence qu'une prise clandestine de photo peut parfaitement permettre d'identifier des personnes et de collecter des informations les concernant, partant ainsi gravement atteinte à leur vie privée.

D'autre part, les médias ont révélé, après « l'affaire Safari » en 1974, que le gouvernement était en train de développer système permettant d'accéder à tous les fichiers personnels. A la suite de vives réactions, il y fut renoncé et une commission a été créée pour préparer la réforme législative nécessaire[139]. Les données à caractère personnel sont ainsi mises sous la protection de la « Loi n.78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Pourtant, rien n'est résolu. Preuve en est que 1.241.742 fichiers STIC (« Système de traitement des infractions constatées ») de la police judiciaire ont été « *apurés* » en 2004 par le Ministère de l'intérieur, sous la pression constante de la CNIL (cf. son rapport de 2005[140]) et que seulement les 28 % du peuple français connaissent leur droits relatifs à l'informatique, selon un sondage de la même Commission[141].

Un autre débat a eu lieu devant le Conseil constitutionnel auquel la loi relative au pacte civil de solidarité (« *PaCS* »)[142] a été déférée. L'article 1er

138 Jean-François Renucci, Droits de l'homme, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* n. 4, 2007, pp. 897-898

139 James Michael, op. cit., p. 65

140 CNIL, *26e Rapport d'activité*, 2006, p. 101

141 Claude-Marie Vadrot, op. cit., p. 207

142 Définition légale de cette notion : « *Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune* » (Art. 515-1 du Code civil)

insérant un article 515-3 dans le Code civil a imposé l'enregistrement de ce pacte au greffe du Tribunal de grande instance de la résidence habituelle du couple. Après avoir rappelé que ce texte avait deux objectifs : assurer le respect des règles d'ordre public et rendre ce pacte opposable au tiers, le Conseil a souligné que « *l' enregistrement n' a pas pour objet de révéler les préférences sexuelles des personnes liées par le pacte* » (99-419 DC, 9 novembre 1999, Cons. 74) ; et il en a conclu que le législateur n'avait pas porté atteinte au principe du respect de la vie privée (Cons. 75) [143]. Nous pensons que le Conseil s'est senti obligé de faire cette précision relative à la préférence sexuelle parce que le PaCS constitue un substitut au mariage entre de personnes de même sexe, qui n'est pas légalement possible en France et on peut alors se rallier à la position du Conseil, mais il faut toujours avoir à l'esprit que s'imposent des garanties et mesures contre les abus ou détournements éventuels. Sinon, on risque de porter atteinte au secret de la vie privée des personnes concernées.

2) Allemagne

Au départ, le droit au secret de la vie privée n'avait pas été spécifiquement institué en droit allemand. Pourtant, la jurisprudence a reconnu un « droit général de la personnalité » (« *allgemeines Persönlichkeitsrecht* ») à l'encontre de l'opinion bien établie de la Cour impériale allemande (« *Reichsgericht* ») [144], dans la mesure où ce droit ne porte pas atteinte à la dignité humaine protégée par l'article 1er de la « Loi fondamentale » de 1949 (« *Grundgesetz* ») et en invoquant « le droit au libre développement de sa personnalité que le citoyen peut exercer dans la mesure où il ne lèse pas les droits d'autrui » protégés par l'article 2[145]. L'arrêt concerné a été rendu par la Cour suprême fédérale (« *Bundesgerichtshof* ») le 25 mai 1954. La Cour constitutionnelle fédérale (« *Bundesverfassungsgericht* ») a jugé ce droit conforme à la Constitution dans son arrêt du 14 février 1973[146]. Le droit général de la personnalité a ainsi pris valeur de droit absolu an sens du Code civil et plusieurs arrêts relatifs à

143 Laurence Burgorgue-Larsen, op. cit. p. 82 et pour la décision complète v. http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1999/99-419-dc/decision-n-99-419-dc-du-09-novembre-1999.11849.html

144 Ahmet Danışman, op. cit., p. 53

145 Article 2: *Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt (…)*

146 Micheline Decker, op. cit., pp. 68-76; Helmut Grothe, La protection de la vie privée contre les prises de vue voyeuristes en droit privé allemand, *Revue de droit international et de droit comparé*, V. II, 2006, p. 84

la protection du secret de la vie privée ont été rendus : secret médical, prise secrète de photos ou écoute secrète, etc. La législation pénale y relative date de 1967[147].

Pourtant, en 1959, un projet de loi relatif aux « droits de la personnalité » a échoué. L'article 15 de ce projet interdisait la divulgation de faits de la vie privée ou familiale d'une personne sans consentement ni intérêt ou personnel, et son article 12, celle du contenu secret des lettres et notes. De plus, il était interdit d'enregistrer des conversations entre particuliers sauf l'exercice de la liberté de la presse, et de les écouter secrètement, dans la mesure où l'auteur n'y avait pas participé ou qu'elles soient relatives à la vie privée ou familiale[148].

La jurisprudence allemande s'est rapidement développée dans le domaine de la protection des données à caractère personnel : en 1983, la Cour constitutionnelle a reconnu « le droit à l'autodétermination informationnelle » (« *Recht auf informationelle Selbstbestimmung* ») [149]. A propos d'une loi sur le recensement qui aurait permis de collecter des données personnelles. La Cour l'a censurée au motif qu'elle ne prévoyait pas les mesures de protection nécessaires et nonobstant l'intérêt public prédominant de la loi[150]. La Cour suprême fédérale a également jugé le 4 juin 1960 que l'enregistrement des paroles d'une personne sans son consentement constituait une atteinte aux articles 1er et 2 de la Loi fondamentale et à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme[151]. En d'autres termes, elle a estimé que le secret de la vie privée était un droit de l'homme. La même juridiction a jugé dans son arrêt du 20 février 1990 que l'ouverture d'une lettre expédiée portait atteinte aux droits de la personnalité de l'expéditeur et du destinataire même si elle n'était pas lue[152]. La Cour suprême a quand même décidé que la liberté de la presse et le droit à l'information prédominaient dans une affaire de publication d'une écoute téléphonique illégale d'une conversation entre le Président et le Secré-

147 Oya Araslı, op. cit., pp. 69-75

148 UNESCO, op. cit., pp. 443-444

149 Christopher Kuner, *European data protection law*, 2nd edition, Oxford, 2007, p. 18

150 James Michael, op. cit., p. 93

151 Jacques Velu, Rapport relatif à la Convention européenne des droits de l'homme et le droit au respect de la vie privée, du domicile et des communications, *Vie privée et droits de l'homme: Actes du 3e Colloque international sur la CEDH*, Bruxelles, 1973, p. 51

152 Hans Stoll, The General Right to Personality in German Law: An Outline of its Development and Personal Significations, *Protecting Privacy,* Oxford, 1999, p. 39

taire du parti politique CDU[153]. Il est clair qu'une telle interprétation de cette liberté rend ineffective la législation sur les écoutes téléphoniques. Donc, il faut considérer que cette publication n'est ni proportionnelle ni conforme au droit.

Finalement, la Cour constitutionnelle a rendu deux arrêts récents dans le domaine de la protection du secret de la vie privée menacé par le développement technologique et social. Le premier qui date de 2008 est relatif à une loi de l'Etat de Rhénanie-Du-Nord-Westphalie attribuant aux autorités le pouvoir de surveiller les communications sur internet. Il s'agissait avant tout de statuer sur la mesure dite du « *Cheval de Troie fédéral* » (*Bundestrojaner*) qui permettait à celles-ci de s'infiltrer dans les ordinateurs, téléphones portables et systèmes similaires et de collecter ainsi secrètement des données de l'utilisateur. La Cour a souligné le risque de violation de la sphère secrète des personnes concernées et a conclu qu'il n'existait aucune protection. Après avoir mis l'accent sur la garantie juridictionnelle, elle a dénoncé le risque d'application générale et arbitraire de cette mesure. Elle a ajouté qu'une telle intervention doit non seulement répondre l'intérêt public mais aussi respecter le développement de la personnalité et la possibilité de « *pouvoir exprimer ses idées et opinions sans aucun souci* » des individus. La Cour, dit-on, a ainsi reconnu « *le droit à l'intimité et à l'intégralité des systèmes informatiques* »[154].

Le deuxième arrêt[155], qui date du 2 mars 2010, porte sur la loi de transposition de la Directive 2006/24/EC de l'Union européenne insérant les articles 113a et 113b dans la Loi sur les télécommunications (« *Telekommunikationsgesetz* ») et l'article 100g dans le Code de procédure pénale (« *Strafprozessordnung* »). Ces dispositions obligeaient les fournisseurs de services de conserver pendant six mois toutes les données de trafic concernant les correspondances téléphoniques et électroniques[156] susceptibles de servir au cours d'une instruction pénale, pour la prévention d'un danger concret contre la sécurité publique et en matière de renseignement.

---

153 Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 270

154 Korkut Kanadoğlu, *Özel Yaşamın Gizliliği Paneli,* Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, pp. 55-92

155 Pour un résumé en anglais v. www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg10-011en.html

156 Les données collectées seulement chez Deutsche Telekom est de 19 teraoctets, soit 5 milliards de pages (!) v. Mark A. Zoller, Die Vorratsspeicherung von Telekommunikationsdaten – (Deutsche) Wege und Irrwege, *Dünyada ve Türkiye'de Ceza Hukuku Reformları Kongresi,* İstanbul, 2010, p. 35

La Cour s'est fondée sur l'article 10-1 de la Loi fondamentale assurant « le secret de la correspondance ». D'abord, elle a estimé que la durée de 6 mois n'était pas contraire à la Constitution. Elle a cependant fait des commentaires additionnels et ainsi montré comment la législation devait être élaborée. Elle a premièrement noté que les données concernées étaient relatives à la vie privée, même si le contenu des échanges reste confidentiel et qu'elles étaient susceptibles de révéler les liens sociaux et politiques, les choix et tendances personnels et même « *les faiblesses* » des personnes concernées. Il faut souligner que la seule conservation de ces données porte également atteinte au secret de la vie privée.

La Cour a insisté sur le besoin d'une législation claire et contraignante offrant des garanties spécifiques appropriées. Elle a également stipulé que l'accès à ces données ne peut être légal que pour certains objectifs précis et dans les cas prévus, par exemple, en cas de soupçon basé sur des indices spécifiques dans le cadre d'instruction pénale, en présence d'un danger concret fondé contre la vie, l'intégrité corporelle ou la liberté de la personne contre la sécurité du Gouvernement fédéral ou d'un Etat ou contre la sécurité publique. De plus, certaines correspondances doivent être respectées, selon la haute juridiction, qui a donné comme exemples les communications de particuliers avec les services sociaux et les ministres du culte. Finalement, la Cour constitutionnelle a exigé que les atteintes soient instituées en infractions pénales.

3) Suisse

L'article 13 de la Constitution fédérale protège le droit au respect de la vie privée et des données à caractère personnel[157]. Même s'il n'existe aucune disposition constitutionnelle similaire aux articles 1er et 2 de la Loi fondamentale allemande[158], la théorie du « droit général de la personnalité » a été adoptée par la Suisse. Alors que certains auteurs soutiennent que la garantie constitutionnelle ne concerne pas les lieux publics, on affirme que celle-ci est applicable lorsqu'il existe un intérêt personnel et que « *la personne qui n'exerce pas de fonction publique ne doit pas accepter qu'une autorité étatique enregistre en public ses paroles et ses images* » [159]. Par ailleurs, la res-

157 En outre, l'article 13 de la Constitution de Neuchâtel et l'article 8 de la celle du Jura protègent le droit au respect de la vie privée. L'article 15 de la Constitution vaudoise protège également et explicitement les données à caractère personnel.

158 Thomas Legler, *Vie privée et image volée*, Berne, 1997, p. 28

159 Jean Ruegg – Alexandre Flückiger – Valérie November – Francisco Klauser, Vidéosurveillance et risques dans l'espace à usage public, *Travaux CETEL*, n. 55, Genève, 2006, p. 50

triction à une liberté n'est constitutionnelle que dans le cadre de l'article 36 de la Constitution exigeant la légalité, une justification (intérêt public ou protection des droits fondamentaux d'autrui) et la proportionnalité. Mais en cas d'un danger sérieux, direct et imminent, on peut renoncer à l'exigence de la légalité[160]. Selon le Tribunal fédéral, « *la prévention d'actes délictuels futurs et la poursuite d'actes délictuels commis sont toujours dans l'intérêt public* » [161], c'est-à-dire qu'elles constituent toujours une justification.

Le Tribunal fédéral a déjà mis l'accent en 1918 sur la protection du secret de la vie privée en jugeant que l'expression « *la vie privée est murée* » n'était pas une règle de comportement, mais un principe de droit[162]. De plus, il a statué que le droit à l'intimité faisait partie des droits implicitement garantis par le droit constitutionnel, au même titre que la liberté personnelle[163]. Néanmoins, une loi pénale fédérale a été promulguée le 20 décembre 1968. Certes, ce n'était pas une nouveauté absolue, car il existait déjà des sanctions pénales pour les perquisitions illégales[164]. Puis, une « loi sur la protection des données » (LPD) est entrée en vigueur le 1er juillet 1993[165] et, à la suite de la découverte de l'affaire dite des fiches de la police fédérale, une « loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure » a été adoptée le 21 mars 1997[166]. D'autre part, une loi du 19 juin 1992 insérant un article 352 dans le Code pénal avait créé au niveau national une base de données relatives notamment aux personnes disparues ou recherchées dans le cadre d'une enquête pénale[167]. Cette disposition a été abrogée par le Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 et constitue aujourd'hui l'article 14 de la « Loi fédérale sur les systèmes d'information de police de la Confédération » (LSIP) du 13 juin 2008.

---

160 Idem, p. 57; Sandrine Rohmer, Banque de données ADN et confidentialité: la constitutionnalité de la législation suisse sur les profils ADN à l'égard du droit au respect de la vie privée, *Les secrets et le droit*, Neuchâtel, 2004, p. 205

161 Pour l'arrêt ATF 120 Ia 147, 151 v. Alexandre Flückiger – Andreas Auer, La vidéosurveillance dans l'œil de la Constitution, *Aktuelle Juristische Praxis*, n. 8, 2006, p. 935

162 UNESCO, op. cit., p. 451

163 Pour l'arrêt ATF 109 Ia 273 ss, 279 v. Jean Gauthier, Les résultats de l'audio-surveillance comme preuve pénale en droit suisse, *Rapports suisses présentés au XIIème Congrès international de droit comparé*, Zurich, 1987, p. 76

164 Oya Araslı, op. cit., p. 76

165 Thomas Legler, op. cit., p. 62

166 Jörg Paul Müller – Martin Looser, op. cit., p. 89

167 Thomas Legler, op. cit., p. 243

Par ailleurs, depuis 1981, le Tribunal fédéral considère que le droit au respect de la vie privée fait partie de la personnalité et de la liberté individuelle et qu'il comporte le droit à la protection de l'identité, de la réputation, des relations sociales et des comportements intimes[168]. Ainsi, dans son arrêt du 6 juillet 1983, il a jugé que le port obligatoire des cartes d'identité et le contrôle discrétionnaire d'identité par les forces de sécurité constituaient une intervention directe dans la vie privée des citoyens[169]. Il a ajouté qu'on ne pouvait pas recourir à une fouille dans le cadre d'un contrôle d'identité, puisque cette mesure était subordonnée à un motif de sécurité, et qu'il fallait respecter au maximum les droits de l'intéressé. Le Tribunal fédéral considère en outre la surveillance comme une restriction grave de ces droits[170]. Dans son arrêt « Union », il a décidé que la qualité de membre d'une association faisait partie de la vie privée et que la divulgation d'informations relatives à un membre portait atteinte au secret de sa vie privée[171]. De plus, dans un arrêt récent[172], il a défini le droit au respect de la vie privée et familiale comme « *le droit de toute personne de mener sa vie selon son propre choix, de choisir son mode de vie, d'organiser ses loisirs et d'avoir des contacts avec autrui, respectivement d'entretenir librement ses relations familiales et de mener une vie de famille* ».

Quant à la jurisprudence sur la conciliation sécurité-vie privée, on peut faire référence à deux arrêts préférant la première. En 1981, la haute juridiction suisse a statué comme suit : « *Si dans le cadre d'une manifestation non autorisée, des actes illégaux sont commis à plusieurs reprises qui causent des dommages graves, il est admissible de photographier les personnes arrêtées et d'enregistrer leurs empreintes digitales* » [173], et deux ans plus tard : « *Lorsqu'il s'agit d'un délit très grave, l'intérêt public à la vérité l'emporte sur l'intérêt de l'accusé à ce qu'une conversation téléphonique, sans contenu intime, reste secrète* » [174].

---

168 Pour les arrêts ATF 107 Ia 148, 150 et ATF 124 I 134, 36 v. Sandrine Rohmer, op. cit., pp. 202-203 et aussi ATF 135 I 198, 207

169 Jacques Velu- Ruşen Ergeç, *La convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1990, p. 542

170 Pour l'arrêt ATF 122 I 82 v. Jörg Paul Müller – Martin Looser, op. cit., p. 75

171 ATF 97 II 97; Jean Guinard, La protection de la vie privée, *Conférences Universitaires 1977: Ordinateur – vie privée – liberté,* Neuchâtel, 1978, p. 129

172 ATF 137 V 334, 347

173 ATF 107 Ia 138, Jdt 1982 IV 194

174 ATF 109 Ia 224, Pra 72 Nr. 275, Jdt 1984 IV 160

4) Belgique

L'article 22 de la Constitution de 1994 reconnaît explicitement le droit au respect de la vie privé sous réserve d'exceptions prévues par la loi. En Belgique, on admet la supériorité du droit international sur le droit interne par conséquent, le juge belge a la compétence de refuser d'appliquer une loi contraire aux engagements internationaux du pays[175]. Bien que ce soit une garantie en faveur de la protection du secret de la vie privée, l'absence des critères constitutionnels des restrictions, à l'encontre de l'exemple de la Suisse cité ci-dessus, peut causer l'élaboration des dispositions internes rendant ineffective la protection de ce droit et la seule garantie reste alors le pouvoir de discrétion du juge dans ce cas. D'ailleurs, les pouvoirs de recherche attribués à la police par la loi du 6 janvier 2003 ont été vivement critiqués et, à la suite d'un recours en nullité, la Cour d'arbitrage a censuré les dispositions autorisant « *l'observation à l'aide de moyen techniques pour avoir une vue dans une habitation* » et « *les contrôles visuels discrets (consistant à pénétrer à l'insu du propriétaire ou de l'occupant dans une habitation privée)* », au motif qu'ils portaient atteinte au droit au respect de la vie privée d'une façon disproportionnée[176]. La doctrine critique également le 2e alinéa de l'article 22 de la Constitution, prévoyant une protection par des lois ou décrets, puisqu'il n'assure aucune garantie mais ne fait qu'imposer à l'Etat des obligations positives[177].

Par ailleurs, la notion de « loi » indique un acte établi par législateur, selon la Cour d'arbitrage belge dans son arrêt du 21 décembre 2004. Elle a ajouté que la loi devait être suffisamment claire, correspondre à un besoin social impérieux et être proportionnelle à l'objectif visé par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de cassation a également jugé le 17 janvier 1996 qu'une circulaire ministérielle n'avait pas de valeur obligatoire. Pourtant, l'article 56 du Code d'instruction criminelle attribuant au juge d'instruction de décider « *de la nécessité d'utiliser la contrainte ou de porter atteinte aux libertés et aux droits individuels* » crée une compétence générale et imprécise au sens de l'article 8 de la CEDH, et la doctrine le considère comme une délégation du législateur[178].

---

175 Benjamin Docquir, op. cit., pp. 43-45

176 Pour l'arrêt C. Arb. Arrêt 202/2004 du 21 décembre 2004 v. idem, p. 66

177 Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 239

178 Laurent Kennes, *La preuve en matière pénale*, T. I, Bruxelles, 2005, pp. 145-147

Les investigations de la police sont toujours considérées dans le contexte du traitement les données à caractère personnel par conséquent, la loi relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel du 8 décembre 1992 est en principe applicable (Articles 44/1 et 44/2 al. 1 de la loi sur la fonction de police du 5 août 1992). Néanmoins, il existe certaines exceptions[179]. Toutes ces données sont recueillies dans une banque de données nationale (Art. 44/4 al.1)[180]. Par ailleurs, la perquisition ne peut être effectuée que sur décision judiciaire ou avec l'accord de l'intéressé, mais s'il s'agit d'une recherche dans un système informatique, il faut en outre obtenir une autorisation spécifique[181].

Un autre exemple concernant la protection de la vie privée est la loi organisant la profession de détective privé du 19 juillet 1991, qui interdit aux détectives privés « *d'espionner ou de faire espionner ou de prendre ou de faire prendre intentionnellement des vues de personnes qui se trouvent dans des lieux non accessibles au public, à l'aide d'un appareil quelconque, sans que le gestionnaire du lieu et les personnes concernées aient donné leur consentement à cette fin* » et « *d'installer , de faire installer ou de mettre à la disposition du client ou de tiers un appareil quelconque dans l'intention de commettre un des actes décrits* » cités ci-dessus (Art. 5) ; également, de recueillir des informations sur les convictions politiques, religieuses, philosophiques ou syndicales ou sur le penchant sexuel de quiconque (Art. 6). Il faut bien souligner que toutes ces informations sont des « données sensibles » et qu'elles sont toujours plus protégées. Enfin, la valeur probante des constatations des détectives privés est librement appréciée par le juge[182].

Lorsqu'on survole la jurisprudence belge dans des cas d'espèce, on voit que la vie privée est évaluée dans le contexte du « *libre développement de la personnalité* »[183], que les conversations téléphoniques sont intégrées à juste titre dans la vie privée et que les preuves obtenues de courriers électroniques ont été rejetées par l'arrêt du 20 mars 2002 du Tribunal du travail de Verviers, au motif qu'on avait ainsi porté atteinte au respect de la vie privée[184]. Par ail-

---

179 Benjamin Docquir, op. cit., pp. 291-292; pour une explication détaillée relative à la Commission de la protection de la vie privée v. idem, pp. 335-336

180 Idem, p. 303

181 Idem, pp. 293-294

182 Idem, pp. 315-316; Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 315

183 Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 240

184 Jean-François Leclercq – David de Roy – Jean-François Neven – Gilbert Demez – Emmanuel Plasschaert – Stanislas van Wassenhove – Eric Carlier – Gaëtane Albert – Claude Wantiez, *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Bruxelles, 2005, pp. 175 et 178

leurs, les tribunaux belges n'admettent pas, à l'encontre de la jurisprudence française, la divulgation d'informations non-publiques relatives à la situation financière ou patrimoniale de personnes privées ou morales par la presse ou un tiers[185]. Néanmoins, le Conseil prud'hommes d'appel de Bruxelles avait jugé dans un arrêt ancien (1968) que « le fait de se livrer à la prostitution à un endroit (public) (…) ne peut pas être considéré comme continuant à appartenir exclusivement à la vie privée »[186].

5) Turquie

Lorsqu'on analyse le droit turc en matière de la protection de la vie privée, on constate trois domaines où le développement est essentiellement différent : les niveaux constitutionnel (a), civil (b) et pénal (c).

a) *Au niveau constitutionnel* : Même si la Constitution de 1876 de l'Empire ottoman a déclaré l'inviolabilité du domicile (art. 22) et que la Constitution de 1924 de la République de la Turquie a fait de même en le complétant du secret des communications (articles 71, 76 et 81), la reconnaissance constitutionnelle explicite du droit au secret de la vie privée date de l'article 15 de la Constitution de 1961. L'article 20 de la Constitution actuelle de 1982 assure le droit au respect de la vie privée et familiale sous le titre « Secret de la vie privée ». Par ailleurs, les données à caractère personnel sont sous protection constitutionnelle depuis 2010. Ainsi, il n'est possible de les réglementer que dans le cadre d'une loi ou qu'avec le consentement de l'intéressé. Pourtant, l'absence d'une telle loi empêche la bonne application de cette disposition.

En vertu de l'article 13 de la Constitution, un droit fondamental (par exemple, le droit au secret de la vie privée) ne peut être restreint que par une loi, pour des motifs prévus dans l'article concerné, sans porter atteinte à la lettre ni à l'esprit de la Constitution, ni aux exigences de l'ordre social démocratique et de la République laïque, ni enfin au principe de la proportionnalité. Les motifs prévus par le 2e alinéa de l'article 20 sont les suivants : la sécurité nationale, l'ordre public, la prévention de la commission d'une infraction, la protection de la santé et de la morale publiques, enfin celle des droits et libertés d'autrui. Pourtant, il est à noter qu'il existe des exceptions générales relatives à l'état d'urgence ou à l'état de siège en vertu de l'article 15 de la Constitution.

185 Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., pp. 256-257

186 Jacques Velu, op. cit., p. 68

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle offre certains exemples intéressants. En 1964, elle a déclaré inconstitutionnelle la perquisition faite par « *un contrôleur* » (E.1963/138, K.1964/71, 11.2.1964) et en 1974, elle a également censuré la « Loi sur la fonction et la compétence de la police » autorisant les policiers à recourir directement à la perquisition « *au cas où le retard serait préjudiciable* », au motif qu'il risquait d'entraîner une application « *arbitraire* » (E.1973/41, K.1974/13, 25.4.1974)[187]. De plus, la Cour a souligné l'obligation d'une décision judiciaire pour pouvoir procéder à une perquisition préventive (par la police administrative avant la commission d'une infraction) ou judiciaire (par la police judiciaire après la commission d'une infraction) en 2006 (E.2003/29, K.2006/24, 22.2.2006). Finalement, dans un arrêt relativement récent, elle a censuré le premier alinéa de l'article 12 de la Loi sur le casier judiciaire n. 5352 prévoyant la conservation de ces données jusqu'à la mort de l'intéressé ou pendant quatre-vingts ans (E.2008/44, K.2011/21, 20.1.2011). Il faut préciser que c'est un développement important en faveur de la protection des données à caractère personnel ainsi que du secret de la vie privée.

b*) Au niveau civil :* Le droit civil ainsi que le droit des obligations sont les premiers domaines dans lesquels la vie privée a été définie et protégée. En fait, la pratique dans les Etats européens met en évidence que l'action civile est préférable à l'action pénale en cas d'atteinte au secret de la vie privée, parce que le juge pénal peut agir dans un champ d'application beaucoup plus étroit en raison du principe de la légalité, il est aussi soutenu que le juge civil est plus « généreux » et qu'il existe des voies de recours civiles plus efficaces, dont la célérité est évidente, comme la voie de référé en France[188]. Par conséquent, la jurisprudence civile en la matière est aussi mieux établie et plus développée en Turquie.

D'abord, la Cour de cassation turque a décidé du paiement de dommages-intérêts en se basant sur les articles 24 du Code civil, relatif aux droits de la personnalité et 49 du Code des obligations, relatif aux actes illicites (repris du même article du Code des obligations suisse de 1911). Ainsi, la 4e Chambre civile a statué en 1979 qu'une atteinte à ces droits, y compris à la

187 Sultan Üzeltürk, *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*, Ankara, 2004, p. 85; İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku,* İstanbul, 1994, p. 171; par contre, ce cas constitue aujourd'hui une exception constitutionnelle (Art. 20 al. 2 ; Art. 21 ; Art. 22 al. 2)

188 Jean-Pierre Gridel – Alain Lacabarats, op. cit., p. 1639

protection des secrets, constitue un acte illicite[189]. La même Chambre avait déjà jugé en 1972 que la publication des lettres et souvenirs du demandeur sans son consentement était également une atteinte. En conséquence, l'article 24 fut amendé et complété par un article 24/a sur la protection des droits de la personnalité, y compris le droit au secret de la vie privée en 1988. Ces dispositions sont respectivement devenues les articles 24 et 25 du nouveau Code civil entré en vigueur en 2002. Il y est explicitement prévu que celui qui subit une atteinte illicite à ses droits de la personnalité peut agir en justice et qu'il peut demander de la prévenir, de la faire cesser ou d'en constater le caractère illicite. Le demandeur peut également demander la communication de l'arrêt à des tiers ou sa publication. Par conséquent, la Cour de cassation a considéré à juste titre comme atteintes au secret de la vie privée l'interception et la publication illégales de conversations téléphoniques[190].

Par contre, la liberté de la presse est un fait justificatif à la lumière de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 28 de la Constitution actuelle. La Cour de cassation a développé une jurisprudence bien établie pour déterminer les limites et le champ d'application de cette liberté, non seulement en matière civile, mais aussi en matière pénale. Les critères exigés pour une publication par la haute juridiction sont les suivants : vérité, actualité, intérêt public, lien entre le fait et la publication et/ou proportionnalité[191]. Alors, si le journaliste divulgue des faits vrais et actuels, qu'il existe un intérêt public et un lien entre ces faits et la publication, et/ou que cette dernière respecte la proportionnalité, c'est-à-dire qu'elle ne contient que tout ce qui est nécessaire, ce journaliste ne commet ni une infraction pénale ni un acte illicite au sens civil du terme[192].

---

189 Y. 4.HD. E. 1978/6441 K. 1979/3677 T. 19.2.1979 v. www.kazanci.com

190 Y. 4.HD. E. 2000/6487 K. 2000/9467 T. 31.10.2000; Y. 4.HD. E. 2004/13549 K. 2005/11813 T. 8.11.2005; Y. 4.HD. E. 2009/13627 K. 2010/10270 T. 14.10.2010 v. www.kazanci.com

191 Pour une explication bien détaillé v. Çetin Özek, *Türk Basın Hukuku,* İstanbul, 1978, p. 238 et suiv. Ces critères sont assez similaires à ceux que la Cour européenne des droits de l'homme a créés dans son arrêt *Fressoz et Roire c. France* du 21 janvier 1999 (par. 54) : « (L'article 10) *protège le droit des journalistes de communiquer des informations sur des questions d'intérêt général dès lors qu'ils s'expriment de bonne foi, sur la base de faits exacts et fournissent des informations « fiables et précises » dans le respect de l'éthique journalistique* ». v. également Stéphane Hoebeke – Bernard Mouffe, op. cit., p. 325

192 Pour des arrêts exemplaires civils v. Y. 4.HD. E. 1978/9042 K. 1979/4935 T. 12.4.1979; YHGK. E. 1984/4-792 K. 1986/438 T. 18.4.1986; YHGK. E. 2000/4-983 K. 2000/1054 T. 21.6.2000 et pénaux v. Y. 4.CD. E. 1991/421 K. 1991/5624 T. 8.10.1991; Y. 4.CD. E. 1992/6879 K. 1992/7326 T. 25.11.1992

c) *Au niveau pénal* : Une réforme législative a eu lieu en matière pénale parce qu'en droit turc il n'y avait aucune infraction spécifique relative à l'atteinte au secret de la vie privée jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal en 2005. Certes, l'atteinte à l'inviolabilité du domicile et la divulgation de la correspondance et des secrets professionnels constituaient des infractions plus ou moins graves selon l'ancien Code (articles 193-194, 195 et 198). D'ailleurs, la Cour de cassation a jugé en 1998 que l'enregistrement en secret des images de mannequins en train de changer de vêtements constituait une diffamation[193].

Le chapitre 9 du Code pénal est intitulé « *Infraction contre la vie privée et l'espace secret de la vie* », à côté des articles 132 réprimant l'atteinte au secret de la correspondance, 133 réprimant l'écoute et l'enregistrement secrets de conversations et 135, 136 et 138 relatifs à la protection des données à caractère personnel, l'article 134 intitulé « *Atteinte au secret de la vie privée* » est libellé comme suit :

« *(1) Celui qui porte atteinte au secret de la vie privée d'autrui est puni d'un à trois ans d'emprisonnement. Lorsque l'atteinte est faite par l'enregistrement d'images ou de voix, la peine est doublée.*

(2) Celui qui divulgue illégalement des images ou des voix relatives à la vie privée d'autrui est puni de deux à cinq ans d'emprisonnement. Lorsque ces données divulguées sont publiées par voie de presse, la peine est la même peine ».

Ainsi, l'atteinte au secret de la vie privée constitue une infraction en droit pénal turc même si l'auteur n'a utilisé aucun outil, à l'encontre des codes pénaux allemand, français et suisse. Par ailleurs, l'enregistrement est une circonstance aggravante et la divulgation constitue une autre infraction dont la commission est absolument indépendante de celle du premier alinéa[194].

Ainsi la Cour de cassation a jugé que la prise de photos de la victime enfilant un maillot dans une cabine d'essayage constitue cette infraction[195]. Ici, il faut rappeler l'arrêt de 1998 cité ci-dessus. Par contre, la même 12e Chambre

193 Y. 2. CD. E. 1998/2325 K. 1998/2271 T. 3.3.1998 v. www.kazanci.com

194 Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Ankara, 2011, p. 205; Hamide Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması*, İstanbul, 2010, p. 198; Durmuş Tezcan – Mustafa Ruhan Erdem – Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 7.Baskı, Ankara, 2010, p. 511

195 Y. 12. CD. E. 2011/15793 K. 2012/4758 T. 22.2.2012 v. www.kazanci.com

a décidé que l'auteur qui était monté sur un arbre afin d'épier la chambre et la cuisine de la victime échappe à la loi[196]. La Cour a vraisemblablement considéré que l'auteur s'était contenté de jeter un œil sur les lieux, sans pour autant épier personne. Sinon, il est difficile d'admettre cette interprétation.

6) Brèves considération sur d'autres ordres juridiques[197]

Les pays scandinaves ont préféré assurer une protection pénale à côté des mesures civiles. Ainsi en va-t-il des codes et/ou lois pénaux suédois, danois et norvégien[198]. D'ailleurs, la Suède est le premier pays scandinave, même européen, où une législation relative à la protection des données à caractère personnel est entrée en vigueur[199]. Certains pays comme la Finlande, les Pays-Bas et la Grèce reconnaissant explicitement au niveau constitutionnel le droit au respect de la vie privée (articles 10, 10 et 9) et l'Espagne, la Hongrie, la Pologne, le Portugal et la Russie ont élargi le contenu de cette reconnaissance constitutionnelle aux données citées (articles 18, 59, 51, 35 et 24) [200].

En Italie, la Cour de cassation passant du général au particulier, a reconnu le droit général « à l'auto-détermination » en 1963 après l'avoir nié en 1956, et a admis l'existence du droit à la protection de la vie privée en 1975. La Cour constitutionnelle avait adopté le même point de vue à partir de 1973[201]. Pourtant, il est à noter que les juridictions italiennes hésitent souvent à restreindre la liberté d'expression[202].

IV – CONCLUSION

Il est bien évident que la vie privée et sa protection deviennent de plus en plus importantes ; elles sont même devenues populaires aujourd'hui. Pour-

196 Y. 12. CD. E. 2011/5707 K. 2011/4121 T. 1.11.2011 v. www.kazanci.com

197 Pour la législation grecque relative à la protection des données à caractère personnel v.Lilian Mitrou, The Greek law on the protection of personal data, *Scientific and Technological Developments & Human Rights*, Athens, 2001, p. 146 et suiv.; pour la législation islandaise v. Páil Hreinsson, La base de données du secteur médical islandais, *La 23e Conférence internationale des commissaires à la protection des données,* Paris, 2002, pp. 53-59

198 Ahmet Danışman, op. cit., pp. 48-52

199 James Michael, op. cit., p. 53

200 OCDE, *Protection de la vie privée en ligne,* Paris, 2003; Christopher Kuner, op. cit., p. 18; Jacqueline Klosek, op. cit., p. 112

201 *Les documents de travail du Sénat,* pp. 29-30

202 Idem., p. 3; pour la jurisprudence italienne v. Guido Alpa, The protection of privacy in italian law, *Protecting Privacy*, Oxford, 1999, p. 115 et suiv.

tant, le développement technologique qui d'une part les rend dynamiques et variables, crée d'autre part des débats longs et vifs dans les domaines de la sécurité (nationale et internationale) et de la liberté d'expression. Par conséquent, leurs conceptions et les réactions, qu'elles suscitent changent de pays en pays, malgré le fait que la Convention européenne des droits de l'homme assure une certaine harmonisation au niveau européen. C'est ce que notre étude met principalement en évidence.

Il est également démontré que la protection offerte par le droit anglo-saxon, basée notamment sur le droit de propriété, n'est pas aussi bonne que celle des législations de l'Europe continentale. Pourtant, la liberté d'expression prime presque toujours le secret de la vie privée en droit américain, alors qu'il existe un certain développement en faveur du deuxième en droit anglais en raison de l'influence éventuelle de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Et les juridictions et juristes de l'Europe continentale préfèrent une « équilibre ». Mais « le voyage continue », le débat se poursuit et de nouvelles solutions se profilent à l'horizon, sous l'impulsion tant des législateurs que des juges. Tout cela est de plus prometteur.

Uluslararası Adalet Divanı İçtihatlarında Bireyin Değişen Yüzü

Dr. Ali Cenk KESKİN*

GİRİŞ

İdeal olarak, gerek uluslararası gerekse ulusal alandaki tüm kamu örgütlenmelerinin temel amacı insana hizmet etmektir. Henüz devlet kavramının dahi ortaya çıkmadığı zamanlarda yabancıların korunmasına yönelik bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Devletin doğumundan önce bireylerin hakimiyet sürdüğü düşünülürse, bu düzenlemelerin mantığı kolaylıkla anlaşılacaktır. Devletin ortaya çıkmasıyla, gücün bireyi hedef alan hizmet anlayışında bir gerilemenin başladığını söyleyebiliriz. Devlet, özellikle uluslararası platformda, bireyi perdeleyen, ancak kendi aracılığıyla bazı hakların kullanımına izin veren bir sistem kurmuştur. Uluslararası hukukun "klasik" olarak adlandırılabilecek döneminde, uluslararası toplum sadece devletlerden oluşmaktaydı. Bu yüzden, şahsı veya kişileri ilgilendiren konular neredeyse kaybolmuşlardı. Bireyler uluslararası hukukun sadece nesnesini oluşturmakta ve ulus-devletlerin faaliyetleri nedeniyle uluslararası hukuktan etkilenmekteydiler. Devletler arasında akdedilen ticari andlaşmalar, uyuşmazlıkların giderilmesi gibi alanlar dolaylı veya doğrudan kişilere avantaj sağlamaktaydı. Ancak, kişiler uluslararası hukukun "öznesi" olamamaktaydılar. Bugün bu durum, bireyin gitgide daha fazla uluslararası hukukun konusunu oluşturması nedeniyle değişmektedir.

Uluslararası hukukun süjelerini belirleyen kesin ve net bir kural bulunmamaktadır. Doktrin, bireyin uluslararası hukukunun süjesi olup olmadığı konusunda derin tartışmalara girmiş ancak bu tartışmalardan net bir sonuç alınamamıştır. Uygulamada ise bireyleri doğrudan hedef alan andlaşmalar

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

20.yy'ın hemen başında akdedilmiştir. 1919 yılında Versailles Andlaşması ile kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) işçilere uluslararası hukukça bazı haklar tanımıştır. Sonraki etapta kolonilerin bağımsızlıklarını kazanması ile hem bağımsız devletlerin sayısı artmış hem de Uluslararası Örgütler de uluslararası hukukun aktörleri olarak kabul edilmişlerdir. Ancak, uluslararası hukuk alanında bireyin bugünkü konumuna ulaşma sürecine kapıyı aralayan gelişme, 1928 senesinin sonlarına doğru ortaya çıkmıştır. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, Danzig Mahkemeleri kararıyla, kişilerin uluslararası hukukun öznesi olmasının önündeki entelektüel engel kalkmıştır[1]. Zira bundan böyle, devletler ve uluslararası örgütlerin uluslararası hukuk alanındaki tekellerini yitirecekleri yol açılmıştır.

Ne var ki, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın (UDAD) bu kararıyla açılan süreç bugün bile tam olarak tamamlanmamıştır. Oysa günümüz uluslararası hukukunda bireylerin rolü gün geçtikçe artmaktadır. Küreselleşme başta olmak üzere, özellikle son zamanlarda yaşanan gelişmeler ışığında, uluslararası hukukun asıl süjesi olan devletlerin yanı sıra gerçek ve tüzel kişiler de uluslararası hukukun konusunu oluşturmaktadır. Pratikte bireyler ancak devletlerin bu hakkı kendilerine tanımalarından sonra uluslararası hukuka dayanarak hak ve borç iddiasında bulunabilmektedirler. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kişisel başvuru hakkı dahi ancak Sözleşmeye taraf devletin bu hakkı bireylere tanımasından sonra mümkün olabilmektedir.

Bireylere, uluslararası hukukun genel yaklaşımı iki şekilde olmuştur. Önceleri, bireylerin çeşitli hukuka aykırı davranışlarından dolayı cezalandırması üzerine kurulu normların yerini, sonraları bireylerin korunması için bir düzen oluşturma çabası almıştır. Uluslararası hukukta bugün birey farklı seviyelerde korunmaktadır[2]. Bu kademelenme içinde, öncelikli olarak zor şartlarda kalan bazı bireylerin ve bazı birey kategorilerinin korunması hedeflenmiştir. Ancak, uluslararası hukuk bakımından varılmak istenen ideal nokta, tüm bireylerin uluslararası seviyede korunmasıdır. Ne yazık ki bu hedefe henüz tam anlamıyla ulaşılamamıştır. Bugün, bireyin insan hakları bakımında korunması daha ziyade bölgesel olarak gerçekleşmektedir[3]. Söz konusu alanda yazılmış pek

1 İnfra.

2 Uyruksuzlar, sığınmacılar, mülteciler, azınlıklar, manda ve vesayet altındaki kişiler, işçiler vb.

3 İnsan Hakları kavramı, genel bir biçimde ifade edilmek gerekirse, kişilerin insan olmaları nedeniyle, insanlık onuruna uygun olarak sahip oldukları haklar bütününü ifade etmektedir. Modern devletin oluşumundan bile önce uluslararası toplum insan haklarının korunması konusuyla ilgilenmiştir. Henüz organize bir uluslararası düzenin olmadığı dönemde, uluslara-

çok değerli eser mevcuttur. Bu nedenle çalışmamızda bu konuya değinmeyeceğiz. Bununla beraber bireyin uluslararası hukuktaki rolü incelememize konu olacaktır zira devlet ya da uluslararası örgütler kadar bireyler de uluslararası toplumu etkilemiş ve etkilemektedirler.

Özellikle 20 yy. sonu ile 21.yy başlangıcındaki uluslararası nitelikteki ulusal çatışmalara baktığımızda Devletler dışında bazı birimlerin de güç kullanma eğiliminin arttığını görmekteyiz. "Savaş Lordları" olarak adlandırılan bazı kişiler, emirlerindeki küçük çaplı bir orduya yaklaşan silahlı kuvvetleri politik ya da özel amaçları için kullanabilmektedirler. Silahlı kuvvetlerin siyasi otoriteyi darbe ile indirmesi bazı coğrafyalarda sıkça rastlanan bir pratiktir. İç çatışmalar sonunda galip gelen tarafın siyasi otoriteyi ele geçirmesi, bunu yaparken de uluslararası hukuku kurallarını ihlal etmesi, uluslararası hukuk yargılamasının yetki alanına girmektedir. Örneğin yakın tarihte, 30 Mayıs 2012'de Hollanda'nın Lahey kentindeki Sierra Leone Özel Mahkemesi, Liberya iç savaşında işlenen suçlar nedeniyle eski Liberya Cumhurbaşkanı Charles Ghanka Taylor'u 50 yıl hapis cezasına mahkum etmiştir[4].

Uluslararası hukuk bakımından bireyin rolü sadece negatif olmamıştır. Bazı bireyler uluslararası toplumda etki uyandıracak nitelikleri haizdir. Bu kişiler genel olarak ruhani, politik veya sivil toplum mensupları olmaktadır. Hristiyan dünyasının bazı ruhani liderleri uluslararası hukukta önemli etkiler yaratmıştır. Bunlara örnek olarak XIII. Leon'u verebiliriz. Bu Papa, 1885 senesinde İspanya ve Almanya arasında Yeni Filipin adalarının kime ait olduğu, 1890'de İngiltere ile Portekiz arasındaki Kongo'nun sınırlarının belirlenmesi ile 1893'te Peru ile Ekvator ve 1900-1903 senelerinde Şili ile Arjantin arasındaki sınır anlaşmazlıklarında hakemlik yaparak, önemli kararlar vermiştir. Son dönemde ise Papa Jean-Paul II'nin uluslararası hukukta ektin olduğu görüşü hakimdir. Gerek Irak savaşında Amerikan başkanı George W. Bush ile görüşerek savaşa engel olmak istemesi, gerek Kosova müdahalesini destekle-

---

rası teamül hukukuna dayanarak bazı (insancıl) askeri operasyonlar yapılmıştır. Bu operasyonlarda devlet varlıkları tehlike altında olan vatandaşlarını ya da başka ülke vatandaşlarını korumuştur. Bu operasyonlara örnek olarak, 1860 yılında Lübnan'daki Maruni Hristiyanları korumak amaçlı Fransa'nın yaptığı operasyonu gösterebiliriz. Kolonizasyonun dahi bu amaca hizmet ettiği kimi zaman ileri sürülmüştür. Bu marjinal ve sıra dışı operasyonları bir yana bırakırsak, uluslararası hukukta insan haklarının korunmasında asıl gelişmeler 2. Dünya Savaşının sonunda olmuştur. Günümüzde uluslararası hukukun sağladığı koruma evrensel ve bölgesel olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

4 http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=U6xCITNg4tY%3d&tabid=107. İnternet sitesinden karara en son 21.09.2013 tarihinde ulaşılmıştır.

yen açıklamaları bu görüşün kaynağını oluşturmaktadır. Hatta, bazı yazarlar Jean-Paul II'nin doğu blokunun yıkılmasından etkili olduğunu dahi söylemektedirler[5]. Kimi devlet başkanlarının uluslararası arenada son derece etkilidir. Bu kişiler kimi uyuşmazlıklarda hakemlik yaptıkları gibi bazı uluslararası nitelikteki sorunların çözümünde önemli roller almaktadırlar. Servetleri, bazı küçük devlet bütçelerinin üstüne çıkan kimi bireyler de yine uluslararası alanda etkin rol almaktadırlar. Warren Buffet – Bill & Melinda Gates Vakfı, 36.2 milyar dolarlık bütçesi ile küresel sağlık, küresel kalkınma ve Amerika'ya özel eğitim programlarını yürütmektedir.[6]

Uluslararası planda oynadığı önemli rollere, uluslararası ceza hukuku yargılamasının yaygınlaşmasına, İnsan Hakları alanında uluslararası korumanın gelişmesine rağmen birey, uluslararası hukukun doğasından kaynaklanan bazı temel kısıtlamalara maruz kalmaktadır. 21.yy uluslararası hukukunun birey ile olan ilişkisinde devletin perde görevinin devam edip etmediği ve bireyin uluslararası hukukun süjesi konumundaki gelişmeleri sorgulamak yerinde olacaktır. Bu bağlamda Uluslararası Daimi Adalet Divanı (UDAD) ve Uluslararası Adalet Divanı (UAD) kararlarında verilen kararların incelenmesi önemli bir kriteri oluşturacaktır. Böylece felsefi tartışmalardan ziyade, somut olarak uluslararası hukukun bireye tanıdığı hak ve yükümlülükleri görmemiz mümkün olacaktır.

