

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF  
TURKISH BAR ASSOCIATIONS  
REVIEW

ISSN: 1304-2408

## HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren “Hakemli Dergi” olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

# TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği  
© Union of Turkish Bar Associations

## Sahibi / Owner

Av. R. Erinc Sağkan  
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

## Sorumlu Müdürü / Managing Director

Av. Veli Küçük, TBB Genel Sekreteri

## Yayından Sorumlu Başkan Yardımcısı/ Vice-

President Head of the Publishing Department  
Av. Gürkan Altun, TBB Başkan Yardımcısı

## Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Eşgüdümlü Kurulu / Board of Coordination

Av. Gürkan Altun

Av. Veli Küçük

Av. Gökhan Bozkurt

Av. Özlem Bilgilioğlu

## Yayın Kurulu

Özlem Bilgilioğlu

Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD

Araştırma Görevlisi

## Mustafa Horuş

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

## Danışma Kurulu / Board of Advisors\*

Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Havutçu

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan

İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Necmi Yüzbaşoğlu

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Türkan Yalçın

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

\*İsme göre alfabetik sıralanmıştır

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. /  
Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçe'dir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım  
aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January,  
March, May, July, September, November).

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler  
yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these  
series express solely the views of the authors.

Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden  
başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in  
these series can not be republished without citation.

**Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - ULAKBİM  
Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye  
Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar  
Associations Review) is being permanently indexed  
in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.**

## İletişim Adresi / Communication Address

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özoek Sokak No: 8

06520 Balgat - ANKARA

Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65

web:www. barobirlik.org.tr

e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

## Abonelik / Subscription

Yıllık abone bedeli: 300 TL.

## Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /

Page Design and Offset Preparation

Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

## Basım Yeri / Printed by

Hazar Reklam (0312) 441 22 06-07

Kazım Karabekir Cad. Kültür Çarşısı No: 7/56-57

İskitler - Ankara

Sertifika No: 48999

**Basım Tarihi / Printing Date : 30. 11. 2022**

## **TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ**

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

### **Yayın Politikası**

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.
4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma isteğiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayımlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.
5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan "*Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır*" kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.  
İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.
8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmaz.
9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.
10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.  
Hakemler tarafından onaylanan/düzeltilme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.  
Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.
11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.
12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.
13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.
14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.
15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.  
Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.
16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

### **Yayın Kuralları**

1. Yazı, [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr) adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,  
Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.  
Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.  
Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi*, Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.  
**Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.**
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

### İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturma ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,  
Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,  
Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,  
Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,  
Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,  
Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin (**özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin**) yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgöl, noktalı virgöl, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimedenden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

### Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maile) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

# İÇİNDEKİLER / CONTENTS

## BAŞKAN'DAN / FROM the PRESIDENT

## HAKEMLİ MAKALELER / REFEREED ARTICLES

### 1 Seçkin KOÇER

Kamusal Alanda Kameralı İzleme Sistemlerinin Hukuka Uygunluğu Üzerine Bir Değerlendirme / An Assessment of Legal Compliance of Public Video Surveillance

### 37 Uğur Atakan KOÇAK

Kişisel Veri İhlallerinin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi / Personal Data Violations under the Turkish Criminal Law Evaluation

### 69 Gökçe SERİM

Türk Ceza Hukukunda Hilenin Anlaşılış Biçimleri ve Bazı Ekonomik Suçlara Yansıması / The Understanding of Fraud in Turkish Criminal Law and the Reflections on Some Economic Crimes

### 109 Mustafa ATALAN

Ceza Hukukunda Takdiri İndirim Nedenlerinin Uygulanması Sorunu ve Toplumsal Beklenti / The Problem of Implementation of the Reasons for Extenuating Circumstances in Criminal Law and Social Expectation

### 155 Banu ULUSAN

Medeni Yargılama Hukukunda Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi ve Kişisel Verilerin Korunması: Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme / Hearing of Witness Via E-Hearing in Civil Procedure Law and Protection of Personal Data: A Comparative Evaluation with German Law

### 191 Emine KOÇANO RODOSLU

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Hukukunda Soyadının Kazanılması ve Değiştirilmesi / The Acquisition and Change of Surname in the Turkish Republic of Northern Cyprus Law

### 215 Murat KORKMAZ / Mükerrerem ATALAY ORAL / Giray Saynur DERMAN / Hasan Basri KORUKLUOĞLU / Onur BAYKAN / Ayhan AYTAÇ

Yargıtay Dairelerinin Kurumsal Performansının Panel Veri Zaman Serisi Analizleri ile İncelenmesi / Examination of the Institutional Performance of Jurisdictions by Panel Data Time Series Analysis

**241 Selim MİSAFİR**

Hukuk Devleti Olgusunun Eski Çağlardaki Kökenleri / Origins of the Rule of Law Phenomenon in Old Times

**MAKALE / ARTICLE**

**265 A. Füsün ARSAVA**

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Örneğinde Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki Kooperasyon İlişkisi / The Relationship Between National Courts and European Courts: The German Federal Constitutional Court As an Example



# KAMUSAL ALANDA KAMERALI İZLEME SİSTEMLERİNİN HUKUKA UYGUNLUĞU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

## AN ASSESSMENT OF LEGAL COMPLIANCE OF PUBLIC VIDEO SURVEILLANCE

Seçkin KOÇER\*

**Özet:** Gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde kameralı izleme sistemlerinin kullanımı üzerine pek çok tartışma gündeme gelmektedir. Bu tartışmalar, somut olarak karşılaşılan olaylar özelinde yapılmakta, konunun hukuki boyutu detaylıca ele alınmamaktadır. Oysa bu sistemlerin kullanımı temel hak ve özgürlüklerin korunması ile doğrudan ilgili olup sıklıkla başvurulana bu sistemlere dair yaşanan belirsizlikleri ortadan kaldırmak bir hukuk devleti için elzemdir. Bu gereklilikten yola çıkıldığında; konunun, özel hayatın gizliliğinin korunması ve kişisel verilerin korunması hakları özelinde irdelenmesi değerlendirilmektedir.

Çalışmamızda, kameralı izleme sistemlerinin kamuya açık alanlarda kullanımı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması bağlamında inceleme altına alınmıştır. Diğer ülkelerdeki mevzuat düzenlemeleri ve somut uygulamalar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin oluşturduğu içtihatlarla desteklenerek ele alınmıştır. Ülkemizde de Mobese olarak adlandırılan bu sistem, Anayasa'nın ilgili hükümleri ile birlikte değerlendirilerek somut önerilerde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Mobese, CCTV, Kameralı İzleme Sistemi, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Hakkı

**Abstract:** Both in our country and abroad, many discussions on the use of CCTV systems in public places are currently under way. These discussions are made regarding the concretely encountered events, and the legal dimension of the issue is not discussed in detail. However, the use of these systems is directly related to the protection of fundamental rights and freedoms; it is essential for a state governed by rule of law to eliminate the uncertainties about these systems, which are frequently used. Based on this requirement, the subject is examined in terms of the right to respect for private life and the right to protection of personal data.

\* Dr. Hâkim, seckinkocer@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8350-0817, Makalenin Gönderim Tarihi: 02.07.2022, Kabul Tarihi: 26.10.2022

In our study, the use of CCTV systems in public places has been examined in the context of the protection of the private life and personal data. Legislations and practices in other countries have been scrutinised with the case law of the European Court of Human Rights. This system, which is named mobese in our country, has been evaluated together with the relevant provisions of the Constitution and concrete proposals have accordingly been made.

**Keywords:** Mobese, CCTV, Surveillance Cameras in Public Places, Right To Protection Of Personal Data, Right To Respect For Private Life

## A. Genel Olarak

Teknolojik gelişmeler ve özellikle sanal dünyada gerçekleştirilen etkileşimlerin artması, kişisel verilerin işlenmesine fırsat tanımakta ve kötü niyetli kişilerin veri işleme süreçlerine müdahalesini kolaylaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak, adli makamlar ve kolluk görevlileri geleneksel suç işleme yöntemlerinden ziyade yeni yöntemlerle karşı karşıya kalabilmektedir. Bu durum adli ve idari makamları, suçun önlenmesi ve aydınlatılmasına yönelik süreçlerde, yeni ve güncel arayışlara başvurmaya mecbur bırakmaktadır. İşte, kameralı izleme sistemleri (Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu-Mobese)<sup>1</sup> de gerek suçun önlenmesi gerekse suçun aydınlatılması açısından önemli bir araç olarak değerlendirilmektedir.