I- Uluslararası Adalet Divanı Önünde Hak Sahibi Olarak Birey

Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 34. maddesine göre Divan önünde dava açma hakkı sadece devletlere aittir.[7] Uluslararası Daimi Adalet Divanı ve onun devamı olarak kabul edilen Adalet Divan kararları incelendiğinde, Uluslararası Hukukun bireye doğrudan tanıdığı haklarda bir dönüşüm olduğunu görmekteyiz. Bu değişim daha ziyade diplomatik koruma alanında gerçekleşmiştir. Yaşanan bu dönüşümün uluslararası hukukta bireyin konumunu değişimindeki yeni bir etabı oluşturmaktadır.

---

5 MELLON Christian, "Jean-Paul II, pape de la paix", Projet 2004/1, no. 278, s.43-46 ; RAIMOND Jean-Bernard, "Jean-Paul II, un pape au ceour de l'histoire. 1978-2005", AFRI, 2006, ss.90-101.

6 http://www.gatesfoundation.org/Who-We-Are/General-Information/History. İnternet sitesine en son 21.09.2013 tarihinde ulaşılmıştır.

7 JESSUP Philippe, *A Modern Law of Nations*, Hamden 1947, s.147 ; SPIERMANN Ole, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice. The Rise of the International Judiciary*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, No.34, Cambridge Üniversitesi Yayınları, 2005, s .129 vd.

A – İçtihadlardaki Evrim

Araştırmamızda incelenen mahkeme kararları, bireyin uluslararası hukuktaki süje olarak konumunda bir farklılık yaratması kriterine göre seçilmiştir. UAD, UDAD'nın devamı olması nedeniyle her iki Divanın kararları da dikkate alınmıştır.

1- Mavrommatis Filistin İmtiyazları Davası[8]

Mavrommatis Davası, Filistinde bazı imtiyazlar kazanmış olan önceleri Osmanlı, daha sonra Yunan vatandaşı ile Bay Mavrommatis ile, o dönemde Filistin yönetimini elinde tutan Britanya İmparatorluğu arasında görülmüştür. Uluslararası Daimi Adalet Divanı kararında, önceleri uyuşmazlığın bir gerçek kişi ile Devlet arasında olmasına rağmen, Yunan hükümetinin diplomatik koruma yoluyla davayı üstlenmesi sayesinde, davanın karşılıklı iki devlet arasında görülmeye başlandığı ve böylelikle uluslararası hukuk alanına girdiği belirtilmiştir[9]. Divan, devletin uluslararası hukukça kendine tanınan bir hak olan diplomatik koruma sağlama hakkını kullanarak, bir vatandaşını koruma altına almıştır. Karar Uluslararası hukukun klasik bakışını yansıtması bakımından önemlidir. Devlet, yurttaşlarını, başka devletler tarafından uğradıkları zararlar bakımından korurken de onlar üzerindeki kişisel yetkisini kullanmaya devam eder. Bu kararın hemen ardından UDAD, bir başka kararıyla bireyin uluslararası hukuktaki yeri bakımından biraz daha farklı bir bakış açısı sergilemiştir.

2- Danzig Danışma Görüşü[10]

Danışma görüşüne konu olay şu şekilde özetlenebilir; Polonya ile Danzig Serbest Şehri arasında, Danzigli demiryolu işçilerinin Polonya demiryollarında çalışmalarını düzenleyen bir sözleşme imzalanmıştır. Hakları ihlal edilen bu işçiler, Polonyalı demiryolu şirketini uluslararası andlaşmaya dayanarak, doğrudan Danzig Mahkemelerinde dava ederek zararlarının tazminini istemişlerdir. Bunun üzerine taraflar, Uluslararası Daimi Adalet Divanı'na danışarak, iç hukuk kurallarınca ulusal hukuk sitemine geçirilmemiş bir uluslararası andlaşmanın kişiler için doğrudan hak doğurup doğurmayacağını sormuşlardır. Polonya, devletler hukukunun klasik teorisini ileri sürerek, andlaşmanın sadece akid taraflar açısından hak ve yükümlülükler doğurduğunu, bu yüzden andlaşmaya aykırılık halinde sadece devletin sorumluluğuna gidilebileceğini

8 Uluslararası Daimi Adalet Divanı Kararları Seri A, No.2, 30 Ağustos 1924

9 *Ibid,* p.12

10 Uluslararası Daimi Adalet Divanı Kararları Seri B, No.15, 3 Mart 1928

iddia etmiştir. Polonya'nın savı, zamanın klasik uluslararası hukuk doktriniyle tam bir uyum içindeydi. Divan, kararında önce bu klasik görüşü teyid etmiş ancak daha sonra, tarafların arzu etmesi halinde uluslararası bir andlaşmanın, ulusal mahkemeler tarafından uygulanabilecek, kişiler bakımından hak ve borç doğuran somut ve detaylı normlar oluşturmasında bir engel olmadığını ifade etmiştir[11]. Danışma görüşünün devamında, somut olayda da tarafların iradesinin bu yönde olduğunu, dolayısıyla Danzig'li demiryolu işçilerinin Polonya demiryolu şirketini ulusal mahkemelerinde dava edebileceği sonucuna varmıştır.

Gerek Mavrommatis kararı gerekse Danzig tavsiye görüşünde Divan bireylerin uluslararası hukuktan kaynaklanan haklarının varlığını doğrudan kabul etmemektedir. Zamanla, hak sahibi olan bireyin bu hakkı ile onu kullanmak için başvurulan usulü birbirinden ayrılacaktır.

3- Nottebohm Kararı[12]

Nottebohm 1881 senesinde Hamburg'da doğmuştur. 1905 yılında ikametgahını Guetemala'ya taşıyarak, burada ticaret, bankacılık ve tarım ile uğraşmıştır. Faaliyet göstermiştir. II. Dünya Savaşı'nın çıkmasından yaklaşık bir ay sonra, Liechtenstein vatandaşlığına geçmek için müracaat etmiş, 13 Ekim 1939 tarihinde başvurusu kabul edilmiştir. 1941 yılının sonlarına doğru harbe giren Guatemala Almanya'ya savaş ilan etmiştir. Nottebohm'u düşman Alman vatandaşı olarak kabul ederek ülkesinde bulunan menkul gayri menkul tüm mallarına el koymuş ve kendisini de sınır dışı etmiştir. Savaşta tarafsız olan Liechtenstein hükümeti, diplomatik koruma hakkına dayanarak Uluslararası Adalet Divanına başvurmuştur. Divan, 6 Nisan 1955 tarihinde uyuşmazlığı karara bağlamış ve kişinin, kültürel, sosyolojik, ekonomik, dini ve benzeri açılardan hangi topluma ait olduğunu veya duygusal olarak kendini hangi devlete daha yakın saydığı gibi olgular göz önüne alındığında Nottebohm'un gerçekte Alman vatandaşlığına daha yakın olduğuna kanaat getirmiştir[13]. Bu karar ile vatandaşlığın böylece tabiiyetin gerçekliği ilkesi doğmuştur. Bu ilke doğrultusunda Devletlerin diplomatik koruma haklarını sınırsız olarak, her olayda ileri sürmelerinin önü kapanmıştır. Divan "tabiiyet, bireyin bu hakkı kendisine tanıyan Devletin insan topluluğuna, herhangi bir

11 *Ibid*, s.17 ve 18.

12 Nottebohm Kararı (2. Bölüm), Uluslararası Adalet Divanı Raporları, 6 Nisan 1955

13 *Ibid.,* s.26.

başka Devletinkinden daha yakın bağlılığının hukuksal bildirimidir" demektedir. Bu karada Divan, kurulan vatandaşlık bağında, devlet ile kişi arasında fiktif bir bağın değil, etkin ve gerçek bir rabıtanın kurulması gerektiğini söylemiştir. Birden fazla vatandaşlığa sahip bireylerin bazı durumlarda, uluslararası hukuk bakımından ikincil vatandaşlık bağlarının göz ardı edebilmesinin yolu ise açılmıştır.

Nottebohm kararı ile ortaya çıkan bu içtihat da değişime uğramıştır. Divan 1970 yılında verdiği "Barcelona Traction"[14] kararıyla, diplomatik himaye alanı ile insan haklarının korunması alanının birbirinden farklı iki alan oluşturduğunu ve dolayısıyla devletin bu iki farklı alandaki hukuki durumunun aynı olmadığını ortaya koyarak, diplomatik himaye çerçevesinde birey haklarının varlığının söz konusu olmadığı anlamına gelecek bir biçimde, insan hakları ile diplomatik himaye arasında bir ayrım çizgisi bulunduğunu açık bir biçimde vurgulamıştır.[15] Küreselleşmenin, göçün son derece yaygınlaştığı çağımızda diplomatik korumanın vatandaşlığın gerçekliği prensibine bağlanması, prensibi uygulanamaz hale getirecektir. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun 2010 tarihli diplomatik koruma tasarısı da bu gerekçelerle, hukuka uygun olarak ikamet etmeyi ya da mülteci statüsünü diplomatik koruma hakkının kullanılması için yeterli saymaktadır.[16]

B - Divan Kararlarında İnsan Hakları ve Diplomatik Koruma İlişkisi

İnsan Haklarının bireye sağladığı koruma kalkanının etkinleşmesi ile diplomatik korumanın önemini yitirdiğini düşünebiliriz. İlk bakışta makul gibi gözüken bu fikir aslında yanlıştır. Avrupa İnsan Hakları Koruma mekanizması hariç, diğer hiçbir koruma mekanizmasında birey doğrudan uluslararası mahkemelere başvuramamaktadır. Prensipte *locus standi* bireye sunulmadığından diplomatik koruma halen uluslararası hukukta önemini korumaktadır. Bu kurumun önemi Uluslararası Adalet Divanı'nın 2001 senesinden itibaren verdiği bir dizi kararlar silsilesi ile de ortaya konmuştur.

---

14 Uluslararası Adalet Divanı, 5 Şubat 1970.

15 GÖÇER Mahmut, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, s.4, s.225.

16 DUGARD John, "Diplomatic Protection.", in *The Law of International Responsibility*. Ed. CRAWFORD James, PELLET Alain Pellet, OLLESON Simon, 1051–1072. Oxford: Oxford University Press, 2010, s.1051 – 1072.

1- LaGrand

Söz konusu kararlardan ilki[17] 2001 tarihli LaGrand Kararıdır.[18] Dava konusu olayda Karl ve Walter LaGrand kardeşler Amerika Birleşik Devletlerin'de tutuklanmış, yargılanmış ve mahkum olmuşlardır. Almanya'nın başvurusuyla UAD tarafından verilen geçici tedbir kararına rağmen her iki kardeşin ölüm cezası infaz edilmiştir. Alman hükümetinin iddialarına göre, Amerikan makamları Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi madde 36'ya aykırı olarak bu kişilere Alman otoriteleri ile irtibat kurma haklarını bildirmeyerek Uluslararası yükümlülüklerini ihlal etmiştir. Milletlerarası Hukukunun bu klasik yaklaşımına ilave olarak Almanya, Amerikan otoritelerinin bu davranışlarının LaGrand kardeşlerin bireysel haklarını da ihlal ettiği iddiasını ileri sürmüşlerdir.[19] Divan, verdiği kararda bu görüşü kabul etmiştir.[20] Bununla beraber Almanya'nın, Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi 36 ıncı maddede tanınan hakkın İnsan Haklarından kabul edilmesi gereğine dair iddiası hakkında sessiz kalmıştır.

LaGrand kararında Divan, diplomatik himaye çerçevesinde, uluslararası hukuk tarafından tanınmış olabilecek bireysel hakların varlığına ilk kez atıfta bulunmuştur. Bu anlamda Divan, LaGrand kararında, diplomatik himayenin, bir devletin bir yandan taraf olduğu andlaşmaya uyulmasını talep etme hakkını, diğer yandan da bu andlaşmadan kaynaklanan bireysel haklara saygı gösterilmesini isteme hakkını ileri sürebileceği bir uluslararası girişim çerçevesi olduğunu vurgulamaktadır. Bu çerçevede Divan'ın ortaya koyduğu görüşlerde yeni olan husus, bu tür durumlarda sadece devletin, vatandaşlarının şahsında kendisine borçlu olunan muameleyi elde etme özgün hakkı değil, fakat aynı zamanda devletin, diplomatik himaye aracılığıyla, bir andlaşmanın tanıdığı bireysel hakları ileri sürme hakkının da söz konusu olduğu hususudur. Böylece, diplomatik himayenin, himaye eden devletin yabancı ülkelerdeki vatandaşlarının uluslararası kuralların gerektirdiği şekilde muamele görmesini talep etme hakkını içerdiği tartışılmaz bir gerçek ise de, devletin kendisine

---

17 Aslında bu kararlar silsilesi Breard, Paraguay, Amerika Birleşik Devletler kararı ile başlamıştır. Ancak Paraguay'ın davasını sürdürmek istememesi nedeniyle, davava esasa girilmeyerek karar oluşturulmamıştır.

18 Almanya, Amerika Birleşik Devletleri'ne karşı (LaGrand) Kararı, UAD Raporları, 2001, s.466.

19 *Ibid,* parag.75

20 *Ibid,* parag.78

özgü böyle bir hakkının, uluslararası normların doğrudan bireylere tanımış olabileceği bireysel haklarla bağdaşmaz olduğu artık söylenemeyecektir.[21] Ayrıca LaGrand kararı geçici önlem kararlarının hukuki bağlayıcı niteliğinin belirginleştirilmesi açısından da önemlidir.[22]

2- Avena ve Diğerleri Kararı

Söz konusu kararlardan ikincisi 2004 tarihli Avena kararıdır.[23] Meksika, UAD önünde açtığı bu davada 52 Meksika vatandaşını tutuklayan, yargılayan, ölüm cezasına mahkum eden ve bunu infaz eden Amerika Birleşik Devletleri'nin Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi'nden doğan uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Divan kararında Meksika Hükümetinin bu iddialarına hak vermiştir.[24] Bu davada Meksika'nın ileri sürdüğü bir diğer iddia ise, aynen LaGrand kararında Almanya'nın iddia ettiği gibi, Viyana Sözleşmesinde tanınan bu hakkın temel bir İnsan Hakkı olduğu idi. LaGrand kararında bu husus hakkında karar oluşturmayan Divan bu kez sessizliğini bozarak, Konsolosluk İlişkilerine Dair Viyana Sözleşmesi'nin metninde, amacında veya hazırlık çalışmalarında Meksika hükümetinin bu iddiasını haklı çıkaracak bir ibare olmadığını açıkça belirtmiştir.[25]

3- Ahmadou Sadio Diallo Kararı

Bu kararlar silsilesinin, şimdilik, en son halkasını ise Gine Cumhuriyeti ile Kongo Demokratik Cumhuriyeti davası oluşturmaktadır.[26] Bu davada Gine Cumhuriyeti, vatandaşı Ahmadou Sadio Diallo'nun 32 sene ikamet ettiği Kongo Demokratik Cumhuriyetinde hukuka aykırı olarak tutuklanıp, mallarına el konup, sınır dışı edilmesi nedeniyle uğradığı zararlar iddiasıyla açılmıştır. Kongo Demokratik Cumhuriyeti savunmasında, Diallo'nun el konulduğu ileri sürülen malvarlıklarının Kongo Şirketlerine ait olduğunu, bu nedenle Gine Cumhuriyeti'nin diplomatik koruma hakkının olmadığını iddia

---

21 GÖÇER Mahmut, *op.cit,* s.225-226.

22 GEMALMAZ Mehmet Semih, "Yaşamın Geçici Önlem Kararı ile Korunması", in Ölüm Cezasının Kaldırılması Sempozyumu, Legal, 2011.

23 Meksika Amerika Birleşik Devletlerine karşı (Avena ve diğerleri) Kararı, UAD Raporları, 2004, s.12.

24 *Ibid.,* parag., 40.

25 *Ibid.,* parag., 124.

26 Gine Cumhuriyeti, Kongo Demokratik Cumhuriyeti'ne karşı (Ahmadou Sadio Diallo) Geçici Önlem Kararı, UAD , 24 Mayıs 2007.

etmiştir.[27] Divan bu savunmayı kabul etmeyerek, Gine Cumhuriyeti'nin Ahmadou Diallo'yu hem bir birey olarak, hem de Şirketlerdeki ortaklığı nedeniyle diplomatik koruma hakkının olduğuna karar vermiştir.[28]

Bu karar uluslararası hukukun yorumlanmasında İnsan Haklarının etkisini göstermek açısından önemlidir. Elbette diplomatik korumaya karar veren makam devlettir. Bireyin bu mekanizmanın işleyişine bir dahli yoktur. Günümüzde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi hariç, bireyin uluslararası hukuk normlarından doğrudan faydalandığı ya da devletler gibi kimi zaman bu kuralların doğrudan hedefinde olduğu söylenemez. Ancak, Uluslararası Hukukta, Temel Hak ve Özgürlüklerle ilişkilendirilebilen her alan artık farklı bir yoruma açık hale gelmektedir. Her şeyin insana hizmet etmesi prensibi Uluslararası Hukukta da etkisini hızla göstermektedir.

II- Uluslararası Adalet Divanı İçtihadlarında Yükümlülük Sahibi Olarak Birey

Uluslararası hukuk, kişilerin işlediği bazı suçlar bakımından cezalandırılmalarını öngörmektedir. Bu suçlar, önceleri yapılageliş kuralları ile belirlenmekteydi[29]. Günümüzde ise bu tasnifler sözleşmeler içinde yapılmaktadır. Geleneksel olarak bu suçlar ulusal hukuklarca cezalandırılmaktadır. Ancak, günümüzde kurulan uluslararası yargı mekanizmaları özellikle insanlığa karşı işlenen suçlarda bu görevi üstlenmektedir. Ancak, ulusal yargı mekanizmalarına da halen ağırlıklı olarak başvurulmaktadır. Uluslararası toplumun temel bazı kurallarının kişiler tarafında çiğnenmesi durumunda bu suçların tarifinin uluslararası hukukça yapılması uzun zamandır kabul edilen bir kuraldır. İstisnai olarak 2.Dünya Savaşı sonrasında kurulan uluslararası savaş mahkemelerinde Nazi ve Japon savaş suçluları yargılanmışlardır. Son zamanlarda, BM Şartının 7. bölümü uyarınca hareket eden Güvenlik Konseyi, insanlığa karşı suçları cezalandırmak üzere 1991 yılında Eski-Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi ve 1994 yılında Rwanda Uluslararası Mahkemesi kurulmuştur. Ayrıca 1998 senesinde, daimi olarak Uluslararası Ceza Mahkemesi kurulmuştur. Bu mahkeme, soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçu gibi önemli konularda işlenen suçlara karşı tüm dünyada yetkilidir. Bu Mahkeme devlet başkanları dahil tüm kişileri yargılayabilmektedir.

---

27 *Ibid.,* parag., 94.

28 *Ibid.,* parag., 96.

29 Bireylerin uluslararası suçlar nedeniyle sorumluluğuna baktığımızda geleneksel olarak şu suçların varlığını görmekteyiz; açık deniz haydutluğu, köle ticareti, uçaklara saldırı ve kaçırma, terörizm, savaş suçları.

Diğer yandan, bireyin, Uluslararası Adalet Divanı önünde görülen davalarda taraf olma ehliyeti yoktur. Dolayısıyla Divan, bireyin uluslararası hukuku ihlal edip etmediği konusunda karar vermeye yetkili değildir[30]. Ancak bu durumdan bağımsız olarak, uluslararası hukukun bireylerin davranışlarını devlete doğrudan atfedilebildiği hallerde Divan yargılamada bulunabilecektir. UAD önüne gelen davaları incelerken öncelikle bireylerin uluslararası hukuk bakımından hak sahibi olduklarını bu nedenle de kendilerine çeşitli borçlar yüklenebileceğini söylemektedir. Yani çalışmamızın ilk bölümünde incelenen, bireyin uluslararası hukuka göre hak sahibi olması onun aynı zamanda belli yükümlülüklere de sahip olmasının doğal bir sonucudur.

UAD bazı kararlarında uluslararası sorumluluk ve yükümlülük sahibi olarak bireyin statüsünü incelemiştir. Bireylerin devlet organı olarak hareket ettikleri zaman kendilerine uluslararası hukukça atfedilen yükümlülükler değişiklik göstermiştir. Uluslararası Hukukun emredici kurallarının ihlali halinde bireyin sorumluluğu ile devletin sorumluluğu birbirinden ayrı değerlendirilmektedir. Bir başka deyişle, bireyin cezai sorumluluğu, devletin uluslararası sorumluluğunu etkilememektedir.

Divan'ın yakın tarihli kararlarında iki temel nokta üzerinde analiz yapılmıştır. Devletin uluslararası emredici kurallara (*jus cogens)* uymadığı hallerde Divan, devletin organlarının davranışlarını incelemeli ve bu organları oluşturan bireylerin cezai sorumluluğunu doğup doğmadığını değerlendirmelidir. Devlet organı olarak hareket eden bir kişinin, *jus cogense* aykırı hareketlerine rağmen yargısal dokunulmazlık zırhı ile korunması halinde ise Divan dokunulmazlığın geçerli olup olmadığını incelemektedir. Her iki durumda da UAD, bireylerin uluslararası hukukun *erga omnes*[31] kurallarının ihlali halinde sorumlu tutulabileceğini farz etmektedir.

A – Bosna - Hersek v. Sırbistan – Karadağ Kararı[32]

Hersek Cumhuriyeti 20 Mart 1993 tarihinde, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin[33] Soykırım Sözleşmesi'ni IX. maddesi ve diğer bağlantılı

30 UAD Statüsü Mad. 36.

31 Barcelona Traction, Light and Power Co. Kararı, UAD Raporları 1970, s.3.

32 Case Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, UAD, 26 Şubat 2007.

33 Sırbistan'ın hukuksal kimliği Yugoslavya'nın dağılmasından sonra bir dizi değişikliğe uğramıştır. Bölünme sonunda ortaya çıkan devletlerden Sırbistan- Karadağ Cumhuriyeti, 27 Nisan 1992 tarihinde yaptığı bir deklarasyon ile Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin halef devleti olduğunu ve bu devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerini devam ettireceğini belirtmiştir. Ancak BM Güvenlik Konseyi'nin aldığı 757 ve 777 Sayılı Kararlar, Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin halefiyet deklarasyonunun BM

diğer bazı maddelerini ihlal ettiği iddiası ile UAD'na başvurmuştur. Soykırım suçlamasına karşılık Yugoslavya Federal Cumhuriyeti, iddia edilen eylemlerin tümünün gerçekleşmediğini, gerçekleşenlerin ise iddia edilen boyutlarda olmadığını, bu eylemlerin soykırım kastı ile yapılmadığını ve dolayısıyla belli bir etnik ya da dini gruba yöneltilmediğini iddia etmiştir. Bunlara ilave olarak Davalı, tüm bu eylemlerin, yetkili devlet organları tarafından gerçekleştirilmediğini, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ülke topraklarında gerçekleştirilmediğini, devlet emrinde ya da kontrolü altında bulunan organlar tarafından gerçekleştirilmediğini ve uluslararası hukukta söz konusu eylemleri Davalının gerçekleştirdiğini öne sürmeye dayalı bir kural olmadığını da eklemiştir[34].

Bosna Hersek Cumhuriyeti ise Soykırım Sözleşmesi'nin devletlere, liderleri ya da organları aracılığı ile soykırım suçu işlememe, suçun işlenmesine yardım etmeme yükümlülüğü getirdiğini iddia etmiştir. Yugoslavya Federal Cumhuriyeti bu görüşü redderek Sözleşme'nin devletlere, yalnızca bireyler tarafından gerçekleştirilen eylemleri önleme ve eylemlerin faillerini cezalandırma yükümlülüğü getirdiğini ileri sürmüştür. Bosna Hersek Cumhuriyeti Divan'dan, bir bakıma ceza yargılaması yapmasını isterken Davalı taraf, Divan'ın uluslararası hukuk düzleminde böyle bir yetkisinin olmadığını, uluslararası hukukta devletin kendisinin soykırım suçu işleyebileceğine dair herhangi bir kaynak bulunmadığını savunmuştur.[35]

Divan, Sözleşme metninde, devletin soykırım suçu işlememe yükümlülüğünü açıkça ortaya koyan bir hüküm olmasa da, hem IX. maddenin, devlet sorumluluğunun sınırlarını belirleme konusunda Divan'ı yetkilendirdiğini hem de Sözleşmenin ruhundan, devletlerin uluslararası hukuka göre suç olan soykırım suçunu işlememe yükümlülüğü altına girdiğini belirtmiştir. Böylece devletlerin soykırım eylemlerini önleme yükümlülüğü olduğundan, yine devletin doğrudan kendi yetkisi altında bulunmayan kişi ve organların da soykırım eylemlerini işlemelerini önleme yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Dolayısı ile devletlerin soykırımı önleme yükümlülüğünün, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kişileri ya da organların eylemleri yanında uluslararası hukuka göre devlete atfedilebilecek eylemleri de önleme yükümlülüğü

---

nezdinde kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu tartışma Yugoslavya Sosyalist Federal Cumhuriyeti'nin 2000 senesinin sonunda BM üyeliŞine kabul edilmesi ile son bulmuştur. 21 Mayıs 2006 tarihinde ise Karadağ'ın bağımsızlığını ilan etmesi, ile Sırbistan Cumhuriyeti ve Karadağ Cumhuriyeti olarak iki ayrı devlet haline gelmesine neden olmuştur. Sırbistan Cumhuriyeti, 2006 tarihinde Sırbistan-Karadağ Cumhuriyeti'nin hukuksal halefi olduğunu ve bu devletin uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerine bağlı kalacağını belirtmiştir. Bu gelişmeler nedeni ile UAD'nin vermiş olduğu kararın muhatabı Sırbistan Cumhuriyeti'dir.

34 Bosna - Hersek v. Sırbistan – Karadağ Kararı, *op.cit.,* parag.65.

35 Ibid, parag.158.

olduğunu kabul etmiştir[36].

UAD, Yugoslavya Federal Cumhuriyeti'nin, uluslararası hukukta devletlerin cezai sorumluluğuna dair bir kuralın olmadığı savunmasına karşılık söz konusu Sözleşme'den kaynaklanan sorumluluğunun cezai değil, hukuksal nitelikte olduğunu ve uluslararası hukukun himayesinde bulunduğunu belirtmiştir[37]. Sözleşme'nin, III. maddesinde yer alan eylemlerden dolayı devlet sorumluluğunun öngörülmediği tezini ise uluslararası hukuka aykırı fiilleri soyut varlıkların değil, gerçek kişilerce işlendiğini belirterek reddetmiş ve uluslararası hukukun devletlere olduğu gibi bireylere de kimi hak ve yükümlülükler getirdiğinin uzun süredir kabul edilen bir prensip olduğunu ilave etmiştir[38].

Sonuç olarak Divan, Sözleşme uyarınca tarafların iradesinin, eylemleri devletlere atfedilebilecek kişiler, organlar ya da gruplar aracılığı ile soykırım suçu işlenmesinin engellenmesi olduğuna hükmetmiştir[39]. Divan daha sonrasında herhangi bir bireyin mahkûm olmadığı durumlarda dahi soykırım ve soykırıma iştirak suçlarından devletin uluslararası sorumluluğuna gidilebileceğini vurgulamıştır.

UAD'nın bu kararı, uluslararası hukukta yankı uyandırmış ve tartışılmıştır. Kararı en çok eleştirildiği kısmı devletin uluslararası sorumluluğunun doğması için organları aracılığıyla uluslararası hukuka aykırı davranışlarının *de facto* ispatının yeterli görülmeyip, *de jure* bağlantının da ispat edilmesinin şart koşulmasıdır. Ancak kararın uluslararası hukuk bakımından en önemli yankısı, devletin cezai sorumluluğu konusundaki tartışmalara kaynaklık etmesi bakımındandır. Sırbistan – Karadağ'ın savı, Sözleşmede bahsedilen yükümlülüklerin ihlalinin cezai sorumlulukla doğrudan bağlantılı olması nedeniyle, devletin sorumluluğunun doğması halinde, bunun doğal sonucu olarak, devlet organı olarak hareket etmiş olan bireylerin de cezai yargılamaya tabii tutulması gerektiği yönündedir. UAD'ın yargılamasında devletin ancak hukuki sorumluluğuna hükmedilebileceğinden bireylerin cezai sorumluluğu ayrı bir mahkemedeki yargılamanın konusunu oluşturmaktadır.

Ortaya çıkan devletin hukuki sorumluluğu ile bireylerin cezai sorumluluğu ayrımında incelenmesi gereken bir diğer konu da devletin organı olarak

---

36 Ibid, parag. 166.

37 *Ibid,* parag. 170.

38 *Ibid,* parag. 172.

39 *Ibid,* parag. 180.

hareket eden bireyler aracılığıyla uluslararası hukukun emredici kurallarının ihlal edilmesi durumudur. Cassese'ni görüşüne göre bu gibi durumlarda, yani devletin ajanları yoluyla uluslararası hukuku ihlal etmesi halinde hem devletin sorumluluğu hem de bireylerin cezai sorumluluğu doğmaktadır[40]. Bu savın kabulü halinde, uluslararası hukuku ihlalinde devlet organı olarak hareket eden bireylerin sorumluluğuna gidilmesinin yolu açılmış olacaktır. Ancak bireylerin yargılanacağı mahkeme UAD olmayıp, uluslararası ceza mahkemeleri bu davalara bakmakla yetkili olacaktır.

B – Demokratik Kongo Cumhuriyeti, Belçika'ya karşı.

Henüz 16. yy da Grotius Devletlerin uluslararası suçluları ulusal kanunlarına göre yargılamaları veya yargılanmak üzere vatandaşı olduğu ülkeye iade etmeleri gerektiğini, yargıla veya iade et (*aut dedere aut judicare*) prensibiyle ortaya koymuştur. Günümüz ceza kanunlarının neredeyse tamamı uluslararası suçlarda, vatandaşlıktan tamamen bağımsız olarak evrensel yetkiyi kabul eden hukuki düzenlemelere sahiptirler. Böylece vatandaşlık bağından bağımız olarak uluslararası hukuku ihlal eden kişilerin yargılanması öngörülmektedir. Ancak, Devletler iç hukuklarında evrensel yetkilerine dair düzenlemelerini uluslararası hukuka uygun olarak yapmak mecburiyetindedirler. Uluslararası Adalet Divanı, 2002 yılında bu konuların tartışıldığı bir karar vermiştir.

Diğer yandan, ABD, Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne başında beri karşı olmasına rağmen iç hukukunda 1789 yılından beri federal mahkemelerine uluslararası suçları, medeni hukuk alanında tanımaya ve tazminata hükmetmeye olanak veren bir yasaya sahiptir.[41] Bu yasa sayesinde uluslararası hukukun ihlali halinde Amerikan Mahkemelerinde açılan davalarda tazminata hükmedilebilmektedir. Son zamanlarda verilen çarpıcı kararlardan birisi *Rufus Kpadeh et al. v. Charles McArthur Emmanuel* kararıdır.[42] Bu davada eski Liberya Cumhurbaşkanı Charles Ghanka Taylor'un oğlu Charles Jr, Liberya'da işlediği işkence suçları nedeniyle 22 milyon Amerikan Doları tazminata mahkum olmuştur.

---

40 CASSESE Antonio, "When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case", European Journal of International Law, Vol. 13 No.4, 2002, s.864.

41 *Alien Tort Claims Act*. 1980 senesinde verilen *Filartiga v. Pena-Irala* 630 F.2d 876 (2d Cir. 1980) kararından bu yana söz konusu yasa özel ve tüzel kişilere karşı daha sık başvurulur olmuştur. Ancak 2004 tarihli *Sosa v. Alvarez-Machain* 542 U.S. 692, 720 (2004) kararı, ulusal mahkemelerin yetkisini, UAD'ın yerini alacak şekilde genişletmemesi gerektiğini belirtmiştir.

42 S.D.Fla, 5 Şubat 2010.

Uluslararası Adalet Divanı ise, Kongo Demokratik Cumhuriyeti ile Belçika arasındaki bir davada uluslararası suçlar dolayısıyla üst düzey devlet görevlilerinin yargı dokunulmazlıklarının olup olmadığı konusunu, 14 Şubat 2002 tarihli bir kararında tartışmıştır. Davanın temeli 11 Nisan 2000 tarihinde Belçikalı bir hakimin, görevi başındaki Kongo Dışişleri Bakanı Bay Yerodia, hakkında bir tutuklama karar vermesiyle başlamıştır. Belçika, Yerodia'nın henüz bakanlık görevine gelmeden önce, 1949 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve buna Ek Protokollerin ihlal etmiş ve insanlığa karşı suç işlemiştir. Davalı Kongo Cumhuriyeti ise, yaptığı savunmasında Yerodia'nın Dışişleri Bakanı olması nedeniyle yabancı mahkemelerde yargı dokunulmazlığının bulunduğunu ve tutuklama kararının uluslararası hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüş, devletlerin egemenliklerinin eşit olduğu prensibinden hareketle bir devletin başka bir devlet üzerinde yargı yetkisinin olamayacağını iddia etmiştir. Buna karşılık Belçika, uluslararası hukuk kurallarının ihlal edildiğini, söz konusu suçlardan dolayı Belçika yasalarının Belçika Mahkemelerine yargılama yetkisi verdiğini ve yargı dokunulmazlığı ilkesinin bu suçlar bakımından uygulanamayacağını savunmuştur[43].

Uluslararası Adalet Divanı yapmış olduğu inceleme sonucunda, Belçika'nın uygulamasının uluslararası hukuk kurallarına aykırı olduğunu ve dolayısıyla Devlet Başkanları ve üst düzey devlet görevlilerinin yabancı mahkemeler önünde yargı dokunulmazlığının bulunduğunu ve Belçika'nın tutuklama kararını kaldırmasını hükme bağlamıştır. Uluslararası Adalet Divanı, bu kararı alırken Dışişleri Bakanlarının kişi dokunulmazlığı ve cezai yargı dokunulmazlığı kuralına herhangi bir şekilde istisna teşkil edecek uluslararası örf-adet kuralının varlığına devlet uygulamalarında ulaşılmadığı gibi ulusal mahkemelerin uygulamalarının da bu doğrultuda olduğunu belirtmiştir.[44] Divan'a göre, Uluslararası hukuk, bir dışişleri bakanının ceza yargılamasına tabi tutulmasına bazı hallerde olur vermektedir. Bu hallerden birincisi, Dışişleri Bakanının kendi ülke mahkemelerinde yargılanabilmeleridir. İkinci olarak, eğer Devletin yargı dokunulmazlığında feragat etmesi halinde, yargılama mümkün olabilecektir. Üçüncü olarak, görevi sona eren Dışişleri Bakanlarının görevleri sırasında, öncesinde veya sonrasında özel eylemlerinden dolayı cezai sorumluluklarının olabilecektir. Son olarak ise, bazı uluslararası ceza mahkemelerinin özellikle öngörmeleri halinde bu kişiler hakkında yargılama-

43 Demokratik Kongo Cumhuriyeti v. Belçika, Uluslararası Adalet Divanı, *op.cit.,* parag.49.

44 *Ibid*.,parag.58. Oysa Yunanistan Yüksek Mahkemesi'nin 200 Tarihki Voiotia kararında, İtalyan Anayasa Mahkemesi Ferrini kararındaJus cogens'e aykırı davranışın yargılama dokunulmazlığından feragat anlamına geldiğini belirten kararları bulunmaktadır.

da bulunabilecektir.[45]

Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası'nda izlemiş olduğu yöntem ve ulaşmış olduğu sonuç, klasik uluslararası hukuk anlayışını yansıtmaktadır. Söz konusu karar, uluslararası ceza hukuku ve özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren bu alanda oluşan uluslararası örfadet hukukundaki gelişmeleri göz ardı etmesi nedenleriyle eleştirilmiştir[46]. Divanın kararının temelinde, devletlerin cezai yargılama yetkilerinin, devletlerin egemenlik haklarından olduğu ve başka bir devlete veya uluslararası bir yargı kurumuna devletlerin rızası olmadan bu yetkinin devrinin olanaklı olamayacağı bulunmaktadır. Bu nedenle, Devlet Başkanları ve diğer üst düzey devlet görevlilerinin, savaş suçları, insanlığa karşı suçlar veya soykırım suçları bile işlemiş olsalar, yabancı bir devlet mahkemesi tarafından evrensel yargı yetkisi ilkesine dayanılarak yargılanması ve cezalandırılması söz konusu olamamaktadır.

Uluslararası ilişkilerin işleyişinin bozulmaması için görevi başında olan Devlet Başkanları veya üst düzey devlet görevlilerinin tutuklanarak görevlerini yapmalarının engellenmemesi gerektiği kabul edilse, hatta bu kişilerin fonksiyonları nedeniyle yargı bağışıklığını haiz olmaları gerektiği düşünülse bile, bu hakkın görevleri sona ermiş Devlet Başkanları veya diğer üst düzey devlet görevlileri için de tanınmış olmasını açıklamak bir hayli güçtür. Uluslararası Adalet Divanı'nın karar ve gerekçelerinde, Uluslararası Adalet Divanı, uluslararası suçlardan dolayı resmi görevli veya niteliği ne olursa olsun herkesin bireysel cezai sorumluluğunun olduğu yönündeki modern uluslararası ceza hukuku ilkesini dikkate almadığı açıkça ortadadır.

SONUÇ

David Kennedy'nin öncüsü olduğu "uluslararası hukukta yeni yaklaşım" akımı küreselleşme, teknolojik gelişmeler, demokratikleşme, özelleştirmeler nedeniyle Devletin aleyhine, bireyin lehine bazı yenilikler olduğunu ve bunun Uluslararası Hukukun geleneksel yapısını değiştirdiğini ileri sürmekte-

---

45 *Ibid*.,parag.61.

46 Cassese özellikle görevi sona eren Dışişleri Bakanlarının görevleri sırasında, öncesinde veya sonrasında özel eylemlerinden dolayı cezai sorumluluklarına gidilmesini eleştirmiş, UAD'nın öngördüğü koşulların pratikte zor uygulanabilirliğine dikkat çekmiştir. CASSESE Antoine, op.cit., s.860.; AKSAR Yusuf, "Uluslararası Adalet Divanı'nın Belçika Tutuklama Kararı Davası (Belgian Arrest Warrant Case) (14 Şubat 2002) ve Uluslararası Ceza Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 52 Sayı 4, 2003, s.133.

dir. Buna rağmen, Uluslararası Hukuk kişileri ve işlevleri değişmekte ancak niteliği aynı kalmaktadır. Zaman içinde gerçek kişilere tanınan bazı haklar, daha sonraları şirketlere, derneklere, kısaca tüzel kişilere de tanınmıştır. Ayrıca tanınan hakların içeriği bakımından da zaman içinde ilerleme sağlanmıştır. Uluslararası İnsan Hakları ile bireye tanınan, uluslararası mahkemeler önünde devletlere karşı doğrudan dava açabilme hakkı, uluslararası hukukun diğer alanlarına henüz sirayet etmemiştir.

Uluslararası Adalet Divanı'nın son kararları, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmalarına da yansımıştır. Komisyonu tarafından hazırlanan Devletin Uluslararası Haksız Fiillerden Dolayı Sorumluluğu Metninin 33(2). Maddesi Uluslararası Hukukça bireylere bazı haklar tanındığını açıkça ortaya koymuştur[47]. Hem yukarıda incelediğimiz içtihatlara hem de bu kodifikasyon çalışmasına göre devletin uluslararası sorumluluğundan bireyler bazı haklar kazanabilmektedir. Aynı belgenin 48 inci maddesine göre uluslararası hukukun emredici kurallarının ihlali halindeyse her devlet, ihlalci devletin sorumluluğuna gidebilecektir. Aynı zamanda bu ihlal dolayısıyla mağdurlar lehine tazminat talebinde bulunma imkanı da tanınmaktadır. Komisyonun 2006 tarihli Diplomatik Koruma Belgesindeki tanıma göre devlet diplomatik koruma hakkını zarar gören birim için kullanmaktadır.[48] Başka bir deyişle devlet bireye ait olan bir hakkın takipçisi olmaktadır. Her ne kadar uluslararası hukuk teorisi bakımından diplomatik koruma hakkını ileri süren devletin de mağdur olduğu kabul edilse bile bu gibi durumlarda asıl ve gerçek mağdur bireydir. Özellikle İnsan Hakları ihlali söz konusu olduğunda diplomatik koruma sağlayan devletin hem kendisi hem de zarar gören mağdur için talepte bulunması daha etkin bir koruma sağlayacaktır. Diplomatik Koruma alanında atılabilecek bir diğer adım ise koruma sağlayan devletin sadece zarar gören bireyin zararını tazmin etmek için hareket edebileceğinin kabulüdür. Her tür kamusal örgütlenmenin odağında olması gereken insana hizmet hedefi ancak uluslararası hukukun dönüşmesi ile mümkün olacaktır. İncelediğimiz kararlardan da gördüğümüz üzere bu süreç kendi ritminde devam etmektedir.

---

47 http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf. En son 21 Eylül 2013 tarihinde bu adresten belgeye ulaşılmıştır. Aynı zamanda Yearbook of the International Law Commission, 2001, vol. II, Part Two, as corrected.

48 Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10).

Türk Ceza Kanunu'nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: *TCK.m:97*

Dr. Pınar MEMİŞ KARTAL*

Türk Ceza Kanunu'nun özel hükümleri düzenleyen ikinci kitabının kişilere karşı suçlar kısmında "Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali" başlıklı dördüncü bölümde iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Bunlar TCK.m. 97'de yer alan "Terk" ile TCK.m.98'de yer alan "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi" dir. Belirtilen bu fiiller sıkça karşılaşılan ve incelemeye konu olan fiiller olmamakla birlikte, sosyal olarak sıkça karşılaşılan ve kişilerin özellikle çocuk, hasta ve/veya yaşlıların mağduriyet yaşadıkları durumlar olarak ortaya çıkan olgulardır.

Bu nedenle çalışmamızda TCK.m.97'de yer alan Terk suçunu[1] genel hatları ile inceleyip, doktrin ve uygulama yönünden tartışılan hususları ortaya koymaya çalışacağız.

I. GENEL OLARAK TERK SUÇU

Terk suçu 5237 sayılı TCK' nun 97. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi hâline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" .

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur".

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı.

1 ÇAKMUT YENERER, Özlem, Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m.97), in İÜHFM, C.LXV, S.2, 2007, sh.49-76.

Terk suçu 765 sayılı Eski TCK döneminde ise görevin ihmali çerçevesinde üç ayrı hükümde öngörülmüş ve bunlar şu şekilde düzenlenmiş idi:

"*Madde 473 - Her kim muhafazası kendisine ait olan on iki yaşından aşağı bir sabiyi veya müptela olduğu akıl veya beden hastalığından dolayı kendisini idare edemiyen bir kimseyi kasten kendi başına terkeder ise üç aydan otuz aya kadar hapse mahkum olur.*

Eğer bu terk fiilinden o kimsenin vücuduna veya sıhhatına büyük bir zarar gelmiş veya aklı teşevvüşe uğramış ise failin cezası beş seneye ve telef vukua gelmiş ise on seneye kadar ağır hapistir.

Madde 474 - Aşağıda gösterilen hallerden biri varsa yukarki maddede yazılı cezalar üçte bir miktarı çoğaltılır. Bu haller:

1 - Terkolunan mahallin insandan hali bulunması,

2 - Bir şahsın kendi meşru evladını veya kendinden olduğunu ikrar eylediği çocuğunu veya evlatlığa kabul ettiği bir çocuğu veya bunların o kimseyi terketmiş olmasıdır.

Madde 475 -Yukarıdaki maddelerde gösterilen terk fiilleri kendisinin veya karısının veya anasının veya evlat ve ahfadının veya kız kardeşinin namusunu kurtarmak için doğumundan henüz beş gün geçmemiş gayri meşru bir çocuk aleyhine işlenmiş olursa fail hakkında mezkur maddelerde yazılı cezalar altıda birden üçte bire kadar indirilir."

Eski ve Yeni TCK hükümleri karşılaştırıldığında[2] yeni düzenlemenin eskisine nazaran daha sade olduğu ortaya çıkmaktadır. 765 sayılı Eski TCK'nun 475. maddesinde yer alan hafifletici sebebin yeni Kanunda yer almaması olumludur. Çünkü kişinin bir başkasının onur ve şerefini kurtarmak maksadıyla kendisini idare etmekten aciz bir bebeği terk etmesi sonucu, belki de bebeğin yaşam hakkına dokunabilecek bir fiil ortayaçıkacaktır. Bu da ihlal edilen ve korunan menfaat yönünden büyük bir dengesizlik yaratacaktır. Bu nedenle suç ve ceza politikası yönünden eski düzenlemenin yeni TCK'da yer almayışı olumludur. Nitekim doktrinde de söz konusu hükümle ilgili olarak çağdışı bir düzenleme nitelendirilmesi yapılarak, 5237 sayılı TCK'da yer almayışı isabetli bulunmuştur[3].

---

2 Ayrıntılı karşılaştırma için bkz., ÇAKMUT YENERER, agm., sh.50-52.

3 ÖZBEK Veli Özer/ KANBUR Nihat/ DOĞAN Koray/ BACAKSIZ Pınar/ TEPE İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin, Ankara 2012, sh.289.

II. TERK SUÇUNUN UNSURLARI

Terk suçu, korunan hukuki menfaat, suçun fail ve mağdurları, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur bakımından düzenlendiği kişilere karşı suçlar başlığı taşıyan kısım da dikkate alındığında bu kısımda yer alan bir takım fiillerden ayrılmaktadır.

A. Korunan Hukuki Menfaat

Terk suçu TCK'nın özel hükümler bölümünde kişilere karşı suçlar kısmında eziyet maddesinden hemen sonra düzenlenmiş bir fiildir. Bu bir tesadüf değildir. Kanun koyucunun terk ile ilgili hükmü bu kısımda düzenlemekteki maksadını, korumayı amaçladığı hukuki menfaatte aramak gereklidir.

Terk suçu ile korunmak istenen hukuki menfaati kendilerini idare edemeyecek olan kişilerin vücut bütünlükleri ve yaşam hakları olarak belirtmek mümkündür. Kendisini idare edemeyecek olan kişinin terki halinde terk edilen kişinin durumu dikkate alındığında başkaca menfaatlerde devreye girebilir. Koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişilerin bu yükümlülüklerini yerine getirmelerinden beklenen sosyal fayda da hukuki menfaat olarak ortaya konulmaktadır[4]. Onuru, saygınlığı gibi menfaatlerde söz konusu olabilir ancak bunlar tali niteliktedir.

B. Fail

Suçun faili, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek olan kimseyi koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişidir. Koruma ve gözetim yükümlülüğünden maksat, kendisini gerek yaşı gerek ise hastalığı nedeni ile idare edemeyecek durumda bulunan kişiyi terk edenin bu yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden[5], bir mahkeme kararından ya da fiili bir durumdan[6] kaynaklanabilir[7]. Bakma yükümlülüğüne ilişkin sözleşmenin yazılı olmasına gerek yoktur, yeter ki bakma yükümlülüğünün olduğu anlaşılabilir

---

4 ÇAKMUT YENERER, agm. , sh. 57.

5 ARTUÇ Mustafa/GEDİKLİ Cemil, Yeni Yargıtay Kararları Işığında TCK-CMK-CGİK Çocuk Koruma Kanunu ve 5560 Sayılı Kanunla Getirilen Yenilikler, Ankara 2007, sh.89-90.

6 CENTEL Nur; İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK.m.83, 88/2), in Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof.Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:18, İstanbul 2010, sh.81.

7 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin, Ankara 2012, sh. 263.

olsun[8]. Yargıtay 4 CD.'nin bir kararında sanığın metresine ait bir çocuğu muhafazaya mecbur olmamakla birlikte çocuğu almakla küçüğün muhafazasını kabullenmiş ve çocuğun muhafazadan yoksun halde bırakılması ile suçun da oluşmuş sayılacağına karar vermiştir[9]. Bu önemli bir karardır. Zira kişinin üstlendiği sorumluluğu kiminle ilgili olursa olsun yerine getirmesini gerekli kılmaktadır.

Koruma ve bakım yükümlüğü altında bulunan kişi ile terk edilen kişinin bir arada yaşaması zorunluluğu yoktur. Buna örnek olarak yaşlı annesini haftanın belirli günlerinde ziyaret ederek kendisine gerekli yiyecek, ilaç ve benzeri ihtiyaç maddeleri götüren kimse bakım ve muhafaza yükümlülüğünü yerine getirirken; kendisi ile birlikte yaşayan yatalak ve yaşlı annesinin hiçbir ihtiyacını karşılamayan kişi, söz konusu yükümlülüğe aykırı hareket etmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde suçun faili yönünden özgü bir durum olduğunu söylemek mümkündür[10]. Fail herkes değil, kendini idare edemeyecek olan kimseyi koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişi olacaktır.

C. Mağdur

Terk suçunun mağdurunu maddenin lafzında aramak gerekir. Buna göre TCK.m:97/1. de *"yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan"* kimse suçun mağduru olacaktır. Burada mağdurun kadın ya da erkek olmasının bir önemi yoktur. Burada önemli olan unsurlar mağdurun yaşı veya hastalığıdır[11]. Madde metninde belirtilen yaştan maksat, mağdurun küçük ya da ileri yaşa gelmiş ve kendisini idare edemeyecek durumda bulunan bir kişi olduğunu belirtmektir. 765 sayılı Eski TCK'nun 473. maddesi, kendisini idare edemeyecek durumda olanlarla birlikte, oniki yaşından küçüklerin durumunu da dikkate almış; oniki yaşından küçük olanların kendilerini idare edemeyecek durumda olmalarını kati olarak kabul ederek, ileri yaşta bulunan kişilerin

---

8 BAYRAKTAR Köksal/ EROĞLU Fulya, Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Kanunu Çerçevesinde Genel Bir İnceleme, in Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erhan Adal'a Armağan, İstanbul 2012, sh.70-71; YENERER ÇAKMUT, agm., sh. 59.

9 4. CD., 30/04/1948, E. 4404, K. 5292; nakleden, DÖNMEZER Sulhi; "Kişilere ve Mala Karşı Cürümler", Beta, Onaltıncı bası, Eylül 2001, İstanbul, sh. 244.

10 HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara 2010, sh.123.

11 ÇAKMUT YENERER, agm. sh. 59.

kendisini idareden aciz oluşunu akıl ve beden hastalığına bağlamıştır[12]. 5237 sayılı TCK yaş ile ilgili olarak bir belirlemede bulunmamıştır[13]. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus yürürlükteki düzenlemede herhangi bir yaş belirlemesi yapılmadığından yaşı dolayısıyla kendisini idare edemeyecek durumda bulunan kişi diyerek, hakimden her olayda küçük yaşta ya da ileri yaşta bulunan bir kişinin terki halinde kendisini idareden yoksun olup olmadığının değerlendirmesi beklenenecektir. Fransız Yeni Ceza Kanunu'nda terk suçunun 223-3 ve 223-4. maddelerinde hüküm altına alındığını, fakat onbeş yaşından küçük olanların terkini "Küçüklere ve Aileye Karşı Suçlar" başlıklı Fasılda yer alan 227-1 ve 227-2. maddelerinde ayrıca düzenlendiğini görmekteyiz.

Fransız Yeni Ceza Kanunu, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi belli bir yaş grubuna giren küçüklerde kendisini idare etmekten yoksun bulunması şartını aramaksızın koruma altına almıştır. Buna göre onbeş yaşa kadar olan küçükler açısından kendisini idare etmekten yoksun olma durumunu ispata gerek yoktur. Ayrıca belirtmek gerekir ki küçüklerin terki halinde ceza sorumluluğu daha da ağırlaşmakta ve kendisini idare edemeyecek durumda olanların terki halinde öngörülen yaptırım beş sene hapis cezası iken küçüklerin terki halinde bu süre yedi yıl olarak öngörülmektedir[14].

Hastalığın, "*mağdurun kendisini idare edemeyecek hale gelmesini sonuçlayan her türlü bedensel ve akli değişiklikleri, nedeni ile uğraşmaksızın, hastalık saymış bulunacağını kabul etmek maslahata uygunluk bakımından*" yerinde olacaktır[15]. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25/01/1982 tarihli bir kararında, *"fiziki ve akli melekelerinde maluliyet nedeniyle, kendini idareye muktedir olmayan ve bakıma muhtaç bulunan kocasını bakım mükellefiyetinden kurtulmak amacı ile evden atmak, ısrara rağmen ve almamak suretiyle, kendi başına terketmekten, sanığın terk fiilinden cezalandırılmasına karar verilmiştir"* [16]

---

12 DÖNMEZER, age., s.243.

13 SOYASLAN Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, sh.210; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh.289; ÇAKMUT YENERER, agm., sh.51;

14 Art 227-1: *Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)* Le délaissement d'un mineur de quinze ans en un lieu quelconque est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100000 euros d'amende, sauf si les circonstances du délaissement ont permis d'assurer la santé et la sécurité de celui-ci.; http://www.legifrance.com/WAspad/RechercheSimpleArticleCode .

15 DÖNMEZER, age. sh. 243

16 SAVAŞ, Vural, MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık "Türk Ceza Kanununun Yorumu", Seçkin Yayınevi, Ocak 1995, Ankara.

Kanun küçükler dışında "*kendini idare edemeyecek durumda olan*" kişilerin terkini de hüküm altına almıştır. 765 sayılı Eski TCK, oniki yaşından küçüklerin kendilerini idare edemeyecek durumda olduklarını kati olarak kabul etmiştir. 5237 sayılı TCK'na göre yaş sınırlaması belirtilmediği için küçük kabul edilen yani sıfır ile onsekiz yaş arasındaki grupta yer alan çocukların kendilerini idare edemeyecek durumda olmaları şartını ispat gerekecektir. Bu durum, ileri yaşta olan ve kendisini idare edemeyecek durumda bulunan kişiler bakımından da geçerlidir. Ancak söz konusu Kanunda öngörülmüş olan yaşın, ileri yaşta bulunan kişileri tespit bakımından nasıl değerlendirileceği önemli bir sorun teşkil edebilecektir. Mağdur, terkedilmiş olmanın verdiği tehlikelerden kendisini kurtarmaktan aciz ise söz konusu şart gerçekleşmiş olacaktır[17] .

D. Maddi Unsur

"Terk", suçun maddi unsurunu oluşturan hareket kısmıdır. Terk, muhafaza altında bulunan kişiyi, başkası tarafından alınacağı muhakkak olsa bile, herhangi bir yerde bırakmak suretiyle fiilen himaye ve muhafazadan yoksun bir hale düşürmek, etki ve nüfuz dışında bırakmak demektir[18]. Terk fiili bir kişiyi bırakmaktır, bundan başka hareketler ne kadar gayriahlaki olsa da, örneğin, koruma ve bakıma muhtaç kişiye barınak ve yiyecek veriyor olsa bile zorla dilencilik ya da fuhuş yaptırmak terk manasına gelmemektedir[19].

Bir başka örnekte, bakmakla yükümlü olduğu akrabasını terk etmemekle birlikte kendisine bakmaktan aciz olan bu kişinin ihtiyaçlarını karşılamaz ise yine terk suçu gerçekleşmiş olmayacak ancak aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali (TCK.m.233/1) veya kötü muamele (TCK.m.232/1) suçları söz konusu olabilecektir[20].

Terk bir tehlike suçudur. Zarar suçu olmadığı için mağdurun zarar uğramış olması aranmaz[21]. Ancak mağdurun yaralanması ya da ölmesi duru-

---

17 EREM Faruk; "Türk Ceza Hukuku, Özel Hükümler"; cilt:IV, Seçkin Kitabevi; Üçüncü baskı; Ankara, 1985, s. 514.

18 DÖNMEZER, age. s. 240

19 EREM, age. s.518.

20 ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, Filiz Kitabevi; İstanbul 1994; sh. 202; NUHOĞLU, Ayşe; Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul 2009, sh. 156; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.266

21 ÇAKMUT YENERER, agm., sh.64.

munda bir zarar meydana gelmiş olacak ve bu da suçun nitelikli hali içinde değerlendirilecektir. Suçun basit hali bakımından mağdurun terk edilmiş olması yeterlidir. Terkin süresinin bir önemi olmayıp, burada aranan geçirilen sürenin mağdurun üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığıdır[22]. Sürenin uzunluğu kısalığının bir önemi olmamakla birlikte yine de sürenin terk bakımından değerlendirilebilmesi için yeterli ve gerekli bir süre olması gereklidir, aksi halde çocuğunu marketten süt almak için otomobilde bırakan bir ebeveynin durumundan terk fiili tartışılabilir olacaktır.

Terkin gerçekleşmiş olup olmadığının her olayda hakim tarafından incelenmesi gereklidir. Yargıtay 8.CD.'nin bir kararında çocuğunu eşi ile arasındaki anlaşmazlık nedeni ile içinde oturulan ve eşinin yakınlarına ait evin balkonuna bırakıp giden annenin eylemini terk olarak değerlendirmemiştir[23]. Yargıtay terk suçunu değerlendirirken terkedilen kişinin hiç kimsenin bakım ve muhafazasına konulmaksızın tek başına bırakılmasını anlamaktadır. Nitekim, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin vermiş olduğu bir kararda " Küçük çocuğunu **kendi başına terk ettiği** anlaşılan sanığın eyleminin TCK.nun 473/1. madde ve fıkrasında tanımı yapılan suçu oluşturduğu, **sanığın çocukla ilişkisini kestikten sonra bir rastlantı sonucu** çocuğun başka bir kişi tarafından koruma altına alınmış olması suçun oluşumuna engel olamayacağı gözetilmeden beraat kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir"[24]. Burada kendisini idare edemeyecek olan bir kişinin kendi haline terk edilmesi gerekmekte, rastlantı sonucu bir başkasının muhafazası altına alınması suçun oluşumunu engellememektedir. Yargıtay kendisini idare edemeyecek durumda bulunan bir kişiyi bir başkasına bırakan ya da muhafaza altına alınmasını temin eden kişinin fiilini terk olarak görmemektedir. Buna ilişkin olarak, Yargıtay 8. Ceza Dairesi, " *Evlilik dışı ilişki sonucu doğurduğu çocuğunu toplumsal kaygı ve diğer endişelerle parka bırakıp ancak yakın bir yerde onu gözleyerek olay yerinden ayrılmayan, bu arada karakolca koruma altına alınması içinde bir yabancıya karakola telefon ettiren ve görevli polis memurları gelip teslim alıncaya kadar da bulunduğu yerden ayrılmayan sanık kadının, çocuğu terk kastı altında hareket ettiğinin kabulü mümkün bulunmadığı gözetilmeden hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.*"[25] şeklinde hüküm tesis etmiştir. Buna benzer karar-

22 EREM, agm., sh. 517; ÖNDER, age., sh. 202; SOYASLAN, age., sh.218; ÇAKMUT YENERER, agm., sh.64.

23 Yargıtay 8. CD., E. 2001/4558; K. 2001/15570, T. 05/11/2001.

24 Yargıtay 8.CD., E. 2002/3874, K. 2002/6228, T. 23.5.2002.

25 Yargıtay 8. CD., E. 2001/8520, K. 2002/30, T. 14.1.2002.

lara rastlanmaktadır. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin vermiş olduğu aynı yönde bir diğer kararda da " *Sanığın çocuğunu, eşi ile boşanması nedeniyle doğum yaptığı hastaneden taburcu olduğunda, hastane bahçesinde bekleyen kişinin kucağına bırakıp geleceğini söyleyerek ayrılması olayında; kendi başına terk eyleminden söz edilemez*" denmektedir[26]. Fransız Yeni Ceza Kanunu'nun 223-3. maddesinde de TCK muadili düzenleme yer almaktadır. Buna göre; "*Yaşı, fiziksel ya da ruhsal durumu nedeniyle kendisini idare edemeyecek durumda olan bir kişiyi herhangi bir yerde terk eden hakkında beş yıl hapis cezası ve 75 000 euros para cezasına hükmolunur*." şeklinde terk suçunu hüküm altına almıştır[27].

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Terk suçu bakımından hukuka uygunluk sebepleri içerinde değerlendirilebilecek olan kavram zorunluluk halidir[28]. Bir anne ya da babanın kendi yanında kalması halinde daha kötü durumlara düşebilecek olan çocuğunu bir evin bahçesine bırakmak suretiyle bu suçu işlediğinde tabii ki olayın koşulları da dikkate alınarak zorunluluk halinin varlığı tartışılabilecektir[29].

Bunun dışında hukuka aykırılık unsurunun bir özellik göstermediği söylenebilir. Ancak doktrinde bu suçun hukukta herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin gerçekleşmesinin mümkün olmadığı da ifade edilmektedir[30].

F. Suça Tesir Eden Sebepler

Terk edilen kişinin bu terk nedeni ile hastalığa yakalanması, yaralanması veya ölmesi halinde, Kanun, netice sebebi ile ağırlaşmış suça ilişkin hükmün uygulanacağı belirtmiştir. Eski Türk Ceza Kanunu'nda ağırlaştırılmış sebepler olarak sayılan bu halde faile verilecek cezanın ne olduğu belirtilmiş ve ortaya çıkan ikinci ve ihlal edilen hukuki nitelik bakımından farklı olan neticeden

---

26 Yargıtay 8. CD., E. 2001/12459, K.2002/6308, T.27.5.2002.

27 Art. 223-3: *(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)*Le délaissement, en un lieu quelconque, d'une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. http://www.legifrance.com/WAspad/RechercheSimpleArticleCode).

28 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh. 269; BAYRAKTAR/EROĞLU, agm. sh. 74; ÇAKMUT YENERER, agm., sh.66

29 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh. 269

30 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age., sh.124.

dolayı verilecek ceza daha ağır idi. 5237 sayılı TCK'da eski düzenlemeden farklı olarak netice sebebi ile ağırlaşmış suç ile ilgili TCK'nun 23. maddesinde yer alan genel düzenlemeye atıfta bulunulmuştur. Buna göre *"Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir."* Maddenin lafzına bakıldığında meydana gelen ikinci neticeden yani terk fiilinden sonra meydana gelen hastalık, yaralama ya da ölüm halinde, failin bunlar bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması aranacaktır[31]. Fail terk ettiği mağdurun hastalanabileceğini, yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmüş olması gerekirken öngörmemiş ise bu durumda meydana gelen ikinci neticeden, bu neticelere ilişkin olarak kanunda öngörülmüş olan hükümler uyarınca yani ölüm halinde taksirle ölüme sebebiyet vermek; hastalık ya da yaralanma halinde taksirle yaralama hükümleri uyarınca cezalandırılacaktır. Nitekim ki 5237 sayılı TCK'nun 97. maddesinin 2 ikinci fıkrasında yer alan hükme ilişkin gerekçeye bakıldığında terk fiilinden sonra meydana gelen bu ikinci neticede failin en az taksir sorumluluğu bulunması gerektiği ifade edilmekle birlikte *"meydana gelen netice açısından failin çoğu zaman muhtemel kastla hareket ettiğini gözönünde bulundurmak gerekir"* açıklaması yer almaktadır.

Netice sebebi ile ağırlaşmış suçlar açısından yapılan tartışmalarda iki görüş ortaya konulmaktadır. Failin meydana gelen ikinci neticeden dolayı sorumlu tutulması gereğini objektif sorumluluk esasına dayandıran müelliflerin yanı sıra meydana gelen ikinci neticenin failin taksir derecesindeki kusuruna dayandıran müellifler de bulunmaktadır. Ancak tüm bu müelliflerin birleştikleri ortak nokta fail ikinci neticeyi kastederek terk fiilini işlemiş ise bu durumda ortada tek bir suç vardır ki bu da failin kastına göre ya kasten müessir fiil ya da kasten adam öldürmedir[32].

Yargıtay 1. Ceza Dairesi, gayrımeşru edindiği çocuğunu hali yerde terk ederek ölümüne sebebiyet veren anne hakkında TCK'nun 453. maddesi uyarınca hüküm kuran ilk derece mahkemesinin kararını bozarak suçun failinin 473. maddenin 2. fıkrası uyarınca cezalandırılması gereğini belirtmiştir[33].

---

31 ÇAKMUT YENERER, agm., sh.68.

32 DÖNMEZER, age. s. 245; EREM, age. s. 519.

33 Yargıtay 1.CD. 7/2/1984, 4488/491; YAŞAR,Osman, "İçtihatlı Türk Ceza Kanunu" Seçkin, Ankara 2001, s.1121.

Fransız Yeni Ceza Kanunu'nun 223-4. maddesi kendisini idare edemeyecek durumda olan kişinin terk edilmesi sonucunda terk edilen kişinin yaralanması veya daimi olarak sakat kalması halinde failin onbeş sene hapis cezasına mahkum edileceğini; aynı maddenin ikinci fıkrasında ise mağdurun ölmesi durumunda failin yirmi sene hapis cezasına mahkum olacağını düzenlemektedir[34].

Fransız Yeni Ceza Kanunu'nun kendisini idare edemeyecek durumda olan kişilerin dışında küçükler hakkında ayrı bir düzenleme getirdiğini daha önce belirtmiştik. Kanun'un 227-2. maddesi uyarınca, on beş yaşından küçüğün terki nedeniyle yaralanması veya sakat kalması halinde failin yirmi sene hapis cezasına; küçüğün ölmesi durumunda failin otuz sene hapis cezasına mahkum olacağı öngörülmektedir[35].

G. Manevi Unsur

Suçun manevi unsurunu oluşturan kusurluluk biçimi kasttır. Terk suçu ancak kasten işlenebilir. Saikin bir önemi yoktur[36]. Suçun taksirli hali öngörülmediğinden burada ancak terk suçunun TCK.m.97/2 de yer alan nitelikli hali bakımından netice sebebiyle ağırlaşmış halinde taksir düzeyinde kusur aranacaktır ki bu da terkin temel işleniş biçimi bakımından yapılan değerlendirmeyi etkilemez.

Fail kendisine bakamayacak olan ve kendi yükümlülüğünde bulunan kişiyi terk etmeyi bu kişinin başına gelebilecek tehlikeleri öngörecek ve isteyecektir denilmektedir[37]. Kanaatimizce failin bakmakla yükümlü olduğu kişiyi terk etmeyi istemesi yeterlidir. Bu kişinin başına gelebilecek tehlikeleri öngörmesi gerekmemektedir.

---

34 Art: 223-4: Le délaissement qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente est puni de quinze ans de réclusion criminelle. Le délaissement qui a provoqué la mort est puni de vingt ans de réclusion criminelle.; http://www.legifrance.com/WAspad/RechercheSimpleArticleCode

35 Art:227-2: Le délaissement d'un mineur de quinze ans qui a entraîné une mutilation ou une infirmité permanente de celui-ci est puni de vingt ans de réclusion criminelle.
Le délaissement d'un mineur de quinze ans suivi de la mort de celui-ci est puni de trente ans de réclusion criminelle. http://www.legifrance.com/WAspad/RechercheSimpleArticleCode)

36 EREM, age., sh.518; ERMAN Sahir/ ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994, no:283; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, AGE., sh.269; ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh.291; ÇAKMUT YENERER, agm., sh.66.

37 ÖNDER, age., sh.204; SOYASLAN, age., sh.218; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.270.

Terk suçunun olası kastla da işlenebileceği belirtilmektedir[38]. Bu çerçevede terk suçunu 5237 sayılı TCK.m.21/2 çerçevesinde yani suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işleyen fail olası kastla hareket etmiş olacaktır. Kanaatimizce failde mağdurun başına gelebilecek tehlikeleri öngörmesi aranmadığı için olası kastın varlığını araştırmaya gerek yoktur. Failde kast vardır ya da yoktur. Bu çerçevede suçun gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilecektir. Failin eyleminin sonuçlarını umursamaması aranmayacak, terk etmeyi isteyip istemediğine bakılacaktır. Nitekim kanunun lafzından da failde tehlikeyi öngörmesi, istemesine yönelik bir irade ortaya çıkmamaktadır.

H. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

Suçun özel görünüş biçimleri olarak belirtilen haller teşebbüs, içtima ve iştirak halleridir. Terk suçunda, suçun neticesi harekete bitişik suç olması sebebiyle teşebbüse müsait olup olmadığı, içtima hallerinden hangisinin mümkün olduğu ve bu suçun özgü bir suç olması sebebiyle iştirak hali tartışmalıdır.

1. Teşebbüs

Suç, failin bakmakla yükümlü olduğu kişiyi terk etmesiyle tamamlanacaktır. Burada mağdurun tehlikede olma koşulu aranmayacaktır, bir başka ifadeyle terk suçu neticesi harekete bitişik suç olup terk eyleminin gerçekleşmesi ile tamamlanacaktır. Bu çerçevede terk suçu kural olarak teşebbüse elverişli değildir[39]. Ancak yine hareket ile neticenin ayrılabildiği hallerde teşebbüsten bahsedilebilecektir (TCK.m.35). Nitekim doktrinde verilen örnekte olduğu gibi bebeğini cami avlusuna üzerinde bir notla bırakan annenin camiden çıkarken yakalanması halinde teşebbüs tartışılabilecektir[40].

Terk suçunda gönüllü vazgeçme de söz konusudur (TCK.m.36). Ancak gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi için neticenin gerçekleşmemesi gereklidir. Doktrinde verilen örnekte olduğu gibi kişi bakmakla yükümlü olduğu kişiyi önce terk edip, sonra pişman olup da geri gelir ise artık terk suçu gerçekleşmiş olacağı için neticeyi önlemesinin mümkün olmaması sebebiyle artık gönüllü vazgeçmenin faal nedamet biçiminden faydalanamayacaktır, takdiri indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir[41].

---

38 ÇAKMUT YENERER, agm., sh.67, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age., sh.271.

39 ÇAKMUT YENERER, agm., sh. 71.

40 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; age., sh. 273.

41 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, age., sh. 124.

2. İçtima

Terk suçunda içtima açısından herhangi bir özellik yoktur. Gerçek içtima kuralları geçerlidir. Kanaatimizce terk suçunda zincirleme suçun bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla kere işlenmesi halini öngören biçiminin (TCK.m.43/1) gerçekleşmesi mümkün değildir[42]. Terk suçunun gerçekleşmesi için bakmakla yükümlü olduğu ve kendisine bakamayacak durumda olan kişi muhafazasız kendi haline bırakılmaktadır. Bu bırakma gerçekleştikten sonra araya giren zaman, bırakan kişinin geri dönmesi ve tekrar terk etmesi kanaatimizce ikinci bir terk suçunu meydana getirecektir.

Bununla birlikte birden fazla kişiyi aynı anda terk eden (TCK.m.43/2) failin durumu zincirleme suç bakımından değerlendirilebilir[43]. Bu halde terk suçunun nitelikli hallerinden birinin gerçekleşmesi durumundan zincirleme suçtan değil bağımsız adam öldürme, yaralama suçlarından bahsedilecektir ki nitekim TCK.m.43/3 de bu değerlendirmeyi desteklemektedir.

3. İştirak

Terk suçu mahsus, özgü bir suç olması sebebiyle ancak özel faillik özelliği taşıyan kişi fail olabilir (TCK.m.40/2). Bu çerçevede terk suçuna iştirak eden diğer kişiler ancak azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu olur. Örneğin bakmakla yükümlü olduğu hasta kişiyi terk etmesi için manevi kuvvet ve destek veren kişi azmettiren olarak değerlendirilebilir.

I. Yaptırım Ve Muhakeme

Koruma ve bakıma muhtaç bir insanı terk eden kişi hakkında üç aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki 765 sayılı Eski TCK'nda bu suç için öngörülen ceza üç aydan otuz aya kadar hapis cezası olup yeni hüküm cezanın üst sınırını azaltıp fail bakımından lehe olarak değiştirilmiştir. Fransız hukukuna bakıldığında Fransız Yeni Ceza Kanunu bu konuda daha katı bir yaklaşım sergilemekte ve ceza olarak da beş sene hapis cezası ve 75 000 euros para cezasına birlikte hükmedileceğini öngörmektedir.

Terk suçunun muhakemesi, bir başka ifadeyle soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Görevli mahkeme ise sulh ceza mahkemesidir.

---

42 Aynı yönde, TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, age, sh.273; Aksi görüş için bkz., ÖZBEK/ KANBUR/ DOĞAN/ BACAKSIZ/ TEPE, age., sh.292

43 ÇAKMUT YENERER, age., sh.73.

III. SONUÇ

Terk suçu, TCK'nun yerinde bir şekilde kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenmiş önemli, fakat uygulamada nadir karşılaşılan fiillerdendir. Uygulama derken tabii ki yargı uygulamasından bahsedilmektedir. Ancak toplumsal olgu olarak ne yazık ki terk fiili sıklıkla karşılaşılan bir olgudur. Bu durumun yargıya yansımamasının sebebi ise çoğunlukla bakıma muhtaç olan kişinin ölümü dolayısıyla fiillerin ispat edilememesidir. Halbuki bu ölüm neticesi terk nedeniyle olup TCK.m.97/2 bağlamında suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir.

Terk suçu gerek fail yönünden gerek mağdur yönünden özgü bir suç olmakla ilginç bir suç tipidir. Gerçekten de failin kanundan, sözleşmeden, fiili ya da doğal bir durumdan kaynaklanan yükümünün bulunması; mağdurun da bakıma muhtaç bir kişi olması gerekmektedir ki söz konusu terk suçu gerçekleşebilsin.

Terk suçunun gerçekleşmesi için failde terk iradesi olmalıdır. Bir başka ifadeyle fail bilerek ve isteyerek bakmakla yükümlü olduğu kişiyi terk etmelidir. Aksi halde fiilin başka açılardan değerlendirilmesi, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali ya da kötü muamele gibi başka bir takım fiiller içinde değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir.

Terk suçunun toplumsal anlamda büyük önemi bulunmaktadır. Sosyal yapının gelişmişliğini de bir ölçüde ortaya koyan nadir suç tiplerinden biri olan terk suçu özellikle uygulama ile şekillenebilecek bir eylemdir.

Sibel Saldırı ve Uluslararası Hukuk Hakkında Genel Bir Değerlendirme

Dr. Şinasi Özgür MUMCU*

Uluslararası hukukun dallarından önemlilerinden biri alanlar hukukudur. Hava, kara ve deniz alanlarına ilişkin uluslararası hukuk kurallarına ilişkin bu dal uluslararası hukukun tarihi kadar eskiye gitmektedir. Uluslararası hukukun en çok üzerinde durduğu, uluslararası hukukun dünyayı biçimlendirmesi ve uluslararası hukuk süjelerinin uluslararası hukuka belki de en çok ihtiyaç duyduğu konu ise uluslararası barış ve güvenliğin korunması. Uluslararası hukukun kurucu babalarından Hugo Grotius'un en temel iki eserinin bu iki konu yani deniz hukuku[1] ve elbette bugünkü anlamında uluslararası barış ve güvenliğin korunması haliyle olmasa da savaş ve barış hukuku üzerine olmasını[2] da bu sebeple bir tesadüf olarak görmek mümkün olmayacaktır.

"Siber uzay" adı verilen kavram ise uluslararası hukukun bu iki alanının kesiştiği bir noktada belirmekte.

İlk olarak William Gibson'ın 1984 tarihli Neuromancer adlı bilimkurgu romanında kullanılan bu terim daha sonra siyaset ve hukuk alanında da yayılmıştır. Siberuzay kavramının bir çok tanımı bulunmaktadır. Bu tanımların hepsinin ortak noktası birbirleriyle etkileşim ve bağlantı içinde olan bilgisayar ağlarının oluşturdukları ortak alana işaret etmekte. Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı ise siberuzayı şu şekilde tanımlamaktadır:

"Internet, telekomünikasyon ağları, bilgisayar sistemleri bunlara içkin işlemciler ve kontrolleri içeren birbirleriyle bağlantılı bilişim teknolojisi alt-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

1 Hugo Grotius'un deniz hukukuna ilişkin temel eserinin güncel bir değerlendirmesi için: Fenstra, R, *Hugo Grotius Mare liberum, 1609-2009,* Brill, Leiden, 2009, 178 sayfa.,

2 Hugo Grotius'un Savaş ve Barış hukuku eserinin yakın zamanlı br tercümesi için: Grotius, H., *Le droit de la guerre et la paix,* Université de Caen Basse-Normandie, Caen, 2011, 1001 sayfa.

yapıları ağını içeren bilişim çevresinin içinde yer alan küresel bir alan."[3] Daha anlaşılır ve genel bir tanımı ise Avrupa Birliği'nin bilişim toplumu terimlerini genel kitleye aktarmak için kurduğu bir internet sitesinde yer almaktadır: "Dünya çapındaki bilgisayarlarındaki elektronik verilerin dolaştığı sanal dünya"[4].

Hem analoji yoluyla doğanın getirdiği hava, kara, deniz alanlarına insan yapısı bir yeni alanın eklenmesi hem de bu alanın *jus ad bellum, jus in bello,* silahsızlanma hukuku gibi uluslararası hukuk alt dallarını etkilemesi söz konusu.

Siber uzay ve uluslararası hukuk ilişkisinin bütün boyutlarını bu makalede incelemek imkan dahilinde olmadığı için, siberuzay-uluslararası hukuk ilişkisinin uluslararası barış ve güvenlikle yakından ilgili kuvvet kullanma kısmı yani siber saldırılar ele alınacaktır.

Siberuzay başlı başına uluslararası hukukun bir çok hususunu ilgilendiren bir alan. Ancak siberuzay hakkında uygulanacak uluslararası hukuk kurallarının ne şekilde oluşacağına dair tartışmalar daha çok uluslararası barış ve güvenlik ile terörizm gibi askeri-siyasi noktalarda düğümlenmekte. Bu sebeple bu makalede ilk olarak var olan uluslararası hukuk kurallarının özel olarak siber saldırı kavramıyla olan ilişkisi değerlendirilecektir.

Siber saldırı, adından da anlaşılacağı üzere siber uzay imkanları kullanılarak düzenlenen bir saldırı türü. Askeri bir kavram olarak siber saldırı ABD Genelkurmayı tarafından şu şekilde tanımlanmıştır:

"Bilgisayar ya da ilgili ağ ya da sistemleri kullanarak karşı tarafın kritik siber sistemlerini, varlıklarını ya da işlevlerini bozmak ve/veya imha etmek amacı taşıyan düşmanca eylem. Siber saldırının arzulanan etkileri sadece hedeflenen bilgisayar sistemlerinin ya da verilerinin kendileriyle sınırlı değildir; komuta-kontrol yeterliliği ya da altyapının bozulması ya da imha edilmesi amacıyla bilgisayar sistemlerine saldırılabilir. Bir siber saldırı çevresel cihazlar, elektronik vericiler, gömülü kodlar ya da canlı operatörler gibi ara dağıtım araçları kullanabilir. Bir siber saldırının aktivasyonu ya da etkileri zamansal ya da coğrafi olarak saldırının oluşmasından uzak olabilir."[5]

---

3 The Joint Publication 1-02, Department of Defense Dictionnary of Military and Associated Terms, 2009, http://www.dtic.mil/doctrine/new_pubs/jp1_02.pdf#search="cyber%20space"

4 European Commission. "Glossary and Acronyms", http://ec.europa.eu/information_society/tl/help/glossary/index_en.htm#c.

5 Cartright, J.E., Vice President of the Joint Chiefs of Staff, "Joint Terminology for the Cyber Space Operations", *Memorandum for Chiefs of the Military Services of the Combatting Commands of the Directors of the Joint Staff Directorates, Joint Terminology for the Cyber Space Operations*, 2011, s. 5

Siber saldırı kavramının 14 sene önce ABD Savunma Bakanlığı tarafından sadece "Bilgisayarlarda, bilgisayar ağlarında bulunan bilgilerin ya da bizzat bilgisayar ya da bilgisayar ağlarının kesintiye uğratılması, bozulması ya da imha edilmesi"[6] şeklinde tanımlanmış olması da kavramın askeri çevrelerde ne derece önem kazandığına işaret etmektedir.

Siber saldırının askeri terminolojide yer alması bu terimin karşıladığı kavramın herhangi bir siber suçtan farklı olduğuna da işaret etmekte. Bu sebeple kavramı devletler arasında ya da devletler adına hareket eden kişi ya da örgütlerin başka devlete yönelik siber uzay imkanlarıyla gerçekleştirdiği saldırı şeklinde anlıyoruz. Siber saldırının olmazsa olmaz koşulunun saldırının milli güvenlik ya da siyasi saiklerle gerçekleştirilmesi olduğunu söylemek mümkün[7]. Bu yanıyla da bir ceza hukuku terimi olan siber suçlarla benzerlik gösterse de ondan ayrılmakta.

Siber saldırı tanımının son yıllarda genişleyip, ayrıntılı hale gelmesinin başlıca sebebi siberuzayın genişlemesi. Ancak somut bazı gelişmeler de uluslararası toplumun siber saldırı konusuna yoğunlaşmasına sebep olmuş durumda. Siber saldırı ya da siber savaşa ilişkin yapılan neredeyse her çalışmada bahsedilen üç olayın, siber saldırı kavramını ve uluslararası hukukun bu kavrama ne şekilde uygulanacağını anlamak için test olarak kullanılmakta olduğu tespitini yapabiliriz[8].

Bu olaylardan ilki, 2007 senesinde Estonya'nın maruz kaldığı siber saldırıdır[9]. Hatta bazı yazarlar Estonya'nın uğradığı siber saldırının, Avusturya Macaristan veliahtı Ferdinand'a düzenlenen suikastin I. Dünya Savaşı'nı başlatması kadar gözden kaçırılamayacak tetikleyici bir eylem olduğunu ileri sürecek kadar bu olaya önem vermektedir[10].

---

6 Joint Chief of Staff, Joint Pub 3-13, Joint Doctrine for Information Operations GL-5, zikreden Buchan R., "Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?", *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 17, n. 2, 2012, s. 220

7 Hathaway O., Crootof R. et al., "The Law of Cyber Attack", California Law Review vol. 100, n.817, 2012, s. 821

8 Stuxnet olayı haricinde, Gürcistan, Estonya ve Beyaz Rusya ile Litvanya'da gerçekleşen siber olayların bir incelemesi için bkz: Tikk, E., Kaska K., Vihul L., *International Cyber Incidents-Legal Considerations,* Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, Talinn, 2010, 130 sayfa

9 Wired Magazine, "Hackers Take Down the Most Wired Country in Europe", 21.08.2007, http://www.wired.com/politics/security/magazine/15-09/ff_estonia?currentPage=all

10 Carr, J., *Inside Cyber Warfare-Mapping the Cyber Underworld,* O'Reilly, 2010, ss: 181-182

Bu olaydan hemen bir sene sonra Rusya-Gürcistan savaşı esnasında Gürcistan'ın da Estonya'ya benzer bir siber saldırıya maruz kaldığını gözlemliyoruz[11]. Bu iki olayı ise İran'ın uranum zenginleştirme programının Stuxnet adında bir solucanla çok ciddi bir şekilde sekteye uğratılması izledi[12].

Estonya'da 2007'de gerçekleşen olay, Estonya hükümetinin Sovyetler Birliği'nin2. Dünya Savaşı'nda kazanılan zaferi anmak için diktiği bronz asker heykelini kaldırmasıyla Estonya'da başlayan sokak eylemleriyle yakından ilgili. Estonya cumhurbaşkanlık, başbakanlık, bütün bakanlık sitelerini, elektronik bankacılık hizmeti veren özel bankaların sitelerini, haber sitelerini ve internet servis sağlayıcılarını hedefleyen ve yaklaşık on iki gün süren saldırı elektronik devlet uygulamalarının çok yaygın olduğu Estonya'da hayatı felce uğratmış, ekonomik zarara sebep olmuş ve Estonya'nın ülkede olan bitenleri dış dünyaya sağlıklı bir şekilde iletmesini engellemişti[13]. Saldırıların Rusya kaynaklı olduğu bilinmesine ve bazı uzmanların saldırının boyutları sebebiyle arkasında Rusya hükümetinin olduğunu tahmin etmelerine rağmen[14] saldırının Rusya'ya atfedilebilmesi mümkün olmamıştır.

Estonya olayınında o zamana kadar sadece teorik olan siber saldırının somutlaşması ve ciddi sonuçlar doğurabildiğinin görülmüş oldu. Gürcistan'ın 2008'de maruz kaldığı siber saldırı da Estonya'da 2007'de gerçekleşen saldırıyla benzerlikler taşımakta. Rusya ve Gürcistan arasında yaşanan silahlı çatışmanın öncesi ve süresince Gürcistan hükümet siteleri ve internet servis sağlayıcıları saldırıya uğraması sebebiyle Gürcistan hükümetinin vatandaşları ve diğer devletlerle kurduğu iletişim sekteye uğratan bu siber saldırı, ilk defa olarak fiziki bir silahlı çatışmaya siber saldırının eşlik etmesi şeklinde yorumlanmıştı[15]. Estonya olayında olduğu gibi Gürcistan'da da saldırının biraz sonrasında ve saldırı süresince ülkeyle silahlı çatışma halinde olan Rusya hükümetinin siber saldırının arkasında olduğu düşünülse de, saldırı Rusya'ya atfedilememiştir. Uluslararası hukukta atfedilebilirlik kurallarının siber saldırı konusuna nasıl uygulanacağını ileride inceleyeceğiz.

---

11 Swanson L., "The era of cyber warfare, Applying international humanitarian law to the 2008 Russian-Georgian Cyber Conflict", Loyola of Los Angeles International & Comparative Law Review, vol. 32, 2010, ss: 303-333

12 Fidler, D.P., "Recent Developments and Revelations Concerning Cybersecurity and Cyberspace: Implications for International Law", http://www.asil.org/insights110608.cfm

13 Tikk, E., Kaska K., Vihul L., *International Cyber Incidents- Legal Considerations, op.cit.,* pp: 24-25

14 The Economist, "Cyber Warfare: Newly Nasty", 24 Mayıs 2007, http://www.economist.com/node/9228757

15 Swanson L., *loc. Cit.,* p. 304

Estonya ve Gürcistan siber saldırılarının bir ortak özelliği ise iki saldırının da aynı yöntemi kullanması olarak beliriyor. DDoS[16] saldırısı die bilinen bu yöntem hedeflenen internet sitelerinin sık aralıklarla ve ısrarla ziyaret edilmesi neticesinde sitelerin talebe cevap veremeyerek çökmesine dayanmakta. DDoS saldırısına virüs bulaştırılarak ele geçirilen saldırıdan habersiz kişi ya da kurumların bilgisayarlarının kullanılması söz konusudur. Estonya'ya yapılan saldırıda bu şekilde yaklaşık 1 milyon bilgisayarın kullanıldığı tahmin edilmektedir[17].

2010 senesinde İran'ın uranyum zenginleştirme programına yönelik siber saldırı ise başka bir yöntem kullanılarak gerçekleştirilmişti. Stuxnet adı verilen bir solucan bulaştığı bilgisayar ağlarında Siemens firmasının SCADA yazılımı bulunmaktaysa kendini aktive ederek bilgisayar ağına zarar verme özelliğini taşımaktadır. SCADA yazılımı ise endüstriyel donanımı kontrol eden ve özel olarak da motorları regüle edip, valflerin açılıp kapanmasını sağlama işlevi görmektedir. İçinde SCADA yazılımı bulunan bir bilgisayar ağına bulaşan Stuxnet virüsü ise bu endüstriyel donanımın işleyişine doğrudan etki ederek sanaluzay dışında gerçek dünyada fiziki bir etki yaratabilmek özelliği taşımaktadır[18].

Stuxnet'in uranyum zenginleştime amacıyla kullanılan santrfüjlerin hızını kontrol eden SCADA yazılımını manipüle ederek İran'ın toplam santrfüj sayısının beşte birine denk gelen Natanz santralindeki 1000 adet santrfijün çalışma hızını arttırarak kullanılmaz hale gelmesine yol açtığı ileri sürülmektedir[19]. Bu siber saldırının fiziki etkileri sonucunda İran'ın nükleer bomba olabilecek miktarda uranyum zenginleştirebileceği tarihin 2015'e atıldığı İsrail parlamentosuna Mossad başkanı Meir Dagan tarafından açıklanmıştır[20].

---

16 Distributed Denial of Service

17 Brenner. S.W., *Cyberthreats-The Emerging Fault Lines of the Nation States,* Oxford University Press, 2009, p. 2

18 Richmond J., "Evolving Battlefields: Does Stuxnet Demonstrates a Need for Modifications to the Law of Armed Conflict", *Fordham Journal of International Law,* vol. 35, n. 3, ss: 850-852

19 Albright D., Brannan P., Walrond C., "Did Stuxnet Take Out 1.000 Centrifuges in at the Natanz Enrichment Plant", Institute for Science and International Security, 22 Aralık 2010, http://isis-online.org/isis-reports/detail/did-stuxnet-take-out-1000-centrifuges-at-the-natanz-enrichment-plant , Sanger D.E., "Obama Order Speed Up Wave of Cyberattacks Against Iran", New York Times, Haziran 2012, http://www.nytimes.com/2012/06/01/world/middleeast/obama-ordered-wave-of-cyberattacks-against-iran.html?pagewanted=all

20 Broad W.J., "Israeli Test on Worm Called Crucial in Iran Nuclear Delay", The New York Times, 15 Ocak 2011, http://www.nytimes.com/2011/01/16/world/middleeast/16stuxnet.html?pagewanted=all

Stuxnet'in bu denli belirli ve dar bir hedefe yönelik tasarlanmış olması, yapısının karmaşıklığının gerektirdiği mali külfet saldırının ABD ve/veya İsrail tarafından düzenlendiğinin ileri sürülmesine yol açmıştır[21]. Estonya ve Gürcistan siber saldırılarının Rusya'ya atfedilememesi gibi Stuxnet saldırısı da hukuken ABD ya da İsrail' e atfedilememiştir[22].

Jus ad bellum devletlerin kuvvet kullanmasının hangi durumlarda hukuka uygun olacağınına ilişkin hukuk rejimidir. Birleşmiş Milletler Şartı'nın kuvvet kullanmayı yasaklayan 2. Maddesinin 4. Fıkrası ile meşru müdafaa rejimini düzenleyen 51. Maddesi ile BM Şartı'nın kollektif güvenlik mekanizmasının ne şekilde işleyeceğini belirleyen Şart'ın VII. bölümü bu rejimin ana hatlarını belirler.

Siber saldırının kuvvet kullanma, meşru müdafa, karşı tedbir, kollektif güvenlik mekanizmalarıyla ilişkisi siber saldırının fiziki zarar verebilecek bir aşamaya gelmeye başladığı 2007'den sonraki gelişmelerle gündeme gelmiş değildir. Bilgisayar ağlarına yapılabilecek saldırıların uluslararası hukukta kuvvet kullanma rejimine muhtemel etkileri üzerine 90'lı yılların sonlarından itibaren özellikle ABD'li askeri hukukçular tarafından çalışmalar yapıldığı dikkat çekmektedir[23].

Birleşmiş Milletler Şartı'nın 2. Maddesinin 4. Fıkrası uluslararası hukuktaki kuvvet kullanma yasağını ortaya koyan ve bugün uluslararası hukukun emredici kurallarından biri olduğu kabul edilen normun temel soyut düzenlemesidir[24]:

---

21 Richmond J., *loc. Cit*, s. 855

22 Hukuken ispatlanması çok güç olsa da ABD başkanı Obama'nın kitle imha silahlarıyla mücadeleden uzman stratejisti Gary Samore'un "İran'ın santrfüjlerle ilgili bir sorun yaşadığı memnuniyetle duyduk, ABD ve müttefikleri bu sorunu daha da karmaşıklaştırmak için çalışmaktadır" ifadesi Stuxnet'in arkasında ABD ve İsrail'in bulunduğu iddialarının kamuoyunda yaygın olmasının sebebi olarak gösterilebilir, Broad W.J., *loc. Cit*.

23 Schmitt M.N., "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 37, 1999, ss: 885-937

24 Uluslararası Adalet Divanı hakimlerinde Schwebel'in şu ifadesi uluslararası toplumun konu hakkındaki genel görüşünü özetlemektedir: "Jus cogens'in kapsamı hakkında tam bir fikir birliği olmasa da, hatırlatmak gerekir ki Uluslararası Hukuk Komisyonu'nda ve Viyana Andlaşmalar Hukuku Konferansı'nda, şayet jus cogens'in bir çekirdeği varsa bunun da 2. Maddenin 4. Paragrafı olduğu konusunda genel bir uyuşma vardır.", Uluslararası Adalet Divanı, , Nikaragua'da ve Nikaragua'ya Karşı Militer ve Paramiliter Faaliyetler Davası (Hakim Schwebel'in karşı görüşü), (Nikaragua ABD'ye karşı), 26 Kasım 1984, http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=66&case=70&code=nus&p3=4

"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar".

Bu maddede geçen "kuvvet kullanma" kavramı iktisadi ya da siyasi kuvvet kullanmayı değil askeri tedbirler içeren kuvvet kullanmayı karşılamaktadır. Kuvvet kullanma ise Uluslararası Adalet Divanı'nın uluslararası hukukun bir çok konusu hakkında görüşlerini bildirmesine vesile olan Nikaragua'da ve Nikaragua'ya karşı Militer ve Paramiliter Faaliyetler davasında ikiye ayrılmıştır. Karar "kuvvet kullanma"yı daha ağır ve daha az ağır olarak ikili bir ayrımı tabi tutmaktadır[25]. Daha ağır diye nitelenenler "silahlı saldırı" niteliği taşırken daha az ağır olanlar ise askeri tedbir içermekle beraber örneğin basit sınır çatışmaları gibi silahlı saldırı olarak değerlendirilmeyecektir[26].