Sistemin amacından bağımsız olarak vurgulanması gereken husus, günümüzde kameralı izleme sistemlerinin gelişmiş teknik kapasisi-

<sup>1</sup> Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (mobese) İngilizcede CCTV (Closed-circuit television); yani, kapalıdevre televizyon sistemi olarak isimlendirilmektedir. Buna göre, CCTV, belirli bir alanı izleme ve kaydetme işlemlerini yapan bir dizi kamera sistemidir. Kameralar yanında diğer ek donanımların da kullanıldığı bu sistem, sadece belirli kişilerin erişimine açık olduğundan kapalıdevre sistem olarak isimlendirilmiştir. (European Data Protection Supervisor Glossary, [https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/c\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/c_en), erişim tarihi: 22 Aralık 2021.) CCTV kavramı, kamu ya da özel kişiler tarafından işletilip işletilmediğine bakılmaksızın kamusal amaçlı kamera kullanımını içermektedir. Bu yönüyle; banka, petrol istasyonu gibi esasında özel kişilere ait olabilen ancak kamuya açık yerlerde bulunan kamera sistemleri de bu kavramın içerisinde değerlendirilmektedir. (Marianne L. Gras, "The Legal Regulation of CCTV in Europe", Surveillance and Society, 2004, 2(2/2), [www.surveillance-and-society.org/articles2\(2\)/regulation.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles2(2)/regulation.pdf), s. 219, erişim tarihi: 18 Aralık 2021.) Çalışmamızda, mobese kelimesi ile kameralı izleme sistemi ifadesinin birlikte kullanımını tercih edilmiştir. Her iki ifade, aynı anlamı vermekle birlikte, ülkemizle ilgili süreçler aktarılırken mobese kavramının kullanımı, sistemin genel itibarıyla anlatımı yapılırken kameralı izleme sistemi ifadesinin kullanımı tercih edilmiştir.

teye kavuşarak basit bir izleme aracının ötesine geçmesidir.<sup>2</sup> Böylelikle sistem, kişisel verilerin sadece izlendiği değil, kaydedildiği, paylaşıldığı ve kopyalandığı önemli bir araç haline gelmiştir. Sistem esasında insanların yoğunlukta yaşadığı yerlerin izlenmesi ve denetimi amacıyla kullanılmaktadır. Gerçekten söz konusu görüntüler, daha ziyade meydan, park ve cadde gibi insanların daha fazla bir araya geldiği yerlerden elde edilmektedir.<sup>3</sup> Söz konusu sistemler, görüntüleri alma, kaydetmekte ve saklama özelliklerine sahiptir. Yani; kameralı izleme sistemlerinin mevcut olduğu bir alanda kişilerin hareketleri aynen alınarak kaydedilmekte ve ardından saklanmaktadır.<sup>4</sup>

Kameralı izleme sistemleri aracılığıyla görüntülerin alınması ve kaydedilmesinin temel amacı, suçun aydınlatılmasından çok suçun önlenmesidir. Yani; bu sistemle ortaya konulan temel amaç, suçun önlenmesi ve dolayısıyla toplum düzeninin korunmasıdır. Ülkemizde Mobese görüntülerinin kullanım amaç ya da amaçlarına ilişkin ayrıntılara mevzuatta yer verilmemiştir. Esasında kişisel verilerin işlenmesine olanak sağlayan böylesine bir sisteme ilişkin hukuki altyapının bulunmaması, hukuk devleti olmanın gerekleri ile örtüşmemekte ve bireyler açısından son derece önemli bir belirsizlik yaratmaktadır.

Mobese görüntülerinin alınması ve kaydedilmesinin, suçun aydınlatılması temel amacına dayandığı ileri sürülse dahi bu düşünce en başta CMK'nın 140. maddesinde düzenlenmiş olan teknik araçlarla izleme<sup>5</sup> tedbirine aykırılık teşkil edecektir.<sup>6</sup> Şüpheli ya da sanığın takibine

<sup>2</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 175.

<sup>3</sup> Ancak, kameralı izleme sistemlerinin geleneksel olarak kullanım alanları; bankalar, havaalanları, askeri tesisler gibi açık güvenlik ihtiyacı olan yerler olup; bu alanların genişletilmesi özel hayatın gizliliği ekseninde tartışmaları beraberinde getirmektedir. (European Data Protection Supervisor Glossary.)

<sup>4</sup> Buket Abanoz, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018, s. 26.

<sup>5</sup> CMK'nın 140. maddesinde teknik araçlarla izleme başlığı altında; sadece katalog halinde belirtilen bazı suçların işlendiği hususunda somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması ve başka suretle delil elde edilememesi hâlinde, şüpheli veya sanığın kamuya açık yerlerdeki faaliyetleri ve işyerinin teknik araçlarla izlenebileceği, ses veya görüntü kaydının alınabileceği düzenlenmiştir.

<sup>6</sup> Ersan Şen, Yorumluyorum XII, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 119.

olanak sağlayan teknik araçlarla izleme tedbiri, esasında müdahaleci izleme olarak da adlandırılmaktadır.<sup>7</sup> Gerçekten, CMK'nın 140. maddesiyle belirli şartlara bağlanmış bir tedbirle elde edilecek sonucun, herhangi bir somut kurala bağlı olmayan Mobese ile elde edilebilmesi, elde edilen bulguların hukuka uygunluğunu tartışmalı hale getirecektir. Teknik araçlarla izleme tedbiri, suçun aydınlatılması sürecinde başvurulabilecek ve ileriye yönelik uygulanabilecek bir tedbir iken Mobese sisteminin kullanılması idari bir süreçte elde edilen ve geçmişe dönük bir uygulama olarak değerlendirilmektedir.<sup>8</sup> Bu durumda, idari süreçler esnasında elde edilen bulguların, bir suç soruşturması ya da kovuşturmasında hukuka uygun bir delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu gündeme gelecektir. Buna ilişkin değerlendirmenin başta Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) olmak üzere temel ve özel yasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesi (AYM), Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları dikkate alınarak yapılması gerekmektedir.<sup>9</sup>

Çalışmamızda öncelikle ülkemizde ve dünyada kameralı izleme sistemlerine ilişkin uygulama örneklerine ve sürece ilişkin bilgilere yer verilecek, sonrasında bu görüntülerin elde edilmesi ve kullanılması ile müdahale edilen hak ve özgürlüklere değinilecektir. Bu noktada, müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlar hem AYM hem de AİHM kararları ışığında değerlendirilecektir. Çalışmanın son bölümünde ise kameralı izleme sistemlerinin kurulması ve sistemden elde edilen görüntülerin kullanılmasına ilişkin başka ülke düzenlemelerine kısaca yer verilerek ülkemizde Mobese ile ilgili düzenlenmesi önerilen kanuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

<sup>7</sup> Tefik Sönmez Küçük, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı I, 2018, s. 69.

<sup>8</sup> Mustafa Özen, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 902.; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 176.

<sup>9</sup> Bu husus, hukuka aykırı deliller konusunu gündeme getirecek olup; ceza muhakemesi süreçlerinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğu ya da bir başka deyişle hukuka aykırı deliller konusu, daha detaylı bir çalışmayı gerektirmekte olup; bu makalenin sınırları dışında kalmaktadır.

## B. Kamusal Alan Kavramı

Kamusal alan kavramına ilişkin tartışmalar, Roma dönemine kadar uzanmakta olup buna göre kamusal alan genele ait, halka ait olarak kabul edilmişken özel alan, bireye ait olarak kabul edilmiştir.<sup>10</sup> Bununla birlikte kamusal alan kavramı, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra toplumsal bütünleşmenin dayanağı olarak gösterilmiş, insanların başta toplumsal ve politik hususlar olmak üzere görüşlerini özgür ve eşit bir şekilde açıklayabilecekleri alanlar olarak ifade edilmiştir.<sup>11</sup> Bu kapsamda; Jürgen Habermas da kamusal alan kavramını açıklarken açıklık unsurunu kullanmıştır. Buna göre; bir alanın kamusal alan olarak kabul edilebilmesi için söz konusu alanın herkese açık olması gerekli olmasına rağmen yeterli değildir. Günümüzde ise temel hak ve özgürlüklere dayanan demokrasi anlayışının kabul görmesiyle birlikte kamusal alan; farklı düşünce ve inançtan insanların dahil olabildiği alan olarak kabul edilmektedir.<sup>12</sup>

Venedik Komisyonu, kamusal alanı genel olarak, herkes her zaman ve her şart altında özgür ve ayrıcalıksız bir şekilde erişilebilen yerler olarak tanımlamıştır. Buna göre; söz konusu yerler, kamu otoritelerinin denetimi altında bulunan ve kamusal müdahalelere daha açık olan parklar, sokak ve caddeler, spor alanları, metro ve otobüs istasyonları gibi yerlerdir.<sup>13</sup>

Kamusal alan kavramı, söz konusu alanda yapılan izlemenin ayrıca bir yasal düzenlemeye dayanıp dayanmaması gerektiği tartışmalarının merkezinde yer almaktadır.<sup>14</sup> Çalışmamızda ayrıntılı olarak değerlendirileceği üzere bir müdahalenin kamusal alanda yapılıp yapılmadığı hususu, o müdahalenin hukuka uygun olduğunun peşinen kabulü anlamına gelmemektedir. Müdahalelerin kanunla yapılması,

<sup>10</sup> Abanoz, s. 82.

<sup>11</sup> Tayfun Torun, Jürgen Habermas'ın Kamusal Alan Kavrayışı: Rasyonel Politik İrade Oluşumu", *Kayıt, Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 19, Sayı 1, s. 222.

<sup>12</sup> Abdurrahman Eren, "Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX, Sayı 3-4, s. 101.

<sup>13</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 4.