Kuvvet kullanmanın "askeri saldırı" olarak değerlendirilmesinin önemi Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51. Maddesinde düzenlenen meşru müdafa hakkının kullanılması açısından önemlidir. Sözkonusu maddeye göre BM Şartı'nın "(...) hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez.". Dolayısıyla ancak "silahlı saldırı" şeklinde anlaşılabilecek hallerde devletler bu saldırıyı bertaraf etmek amacıyla gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uyarlarsa meşru müdafa hakkını hukuka uygun bir şekilde kullanmış olabileceklerdir.

Dolayısıyla bir "siber saldırı" silahlı saldırı olarak değerlendirilirse saldırıya maruz kalan devlet meşru müdafa hakkını kullanabilecekken, "siber saldırı" bir silahlı saldırı olarak değil de kuvvet kullanmanın daha az ağır bir hali olarak gerçekleşirse saldırıya uğrayan devlet meşru müdafa hakkından istifade edemeyecektir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Saldırı'nın tanımına ilişkin aldığı 3314 sayılı kararın ekinde saldırıyı "silahlı kuvvet" olarak tanımlamaktadır[27]. Sorun trojan, solucan, virüs gibi siber saldırı araçlarının silahlı saldırı anlamında silah olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin belirlenmesinde çık-

25 Uluslararası Adalet Divanı, Militarv and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua **v.** United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 191

26 *Ibid*. p. 195

27 UNGA, 3314 (XXIX), 14 Aralık 1974, http://daccess-ods.un.org/TMP/3927284.18111801.html

maktadır. Kimyevi ya da nükleer tesislerini, petrol rafinerilerini kontrol eden bilgisayar sistemlerine yapılacak bir saldırının can ve mal kaybına yol açması ihtimal dahilindedir[28].

Natanz nükleer santralinin uğradığı siber saldırı bu ihtimalin çok da uzak olmadığını göstermektedir. Bunun haricinde özellikle hava ve trafik kontrol sistemlerinin bilgisayar ağlarınca yönetildiği dikkate alınırsa konvansiyonel bir silah sayılmasa da siber saldırıda kullanılacak yöntemlerin onlar kadar can ve mal kaybına yol açabilme potansiyeli taşıdığı söylenebilir.

Kaldı ki Uluslararası Adalet Divanı da Nükleer Silahların Hukuka Uygunluğu hakkındaki danışma görüşünde silah için belirli bir tanım aramadığını belirtmiştir. Karara göre, Birleşmiş Millet Şarı'nın 2/4 maddesi, 51. Maddesi ve Güvenlik Konseyi'nin alabileceği zorlayıcı askeri tedbirleri düzenleyen 42. Maddesinde "[b]elirli bir silaha atıfta bulunmamaktadır. Bu maddeler kullanılan silahtan bağımsız olarak her kuvvet kullanımına uygulanır."[29] 11 Eylül saldırılarından sonra Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1368 sayılı kararıyla meşru müdaafa hakkını tanıması da Konsey'in kullanılma şekli ve tesirine göre yolcu uçaklarını silah kapsamında değerlendirebildiğini göstermiştir. ABD Ordusuna bağlı Siber Komutanlığın başındaki Keith Alexander'ın 2010 senesinde siber saldırıyı ABD başkanının silahlı saldırı olarak değerlendirmesi durumunda meşru müdafaa hakkına başvurabileceklerini belirtmesi[30] de siber saldırının kuvvet kullanma içinde değerlendirilebileceğini göstermektedir.

NATO bünyesinde Estonya'nın uğradığı siber saldırıdan sonra kurulan Siber Savunma Mükemmeliyet Merkezi'nin bağımsız bir uluslararası uzmanlar grubuna hazırlattığı Talinn Siber Savaşa Uygulanacak Uluslararası Hukuk Elkitabı taslak çalışmasının 11. Kuralı da benzer bir görüşü yansıtmaktadır. 11. Kural "bir siber operasyonun ölçek ve etkileri kuvvet kullanma seviyesinde değerlendirilen siber olmayan operasyonlarla mukayese edilebilir durumdaysa, o siber operasyon kuvvet kullanma oluşturur" şeklindedir[31].

---

28 Joyner C.J., Lotrionte C., "Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework", *European Journal of International Law,* vol. 12, no.5, 2001, s. 849, Diğer başka muhteme örnekler için bkz: Schmitt M.N., "Computer Network Attack and the Use of Force in International Law: Thoughts on a Normative Framework", *loc. Cit.,* s. 8

29 Uluslararası Adalet Divanı, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports,* 1996*, p. 39*

30 Waxman W.C., "Cyber Attacks and the Use of Force: Back to the Future of Article 2(4)", *Yale Journal of International Law,* vol. 36, 2011, s. 433

31 Schmitt M.N. (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, International Group of Experts Invited by the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, 2012, (taslak), http://www.ccdcoe.org/249.html

Bu durumda siber saldırının sonuçları değerlendirmeye alınacak ve bu sonuçlar siber olmayan bir saldırı tarafından gerçekleştirilseydi nasıl değerlendirilecekse o şekilde değerlendirilecektir. Talinn elkitabı taslak çalışması Nikaragua kararına paralel bir şekilde siber saldırıda bulunan gruplara özlü bir destek vererek onlara gereken siber savunmayı sağlamanın da kuvvet kullanma olarak ele alınması gerektiğini ileri sürmektedir[32].

Siber saldırının bir kuvvet kullanma çeşiti olarak ele alınabileceğine bir başka gerekçenin de Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin andlaşmaların yorumuna ilişkin maddelerinden 31. Maddenin 3. Paragrafının b fıkrası olduğu söylenebilir. İlgili maddeye göre andlaşmanın yorumlanmasında andlaşmanın bütünüyle beraber "Tarafların andlaşmanın yorumu konusundaki mutabakatını tespit eden andlaşmanın uygulanması ile ilgili daha sonraki herhangi bir uygulaması" da dikkate alınınır. Gerçekten de ABD, İngiltere ve Rusya Federasyonu'nun siber saldırıyı belli bir eşiği aşması halinde bir kuvvet kullanma olarak değerlendireceğine dair işaretler mevcuttur[33]. *Jus ad bellum* açısından olmasa da *jus in bello* açısından siber operasyonları değerlendiren Uluslararası Kızılhaç örgütü de bazı siber operasyonların Cenevre Sözleşmeleri'ne ek 1977 tarihli 1. Protokol'ün 49. Maddesinin 1. Fıkrası anlamında saldırı olarak nitelendirebileceğini ifade etmektedir. İlgili norm bir hayli sade bir şekilde formüle edilmiştir: "Saldırılar" hücum ya da savunmada, düşmana karşı şiddet eylemleri anlamına gelmektedir."

Kızılhaç örgütü bu tanım bakımından siber operasyonları şu şekilde ele almaktadır: "Şiddet eylemleri terimi fiziki kuvvete delalet etmektedir. Uluslararası Kızıl Haç Örgütü'nün de paylaştığı bu yoruma dayanarak, virüsler,

---

32 *Ibid.,* s. 48

33 ABD Başkanlığı tarafından açıklanan Siberuzay için Uluslararası Strateji belgesi bu konuda dikkat çekicidir: "Gerektiğinde Birleşik Devletler siberuzaydaki düşmanca eylemlere ülkemize yönelik herhangi bir tehdite vereceğimiz gibi cevap verecektir. Bütün devletlerin doğal meşru müdafa hakkı vardır ve siberuzayda yürütülecek bazı düşmanca fiillerin askeri andlaşma müttefiklerimize yönelik taahhütlerimiz gereği bazı fiillerde bulunmamazı gerektirebilecektir (...) askeri güç kullanmadan önce elimizden geldiğince diğer bütün seçenekleri tüketeceğiz.", *International Strategy for Cyberspace: Prosperity, Security, and Openness ina Networked World,* Mayıs 2011, www.whitehouse.gov/sites/default/files/rss_viewer/international_strategy_for_cyberspace.pdf Bu devletlerin askeri belgeleri ve devlet yetkililerinin bu yöndeki diğer açıklamaları için bkz: Roscini M., "World Wide Warfare- *Jus ad Bellum* and the Use of Cyver Force", *Max Planck UNYB*, 14, 2011, ss: 108-109

solucanlar vs. eliyle yürütülen ve kişilere fiziki zarar veren ya da bilgisayar programı ya da saldırıya uğrayan data haricinde nesnelere zarar veren siber operasyonlar "şiddet eylemi" olarak nitelenebilir."[34]

Bütün bu açıklamalara rağmen siber saldırılarının önemli bir kısmının kuvvet kullanmanın Nikaragua kararında belirlenen "daha ağır" türüne yani meşru müdafaa hakkının kullanılmasına yol açacak bir silahlı saldırı şeklinde gerçekleşmeyeceği söylenebilir. Siber operasyonların çoğunlukla kuvvet kullanmanın "daha az ağır" türüne gireceğini öngörmek mümkün. Kaldı ki Estonya'nın maruz kaldığı siber operasyondan sonraki bir tarihte toplanan 2008 NATO Bükreş zirvesinde de Doğu Avrupa devletlerinin gerektiğinde Kuzey Atlantik Andlaşması'nın 5. Maddesine başvurulmasına yönelik taleplerine rağmen, Andlaşmanın 4. Maddesinin daha uygun olacağı şeklinde görüş bildirmiştir.[35] Bilindiği üzere sözkonusu Andlaşmanın 5. Maddesi "silahlı saldırı" karşısında andlaşmaya taraf devletlerin alacağı tedbirleri düzenlerken 4. Maddesi "Taraflardan herhangi biri, Taraflardan birinin toprak bütünlüğü, siyasi bağımsızlığı ya da güvenliğinin tehdit edildiğini düşündüğü zaman, tüm taraflar birlikte danışmalarda bulunacaklardır" şeklinde düzenlenmiştir. Bu elbette 4. Maddeye başvurulmasını gerektiren durumların bir kuvvet kullanma olmadığı anlamına gelmemektedir. Andlaşmanın 4. Maddesine başvurulmasını gerektiren durum, 5. Maddede yer alan ve aslında Birleşmiş Milletler 51. Maddesine dayanan meşru müdafaa hakkının, kullanılmasıda cevaz vermeyen "daha az ağır" bir kuvvet kullanma olabileceği gibi, bu durum zamanla "daha ağır" bir kuvvet kullanma haline de gelebilir.

Uluslararası Adalet Divanı meşru müdafayla karşılık verilecek ağırlığa ulaşmayan kuvvet kullanma hallerine örnek olarak Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun devletler arasında dostane ilişkilere ilişkin almış olduğu 2625 sayılı kararında[36] belirlenmiş bazı durumları, sözkonusu kararın teamül huku-

---

34 International Committee of the Red Cross, *31st International Conference of the Red Cross and the Red Crescent- International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts*, 31IC/11/5.1.2, 2011, s. 37

35 Myrli S., NATO and Cyber Defence, 173 DSCFC 09 E bis, http://www.nato-pa.int/default.Asp?SHORTCUT=1782
NATO agrees common approach to cyber defence, 4 Nisan 2008, http://www.euractiv.com/infosociety/nato-agrees-common-approach-cybe-news-219695, zikreden , Hathaway O., Crootof R. et al., "The Law of Cyber Attack", *loc. Cit.,* s. 843

36 Tam adıyla "Devletler Arasında Birleşmiş Milletler Şartı'na Uygun Şekilde Dostane Münasebetler Kurma ve İşbirliği Yapmaya Dair Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri"

kunda *opinio juris'*i yansıttığını da belirtmek suretiyle örnek göstermektedir[37].

Siber saldırıların "içişlerine müdahale etmeme" ilkesini "ihlal etme ihtimali bir silahlı saldırı etkisi doğurmasından daha muhtemeldir. Can ve mal kaybına yol açmayan mesela finans ya da sosyal güvenlik sistemlerine yönelik ya da siber saldırılar uluslararası hukukta müdahale etmeme ilkesine aykırı olarak değerlendirilebilir[38].

Nikaragua kararı iç işlerine müdahale etmeme ilkesi şu şekilde açıklamıştır: "İlke devletlerin ya da devlet gruplarının doğrudan ya da dolaylı diğer devletlerin iç ve dış işlerine müdahalelerini yasaklar. Yasaklanmış bir müdahale devletin egemenliği ilkesince, her devletin özgürce karar verebileceği konulara ilişkin olmalıdır. Bunlardan biri siyasi, iktisadi, sosyal ve kültürel sistemin seçimi ve dış politikanın belirlenmesidir. Müdahale özgür kalması gereken bu seçimlere ilişkin baskı yöntemlerini kullanırsa hukuka aykırı olacaktır."[39]

---

37 Uluslararası Adalet Divanı, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 191. Kararda 2625 sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu kararından verilen örnekler şöyle sıralanmıştır: "Her Devletin, herhangi bir Devletin mevcut milletlerarası sınırlarını ihlâl etmek için veya ülke ihtilafları ve Devlet sınırları ile ilgili problemler de dahil, milletlerarası ihtilaf çözme aracı olarak kuvvet kullanma tehdidinden veya kuvvet kullanmaktan kaçınma görevi vardır.
Her Devletin, aynı şekilde, tarafı olduğu veya başka şekilde riayet etmeye mecbur olduğu bir milletlerarası anlaşma tarafından veya anlaşma gereğince tesis edilen ateşkes hatları gibi milletlerarası ayırma hatlarını ihlâl edecek şekilde kuvvet kullanma tehdidinden veya kuvvet kullanmaktan kaçınma görevi vardır. Aşağıda söylenen hiçbir şey, ilgili tarafların bu gibi hatların kendi özel rejimleri altındaki statü ve etkileriyle ilgili durumlarına hâlel getirecek şekilde ve bu gibi hatların geçici karakterini etkileyecek şekilde yorumlanmayacaktır.
Devletlerin, kuvvet kullanmasını içeren misilleme hareketlerinden kaçınma görevi vardır.
Her Devletin, eşit hakları ve self determinasyon hakkı ilkesinin tahlili yapılırken bahsedilen halkları, self determinasyon hakkından ve özgürlük ve bağımsızlıklarından mahrum edecek herhangi bir zorlama tedbirinden kaçınına görevi vardır.
Her Devletin, diğer herhangi bir Devletin ülkesine akın düzenlemek üzere, düzenli kuvvetlerin veya paralı askerler de dahil, silahlı çetelerin örgütlenmesini yapmaktan veya örgütlemesini teşvik etmekten kaçınma görevi vardır.
Her Devletin, diğer bir Devletteki bir iç savaşı veya terörist hareketlerini örgütlemekten, tahrik etmekten, onlara yardım etmekten veya bu hareketlere katılmaktan veya kendi ülkesinde böyle hareketlerin yapılmasına yönelik organize faaliyetlere (bu paragrafta zikredilen hareketler kuvvet kullanma tehdidi veya kuvvet kullanmayı içerdiği zaman) göz yummaktan kaçınma görevi vardır."

38 Joyner C.J., Lotrionte C., *loc. Cit.,* s. 850

39 Uluslararası Adalet Divanı, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), *loc. Cit.,* p. 205

Siberuzayda silahlı saldırı ve bunun karşılığı olarak meşru müdafanın yerinin özelikle askeri hukukçular tarafından abartıldığını düşünenler, daha muhtemel senaryonun siber operasyonların müdahale yasağını ihlal etmesi ve buna karşılık da karşı tedbirlerin alınması olduğunu ileri sürmektedir[40]. Gerçekten de müdahale etmeme ilkesine ilişkin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1981 tarihli Devletlerin İçişlerine Müdahale Yasağını düzenleyen 36/103 sayılı kararındaki şu bölüm sanal operasyonların nasıl içişlerine müdahaleye yol açabileceğini göstermektedir:

"Devletler ve halkların bilgiye açık erişim ve müdahaleye uğramaksızın bilgi ve kitlesel medyasını tamamen geliştirmek ve bilgi medyasını iktisadi, ekonomik ve kültürel çıkar ve arzuları için İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin ilgili maddelerini ve yeni uluslararası bilgi düzenini temel alarak teşvik etmek hakkına sahiptir."[41]

Bir siber operasyon "silahlı saldırı" ağırlığı taşımayan bir kuvvet kullanma, müdahale yasağının ihlali ya da her ikisi olarak değerlendirilebilir. Bu durumda meşru müdafaya değil karşı tedbir yoluna başvurulması söz konusu olacaktır. Talinn Siber Savaş Elkitabı Taslağı'nın 9. Maddesi bu ihtimali düzenlemektedir: "Uluslararası bir haksız fiille zarara uğramış bir devlet sorumlu devlete karşı siber karşı tedbirleri de içermek üzere orantılı karşı tedbirlere başvurabilir."[42] Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun uzun yıllar süren çalışması sonucu oluşturduğu ve BM Genel Kurulu'nun 2001 senesinde kabul ettiği Devletin Uluslararası Haksız Fiilden doğan Sorumluluğu'na ilişkin maddelerde de belirtildiği üzere karşı tedbirler bir uluslararası haksız fiilden zarar gören devletin bu haksız fiilde bulunan devlete karşı aldığı tek taraflı tedbirlerdir.

Karşı tedbir uluslararası sorumluluğu ortadan kaldıran sebeplerdendir. Yani zarar gören devlet aynı tedbiri bir uluslararası haksız fiile uğramadan alsa uluslararası hukuka aykırı davranmış olacakken aynı tedbiri uluslararası haksız fiil karşısında alırsa uluslararası hukuka aykırı davranmış olmayacaktır. Karşı tedbirin amacı uluslararası haksız fiille uğranan zararın durdurul-

---

40 O'Connell M.E., "Cyber Security without Cyber War", *Journal of Conflict and Security Law,* vol. 17, no. 2, 2012, s. 199

41 BM Genel Kurulu, A/RES/36/103, 9 Aralık 1981

42 Schmitt M.N. (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, International Group of Experts Invited by the NATO Cooperative Cyber Defence Center of Excellence, 2012, (taslak), http://www.ccdcoe.org/249.html

ması ve tazminidir. Karşı tedbirin zor kullanma içermeyeceği ve bir silahlı çatışma bağlamında ele alınmayacağı da kabul edilmektedir[43].

Siber operasyonlar söz konusu olduğunda NATO'nun Kuzey Atlantik Andlaşması'nın 4. Maddesine öncelik vermesinden hareketle siberuzayda gerçekleşecek haksız fiillerin büyük bir kısmının müdahale etmeme ilkesine aykırı olsacağı ve dijital saldırıların devlet egemenliğine karşı haksız bir müdahale niteliği taşıdığı söylenebilir[44]. Ancak her müdahale, müdahale etmeme yasağı üzerinden devletin egemenliğinin ihlali olarak değerlendirilemeyecek ve karşı tedbirlerin uygulanmasını hukuka uygun hale getiremeyecektir. Nikaragua kararında müdahale etmeme ilkesi açıklanırken haksız bir müdahalenin bir baskı unsuru içermesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı bölüm bu baskı unsuru içeren müdahalenin devletin iktisadi, sosyal , kültürel ya da dış politika tercihlerine yönelik olması gerektiğini ifade etmektedir. Bundan hareketle siber saldırının karşı tedbirle hukuka uygun bir şekilde karşılanabilmesi için ilk unsur siber saldırının haksız olması yani iktisadi, sosyal , kültürel ya da dış politika tercihlerini bir baskı unsuru içerek şekilde değiştirmeyi hedeflemesi gerektiği yargısında bulunmak mümkündür[45].

Siber saldırının meşru müdafaya başvurmayı gerektirecek düzeyde bir kuvvet kullanma hali olması ihtimalinde de siber saldırının karşı tedbirle uluslararası hukuka uygun bir şekilde durdurulması hedeflenecek bir haksız müdahale olması ihtimalinde de gereklilik ve orantılılık ilkelerine uygun bir şekilde meşru müdafanın ya da karşı tedbirin nasıl kullanılacağının tespiti zorluklar içermektedir[46]. Siber saldırıların niteliği gereği saldırıyı yapan devlet ya da devletler tespit edilebilse bile bu saldırıya karşı tedbir alırken saldırıyla hiçbir ilgisi olmayan devletlerdeki bilgisayar ağlarının zarar görmesi ve böylelikle karşı tedbiri uygulayan devletin bir uluslararası hukuk ihlalinde bulunmasına yol açabilir[47]. Özellikle DDoS tipi siber saldırılar binlerce bilgisa-

---

43 ILC, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2001, ss:128-129

44 Hinkle K.J., Countermeasures in the Cyber Context: One More Thing to Worry About, The Yale Journal of International Law Online, http://www.yjil.org/online/volume-37-fall-2011/countermeasures-in-the-cyber-context-one-more-thing-to-worry-about, s. 16

45 Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz: Buchan R., "Cyber Attacks: Unlawful Uses of Force or Prohibited Interventions?", *loc. Cit*., ss: 218-221

46 Karşı tedbir açısından bir tahlil için bkz: Hinkle K.J., Countermeasures in the Cyber Context: One More Thing to Worry About, The Yale Journal of International Law Online, *loc. Cit.,* ss: 18-19

47 Hathaway O., Crootof R. et al., "The Law of Cyber Attack", *loc. Cit.,* s. 859

yarın habersiz bir şekilde ele geçirilmesiyle gerçekleştiği için o bilgisayarlara yönelik bir karşı tedbir saldırıda bulunan devlete fazla etki etmeyeceği gibi, o bilgisayarların o devlet sınırları dışında hatta saldırıya uğrayan devlet sınırları içinde bulunması mümkündür[48]. Bu sebeple bu tip saldırıları önlemek için aktif siber savunma yöntemlerinin daha etkin olacağı ileri sürülmektedir[49]. Aktif savunma tedbirleri saldırgan bir bilgisayar sistemi durdurmaya yönelik elektronik karşı tedbirler şeklinde tanımlanmaktadır[50].

Tallinn Siber Savaş Elkitabı taslağında Devletin Uluslararası Haksız Fiilden doğan Sorumluluğu'na ilişkin maddelerle genel olarak bir uyum söz konusudur. Elkitabı taslağının bir karşı tedbire başvurmadan önce sorumlu devleti karşı tedbir alma konusunda bilgilendirme ve müzakere etme kuralı getiren Uluslararası Sorumluluğa ilişkin maddelerden 52/1(b)'ye istisna getiren ve acil karşı tedbirleri düzenleyen 52/1(c)'ye özel bir önem verdiği gözlemlenmektedir[51]. Acil karşı tedbirlerin içeriği konusunda net bir uzlaşma olmadığı ve Uluslararası Sorumluluğa ilişkin maddelerin şerhinde sadece alınacak bazı finansal tedbirlerin verilmesiyle yetinildiği dikkate alınırsa, Talinn Elkitabı taslağı yazarlarının bu hükme dayanması şaşırtıcı değildir. Aktif siber savunma tedbirlerine henüz uluslararası haksız fiil zarar oluşturmadan bir siber karşı tedbir olarak başvurulması da Elkitabı taslağında yeralmaktadır[52].

Siber saldırının etkileri bakımından kuvvet kullanma yasağına aykırı ya da içişlerine haksız müdahale şeklinde yapılabileceğini ve bu tarz siber saldırılara maruz kalan devletlere uluslararası hukukun ne gibi imkanlar sunabildiğini inceledik. Fakat yukarıda bahsedilen siber saldırı yoluyla oluşan uluslararası haksız fiillerin uluslararası hukukta sorumluluk doğurabilmesi için sözkonusu fiillerin failinin saptanması yani bu saldırıların belirli bir devlet, bir grup devlet ya da bir uluslararası örgüte atfedilebilir nitelikte olması gerekmektedir.

---

48 Roscini M., *loc. Cit.,* s. 114

49 Teknik uzmanlar özellikle DDoS siber saldırıları bakımından aktif siber savunmanın etkinliği üzerinde durmaktadır: Leder F., Werner T., Martini P., "Proactive Botnet Countermeasures An Offensive Approach", Crosseck C., Geers K. (eds.), *The Virtual Battlefield: Perspectives on Cyber Warfare*, IOS Press, 2009, ss: 211-226

50 Graham D.E., "Cyber Threats and the Law of War", Journal of National Security Law and Policy, vol. 4, 2010, s. 92

51 Schmitt M.N. (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, loc. Cit.,* s. 41

52 *Ibid*.

Estonya ve Gürcistan siber saldırılarının arkasında Rusya Federasyonu'nun, İran'daki nükleer tesise yönelik siber saldırının arkasında ise ABD ve bir ölçüde de İsrail'in bulunduğu kamuoyu tarafından kabul görmüş olsa da uluslararası hukukun atıf kuralları uyarınca bu siber saldırıların sözkonusu devletlere atfedilmesi mümkün olmamıştır. Bu sebeple uluslararası hukuk bakımından bu siber saldırılardan uluslararası sorumluluğu doğmuş bir uluslararası hukuk süjesi bulunmamaktadır.

Bu durumda uluslararası bir haksız fiilden bahsetmek mümkün değildir çünkü uluslararası haksız bir fiilin oluşması için hem bir uluslararası bir sorumluluğun ihlal edilmesi hem de bu ihlalin devlete ya da uluslararası örgüte atfedilebilir olması gerekmektedir. Siber saldırıların kaynağının tespitinin zorluğu, çoğu siber saldırının devlet dışı aktörler tarafından da kolaylıklıkla hayata geçirilebilir olması bu makalede bahsi geçen konuların ve hukuki tartışmaların çoklukla havada kalmasına yol açmaktadır.

Siber saldıların kaynağını bulmayı amaçlayan teknolojiler geliştiği ölçüde siber saldırıların kaynağını gizleyen teknolojiler de gelişme göstermektedir. Bir fiil ya da hareketsizliğin devlete atfedilebilir olması için sözkonusu fiilin o devletin *de facto* ya da *de jure* organları ya da ajanları tarafından yapıldığının ispat edilebilir olması gerekmektedir

Siber saldırının devletlerin bünyelerinde kurdukları siber komutanlıklar ya da diğer organlar tarafından gerçekleştirildiğinin tespit edilmesi halinde siber saldırıyı devlete atfetmek mümkün olacaktır. devlet tarafından kanunen bazı resmi görevler verilmiş birey, şirket ya da örneğin strateji merkezleri için de aynı durum geçerli olacaktır.[53]

Hackerların gerçekleştirdiği siber saldırıların devlete atfedilebilir olması için Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Sorumluluğa ilişkin Maddeler belgesindeki 8. Maddedeki şartların yerine gelmesine bağlı olacaktır. İlgili maddeye göre "Şayet bir kişi ya da bir grup kişi bir devletin talimat ya da idare ya da kontrolünde faaliyet gösteriyorsa, o kişinin ya da o grup kişinin davranışının uluslararası hukukta o devletin fiili olarak kabul edilecektir."[54]

Siber saldırılar söz konusu olduğunda bir devletin devlet dışı kişi ya da grupların arkasına saklanarak, dünyanın herhangi bir yerindeki hacker grupları vasıtasıyla siber saldırıda bulunabileceği ve uluslararası sorumluluğunun ortaya çıkmaması için bu yöntemi tercih edeceği açıktır. Bu durumda bu kişi ya

53 ILC, *loc. Cit,* m.4 ve m.5

54 *Ibid.,* m. 8

da gruplar üzerinde devletin "etkin denetim" ya da "genel kontrol" uygulayıp uygulamamasına göre haksız fiil devlete atfedilebilecektir. "Etkin denetim" ve "genel kontrol" aynı kavramlara işaret etmemektedir ve bu iki kavramdan hangisinin uygulanırsa farklı hukuki sonuçlar doğacaktır[55]. Nikaragua kararı devlet dışı kişi ya da kişi gruplarının fiillerinin devlete atfedilebilir olması için bu kişi ya da kişi gruplarının devletin etkin kontrolünde olması gerektiğini belirtmiştir[56]. Uluslararası Adalet Divanı "etkin kontrol"den devletin kişi ya da kişilerin faaliyetlerini yönetmesi ya da zorlamasını anlamaktadır[57]. Bu içtihat Divan'ın Bosna kararında da yinelenmiştir[58]. Etkin kontrol kriterine göre saldırıda bulunan kişi ya da gruplar saldırılarında tamamen bir devlete bağlı olmalı ve ondan talimat almalıdır başka bir deyişle devlet tarafından yönetilmeli ve zorlanmalıdır.

Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi ise Tadic kararında hierarşik yapılanması bulunan organize gruplar için "etkin kontrol" kriteri yerine devletin genel olarak bir kontrol uygulamasının yeterli olacağını belirtmiştir[59]. Hacker gruplarının hierarşik bir yapılanması bulunan organize yapı olarak değerlendirilmesinin zor olduğu için, "etkin kontrol" kriterinin bu durumlar için de uygulanması uygun görünmektedir[60]. Fakat devletle devlet devlet dışı şahıslar arasında özlü bir bağlantı arayan "etkin kontrol" kriterinin siber saldırılara uygulanması durumunda, kriterin "genel kontrol"e göre atfedilebilirlik için daha sıkı bağlar araması nedeniyle siber saldırıların bir devlete atfedilebilirliğinin neredeyse imkansızlaşacağı da ileri sürülmüştür[61]. Devlet namına siber operasyonları gerçekleştiren özel kişi ve grupların ciddi bir yetersizlik göstermemesi ya da yeni teknolojiler geliştirilmediği sürece gerçekleştirdikleri operasyonların teknik olarak şüpheye mahal bırakılmaksızın devlete atfedilemeyeceği de ileri sürülmektedir[62].

---

55 Etkin kontrol ve gemel kontrol tartışması için bkz: Cassese A., "The Nicaragua and Tadic Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide", European Journal of International Law, in Bosnia, vol. 18, no.4, 2007, ss: 649-668

56 Uluslararası Adalet Divanı, Militarv and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua **v.** United States of America), *loc. Cit.,* p. 115

57 *Ibid*.

58 Uluslararası Adalet Divanı, Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), 26 Şubat 2007

59 ICTY, Appeals Chamber, Tadic, 15 July 1999 (Case no. IT-94-1-A), p. 120

60 Roscini M., *loc. Cit.,* s. 100

61 Muir, L.L., "The Case Against an International Cyber Warfare Convention", *Wake Forest Law Review*, vol. 2, 2011, s. 10

62 Shackelford S. J., "State Responsibility for Cyber Attacks: Competing Standards for a Growing Problem", *http://ssrn.com/abstract=1535351*

Siber saldırıda atfedilebilirlik kurallarının gelişimi siber saldırıların kökenini tespit edebilecek teknolojik gelişmelerle yakından ilgilidir. Talinn Elkitabı taslağında verilen bir örnek bu durumu açıkça göstermektedir: A devletinde muhkim bir grup kişi, D devletinin talimatıyla, C devletinde bulunan bazı bilgisayar ağlarının kontrolünü ele geçirerek bu bilgisayarları B devletine siber saldırıda bulunmak için kullanabilirler[63]. Bu farazi olayda siber saldırının sorumluluğunu D devletine atfedebilmek için C ve A devletlerinin siber saldırıda sadece kullanıldıklarının ve saldırıda bir rol oynamadıklarının da ispatlanması gerekir. Bu ve benzer ihtimallerin tespiti için çeşitli uluslararası örgütlerde kurulmaya başlayan siber güvenlik birimlerinin gelişmeleri ve teknik bilgiye sahip uzmanların uluslararası hukukçularla beraber çalışmalarda bulunması gerekmektedir çünkü alışılagelmiş silahlı çatışmadan çok farklı bir alan söz konusudur.

Uluslararası camiada başını Rusya Federasyonu ve Çin'in çektiği bir grup siber saldırıların hukuki rejiminin bir uluslararası andlaşmayla belirlenmesi ve genel olarak siberuzayın düzenlenmesinin uluslararası merkezi bir otorite tarafından üstlenilmesini önermektedir. ABD başta olmak üzere Batı devletlerinin ise siberuzayın düzenlenmesinin özel şirketlerin önemli bir rol oynadığı dağınık bir yapılanmayla devam etmesini ve siber saldırıya ilişkin uluslararası bir andlaşmaya gerek olmadığı düşüncesindedir. İki kamp yani liderlerini ele alırsak ABD ve Rusya, Soğuk Savaş'a benzer bir şekilde siber güvenlik konusunda karşı karşıya gelmiş durumdadır. Bu hal özellikle Birleşmiş Milletler başta olmak üzere uluslararası örgütlerin faaliyetlerine yansımaya başlamıştır. Dünyanın belli başlı orduları siber komutanlıklar kurmaya ve yeni siberuzay stratejileri geliştirmeye başlamıştır.

Siber saldırının uluslararası hukuktaki yeri henüz kuralları belli olmayan ve var olan uluslararası hukuk kurallarının kalıpları içinden cevaplar arayan bir konu. Uluslararası hukukun yeni gelişmelere kural üretebilecek esneklikte olup olmadığı ve uluslararası toplumun "siber güçleri"nin nereye kadar uzlaşabileceği bu siber saldırının uluslararası hukuktaki konumunu da belirleyecektir.

---

63 Schmitt M.N. (ed.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare, loc. Cit.,* s. 38

Une voie de recours extraordinaire devant la Cour Européenne des Droits de I'Homme: La révision

Dr. Aslıhan ÖZTEZEL*

La Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) examine la conventionalité en étudiant, la plupart du temps, l'affaire sur dossier. Les faits et les griefs sont présentés par les parties. Le requérant qui se prétend victime déclenche la procédure en soumettant des éléments qui attestent des griefs formulés et de la responsabilité de l'État concerné. Il peut arriver qu'un fait nouveau apparaisse après que la Cour EDH a examiné l'affaire et prononcé son arrêt et qu'il le remette en cause. Pour éviter toute forme de mécontentement au sujet de la qualité des arrêts eu égard à l'examen des faits et au lien de causalité entre les faits et les allégations du requérant, une procédure de révision est envisagée.

Cette procédure est une procédure exceptionnelle. Dans son arrêt *Stoicescu contre Roumanie*[1] du 21 décembre 2004, la Cour EDH rappelle d'ailleurs elle-même la consécration, par l'article 44 de la Convention EDH, du principe selon lequel les arrêts sont définitifs et affirme que, dans la mesure où elle remet en question le caractère définitif des arrêts de la Cour EDH, la possibilité d'une révision doit être considéré comme exceptionnelle[2].

Nous allons dans un premier paragraphe étudier les conditions de la révision des arrêts de la Cour EDH (1) et présenter ensuite les applications les plus fréquentes (2).

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 Affaire Stoicescu c. Roumanie, (Révision), N° de Requête :31551/96, 21 septembre 2004, § 33.

2 En ce sens, l'affaire Gustafsson c. Suéde, (Révision), N° de Requête :18/1995/524/610, 30 juillet 1998, §25.

1. Les conditions de la révision des arrêts de la Cour EDH

Même si la Cour EDH utilise la même terminologie que le droit interne, notamment « la révision », elle instaure une procédure différente[3] en ne reprenant que certains des éléments, plus ou moins, les mêmes conditions qui, dans les ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, président au déclenchement de la révision. Le but de la révision des arrêts de la Cour EDH est, comme indiqué dans l'arrêt précité, d'éviter toute remise en question du caractère définitif de ses arrêts.

La procédure de révision devant la Cour EDH partage seulement une condition avec les autres procédures mais une condition que l'on retrouve dans toutes les procédures. Cette procédure est déclenchée par la découverte d'un « fait nouveau ». L'expression traditionnellement utilisée en droit interne est « fait nouveau » et pour pouvoir distinguer la procédure de révision devant la Cour EDH des procédures internes nous utiliserons - à l'instar de la Cour EDH elle-même - l'expression « la découverte d'un fait » afin de pouvoir distinguer la procédure de révision devant la Cour EDH des procédures internes.

Selon l'article 80 §1 du Règlement de la Cour EDH,

« En cas de découverte d'un fait qui, par sa nature, aurait pu exercer une influence décisive sur l'issue d'une affaire déjà tranchée et qui, à l'époque de l'arrêt, était inconnu de la Cour et ne pouvait raisonnablement être connu d'une partie, cette dernière peut, dans le délai de six mois à partir du moment où elle a eu connaissance du fait découvert, saisir la Cour d'une demande en révision de l'arrêt dont il s'agit. »

Il appert de cette disposition que trois conditions sont exigées. Il faut d'abord la découverte d'un fait; que ce fait fût inconnu ou qu'il n'ait pas pu être connu au moment de l'examen de l'affaire par la Cour et que ce fait nouveau eût une influence décisive sur l'arrêt. À l'examen des arrêts de révision de la Cour EDH, on observe qu'elle recherche systématiquement si la demande en révision réunit ces trois conditions. La Cour EDH demande les observations aux parties de lui soumettre des observations afin de lui permettre de vérifier les allégations du demandeur et de réviser l'arrêt si elle estime que les conditions sont remplies.

---

3 Nous ne jugeons pas nécessaire d'expliquer le fonctionnement de la procédure. Nous allons plutôt examiner le sujet en analysant les arrêts de la Cour.

Dans le cadre de l'examen de la demande en révision, la Cour EDH analyse les allégations de la partie qui la demande (le requérant ou le gouvernement) en tant que « découverte ». Elle vérifie si l'élément soi-disant « découvert » était inconnu et, « pour juger du bien-fondé de la demande, elle cherche si les éléments soumis par le requérant en révision auraient réellement eu une influence décisive sur l'arrêt[4] ». Dans un arrêt rendu, le 13 janvier 2004[5], la Cour EDH n'a pas conclu à la violation de l'article 8 concernant la demande d'héritage du requérant car le lien entre le père putatif et le requérant n'était pas établi. Le 5 avril 2004, le requérant a informé la Cour EDH de la découverte d'un fait dont il avait eu connaissance après le prononcé de l'arrêt. Il s'agissait d'un test A.D.N. selon lequel la salive du père biologique du requérant était cent mille fois plus proche de la salive du requérant que d'une personne choisie au hasard. La Cour EDH a estimé que le rapport d'analyse de l'A.D.N ne contenait pas d'informations qui étaient inconnues ou qui ne pouvaient être raisonnablement connues d'une partie. Elle a donc rejeté la demande en révision[6].

On observe que la Cour EDH a plus de mal avec les arrêts dans lesquels elle refuse de procéder à la révision parce que les « découvertes » des parties n'ont pas une influence décisive sur le fond de l'arrêt. Ces arrêts portent en germe le risque que la Cour ne se lance dans une révision partielle. La Cour EDH est soucieuse de ne pas commettre d'erreur. Quand elle est saisie d'une telle demande, elle regarde les éléments qui lui avaient été présentés antérieurement, comment elle est parvenue à la conclusion qui figure dans l'arrêt et celle à laquelle le « nouvel » élément pourrait la conduire. Si elle considère que sa conclusion ne changerait pas, elle juge que les nouvelles pièces n'ont aucune influence décisive sur l'arrêt. Dans son arrêt *McGinley et Egan contre Royaume-Uni*, la Cour EDH a conclu au sujet de deux lettres que « les requérants [avaient] présentées à la Commission, suite au prononcé de l'arrêt de la Cour, que, si les requérants p[ouvai]ent n[e les] avoir effectivement obtenu[es] qu'après le prononcé de l'arrêt initial […], les intéressés étaient, au courant – au cours de la procédure devant la Cour EDH – de l'existence de

---

4 Affaire Gustafsson c. Suéde, (Révision), N° de Requête :18/1995/524/610, 30 juillet 1998, §27.

5 Affaire Haas c. Pays-Bas, N° de Requête :36983/97, 7 septembre 2004.

6 En ce sens, l'arrêt Bugajny et autres c. Pologne, (N° de Requête : 22531/05), du 15 décembre 2009, nous offre exemple d'arrêt dans lequel la Cour a rejeté la demande en révision, les informations n'étant pas inconnues ou n'étaient pas de celles qui ne pouvaient raisonnablement être connues des requérants.

cette correspondance. En conséquence, que les lettres en question [eussent] (ou non) pu exercer une influence décisive sur l'issue, la Cour [a] jug[é) établi que les faits qu'elle constituent pouvaient raisonnablement être connus des requérants avant le prononcé de l'arrêt initial[7] ».

Il serait évident de clarifier que la procédure de révision devant la Cour EDH diffère de la procédure de rectification des erreurs contenues dans ses décisions et arrêts, qui est définie à l'article 81 du Règlement de la Cour EDH.

L'article 81 dispose que :

« Sans préjudice des dispositions relatives à la révision des arrêts et à la réinscription au rôle des requêtes, les erreurs de plumes ou de calcul et les inexactitudes évidentes peuvent être rectifiées par la Cour soit d'office, soit à la demande d'une partie si cette demande est présentée dans le délai d'un mois à compter du prononcé de la décision ou de l'arrêt. »

La Cour EDH, dans ses arrêts de révision, fait la distinction entre l'application de l'article 80 et celle de l'article 81 du Règlement. Dans les cas où elle considère que la découverte ne présente pas les caractéristiques auxquelles se réfère l'article 81, elle décide que la demande en révision est recevable.

2. Les applications les plus fréquentes

A l'analyse des arrêts de la révision il convient de distinguer que les demandes en révision portent souvent sur les mêmes sujets. De ce fait, il est possible de parler de l'existence d'une jurisprudence constante en la matière. Elles portent sur l'octroi de dommages et intérêts aux héritiers (a) ou l'allocation d'une satisfaction équitable (b).

a. Les demandes en révision portant sur l'octroi de dommages et intérêts aux héritiers

Une partie des demandes en révision porte sur l'octroi de dommages et intérêts aux héritiers du/des requérant(s) décédé(s) pendant la procédure devant la Cour EDH ou entre l'exécution de l'arrêt ayant constaté la violation et le jugement de la Cour EDH ou entre le moment du prononcé du premier arrêt

7 Affaire McGinley et Egan c. Royaume-Unis, (Révision), N° de Requête : 21825/93 et 23414/94, 28 janvier 2000, § 36. En ce sens, l'affaire Pardo c. France (Révision), N° de Requête : 13416/87, 29 avril 1997, l'affaire Gustafsson c. Suède, (Révision), N° de Requête : 18/1995/524/610, 30 juillet 1998.

et son exécution. Cette demande est formulée, soit par le représentant du requérant suite à l'arrêt de la Cour EDH, soit par le Gouvernement qui découvre les faits au moment de l'exécution de l'arrêt.

Dans son arrêt en révision du 19 avril 2011, Veli Yalçin contre Turquie[8], la Cour EDH a jugé approprié d'octroyer des dommages et intérêts aux héritiers du défunt requérant. À l'origine de l'arrêt de révision se trouve l'arrêt du 2 mars 2010 de la Cour EDH dans lequel elle a conclu à la violation de l'article 6 §1 de la Convention EDH en raison de la durée de la procédure ainsi que de l'absence de communication de l'avis du procureur général près la Cour de cassation. Le 30 juillet 2010, le représentant du requérant a informé la Cour EDH du décès du requérant survenu le 17 décembre 2008. Le requérant étant décédé, avant l'arrêt de la Cour EDH, cette dernière a décidé d'octroyer aux héritiers la somme précédemment accordée au défunt.

La Cour EDH a repris le même raisonnement dans son arrêt Perhirin et 29 autres contre France[9]. À l'origine de l'arrêt se trouve l'arrêt de la Cour EDH du 14 mai 2002, dans lequel elle a conclu à la violation de l'article 6 §1 de la Convention EDH en raison de la durée des procédures devant les juridictions administratives françaises. Le Gouvernement a informé la Cour EDH du décès de deux des 29 requérants et la Cour EDH a alloué la somme précédemment allouée aux défunts à ses héritiers.

La Cour EDH ne décide pas toujours d'octroyer une somme aux requérants. Dans son arrêt en révision du 7 novembre 2002, Viola contre Italie[10], la Cour EDH a décidé de rejeter la demande de l'héritière du défunt requérant. Dans son arrêt du 25 octobre 2001, elle a constaté une violation de l'article 6§1 en raison de la durée de la procédure. Suite à l'arrêt, l'avocat du requérant a informé la Cour EDH qu'il avait tardivement appris le décès du requérant et demandé à cette dernière de prendre les mesures nécessaires afin que le Gouvernement puisse payer la somme précédemment accordée au requérant à son héritière. Dans son arrêt de révision, la Cour EDH a estimé qu'il n'existait pas de lien de causalité entre la violation constatée et le dommage matériel allégué et elle a diminué la somme précédemment allouée au défunt requérant.

8 Affaire Veli Yalçin c. Turquie, (Révision), N° de Requête : 29459/05, 19 avril 2011.

9 Affaire Perhirin et 29 Autres c. France, N° de Requête : 44081/98, 8 avril 2003.

10 Affaire Viola c. Italie, (Révision), N° de Requête : 44416/98, 7 novembre 2002.

Dans un autre arrêt en révision, Gabay contre Turquie, du 27 septembre 2006[11], la Cour a décidé de rayer l'affaire du rôle. À l'origine de l'affaire se trouve l'arrêt de la Cour EDH du 25 octobre 2005, dans lequel elle a conclu à la violation de l'article 6 §1 de la Convention EDH, en raison du délai de la procédure. Le 17 mars 2006, le Gouvernement a informé la Cour EDH du décès du requérant survenu le 14 septembre 2003. Les héritiers du défunt requérant n'avaient pas exprimé leur volonté de toucher la somme allouée par la Cour EDH. De ce fait, la Cour EDH a décidé de clore la procédure et de rayer l'affaire du rôle.

b. Les demandes en révision des requérants visant à l'allocation d'une satisfaction équitable

Une autre partie des demandes en révision est constituée par les demandes des requérants qui souhaitent se voir accorder une satisfaction équitable.

Dans son arrêt Andrea Corsi contre Italie[12], la Cour EDH a examiné la demande de satisfaction équitable sous l'angle du fait nouveau. Le requérant soutenait que son précédent avocat avait adressé à la Cour EDH une demande de satisfaction équitable le 27 mars 2001. Or la Cour EDH n'avait jamais reçu une telle demande. Selon les termes de l'article 38 du Règlement de la Cour, « les observations écrites ou autres documents ne peuvent être déposés que dans le délai fixé par le président de la chambre ou par le juge rapporteur. » De plus, aux termes de l'article 60 de ce même règlement (avant la modification du 13 décembre 2004[13]), « toute demande de satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention EDH doit être exposée par les parties dans un document déposé spécifiquement à cet effet au plus tard deux mois après la décision de recevabilité ». Dans l'affaire Corsi, la Cour EDH a affirmé qu'elle n'avait pas reçu de demande de la part du requérant et que la formulation des demandes ne suffisait pas, encore fallait-il que la Cour EDH les reçoive. En effet, on comprend que la Cour EDH soit prête à considérer la preuve présentée par l'avocat comme un fait découvert et, le cas échéant, à accorder une satisfaction équitable. L'avocat n'ayant pas pu prouver son allégation, la Cour EDH a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un fait nouveau dans cette affaire.

11 Affaire Gabay c. Turquie, N° de Requête : 70829/01, 27 septembre 2006.

12 Affaire Andrea Corsi c. Italie, N° de Requête : 42210/98, 2 octobre 2003.

13 Avec la modification de l'article 60, tout requérant qui souhaite que la Cour lui accorde une satisfaction équitable au titre de l'article 41 de la Convention doit présenter ses prétentions, chiffrées et ventilées par rubrique et accompagnées des justificatifs pertinents, dans le délai qui lui a été imparti pour la présentation de ses observations sur le fond.

Lorsqu'il s'agit d'octroyer une satisfaction équitable, l'attitude de la Cour EDH varie selon les arrêts. Dans son arrêt en révision, Sabri Tas c. Turquie[14], du 25 avril 2006, à la suite de l'objection de l'avocat du requérant formulée parce que la Cour ne lui avait pas demandé de préciser la demande de satisfaction équitable, elle a considéré que la demande de l'avocat du requérant avait une influence décisive sur l'issue de l'affaire déjà tranchée et octroyé au requérant une satisfaction équitable.

Nous saisissons la différence qui existe entre les arrêts Corsi et Sabri Tas, grâce à l'arrêt Epple contre Allemagne[15] du 15 décembre 2005 dans lequel la Cour EDH a décidé d'accorder une satisfaction équitable au requérant. Dans son arrêt Epple contre Allemagne du 24 mars 2005, la Cour EDH avait conclu à la violation de l'article 5§1 b) de la Convention EDH en raison de la durée excessive de la détention policière. Dans son arrêt, la Cour EDH a estimé qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur l'application de l'article 41 de la Convention EDH car le requérant n'avait présenté aucune demande de satisfaction équitable, bien qu'il y eût été invité par lettre du Greffe le 23 octobre 2003[16]. Le 31 mars 2005, le requérant a informé la Cour EDH qu'il n'avait pas reçue d'invitation à chiffrer sa demande de satisfaction équitable. Il affirmait que la formule utilisée dans la lettre du greffe ne reflétait pas concrètement l'invitation de la Cour EDH à évaluer sa demande. Dans le même temps, au cours de la procédure devant la Cour EDH, les observations du gouvernement ont été communiquées au requérant en langue allemande, le 3 février 2004 et en anglais, le 4 mai 2004, mais, en raison d'une omission du Greffe, il n'avait jamais été invité à présenter sa demande de satisfaction équitable. Il ne semble pas déraisonnable de penser qu'après son arrêt Epple contre Allemagne du 15 décembre 2005, la Cour EDH ait adopté le même raisonnement en présence de demandes en révision, pour lesquelles elle a accepté de prendre en considération l'omission du Greffe, comme elle l'avait fait dans l'arrêt Sabri Tas du 25 avril 2006.

---

14 Affaire Sabri Tas c. Turquie, N° de Requête: 21179/02, 27 avril 2006. À l'origine de l'arrêt de révision se trouve un arrêt de la Cour du 20 septembre 2005, dans lequel elle a conclu à la violation de l'article 6 §1 de la Convention en raison de la durée de la procédure ainsi qu'à celle de l'article de 5 §3 en raison de la durée excessive de la détention. le 22 septembre 2005 l'avocat du requérant a informé la Cour du fait qu'elle ne lui avait pas demandé de précision au sujet de la demande de satisfaction équitable.

15 Affaire Epple c. Allemagne, N° de Requête: 77909/01, 15 décembre 2005.

16 Affaire Epple c. Allemagne, *op.cit.,* § 52.

En guise de conclusion, la procedure de révision la procédure de révision devant la Cour EDH est une voie exceptionnelle. Elle constitue certes un facteur de risque pour la sécurité juridique en raison de la durée excessive de la procédure devant la Cour EDH. Mais plus que tout, elle constitue une des maillons qui porte, dans la conscience des requérants, le risque d'effet boomerang. En tenant compte des exigences des requérants, touchés dorénavant par une violation d'un de ses droits fondamentaux, cette voie de recours porte en soi une cause pour l'insécurité juridique même si, en aucun cas, elle n'est une procédure dans laquelle les parties reprennent les mêmes arguments que ceux qui ont été présentés pour l'arrêt précédemment adopté.

Biber Gazı Oley! Polisin "Doğal Hakkı" Olarak "Biber Gazı" Kullanımının Gündeme Getirdiği Bazı Sorunlar Üzerine

Ar. Gör. Bleda R. KURTDARCAN*

31 Mayıs günü İstanbul Taksim'deki Gezi Parkı'nın yıkılıp buradaki ağaçların sökülmesini engellemek amacıyla eylem yapan çevreci gruplara yapılan ve orantısızlığı bilfiil Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'nin yetkililerince de kabul edilen polis müdahalesi ile bunun sonrasında gelişen ve tüm ülkeye yayılan toplumsal olayların bastırılması için polisin başvurduğu gücün aşırılığı, bu bağlamda kullanılan taktik, teknik ve prosedürlerin yetersizliğine ve hukuka aykırılığına ilişkin tartışmaları bu günlerde kamuoyunu meşgul eden en önemli konular arasına taşımıştır. Toplumsal olaylara müdahale ederken polisin sıklıkla başvurduğu kimyasal maddeler ve "ilaçlar", bu son bir ay zarfında Gezi Parkı Direnişi ve onunla irtibatlı diğer olaylarda kullanımları nedeniyle belki de hiç olmadıkları şekilde gündemin üst sıralarına tırmanmış olsa da aslında uzun süreden beri çeşitli vesilelerle tartışma konusu yapılagelmektedir. Aşağıdaki satırlarda öncelikle son olaylardaki kullanılan kimyasal maddeleri kısaca inceleyerek bunlara hatalı bir şekilde verilen "biber gazı" üst başlığının yanlışlığına değinecek (1); akabinde polis tarafından kullanılan kimyasal maddelerin hükümetin göstericilere karşı kimyasal silaha başvurduğu anlamına gelip gelmediğini inceleyecek (2); son olarak da polisin toplumsal olaylara müdahale ederken ölümcül olmayan kimyasal maddeleri kullanma "doğal hakkının" "doğal sınırlarını" kısaca ortaya koymaya çalışacağız (3).

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

1) Biber gazı değil, ayaklanma/gösteri kontrol ajanı

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, kamuoyu ve resmi çevrelerde polisin toplumsal olaylara müdahale ederken kullandığı kimyasallardan bahsedilirken bunları genel bir başlık altında biber gazı olarak adlandırma yoluna gidilmesi teknik açıdan yanlıştır. Zira esasen barikatların arkasına atılmak üzere ateşli silahlardan ateşlenen gaz fişeklerinde (*canister*) ya da elden atılan gaz bombalarında veyahut yakın mesafede kullanılan spreylerdeki kimyasal maddelerin teknik hukuktaki adı ayaklanma/gösteri kontrol ajanıdır (*riot control agent*).

Ayaklanma/gösteri kontrol ajanları kavramı, II. Dünya Savaşı sonrası dönemde, özellikle de 1960'lı yıllarda batılı devletlerde gittikçe artan yoğunlukta görülmeye başlayan halk ayaklanmaları ve gösterilere müdahale aracı olarak polis tarafından kullanılmak üzere geliştirilmeye başlanılan "ölümcül olmayan silahlar" (*non-lethal weapons*) fikrinin bir parçası olarak ortaya çıkmıştır.[2]

Bu tip kimyasal ajanların literatürde ve kamuoyunda genel olarak göz yaşartıcı gaz olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Oysa aşağıdaki satırlarda görüleceği üzere bunların gerek gaz içinde kullanımı, gerekse de kurban üzerinde özellikle en çabuk etki gösterdikleri gözde yaşarmaya sebep olmalarından yol çıkılarak 'göz yaşartıcı gazı' (*tear gas*) olarak adlandırılmaları birçok açıdan işbu kimyasallar hakkındaki gerçeği tam olarak yansıtmamaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, günümüzde kullanılan ve göz yaşartıcı gaz olarak adlandırılan bu ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının etkileri kurbanda sadece gözyaşı üretmek suretiyle ona rahatsızlık vermek değildir. Bu kimyasal ajanların sebep oldukları etkileri belirten Hu ve diğerlerinin analizi bu duruma ışık tutmaktadır: "Kurbanları geçici bir süreliğine takatsiz bırakan ajanlar, gelişen kimya endüstrisi sayesinde I. Dünya Savaşı koşullarında ilk geliştirilen kimyasal silahlardan olmuştur ve bunlara rahatsız edici ajanlar

---

2 Davison,Neil , *The Early History of "Non-Lethal" Weapons* , Bradford Non-Lethal Weapons Research Project Occasional Paper No.1, University of Bradford, 2006, s.4,29-30. "1960 ve 1970'li yıllarda kolluk güçleri, kamuoyundan, siyasilerden ve hukuk çevrelerinden gelen, polisin kuvvet kullanımı neticesi ölüm ve ağır yaralanma riskini azaltacak silah ve taktikler geliştirmesine yönelik bir baskı altındaydı. Genel olarak 'ölümcül olmayan silahlar', 'ölümcül silahlara' bir alternatif olarak düşünülüyordu. Bu süreç, Birleşik Devletlerdeki yurttaşlık hakları hareketleri ile ortaya çıkan gösteriler ve burada polisin ölümcül silah kullanmaksızın kontrolü sağlamasını öngören Meclis Komisyonlarının tavsiyeleri ile de hızlanmıştır." http://www.bradford.ac.uk/acad/nlw/research_reports/docs/BNLWRP_OP1_Dec06.pdf

denmiştir. Bunlar arasında, gözyaşı üreten ve kontrol dışı göz kapağı kasılmalarına (blefarospazm) neden olan ve bu özelliklerinden ötürü göz yaşartıcı gaz olarak adlandırılan ajanlar en popülerleri haline gelmiştir. Rahatsız edici ajanlar hemen fark edilen bazı etkilere sahiptirler: Göz yaşarmasına ya da geçici körlüğe sebep olacak şekilde gözlerde yoğun bir iritasyon; öksürmeye sebep olacak şekilde burun, soluk borusu ya da ciğerdeki mukozalı dokuda iritasyon; boğazda ve midede kusmaya hatta bazı hallerde ishale sebep olabilecek şekilde iritasyon ile deride iritasyon. Birçok rahatsız edici ajan, *az ya da çok oranda bu sayılan etkilerin bazılarına ya da hepsine* sebep olabilmektedir."[3] Nitekim bu kimyasal ajanların ancak *esas* ve *en kuvvetli etkilerini* kurbanda gözyaşı üretimine sebep olmak şeklinde gösteren rahatsız edici ajanlara göz yaşartıcı (*lacrimator*) denmekte olup deride ve solunum yollarında da kuvvetli etkiler gösterenlere dar anlamda göz yaşartıcı gaz denmemektedir.[4]

Günümüzde devletlerin kolluk kuvvetleri tarafından ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak kullanılan kimyasalların çok büyük bir çoğunluğu, dar anlamda göz yaşartıcı ajanların yetersizliğinden dolayı daha etkili kimyasallar geliştirilme çalışmaları neticesi üretilen ve kurbanlar üzerindeki etkilerini hem göz, hem üst solunum yolları hem de deride kuvvetli bir şekilde gösteren ajanlardır. Dolayısıyla bahsi geçen bu ayaklanma kontrol ajanlarından, sadece göz yaşı üretilmesi suretiyle kişiye rahatsızlık veren ve bu yüzden kulağa 'göreceli olarak' zararsız gibi gelen etkiler doğuran masumane kimyasallar olarak bahsetmek pek de yerinde değildir.

Türk Tabipler Birliği, toplumsal olaylara müdahalede polisin artan bir şekilde bu tip kimyasallara başvurması dolayısıyla 2011 yılında, İçişleri Bakanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü nezdinde yaptığı başvuruda Türkiye'de kolluk tarafından kullanılan kimyasal ajanların türlerini öğrenmek istemiş, bu talebe cevaben kullanılan ajanların, insan sağlığı üzerinde kalıcı etkisi olmayan CS ve OC olduğu ifade edilmiştir.[5]

Bu bilgi günümüzde devletlerin kolluk faaliyetlerinde başvurduğu kimyasal ajanlar hususundaki trende uygun gözükmektedir. Nitekim Kimyasal

---

3 Hu, Howard et al, Tear Gas – Harrasing Agent or Toxic Chemical Weapon? , Journal of the American Medical Association (JAMA), August 4,1989, Vol. 262. No. 5, s.661

4 Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004), s.190 http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex1.pdf

5 Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011 s.3 Bu kitabçığa internet üzerinden şu adresten de ulaşılmaıs mümkündür: http://www.ttb.org.tr/kutuphane/bibergazi.pdf

Silahların Yasaklanması Örgütünün (Organization for the Prohibition of Chemical Weapons) 2011 tarihinde yayınlanan en son raporuna göre CS ve OC kodlu ajanlar devletlerin envanterlerinde en sıklıkla bulundurdukları ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarıdır.[6]

a) CS

Gerçekten de devletlerin yaklaşık 50 yıllık uygulamalarının da tanıklık ettiği üzere ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının en ünlüsü ve en çok kullanılanı CS kodlu *2-chlorobenzalmalononitrile*dir. CS adı, bu bileşiği 1928 yılında keşfeden Amerikalı Ben Corson ve Roger Stoughton'ın soyadlarının ilk harflerinden oluşturulmuştur. Her ne kadar keşfedildiği 1928 yılından sonra etkili bir tahriş edici ajan olarak Birleşik Devletler tarafından değerlendirilmeye alınmış olsa da bu kimyasalın etkinliğini ispat edip günümüzde kullanıldığı şekliyle, yani ayaklanma kontrol ajanı olarak envantere alınması, 1950'li yılların sonundan itibaren İngiliz Kolonilerinde çıkan ayaklanmalarda kullanılması neticesinde olmuştur.[7] "Oysa bu bileşik bir göz yaşartıcı gazla benzer etkiler göstermesine ve askeri literatürde farklı adlarla anılan aynı kimyasal ajan olarak algılanmasına rağmen kesinlikle bir göz yaşartıcı gaz değildir."[8] Birleşik Devletler Askeri Akademisi'nden Prof. Gary Solis, Birleşik Devletler Ordusu'nun uygulamalarından yola çıkarak CS'nin basit bir gözyaşı gazı olarak değerlendirilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır ve bu konuda son derece haklıdır. "Öncelikle CS gaz değildir. Oda sıcaklığında katı halde bulunan, değişik çeşitleri olan aktif bir kimyasaldır…Kimyasal yapısına ve yoğunluğuna bağlı olarak etkileri, göz yaşartmaktan aniden kusmaya sebep olmaya ya da buna maruz kalan kişiyi aniden takatsiz bırakmaya kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır."[9] Gerçekten de dar anlamda göz yaşartıcı gaz

---

6 Report of the OPCW on the Implementation of the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on Their Destruction in 2010 http://www.opcw.org/index.php?eID=dam_frontend_push&docID=15278 s.44 Rapora göre CS 111 devletin envanterinde bulunmakta, OC ise (raporda OC içindeki etken maddeler olan capsaicinoid başlığı altında ifade edilmektedir) 25 devlet tarafından kullanılmaktadır.

7 Davison,Neil , *op.cit*. s.7-8

8 Solis, Gary, The Law of Armed Conflict, Cambridge University Press, 2010, s.615

9 *İbid*.
CS 'yi etkili bir kalabalık kontrol ajanı yapan, *küçük dozlarda bile oldukça ciddi* bir derecede deri ve mukoza dokuları tahriş edici özelliğe sahip olması ve göz yaşartıcı etkisidir.. Semptomları sıcak ve nemli havalarda daha da ciddileşmektedir. Hu, Howard et al, *op.cit*. s.661

olarak kabul edilen CN, CNB ve CNC gibi kimyasallar oda sıcaklığında sıvı halde bulunurken CS katı kristal formundadır.[10] Bu kimyasal kristalleri etkilerini göstermek üzere geniş bir alana yaymak ve "CS içeren bir atmosfer yaratmak için değişik yöntemlere başvurulmaktadır ve termal bombalardan sıcak gazların salınması yoluyla CS'nin dağıtılması bu yöntemlerden biridir."[11] Bu yöntemde CS partikülleri, bir el bombası ya da fişek (canister) içindeki piroteknik bileşikle karıştırılmış olarak kullanılmakta; CS partikülleri, bu bileşiğin yanması ile oluşan ve dağılan sis ya da duman içinde asılı kalmak suretiyle etkilerini göstermektedir.[12] İşbu partiküllerin büyüklüğü CS'nin insanlar üzerinde gösterdiği etkinin derecesini belirleyen en önemli faktörlerden birini teşkil etmektedir.[13] Dolayısıyla kurbana temas eden CS partikül büyüklüğü ve kurbanın maruz kaldığı havadaki CS partikül yoğunluğu Prof. Solis'in belirttiği, buna maruz kalan kişiler üzerindeki etkilerinin dar anlamda bir göz yaşartıcı gazınki gibi olması ya da daha ağır ve engelleyici/takatsiz bırakıcı bir görünüm arz etmesi arasındaki unsurdur. Ancak genel olarak ifade edilmelidir ki CS ajanı göz, üst solunum yolları ve deride kuvvetli etkiler oluşturan; bu etkinliği nedeniyle kolluk kuvvetleri tarafından tercih edilen güçlü bir tahriş edici ve engelleyici bir kimyasal ajandır.[14]

b) OC - Oleoresin Capsicum

Polisin toplumsal olaylara müdahale ederken kullandığı kimyasallardan bahsedilirken bunları hatalı olarak biber gazı genel başlığı altında ifade etmesinin temelindeki gerekçe, 1990'lı yıllarda gerek kolluk kuvvetleri gerekse özel kişiler tarafından, özellikle kişisel savunma amacıyla kullanılmak üzere

---

Gözde batma, yanma, göz yaşı salgılama, burun akıntısı, blefarospazm, hapşırma, öksürük ile birlikte göğüs ağrısı ve göğüs sıkışması ile bazı hallerde mide bulantısı ve kusma bu ajanın yarattığı başlıca klinik semptomlardır. Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004) s.197-198 http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex1.pdf

10 Hoenig, Steven, Compendium of Chemical Warfare Agents, Springer, 2007, s.138-140, 141-145

11 Heindrich, Uwe, Possible lethal effects of CS tear gas on Branch Davidians during the FBI raid on the Mount Carmel compound near Waco, Texas, April 19, 1993, Hannover Germany, September, 2000 , s.8

12 Hu, Howard et al, *op. cit*. s.661

13 Prof. Heinrich termal bombalardan salınan CS partiküllerinin ortalama büyüklünün 0,5 ila 2 mikrometre olduğunu ve CS tozu elde edilmesi için yapılan mikronizasyon sürecine göre değişebileceğini ifade etmektedir. Heinrich, *op.cit*. s.8

14 Benzer yönde bkz. Davison,Neil, *op.cit*. s.8

geliştirilen biber spreylerine (*pepper spray*) giderek yaygın bir şekilde başvurulması olmuştur.[15] Bu biber spreylerinin temel maddesi olan oleoresincapsicum, Şili biberinin ekstraksiyon işlemine tabi tutulması ile elde edilen bir yağdır. Bu yağın içerisinde değişik konsantrasyonlarda yaklaşık (%20-%40 oranında) farklı doğal bileşik (capsaicinoid) bulunmakla birlikte esas aktif madde capsaicin (8-methyl-*N*-vanillyl-6-nonenamide) adı verilen bileşiktir.[16] Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyeti Hükümetinin İçişleri Bakanlarınca ifade edilen biber gazının organik ve doğal olduğu söyleminde gerçeklik payı olduğu yadsınamaz. Hatta bu doğallık sebebiyle bu ajanı içeren spreylerinin etkileri, "kullanılan bitkiden bitkiye ve hatta bitkinin farklı meyvelerinde bile capsaicin ve capsaicinoidler konsantrasyonlarındaki farklılıklar sebebiyle önemli ölçüde değişkenlik gösterebilmektedir."[17] OC spreylerinin etkin maddesi olan capcaisinin tıbbi amaçlı olarak bazı ilaçlarda da kullanıldığı bilinmektedir. Ancak buradan yola çıkılarak Gezi Parkı olayları esnasında polisin Toplumsal Olaylara Müdahale Araçlarındaki (TOMA) su toplarının tanklarına OC katılması üzerine bazı yetkililerin, bu şekilde sıkılan suyu ilaçlı su olarak tanımlaması en basit tabiriyle gerçekleri çarpıtmak ve kamuoyuyla alay etmek olarak değerlendirilmelidir. Zira Dünya Sağlık Örgütü (*WHO*) tarafından bir toksin (canlılar tarafından üretilen bir zehir, toksik kimyasal) olarak kabuk edilen OC[18], tıpta kullanılan diğer toksinler gibi ancak oldukça belirli hastalıklara karşı düşük dozda ve kontrol altında kullanılması halinde ilaç olarak addolunmaktadır. Basına yansıyan fotoğraflarda görüldüğü gibi TOMA'ların tanklarına 10'ar litrelik bidonlarla konulan OC solüsyonlarının[19], hangi hastalığın iyileştirilmesi ya da semptomların bastırılması için, işbu amaca uygun olan dozda ve sıkı kontrol altında kullanılacak ilaç olarak kabul edilebileceği bu satırların yazarının cevabını bulmakta zorlandığı bir sorudur.[20]

---

15 Biber spreyleri kişisel meşru müdafaa aracı olarak ya da vahşi hayvan saldırılarına karşı korunma amacıyla kullanılmaktadır.

16 Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004) s.204 http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex1.pdf

17 Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s.9

18 Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004) s.216 http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex2.pdf

19 http://www.hurriyet.com.tr/saglik/23518148.asp

20 İlaçtan kastedilenin, tıpta hastalıkları iyileştirmek ya da semptomlarını bastırmak için kullanılan bir kimyasal madde haricinde, günlük hayatta ve zirai faaliyetler sırasında haşereleri yok etmek için başvurulan kimyasallar olması da olasıdır. Ancak bir kamu yöneticisinin, üzerlerine 'ilaçlı su' sıkılan halkı böcek ve ya da zararlı olarak görmek anlamına gelecek bu tanımı ifade etmek istemiş olacağına ihtimal vermiyoruz.

Oleoresin Capsicum spreyi, içerdiği bu aktif maddenin insan vücudunda nüfus ettiği dokulardaki sinir uçlarına etki etmesi sonucu göz yaşartıcı/ rahatsız edici kimyasal ajanların yarattığı etkilerin benzerlerine neden olmaktadır. Nitekim Türk Tabipler Birliği'nin hazırladığı detaylı çalışmada da kapsamlı bir şekilde izah edildiği üzere OC spreyinin ilk etkisi gözlerde iritasyon, yanma, gözyaşı oluşumunda artış, ağrı ve blefarospazm'dır. OC spreyi deriye temas ile birlikte derinin üst tabakasında enflamasyona (kontakt dermatit) neden olmakta, ciltte yanma ve tahriş hissi yaratmaktadır. OC'nin solunum sistemindeki etkisi ise burun ve boğazda yanma hissi, aşırı tükürük salgısı, öksürük ve göğüste sıkışıklık hissi olarak gözükmektedir.[21] Kurbanda yarattığı bu etkiler dikkate alındığında biber spreylerinin de neden göz yaşartıcı gazlar/rahatsız edici kimyasal ajanlar sınıfına dahil edildiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte OC her şeyden önce gaz olarak değil, sprey olarak kullanılmaktadır.[22] Dolayısıyla fişek ya da el bombası aracılığıyla atılmamakta, geniş alanları etkilemek amacından ziyade yakın mesafede daha dar kapsamlı hedefleri etkilemek üzere noktasal olarak kullanılmaktadır. Ayrıca etkileri itibariyle, tıpkı CS gibi basit bir göz yaşartıcı gaz olarak kabul edilemeyecek derece kuvvetli bir kimyasal ajandır. Hatta bu sahip olduğu etkinlik ve CS'den daha az tehlikeli olduğu yönündeki iddialar sebebiyledir ki son yıllarda dünya çapında birçok devletin kolluk kuvvetlerinin envanterine ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak girmiştir.[23]

2) Ayaklanma/Gösteri kontrol ajanlarının kimyasal silah olarak kabul edilebilirliği üzerine

Gezi Parkı olayları sürerken 20 Haziran tarihinde Türk Tabipler Birliği ve uzmanlık derneklerinin birlikte düzenlediği basın toplantısında, biber gazı, göz yaşartıcı gaz gibi adlarla da anılan gösteri kontrol ajanlarının kimyasal silah olduğu ve kullanımının yasaklanması gerektiği ifade edilmiştir.[24]

---

21 Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s.11,15

22 Bu bağlamda OC spreyleri ,ya kolluk kuvveti mensuplarına verilen, elde taşınan bir kişisel savunma ekipmanı olarak verilen ya da yakın mesafeden kalabalıkları dağıtmak amacıyla kullanılan ve tankı sırtta taşınan çok daha büyük hacimli ve daha büyük püskürtme kuvvetini haiz bir ekipman olarak kullanılmaktadır. Bu ikinci tip, özellikle Gezi Parkı eylemlerini tetikleyen ve kısa zamanda direnişin sembolüne dönüşen 'kırmızılı kadın'a yapılan polis saldırısında kullanılmasıyla dikkat çekmektedir.

23 Ayn yönde bkz. Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s. 10; Davison, Neil, The Development of "Non-Lethal "Weapons During the 1990's, Bradford Non-Lethal Weapons Research Project Occasional Paper No.2, University of Bradford, 2007, s.31-32

24 Bu bağlamda özellikle Adli Tıp Uzmanları Derneği adına konuşan Prof. Dr. Ümit Biçer'in ifadeleri dikkat çekmektedir.

Yukarıdaki satırlarda da ifade edildiği üzere ölümcül olmayan silahlar konsepti ve buna ilişkin teknolojiler ilk ortaya çıktığı zamandan beri büyük oranda kimyasal ajanlar üzerinde yükselmiş bulunmaktadır. Oysa bu insanı öldürmeyen ancak onun üzerinde geçici bir süreliğine rahatsız edici ve onu güçten düşürücü etkiler yaratan kimyasal ajanlar ise I. Dünya Savaşı'nda siper savaşı ile kilitlenen cepheleri açmak için başvurulan kimyasal savaşın ilk araçları olarak savaş sahnesinde yerini almış bulunmaktaydı. Ölümcül olan ve olmayan kimyasal ajanların savaş alanında neden olduğu yaralanmaların ve çektirdiği acıların ağırlığı devletleri, savaş hukukunda mevcut bulunan zehirli silahların kullanımı yasağını güçlendirme ve bütün gaz silahlarının sarih bir şekilde hukuka aykırı ilan edilmesi yönünde harekete geçirmiştir. Nitekim bu yaklaşım 1925 tarihli Cenevre Boğucu, Zehirli ve Diğer Gazların ve Bakteriyolojik Savaş Yöntemlerinin Yasaklanması için Protokol'ün kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır.[25] Her ne kadar 1925 Cenevre Protokolü kimyasal silahların kullanılmasını yasaklasa da Protokol'ün çok da kapsamlı bir yaklaşım benimsediği söylenemez. Zira Protokol'ün düzenlemeleri altında devletlerin bu tip silahları üretmek ve depolamak hakkı korunmuş; ayrıca birçokları tarafından bu silahların arz ettiği yüksek bir tehdidin azaltılması konusunda atılabilecek adımlara ilişkin bir hüküm de öngörülmemiştir.[26] Ayrıca Protokol'ün genel düzenlemesi kapsamına "tahriş edici ajanların" girip girmediği ve bunların kimyasal silahların kullanılmasını yasaklayan geleneksel yaklaşım kapsamında değerlendirilip değerlendirilmediği de devlet uygulamalarında tartışmalı bulunmaktaydı.[27] Uluslararası hukuktaki bu muğlâklık ve boşluklar 1993 tarihli Kimyasal Silahlar Sözleşmesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Nitekim bu sözleşme 1925 Cenevre Protokolü'nün tamamlayıcısı olarak, kimyasal silahların her şartta, kullanımını, geliştirilmesini, üretimini, depolanmasını elde

---

http://www.istabip.org.tr/index.php/haberler/2984-ttb-ve-uzmanlk-derneklerinden-acklama-biber-gaz-kimyasal-silahtr-kullanm-derhal-yasaklanmaldr.html.

Benzer bir yoruma Türk Tabipler Birliği'nin Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları yayınında da ulaşılmaktadır. bkz. Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s.31

25 Oeter, Stefan, Methods and Means of Combat, *in* The Handbook of International Humanitarian Law, Dieter Fleck (*eds.*), Oxford University Press, 2010, s.171

Her ne kadar Protokol bu tip silahların savaş sırasında kullanılmasını yasaklasa da taraf devletler ilk imzacı olan Fransa'nın koyduğu çekinceyi benimsemiş ve buradaki yasağı genel bir yasak olmaktan çıkarıp bir "ilk kullanım" yasağına dönüştürmüştür. Detaylar için bkz. Oeter, Stefan, *op.cit*. s. 172

26 Boothby, William, Weapons and the Law of Armed Conflict, Oxford University Press, 2009, s.129-130

27 Oeter, Stefan, *op.cit*. s. 171

edilmesini ve elde tutulmasını yasaklamaktadır.[28] Kimyasal silahlara ilişkin olarak bu kadar kapsamlı bir yasak getiren sözleşme doğal olarak kimyasal silahlardan ne anlaşılması gerektiğini de tanımlamıştır. Nitekim Sözleşme çerçevesinde kimyasal silahlar, "Konvansiyon tarafından yasaklanmamış amaçlara yönelik ve bu amaçlarla uygun tip ve miktarda olmayan toksik kimyasallar ve öncülleridir."[29] Toksik kimyasallar ise sözleşmede kaynağı ya da üretim yöntemi fark etmeksizin, yaşam süreci üzerinde gösterdiği kimyasal etkiyle ölüme yol açan, geçici olarak güçsüz hale getiren ya da insan ya da hayvanlara kalıcı zararlar veren tüm kimyasallar şeklinde tanımlanmıştır.[30] Sözleşmedeki düzenlemelere göre yasaklanmamış olan kullanım ise endüstriyel, tarımsal, araştırmaya yönelik tıbbi, farmasötik ya da diğer barışçıl amaçlar, doğrudan toksik kimyasallardan ve kimyasal silahlardan korunmaya ilişkin olan koruyucu amaçlar, kimyasal silahların kullanılmasına ilişkin olmayan ve bir savaş yöntemi olarak kimyasalların toksik özelliklerinin kullanımına bağlı olmayan askeri amaçlar ve ayaklanma/gösteri kontrol amaçlarını da kapsayan yurtiçi kolluk faaliyetleri olarak belirlenmiştir.[31] "Belirli kimyasal kimliklerden ziyade amaçlanan kullanım üzerinde yükselen bir tanım 'Genel amaç kriteri' olarak adlandırılmaktadır. Böylece Sözleşmeyle hedeflenen silahsızlanma amacına, bir yandan askeri ve sivil amaçlarla kullanılabilecek kimyasalların barışçıl amaçlarla kullanımına engel olunmaksızın ulaşılabilinmekte;.. diğer yandan da varlığı açıkça bilinmeyen ya da henüz keşfedilmemiş kimyasalların Sözleşme kapsamında kalması sağlanmaktadır."[32]

Sözleşme, hangi kimyasalların kimyasal silah olarak kabul edileceğini belirten bu tanımı getirdikten sonra ayaklanma/gösteri kontrol ajanları için ayrı bir başlık altında düzenleme yapmıştır. Nitekim bu düzenlemeye göre ayaklanma/gösteri kontrol ajanları, cetvelde yer almayan, insanlarda hızlıca kişiyi güçsüz bırakan fiziksel etkilere ve duyularda tahrişe yol açan; ancak bu etkileri maruz kalınma sona erdikten kısa bir süre sonra kaybolan kimyasal-

---

28 Boothby, William, *op.cit*. s.130

29 Madde 2/1 http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/

30 Madde 2/2 1.cümle http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/

31 Madde 2/9 http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/

32 Defining Chemical Weapons the Way the Treaty Does, Chemical Weapons Convention Bulletin no.29, September 1995

lardır.[33] Bu tanım, bir kimyasal ajanın ölümcül olmamasını, onun ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak kabul edilmesi için bir ön şart haline getirmektedir.[34] Bununla beraber sözleşmede kabul edilen yaklaşıma göre ölümcül olmasa da bu ajanların bir savaş yöntemi olarak kullanılması yasaklanmıştır.[35] Böylece ayaklanma/gösteri kontrol ajanı şeklindeki ölümcül olmayan kimyasallar da savaş alanından yasaklanmış olmaktadır.

Bu yaklaşım tarihi açıdan kabul gören ve ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının hukuki ve ahlaki açıdan gerek ulusal savunma gerekse de kolluk faaliyeti kapsamında insanlara karşı kullanılabilecek tek kimyasal ajan olduğu düşüncesine de bir sınırlama getirmiştir. Zira muhasamat faaliyetleri esnasında ölümcül olmayan, rahatsız edici/tahriş edici kimyasal ajanların kullanımı, bu ajanlara maruz kalan tarafın, kendisine karşı ölümcül kimyasal silah kullanılmış olabileceği fikrine kapılıp misilleme olarak klasik, ölümcül kimyasal silahlara başvurabileceği ve bu durumun da uluslararası bir silahlı çatışmada şiddetin tırmandığı bir sarmala yol açacağı endişesiyle 1993 Sözleşmesi'nde silahlı çatışmalarda ölümcül olmayan kimyasal ajanların (ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının) kullanımı da yasaklanmıştır.[36]

Bununla beraber devletler, bu ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kullanımının meşruluğunu koruduğu bazı alanların bulunduğunu kabul eden pozisyonlarını da korumaktadırlar. Bunun sonucu olarak da Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'nin görüşmelerinde ayaklanma/gösteri kontrol ajanları meselesi, görüşmelere katılan taraflar için oldukça kutuplaştırıcı bir konu teşkil etmiştir. Nihai bir antlaşma metnine ulaşmak için devletler ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına ilişkin olabilecek her hususu incelememişler, "ölümcül olmayan ajanlar" , "güçten düşüren ajanlar" sözleşme görüşmelerini yürüten müzake-

---

33 Madde 2/7 http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/
Burada bahsi geçen cetveller sözleşmenin eki olarak bulunan ve toksik kimyasallar ve bunların öncüllerini içeren tablolardır.

34 Fidler, David, The International Legal Implications of "Non-Lethal" Weapons, 21 Mich. J. Int'l L.1999-2000, s.72

35 madde 1/5 http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-i-general-obligations/

36 Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, ICRC-Cambridge University Press, 2009, s.265
Benzer bir yorum için bkz. Walker, John, "Inappropriately Hilarious" : An Historical Overview of the Interest in ans Use of "Incapacitating Chemical Agents"*in* ICRC Expert Meeting on "Incapacitating Chemical Agents", Implications for International Law, Montreux 24-26 March 2010, s.18

reciler tarafından incelenmemiştir.[37] Nihayetinde ayaklanma/gösteri kontrol ajanları konusundaki gerilim, Kimyasal Silahlar Sözleşmesinin görüşmelerinde *bu tip ajanların kimyasal silah olarak tanımlanmaması* ve fakat savaş aracı olarak da kullanımlarının yasaklanması şeklinde yapılan düzenlemeyle çözülmüştür.[38]

Ancak Sözleşmede ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına ilişkin yapılan düzenlemenin kapsamı tartışmalıdır. Burada kullanılan lisan, bu ajanların niteliğinin tam olarak tespit edilmesini zorlaştırmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi Kimyasal Silahlar Sözleşmesi kimyasal silah tanımını birkaç farklı kavram üzerinden giderek iki adımda yapmıştır. Yukarıda da görüldüğü üzere öncelikle kimyasal silahlar toksik kimyasallar olarak tanımlanmıştır. Toksik kimyasal tanımı ise yaşam süreci üzerinde gösterdiği kimyasal etkiyle ölüme yol açan, geçici olarak güçsüz hale getiren ya da insan ya da hayvanlara kalıcı zararlar veren tüm kimyasallar şeklinde yapılmıştır. Bu tanıma ilaveten md.2/2, "Sözleşmenin uygulanması açısından denetlemeye tabi olacak toksik kimyasalların, kimyasallar üzerine Ek'te bulunan cetvellerde sayılmış

---

37 Walker, John, *op.cit*. s.18-19
Güçten düşüren ajanlar olarak tanımlayabileceğimiz *incapacitating agents* basitçe kişinin merkezi sinir sitemi üzerinde etki göstererek, kişiyi güçsüz bırakan ya da kişinin duygularını, ruh haletini, idrak ya da algılama yeteneğini değiştiren kimyasallardır. Bu kimyasallar, kişinin mukoza kaplı dokularını etkileyen ve gözyaşı üretimini tetikleyen ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarından farklıdır. Güçten düşüren ajanları insan gruplarını ya da bireyleri sakinleştiren ya da onları kontrol etmeye yarayan kimyasallar olarak düşünmek yerinde olacaktır. Buna mukabil ayaklanma/gösteri kontrol ajanları insan gruplarını ya da kalabalığı dağıtmak için kullanılmaktadır. ICRC Expert Meeting on "Incapacitating Chemical Agents", Implications for International Law, Montreux 24-26 March 2010, s.3, özelikle dipnot 3
Güçten düşüren bu kimyasal ajanlar, fentanil, carfentanil gibi opioidleri; anestezik maddeleri; valium, rohypnol gibi yatıştırıcı/sakinleştiricileri ve nöretransmitterları içermektedir. detaylar için bkz. Steyn, Ben, Practical Implications of Human Incapacitation by "Incapacitating Chemical Agents", in ICRC Expert Meeting on "Incapacitating Chemical Agents", Implications for International Law, Montreux 24-26 March 2010, s.25-26

38 Fidler, David, *op.cit*. s.73
Bununla beraber sözleşmede ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına ilişkin kabul edilen ve karşılıklı tavizlerle ulaşılan düzenlemenin üzerinde yükseldiği kavramların (kolluk faaliyeti ve savaş yöntemi gibi) silahlı çatışmalar kapsamında arz ettiği muğlâklık ve bünyesinde barındırdığı tehlikelere doktrinde dikkat çekilmiştir. Detaylar için bkz. Crowley,Michael, Dangerous Ambiguities: Regulation of Riot Control Agents and Incapacitants under the Cehmical Weapons Convention , Bradford Non-lethal Weapons Research Project, University of Bradford, 2009, s.27-37
http://www.brad.ac.uk/acad/nlw/publications/BNLWRPDangerous1.pdf

olduğu"nu ifade etmektedir.[39] Dolayısıyla bu cetvellerde bulunmayan kimyasallar işbu sözleşmeye göre toksik kimyasal ve dolayısıyla kimyasal silah sayılmayacaktır. Sözleşme, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının tanımını da "bu cetvellerden birinde bulunmayan kimyasal" şeklinde yapmaktadır.[40] Bu çok aşamalı tanımlamalardan çıkan sonuç, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kimyasal silah olmadıkları gibi Kimyasal Silahlar Sözleşmesi kapsamında toksik kimyasal olarak dahi kabul edilmediğidir.

Bununla beraber bu yorumun doktrinde paylaşıldığını söylemek zordur. Crowley, Sözleşme'de yapılan toksik kimyasal tanımının sadece ölüme ya da insan ve hayvanlarda kalıcı zararlara sebebiyet veren kimyasalları değil aynı zamanda geçici olarak güçten düşürücü etki gösterenleri de kapsadığını vurgulamaktadır. Bunun sonucu olarak da ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının da toksik kimyasallar olarak değerlendirildiğini ve bu toksik kimyasallar için öngörülen kısıtlamalara tabi olduğunu ifade etmektedir.[41] Böylece, Kimyasal Silahlar Konvansiyonu madde 2/1 altında öngörülen, toksik kimyasalların ancak işbu sözleşmenin 2/9 maddesinde öngörülen amaçlarla ve bunlara uygun tip ve miktarda kullanımı halinde kimyasal silah sayılmayacağına yönelik olarak getirilen "genel amaç kriterinin" ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına uygulanmasının söz konusu olduğu savunulmaktadır. [42] Yazar, görüşlerine başvurduğu silah kontrol uzmanı bir uluslararası hukukçunun da beyanına dayanmak suretiyle "tip ve miktar" kısıtlamasının toksik kimyasalların geliştirilmesi ve depolanması kadar bunların kullanım yöntemlerine de uygulanan bir kriter olduğunu; ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının da toksik kimyasalları teşkil ettiği cihetle bunların kolluk faaliyeti esnasında kullanımının da genel amaç kriterine uygun olması gerektiğini ileri sürmektedir.[43] Bu görüşe göre, *tip ve miktar* açısından bu genel amaç kriterine uygun olmayan ayaklan-

---

39 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi madde 2/2, 2. cümle http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/

40 Kimyasal Silahlar Sözleşmesi madde 2/7 http://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-ii-definitions-and-criteria/

41 Walter Trapp ve Ralph Krutzsch da ortak çalışmalarında ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının insanlar üzerinde gösterdikleri etkiler sebebiyle Sözleşmedeki toksik kimyasallar için yapılan geçiçi olarak güçten düşürme kriterine uyduklarını ve bu cihetle de toksik kimyasal tanımı kapsamına girdiklerini ifade etmektedirler. Trapp, W., Krutzsch,R., A Commentary on the Chemical Weapons Convention, 1994, Springer, 1994, s.26

42 Crowley,Michael, *op.cit*. s.8-9

43 Crowley,Michael, *op.cit*. s.38-39

ma/gösteri kontrol ajanlarının kullanımı kimyasal silah kullanımı anlamına gelecektir. Türk Tabipler Birliği'nin çalışmasında ve basın toplantısında savunduğu görüşün bu yoruma dayandığına şüphe yoktur.

Ancak Sözleşmedeki kimyasal silah, toksik kimyasallar ve ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına ilişkin tanımlar dikkate alındığında bu yorumun yerindeliğinin tartışmalı olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim Birleşik Devletler Deniz Kuvvetleri Baş Askeri Hukuk Müşavirliği Ulusal Güvenlik Hukuku Başkanı'nın verdiği mütalaada, her ne kadar ayaklanma/gösteri kontrol ajanları ile toksik kimyasalların tanımının belirli bir oranda örtüştüğü kabul edilse de Sözleşme'deki tanımlar başlığı altında ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına ayrı bir alt başlık açılması, bunların kullanılmasına yönelik farklı rejimlerin öngörülmesi, kimyasal ajanların deklare edilmesi hususu ile birlikte kimyasal silahlara karşı korunma ve yardım ile ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına karşı korunma ve yardım talep edebilmesi arasında farklılık gözetilmesi nedeniyle ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının toksik kimyasal olarak (ve buna bağlı olarak da kimyasal silah olarak) addolunmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir.[44] Bu açıdan yaklaşıldığında ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına başvurulması durumu bunların, Sözleşmede kimyasal silah olarak kullanılabilecek toksik kimyasallardan çok daha az toksik etki göstermeleri ve etkilerinin de kısa sürede kendiliğinden ortadan kalkması gibi özellikleri sebebiyle toksik kimyasalların kullanımının tabi olduğu "genel amaç kriteri" ve buna uygun tip ve miktarda kullanım sınırlaması ile kısıtlanmamış olmaktadır. Dolayısıyla Sözleşme'deki düzenlemeler ışığında ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kimyasal silah olarak kabul edilecek *toksik kimyasallardan farklı bir kimyasal ajan* kategorisi teşkil ettiğini söylemek yerinde olacaktır.[45]

---

44 Preliminary Legal Review of Proposed Chemical- Based Nonlethal Weapons, Dept. of the Navy Office of the Judge Advocate General, International & Operatonal Law Division, 30 November 1997,s.14-18

45 Kimyasal silah olarak kabul edilen ve Sözleşme'ye ek Cetvellerde sayılan toksik kimyasallar ile bu Cetvellerde sayılmayan ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak kabul edilen kimyasalların kullanım rejimi için getirilen farklılıkları açıklamak için Prof. Fidler'ın yorumuna başvurmak yerinde olacaktır. Nitekim Prof. Fidler Sözleşme'de "işbu sözleşme altında yasaklanmamış amaçlar" başlıklı madde 2/9 d) hükmü ile getirilen kolluk faaliyetleri ve madde 2/1 a) hükmü ile kabul edilen toksik kimyasalların bu amaçlara uygun miktar ve tipte kullanımının kimyasal silah olarak kabul edilmemesi yaklaşımını birlikte okumak suretiyle bizce doğru bir yorum yapmaktadır. Buna göre madde 2/9 d) hükmü, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarından olmayan, 2 ve 3 no'lu Cetvellerde türleri belirtilen toksik kimyasalların hukuka uygun kullanımı için yol gösterici niteliktedir. Maruz kalan kişiler üzerine ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarından çok daha güçlü etkileri olan bu tip toksik kimyasallar, *stricto sensu* güçten düşüren/engelleyici (*incapacitants*) olarak adlandırılmakta ve özellikle Ekim 2002 yılında Moskova'daki bir tiyatro

Nitekim Uluslararası Kızıl Haç Komitesi'nin Uluslararası İnsancıl Teamül Hukuku çalışmasında da uluslararası olan ve olmayan silahlı çatışmalarda 74. no'lu kural altında kimyasal silahların kullanımının yasaklanması; ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kullanımı yasağının ise ayrı bir kural (75. no'lu kural) altında belirtilmiş olması bu iki kimyasal ajan grubunun farklı olarak kabul edildiğine de delalet etmektedir.[46]

Bu şartlar altında OC ve CS kimyasal ajanlarının kolluk faaliyeti esnasında kullanımının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi ile düzenlenmiş özel bir rejime ve diğer toksik kimyasallarda olduğu gibi kolluk faaliyeti amacına uygun tip ve miktarda kullanılmasını öngören bir kısıtlamaya tabi olmadığı söylemek en doğru yorumu teşkil edecektir.[47] Kaldı ki taraf devletlerin Kimyasal Silahlar Sözleşmesinin yürürlüğe girmesini takip eden uygulamaları, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kolluk kuvvetlerince kullanımının işbu sözleşme tarafından düzenlenmediği anlayışını destekler bir gözünüm arz etmektedir. Bu ajanların kolluk kuvvetleri tarafından tip ve miktar olarak aşırı ve kötü niyetli kullanımı iddialarının hiçbir taraf devlet tarafından Kimyasal Silahlar Sözleşmesi kapsamında eleştirilmediği, bu bağlamda Sözleşme ile öngörülmüş soruşturma mekanizmalarının hayata geçirilmediği ve de OPCW'nin karar alıcı organlarının bu konuya değinmediği görülmektedir.[48]

Her ne kadar Kimyasal Silahlar Sözleşmesi'ndeki düzenlemelerin kolluk faaliyeti esnasında başvurulan ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kullanımına yönelik yol gösterici ya da sınırlayıcı hiçbir hüküm içermediği, bu tip kimyasal ajanların kimyasal silah olmadığı sonucuna varılsa bile uluslararası hukukta bu kimyasal ajanların kullanımının tamamen devletin takdir yetkisine bırakıldığını ileri sürmek imkânsızdır.