<sup>14</sup> Hazan Dicle Özer, "Mobese İzleme ve Kayıtları: Gözetim Toplumu Bağlamında Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2022, s. 482.

meşru amaca bağlı olması ve demokratik bir toplumda gerekli olması şeklinde aranan unsurlar, müdahalenin yapıldığı alandan bağımsız bir şekilde ele alınmaktadır. Yani; kamusal alan başlı başına sınırlamanın nedeni olarak kabul edilememektedir.<sup>15</sup>

### C. Kameralı İzleme Sisteminin Geçmişi

Temel olarak güvenliğin sağlanması amacını taşıyan kameralı izleme sistemleri, devletin kamuya açık alanlarda kişileri izleyebilmesine ve kişilerle ilgili verileri işleyebilmesine olanak tanıyan bir sistemdir. Sistem ile görüntü alma ve kaydetme işlemleri, genel itibariyle 1960'lı yıllara dayanmaktadır. Bu yıllarda sistemi sadece analog yöntemle ve oldukça sınırlı bir şekilde uygulayan İngiltere, kameralı izleme sistemlerinin çıkış ülkesi olarak gösterilmektedir.<sup>16</sup> İngiltere'de kameralı izleme sisteminin kullanılması; öncelikle suçun önlenmesi, bunun mümkün olmaması durumunda ise suçun işlenmesi olasılığının azaltılması amacına dayanmaktadır.<sup>17</sup> Yine İngiltere gibi kameralı izleme sistemlerinin yaygın olarak kullanıldığı Fransa'da söz konusu sistemin kullanımının, artan suçlulukla mücadele açısından oldukça önemli olduğu yerel politikacılar tarafından sıklıkla dile getirilmiştir.<sup>18</sup>

Kameralı izleme sistemlerinin dünya genelinde bu kadar yaygın olarak kullanılması, 1990'lı yıllarda gerçekleşmeye başlamıştır. Almanya, Fransa, Belçika, Avustralya ve ABD'de kameralı izleme sistemi ile görüntü alma ve kaydetme işlemleri bu yıllarda yaygınlaşmaya başlamıştır. Birleşik Krallık'ta 1990 yılında yüz adet olan kamera sistemi (CCTV) yirmi yıl içinde dört milyon adete ulaşmıştır.<sup>19</sup> Londra'da bir kişinin günlük ortalama üç yüz kamera tarafından görüntülendiği ifade edilmektedir.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Eren, s.118.

<sup>16</sup> Misa Dokmanovic, "Watching The Watchers: Legal Regulation of CCTV in Macedonia", *Iustinianus Law Review*, Cilt 2, Sayı 2, 2011, s. 1.

<sup>17</sup> Sam Waples/Martin Gill/Peter Fisher, "Does CCTV displace crime?", *Criminology & Criminal Justice Review*, Cilt 9, Sayı 2, 2009, s. 208.

<sup>18</sup> Eric Heilman, "Video Surveillance and Security Policy in France: From Regulation to Widespread Acceptance", *Information Polity*, Volume 16, 2011, s. 369.

<sup>19</sup> Eric L. Piza/Brandon C. Welsh/David P. Farrington/Amanda L Thomas, "CCTV Surveillance For Crime Prevention: A 40-Year Systematic Review With Meta-Analysis", *Criminology & Public Policy*, 18 (1), Şubat 2019, s. 1.

<sup>20</sup> Mamoon N. Asghar/Nadia Kanwal/Brian Lee/Martin Fleury/Marco Herbst/Yuansong Quiao, "Visual Surveillance Within the EU General Data Protection Re-

Günümüzde dünya genelinde kameralı izleme amacıyla kullanılan kamera sayısının yedi yüz yetmiş milyon civarında olduğu, bu sayının 2021 yılı sonu itibariyle bir milyara ulaştığı ifade edilmektedir.<sup>21</sup> Başka bir rapora göre ise dünya genelindeki kamusal izleme amaçlı kameraların %54'ü Çin tarafından kullanılmakta olup toplanan veriler ışığında Çin'de her üç kişiye bir kamera düşmektedir.<sup>22</sup> Kameralı izleme sistemlerinin bu denli yaygınlaşmasının en önemli gerekçesi, suç oranlarının artması ve kamusal güvenliğin sağlanması ihtiyacı olarak gösterilmektedir.<sup>23</sup>

Türkiye'de ise Mobese sistemi ilk olarak 2001 yılında Diyarbakır ilinde kullanıma açılmıştır. Esasında uygulamanın ilk amacı, araç takibi ve suç analizlerinin yapılabilmesi olarak ortaya konulmuştur. Zamanla diğer il ve ilçelerde de kurulan bu sisteme yönelik yasal altyapıya ilişkin boşluk bulunmaktadır. Oysaki toplumsal yaşama dâhil olan her anın izlenme ihtimalini dikkate değer bir şekilde artıran bu sistemin amacı ve kullanımını başta olmak üzere çeşitli detaylara yer veren bir hukuki düzenlemenin bulunmaması önemli bir eksikliklerdir.

#### D. Kameralı İzleme Sisteminin Suçun Önlenmesi Üzerinde Etkisi

Kamera ile görüntü alma ve kaydetme işlemlerinin suçun önlenmesine etkisi üzerinde ayrı bir parantez açılmalıdır. Bu hususun net bir şekilde ortaya konulması; konuyla ilgili olarak bilimsel araştırmalara başvurulmasını gerekli kılmaktadır. Günümüzde kamera görüntülerinin kullanımının, suçun önlenmesinden ziyade suçun aydınlatılmasına daha fazla katkı verdiği öne sürülmektedir. Ancak kamera sistemlerinin bulunduğu yerlerin diğer yerlere göre daha güvenli olarak kabul edildiği ve suç işleme hazırlığında olan kişilerin kamerasız yerlere yöneldikleri de ifade edilmektedir. Ülkemizde, Mobeselerin suçun önlenmesi noktasındaki etkisi üzerine bilimsel bir çalışma bu-

<sup>21</sup> gulation: A Technology Perspective", *IEEE Access*, Volume 7, 2019, s. 111710.  
Liza Lin/Newley Purnell, "A World With a Billion Cameras Watching You Is Just Around the Corner", *Wall Street Journal*, <https://www.wsj.com/articles/a-billion-surveillance-cameras-forecast-to-be-watching-within-two-years-11575565402>, 6 Aralık 2009, erişim tarihi: 20 Aralık 2021.

<sup>22</sup> Paul Bischoff, "Surveillance camera statistics: which cities have the most CCTV cameras?", <https://www.comparitech.com/vpn-privacy/the-worlds-most-surveilled-cities/>, 17 Mayıs 2021, erişim tarihi: 19 Aralık 2021.

<sup>23</sup> Dokmanovic, s. 2.



lanmamaktadır. Bu anlamda, hangi şehirlerin hangi yerlerine kameraların yerleştirildiği, bu noktada temel ölçütün ne olduğu, kamera yerleştirilmeden önce işlenen suçların niteliksel ve niceliksel analizi ile sonraki durumun analizi yapılmadan yürütülecek her çalışma eksik kalacaktır.

Yurtdışında yapılan bazı çalışmalar, kameralı izlemenin suçun işlenmesini önlemek yerine suçun yer değiştirmesine neden olduğunu göstermektedir. Hatta kameralı izleme sistemlerinin, anlık duygularla işlenebilen öldürme ve yaralama gibi suçların işlenmesini önlemediği ancak mala karşı işlenen suçlarının önlenmesinde etkili olduğu iddia edilmektedir.<sup>24</sup> Bunun yanı sıra bazı araştırmalarda otoparklara yerleştirilen kameraların, daha açık alanlara yerleştirilen kameralara göre daha caydırıcı etkiye sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>25</sup> Kanaatimizce, izleme amaçlı olarak yerleştirilen kameraların, suçun önlenmesine doğrudan katkısı belirlenebilirse dahi suç yoluna giren fail üzerinde caydırıcı bir etkisi olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu noktada, kameraların ve izlemeye yönelik bilgilendirme levhalarının görünür bir şekilde yerleştirilmesi gerekmektedir. Söz konusu levhalar; sadece resim vs. içerebileceği gibi yazılı bilgiler de barındırabilir. Bu noktada önemli olan husus, bilgilendirmenin açık ve net bir şekilde yapılması ve izleme yapan kamu kuruluşunun açıkça belirtilmesidir. Bu son husus, kişilerin haklarını kullanabilmeleri açısından oldukça önemlidir.<sup>26</sup> Öte yandan otopark gibi kapalı alanlara yerleştirilen kameraların görünürlüğü açık alanlara göre daha fazla olduğundan caydırıcılık etkisinin de daha fazla olduğunu düşünmekteyiz. Ancak görünürlüğün bilinçli bir şekilde azaltıldığı ya da umursanmadığı uygulamalar da bulunmaktadır. Örneğin; Londra şehrinde sıklıkla kullanılan Otomatik Plaka Tanıma Kameralarının (ANPR) temel amacı; suç hareketlerini sezmek, suçluları caydırmak ve suç faaliyetini akamete uğratmak olarak tanımlanmıştır. Sistem, kamera önünden geçen araç plakalarıyla veri bankasında kayıtlı plakaları anında mukayese ederek ilgili kolluk

<sup>24</sup> Mobese sistemlerinin suçun önlenmesine etkisi noktasında iki önemli çalışma bulunmaktadır. Bunlardan ilki, Welsh ve Ferrington tarafından 2002 yılında yapılan çalışma iken; diğeri ise, 2005 yılında Gill ve Springs tarafından yapılmıştır. (Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. Abanoz, s. 61 vd.)

<sup>25</sup> Piza/Welsh/Farrington/Thomas, s. 2.

<sup>26</sup> Küçük, s. 78.



görevlilerini anlık olarak uyarma üzerine kuruludur. Günlük yaklaşık altmış milyon plaka okumanın yapıldığı sistem gerek polis araçlarına gerekse sabit yerlere kurulu olarak çalışabilmektedir. Ancak, kameraların kurulu bulunduğu yerler, suçluların yararına olabileceği ve sistemin değerini düşürebileceği gerekçesiyle kamuoyu ile paylaşılmamaktadır.<sup>27</sup> Oysaki kameralı izleme sistemlerine ilişkin önceden bilgilendirme; gerek kişisel veriler ve özel hayatın korunması, gerekse sistemin, suç işleme üzerinde önleyici etkisi nedeniyle gereklidir.<sup>28</sup> Kameraların belirli olmaması bir diğer deyişle gizlenmesi durumunda, suçun önlenmesi olarak gösterilen amacın anlamsız hale geleceği açıktır.<sup>29</sup> Öte yandan; kameraların gizlenmesi gerektiği yönündeki bir kabulün; kişileri, devamlı izlenme korkusunun içine terk ederek güvensiz bir toplumun oluşturulmasına hizmet edeceği şüphesizdir.