---

salonuna yönelik terörsist saldırının sona erdirilmesi için fentanil adlı toksik kimyasalın Rus kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması neticesi uluslararası hukukta dikkatlerin bu konuya çekilmesini sağlamıştır. Detaylar için bkz. Fidler, David, The Meaning of Moscow: "Non-lethal" weapons and international law in the early 21st century, IRRC, Volume 87, Number 850, September 2005, s.532-537, özellikle s.536-537

46 Henckaerts, Jean-Marie, Doswald-Beck, Louise, Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules, ICRC-Cambridge University Press, 2009, s.259-265

47 Türkiye, Kimyasal Silahlar Sözleşmesini 14/01/1993'te imzalamış, sözleşmeye 11/06/1997 yılında taraf olmuştur. http://www.opcw.org/index.php?eID=dam_frontend_push&docID=13069

48 Crowley,Michael, *op.cit*. s.48-49

3) Polisin ayaklanma/gösteri kontrol ajanı kullanma "doğal hakkının" "doğal sınırları"

Yukarıdaki satırlarda, her ne kadar doktrinde tartışmalı da olsa, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının Kimyasal Silahlar Sözleşmesi çerçevesinde toksik kimyasallar (dolayısıyla da kimyasal silah) olarak kabul edilmemesi gerektiği ortaya koyuldu. Bu kimyasalların toksik kimyasallar olarak kabul edilmemesinin sebebi insanlar üzerinde sınırlı ve geçici etkiler göstermeleridir. Aslında bizatihi bu özellikleri sebebiyle de "ölümcül olmayan silah" kategorisinin bir türü (kimyasal ölümcül olmayan silahlar) olarak adlandırılmaktadırlar.

Bununla beraber bu kimyasal ajanların toksik kimyasallara kıyasla göreceli *zararsızlıkların*dan yola çıkılarak bunların kullanım usul, teknik ve miktarına sınırlamalar getirilmemesi düşünülemez. Zira her şeyden önce "ölümcül olmayan silah" kavramı uyandırdığı ilk izlenimin aksine yüzde yüz ölümcül olmayan kuvvet kullanma araçlarını ifade etmemektedir. "Ölümcül olmayan silahları tanımlamak çok zor bir iştir. Bu zorluk sadece bu silahların potansiyel kullanımına yönelik olarak geliştirilen farklı perspektiflerden değil, aynı zamanda 'ölümcül olmayan silah' kelimelerinin duyulması ile insanlarda, işbu silahların üzerinde kullanıldığı kişilerde hasar ya da ciddi bir yaralanma meydana gelmeyeceğine dair oluşan *hatalı beklentilerden* kaynaklanmamaktadır."[49] Gerçekten de "ölümcül olmayan silahlar" da kurbanlarını öldürebilmekte ve bu yüzden ölümcül etkiyi haiz olarak kabul edilmektedirler.[50] "Kamuoyu ölümcül olmayan silahların kullanımının her zaman ciddi yaralanma ve ölüm riski içerdiği konusunda bilgilendirilmelidir. İşte bu risklerdir ki birçokları tarafından ölümcül olmayan silah kavramının, bir edeb-i lisan ya da içinde kendisiyle çelişen sözcüklerin bulunduğu bir ifade olarak algılanmasına yol açmaktadır."[51]

OC ve CS kimyasal ajanları özelinde bir değerlendirme yapılacak olursa bunların, her ne kadar *stricto sensu* (Kimyasal Silahlar Sözleşmesi çerçevesinde tanımlandığı üzere) toksik kimyasal olmasalar da canlılar üzerinde toksik etkileri olan kimyasallar olduğunu ifade etmek gerekecektir.[52] Dolayısıyla

---

49 Duncan, James , A primer on the employment of non-lethal weapons, 45 Naval Law Rev., 1998, s.5

50 Fidler,David, The International Legal Implications of "Non-Lethal" Weapons, 21 Mich. J. Int'l L.1999-2000 s.55

51 Duncan, James , *op.cit*. s. 5

52 bkz. Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004) http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex2.pdf s.216

sahip oldukları bu toksisite sebebiyle de ayaklanma/gösteri kontrol ajanları, insanlarda zararlı etkiler yaratmakta ve insan sağlığı için ağır yaralanma ve ölüm tehlikesi arz etmektedirler.

Kimyasal ajanların kullanım amaçlarını yerine getirmek için ihtiyaç duydukları doz, etkili doz 50 (*Effective Dose* 50 - ED50) olarak adlandırılmaktadır. Bu kavram, işbu doza maruz kalan kişilerin %50'sinde istenilen etkinin yaratılmasına olanak sağlayan doz olarak tanımlanmaktadır.[53] CS ajanının, solunum yolları, göz ve deride rahatsız edici etkileri tahammül edilemez boyutta üreterek insanların bu kimyasal ajanların kullanıldığı noktalardan uzaklaşmasını, kalabalıkların dağıtılmasını sağlaması için gereken ED50'sinin 0.1 - 10 mg/m3 arasında olduğu kabul edilmektedir.[54]

Bu dozları ya da bunlardan daha yüksek dozları solumak kimyasal akciğer iltihabına ve ölümcül akciğer ödemine neden olmakta; ayrıca kalp durmasına ve de karaciğer hücrelerinde zararlara da yol açabilmektedir. Bu dozların yutulmasının ise mide ve ince bağırsak mukozasının ciddi şekilde delinmesine ve iltihaplanmasına neden olduğu belirtilmektedir.[55] CS aynı zamanda organizma içinde metabolize edilmektedir. Yani vücuda giren yabancı bir madde olarak CS vücut enzimleri ile transformasyona uğramakta, bunun neticesinde de esas maddeden daha az toksik ya da daha toksik ürünlere dönüşmektedirler. CS ajanı bu transformasyon sonunda birçok daha az toksik maddeye dönüşse de hidrojen siyanid (HCN) de üretmektedi,r ki bu oldukça zehirli bir bileşiktir.[56] İnsan kanında onu zehirleyecek kadar hidrojen siyanid konsantrasyonun oluşması için maruz kalınması gereken CS miktarının, ciğerlerde ağır zarara

---

53 Wheelis, Mark, Feasibility of "Incapacitating Chemical Agents", in ICRC Expert Meeting on "Incapacitating Chemical Agents", Implications for International Law, Montreux 24-26 March 2010, s.21

54 Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.9
Prof. Heinrich, rahatsız edici ajanın etkilerini tolere edebilme konusunda kişinin iradesinin büyük rol oynadığını belirtmektedir. Yazar, 0,5 mg/m3 CS yoğunluğundaki ortamda insanların rahatsız olmaya başladığını; 1mg/m3 yoğunlukta göz yaşarmasını tetiklendiğini; 10 mg/m3 yoğunluğun ise eğitimli askerlerin bile dayanamadığı bir seviye olduğunu ifade etmektedir. bkz. Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.21

55 Hu, Howard et al., *op.cit*. s.661
Dünya Sağlık Örgütü raporuna göre rahatsız edici/tahriş edici kimyasal ajanların yüksek dozda solunması halinde ciğerlere etkisi Kimyasal Silahlar Konvansiyonu'nun ekinde yer alan 3. numaralı cetvelde sayılan ve böylece kimyasal silah olarak kabul edilen phosgene ajanınkiler ile benzerlik gösterebilir. Public health response to biological and chemical weapons: WHO guidance (2004), s.190, http://www.who.int/csr/delibepidemics/annex1.pdf

56 Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.8

neden olacak dozdan yüksek olduğu hesaplanarak, CS kullanımına bağlı hidrojen siyanid zehirlenmesinin göz ardı edildiği doktrinde ifade edilmektedir. Ancak bu yaklaşımın yerindeliği uzmanlar tarafından sorgulanmakta ve konu hakkında daha fazla araştırma yapılması gerektiği savunulmaktadır.[57]

Kimyasal maddeler için etkili doz (ED 50) gibi bir de ölümcül doz (*lethal dose* 50 - LD50) kavramı bulunmaktadır. Bu kavram da işbu kimyasala maruz kalan kurbanların yarısını öldürmek için gereken dozu ifade etmektedir.[58] CS için LD50 olarak, dakikada 25000 -150000 mg/m3'lük bir konsantrasyonda solunması hali tespit edilmiştir.[59]

Açık alanda patlayan bir gaz fişeğinin 6 ila 9 metre çapında yoğun bir duman alanı yarattığı ve bunun merkezindeki CS konsantrasyonun 2000-5000 mg/m3 olduğu, merkezden uzaklaştıkça bu yoğunluğun hızla azaldığı ifade edilmektedir.[60] Dolayısıyla kapalı yerlerde, hava akımın olmadığı, gazın yayılacak alan bulamadığı dar sokaklarda, iki yanı yüksek binalarla çevrili caddelerde sıklıkla ve birbirine yakın gaz fişeği kullanımı kısa süre içinde dağıtılması hedeflenen göstericilerin ve tesadüfen bölgede bulunan diğer kişilerin LD50 seviyesinde gazı solumak zorunda bırakılması anlamına gelebilecektir. Bu yoğunlukta ölümcül doza ulaşmak söz konusu olmasa bile bahsi geçen şartlarda yoğun gaz bombası ve fişek kullanımının bunların kullanıldığı bölgede rahatlıkla kişilerin sağlığına zarar verdiği kabul edilen 10-20 mg/m3 seviyesine ulaşabilecektir;[61] ki bu durumda artık CS etkileri geçici olan ve yaralamayan bir rahatsız edici ajan olmaktan çıkıp sağlığa zararlı, tehlikeli ve belki de ölümcül bir silaha dönüşecektir. Gerçkten de Prof. Heinrich'in CS ajanın toksisitesi konusunda yaptığı önemli bir tespit bu sonucu destekler mahiyettedir: Bu kimyasala düşük dozda yüksek süre maruz kalmak, yüksek dozda kısa süre maruz kalınmaya oranla daha zehirli bir etki üretmektedir.[62]

---

57 Hu, Howard et al., *op.cit*.s.662

58 Wheelis, Mark, *op.cit*. s.21

59 Hu, Howard et al., *op.cit*.s.661
Burada Ölümcül Konsantrasyon 50 (*Lethal Concentration* 50- LCt 50) tabiri kullanmak bilimsel açıdan daha doğru olabilir. Ancak nihayetinde hukuki bir makale olan çalışmamızda terimleri fazla karıştımamak amacıyla ölümcül doz kavramını kullanmayı seçiyoruz.

60 ibid . Ancak bu veriler hayvanlar üzerinde yapılan deneylere göre elde edilmiş olup insanlar üzerindeki değerler, bu verilerin yorumlanması ile elde edilen tahmini değerlerdir. Aynı yönde bkz. Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.11

61 Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.21

62 Heinrich, Uwe, *op.cit*. s.13

OC'nin, yani biber spreyi olarak kullanılan kimyasal ajanın, kullanımının da benzer tehlikeleri barındırdığı belirtilmiştir. Capsaicin'in ölümcül dozu (ağız yolu ile alındığında) insanlar için 0.5-5 g/kg olarak tahmin edilmektedir.[63] Baş ve boyun bölgesine OC uygulanan deneklerden elde edilen verilere göre OC otonom sistemde instabilite, miyokard fonksiyonlarında kötüleşme, aritmi, ve kardiyovasküler kollapsa ve akut respiratuar distrese neden olmak suretiyle ölüme yol açacağı bildirilmiştir.[64] "Capsaisin ve capsaicinoidler, öncelikle solunum sisteminde etkili (bronkospazm, solunum arresti ve akciğer ödemi gibi) olsa da, hipertansiyon krizi ve hipotermiye de yol açabilmektedirler. Bunlar özellikle yakından ve yoğun maruziyette, solunum sistemi üzerinde ciddi ve yaşamı tehdit edici olumsuz etkilere yol açmaktadır. Özellikle alerjik bünyeli kişiler, astım, KOAH ve benzeri solunum sistemi hastaları ile kalp hastaları tarafından solunması halinde ağır tablolar ortaya çıkabilmektedir."[65]

Dolayısıyla kimyasal ve kimyasal/biyokimyasal ölümcül olmayan silah cephanelerinin kullanıldıkları durumlar (fiziki şartlar, hedef kişilerin sağlık durumları) ve kullanılan kimyasalın yoğunluğu gibi faktörler, bunların ölümcül ya da ölümcül olmayan, yaralayıcı ya da geçici etkiler yaratan silahlar olarak kabul edilmesinde kritik önem arz etmektedir. [66]

***

Şüphesiz ki yaralanmalar ve hatta ölümlere yol açabilecek potansiyeli olan bu araçlara kolluk güçleri tarafından başvurulması, en azıdan uluslararası insan hakları hukukunun günümüzde arz ettiği önem ve düzenlediği faaliyetlerin geniş kapsamı dikkate alındığında, iddia edildiği üzere sınırsız bir doğal hak teşkil etmemektedir. Unutulmamalıdır ki rahatsız edici nitelikteki ayaklanma/gösteri kontrol ajanları, bunların hedefi olan kişileri rızaları hilafına belli bir şekilde davranmaya zorlamak için başvurulan zor kullanma araçlarıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde bu ajanların kullanımı, kolluğun kuvvet kullanma yetkisini düzenleyen uluslararası kural ve standartlara tabidir.

Bu bağlamda uluslararası hukukta kolluk kuvvetlerinin kuvvete başvurma yetkisini düzenleyen temel ilkeleri Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen belgelerde bulmak mümkündür. Bunlar her ne kadar hukuken bağlayıcı olmayan ve fakat tavsiye niteliğini haiz kararlar olsalar da konu hakkında

63 Lewis Sr., R. J. Sax's Dangerous Properties of Industrial Materials, 10th ed., John Wiley & Sons, Inc., New York, 2000, s. 702

64 Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s.21

65 Kimyasal Silahlar ve Gösteri Kontrol Ajanları, Türk Tabipler Birliği Yayınları, 2011, s.22

66 Benzer yönde bkz. Boothby, William, *op.cit*. s.248

uluslararası hukukta kabul gören standartları ana hatlarıyla ortaya koymaktadırlar.[67] Gerçekten de 1979 yılında, konsensüsle kabul edilen A/RES/34/169 sayılı Kolluk Kuvveti Mensupları için Davranış Kodu başlıklı kararın 3. maddesi kuvvet kullanmaya, istisnai olarak, sadece kesinlikle gerekli olan hallerde (suçun önlenmesi ya da bir suçlunun ya da şüphelinin hukuka uygun şekilde tutuklanması için ya da tutuklamaya yardım esnasında) ve orantılı şekilde başvurulması gerektiğini düzenlemektedir.[68] 5. madde ise hiçbir kolluk kuvveti mensubunun işkence yapmayacağını ya da diğer zalimane, insanlık dışı ve aşağılayıcı eylemde bulunamayacağını belirtmektedir.[69]

Bu konuda dikkate alınması gereken ikinci belge, 1990 yılında Havana'da yapılan Birleşmiş Milletler 8. Suçun Önlenmesi ve Suçlulara Muamele Kongresi'nin kabul ettiği Kolluk Görevlilerince Kuvvet ve Silah Kullanımına İlişkin Temel İlkeler başlıklı bildiridir. Bildiri devletlere ulusal mevzuatlarında ve uygulamalarında yol gösterecek ilkeleri ortaya koymaktadır.[70] Bildirinin 2. maddesinde ölümlere ve yaralanmalara engel olmak amacıyla, uygun durumlarda kullanılmak üzere kolluk kuvvetlerinin ölümcül olmayan, güçten düşürücü silahlar ile donatılması gerektiği vurgulanmaktadır.[71] 3. madde ise ölümcül olmayan silahların geliştirilmesi ve kullanımının, hedef teşkil etmeyen kişileri tehdit etmesi riskinin en aza indirilmesi amacıyla çok dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi ve *bu tip silahların kullanımının çok kontrollü bir şekilde yapılması gerektiğini* belirtmektedir.[72] Bu ilkenin lafzından, devletlerin ölümcül olmayan silahların kullanımının yol açabileceği tehlikelerin farkında olduğu ve bu silahların hizmet ettikleri amaca uygun olarak, yani yaralanma ve ölüm riskini en aza indirecek şekilde kullanılmalarının çok sıkı teknik taktik ve prosedürlere tabi olması gerektiğini kabul ettikleri anlaşılmaktadır. 4. madde Kolluk Kuvveti Mensupları için Davranış Kodu başlıklı kararda da vurgulandığı gibi kuvvet kullanmanın ve ateşli silaha başvurmanın

---

67 Benzer yönde bkz. De Rover, Cees, To Serve and to Protect, Human Rights and Humanitarian Law for Police and Security Forces, ICRC, Geneva, 1998, s.159 ve 161

68 http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/169&Lang=E&Area=RESOLUTION

69 *İbid.*

70 http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx, dibace 10. paragraf

71 Bu anlayışa paralel olarak, 1990'lı yıllarda artan ölümcül olmayan silah geliştirme çalışmalarına genel bir bakış için bkz. Davison, Neil, The Development of "Non-Lethal "Weapons During the 1990's, Bradford Non-Lethal Weapons Research Project Occasional Paper No.2, University of Bradford, 2007

72 http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx

istisnai ve en son kertede başvurulacak bir yetki olduğunu ifade etmektedir.[73] 5. madde ise kuvvet kullanmanın ve ateşli silaha başvurmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda işlenen suç ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olarak hareket edilmesi gerektiği; sebep olunan yaralanma ve zararın en az seviyede tutulması ve insan hayatına saygı gösterilerek bunun korunması gerektiği vurgulanmıştır. Bildiride özel bir başlık altında ele alınan kanuna aykırı toplantılara kolluğun müdahalesi konusunda ise, toplanma hakkının İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde tanınmış bir hak olduğunu vurguladıktan sonra, kanunsuz ancak şiddet içermeyen gösterilere karşı kolluğun kuvvet kullanmaması gerektiği; bunun mümkün olmadığı hallerde ise başvurulacak gücün gereken en az seviyede tutulması gerekliliğini belirtmiştir.[74]

Kolluk görevlilerinin görevlerini icra ederken başvurabilecekleri kuvvet kullanmaya yönelik bu yol gösterici nitelikteki ilkeler esasında uluslararası insan hakları hukukunda kabul edilen devletin temel yükümlülüklerine paralel olarak şekillenmişlerdir.[75] Oysa bu yükümlülükler yukarıda bahsi geçen ilkelerin aksine devletlerin taraf olduğu antlaşmalarda belirtilen ve bu sebeple devletleri hukuki olarak bağlayan normlardan kaynaklanmaktadır. Bu normlar, Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde belirtildiği üzere yaşam hakkı, toplantı ve gösteri yapma hakkı ile işkence, gayri insani ve onur kırıcı muameleye tabi tutulma yasağı ile birlikte bu kurallara yönelik içtihat ve yorumlardan oluşmaktadır. Gerçekten de kolluk görevlilerinin kolluk faaliyetleri esnasında kuvvete başvururken ölümcül olmayan silah ve bu kapsamda ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarını kullanmak suretiyle yukarıda sayılan hakları ihlal ettiğine yönelik birçok mahkeme kararı, Sivil toplum örgütü raporu ve doktrinde yorum bulunmaktadır. "Ayaklanma/gösteri kontrol ajanları üreticinin talimatlarına ve uluslararası insan hakları standartlarına uygun kullanıldıkları hallere, büyük olasılıkla yaralanma ve ölümle sonuçlanabilecek, ateşli silah kullanımı gibi diğer kuvvet kullanma şekillerine önemli bir alternatif teşkil etmektedir. Bunlar kolluk görevlileri tarafından, ciddi bir yaralanma riskinin kaçınılmaz olarak mevcut bulunduğu toplantıların dağıtılmasında ya da şiddet kullanan kişilerin engellenmesinde meşru bir şekilde kullanılabilir. Bununla beraber bu araçlar kötüye kullanıma da açıktırlar."[76]

---

73 *ibid*.

74 *idem*.

75 Benzer yönde bkz. De Rover, Cees, *op.cit*. s.273

76 Crowley, Michael, *op.cit*. s.41

Gerçekten de bu ajanların (OC ve CS) kişileri rahatsız eden ve güçten düşüren etkilerinin ötesinde yaralama ve hatta öldürme etkilerini doğuracak şekilde kullanımı aşırı kuvvet kullanma ve yukarıda sayılan insan haklarını ihlal olarak kabul edilmektedir. Zira bu hallerde işbu ajanların kolluk güçlerinin kuvvete başvurma yetkisini düzenleyen ilkelerin hilafına haksız ve orantısız/aşırı şekilde kullanımı, meşru muamelenin doğuracağı kaçınılmaz ıstıraptan öte bir seviyede olduğu kabul edilecektir.

Crowley, 2004 ve 2008 yılları arasında önde gelen insan hakları örgütlerinin ve Birleşmiş Milletlerin insan hakları izleme organlarının raporlarından yola çıkarak, kolluk güçlerinin ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarını aşırı şekilde kullanılması suretiyle aralarında Birleşik Devletler, Brezilya, Hindistan, Çin, Mısır, Endonezya, İran, Malezya, Rusya Federasyonu, Ukrayna, Güney Afrika ve Türkiye'nin de bulunduğu 35 devlette insan haklarını ihlal ettiğinin tespit edildiğini söylemektedir.[77]

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tam da Türkiye öznelinde bu yönde birçok karar vermiştir. AİHM'nin 2006 tarihli *Oya Ataman Türkiye'ye karşı* kararında göz yaşartıcı gazların (genel olarak ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak anlaşılmalı B.K.) Kimyasal Silahlar Sözleşmesine göre kimyasal silah kabul edilmediği; bununla beraber solunum yolları, gözler ve deride ciddi etkiler yaratacak kimyasallar olduğunu ifade etmiş; yüksek dozların ciddi yaralanmalara sebep olacağını teyit etmiştir.[78] Somut olayda biber spreyi kullanımının AİHS'nin 3. maddesi kapsamında işkence, gayri insani ve onur kırıcı muameleye tabi tutulma yasağının ihlali teşkil edip etmediğini incelerken Mahkeme, yerleşmiş içtihat ışığında bu silahların kullanımının, bunların etkileri dikkate alındığında (bir yaralanmaya ya da yoğun bir fiziksel ye da mental acıya yol açması halinde), pekâlâ gayri insani muamele teşkil edebileceğini dolaylı şekilde kabul etmiştir.[79] Ancak olayda, başvuruyu

---

Benzer yöndeki bir tespit, BM İnsan Hakları Komisyon'nun İşkence üzerine Özel Raportörü tarafından da yapılmıştır. Detaylar için bkz. Civil and Political Rights, including the question of torture and detention: Study on the situation of trade in and production of equipment which is specifically designed to inflict torture or other cruel, inhuman or degrading treatment, its origin, destination and forms, submitted by Theo van Boven, Special Rapporteur on torture, pursuant to resolution 2002/38 of the Commission on Human Rights', UN doc. E/CN.4/2003/69, 13 January 2003, para. 12 http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/103/60/PDF/G0310360.pdf?OpenElement

77 Crowley, Michael, *op.cit*. s.41-48

78 Case of Oya ATAMAN v. Turkey (application no74552/01) http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78330 para.17-18

79 *idem,* para.23 ve 25

yapan kişinin bu ajanların kullanımına bağlı olarak zarar gördüğüne dair esaslı kanıtlar ibraz edememesi sebebiyle, somut olayda biber spreyi kullanımının insanlık dışı muamele teşkil edip etmediğini inceleyememiştir.[80]

AİHM 2012 yılında verdiği *Ali Güneş Türkiye'ye karşı* kararında yine polisin biber spreyi kullanımından kaynaklanan bir şikâyeti incelemiştir. Mahkeme işbu kararda, biber spreyinin etkileri ve hukuki niteliği konusunda *Oya Ataman Türkiye'ye karşı* davasında vardığı değerlendirmelere atıfta bulunmuş; ayrıca bu kimyasalların kolluk kuvvetleri tarafından kullanılması esnasında ortaya çıkabilecek olumsuz etkilere yönelik olarak Avrupa İşkencenin, İnsanlıkdışı ve Onur kırıcı Muamele ve Cezaları Önleme Komitesi'nce (CPT) yapılan tespitlerin de altını özellikle çizmiştir. Nitekim Mahkemenin konu hakkında, Komite'nin CPT/Inf (2009) 25 no'lu raporundan aktardığı şu satırları dikkat çekicidir:

"… Biber gazı potansiyel olarak tehlikeli bir maddedir ve kapalı alanlarda kullanılmamalıdır. Açık havada kullanılması halinde bile CPT'nin ciddi çekinceleri bulunmaktadır; istisnai olarak kullanılması gerektiğinde, bölgede belirli güvenlik tedbirlerinin alınması gerekmektedir. Örneğin, biber gazına maruz kalan kişiler derhal bir doktora ulaştırılmalı ve bu kişilere panzehir sağlanmalıdır. Biber gazı, hâlihazırda kontrol altına alınmış bir tutukluya karşı kullanılmamalıdır."[81]

Bu gerekçelerden hareket eden Mahkeme, söz konusu olayın koşullarında "polis tarafından *haksız* yere kişiye biber spreyi sıkılmasının, kişinin yoğun fiziksel ve ruhsal acı duymasına neden olduğu ve başvuranı küçük düşürebilecek korku, acı ve aşağılanma duyguları uyandırma niteliğinde bulunduğu kanaatine ulaşmıştır."[82]

OC'nin etkilerinin CS'ye benzer nitelikte olduğunu düşünüldüğünde, AİHM içtihadının tüm ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kolluk faaliyetleri esnasında kullanılması halleri için geçerliliğini koruduğu rahatlıkla söylenebilecektir.

---

80 *ibid*. para.26

81 Case of Ali GÜNEŞ v. Turkey (application no.929/07) http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-110262 para.39
CPT'nin bahsi geçen bu raporu 2009 tarihli Bosna-Hersek'e ilişkin ülke raporudur. http://www.cpt.coe.int/documents/bih/2009-25-inf-eng.pdf, s.37, para.79
CPT'nin biber spreyine ilişkin aynı sonuçlara 2007 tarihli Hollanda ülke raporunda da ulaştığı görülmektedir. Bkz. http://www.cpt.coe.int/documents/nld/2008-02-inf-eng.pdf , s.137, para.66

82 http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-110262 para.43

AİHM'nin bu konudaki en son kararı bu satırların yazıldığı günlerde gelmiştir.[83] 9 Temmuz 2013 tarihinde verilen Subaşı ve Çoban Türkiye'ye karşı kararında Mahkeme, öncelikle davacıların AİHS madde 3 kapsamında kötü muamele teşkil edecek şekilde maruz kaldıkları fiziksel yaralanmaları ve çektikleri psikolojik acıları kanıtladıklarını tespit etmiştir.[84] Mahkeme bu tespitinin akabinde, AİHS kapsamında 3. maddenin kuvvet kullanımına, bazı çok iyi belirlenmiş hallerde, yani gerekli ve aşırı olmaması koşuluyla izin verdiğini ifade etmiştir.[85]Polis güçlerinin dava konusu olan toplumsal olaya müdahale etmek için gerekli tüm donanıma sahip ve hazırlıklı olduklarını belirleyen Mahkeme, bununla beraber Hükümetin, bu polis güçlerinin müdahalesinin, göstericilere mümkün olan en az fiziksel zararı vermek üzere gerektiği şekilde düzenlendiğine ve organize edildiğine dair bilgi sunmadığının altını çizmiştir.[86] Bu gerekçelerden hareket eden Mahkeme, söz konusu olayda 1 Mayıs gösterisini dağıtmak isteyen polis güçlerinin, onlara direnmeyen kişilere karşı ayaklanma/gösteri kontrol ajanının (biber spreyi) kullanımını da içeren aşırı ve orantısız kuvvete başvurmasından dolayı oluşan yaralanmaların gayriinsani muamele teşkil ettiğine hükmetmiştir.[87]

Bu kararda özellikle altı çizilmesi gereken unsur davacılarda tespit edilen, ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının kullanımından kaynaklanan yaralanmaların göreceli olarak hafifliğidir. Zira davacıların, derideki tahriş ve mide bulantısı dışında bu ajanlardan kaynaklanması pek muhtemel olan ve yukarıdaki satırlarda da birçok kere ifade edilen diğer ağır yaralanmalardan muzdarip olmadıkları Mahkeme'ye sunulan doktor raporlarından anlaşılmaktadır.[88] Söz konusu şartlarda madde 3 ihlaline karar veren AİHM, *a fortiori* Gezi Parkı eylemleri sırasındaki polis müdahalelerinde yüksek doz ve uzun süreli CS gazı ve OC spreyi kullanımına maruz kalan kişilerin bünyesinde ortaya çıkacak yaralanmalar için AİHS madde 3 ihlali kararı verecektir.

Ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarının yaralama etkisinden çok daha az da olsa ölümcül etkiler doğurma potansiyeline sahip olması, bu tip ajanların kolluk güçlerince kullanımı sebebiyle devlete, kötü ve insanlık dışı muamelede bulunmama görevinin yanında, kişinin yaşam hakkını koruma yüküm-

83 Case of SUBAŞI and ÇOBAN v. Turkey (application no. 20129/07) http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-122175

84 *ibid*. para.35

85 *idem*. para.36

86 *idem*. para.38

87 *idem*. para.39-40

88 *idem*. para.35

lülüğünden kaynaklanan bazı ek sorumluluklar da getirmektedir. Zira AİHS sisteminde öngörüldüğü şekliyle yaşam hakkı devlete negatif yüküm olarak bireyin hayatını tehlikeye atmaktan kaçınma görevini de yüklemektedir.[89] Nitekim Prof. Françoise Hampson da güçten düşüren ve rahatsız eden kimyasal ajanların kullanımını insan hakları hukuku perspektifinden incelerken devletin gayri insani muamelede bulunma yasağının yanı sıra devletin insan hayatını koruma yükümlülüğüne de dikkat çekmektedir. Bu bağlamda ayaklanma/gösteri kontrol ajanı olarak kullanılacak kimyasalların değişik yaş grupları üzerindeki, değişik kullanım koşullarında (kapalı yerler, yarı kapalı yerler vb.) ve farklı konsantrasyondaki etkilerinin zamana bağlı olarak ortaya konduğu kapsamlı testlerin devlet tarafından yapılması gerekmektedir.[90] Her türlü yaş grubundan ve değişik tıbbi durumdaki kişilerden oluşan kalabalıklar üzerinde hedef gözetmeden etki doğuran bu kimyasal ajanları insan sağlığı üzerindeki etkilerini tespit ederek devletin insan hakları hukukundan kaynaklanan, kişinin hayatını koruma ve gayri insani muamelede bulunmama yükümlülüklerinin yerine getirebilmesi için bu bir ön koşuldur. Bu ajanlar için halihazırda mevcut bulunan genel değerlendirmeler yeterli değildir. Kaldı ki bu kimyasal ajanların etkilerinin "ölümcül olmadıklarına" yönelik işbu testlerin eskiliği ve yetersizliğine ilişkin tespitler ile bu testlerin güvenilirliliklerine ilişkin şüpheler konunun uzmanlarınca da her fırsatta dile getirilmektedir.[91]

Binnetice, uluslararası hukukta kabul edilen, insan hakları ve buna bağlı olarak gelişen kolluk faaliyetlerine ilişkin standartlar ışığında OC ve CS ajanlarının kullanımına ilişkin olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılabilir:

1) İnsan hakları hukuku (özellikle de AİHS sistemi), kurbanları üzerinde neden olabildiği fiziksel ve mental zararları dikkate alarak kolluk kuvvetlerinin, durumun şartlarının gerektirdiği oranda zor kullanma yetkisi kapsamında bu "ölümcül olmayan" ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına başvurma yetkini büyük oranda sınırlayan düzenlemeler ihtiva etmektedir.

---

89 Gözübüyük, Şeref; Gölcüklü, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.157

90 Hampson, Françoise, "Potential Implications for Human Rights Law" *in* ICRC Expert Meeting on "Incapacitating Chemical Agents", Implications for International Law, Montreux 24-26 March 2010, s.55-56

91 Örnek olarak bkz. Hu et al. *op.cit*. s.660-663; Crowley, Michael, *op.cit*. s.23-24

2) Bu ajanlar ayaklanma/gösteri kontrol ajanları olarak "ölümcül olmayan silah" kategorisine dahil kabul edilmekle birlikte ağır yaralanmalar ve hatta ölümlere neden olma potansiyeline sahip kimyasallardır. Nitekim bu ajanların neden olduğu rahatsız edici etkilerin herhangi bir kurbanda ciddi bir yaralanmaya sebebiyet vermeksizin kendiliğinden ortadan kalkması, yani bu ajanın ölümcül olmayan silah olarak tanımlanmasının meşru ve kabul edilebilir olarak algılanmasının ön şartı, kişilerin yüksek dozda ve/veya uzun süre bu ajanlara maruz ***kalmamalarını*** sağlayacak şekilde doğru kullanılmalarıdır.

3) Bu mahiyette olmayan bir kullanım kolluk kuvvetleri için kabul edilen meslek etiği ve hizmet standartların ihlali addolunacak; kurbanların yoğun fiziksel ve ruhsal acı duymasına neden olacak ve kişiyi küçük düşürebilecek korku, acı ve aşağılanma duyguları uyandırma niteliğini haiz bulunacağı için insanlık dışı muamele olarak kabul edilecektir.

4) Ayaklanma/gösteri kontrol ajanları, kurbanda rahatsız edici ve güçten düşürücü etkiler üretmek suretiyle buna maruz kalan kişinin işbu ajanların kullanıldığı bölgeden uzaklaşmak ve bu zararlı etkilerden kendini kurtarmak doğal güdüsünü tetiklemeyi ve böylece de kalabalıkların dağıtılmasını sağlamayı hedeflemektedir.[92] Bu ajanların, özellikle de aerosol içinde dağılan CS'nin geniş bir alanda, sürekli ve yoğun bir şekilde kullanımı yoluyla kurbanlara kaçacak ve kimyasal ajanın etkilerinden arınacak imkânın sağlanmaması, ciddi yaralanma ve hatta ölüm riski doğuracak denli orantısız ve insan haklarını ihlal eden bir kuvvet kullanma halini teşkil edecektir.

5) Bu nedenlerle bu kimyasal ajanların ve onun hedefe sevkiyatını sağlayan silah ve mühimmatın kolluk güçleri tarafından iyi geliştirilmiş teknik taktik ve prosedürlere göre kullanılması gerekmektedir ki Gezi Parkı olayları esnasında tanık olunan manzaralar, polisin bu silahların kullanımı için herhangi bir teknik, taktik ve prosedüre sahip olup olmadığı hususunda; eğer sahipse bile bunu sahaya yansıtma iradesi hakkında ciddi şüphelerin doğmasına sebep olmuştur.

---

92 Hu et al., *op. cit*. S.661 Bu ajanların kullanımı ile amaçlanan, *stricto sensu* güçten düşürücü ajanlarda olduğu gibi kurbanı fiziksel olarak hareketsiz kılmak ya da iradesini etkileyerek onu kontrol altına almak değildir. *Incapacitants* olarak adlandırılan bu kimyasal ajanlarla rahatsız edici ayaklama/gösteri kontrol ajanları arasındaki fark için bkz *supra*. dipnot. 35. *#direngezi*

Türkiye Cumhuriyeti Devleti, uluslararası antlaşmalardan ve teamüllerden kaynaklanan yükümlülüklerine uygun davranmak için kolluk kuvvetlerince ayaklanma/gösteri kontrol ajanlarına başvurulması politikasını kapsamlı bir şekilde gözden geçirmelidir. Bu bağlamda, işbu kimyasal ajanların hukuka uygun şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla kolluk kuvvetlerinin uygun taktik, teknik ve prosedürlere sahip olmasının sağlanması; sahada bunlara riayet edilmesini temin edecek eğitim ve disiplinin kolluk kuvvetlerine verilmesi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti'ne uluslararası olduğu kadar ulusal hukuk tarafından da yüklenen bir sorumluluktur.

ÖZEL HUKUK

Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Şeçme Hakkı Mevcut Mudur?

Yard. Doç. Dr. Pelin IŞINTAN*

I – Giriş

Anayasa Mahkemesi 8.12.2011 tarih ve 2010/119 E. 2011/165 K. sayılı kararı[1] ile 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*." biçimindeki birinci cümlesini Anayasa'ya aykırı bularak oybirliğiyle iptal etmiştir.

Bu karar neticesinde kamuoyunda, evlilik birliği sona erdikten sonra velayet hakkı kendisine verilmiş olan kadının artık çocuğun soyadını dilediği şekilde değiştirebileceği yönünde bir algı meydana gelmiştir. Kanaatimizce bu algının hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır ve çalışmamız kapsamında neden bu kanaatte olduğumuz ortaya konulacaktır. Bu amaçla öncelikle Türk Hukukunda çocuğun soyadını kazanması ile ilgili düzenleme kısaca ele alınacak daha sonra zikredilen Anayasa Mahkemesi kararı incelenerek mevcut hukuki düzen içerisinde bu karara verilmesi gereken anlam ve önem belirlenecektir.

II – Türk Hukukunda çocuğun soyadı

Soyadı, bir kimsenin kimliğinin belirlenmesindeki en önemli unsurdur. Kişinin toplum içinde ayırdedilmesini sağladığı gibi, soyadı, aynı zamanda belli bir soya olan mensubiyeti ve belli açılardan da toplumda sahip olunan bir statüyü gösterir[2].

---

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 RG tarih:14.02.2012 sayı: 28204.

2 Yıldız **Abik**, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, sf.49 vd; Serap **Helvacı**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2012, sf. 168; Mustafa **Dural/**Tufan Öğüz, Türk Özel

Soyadı kullanmak, 2525 s. Soyadı Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 1935'den beri kanunen bir zorunluluk[3] olduğu kadar kişiye tanınmış şahsa münhasır, vazgeçilemez ve devredilemez bir haktır[4]. Soyadı Kanunu dışında, soyadının kazanılması Türk Medeni Kanunu içerisinde düzenlenmiştir. Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında yer alan "Hısımlık" kısmında "Soybağının Hükümleri" başlığı altında çocuğun soyadının ele alındığı görülmektedir. Soyadının kazanılması doğum yolu dışında, evlenme, idari karar ve evlat edinme yollarıyla da gerçekleşebilir[5]. Konumuz açısından çalışmamız kapsamında çocuğun soyadının doğuma (soybağına) bağlı kazanılmasını inceleyeceğiz. Türk Hukuku'nda, çocuğun ön adının verilmesi hususu velayet hükümleri (MK md. 339/f. 5) kapsamında düzenlenmişken, mevzuattan açıkça anlaşılacağı üzere, soyadı velayete değil, esas itibariyle soybağına bağlı olarak düzenlenmiş bir kurumdur[6].

Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2012, sf. 166; Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2009, sf. 95;Jale **Akipek**/ Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku I. Cilt, Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Yenilenmiş 6098 s. Yeni Borçlar Kanununa uyarlanmış 9. Bası, Ankara 2012, sf. 419; Mehmet **Ayan**/Nurşen **Ayan**, Kişiler Hukuku Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya 2011, sf. 103.

3 2525 s. Soyadı Kanunu (RG 2.7.1934, s. 2741) 1. maddesinde "*Her Türk öz adından başka soyadı kullanmak zorundadır*." demektedir. Hükmün açık ifadesinden anlaşıldığı gibi bu emredici bir düzenlemedir.
Bu Kanunun kamu hukuku karakterli bir kanun mahiyetinde olduğu yönünde bkz. **Akipek/ Akıntürk/Ateş**, sf. 419.

4 Ad üzerindeki hakkın bir kişilik hakkı olduğu ve kişilik haklarının bütün özelliklerini taşıdığı yönünde bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 94; **Abik**, sf. 37 vd; **Helvacı**, sf. 168; **Ayan/Ayan**, sf. 103; Rona **Serozan**, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, sf. 431.

5 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 96 vd.; **Dural/Öğüz**, sf. 169 vd.; **Helvacı**, sf. 170 vd.; **Abik**, sf. 55 vd.; **Ayan/Ayan**, sf. 104 vd. Seçme yoluyla kazanma 2525 tarihli Soyadı Kanunu tarafından iki yıllık bir süreyle getirilmiş bir zorunluluktur ve günümüzde uygulaması kalmamıştır. Bu yönde bkz. **Dural**/Öğüz, sf. 174; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 99; **Abik**, sf. 55. ***Helvacı*** (bkz. sf. 170 vd.) seçme yolunu soyadı kazanılmasının bir yolu olarak dahi değerlendirmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise, kararının gerekçesinde Soyadı Kanunu'nun dava konusu olan hükmünün ancak istisnai bazı hallerde uygulanabileceğinden bahsetmiştir. Bu bahis aşağıda karar değerlendirilirken ele alınacaktır.

6 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 96; **Helvacı**, sf. 171; **Dural/**Öğüz, , sf. 169.
Bu öyle sıkı bir bağdır ki, babanın soyadının değişmesi, ergin olmayan çocuğun da soyadının değişmesine yol açar: Mustafa **Dural**/Tufan Öğüz/Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2008, sf. 316 dn. 2; **Serozan**, sf. 429; **Dural/**Öğüz, sf. 180. Hatta evlilik dışı küçük bir çocuğu olan kadının soyadını değiştirmesi halinde, söz konusu çocuğun

"Soybağının Hükümleri" başlığı altında bulunan bahsi geçen düzenleme MK md. 321'de yer almaktadır. Buna göre, ana ve babanın evli olması halinde çocuk babanın soyadını alır. Ailenin soyadı, babanın soyadıdır[7]; anne ve baba evli olduğu ve çocuk bu evlilik birliği içinde ya da MK md. 285 gereği evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğduğu takdirde, babanın soyadını alacaktır.

---

da soyadı değişecektir: **Dural/**Öğüz, sf. 180. MK md. 282/f.1 gereğince, çocuk ile ana arasındaki soybağı doğum yoluyla kurulduğuna göre, bu da soyadının soybağına bağlı olmasının bir başka tezahürüdür.

7 Medeni Kanun hükümleri içinde açıkça aile soyadını düzenleyen bir madde bulunmamaktadır. Bununla beraber, MK md. 187 hükmü kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağını düzenlemeye bağlamıştır. Ailenin soyadının "babanın soyadı" olduğu Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda zikredilen 02.07.2009 tarih ve 2005/114 E. 2009/105 K. sayılı kararında (RG 07.10.2009 s. 27369) da açıkça ifade edilmektedir: "*... evlilik içinde doğan çocuğun ailenin (diğer bir ifadeyle babanın) soyadını taşıyacağı, …*".
Doktrinde de aile soyadı kocanın soyadı olarak kabul edilmektedir: **Akipek/Akıntürk/Ateş**, sf. 425; **Dural/**Öğüz, sf. 169; **Dural/**Öğüz**/Gümüş**, sf. 155; **Helvacı**, sf. 171; **Abik**, sf. 55.
Esas itibariyle MK md. 187 hükmü de ciddi eleştirilerin odağında yer almış bir hükümdür. Herşeyden önce kadının soyadını dilediği gibi belirleme özgürlüğü olmamasının Türkiye'nin de taraf olduğu CEDAW sözleşmesin 16/1-g maddesine aykırı olduğu ifade edilmektedir (bu yönde bkz. Nazan **Moroğlu**, Kadınların İnsan Hakları Sözleşmesi 30. Yılında, İstanbul 2009, sf. 65.). Bunun yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de 16 Kasım 2004 tarihli Ünal Tekeli-Türkiye kararıyla MK md. 187 düzenlemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini tespit etmiştir. Aynı şekilde Avrupa Konseyi'nin evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması yönünde tavsiye kararları mevcuttur. Buna rağmen, kanun koyucu gerekli yasal düzenlemeleri yapmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi de söz konusu hükmün anayasaya aykırı olmadığı yönünde kararlar vermektedir (örnek olarak bkz. 10.03.2011 tarih ve 2009/85 E. 2011/49 K. sayılı karar. 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan bu kararın oyçokluğu ile alınmış olması en azından gelecek için bir ümit vaat etmektedir.). Bu hususla ilgili kanun değişikliği tasarıları için bkz. **Moroğlu**, sf. 66; **Helvacı**, sf. 174, dn. 534. Ayrıca eşitlik ilkesine daha uygun düzenleme önerileri için bkz. **Serozan**, sf. 430.
Ünal Tekeli – Türkiye kararı Türk kanun koyucusu ve hakimleri üzerinde gereken etkiyi sağlamasa da, Medeni Kanun'un mehazı olan İsviçre'de yankı uyandırmış ve ad üzerinde kanunda gereken değişikliklerin yapılması hususunda dikkat çekici bir karar olmuştur. Bu ve benzer bazı kararları dikkate alan İsviçre kanun koyucusu uzun tartışmalar ve tereddütlerden sonra da olsa Medeni Kanun'da bu hususta çağdaş gelişmelere uygun bir değişiklik yapmayı kabul etmiştir. 30.9.2011'de kabul edilen bir kanunla (RO 2012 2569 ve 3227) İsv. MK bazı hükümleri değiştirilmiştir ve bu değişiklikler 1.1.2013'de yürürlüğe girecektir. Bu değişiklik ile evlenen kişilere kendi soyadlarını koruma imkanının yanı sıra kadının soyadının ortak soyadı olarak seçilebilmesi imkanı da tanınmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Philippe **Meier**, Le point sur le droit des personnes physiques et le droit de la protection de l'adulte, Revue Suisse de Jurisprudence, no. 108, yıl 2012, sf. 463 vd.; Jennifer **Lamesta/**Margareta **Baddeley**, Au nom du père et de la mère, La Pratique du Droit de la Famille, Bern 2012, sf. 570 vd.

Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girdiği tarihte, bu madde hükmünün birinci cümlesi "Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır." biçimindeydi. 2009 yılında Anayasa Mahkemesi, cümlenin ikinci yarısındaki "*...evli değilse ananın...*" ibaresini Anayasa'nın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırı bularak iptal etti[8]. Anayasa Mahkeme'sinin, iptal hükmünün yürürlüğünü, kararın Resmi Gazete'de yayınlanmasından itibaren bir yıl sonraya bırakan kararına rağmen, MK md. 321 hükmünde bir değişiklik yapılmamış olduğundan hükmün bugünkü haline göre çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşıyacaktır. Evlilik birliği mevcut olmadığı takdirde ise, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesiyle birlikte[9], yeni bir düzenleme getirilmiş olmadığından, bugün için anne ve babanın evli olmadığı halde doğan çocuğun soyadını düzenleyen bir hüküm Türk Medeni Kanunu'nda yer almamaktadır. Eski MK döneminde nesebi sahih olmayan, yani evlilik birliği içinde doğmayan çocukların nesebinin ana ile evlenme ya da hakim kararıyla düzeltilmesi halinde, bu çocukların da sahih nesepli çocuklarla aynı hukuki statüye kavuşacakları eMK md. 252 hükmü ile açık bir şekilde düzenlenmişti. Buna bağlı olarak, evlilik dışında doğmuş bir çocuk da nesebi düzeltildiği takdirde babasının soyadını alacaktı[10]. Yeni Türk Medeni Kanunu ise, mevcut haliyle bu yönde de bir düzenleme içermemektedir. Anayasa Mahkeme'sinin iptal kararından önce, MK md. 321 hükmünün ifadesi çocuğun babayla soybağı kurulsa dahi, evlilik dışında doğması halinde annesinin soyadını taşıyacak olduğu yönündeydi. Bunun bir ihmal mi yoksa bilinçli bir tercih mi olduğu konusunda, madde gerekçesinden anlaşılan, kanun koyucunun bu neticeyi bilinçli olarak tercih ettiğidir. Gerçekten de 321. maddenin gerekçesinde açıkça, tanıma ve babalık hükmüyle çocuk ile baba arasında soybağı kurulsa dahi evlilik birliği dışında doğan çocukların annenin soyadını alacağı ifade edilmiştir[11].