Gelişen teknoloji ile birlikte başta çözünürlük olmak üzere kamera özelliklerinin artması ile birlikte kameralı izleme sistemlerinin suçun önlenmesi ve aydınlatılmasında daha etkin kullanılması sağlanmış ise de bu durum; daha geniş bir içerikle kişisel verilerin toplanması ve dahası, kötüye kullanılma olasılığının artması anlamına gelmektedir. Örneğin; ABD'nin Chicago şehrinde 2003 yılında uygulamaya giren kameralı izleme sistemleri; önceleri şehrin önemli noktalarında daha az sayıda kurulmuştu. Hatta görünürlüğü artırmak için kameralar, polis logosu ve mavi ışıkla donatılmıştı. Ancak zamanla sese duyarlı özellik kazandırılan bu kameraların hem sayısı artırılmış hem de boyutları daha da küçültülerek görünürlükleri azaltılmıştır.<sup>30</sup> Kameraların gizlenmesi ya da görünür olmaması ve kişilerin, kendi görüntülerinin alındığından haberdar olmamaları, söz konusu kötüye kullanım riskini artırmaktadır. Örneğin; yolda yürüyen bir kişinin taşıdığı belgeye uygulanacak yakınlaştırma (zoom) ile özel hayatın gizliliği gibi hak-

<sup>27</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için; <https://www.cityoflondon.police.uk/advice/advice-and-information/rs/road-safety/automatic-number-plate-recognition-anpr/>, erişim tarihi: 22 Şubat 2022.

<sup>28</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 14.

<sup>29</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 180.

<sup>30</sup> Jens Kramer, "On the End of Freedom in Public Spaces, Legal Challenges of Wide-Area and Multiple-Sensor Surveillance Systems", Fergal Davis, Nicola Mc Garrity, George Williams (Ed.), Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism, Routledge Publishing, 2014, s. 118.

ların yanı sıra ifade özgürlüğü gibi hakların korunması da tehlikeye girebilecektir.<sup>31</sup> Yine geliştirilen yazılımlar sayesinde, elde edilen görüntüler üzerinde yüz tanıma gibi çeşitli incelemeler yapılabilmekte, bu durumda da daha fazla kişisel verinin işlenmesine zemin hazırlanmaktadır.<sup>32</sup>

Kameralı izleme sistemlerinin suçun önlenmesine olan etkisi üzerine bazı çalışmalar yürütülmüşse de suçun aydınlatılmasına ilişkin detaylı ve bilimsel çalışmaların bulunmadığı söylenebilir. Kimi araştırmalar, söz konusu kameraların suçun aydınlatılmasına etkisinin beklenenden az olduğunu gösterirken; bazı araştırmalar ise söz konusu etkinin yalnızca bazı suçlarla sınırlı olduğunu belirtmektedir.<sup>33</sup> Ancak günümüzde kullanılan yüksek çözünürlüklü ve daha uzun süre görüntü saklayabilen kameraların; suçun delillendirilmesi aşamasına daha fazla katkı sağlayacakları şüphesizdir.

## E. Kameralı İzleme Sistemleri ile Müdahale Edilen Hak ve Özgürlükler

### 1. Genel Olarak

Günümüzde teknolojik gelişmelerin hız kazanması, kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik yeni mevzuat düzenlemelerine olan ihtiyacı da güncellemektedir.<sup>34</sup> Kameralı izleme sistemleriyle kişilerin kamusal alandaki görüntülerinin işlenmesi; özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkına önemli

<sup>31</sup> Dokmanovic, s. 3.

<sup>32</sup> Almanya Berlin Tren İstasyonunda kamera ile yüz tanıma sistemine ilişkin yapılan test çalışmasına 300 gönüllü katılmıştır. Fotoğrafları sisteme yüklenen bu kişilerin kimlik bilgileri, %80 oranında başarıyla sistem tarafından tanımlanmıştır. Her ne kadar söz konusu oranın suçun önlenmesi ve aydınlatılması süreçleri açısından büyük bir başarı olduğu ifade edilse de sistemin hata oranının halen yüksek olduğu ve masum kişilerin suçlu olarak tanımlanabileceği endişelerinin halihazırda devam ettiği belirtilmektedir. ("In Germany, Controversy Still Surrounds Video Surveillance", <https://www.dw.com/en/in-germany-controversy-still-surrounds-video-surveillance/a-50976630>, erişim tarihi: 10 Ocak 2021.)

<sup>33</sup> Matthew P. J. Ashby, "The Value of CCTV Surveillance Cameras As An Investigative Tool: An Empirical Analysis", *European Journal on Criminal Policy and Research*, Volume 23, 2017, s. 443.

<sup>34</sup> Kramer, s. 117.

bir müdahale teşkil etmektedir. Görüntü işleme ile birlikte, kişilerin kaygılanma ve davranışlarını aşırı şekilde kontrol etme davranışı ortaya çıkabilmekte ve bu durum da kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma hakkına müdahale anlamına gelmektedir.<sup>35</sup> Hatta kameralı izleme sisteminin; kaydetme ve defalarca izleme imkânı sunması nedeniyle; anlık izleme tedbirlerine nazaran hak ve özgürlüklere daha müdahaleci bir niteliğe sahip olduğu ifade edilmektedir.<sup>36</sup>

Kameralı izleme sisteminde görüntülerin işlenmesiyle kişi hak ve özgürlüklerine haksız bir şekilde müdahale edildiğinin peşinen kabul edilmemesi gerektiği de ileri sürülebilir. Kanaatimizce; söz konusu müdahalenin hukuka uygunluğu, sadece müdahale amacının meşruluğu ile ölçülebilir değildir. Bu noktada, aşağıda detaylıca açıklandığı üzere, müdahalenin yasal altyapısının bulunması, ölçülülük ve demokratik toplumda gereklilik gibi şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Tüm bu şartlar yerine getirilmeden yapılan müdahalenin belirsizlik taşıyacağı, bunun da en başta hukuk devleti ilkesine zarar vereceği açıktır. Yine, belirtilen şartların kabulü; kamusal alanda özgürlüklerin sınırlandırılmayacağını değil, aksine, kamusal alanın başlı başına bir sınırlama nedeni olmayacağını göstermektedir. Esasında, kamusal alandaki özgürlüklere yönelik sınırlama, kural yerine istisna olarak benimsenmeli; bu istisnaya ise ancak sınırlama niteliği taşımayan öncelikli düzenlemeler uygulandıktan sonra başvurulmalıdır.

Bireylerin, toplum içerisine dâhil olunca, bir diğer ifadeyle kamuya açık yerlere girince gerek özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı gerekse kişisel verilerin korunması gibi haklarının sınırlandırılmasını kabul edecekleri yönünde bir anlayış ileri sürülebilir. Esasında nasıl bireylere evlerinden çıkmamaları söylenemeyecekse; evlerinden çıktıkları andan itibaren de haklarından yoksun kalacaklarını peşinen kabul etmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Bireylerin, kamusal alana dahil olmaları, kendileri hakkında izleme işleme yapılmasına rıza gösterdikleri anlamına gelmemekte olup aksinin kabulü, bireyi özerkliğinden koparmakla eşdeğer olacaktır.<sup>37</sup> Nitekim bireylerin özel hayatı, sadece özel alanlarla sınırlı olmayıp kamuya açık yerlerde de kişilerin

<sup>35</sup> Abanoz, s. 80.

<sup>36</sup> Venedik Komisyonu'nun Kameralı İzlemenin Hangi Aşamaya Kadar İnsan Haklarıyla Uyumlu Olduğuna Yönelik Görüşü, 14 Şubat 2007, s. 2.

<sup>37</sup> Küçük, s. 57.

özel hayatı söz konusu olabilmekte ve bu son durum da korunması gerekli alan olarak değerlendirilmektedir.<sup>38</sup>

AİHM de kamusal alanda yapılan izlemelerin, her zaman hukuka uygun olmayabileceğini, özel hayatın korunmasına yönelik ihtiyacın kamusal alanda da söz konusu olduğunu kararlarına taşımıştır. Mahkeme'ye göre belirli kişi ya da kişilerin verilerinin kolluk görevlileri tarafından sistemli ve düzenli bir şekilde toplanması ve kaydedilmesi fiili, söz konusu veriler kamuya açık bir alanda elde edilmiş olsa bile kişilerin özel yaşamına müdahale teşkil etmektedir. Örneğin; bir kişinin aracına monte edilen GPS cihazı yardımıyla o kişinin nerede olduğunun belirlenmesi ve hareketlerinin tespit edilmesi özel yaşama doğrudan müdahale oluşturmaktadır.<sup>39</sup> Hatta hırsızlık şüphelisi bir kişinin, polis merkezinde güvenlik kameraları ile kaydedilen görüntüsünün olayla ilgisiz kişilerin görüntüleriyle birlikte derlenerek tanıklara gösterilmesi şeklinde gerçekleşen olayda Mahkeme; öncelikle, bir kişinin kamusal alandaki hareketlerinin izlenmesinin başlı başına özel hayata müdahale oluşturmadığını ancak sistemli ve sürekli bir kaydın müdahaleye neden olabileceğini belirtmiştir. Somut olayda da söz konusu polis merkezinin kamusal alan olmasına rağmen; güvenlik amacıyla yerleştirilmiş olan kameraların teşhis amaçlı olarak kullanıldığından kişinin bilgisinin olmadığı ve kişinin, bu amaçla bir veri işlenmesini ummadığı belirtilerek; görüntü ve ses kaydedilmek suretiyle kişisel verilerin işlenmesinin özel hayata müdahale olduğu Mahkeme tarafından kabul edilmiştir.<sup>40</sup>

## 2. Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması Hakkı

Özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı, AİHS'in 8. maddesinde açıkça düzenlenmiş bir haktır.<sup>41</sup> Bu maddede; aile yaşamına saygı

<sup>38</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 7.

<sup>39</sup> AİHM'in 21 Haziran 2011 tarihli Shimolovos/Rusya (30194/09 başvuru numarası) kararı.

<sup>40</sup> AİHM'in 17 Temmuz 2003 tarihli Perry/Birleşik Krallık (63737/00 başvuru numarası) kararı.

<sup>41</sup> Özel ve aile hayatına saygı hakkı  
1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

hakkı, haberleşmeye saygı hakkı ve konuta saygı hakkı da açıkça belirtilmesine rağmen; bu haklarla ilgili detaylı kavramsal açıklamaya yer verilmemiştir. Bu hakların içeriği AİHM içtihatlarıyla doldurulmaktadır.<sup>42</sup>

Özel hayat kavramının içeriği ise; kişinin herkesle paylaşımında bulunabileceği genel yaşam alanı, belirli kişilerle ve sadece belirli konuların paylaşılmasının gündeme gelebileceği daha dar bir alan olan özel yaşam alanı ve nihayetinde kişinin en mahrem alanı olarak değerlendirilen sır alanı şeklinde üç ayrı kapsamda açıklanmaktadır.<sup>43</sup> Özel hayatın korunması hakkı, bu alanlardan herhangi birine özgülenmiş değildir. Yani, kişilerin özel yaşam alanına ilişkin bir müdahale hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecekken; genel yaşam alanında kameralı izleme sistemleriyle yapılan bir müdahale de hukuka aykırı olarak değerlendirilebilecektir.<sup>44</sup> Yani, Mahkeme'nin kamusal alanda özel yaşamın gizliliği korunmaz şeklinde genel bir kabulü bulunmamaktadır.<sup>45</sup>

AİHM de özel hayat kavramını, dar bir şekilde yorumlamamaktadır. Buna göre; özel hayat kapsamı, sınırlayıcı bir anlayışla değerlendirilmemelidir. Özel yaşam alanı dışındaki alanlar da özel hayat kapsamında korunmaya değer olup; bireyin diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkı da bu hak çerçevesinde korunmaktadır. Hatta özel hayat kavramının; bireyin mesleki veya ticari nitelikteki faaliyetlerini bile içermesi mümkündür.<sup>46</sup>

2.Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

<sup>42</sup> Gülay Arslan Öncü, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Ankara 2019, s. 23.

<sup>43</sup> Elif Küzeci, Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Turhan Yayınları, Ankara 2018, s. 74.

<sup>44</sup> Küzeci, s. 74.

<sup>45</sup> Özer, s. 482.

<sup>46</sup> AİHM'in 25 Eylül 2001 tarihli P.G. ve J.H./Birleşik Krallık (44787/98 başvuru numaralı) kararı.; AİHM'in 17 Temmuz 2003 tarihli Perry/Birleşik Krallık (63737/00 başvuru numaralı) kararı; AİHM'in 21 Haziran 2011 tarihli Shimolovos/Rusya (30194/09 başvuru numaralı) kararı.

### 3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin korunması hakkı, AİHS kapsamında doğrudan düzenlenen haklar arasında yer almamaktadır. AİHM, kişisel verilerin korunması hakkını, AİHS'in 8. maddesinde düzenlenmiş olan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile ilişkili ve hatta bu hakkın alt kategorisi olarak değerlendirmektedir.<sup>47</sup> Kişisel verilerin korunması hakkı, sadece teknolojinin hâkim olduğu alanlarda korunması gerekli bir hak değildir.<sup>48</sup> Örneğin; söz konusu hakkın kullanımı sanal ortamda oluşturulacak bir sistem için söz konusu olabileceği gibi bir işyerinin dosyalama yöntemiyle tuttuğu kayıtlar için de gündeme gelebilecektir. Ancak teknoloji ile birlikte kişisel verilerin sınır tanımaz bir şekilde toplanması, kaydedilmesi ve dağıtılması; kişisel verilerin korunması hakkını, insan onurunun korunması açısından önemli bir noktaya getirmiştir.<sup>49</sup> Bu nedenle, kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliğinin korunması hakkından müstakil bir hak olarak kabul edilmeye başlamıştır.

Kameralı izleme sistemleriyle alınan görüntüler, kişisel verilerin korunması hakkı ile doğrudan ilgilidir. Çünkü sistemle; görüntülerin kaydedilebildiği, izlenebildiği ve paylaşılabilirdiği, bu görüntülerde yer alan bilgilerin ise kişilerin kimliğini belirli veya belirlenebilir kılabilirdiği izahıtan varestedir.<sup>50</sup> AİHM de kameralı izleme faaliyetlerinin kişisel verilerin korunması hakkına müdahale niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Söz konusu müdahalenin, kişilerin hareket serbestisini kısıtlar bir niteliğe sahip olduğu, bunun da açıkça insan onuruna aykırılık teşkil ettiği Mahkeme tarafından net bir şekilde vurgulanmıştır.<sup>51</sup> Ancak Mahkeme'nin genel olarak kabul ettiği görüşe göre; kameraların kullanımı başlı başına AİHS'in 8. maddesine aykırı bir müdahale teşkil etmemekte, kameraların özellikle bazı kişi ya da kişileri diğerlerinden ayırt edip etmede kullanılıp kullanılmadığının dikkate alınması gerekmektedir.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> Arslan Öncü, s. 79.

<sup>48</sup> Seçkin Koçer, Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması, Adalet Yayınları, Ankara 2021, s. 42.

<sup>49</sup> Küzeci, s. 72.

<sup>50</sup> Gerek 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda gerekse bu alanda AB mevzuatında en temel belge niteliğinde olan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde kişisel veri; Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. (KVKK'nın 3/1.d fıkrası, GVKT'nin 4/1. fıkrası.)

<sup>51</sup> Abanoz, s. 120.

<sup>52</sup> Kramer, s. 125.

#### 4. Müdahalenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Şartlar

AİHS'in 8. maddesinde; özel hayata ve kişisel verilere yapılacak müdahalenin ancak kanuna uygun olması şartıyla ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması durumunda yapılabileceği ifade edilmiştir. Buna göre; hakka yönelik bir müdahalenin hukuka uygun olarak değerlendirilebilmesi için ilk şart söz konusu müdahaleye ilişkin hususların kanunda düzenlenmesidir. Yine, müdahalenin meşru amaçlara dayanması ve demokratik bir toplumda gerekli olması şartları da hukuka uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır. Anayasa'nın 13. maddesi ise temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını açıkça düzenlemiştir.

Öte yandan; *"Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebepler"* ifadesinin Mobese sistemi açısından karşılığı Anayasa'nın 20. maddesinde *"Özel Hayatın Gizliliği"* başlığı altında düzenlenmiş olan müdahale sebepleridir. Anayasa'nın 20. maddesinde gösterilen sebepler; millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması olarak sınırlı bir şekilde belirtilmiştir. Burada ifade edilen *"suç işlenmesinin önlenmesi"* sebebi bu alanda hazırlanacak bir kanuna dayanak teşkil edecektir. Öte yandan, bu sebeplerin dışındaki herhangi bir sebep gerekçe gösterilerek özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına müdahale edilemeyecek ya da edilen müdahale hukuka uygun olarak kabul edilmeyecektir.<sup>53</sup> Çalışmamızın bu bölümünde; AİHM'in bu konuda belirlediği ölçütler dikkate alınarak konu inceleme altına alınacaktır.

<sup>53</sup> Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 140.



### a. Kanunilik

Kanunilik, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en başat ilkeler arasında yer almaktadır. Hak ve özgürlüklerin, tüzük ve yönetmelik gibi idari işlemlerle sınırlandırılmamasını beraberinde getiren bu ilke; kişiler açısından öngörülebilirlik, devlet açısından ise uygulanabilirlik anlamını taşımaktadır.<sup>54</sup> Gerçekten, kanun yoluyla hayata geçirilen düzenlemeler, kişiler için daha şeffaf ve belirli bir içeriğe sahip olup; kanunların hazırlanması, kabul edilmesi ve değiştirilmesine ilişkin süreçler, diğer düzenlemelere göre daha sıkı ve belirli şartların yerine getirilmesini gerektirmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde; müdahalenin kanunla gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmesine rağmen; şekli anlamda<sup>55</sup> ya da maddi anlamda<sup>56</sup> kanuna yönelik herhangi bir netlik ortaya konulmamıştır. Ancak Anayasa'nın kanun ile şekli anlamda kanun ifadesini benimseydiği ve Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerle temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran düzenlemelerin hayata geçirilemeyeceği değerlendirilmektedir.<sup>57</sup> Nitekim Anayasa Mahkemesi de birçok kararında kanunilik ölçütünün karşılanabilmesi için müdahaleye esas hususların kanunla öngörülmesi gerektiğini belirterek şekli anlamda kanunun varlığını açıkça benimsemiştir.<sup>58</sup> Bu konuda AİHM ise şekli anlamda kanun yerine maddi anlamda kanunu temel alan bir yaklaşım sergilemektedir. Yani sadece kanun değil, yönetmelik, tüzük ve hatta yargı içtihadı da AİHM tarafından ortaya konulan kanunilik kapsamında değerlendirilmektedir.<sup>59</sup> AİHM'in konuyla ilgili önemle vurguladığı husus; öngörülebilir, erişilebilir ve belirli bir hukuki düzenlemenin varlığıdır. Bu noktada, söz konusu düzenlemenin, bireyler tarafından erişilebilir olması ve bireylerin

<sup>54</sup> Eren, s. 118.