---

8 AY Mhk. 02.07.2009, E. 2005/114 K. 2009/105 (RG 07.10.2009 s. 27369).

9 Bu durumda, "*Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekarlık soyadını taşır*." şeklindeki 321. madde hükmünün ikinci cümlesi anlamsız kalmaktadır (bkz. **Moroğlu**, sf. 68; **Helvacı**, sf. 171 dn. 523). Gerçekten de, hüküm içerisinde bu cümle kendisinden önce gelen cümleyle bağlantılı şekilde ele alınmış ve ana ile babanın evli olmadığı ihtimalde, ananın çift soyadı taşıması halinde doğan çocuğun ananın hangi soyadını taşımak zorunda kalacağı sorununa cevap getirmeyi amaçlamıştır. Önceki cümledeki bağlantı ibaresi olan "*evli değilse ananın*" ibaresi iptal edilince bu cümle de anlamını yitirmiştir.

10 Kemal **Oğuzman**/Mustafa **Dural**, Aile Hukuku, İstanbul 1998, sf. 268.

11 Bkz. Türk Medeni Kanunu madde 321 gerekçesi. Ayrıca bkz. **Ayan/Ayan**, sf. 106.
Kaynak kanun olan İsv. MK md. 270 düzenlemesi de bu şekildedir ve babanın adı ancak istisnai durumlarda çocuğa verilebilir: Commentaire Romand Code Civil I, art. 1-359, Pichonnaz/Foëx éditeurs, Bâle 2010 - **Sandoz**, art. 270 CC N 16 ve N 23. Ancak, yukarıda dn.7'de bah-

Bununla birlikte, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu[12] ve Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik[13] bu hususta daha farklı düzenlemeler içermektedir. Nüfus Hizmetleri Kanunu 28. maddesinin 4. bendinde, tanınan çocukların baba hanesine babanın soyadıyla kaydedileceği ifade edilmiştir. Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik ise, hem 103. maddesinde mahkeme kararı yoluyla hem de 109. maddesinde tanıma yoluyla soybağı kurulan çocuğun babanın soyadıyla onun hanesine kaydedileceğini hüküm altına almaktadır.

Keza, 24.12.1934 tarihli "Soyadı Nizamnamesi"nin 29 Nisan 2009 günlü, 27214 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan "Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük"le değiştirilen 15. maddesinde de, "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekârlık soyadını taşır*." şeklinde MK md. 321 hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemesine paralel bir düzenleme yer almaktadır. Bununla birlikte, aynı hükmün devamında "*Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanıması ya da hakimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.*" şeklinde bir düzenleme yer almıştır. Böylelikle, evlilik birliği dışında doğmuş olsalar bile, doğal babaları ile soybağı kurulan çocukların baba soyadını taşıyacakları açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere, Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde tanınmayan imkan daha sonra yürürlüğe giren bir kanun, bu kanunla ilgili yönetmelik ve bir tüzük tarafından detaylı bir şekilde tanınmıştır. Her ne kadar hukuk tekniği açısından, temel bir kanun olan Medeni Kanun'da bulunmayan bir düzenlemenin bu şekilde bir başka kanun, tüzük ve hatta yönetmelikle getirilmiş olması yerinde bulunmasa da, evlilik içi doğan ve doğmayan çocuklar açısından eşitlik sağlayan bir düzenlemenin kabul edilmesi netice itibariyla

---

sedilen değişiklik neticesinde İsv. MK md. 270a hükmü çocuğun annenin bekarlık soyadını alacağı yönündeki kuralı tekrar ederken, hükmün devamında anne ve babanın, evli olmamakla birlikte ortak velayete sahip olmaları durumunda bir sene içerisinde nüfus memuruna çocuğun babanın soyadını alacağı yönünde bildirim yapmalarına olanak tanımıştır. Aynı madde hükmünün üçüncü fıkrasında, babanın tek başına velayet hakkına sahip olması durumunda da bu bildirimde bulunabileceği belirtilmiştir. Bu hükümlerin değerlendirmesi için bkz. **Lamesta/Baddeley**, sf. 596.

12 RG 29.4.2006, s. 26153.

13 RG 23.1.2006, s. 26355.

doğru olmuştur[14]. Bugün için bütün mevzuat bir arada değerlendirildiğinde, babayla soybağı bir şekilde kurulan çocuklar onun soyadını alacaklar; sadece anne ile soybağı kurulan çocuklar ise, annenin soyadını alacaklardır.

III – 8.12.2011 t. 2010/119 E. 2011/165 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının İncelemesi

Anayasa Mahkemesi'nin çalışmamıza konu olan kararı, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesinin başvurusu üzerine verilmiştir. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi önüne gelen bir ad değişikliği davasında, 2525 s. Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır*." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10, 13 ve 41. madde hükümlerine aykırı olduğu iddiasıyla iptaline karar verilmesini talep etmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda eşinden boşanan ve velayet hakkı kendisine verilen bir annenin birlikte yaşadığı küçük çocuğu adına velayeten Siirt Asliye Hukuk Mahkeme'sinde bir dava açtığı anlaşılmaktadır. Davanın konusu çocuğun isminin değiştirilmesidir. Bu kapsamda çocuğun nüfusta yazılı isimlerinden birinin kız ismi olarak bilinmesinin alay konusu olduğu, bunun yanı sıra birlikte yaşadığı annesinden farklı bir soyadına sahip olmanın da toplum içinde rahatsızlık yarattığı ve bu nedenlerle ön adının kararda belirtilmeyen başka bir ön adla değiştirilmesini ve soyadının da birlikte yaşadığı annesinin soyadı olarak düzeltilmesini istemiştir.

Siirt Asliye Mahkemesi bu istem üzerine soyadı değişikliği için uygulanacak normu Soyadı Kanunu'nun 4. maddesi olarak tespit etmiş ve yaptığı inceleme neticesinde bu maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesiyle iptalini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi de başvuruyu ve talebi değerlendirerek anılan hükmün ikinci fıkrasının birinci cümlesini Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

A- Siirt Asliye Hukuk Mahkemesinin İptal Talebinin değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı ve bunun sonuçlarının değerlendirilmesinden önce, kanaatimizce ilk aşamada Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi'nin verdiği karar incelenmeye değer. Kararda bahsedildiği üzere, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi, önüne gelen bir ad değişikliği davasında uy-

14 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 97.

gulanacak normu Soyadı Kanunu md. 4 olarak tespit etmiştir. Oysa, ad değişikliği hususunda uygulanacak hüküm Soyadı Kanunu md. 4 değil; MK md. 27 hükmüdür. Bu hükmün başlığı "*Adın değiştirilmesi*"dir ve hüküm içerisinde de ad değişikliğinden bahsedilmektedir. Medeni hukuk anlamında "ad" dendiği zaman bu hem ön adı hem de soyadını kapsamaktadır[15]. Bu nedenle bir kişi ister ön adını ister soyadını değiştirmek istesin, başvurulacak hüküm MK md. 27 olacaktır. Soyadını değiştirmek isteyen kişinin Soyadı Kanunu kapsamında yararlanabileceği bir madde hükmü bulunmamaktadır. Hatta tam aksine, bu kanunun 10. madde hükmünün açık ifadesi gereğince soyadını değiştirmek isteyen kişiler de medeni kanun hükümlerine tabi olur[16]. Bu açıdan, herşeyden önce, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi'nin soyadı değişikliği davasında uygulamak istediği hukuk normunun doğru tespit edilmediği anlaşılmaktadır. Ancak, yerel mahkeme düştüğü bu yanlışta yalnız değildir. Yargıtay'ın soyadı değişikliği ile ilgili çeşitli kararlarında[17] kanun normunu belirlerken yukarıda anılan MK md. 321 hükmünün yanı sıra Soyadı Kanunu md. 4'ü de dikkate aldığı görülmektedir. Bu nedenle Yargıtay uygulamasını dikkate alan yerel mahkeme bu hususta fazla suçlanmamalıdır. En azından mahkeme bu hükmü eşitlik ilkesine aykırı bulmuş ve iptalini talep etmiştir. Yine de bu durum, olayda uygulanacak kanun maddesinin Soyadı Kanunu md. 4 olamayacağı gerçeğini değiştirmez.

MK md. 27 hükmü gereğince ad değiştirme konusunda talepte bulunan kişinin haklı bir sebep ileri sürmesi gereklidir. Temel kural adın değişmezliğidir[18]. Haklı sebeplerin neler olabileceği konusunda kanun koyucu sıralama yapma yoluna gitmemiştir. İleri sürülen sebebin haklı olup olmadığı değerlen-

---

15 **Serozan**, sf. 429; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 96 vd.; **Helvacı**, sf. 170 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, sf. 419 vd.; **Ayan/Ayan**, sf. 103 vd.; **Dural/Öğüz**, sf. 165 vd.; CR CC I-**Thévenaz**, art. 30 CC N 13.

16 Soyadı Kanunu madde 10 "*Bu kanunun tayin ettiği müddet geçtikten sonra soyadlarını değiştirmek isteyenler kanunu medenisinin bu baptaki hükümlerine tabi olurlar*." hükmünü içermektedir. Tayin edilen müddet yine aynı Kanun md. 7 gereğince kanunun neşir tarihinden itibaren iki yıldır.

17 Yarg. 18 HD, 25.10. 2002, E. 8139 K. 10431 kararında "*4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesi hükmüne göre, evlilik birliği içinde doğan çocuk ailenin yani babanın soyadını taşır. Boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olması soyadında herhangi bir değişikliğe sebep olamaz. Ayrıca; 2525 sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası da evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babanın seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı emredici kuralını getirmiştir..."* diyerek yerel mahkeme kararını bozma yoluna gitmiştir. Aynı yönde 18 HD 23.2.2009, E. 2008/11663 K. 2009/1466.

18 **Helvacı**, sf. 176; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 101; **Dural/Öğüz**, sf. 177; CR CC I - **Thévenaz**, art. 30 CC N 17.

dirmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde ve hakimin takdir yetkisiyle yapılacaktır. Yargıtay[19] bu hususta şu belirlemeyi yapmaktadır: "*Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir. Bu özel, kişiye özgü nedenler; istemde bulunanın kişiliği, sosyal statüsü, aile ilişkileri ve mahkemeye yansıyan ruhsal durumu dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilmelidir. İsim (öz veya soy) kişiliğin ayrılmaz bir öğesidir. Kişi bununla anılır ve tanımlanır. İsmin bu işlev niteliği onun sahibi olan kişi tarafından benimsenmesi ile anlam ifade eder. İsmini benimsemeyen, kişiliği ile özdeşleştiremeyen kişinin, ismini değiştirmek en doğal hakkıdır. Kişi genellikle belli bir soyadı ile doğar ve doğar doğmaz da ailesi tarafından konan bir isimle anılır. Bu kişi büyüyüp ergin oluncaya kadar öz veya soy ismini benimseyememiş onunla kendisini özdeşleştirememiş olmasına rağmen onu bu isimle veya soy ismiyle yaşamını sürdürmeye zorlamada hiç bir toplumsal yarar olamaz. Hal böyle olunca da, isim değiştirme istemlerini içeren davalarda davacının tercih ve arzusunun ön planda tutulması, onun öncelikle dikkate alınması gerekir. Medeni Kanun'un öngördüğü "haklı sebep" bu kapsam içinde değerlendirildiğinde hakimin bu konudaki takdiri ileri sürülen sebebin ve yeni alınmak istenen isim veya soy isminin makul, toplum değerlerine ters düşmeyen ve özellikle başkalarına veya çevreye zarar vermeyen, incitmeyen nitelikler bulunduğunun saptanmasıyla sınırlı olmalıdır*."

Bu kapsamda davaya konu olan olaydaki gibi, toplum içinde alay konusu

---

19 Yarg 3 HD, 2.3.1989, E. 1012 K. 2375. Mahkeme bu davada, davacının kendisiyle hiç ilgilenmeyen, baba olarak tanımadığı bir kişinin soyadını taşımaktan rahatsızlık duymasını haklı sebep olarak değerlendirmiştir. Bunun gibi soyadının kulağa hoş gelmemesi, müstehcen olması, etrafta alay konusu olması, kişinin toplum içinde bir başka adla tanınıyor olması gibi hususlar da haklı sebep olarak değerlendirilir. Bkz. Yarg. HGK 15.11.2000, E. 18-1654 K. 1698; 18 HD 13.11.2008, E. 7992 K. 11926. § Buna karşın, kişinin yaşadığı çevrede aynı ismi taşıyan çok sayıda insan olması o ismi değiştirmek için haklı bir sebep olarak kabul edilmemiştir. Bkz. Yarg. 18 HD 13.11.2008, E. 8639 K. 11928. Yargıtay bir başka kararında, İsviçre hukukuna göre kadının soyadının aile adı olarak seçildiği bir olayda, Türk olan erkek eşin bu nedenle Türkiye'de açtığı davada soyadı düzeltme isteğini yerinde görmemiştir: 18 HD 25.2.1997, E. 288 K. 1496.

MK md. 27'yi karşılayan İsv. MK md. 30 hükmünde yapılan değişiklikle ad değişikliğinde artık haklı sebep değil, meşru sebep aranacaktır. Bu durumun uygulamayı yumuşatacağı ileri sürülmektedir: **Meier**, sf. 461; **Lamesta/Baddeley**, sf. 596, 597.

olan bir ismin bu nedenle değiştirilmek istenmesi haklı bir sebep olarak görülebilir[20]. Keza, soyadı değişikliği için velayeti altında bulunulan ebeveynle aynı soyadını taşımak istemek bir haklı sebep olarak ileri sürülebilir. Gerçekten, ebeveynlerden biriyle, özellikle de anneyle birlikte yaşayan çocukların otomatik soyadı düzenlemesi neticesinde birlikte yaşadığı ebeveynden farklı soyadı taşımasının beraberinde bazı sorunlar getirebileceği kabul edilebilir. Nitekim somut olayda soyadı değişikliği talep edilmesinin nedeni de budur. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi, evlilik birliği dışında doğmuş, bu nedenle annesinin soyadını taşıyan fakat velayet hakkı babasında olan bir çocuğun ad değiştirme talebinde haklı sebebin varlığını kabul etmiştir[21]. Federal Mahkeme ayrıca, evlilik sona erdikten sonra annesiyle yaşayan çocuğun, annenin tekrar evlenmesi üzerine, annenin yeni eşinin soyadını almak istemesinin de haklı sebep teşkil edeceğini kabul etmektedir[22]. Ancak Yargıtay[23], velayet hakkının annede olmasının soyadında herhangi bir değişiklik yapmayacağı, babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun şekilde açılan bir dava yoluyla değişmedikçe çocuğun soyadının değişmeyeceği ve velayet hakkına dayanarak annenin bu yönde bir talepte bulunamayacağı görüşündedir.

Yargıtay'ın bu görüşü soybağı hükümleri çerçevesinde soyadının kazanılmasını öngören bir sistem içinde ilk bakışta doğru kabul edilebilir. Ancak, soyadının velayete bağlı olarak düzenlenmesi veya değiştirilmesi ile bu şekilde birlikte yaşanan ebeveynin soyadının alınmak istenmesi esasen başka mevzulardır. Gerçekten de bazı ülkelerde, evlilik birliği sona erdiğinde ya da çocuk evlilik birliği dışında doğduğunda soyadı velayetle birlikte değerlendirilmekte ve bu şekilde çocuğa hukuken birlikte yaşamak zorunda olduğu ebeveyn ile aynı soyadını taşıma imkanı tanınmaktadır[24]. Bizim ülkemizde buna cevaz verecek bir düzenleme yer almamakta, ancak böyle bir düzenlemenin olmaması buna yönelik mevcut ihtiyaçları ortadan kaldırmamaktadır. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi ve daha sonra Anayasa Mahkemesi önüne gelen Davaya

---

20 **Serozan**, sf. 431; **Helvacı**, sf. 177; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 102; **Ayan/Ayan**, sf. 108; **Akipek/Akıntürk/Ateş**, sf. 430.

21 ATF 132 III 497, JdT 2007 I 119.

22 JdT 1974 I 325; ATF 110 II 433; ATF 124 III 401, JdT 1999 I 219; ATF 110 II 285, JdT 1975 I 233.

23 Yarg. 18 HD 11.12.1996, E. 10269 K. 11112; 18 HD 23.2.2009, E. 2008/11663 K. 2009/1466; 18 HD 25.10.2002, E. 8139 K. 10431.

24 Çeşitli hukuk düzenlerinde soyadının velayetle ilgisi için bkz. **Abik, sf. 192 vd.; Lamesta/Baddeley, sf. 580 vd.**

konu olan olayda da görüldüğü gibi, annesiyle birlikte yaşayan bir çocuğun ondan farklı bir soyadına sahip olması bulunduğu çevrede çocuk açısından rahatsızlık yaratabilmektedir. Soyadının velayete bağlı olarak değişmesini veya belirlenmesini sağlayan bir hüküm hukukumuzda mevcut olmayınca, böyle bir durumda, çocuğun soyadının birlikte yaşanan annenin soyadı olarak değiştirilmesinin talep edilmesi olsa olsa MK md. 27 kapsamında bir haklı sebep olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, olayda velayet hakkına sahip annenin çocuk adına ad değişikliği davası açması, soyadının velayete bağlı olduğu ve bu kapsamda bir talepte bulunulduğu yönünde bir veri olarak değerlendirilemez. Burada annenin velayet yetkisi kapsamında kullandığı hak, soyadını seçme hakkı değil; kanuni temsil yetkisi gereğince küçük çocuk adına ad değişikliği için dava açma hakkıdır.

Böyle bir hakkın var olup olmadığı ise, başlı başına bir tartışma konusudur. Şahsa sıkı surette bağlı olan ad değiştirme davası kural olarak kişinin kendisi tarafından açılmalıdır[25]. Ad değiştirmeyi talep eden kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Bununla birlikte sınırlı ehliyetsizlerin bu davayı kendi başlarına açıp açamayacakları hususu Türk Hukukunda tartışmalıdır[26]. Yargıtay'ın, bazı kararlarında[27] velayet hakkına dayanarak küçüğün adının değiştirilmesi için dava açma hususunu tartışma konusu dahi yapmadığı gözlenmektedir. Ancak, diğer bazı kararlarında[28] soyadının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu belirtildikten sonra, reşit olmayan çocuğun reşit olana kadar aile soyadını kullanmak zorunda olduğu ve ancak reşit olduktan sonra soyadını değiştirmek üzere dava açabileceği ifade edilmiştir. Bu kararlarda, şahsa sıkı surette bağlı hakların kullanılmasına karar verme yetkisinin kişide olduğu, ister iradi ister kanuni temsilciye bu yetkinin kullanılmasının bırakılamayacağı ifade edilmiş ve şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat şahsın kendisi tarafından kullanılabileceği, kanuni temsilci tarafından kullanılmasının mümkün

---

25 Yargıtay bu dava için iradi temsilcinin özel yetkili olmasını aramaktadır: Yarg. 18 HD, 24.2.2004, E. 2003/10147 K. 2004/1240; 18 HD 10.11.2008, E. 9439 K. 11812.

26 Bu konuda bkz. **Helvacı**, sf. 179; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, sf. 105; **Dural/**Öğüz, sf. 179. **Ayan/Ayan**, ad değiştirmede özad ile soyadının farkı olmadığını ifade ettikten sonra ayırt etme gücüne sahip küçüklerde soyadına ilişkin düzeltme davasının baba tarafından açılabileceğini, buna karşılık özad değişikliği için bu kişilerin bizzat dava açabileceklerini belirtmektedir (bkz. sf. 107 ve sf. 109).
İsviçre Hukukunda ise böyle bir tartışma mevcut değildir ve ayırt etme gücüne sahip küçüklerin şahsa sıkı surette bağlı bu davayı kendi başlarına açabilecekleri, kanuni temsilcinin rızasının da aranmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. CR CC I - **Thévenaz**, art. 30 CC N 5.

27 Yarg. 18 HD 16.6.2011, E. 4986 K. 7207; 18 HD 23.2.2009, E. 2008/11663 K. 2009/1466.

28 Yarg. HGK 12.10.2011 tarih ve E. 18-535 K. 622; Yarg. 18 HD 25.10.2002, E. 8139 K. 10431.

olmadığı açık bir şekilde belirtilmiştir. Doktrinde ad değiştirme davasının açılabilmesi için kanuni temsilcinin rızasına ihtiyaç olduğunu savunan yazarlar mevcuttur[29]. Kanaatimizce, MK md. 16/f.1/c.2 hükmü karşısında, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ad değiştirme davasını açabilmek için reşit olmayı beklemek ya da kanuni temsilcilerinin rızasını almak zorunda tutulmaları doğru değildir. Kendisiyle adı yüzünden alay edilen bir çocuk, bundan rahatsızlık duyuyorsa, bu hususta ayırt etme gücüne ve dava açma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir. Bunun için çocuğun fiilen kanuni temsilcinin rızasına ihtiyaç duyacak olması hukuken buna gerek olduğunu göstermediği gibi çocuğun reşit olmasını beklemeye de gerek yoktur[30]. Bununla birlikte, incelediğimiz kararda annenin velayeten küçük adına ad değiştirme davasını açıp açamayacağı hususu değerlendirmeye tabi tutulmamıştır.

Bunun yanı sıra, yukarıda açıklandığı şekilde, günümüzde Türk Hukuku'nda "*soyadı seçme hakkı*" diye bir hak mevcut değildir ki, bu hakkın velayete bağlı olup olmadığı tartışma konusu olsun. Soyadı seçimi, kanuni bir mecburiyet olarak 2525 sayılı Soyadı Kanunu kapsamında öngörülmüş; aynı Kanun'un 4. maddesi bu seçim vazifesini ailenin reisi olan kocaya atfetmiştir. Bu durum o dönemde yürürlükte olan 1926 tarihli Medeni Kanun'da öngörülen aile yapısına da uygundur; zira bahsedilen dönemde eMK md. 152/f.1 gereğince "*Koca, birliğin reisidir*.". Buna bağlı olarak birliği temsil etmek kocanın asli görevidir (eMK md. 154/c.1). Böyle bir çerçeveden bakıldığında Soyadı Kanunu md. 4'de "*Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.*" şeklinde getirilen düzenleme, o günün şartlarının ortaya koyduğu tabii bir sonuçtur[31]. Bununla beraber, böyle bir düzenlemenin kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğundan da şüphe edilemez. Nitekim, 4721 s. Türk Medeni Kanunu hazırlanırken 1926 tarihli Medeni Kanun'da yer alan bu şekilde eşitliğe aykırı bulunan hükümler temizlenmiştir. Bu açıdan, esasen belki de Soyadı Kanunu md. 4'ün tamamının anayasada yer alan ilkelere ay-

---

29 **Dural/Öğüz,** sf. 179-180. Aksi görüşte **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, sf. 105; Helvacı,** sf. 179.

30 İsv. MK md. 270b hükmü, anne ve babası evli olmayan çocukların soyadını düzenlerken, 12 yaşını doldurmuş çocukların soyadı değiştirilirken rıza göstermelerini aramış ve çocuğun rızası alınmadan soyadını değiştirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bu düzenleme de, çocukların reşit olmamalarına rağmen kendi adları üzerinde hak sahibi olabileceklerini göstermek açısından örnek teşkil edebilir.

31 Nitekim, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçesi içinde alıntı yapmak suretiyle yer verdiği Soyadı Kanunu md. 4/f.1 ve 2 gerekçesinde de bu husus çok açık bir biçimde ortaya koyulmuş ve Mahkeme de bu kuralın "*Koca evlilik birliğinin reisidir.*" ilkesine bağlı olarak kabul edildiğini ifade etmiştir.

kırı olduğu kabul edilerek iptalinin talep edilmesi düşünülebilir[32]. Fakat kanaatimizce, öncelikle olaya uygulanması gereken maddi hukuk normunun doğru tespit edilmesi gereklidir. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü davaya konu olaya uygulaması doğru değildir. Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay'ın uygulamasının da bu yönde olması ve bir yanlışın sürekli tekrarlanması bunu doğru kılmaz. Açıklanan nedenlerle olaya MK md. 27'nin uygulanması gereklidir.

B – Anayasa Mahkemesinin İptal Kararının Değerlendirilmesi

1) Maddi hukuk normunun tespit edilmesi açısından

Yukarıda kısaca ele alındığı üzere, Türk Hukuku'nda bugün Soyadı Kanunu md. 4 anlamında soyadı seçme hakkının uygulanma imkanı yoktur. Herşeyden önce, aynı Kanun 7. maddesinde "*Bu kanunun neşri tarihinden itibaren iki yıl içinde gerek soyadı olmayanlar ve gerekse soyadlarını değiştirmek isteyenler taşıyacakları adı hükümetin tayin edeceği şekilde nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirirler*." demek suretiyle kanunun uygulanma süresini belirlemiştir. Kanun 8. maddesinde kendiliğinden soyadı seçmeyenlere ad takmak yetkisini ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülki amirine vermiş; ayrıca 12. maddesinde de tayin edilen zaman içinde soyadını memurlara bildirmeyen kişiler için bir para cezası öngörmüştür. Ayrıca yine aynı Kanun'un 10. maddesinde iki yıllık süre geçtikten sonra soyadını değiştirmek isteyenlerin Medeni Kanunun bu hususta hükümlerine tabi olacağı ifade edilmiştir.

Bütün bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, kanaatimizce 2 Ocak 1937 tarihinden itibaren soyadının seçme yoluyla kazanılamayacağı ortaya çıkmaktadır. Bunun yanı sıra, mahkemenin önüne gelen maddi olayda olduğu gibi bir isim değişikliği söz konusu olacaksa, bunun da Medeni Kanunun bu hususta öngördüğü hükümler çerçevesinde gerçekleştirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla herşeyden önce, yukarıda da ifade edildiği üzere, çocuğun soyadının değiştirilmesi için başvurulan kanun hükmü hatalıdır. Anayasa Mahkemesi yaptığı incelemede, iptali istenen kanun hükmünün maddi olaya

---

32 Madde hükmü iptal kararından sonra şu şekli almıştır:
"Madde 4 – *Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.*
Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zaifliği sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karınındır.
Kocanın vefatiyle karı evlenmiş veya koca evvelki fıkrada zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir."

uygulanabilir olup olmadığı hususu üzerinde durmamıştır. Hâlbuki bu husus Mahkeme'nin kendisine yapılan başvurunun gerekli koşulları haiz olup olmadığını belirlemek açısından önemlidir ve Mahkeme'nin kurulduğu günden beri bu inceleme yapılmaktadır[33]. Ancak başvuru yerinde görülüp neticesinde de iptal kararı verildiğine göre Mahkeme'nin yukarıda saydığımız hususları görmemiş olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin zaman zaman temyiz mercii gibi davrandığı kararlarının[34] varlığına rağmen, bu olayda uygulanacak hukuk normunun açıkça yanlış tespit edilmiş olması karşısında sessiz kalması, kanaatimizce, talihsiz bir yaklaşım olmuştur.

2) Çocuğun soyadını seçmenin velayet hakkına bağlı bir hak olduğu görüşü açısından

Anayasa Mahkemesi, iptali talep edilen Soyadı Kanunu md. 4/f.2/c.1'i özellikle Anayasa'nın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik kavramı kapsamında ele almış ve bu kavramı uluslararası düzenlemeleri de dikkate alarak kadın-erkek eşitliği açısından değerlendirmiştir. Ancak bunu yaparken velayet kavramından yola çıkmış ve velayet hakkının kullanımı hususunda kadın-erkek eşitliğini tesis etmek amacını ortaya koymuş; fakat bu esnada "*Çocuğun soyadını seçme hakkı, velayet hakkı kapsamında yer alır.*" demek suretiyle önemli de bir hataya düşmüştür.

Esasen bu noktada iki ayrı hatadan bahsetmek de mümkündür. Bunlardan ilki çocuğun soyadının velayete bağlı olduğu düşüncesidir. Yukarıda zikredildiği üzere, soyadı Medeni Kanun'un "Soybağının Hükümleri" başlığı altında düzenlenmiştir ve bu nedenle açıkça soybağına bağlıdır. Çeşitli ülkelerde çocuğun velayeti altında bulunduğu ebeveynin soyadını taşıma yönünde bir seçim hakkı olduğu görülmekte ve ülkemizde de bu yönde öneriler geliştirilmektedir[35]. Ancak bu durum, mevcut kanunlar itibariyle Türk Hukuku'nda

---

33 Özen Ülgen, İptal ve İtiraz Başvuruları Bakımından Anayasa Yargısında İlk İnceleme, Beta İstanbul 2013, sf. 257. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir kararında (12.01.1971 E.1969/31, K.1971/3) bu incelemenin davada uygulama yeri bulunmayan bir kuralın Mahkeme'nin önüne getirilmesini önleme amacı taşıdığını ifade etmiştir.

34 Bu hususta bkz. Ülgen, sf. 258; ayrıca sf. 259 vd. anılan kararlar.

35 Örnek olarak CHP İstanbul milletvekili Av. Ahmet Tanal tarafından yine 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin değiştirilmesi için bir kanun teklifi hazırlanmıştır (13 Şubat 2012, esas no: 2/350). Adalet Komisyonu'nda bulunan bu teklifteki değişiklik önerisi şu şekildedir: *"**Madde 4** – Soyadı seçme hakkı evlilik birliğini kuran eşlere aittir.*
Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuğun kullanacağı soyadının belirlenmesi vazifesi eşlere aittir. Velayetin anneye bırakılması halinde çocuk annenin kullanacağı soyadını taşır.

soyadının soybağının hükümleri arasında yer aldığı gerçeğini değiştirmez. Çocuğun ön adının verilmesi hususu velayet hükümleri (MK md. 339/f.5) kapsamında düzenlenmiş olsa da, soyadı velayete bağlı olarak değil yukarıda da ifade edildiği üzere soybağına bağlı olarak kazanılır. Nitekim, esas itibarıyla, Soyadı Kanunu'nun iptal edilmek istenen düzenlemesi de bu bakış açısıyla, evlilik birliği sona ermiş dahi olsa kocaya kendi soyundan gelen çocuğun soyadını seçmesi imkanını getirmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin kendi kararında kullandığı Soyadı Kanunu md. 4/f.1 ve 2 gerekçesinde "...*Soy adı kanunu meriyete girdiği anda evliliğin fesih veya boşanma suretile zevali ve çocuk mevcut olup ta bunun karıya tevdii halinde çocuğa babanın seçmiş olduğu adı vermek, at evlada intikal etmek hesabile muvafık ve bunun tasrihi de lazım görülmüştür...*" denmek suretiyle, amacın kocanın soyadının çocuğa intikal etmesi olduğu açık biçimde ortaya konmuştur. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi'nin soyadını velayete bağlı bir hak olarak değerlendirmesi yanlıştır.

Düşülen hatalardan ikincisi Mahkeme'nin soyadını seçme hakkından bahsetmesidir. Yine yukarıda bahsedildiği üzere, mevcut kanun düzenimizde böyle bir hak bulunmamaktadır. Böyle bir hak mevcut olsa ve bu hak sadece velayet hakkına sahip babaya tanınmış olsa Yüksek Mahkeme'nin velayet hakkının uygulaması hususunda kadın-erkek eşitliği açısından gösterdiği hassasiyet de yerini bulmuş olabilirdi. Ancak bu haliyle, Mahkeme'nin verdiği karar sadece zaten uygulama alanı kalmamış bir hükmün Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmesi neticesini doğurmuştur. Dava konusu Soyadı Kanunu md. 4/f.2/c.1 hükmünün uygulama alanı ve amacı soyadının velayete uygun olarak seçilmesi olmadığı için bu hükmün iptali karşısında artık velayet hakkına sahip kadının evliliğin fesih veya boşanma ile sona ermesi neticesinde kendisiyle yaşayacak çocuğun soyadını seçebilmesi imkanına sahip olması hukuken hala mümkün değildir.

IV - Sonuç

İptal kararına konu olayda aslında bir ad değiştirme davası söz konusudur ve bu davanın MK md. 27 çerçevesinde karara bağlanması gereklidir. Soyadı Kanunu'nun bu dava kapsamında uygulama alanı yoktur; Soyadı Kanunu md.

Annenin velayeti altında bulunan çocuk, on sekiz yaşına geldiğinde, bir yıl içerisinde soyadını seçme hakkına sahip olur."

Teklifin içeriği amaca uygun görünmekle birlikte, bu değişikliğin Soyadı Kanunu'nda değil; Medeni Kanun'da yapılması gereklidir.

7 ve md. 10 bu hususta ki en büyük engeldir. Bu hükümlerle Kanun, kendi uygulama alanını zaman ve konu itibariyle belirlemiştir. Buna göre, Kanun, 2 Ocak 1937 tarihinden itibaren soyadının seçme yoluyla kazanılması imkanı kalmadığını ve bu tarihten sonraki soyadı değişikliklerinin de Medeni Kanun hükümlerine tabi olduğunu açık bir şekilde belirtmiştir. Bu açık hükümler karşısında, günümüzde bir soyadı değişikliği davasında hala Soyadı Kanunu'nu uygulamak hususundaki ısrarı anlamak mümkün değildir. Bu nedenle, günümüzün şartlarında artık uygulama alanı kalmayan bir madde hükmünü Anayasaya aykırı bularak iptal etmenin ileriye doğru bir adım atıyor görüntüsü çizmekten başka bir sonuç doğurmayacağı kanaatindeyiz. Bu bağlamda, Anayasa Mahkeme'sinin iptal kararı neticesinde velayet hakkına sahip kadının küçük çocuğun soyadını değiştirme yetkisi olduğunun, mevcut hukuk düzeninde kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir kabul, herşeyden önce, yukarıda irdelediğimiz mevzuata aykırıdır. Bunun yanı sıra, uygulanmak istenen Soyadı Kanunu md. 4 de bu görüşümüzü doğrulamaktadır. Soyadı Kanunu md. 4 iptal kararından sonra dahi boşanan kadına böyle bir hak bahşetmemektedir. Tekrar edelim ki, maddenin lafzı kadına bir hak veriyor görüntüsü çizse dahi, aynı kanunun 7 ve 10. maddeleri karşısında esas itibariyle böyle bir hakkın mevcut olamayacağı anlaşılmaktadır.

Ad değiştirme davasında, ayırt etme gücüne sahip küçüğün birlikte yaşadığı annesinin soyadını almak istemesi somut olayın şartlarına göre haklı bir sebep olarak değerlendirildiği takdirde, hakimin MK md. 27 kapsamında soyadı değişikliğine karar vermesi gerekir[36]. Çocuk ile birlikte yaşadığı annesinin aynı soyadını taşımak yönündeki haklı istekleri mevcut hukuk düzeninde başka şekilde karşılanamaz. Bu konuda hem kanun koyucunun hem de hakimlerin kişisel özgürlükler ile toplum düzeni arasındaki tercihlerini gözden geçirmeleri gereklidir. Uluslararası düzenlemeler ve özellikle mehaz kanunda yapılan değişiklikler bu konuda yol gösterici olacağı gibi, kanaatimizce, daha fazla göz ardı edilmemelidir.

Bunun yanı sıra, Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesini irdelerken bu olayda gösterdiği hassasiyeti aynı ilke kapsamında ele aldığı evli kadının soyadı ile ilgili kararlarında da görebilmek en büyük temennimizdir.

---

36 Ancak, Yargıtay'ın yukarıda zikredilen ve doktrinde de paylaşılan görüşü karşısında küçüğün soyadını değiştirme hakkına sahip olmadığı neticesine ulaşılmaktadır. Belirttiğimiz üzere, bu yaklaşım şahsa sıkı surette bağlı hakların kullanılması ile ilgili kanun sistematiğinde yerini bulamaz.

İş Sözleşmesinin Geçerli Nedenle Feshine İspat Sorunu

Yard. Doç. Dr. Sedef KOÇ*

4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesine göre, "*Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.*"

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, feshe sebep olan olay ile fesih türünün tespitinin yanında, fesih sebebinin ispatı da önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Feshe bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanabilmesi, her şeyden önce feshe yol açan vakıaların ispatına bağlıdır.

İş güvencesi hükümlerinin yürürlüğe girmesinden sonra, genel olarak işe iade davaları hukuk yargılaması bakımından değerlendirildiğinde, bu davaların açılması ve bu davalarda verilecek kararlarla ilgili olarak, İş Kanunu'nun 20. ve 21. maddelerinde özel olarak düzenlenen kuralların bir kısmının bazı sorunları beraberinde getirdiği ifade edilmiştir[1]. Yargılama sırasında ortaya çıkan sorunların bir kısmı da ispat konusu ile ilgilidir.

30.01.1950 tarih ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca, İş Kanunu'na göre işçi sayılan kimselerle işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarının çözülmesi ile görevli olarak kurulan iş mahkemelerinde, aynı Kanunun 7. maddesine göre sözlü yargılama usulü uy-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **ÖZEKES** Muhammet, İş Kanunu'nun 20. ve 21. Maddelerinin Medeni Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 479 vd.

gulanır. 15. maddede, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

1) Genel Olarak İspat Yükü ve İspat Araçları

a) İspat Yükü

Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların varolup olmadığı hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat ve bu amaca ulaşmak için kullanılan vasıtalara da delil denmektedir[2]. Delilin konusu, maddi vakıalardır. Dava konusu uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan vakıalar için delil gösterilir[3].

İspatın konusu, esas olarak davada dayanılan ve taraflar arasında çekişmeli olan vakıalardır. Bir davada, çekişmeli olguların kimin tarafından ispat edilmesi gerektiği konusu, ispat yükü olarak adlandırılır[4]. MK m. 6, ispat yükü hakkındaki genel kuralı koymaktadır. Buna göre, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*"

İspat yükü ile ilgili genel kuralın bazı istisnaları bulunmaktadır. Bazı hallerde, kanun ispat yükünün kime düştüğünü belirtmiştir. Bu hallerde, ispat yükü araştırmasına girmeye gerek olmaksızın özel kanun hükmü uygulanır[5].

Bir diğer istisna, normal durumun aksinin ispatı haline ilişkindir. Normal ve mutad bir duruma dayanan tarafın iddiasını ispat etmesi gerekmediği, bu durumda ispat yükünün normal durumun aksini iddia eden tarafa düştüğü kabul edilmektedir[6].

---

2 **POSTACIOĞLU** İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1970, s. 456; **UMAR** Bilge/**YILMAZ** Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 2; **KURU** Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 1966; **PEKCANITEZ** Hakan/**ATALAY** Oğuz/**ÖZEKES** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2011, s. 464.

3 **KURU,** s. 1967-1968; **YILDIRIM** Mehmet Kamil, Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 114.

4 **POSTACIOĞLU**, s. 460 vd.; **KURU**, s. 1972; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES,** s. 443 vd.; **UMAR/YILMAZ,** bu tanımı, ispat yükünün paylaştırılması kavramı için kullanmaktadır. İspat yükü ise, **"***belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılamaması yani olayın isbatsız kalması yüzünden yargıcın aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir." s. 3*.

5 **KURU**, s. 2001 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 447 vd.

6 **KURU,** s. 1989 vd. Genel kuralın istisnası olarak kabul edilen bu ilkenin bir istisna olmadığı, ancak tecrübe kuralları aracılığı ile hakim tarafından sonuç çıkarmada kullanılabilecek bir fiili karineyi ifade ettiği yönündeki görüş için bkz. **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 448.

İddiasını kanuni bir karineye dayandıran taraf da, o olayı ispat etmekle yükümlü değildir. Kanuni karineler, kanunda belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır. Kesin kanuni karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez. Kesin olmayan kanuni karinelerin ise aksi ispat edilebilir ancak aksi ispat edilinceye kadar delil teşkil eder[7].

b) Feshin Geçersizliği Davasında İspat Yükü

Feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davalarında, davanın süresinde açılıp açılmadığı, davacı işçinin iş güvencesi kapsamında olup olmadığı ve feshe ilişkin şekil şartlarının yerine getirilip getirilmediği incelendikten sonra, feshin geçerli olup olmadığının tespiti aşamasına geçilmektedir[8].

İş sözleşmesinin işveren tarafından feshinde, fesih sebebine ilişkin ispat yükü, kanun hükmü ile belirlenmiştir. İşK m. 20/2 uyarınca, "*Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.*" İşK m. 25/son gereği, haklı sebeple fesihlerde de ispat yükü işverenin üzerindedir. İspat yükü ile ilgili bu hüküm, 158 sayılı ILO Sözleşmesinde aranan şartlara da uygundur.

158 sayılı Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca, *"İşçinin, son verme işlemine ilişkin ispat yükünü tek başına üstlenmemesi için, bu sözleşmenin 1 inci maddesinde belirtilen uygulama yöntemleri aşağıdaki olanaklardan birini veya her ikisini sağlamalıdır.*

a) *Bu Sözleşme'nin 4 üncü maddesinde tanımlandığı üzere, geçerli bir nedeninin bulunduğunu ispat yükü işverene ait olmalıdır.*

b) *Bu Sözleşmenin, 8 inci maddesinde belirtilen merciler, taraflarca getirilen kanıtlar ve ulusal mevzuat ve uygulamaların öngördüğü usuller çerçevesinde son verme nedeni üzerinde bir sonuca varmaya yetkili kılınmalıdırlar.*"

İşK m. 20/2'ye göre, geçerli fesih sebebini ispat yükü işverene aittir. Ancak işçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ederse, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Bu durumda, işçi, işverenin ispatından bağımsız olarak bir karşı

---

7 **KURU**, s. 2012 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 437 vd.

8 **ÖZDEMİR** Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 295 vd.; **KAR** Bektaş, İş Güvencesinde İspat Yükü ve Deliller (İspat), Legal İHSGHD, 2005/7, s. 1038.

ispat faaliyeti yürütecektir[9]. Böylece, "görünürdeki fesih sebebi" ile "gerçek fesih sebebi"nin aynı olup olmadığı ortaya çıkacaktır[10].

İsviçre hukukunda, fesih hakkının kötüye kullanıldığının ispatı ile ilgili olarak geliştirilmiş içtihat da, konumuz bakımından önem taşımaktadır. İsvMK m. 8 uyarınca, feshin kötüye kullanıldığını ispat yükü kural olarak feshe muhatap olan kişiye düşer. Ancak yargı, sübjektif bir unsura yani sözleşmeyi fesheden tarafın gerçek sebebine ilişkin delil sunmakta karşılaşılabilecek zorlukları dikkate alarak ispatı kolaylaştırmak istemiştir. Federal Mahkemeye göre, işçi, işveren tarafından ileri sürülen fesih sebebinin gerçek olmadığını yeterli şekilde gösteren emareleri ortaya koyduğunda, hakim feshin kötüye kullanıldığı kanaatine varabilecektir. Mahkeme ispatı kolaylaştırıyorsa da, bu durum ispat yükünün yer değiştirdiği anlamına gelmemektedir. İspat yükü işçinin üzerinde olmakla birlikte, işveren de bu noktada hareketsiz kalmamalı, fesih sebebi ile ilgili kendi iddialarını destekleyecek karşı deliller getirmelidir[11].

Federal Mahkemenin geliştirdiği bu ispat kuralı, İşK m. 5/son hükmü ile benzerlik göstermektedir. İşverenin aynı maddede düzenlenen ayrımcılık yasaklarına aykırı davrandığını ispat etmekle yükümlü olan işçi, bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Bu düzenleme ile, ispat ölçüsü zayıflatılarak yaklaşık ispat yeterli görülmüştür. Hakimin acele karar vermesi gereken haller ile delil ikamesinin zor olması sebebiyle kesin ispatın beklenemeyeceği hallerde dikkate alabileceği yaklaşık ispatta, ispat edilmek istenen olay muhtemel görülmekte ancak gerçekleşmemiş olma ihtimali de bulunmaktadır. Söz konusu vakıa iddiasının doğru olma ihtimali, doğru olmama ihtimalinden daha güçlü görünmektedir[12].

---

9 Karşı ispat faaliyetinin amacı, hakimde oluşan kanaati sarsmak için asıl ispatın konusunu oluşturan vakıalar hakkında değil, dayanılan hukuk kuralının koşul vakıasına yabancı olan, asıl ispat sonucunu sarsacak bir sonuç çıkarmaya elverişli yeni iddiaları ortaya koymaktır. **ATALAY** Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001, s. 6-7.

10 **KAR**, İspat, s. 1010.

11 **AUBRY GIRARDIN** Florence, Licenciement abusif et jurisprudence récente, La Semaine Judiciare Doctrine, 129e année, No: 2, Juillet 2007, s. 67 vd.; **DUNAND**, Licenciement abusif, s. 58-59.

12 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 416-417.

Fransız hukukunda ise, fesih sebebinin ispatı konusunda özel bir rejim öngörülmüştür[13]. İspat yükü sadece işçinin üzerinde olmadığı gibi, tamamen işverene de yüklenmemiştir. Hakim, tarafların getirdiği deliller çerçevesinde kanaatini oluşturmakta ve şüpheden işçi yararlanmaktadır[14]. İşveren, fesih sebebini ortaya koyma ve bunu gerekçelendirme yükü altındadır. İşçi, işverenin iddialarına karşı elverişli ispat araçlarından yararlanabilir. Fesih sebebinin inandırıcı delillerle ortaya konulması, yargılama sürecinin kilit noktasıdır.

Fransa'da, 2 Ağustos 1989 tarihli Kanunla, ispatla ilgili rejim değişikliğine gidilmiş ve yukarıda anılan kanun hükmüne eklenen ikinci fıkra ile, şüpheden işçinin yararlanması kuralı getirilmiştir. Buradaki şüphe, sadece tarafların getirdiklerinin incelenmesi sonucu oluşan şüphe değil, hakimin re'sen araştırması sonunda devam eden şüphedir. İşçinin kusurlu davranışı ile ilgili bir şüphe olduğunu gören hakim, gerçek ve ciddi bir fesih sebebine dayanarak geçerli feshe hükmedememektedir[15].

c) Deliller

aa) Genel Olarak

İspat aracı olan deliller, kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesin deliller, hakim için bağlayıcı niteliktedir. Hakimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur, kesin delillerden biri ile ispat edilen vakıayı ispat edilmiş olarak kabul etmesi zorunludur. Takdiri delilleri ise, hakim serbestçe takdir eder[16].