<sup>55</sup> Şekli anlamda kanun, başta Anayasa olmak üzere ilgili mevzuatta belirtilen usuller kullanılarak yasama organı tarafından kabul edilerek yürürlüğe giren düzenlemelerdir. Bu noktada, kanunun içeriğinin bir önemi bulunmamaktadır.

<sup>56</sup> Maddi anlamda kanun, genel ve soyut nitelikte bir içerikle kabul edilen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin kabul edilmesinde mevzuatta öngörülen usullerden ziyade düzenlemenin içeriği önem taşımaktadır.

<sup>57</sup> Atar s. 138.

<sup>58</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 19 Aralık 2013 tarihli Mehmet Akdoğan ve Diğerleri (2013/817 başvuru numaralı) kararı, Anayasa Mahkemesi'nin 10 Aralık 2015 tarihli Bülent Polat (2013/7666 başvuru numaralı) kararı.

<sup>59</sup> Arslan Öncü, s. 154.



kendileri hakkındaki muhtemel sonuçları öngörebilmeleri önemlidir. Sonuçların öngörülebilir olması için düzenlemenin; tedbire başvuru yetkisine sahip kişi ya da kurumlar, kötüye kullanım riskine karşı benimsenen güvenceler ve tedbire ilişkin gerekçe, süre ve kapsam gibi bilgilere yer vermesi uygun olacaktır.<sup>60</sup> Bu özellikleri taşımayan ve ileride gerekli olabileceği şeklinde genel bir düşünceyle kişisel verilerin işlenmesine yol açan her türlü düzenleme ve neticesinde gerçekleştirilecek uygulamalar hukuka aykırı olacaktır.<sup>61</sup> Düzenlemenin şekli anlamda bir kanunla ya da bir yönetmelik gibi düzenleyici işlemle yapılmasının önemi bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında; Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin korunması noktasında AİHM'e nazaran daha ileri bir bakış açısına sahip olduğu belirtilebilir.<sup>62</sup>

AİHM'in birçok kararında özel hayata yönelik müdahalenin kanunla uyumlu olup olmadığı detaylıca değerlendirilmiştir. Örneğin; Perry/Birleşik Krallık kararında Mahkeme; öncelikle söz konusu düzenlemenin ilgili kişi tarafından erişilebilir olup olmadığı ve sonuçlarının öngörülüp öngörülemediğinin değerlendirilmesi sonrasında ise yapılan müdahalenin kanunla uyumlu olup olmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ortaya konulan müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuat düzenlemesi bulunsa da kişinin, görüntülü izleme ve kaydetmenin amacı ve sonraki kullanım ile ilgili bilgilendirilmemesi, görüntüyü izleme, itirazda bulunma ve görüntünün tanıklara izletilmesi esnasında vekil bulundurma hakkının kullanılmasının mevzuatla uyumlu olmadığını ifade ederek özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>63</sup>

Söz konusu sistemin esasında kişi hak ve özgürlüklerine müdahale içermediği gerekçesiyle yasal düzenlemenin gerekli olmadığı düşünülebilir. Hatta söz konusu kameraların kullanılmaya başlandığı 1990'lı yıllarda İngiltere'de; kişinin toplum içerisinde korunması gerekli mahremiyeti bulunmadığı ileri sürülerek bu yönde yasal düzenlemeye gerek duyulmadığı kimi hukukçular tarafından ifade edilmiş-

<sup>60</sup> AİHM'in 21 Haziran 2011 tarihli Shimolovos/Rusya (30194/09 başvuru numaralı) kararı.

<sup>61</sup> Küçük, s. 71.

<sup>62</sup> Abanoz, s. 122.

<sup>63</sup> AİHM'in 17 Temmuz 2003 tarihli Perry/Birleşik Krallık (63737/00 başvuru numaralı) kararı.

tir.<sup>64</sup> Ancak kişisel verilerin korunması hakkının diğer haklardan ayrı bir konumda olduğu ve bu hakkın korunması için ayrı düzenlemelere ihtiyaç bulunduğu yönündeki anlayışın gelişmesiyle birlikte; kamusal alanda kullanılan kameralı izleme sistemlerine ilişkin ayrı düzenlemelerin yapılması gerektiği düşüncesi ağırlık kazanmaya başlamıştır.

Kanunilik şartı yerine getirilmemesine rağmen Yargıtay'ın Mobese kameraları ile elde edilen görüntüleri hukuka uygun delil olarak kabul ettiği birçok kararı bulunmaktadır.<sup>65</sup> Bu kararlarda dikkat çeken husus, Mobese görüntülerinin hukuka uygunluğunun doğrudan karara konu edilmemiş olmasıdır. Yüksek Mahkeme, aksine, söz konusu görüntülerin elde edilmemiş olmasını maddi gerçeğe ulaşma yolunda eksiklik olarak değerlendirmektedir.<sup>66</sup>

Sistemik izleme ve kaydetme yapılmamaktaysa kanuni düzenlemeye gerek bulunmadığı da ifade edilmektedir. Yani, kaydetmemek

<sup>64</sup> Gras, s. 216.

<sup>65</sup> Yargıtay; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Ruiz-Mateos/İspanya kararında da açıklanan çelişmeli yargılama deyiminden, "Tarafların, diğer tarafta sunulan delil veya dosyalarda yer alan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma olanağına sahip olması"nın anlaşıldığı, delillerin ortaya konulması (irat ve ikamesi) sonrasında, yüz yüzelik ve kolektiflik ilkeleri çerçevesinde sağlamlık, hukuka uygunluk ve ispat gücü açılarından duruşmada tartışılması gerekirken mahkeme huzurunda tartışılmayan Mobese kayıtlarına dayanılarak hüküm kurulması suretiyle AIHS. 6 ve 5271 sayılı CMK' nın 217/1. maddelerine aykırı davranılmasını bozma nedeni olarak belirtmiştir. (Yargıtay 14. CD'nin 2014/8744 E. 2014/14739 K. Sayılı ve 23.12.2014 tarihli kararı.)

<sup>66</sup> Yargıtay; sanığın, sanık E.G'yi tanımadığına, katılanları yaralaması konusunda azmettirmedigine yönelik inkara yönelik savunması karşısında; dosya arasında bulunan Eyüp Adliyesi güvenlik kamerası ile teleferik karşısı Mobese kayıtlarına ilişkin CD kayıtları ile sanıkların teşhise elverişli fotoğrafları bilirkişiye inceletirilerek, sanıkların birlikte adliyeye gelip gelmediği, adliye içerisinde ve çıkışında görüşme ve konuşmalarının bulunup bulunmadığı hususlarının tespiti konusunda bilirkişi raporu alınıp... tüm deliller toplanıp birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde hüküm kurulmasını bozma nedeni olarak belirtmiştir. (Yargıtay 8. CD'nin 2015/9014 E. 2015/26150 K. Sayılı ve 24.12.2015 tarihli kararı.)

Yargıtay; başka bir kararında ise; müştekinin kolluk ifadesinde saat 18.00'de aracını park ettiğini, ertesi gün saat 08.00'de aracının çalındığını anladığını beyan ettiği, UYAP'tan alınan güneşin doğuş ve batış çizelgesine göre yaz saati uygulaması da dikkate alındığında, suç tarihinde gece vaktinin 21.55'de başladığının tespit edildiği olayda, suçta konu kamyona ilişkin Mobese kamera görüntüleri araştırılmak suretiyle suç saati kesin olarak belirlenerek suçun geceleyin işlenmediğinin tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesini bozma nedeni olarak belirtmiştir. (Yargıtay 2. CD'nin 2016/14635 E. 2019/1702 K. Sayılı ve 31.01.2019 tarihli kararı.)