Belli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispat edilmesi gerekmektedir (6100 s. HMK m. 200). Haksız fiiller, maddi vakıalar, haksız

---

13 Fransız İş Kanunu m. L. 1235-1 (eski L. 122-14-3) uyarınca, "*Uyuşmazlık halinde, izlenen prosedürün kanuna uygunluğunu ve işveren tarafından ileri sürülen fesih sebebinin gerçek ve ciddi olup olmadığını değerlendirmekle görevli olan hakim, taraflarca getirilen delillere göre kanaatini oluşturur.*
Şüpheden işçi yararlanır."

14 Cass. soc. 16 juin 1993, M. X c/ société Roty, no de pourvoi 91-45462.

15 **PAUTRAT** René, La charge de la preuve et le poids du doute dans l'appréciation de la cause réelle et sérieuse du licenciement, Recueil Dalloz Sirey, 1994, Chronique, s. 338. Fransız Yüksek Mahkemesi, ağır kusurun ispat yükünü ise işverene yüklemiştir. Yüksek Mahkemeye göre, işveren açısından fesih tazminatı ve izin ücretlerini ödemekten kurtulma sonucunu doğuran ağır kusur halinde, ispat yükü bu sonuçtan yararlanan işverenin üzerinde olmalıdır. Yazar, Yüksek Mahkemenin bu görüşünü, kanun hükmünde yer almayan bir sınırlama getirilmiş olması bakımından eleştirmiştir, s. 339.

16 **KURU**, s. 2032-2033; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 471 vd.

iktisaplar gibi hukuki işlem sayılmayan hususların ise, takdiri delillerle ispatı mümkündür. Mesela işçi, iş görme edimi, her türlü delille ispat edebilir. İşin yerine getirilmesi bir fiildir. Bu fiilin senetle ispatı gerekli olmadığı gibi, çoğu zaman mümkün de değildir[17]. İşveren ise, borcu sona erdiren bir sebep olan ödemeyi senetle ispat etmelidir.

Medeni usul hukuku alanında, yargılamanın yürütülmesi ve yargılamaya şekil verilmesinde benimsenmiş olan ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerden ikisi, dava konusuna ilişkin vakıa ve delillerin (dava malzemesinin) toplanmasına ilişkindir. Vakıa ve delillerin toplanması yetkisi taraflara tanınmışsa taraflarca getirilme ilkesi; hakime tanınmışsa re'sen araştırma ilkesi kabul edilmiş demektir[18]. Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda, hakim ispat için gerekli tüm delillere kendiliğinden başvurur, taraflar da delil gösterebilirler.

İşe iade davalarında, İşK m. 18'de belirtilen iş güvencesinin kapsamı ve dava açma süresi ile ilgili hususlar, hakim tarafından re'sen araştırılmaktadır[19]. Feshin geçerli ya da haklı nedene dayanıp dayanmadığına ilişkin deliller, yukarıda görüldüğü gibi, ispat yükü kendisine yüklenen işveren tarafından ve başka bir sebebe dayanan işçi tarafından getirilir. İşçinin işe iade davası açma şartlarını yerine getirdiğinin anlaşılmasından sonra, fesih sebebi ve usulüne ilişkin hususlarda taraflarca getirilme ilkesi esas alınmaktadır.

bb) Hukuka Aykırı Delil Sorunu

İşçiden kaynaklanan ve işveren açısından haklı ya da geçerli fesih sebebi oluşturan bulguya, işçinin özel hayatına müdahale teşkil edecek şekilde ulaşılmış olması halinde feshin hukuka uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelir[20].

Karşı tarafın kişilik haklarını ihlal ederek elde edilmiş delillerin mahkemece değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorunu, tüm yargılama hukuklarını ilgilendirir. Ceza Muhakemesi Kanunu, bu konuda düzenleme getirmiştir. CMK m. 217'ye göre, ancak hukuka uygun deliller ispat aracı olarak kul-

---

17 Maddi fiillerin ispatının farklı hükümlere tabi kılınmış olmasının sebepleri hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **POSTACIOĞLU** İlhan E., Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1964, s. 41 vd.; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 496.

18 **ALANGOYA** Yavuz, Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 3; **YILDIRIM**, s. 105 vd.

19 Bu konudaki örnek Yargıtay kararları için bkz. **KAR, İspat, s. 1012-1013, dn. 4 vd.**

20 **SEVİMLİ** Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006, s. 277 vd.

lanılabilir. CMK m. 206'da da, kanuna aykırı olarak elde edilmiş delillerin reddedileceği hükme bağlanmıştır. 6100 s. Hukuk Muhakemeleri Kanunu da, konu ile ilgili düzenleme getirmiştir. HMK m. 189/2'ye göre, "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz*."

Hukuka aykırı delille ilgili olarak YHGK tarafından 2002 yılında verilen kararda[21], boşanma davasında delil olarak sunulan günlüğün delil değeri tartışılmıştır. YHGK, hayatın gizliliğinin korunmasının esas olduğunu belirtmekle birlikte, somut olayın özelliğinin bu ilkeden ayrılmayı gerektiren istisnalar taşıyabileceğini kabul etmiştir. Kararda, kullanılan delillerin çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş olması halinde hukuka aykırılığın söz konusu olacağı; hukuka aykırı yoldan elde edilmemiş delillerin ise yasak delil olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir[22].

İş hukuku yargılamasında, hukuka aykırı delil sorunu, özellikle işçilerin denetlenmesi ve gözetlenmesi sonucu elde edilen veriler çerçevesinde gündeme gelmektedir[23]. Günümüzdeki teknoloji, işverene bu konuda geniş imkanlar sunmaktadır. İşçilerin bilgisayar ve internet kullanımı denetlenebilmekte, eylemleri video kameralarla gözetlenebilmektedir.

Bu alanda, işçinin iş görme edimini yerine getirirken işyerindeki davranışlarının denetlenmesi ile gözetlenmesini birbirinden ayırmak gerekir[24].

---

21 YHGK, 25.09.2002, 2-617/648, Kazancı Bilgi Bankası.

22 "*Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekanın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekan kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.*
Diğer taraftan özel hayatın gizli alanları, özel hayatın gizli alanını ilgilendiren delillerle ispat edilebilir. Nasıl ki, kadın başka bir erkekle müşterek hanedeki yatak odasında sevişirken koca tarafından kapı kırılarak içeri girilmesinde hukuka aykırılıktan söz edilemezse, ortak yaşanan evde bulunduran not defterinin elde edilmesi de hukuka aykırı olarak değerlendirilemez.
Eşlerin evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları yasal bir zorunluluktur. Kadının bu konulardaki özel yaşamı, evlilik ile bir araya geldiği hayat arkadaşı kocayı da en az kadın kadar ilgilendirmektedir. Bu nedenle de davalıya ait hatıra defterinin delil olarak değerlendirilmesinde kuşkuya düşmemek gerekir."

23 **ÖZDEMİR**, s. 244 vd.; **SEVİMLİ, s. 277 vd.**

24 **FORTIS** Elisabeth, La surveillance au travail, Gazette du Palais, Recueil Septembre-Octobre 2006, s. 2955.

İşyerinde işveren tarafından yapılan denetim, gerek işverenin işçiyi gözetme borcu gerekse yönetim hakkı ile açıklanabilir. Bu denetim ile, işverenin işe giriş-işten çıkış saatleri, işyerine ait araç ve gereçlerin kullanılması gibi iş görme borcunun ifa sürecine ait unsurları kontrol etmesi mümkün olduğu gibi, hem işçinin hem de işyerindeki diğer işçilerin korunması da sağlanmaktadır. Bu anlamda denetlemek, bir kanun hükmü ya da davranış kuralına uygunluğu tespit etmektir. Gözetleme ise, denetleme faaliyetine eşlik ettiği durumlarda, işçinin önceden bilgilendirilmesi ve yapılan iş ile orantılı olması kaydıyla kabul edilebilir.

İşçinin işyerindeki davranışlarının denetlenmesi ve gözetlenmesi konusuna, işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlara uyma borcu çerçevesinde yukarıda değinmiştik. Bu denetim ve gözetimin hukuka uygunluğu, bu faaliyetten elde edilen delillerin değerlendirilmesinde de etkili olacaktır.

Paris İstinaf Mahkemesi, işçinin odasına mikrofon yerleştirilmesini tartıştığı bir kararında, işçinin işi ile ilgili görüşmelerinin yanında özel görüşmelerinin de dinlenmesi sonucuna yol açtığı için bu dinlemeyi özel hayata müdahale olarak değerlendirmiştir[25]. Fransız Yüksek Mahkemesi de, 1991 yılında verdiği bir kararda, işverenin, işçinin bilgisi dışında görüntülerini ve sesini kaydetmesini hukuka aykırı bulmuş ve bu yolla elde edilen kayıtları delil olarak kabul etmemiştir[26].

Kanaatimizce de, fesih sebebi teşkil eden olayla ilgili bilgi ya da belgelere hukuka aykırı yoldan ulaşılmış olması, bu bilgi ve belgelerin delil olarak değerlendirilmesini engeller. İşverenin fesih sebebini başka delillerle ispatlayamaması halinde de, fesih geçersiz kabul edilir.

2) Geçerli Fesih Nedeninin İspatı

İşK m. 18'de belirtilen geçerli fesih nedenleri, işçinin yeter(siz)liği, işçinin davranışları ve işletme gereklerinden kaynaklanan nedenler olarak ifade edilmiştir. İşveren, fesih bildirimini yazılı olarak yapmalı ve fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirtmelidir. İşçinin yetersizliği ve davranışları nedeniyle yapılan fesihlerde işçinin savunmasının alınması gerekmektedir.

---

25 Paris İstinaf Mahkemesi, 19 Mart 2002, **BEIGNER** Bernard, La protection de la vie privée, Libertés et droits fondamentaux, Dalloz 2007, s. 179 vd.

26 Cass. Soc., 20 Kasım 1991, **CREDEVILLE** Anne-Elisabeth, Vérité et loyauté des preuves, Rapport annuel 2004,http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2004_173/deuxieme_partie_etudes_documents_176/etudes_theme_verite_178/preuves_mme_6391.html

İşK m. 20/2'de açıkça, feshin geçerli nedenlere dayandığının ispat yükü işverene verilmiştir. İşveren ispat yükünü yerine getirirken, öncelikle feshin şekli şartlarına uyduğunu, daha sonra, içerik yönünden fesih nedenlerinin geçerli olduğunu kanıtlayacaktır.

a) İşçinin Savunmasına İlişkin İspat

İşK m. 19'a göre: "*Hakkındaki iddialara karşı savunmasını almadan bir işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesi, o işçinin davranışına veya verimi ile ilgili nedenlerle feshedilemez. Ancak, işverenin 25'inci maddenin (II) numaralı bendi şartlarına uygun fesih hakkı saklıdır.*" Bu hükümle, işçinin savunmasının alınması, işçinin davranışı veya verimi ile ilgili nedenlerle iş sözleşmesinin feshi için bir şart olarak öngörülmüş ve salt işçinin savunmamasının alınmamasının feshin geçersizliği sonucunu doğuracağı belirtilmiştir.

İşveren, işçinin davranışı ya da yetersizliği sebebiyle yaptığı fesih işlemine karşı açılan feshin geçersizliğinin tespiti davasında, öncelikle yazılı fesih bildiriminde fesih sebebini açık ve kesin bir şekilde belirttiğini ve fesihten önce işçinin savunmasını aldığını ispatlamalıdır.

Yargıtay, işçinin savunmasının alınmasının usulü ile ilgili olarak bazı kriterler getirmiş bulunmaktadır. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarına göre, işçinin savunması fesihten önce alınmalıdır. İşveren, işçiyi fesihten önce savunma vermeye davet etmeli, davet yazısında kendisine isnat edilen hususu belirtmeli, makul bir süre önceden belirtilen yer, gün ve saatte hazır bulunmasını, bulunmadığı takdirde yazılı bir savunma verebileceğini, bildirilen yerde belirtilen gün ve saatte hazır bulunmadığı ve yazılı bir savunma da vermediği takdirde savunma vermekten vazgeçmiş sayılacağını kendisine hatırlatmalıdır. Fesih bildirimiyle birlikte veya fesihten sonra savunma istenmesi feshi geçersiz kılacağı gibi, ihbar süreleri içinde savunma alınması da feshin geçersizliği sonucunu doğurur[27].

İşçinin savunma vermekten kaçınması halinde, bunun bir tutanakla tespit edilmesi gerekir. Bu durumda, savunma alma şartı gerçekleşmiş kabul edilir, fesih salt bu nedenle geçersiz sayılmaz[28].

---

27 Örnek için bkz. Yarg. 9. HD., 15.09.2008, 1868/23538, Yarg. 9. HD., 24.05.2010, 20438/14394, Kazancı Bilgi Bankası.

28 "*Davalı işveren tarafından 24.02.2006 tarihinde davacı işçinin savunması istenmiş, ancak davacı savunma bildirimine ait belgeyi tebliğden imtina ederek savunma vermemiştir. Davalı tutanak tanzimcileri bu olguyu doğrulamışlardır. Davacının fesih bildirimi aynı tarihte yapılmış ve iş sözleşmesi feshedilmiştir. Fesih bildirimi aynı tarihte tebliğ edildiğine göre, davacıya bir gün sonrası için izinli olduğuna dair belge verilmesi sonuca etkili değildir.*

Her ne kadar savunma şekli ve yöntemi konusunda kanunda bir düzenleme yoksa da, feshe karşı açılacak davada, savunmanın alınmış olduğunu ispat etmesi gereken işverenin yukarıda belirtilen şartlara uygun davranmış olması gerekir. İşveren, belirtilen şekilde işçiyi savunma vermeye davet ettiğini, yazılı savunma aldığını ya da işçinin savunma vermekten imtina ettiğini ispatlamalıdır.

Savunmanın işçinin imzasını taşımaması, bilgisayar çıktısı şeklinde olması gibi hallerde ispat şartının yerine getirilmediği sonucuna varılabilir. Böyle bir olayda, iş mahkemesinin "*davalı işverenin iddiaları her ne kadar geçerli fesih sebebi ve işyerinde olumsuzluklara yol açan iddialar olsa da; davacı işçinin imzasını taşımayan sonradan düzenlenecek şekilde bilgisayar çıktısı ile alınan ve davacı tarafından inkar edilen savunma belgesinin inandırılıcılıktan uzak olduğu, davacının savunması alınmadan iş akdinin geçersiz nedenle feshin son çare olduğu ilkesi gözetilmeksizin feshedildiği gerekçesi ile*" feshi geçersiz bulduğu bir olayda, Yargıtay, "*davacının savunmasını imzasız olarak verdiğine dair işveren tutanağı, tanık anlatımları ve oluş birlikte değerlendirildiğinde, hakkında tutulan tutanaklara ilişkin olarak davacının savunmasının talep edilip alındığı ve davacıya isnat edilen eylemlerin davalı işveren yönünden geçerli fesih nedeni oluşturduğu*" yönünde karara varmıştır[29]. Somut olayın tüm özellikleri anlaşılmamakla birlikte, işçinin savunmayı imzalamaktan kaçındığının tutanakla tespit edilmiş olması ve bu konuda samimi tanık beyanlarının mevcudiyeti halinde, Yargıtay'ın vardığı sonucun yerinde olduğu kabul edilebilir.

Fesih sebebi olarak gösterilen fiille ilgili olarak işçiye daha önce ihtar verilmiş ve bu ihtardan önce de savunmasının alınmış olması, fesihten önceki savunma alma zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Savunma alındıktan sonra, aradan zaman geçmiş ve tekrar aynı fesih nedeni ortaya çıkmışsa, fesih yoluna başvurmadan önce yeniden savunma alınması gerekir[30].

Savunma vermekten imtina eden davacı işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca, davranışlarından kaynaklanan nedenle davalı işveren tarafından feshedilmesi, geçerli nedene dayandığından davanın reddi gerekir. Yazılı şekilde kabulü hatalıdır." Yarg. 9. HD., 19.02.2007, 32661/4341, Kazancı Bilgi Bankası.

29 Yarg. 9. HD., 13.07.2009, 39805/20726, Kazancı Bilgi Bankası.

30 **DEMİR** Fevzi, Geçerli Sebeple Fesih Kavramı ve Uygulama, Legal İHSGHD 10/2006, s. 487; **SARIBAY** Gizem, Türk İş Hukukunda İş Güvencesi Kapsamında Fesih Usulü, Feshe İtiraz ve Feshe İtirazın Sonuçları, İstanbul 2007, s. 93.

b) İşçinin Kusurlu Davranışının İspatı

İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesih sebepleri, hukuki işlem olmadığından, bu sebeplerin ispatında maddi vakıaların ispatına ilişkin kural ve ilkeler uygulanır. İşverenin geçerli sebebin varlığını, işçinin de işverenin gösterdiği sebep dışında bir sebebe dayandığını takdiri delillerle ispat etmesi mümkündür[31].

İşçinin kusurlu davranışlarından kaynaklanan sebeplerle geçerli veya haklı fesih, işçinin bu kusurlu davranışı sonucunda taraflar arasındaki güven ilişkisinin çökmesine dayanır. Bu bağlamda, işveren, güven ilişkisini sarsan veya çökerten bir davranışın varlığını ispat etmelidir. Bu nitelikte davranışın ispatı yeterli olup ayrıca güven ilişkisinin sarsıldığının ispatı gerekli değildir[32].

Güven ilişkisinin sarsıldığının ispatının gerekmediği söylenmekle birlikte, işverenin güven ilişkisinin sarsılmadığını gösteren davranışlar içinde olması feshi geçersiz kılar. Bir başka deyişle, işveren güven ilişkisinin sarsıldığını ispat etmekle yükümlü tutulmamakta ancak aksine güven ilişkisinin sarsılmadığına işaret eden davranışları da aleyhine delil teşkil etmektedir.

İşverenin fesih sebebi teşkil eden kusurlu fiilin ortaya çıkmasından sonra uzun süre beklemesi, yukarıda belirttiğimiz gibi, çelişkili davranış teşkil eder ve güven ilişkisinin sarsılmadığını gösterir. İşverenin fesih yoluna başvurmayacağına dair güven uyandırıp, daha sonra bu güvene aykırı tutum takınarak sözleşmeyi sona erdirmesi halinde feshin geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Yargılamada ileri sürülen iddia ve savunmanın somutlaştırılmaya ihtiyacı vardır. Somutlaştırma, bir davada tarafların ileri sürdükleri iddialar hakkında mahkemeye somut bilgi verme ve açıklama yapmalarını ifade eder[33]. Somutlaştırma yükü, ispat yükünün hangi tarafta olduğuna bağlı olmaksızın, davadaki duruma göre taraflar arasında yer değiştirebilir[34].

İşe iade davasında geçerli fesih sebebini ispat yükü üzerinde olan işveren, fesih bildiriminde gösterdiği sebep ile ilgili olarak ayrıntılı somut bilgiler vermelidir. İşçinin kusurlu fiilinin ne olduğunu, ne zaman ve nerede gerçekleştiğini, bu fiilin iş ilişkisini nasıl etkilediğini ortaya koymalıdır.

---

31 **ÖZEKES** Muhammet, Hukuk Yargılaması ve İcra Hukuku Yönünden İşe İade Davaları ve Uygulama Sorunları, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2005 Yılı Toplantısı, İş Güvencesi Kurumu ve İşe İade Davaları, İstanbul 2005, s. 145-146.

32 **ENGİN** Murat, İş Sözleşmesinin Feshinde İspat Sorunları, GSÜHFD, 2006/1 (İspat), s. 45.

33 **ATALAY**, s. 31.

34 **ATALAY**, s. 33.

Kusurlu fiilin tespitinde, somut olgulardan yola çıkarak kanaate varma zorunluluğu karşısında tanık beyanları özellikle önemlidir ancak salt tanık beyanları ile sonuca varmak da mümkün değildir[35].

Yargıtay, kusurlu fiilin tanıkla ispat edilebileceğini kabul etmekle birlikte, ifadesine başvurulan tanıkların feshe neden olarak fiillerin nerede, ne zaman, ne şekilde gerçekleştiği hakkında somut olarak beyanda bulunmalarını aramaktadır. İşçinin, aralarında gönül ilişkisi olduğu iddia edilen amiri ile boğuşma derecesinde kavga etmesi sebebiyle sözleşmesinin feshedildiği bir olayda, Yargıtay, "*davacı ile amiri konumundaki işçi arasında, amirin odasında ve kapalı odada gerçekleşen kavganın ne şekilde meydana geldiği, davacı ile diğer işçinin bu kavgadaki somut davranış ve sözlerinin ne olduğu, bu davranışlarının işyerinde ne şekilde olumsuzluklara yol açtığı, kavgayı başlatanın kim olduğu konularında olaya tanık olduğunu belirten ve işverene ihbar eden işveren çalışanı M. V. (nin) dinlen(mesi), diğer delillerle birlikte değerlendiril(mesi) ve sonucuna göre karar verilme(si)*" gerektiğini belirtmiştir[36].

Aynı şekilde, "üstlerine karşı gelme, iyiniyeti su*iistimal etme çalışma düzenini bozma ve hatalı iş çıkarma nedenlerinden dolayı*" sözleşmesi feshedilen işçinin bu fiilleri için tutanak ya da kayıt ibraz edilmediği ve dinlenen tanıkların da "*bu davranışların nerede, ne zaman ve ne şekilde gerçekleştirildiğine dair, somut olarak bir beyanda bulunma(dıkları)*" belirtilerek eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı bulunmuştur[37].

İşçinin "*vardiya çıkışı görevi gereği evine bırakması gereken kadın işçiye araç içinde yalnızlarken evlilik ve cinsellik konusunda sözler söylemesi" nin geçerli fesih sebebi olarak kabul edildiği bir olayda, Yargıtay, tarafların beyanlarını dikkate alarak hüküm kurmuştur*[38]: "*Somut olayda araç içinde tanık bulunmaması sonuca etkili değildir. Zaten topluluk içinde bu tür sözlerin söylenmesi olağan değildir. Kaldı ki davacı da araç içinde kendisinden yaşça hayli küçük olan kadın işçi ile ailesi hakkında konuştuğunu kabul etmektedir. Davacı görevi kapsamında iş çıkışı servisle evine bıraktığı bir kadın işçiye sözle sataşmıştır. Bu somut olgulara göre davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır." Bu noktada, karşı tarafın özel alanına giren durumlarda somutlaştırmanın zorlaştığı belirtilmelidir.*

35 **ENGİN, İspat, s. 46.**

36 Yarg. 9. HD., 11.12.2006, 25640/32379, Kazancı Bilgi Bankası.

37 Yarg. 9. HD., 30.10.2006, 19203/28481, Kazancı Bilgi Bankası.

38 Yarg. 9. HD., 18.10.2004, 6529/23507, Legal İHSGHD, 6/2005, 769-771.

c) İşçinin Yetersizliğinin İspatı

İş Kanunu'nun gerekçesinde, işçinin yetersizliğinden kaynaklanan nedenler, *"işçinin ortalama benzer işi görenlere göre daha az verimli çalışması, gösterdiği niteliklerden beklenenden daha düşük performansa sahip olması, işe yoğunlaşmasının giderek azalması, işe yatkın olmaması, öğrenme ve kendisini geliştirme konusunda yetersiz kalması, sık sık hastalanması, çalışamaz duruma getirmemekle birlikte işini gerektiği şekilde yapmasını devamlı olarak etkileyen hastalığa yakalanması ve uyum yeterliliğinin azalması gibi işyerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebepler"* olarak ifade edilmiştir.

Yargıtay, işçinin yetersizliği sebebiyle yapılan fesihlerde, işyerinde objektif bir performans değerlendirme sisteminin varlığını aramaktadır. Yargıtay'ın bu konuda geliştirdiği içtihada göre, *objektif bir performans değerlendirmesi için, personelin görev tanımı ve performans değerlendirme kriterleri önceden saptanmalı ve işçiye tebliğ edilmelidir. Değerlendirme çalışanın görev tanımına, verimine, işverenin kurumsal ilkelerine, uyulması gereken işyeri kurallarına uygun olarak objektif ve somut olarak yapılmalı ve buna yönelik performans değerlendirme formları hazırlanmalıdır. İşyerine özgü çalışanların performanslarının değerlendirileceği, Performans Değerlendirme Sistemi geliştirilmeli ve uygulanmalıdır. Değerlendirmede işin gerektirdiği bilgi, beceri, deneyim gibi yetkinlikler, işyerine uygun davranışlar ve çalışandan gerçekleştirmesi beklenen iş ve kişisel gelişim hedefleriyle personelin bunları gerçekleştirme oranı esas alınmalıdır. Geçici nitelikte ve kısa süreli davranış ve sonuçlar değerlendirmede göz önünde bulundurulamaz*[39].

İşyerinde bu şekilde bir performans değerlendirme sisteminin oluşturulmamış olması durumunda, işverenin yetersizliğe dayanan geçerli fesih nedenini ispatlayamadığı sonucuna varılmaktadır: *"Somut uyuşmazlıkta davalı işverenin belirtilen nitelikleri taşıyan bir performans değerlendirme sistemi oluşturmadığı, dolayısıyla yaptığı değerlendirmenin objektif olmadığı, davacının performans düşüklüğüyle ilgili ileri sürülen nedenlerin soyut kaldığı anlaşılmaktadır. Sonuç itibariyle geçerli fesih nedenini ispat külfeti olan davalı işveren, geçerli fesih nedenini kanıtlamış değildir."* [40]

---

39 Yarg. 22. HD., 26.09.2011, 532/1195; aynı yönde Yarg. 22. HD., 28.01.2013, 590/1158; Yarg. 22. HD., 28.01.2013, 579/1147, Kazancı Bilgi Bankası; ÖZDEMİR, s. 299 vd.

40 Yarg. 22. HD., 26.09.2011, 532/1195, Kazancı Bilgi Bankası.

İşçinin yetersizliği sebebiyle fesih konusunda, Yargıtay'ın özellikle tıbbi satış temsilcileri ile ilgili olarak verdiği çok sayıda karar bulunduğu göze çarpmaktadır. Uygulamada, tıbbi satış temsilcilerinin sağlık mesleği mensuplarını ziyaret sayısına ve tıbbi malzeme satış oranına dayalı bir performans değerlendirme sistemi içinde çalıştıkları görülmektedir. Yargıtay, bu durumlarda çalışanlara verilen hedeflerin gerçekleştirilebilir olup olmadığını da dikkate almaktadır[41].

d) İşletme Gereklerinin İspatı

İşK m. 18'de belirtilen geçerli fesih nedenlerinden biri de, işletme gerekleridir. İşletme gerekleriyle feshin şartları, işletmesel karar, bu kararın fiilen uygulanması sonucu ortaya çıkan işgücü fazlası ve son çare ilkesine uygun davranılmış olmasıdır[42].

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş içtihadına göre, *feshin işletme, işyeri ve işin gerekleri nedenleri ile yapıldığı ileri sürüldüğünde, öncelikle bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, bağlı işveren kararında iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihte keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır*[43].

İşletmesel kararın amacı ve içeriği yargı denetiminin dışındadır[44]. İşveren, işletmesel kararın işyerinde uygulandığını ve işletmesel kararı uygulamak için aldığı tedbirin feshi gerekli kıldığını ispatlamalıdır. İşletmenin ekonomik durumu, ticari defterler, vergi kayıtları gibi belgelere dayanılarak ortaya konulabilir. Bu noktada, işletmenin ekonomik yapısını gösteren belgelerin, işletmenin istihdam politikası ile birlikte değerlendirilerek özel bir denetime tabi tutulduğu görülmektedir[45].

---

41 Yarg. 22. HD., 28.01.2013, 579/1147, Kazancı Bilgi Bankası.

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. **ENGİN** E. Murat, İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003 (İşletme Gerekleri).

43 Yarg. 9. HD., 24.01.2011, 45313/102, Kazancı Bilgi Bankası.

44 **ENGİN,** İşletme Gerekleri, s. 51 vd.; **SÜZEK** Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2012, s. 602 vd.; **KAR** Bektaş, İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum 2008/2, s. 108

45 **ÖZDEMİR**, s. 304 vd.

Yargıtay'a göre, iş ilişkisinde işletmesel kararla iş sözleşmesini fesheden işveren, MK m.2 uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmamalı, işletmesel kararı alırken dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir. Keyfilik denetiminde işverenin keyfi davrandığını işçi iddia ettiğinden, genel ispat kuralı gereği, işçi bu durumu kanıtlamalıdır[46].

İşletme gerekleri ile fesih yoluna başvuran işverenin, feshin son çare olması ilkesine de uygun davranmış olması gerekir. İşveren, fesihten kaçınma imkanının bulunmadığını ispatlamalıdır[47]. Yargıtay'a göre, "*işletmenin, işyerinin ve işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle sözleşmeyi feshetmek isteyen işverenin fesihten önce fazla çalışmaları kaldırmak, işçinin rızası ile çalışma süresini kısaltmak ve bunun için mümkün olduğu ölçüde esnek çalışma şekillerini geliştirmek, işi zamana yaymak, işçileri başka işlerde çalıştırmak, işçiyi yeniden eğiterek sorunu aşmak gibi varsa fesihten kaçınma imkanlarını kullanması, kısaca feshe son çare olarak bakması gerekir.*"[48] İşletme gereklerinin, iş sözleşmesi feshedilen işçinin işyerinde istihdam edilme imkanına somut olarak etki etmesi şarttır. İşçinin işverenin aynı işyerinde başka bir bölümünde veya başka bir işyerinde çalıştırılma imkanının somut olarak araştırılması gerekir. İşçinin başka bölümde veya işyerinde değerlendirme ihtimali var ise, işletme gereklerine dayalı fesih geçersiz olacaktır[49].

Yargıtay, işletme gerekleriyle fesihte, işten çıkarılacak işçilerin seçiminde, İşK m. 5'te öngörülen "mutlak ayrım yasağı" dışında, işvereni bağlayan herhangi bir kanuni düzenlemenin bulunmadığını ifade etmektedir[50]. Mutlak ayrım yasağını ihlal eden veya tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin geçersizliğine karar verilmektedir. İş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşmanın bulunmadığı durumlarda, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır. Yargıtay tarafından, performans düşüklüğü, belli bir yaşı doldurma ve emekliliğe hak kazanma, işçinin kıdemi gibi seçim kriterleri objektif ola-

---

46 Yarg. 9.HD., 02.11.2009, 37501/29995, Kazancı Bilgi Bankası.

47 **ENGİN**, İşletme Gerekleri, s. 90 vd.; **SÜZEK**, s. 613 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU** Hamdi/ASTARLI Muhittin, İş Hukuku, Ankara 2012, s. 899 vd.; **ÖZDEMİR**, s. 305 vd.

48 Yarg. 22. HD., 20.09.2012, 15902/18992, Kazancı Bilgi Bankası.

49 Yarg. 22. HD., 24.01.2011, 45313/102, Kazancı Bilgi Bankası.

50 İşten çıkarılacak işçilerin seçimi konusunda bkz. **ENGİN**, s. 110 vd.; **SÜZEK**, s. 619 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI**, s. 902 vd.

rak kabul edilmektedir. Bu kriterler, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmektedir[51].

3) İşçinin Kusurlu Fiili Hakkındaki Ceza Yargılamasının Feshin Geçersizliği Davasına Etkisi

a) Bekletici Mesele

Yargıtay, feshe gerekçe olarak gösterilen fiil hakkında ceza mahkemesinde dava açılmış olması halinde, bu davanın sonuçlanmasının bekletici mesele yapılması gerektiğine karar verebilmektedir.

Bir dava hakkında karar verilebilmesi için başka bir mahkeme veya merci tarafından çözümlenmesi gereken soruna bekletici mesele (sorun) denir[52]. Başka bir mahkemenin kararının bekletici mesele yapılması halinde, o karar beklenir ve ona göre dava sonuca bağlanır[53].

İş sözleşmesinin "*zarar verme, doğruluk ve bağlılığa uymama gibi haklı nedenle feshedildiği savunulan ve aynı zamanda ceza mahkemesinde fesih nedeninden dolayı soruşturma yapılan veya kamu davası açılan işçinin açtığı feshin geçersizliği davasında, feshin geçerli veya haklı nedene dayanıp da-*

---

51 "İş sözleşmesi feshedilecek personelin seçiminde 4857 sayılı İş Kanununun 5.maddesinde öngörülen «mutlak ayırım yasağı» dışında, işvereni bağlayan herhangi bir yasal düzenleme İş Hukuku mevzuatımızda bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu konuda işçi ve işverenin bir takım kriterleri öngören anlaşma yapmaları mümkündür. Tarafların bu konuda öngördükleri kriterlerin geçerliliği hukuken kabul edilebilir, objektif nitelikte olmalarına bağlıdır. Mutlak ayırım yasağını ihlal eden yahut tarafların öngördükleri objektif kriterlere uyulmadan yapılan fesihlerin-diğer şartlar da gerçekleşmişse-geçersizliğine karar verilir. Öte yandan, iş sözleşmesi feshedilecek işçinin nasıl belirleneceği konusunda anlaşma bulunmamasına rağmen, işveren fesihte göz önünde bulundurduğunu belirttiği kriterlerle bağlıdır. Dairemiz uygulamasına göre performans düşüklüğü, belli bir yaşı doldurma ve emekliliğe hak kazanma, işçinin kıdemi gibi seçim kriterleri objektif olarak kabul edilmektedir. İşletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde işten çıkarılacak işçinin seçiminde performans durumu göz önünde bulundurulmuşsa, performans düşüklüğünün ne şekilde belirlendiği konusunda salt performansa bağlı olarak yapılan fesihlerdeki gibi katı davranılmaması yerinde olur. Başka bir anlatımla işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde seçim kriteri yapılan performansın nasıl belirlendiği konusunda işverenin takdir yetkisine öncelik veren esnek bir uygulama yapılmalıdır. Yeter ki, takdir hakkı kötüye kullanılmamış olsun. Bu gibi durumlarda fesih tarihi itibariyle performansı daha düşük işçinin çalıştırılmaya devam edip edilmediği belirleyici olabilir." Yarg. 9.HD., 02.11.2009, 37501/29995, Kazancı Bilgi Bankası.

52 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 356.

53 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 357.

yanmadığı sunulan delilerle anlaşılmadığı durumlarda, soruşturma sonucu veya ceza davası sonucu beklenmelidir."[54]

Yargıtay, kural olarak ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiğine hükmetmekle birlikte, bu davanın sonucundan bağımsız olarak fesih sebebinin mevcut delillerle değerlendirilebileceği durumlarda yargılamaya devam edip davayı karara bağlamaktadır. İşveren açısından iş sözleşmesinin sürdürülmesi imkanının kalmadığına karar verdiğinde feshi geçerli bulmaktadır[55].

---

54 "*Dosya içeriğine göre, aksesuar satın alma sorumlusu olarak çalışan davacının dava dışı firmadan sevk irsaliyesi ile gelen malları teslim aldığının kayıtlarda yer almasına rağmen, anılan malların depoda bulunmadığı, davacının işverenin güvenin kötüye kullandığı ve işverene zarar verdiği gerekçesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Bu olay nedeni ile davalı işverenin davacı hakkında suç duyurusunda bulunduğu ve hizmet sebebi ile suiistimal suçundan C. Başsavcılığı tarafından soruşturma yapıldığı, soruşturma sonunda iddia edilen suçtan Asliye Ceza Mahkemesine kamu davası açıldığı ve davacının derdest olduğu anlaşılmaktadır.*

Somut uyuşmazlıkta, davacının işverenin güvenini kötüye kullanıp kullanmadığı, işverene zarar verip vermediği, bu davranışının haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti, ceza davasında yapılacak yargılamanın sonucuna bağlıdır. Davacı hakkındaki ceza soruşturma dosyası beklenmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır." Yarg. 9. HD., 29.06.2009, 3776/18292, Kazancı Bilgi Bankası.

Aynı yönde: "*Dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacıların iş sözleşmesinin "işyerinde hırsızlık eyleminde bulunması" sebebiyle 4857 Sayılı Yasanın 25. maddesi uyarınca haklı olarak sonlandırıldığı savunulmuştur. Gerçektende davacı ve arkadaşları hakkında Karşıyaka 1. Sulh Ceza Mahkemesinde hırsızlık suçundan cezalandırılmaları iddiası ile kamu davası açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda anılan suçtan açılan davanın bekletici mesele sayılıp, sözü edilen davanın sonuçlanmasından sonra eldeki davaya bakılması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır.*" Yarg. 9. HD., 14.09.2005, 21750/29880, Kazancı Bilgi Bankası.

55 "*Somut uyuşmazlıkta, davalı şirket gibi Belediye Başkanlığı'na bağlı kuruluşta meydan gelen yolsuzluklarla ilgili soruşturma başlatılmıştır. Olay vehameti nedeni ile basına yansımıştır. Davacı işçi bu kapsamda teknik dinlemeye takılmış, soruşturma kapsamında savunması alınmış ve hakkında yüz kızartıcı niteliği olan rüşvet alma ve verme suçuna iştirak suçundan kamu davası açılmıştır. Davacının sanık olduğu ve bir kısım şüphelilerin tutuklu olduğu kamu davası derdesttir. Her şeyden önce feshin haklı olup olmadığı kamu davasının sonuçlanmasında ortaya çıkacaktır. Ancak iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilip edilmediği mevcut delillerle değerlendirilebilir. Zira davacı ve aynı şirkette çalışan diğer işçiler bu soruşturma kapsamında takip edilmişlerdir. Haklarında kamu davasının açılmasını gerektiren delillerde vardır. Davalı işveren bu soruşturma kapsamında kalan ve haklarında kamu davası açılan tüm işçilerin iş sözleşmesini feshetmiştir. Davacı ve diğer işçilerin davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren açısından iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı kalmamıştır. Mevcut delil durumu itibari ile davacının iş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayandığından, davanın reddi gerekir. Mahkemece yazılı gerekçe ile kabul kararı verilmesi isabetsizdir*." Yarg. 9. HD., 07.07.2008, 18693/19083, Kazancı Bilgi Bankası.

Aynı şekilde işçinin fiilinin zarara yol açtığı ve zararın tazmini için hukuk mahkemelerinde dava açılmış olduğu hallerde, zararın tespiti için bu davaların sonucu beklenmektedir. Feshin haklılığı veya geçerliliği, salt zarar verme olgusuna bağlı olmamakla birlikte, zararın varlığı ve miktarı sonucu değiştirebildiği için, Yargıtay, bu davaların kesinleşmiş sonucu alınmadan ve feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı saptanmadan karar verilmesini hatalı bulmaktadır[56].

b) Suç Teşkil Eden Fiillerde Ceza Mahkemesinin Kararının İş Yargılamasına Etkisi

İşçinin feshe sebep olan kusurlu fiilinin suç teşkil ettiği ve bu fiilin ceza davasına konu olduğu durumlarda, ceza mahkemesinin kararının iş mahkemesindeki yargılamaya olan etkisi önem taşımaktadır.

Kural olarak, ceza mahkemesi kararları hukuk mahkemesini, hukuk mahkemesi kararları da ceza mahkemesini bağlamaz[57]. Bu konuda düzenleme getiren Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesine göre, hukuk hakimi, kusurun varlığı veya zarar verenin ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar vermek için ceza mahkemesinin mahkumiyet ya da beraat kararı ile bağlı değildir. Ceza mahkemesi kararı, kusurun takdiri ve zararın miktarını belirleme konusunda da hukuk hakimini bağlamaz.

Yargıtay da, bu açık hüküm karşısında, ceza mahkemesince verilen kararların hukuk hakimini bağlamayacağını ifade etmektedir. Ancak Yargıtay'a

---

56 "*Dosya içeriğine göre davalı işverenin davacı isçi aleyhine işverene zarar verdiği, zararın tahsil edilmesi gerektiği istemi ile Ticaret ve Sulh Hukuk Mahkemelerine birden fazla dava açtığı, davaların derdest olduğu, ancak Ankara 10. Sulh Hukuk Mahkemesine açılan davanın 14.03.2008 gün ve 2006/1885 Esas, 2008/564 Karar sayılı karar ile sonuçlandığı, bu dava dosyasında icra takip yolu ile fazla ödemeye neden olmaktan dolayı davacı işçi ile birlikte 5 kişi aleyhine işveren tarafından açılan davada, alınan bilirkişi raporuna itibar edilerek, 15.09.2005 tarihli denetim raporu ile ortaya çıkan ve oluşan 3.425,90 YTL zararın Fabrika Müdürü ile birlikte Ticaret müdürü olan davacıdan müştereken ve müteselsilin tahsiline karar verildiği, ancak kararın kesinleşmediği anlaşılmaktadır.*

(…) Somut uyuşmazlıkta, davacının işverenin güvenini kötüye kullanıp kullanmadığı, işveren zarar verip vermediği, bu davranışının haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti, hukuk mahkemesinde açılan davaların sonuçlanması ve kesinleşmesi ile mümkündür. Mahkemece anılan dava dosyalarının kesinleşmiş sonucu alınmadan ve feshin haklı veya geçerli nedene dayanıp dayanmadığı saptaması yapılmadan karar verilmesi hatalıdır." Yarg. 9. HD., 24.09.2008, 33959/24614, Kazancı Bilgi Bankası.

57 **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, s. 583 vd.

göre, "*Hukuk Hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle "fiilin hukuka aykırılığı" konusu ile hukuk hakiminin tamamen bağlı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır.*

Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir. Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından ceza hakiminin hukuk hakiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır. Beraat kararı ile maddi olgu saptanmış ise; bu yön, hukuk yargılaması sırasında dışlanamaz ve aksi benimsenemez. Yerleşik yargısal uygulamalar bu doğrultudadır.

Borçlar Kanununun 53. Maddesinin (6098 s. TBK m. 74) *uygulanmasında ceza hakiminin suçun sanık tarafından işlenmediğinin tespit olunması ya da suçun sübut bulmamış olması nedeniyle beraat kararı vermesi ile, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediği yolunda kesin delil bulunmaması sebebiyle beraat kararı vermesi farklı sonuçlar doğurur.*[58]

Bununla birlikte, ceza mahkemesinde suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesiyle verilen beraat kararı, işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışta bulunmadığını göstermez. Karara konu olan fiilin fesih sebebi teşkil edip etmediğinin iş mahkemesinde yapılacak yargılama ile tespit edilmesi gerekir[59].

---

58 YHGK, 24.05.2006, 9-280/319, "*Somut olayda, davacının söz konusu tutanağı zorla imzaladığı maddi olgu olarak saptanmış, hırsızlık suçunun sübut bulmadığı nedeniyle beraatına karar verilmiştir. Mahkemece, ceza mahkemesinin gerekçeli kararında yer alan maddi olguları dikkate alarak değerlendirme yapılmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır. Tutanağın olay tarihinden iki ay sonra tutulduğu yönündeki bozma kararında geçen ifade dosya içeriğine uygun bulunmamakta ise de, zorla imzalatıldığı saptanan bir tutanağın içeriğine itibar edilerek hüküm kurulamaz. Ceza mahkemesinin bu kararı hukuk hakimini bağlar." ; aynı yönde, Yarg. 9. HD., 15.12.2008, 8431/33693, Kazancı Bilgi Bankası.*

59 "*Bu sebeple kıdem ve ihbar tazminatına davacının gerçekten hak kazanmış olup olmadığının anlaşılabilmesi için tarafların delillerinin celbedilmesi ve varsa tanıklarının dinlenmesi gerekir. Bundan sonradır ki yapılacak inceleme ve değerlendirmeye göre ihbar ve kıdem tazminatının hüküm altına alınıp alınmaması sorunu çözümlenebilir.*" Yarg. 9. HD., 23.02.1998, 21360/2348, Kazancı Bilgi Bankası.

Yargıtay, hakkında açılan ceza davasında beraat eden işçinin gerekli dikkat ve özeni göstermediği ve görevlerinin gerektirdiği sorumlulukla davranmadığı anlaşıldığından, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sebebiyle feshi haklı bulmuştur[60].

Sonuç

İş sözleşmesinin geçerli nedenle feshinde, işveren tarafından geçerli bir fesih yapılmış olup olmadığının tespiti, fesih sırasında ileri sürülen fesih sebebinin ispatına bağlı olarak yapılacaktır. Feshe bağlanan hüküm ve sonuçların uygulanabilmesi, her şeyden önce feshe yol açan vakıaların ispatına bağlıdır.

İspat yükü üzerinde olan işveren, işe iade davasında, fesih bildiriminde gösterdiği fesih sebebi ile bağlıdır. Yargılama sırasında, ileri sürdüğü bu fesih sebebini ispatlayacaktır. Fesih sebebini ispat aşamasında, usul hukukunun ispatla ilgili genel kuralları ile bağlı olduğu gibi, işe iade davalarında Yargıtay'ın geliştirdiği içtihatlar çerçevesinde kendisinden beklenen ispat şartlarını da yerine getirmelidir.

---

60 "*Davacı işçi, hizmet akdinin haksız feshedildiğinden söz ederek ihbar ve kıdem tazminatı isteğinde bulunmuştur. Mahkemece davacı hakkında açılan ceza davasında beraat kararı verilmesi ve ceza dosyasındaki maddi olguların hukuk hakimini bağlayacağı gerekçesiyle hizmet akdinin haksız feshedildiği sonucuna varılarak istek gibi hüküm kurulmuştur.*

Ne var ki, ceza mahkemesi anılan eylemlerin davacı tarafından işlenmediğini saptamış değildir. Sadece "Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince isnad edilen suç yönünden tipe uygun eylemin tüm unsurları ile oluşmadığı sonucuna varılmıştır. Gerçekten ceza yargılaması sırasında alınan bilirkişi raporunda da bankacılığın gerektirdiği dikkat ve ihtimamın gösterilmediği ve görevlerinin gerektirdiği sorumlulukla yapılmadığı, bankanın gerek müşterimevduat gerek maddi açıdan zarara ve tehlikeye sokabilecek eylemler olduğu kabul edilmiş, ancak özellikle suçun "zarar" unsurunun oluşmadığı üzerinde ayrıntılı olarak durulmuştur. Esasen davacı da gerek idari soruşturma sırasında gerek sonraki aşamalarda anılan eylemleri gerçekleştirdiğini kabul etmekle birlikte bu eylemlerin banka müdürünün bilgisi dahilinde ve diğer yetkililerle birlikte yapıldığını ileri sürmüştür.

Bu konuda belirtmek gerekir ki; iş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınmak sadakat borcunun bir gereğidir. Davacının belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. Davacı ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuki sonucu değiştirmez." Yarg. 9. HD., 04.04.2000, 2465/4716, Kazancı Bilgi Bankası.