şartıyla görüntülemek için herhangi bir yasal altyapıya ihtiyaç bulunmamaktadır.<sup>67</sup> Başka bir görüşe göre; şayet kameralı izleme sistemleri görünür vaziyetteyse, kameraların varlığı hukuka uygun olarak değerlendirilmeli, ancak sistemin kullanılma amacı ve kayıtların silinmesine yönelik yasal bir altyapı bulunmalıdır.<sup>68</sup> Bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Böylesine aşılabilir sınırlara sahip olan bir konunun kanuni düzenleme yoluyla ele alınması elzemdir. AİHM'in müdahalenin varlığını belirlemek için kullandığı ölçütlerden yola çıkılarak böylesi bir kabule varılması, en başta bu alandaki belirsizliği artıracak, uygulamayı büyük bir boşluğa terk edecektir. Yerleştirilecek kameraların görünür vaziyette olması gerektiği, yürütülen işlemin sistematik olup olmadığı veya kaydetme işleminin yapılıp yapılmayacağı belirlenmesi dahi başlı başına açık ve net bir yasal düzenlemenin varlığını gerekli kılmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında; ülkemizde Mobese sistemine ilişkin bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kanunilik şartının yerine getirilmesi, Mobese sistemlerinin kullanımına yönelik belirlilik kazandıracaktır. Hukuk devleti ilkesinin en önemli unsurlarından belirliliğin sağlanması için devletin, kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahalesine yönelik şartları açıkça ortaya koyması gerekmektedir. Aksi düşünce, devleti hak ve özgürlüklere sınırsız bir şekilde müdahale edebilecek konuma yerleştirecek ve bu durumda hukuk devleti ilkesinden uzaklaşmış olacaktır.<sup>69</sup> Öte yandan; kişisel verilerin korunmasına yönelik mevzuat hükümleri, tek başına kameralı izleme sistemlerinin yasallığı sorununu giderecek nitelikte değildir. Nitekim bazı uluslararası raporlarda da kamusal alanlarda kameralı izlemeye ilişkin kanuni düzenlemenin yapılması, devletlere tavsiye edilmiş; bu yönde hazırlanacak düzenlemede ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel düzenlemelerin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.<sup>70</sup>

Hak ve özgürlüklere bariz bir şekilde müdahale içeren uygulamaların sınırlarının net bir şekilde ortaya konulmaması, kişiler üye-

<sup>67</sup> Abanoz, s. 123.

<sup>68</sup> Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, as. 469.

<sup>69</sup> Abanoz, s. 42.

<sup>70</sup> Venedik Komisyonu'nun Kameralı İzlemenin Hangi Aşamaya Kadar İnsan Haklarıyla Uyumlu Olduğuna Yönelik Görüşü, 14 Şubat 2007, s. 4.

rinde devamlı suretle gözetlenme korkusu oluşturacaktır. İşte bu nedenle; yasal bir düzenlemeyle söz konusu müdahalenin amacı, kapsamı ve diğer ayrıntılar açıkça ortaya konulmalıdır. Söz konusu sistemle kişilerin kimlik bilgileri dâhil çeşitli kişisel verilerine ulaşıldığı gerekçesiyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat, bu konuda da titizlikle uygulanmalıdır.<sup>71</sup> Mobese sistemine ilişkin kanuni düzenlemede; sistemin elde edeceği kişisel verilerin hangi alanlarda kullanılacağına açıkça yer verilmelidir. Örneğin; önleyici kolluk faaliyeti çerçevesinde elde edilen bulguların suç soruşturması ya da kovuşturmasına konu edilebilmesi oldukça tartışmalıdır.<sup>72</sup> Bu nedenle; temel amacı suç işlenmesinin önlenmesi olan Mobese sistemi sayesinde işlenen kişisel verilerin, bir suç soruşturması ya da kovuşturmasında hukuka uygun bir delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı açıkça belirtilmelidir.

Netice itibarıyla; yapılması gündeme gelebilecek bir yasal düzenleme, bu alandaki müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getiremeyecektir. Buna göre; öncelikli olarak, kanunda öngörülen müdahalenin Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak öngörülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda; kanunilik unsurunun yerine getirilebilmesi için, Mobese sisteminin uygulanmasına yönelik belirli kuralların önceden ortaya konulması şarttır. Ancak, teknolojik gelişmelerle doğrudan bağlantılı olan bir konunun yasal çerçevesinin çizilebilmesinin hiç de kolay olmadığı akıldan çıkarılmamalıdır.

<sup>71</sup> Dokmanovic, s. 7.

<sup>72</sup> Bu tartışma esnasında, başta önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi olmak üzere birçok tedbirin uygulanmasında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; önleme amaçlı olarak yapılan bir iletişimin denetlenmesi tedbiri esnasında bir suça ilişkin elde edilen bulgunun delil olarak değerlendirilip suç soruşturması ya da kovuşturmasına dâhil edilip edilemeyeceği yasal olarak belirsizlik taşımaktadır. CMK'nın 138/2. fıkrasında düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesinde tesadüfen elde edilen deliller hükmünün oldukça kısıtlayıcı olduğu göz önünde bulundurulduğunda; önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi tedbiri esnasında elde edilen bulguların herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmadan bir suç soruşturması ya da kovuşturmasına konu edilmesi doğru olmayacaktır. Bu alanda göz yumulacak bir kötüye kullanım, temel hak ve özgürlüklere meşru olmayan bir müdahale anlamına gelebilecektir. Bu nedenle, söz konusu alana ilişkin yasal bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz. (Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. Koçer, Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması, s. 176 vd.)

### b. Meşru Amaçlara Dayanma

Müdahaleye ilişkin yasal zeminin bulunmasının yanı sıra aranacak bir diğer şart söz konusu müdahalenin meşru amaçlara dayanmasıdır. Bu bağlamda, AİHS'in 8. maddesinde ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olması şeklinde belirtilen hususların müdahaleye konu edilmesi gerekmektedir. Bir diğer deyişle; müdahalenin bu amaçlardan bir ya da birkaçına dayandırılması gereklidir. Sınırlayıcı bir şekilde belirtilen bu amaçların, üye ülkeler tarafından dar bir şekilde yorumlanması gerekmektedir.<sup>73</sup>

Müdahaleye yönelik amaç ile müdahale esnasında kullanılan aracın bir denge içerisinde bulunması, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Yani, kullanılan aracın; amacı gerçekleştirmek için gerekli, elverişli ve oranlı olması şarttır.<sup>74</sup> Bu bağlamda; suç işlenmesinin önlenmesi amacı doğrultusunda kameralar yerleştirilmeden önce o yerdeki suç işleme oranlarının tespit edilmesi gereklidir. Suç işleme oranının oldukça yüksek olduğu yerlerden ziyade daha az hareketliliğin olduğu yerlerde yapılacak kameralı izleme faaliyeti; amaçla ölçülü bir müdahale teşkil etmeyebilecektir. Konuya ilişkin yasal sınırlamaların bulunması, müdahalenin ölçülü bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı noktasında doğru bir fikir verecektir. Ancak böyle bir düzenlemenin bulunmaması, müdahalenin hâlihazırda ölçülü bir şekilde uygulanmadığı yönünde bir algıyı destekleyecektir.<sup>75</sup>

Kameralı izlemeden daha az müdahaleci bir yöntemle amaçlanan sonuç elde edilebilecekse o yöntemin tercih edilmesi gereklidir. Bu, kişisel verilerin amaçla orantılı bir şekilde sınırlı olarak toplanması gereğinin bir yansımasıdır. Örneğin; bir meydanda kolluk görevlilerinin sayıca fazla olması, kameralı izleme yönteminin kullanılması yerine tercih edilebilir.<sup>76</sup> Yine, söz konusu sistemin, toplumun belirli bir kesimini takibe alacak şekilde ayrımcı bir anlayışla kullanılması, amacın

<sup>73</sup> Arslan Öncü, s. 158.

<sup>74</sup> Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 114.

<sup>75</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 178.

<sup>76</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 178.

meşruiyetine gölge düşüreceklerdir.<sup>77</sup> Örneğin; bir stadyumun girişinde kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak amacıyla bulunan kameraların elde ettiği görüntüler üzerinde çalışılarak karşılaşmaya gelen kişiler açısından çeşitli profiller çıkarmak hukuka uygun olmayacaktır.

Kameralı izleme sistemleri, kuruluş ve işleyiş amaçları dışında bir kişi ya da kişileri devamlı suretle takip etme ve izleme amacıyla kullanılmamalıdır. Yani; kamu düzeninin korunması amacıyla kurulan bir sistemin, bir kişinin toplum içerisindeki hareketlerinin tespiti amacıyla kullanılması amaçtaki meşruluğun yitirilmesine neden olacaktır. Nitekim AİHM de kişilerin sistematik bir şekilde izlenmesini AİHS'in 8. maddesine aykırı bir müdahale olarak kabul etmektedir.<sup>78</sup> Yani, tersi bir yorumla kameralı izleme sistemleri ile elde edilen görüntüler, sistemli ve sürekli bir şekilde kaydedilmemekteyse; bu noktada artık AİHS'in 8. maddesine aykırılıktan bahsedilemeyecektir.<sup>79</sup>

AİHM'in ele aldığı bir başvuruda başvuran, olay tarihinde psikolojik sorunları nedeniyle elinde mutfak bıçağıyla şehrin işlek sokaklarında bir süre yürümüş ve ardından bileklerini kesmek suretiyle intihar girişiminde bulunmuştur. Başvuranın elinde bıçak varken çekilen görüntüsü, kameralı izleme sisteminde tespit edilmiş ve başvuran, polis yardımıyla psikolojik tedavi sürecine girmiştir. Olaydan yaklaşık iki ay sonra, başvuranın fotoğrafları ile birlikte bu olay, medyaya yansıtılmıştır. Birden fazla medya organında paylaşılan haberde; kameralı izleme sisteminin olayı önlemedeki başarısı, başvuranın yüzü değiştirilmeden ya da maskelenmeden verilmiştir. Başvuran, AİHM'e söz konusu kameraların polis tarafından izlenmesi ya da kaydedilmesinden dolayı değil; fotoğraflarının medya kuruluşlarına dağıtılmasından dolayı özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiği iddiasıyla başvuruda bulunmuştur. Mahkeme, olaya ilişkin yasal düzenlemede söz konusu kamera kayıtlarının; suçların önlenmesi ve suç mağdurlarının yararı için kullanılabileceğinin ifade edilmesi, kamera görüntülerinin medyada yer almasının da sistemin, önleyicilik etkisinin artırılmasına katkıda bulunduğunu belirterek başvuranın fotoğraflarının medyaya ser-

<sup>77</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 13.

<sup>78</sup> Abanoz, s. 94.

<sup>79</sup> Küçük, s. 58.

vis edilmesinde kamu güvenliğinin korunması, suç ve düzensizliğin önlenmesi ve diğer kişilerin haklarının korunması temelinde meşru bir amaç bulunduğunu kabul etmiştir. Ancak, başvuranın rızası olmadan ya da başvuranın bilgileri ve görüntüsü gizlenmeden veya başka geçerli bir neden gösterilmeden başvuranın görüntülerinin medyada yansıtılmasının özel hayata müdahaleyi orantısız ve gerekçesiz kıldığı kabul edilerek AİHM'in 8. maddesinin ihlaline karar verilmiştir.<sup>80</sup>

### c. Demokratik Bir Toplumda Gereklilik

Hak ve özgürlüklere yapılacak müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan bir diğer şart ise; söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı üzerine yapılacak değerlendirmedir. Bu değerlendirme; kanunilik ve meşru amaca yönelik yapılacak değerlendirmelerin ardından son aşamadır. Bu noktadaki gereklilik ifadesi; bir zorunluluk ya da mecburilik olarak değerlendirilmemekte, demokratik bir toplumda ortaya çıkan ihtiyaç olarak anlaşılmaktadır.<sup>81</sup>

Bu noktada AİHM, devlet yetkililerinin değerlendirmelerine önem vermekte ve bu değerlendirmelerin o ülkenin içinde bulunduğu zorlayıcı sosyal ihtiyaçları belirlemede önemli bir yere sahip olduğunu ifade etmektedir.<sup>82</sup> Bu husus esasında devletlere, kendi toplumlarının şartlarını değerlendirme noktasında verilen bir takdir hakkıdır. Ancak her devletin hukuk düzeni ve yapısı birbirinden farklılıklar içerse de demokratik devletlerin benimsediği ilkeler, evrensel bir nitelik arz etmektedir. Bu nedenle; söz konusu değerlendirmede her demokratik toplumda karşılığını bulan çoğulculuk, düşünce özgürlüğü ve hoşgörü gibi ilkeler dikkate alınmalı; kişilerin hak ve özgürlüğü ile müdahale arasındaki denge hassas bir şekilde tartılmalıdır.<sup>83</sup> Yani; demokratik bir toplumda gerekliliğe ilişkin yapılan bir değerlendirmenin sadece ilgili devletin hukuk kuralları değil, evrensel hukuk kuralları ve ilkeler de dikkate alınarak yapılması önem arz etmektedir. Bu bağlamda AİHM, önüne gelen başvurularda, "demokratik bir toplumda gerekli-

<sup>80</sup> AİHM'in 28 Ocak 2003 tarihli Peck/Birleşik Krallık (44647/98 başvuru numaralı) kararı.

<sup>81</sup> Arslan Öncü, s. 160.

<sup>82</sup> AİHM'in 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık (5493/72 başvuru numaralı) kararı.

<sup>83</sup> Eren, s. 120.



lik" değerlendirmesini yaparken; hakka yapılan müdahalenin amacı, gerekliliği ve müdahalenin kendisini değerlendirmektedir. Bu bağlamda; müdahalenin meşru amaçla orantılı bir şekilde yapılıp yapılmadığı ve bu noktada oluşturulan gerekçelerin yeterli olup olmadığını da inceleme altına almaktadır.<sup>84</sup>

Anayasa'nın 13. maddesinde sınırlama ölçütlerinden biri olarak kabul edilen "*demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk*" ifadesi, AİHS'in 8. maddesine benzer bir sınır çizmektedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri, sadece Anayasa'nın çizmiş olduğu sınırlar değil; çağdaş demokratik değerleri barındıran evrensel ölçütler göz önüne alınarak belirlenmelidir.<sup>85</sup> AYM de demokratik topluma ilişkin ölçütünü; çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik olarak belirlemiş ve demokrasileri; hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde korunduğu rejimler olarak tanımlamıştır.<sup>86</sup> Çoğulculuğun temelinde olumlu kabul edilecek bilgi ya da fikirler değil kimi zaman rahatsız edecek bilgi ve fikirlerin ifade edilmesi yatmaktadır. Bu nedenle AİHM, sahip olunan amaç ve yapılan müdahale arasında orantılılığa vurgu yapmaktadır. Örneğin, bir başvuruda AİHM, barışçıl bir yolla gerçekleştirilen afiş dağıtmaktan ibaret bir eyleme yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli görülemeyeceğini ifade etmiştir.<sup>87</sup> Bu başvuruda, Mahkeme, söz konusu müdahalenin açıkça gerekçelendirilmediğine özellikle vurgu yapmıştır.

## E. Kameralı İzleme Sistemine Yönelik Bazı Ülkelerdeki Uygulamalar

### 1. İngiltere

İngiltere her ne kadar kamusal alanda kameralı izlemenin en yaygın kullanıldığı ülkeler arasında yer alsada ülkede bu alana özgü bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Özgürlüklerin Korunması Kanunu'nun (Protection of Freedoms Act-2012) 29. maddesinde; ka-

<sup>84</sup> AİHM'in 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık (6538/74 başvuru numaralı) kararı.

<sup>85</sup> Özbudun, s. 116.; Atar, s. 144.

<sup>86</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 5 Kasım 2014 tarihli Özkan Kart (2013/1821 başvuru numaralı) kararı.

<sup>87</sup> AİHM'in 31 Ekim 2006 tarihli Tüzel/Türkiye (71459/01 başvuru numaralı) kararı.



meralı izleme sistemlerinin (CCTV) kullanımı ile ilgili bir rehber hazırlanması gerektiği ifade edilerek rehberin, ilgili kameraların geliştirilmesi, kullanılması ve sistem sayesinde elde edilen görüntü veya diğer verilerin kullanılması ve işlenmesine dair hususları ele alması gerektiği belirtilmiştir.<sup>88</sup>

Nitekim kamusal alanda kullanılan kameralarla ilgili olarak rehber ilkeler (Surveillance Camera Code Of Practice) 12 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. On iki ana ilkenin yer aldığı bu Rehber, 12 Ocak 2022 tarihinde güncellenmiştir.<sup>89</sup> Söz konusu ilkeleri aynen koruyan bu güncellenmenin, başta 2018 tarihli Veri Koruma Kanunu (Data Protection Act) olmak üzere yasal değişikliklerle uyumluluğu sağlama ve yüz tanıma teknolojisine dair önemli bir karar niteliğinde olan Bridges vs. South Wales Police davasının sonuçları dikkate alınarak yapıldığı ifade edilmektedir.<sup>90</sup>

Bu ilkeler, özet olarak şu şekildedir:

1. İzleme sistemlerinin kullanımı her zaman, meşru bir istek ve zorunlu bir ihtiyacı elde etmek için önceden belirlenmiş bir amaç doğrultusunda olmalıdır.
2. Bir izleme sisteminin kullanıcısı, kullanımın haklı (meşru) kalmasını sağlamak için düzenli gözden geçirmelerde bulunarak sistemin kişiler ve onların mahremiyeti üzerindeki etkisini dikkate almalıdır.
3. Bilgi edinme ve şikâyette bulunma için bir irtibat noktası da dâhil olmak üzere, bir izleme sisteminin kullanımında mümkün olduğunca şeffaflık olmalıdır.

<sup>88</sup> Aynı maddede; rehberin, söz konusu sistemin kullanımına dair detaylar, sistemin teknik standartları ve aparatlar ile sistemin kurulacağı lokasyonlar, sistem ve aparatlarla ilgili kamuoyuna duyurulacak bilgiler, veri işleyen kişilere dair standartlar, sistem aracılığıyla elde edilen bilgi ve verilere erişim, verilerin alenileştirilmesi ile verisi işlenen kişinin şikâyet ve danışma gibi haklarına dair ek hususları da ele alabileceği belirtilmiştir.

<sup>89</sup> Rehber ilkelerin güncel haline <https://www.gov.uk/government/publications/update-to-surveillance-camera-code/amended-surveillance-camera-code-of-practice-accessible-version> adresinden ulaşılması mümkündür.

<sup>90</sup> Kameralı İzleme Kuralları açıklayıcı notu, 2. madde, [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1037559/E02688418\\_Surveillance\\_Camera\\_Code\\_EM\\_Accessible\\_v02.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1037559/E02688418_Surveillance_Camera_Code_EM_Accessible_v02.pdf), erişim tarihi: 10 Ocak 2022.

4. Toplanan, saklanan ve kullanılan görüntü ve bilgiler dâhil olmak üzere tüm izleme sistemi faaliyetleri için açık bir sorumluluk ve hesap verilebilirlik olmalıdır.
5. Bir izleme sistemi kullanılmadan önce net kurallar, politikalar ve prosedürler mevcut olmalı ve bunlar, bunlara uyması gereken herkese iletilmelidir.
6. Bir izleme sisteminin belirlenen amacı için gerekli olandan daha fazla görüntü ve bilgi saklanmamalı ve bu görüntü ve bilgiler, amaçları sona erdikten sonra silinmelidir.
7. Saklanan görüntülere ve bilgilere erişim kısıtlanmalı ve kimlerin erişim sağlayabileceği ve bu erişimin hangi amaçla verildiği konusunda açıkça belirlenmiş kurallar olmalıdır; görüntülerin ve bilgilerin ifşası, yalnızca belirlenen amaç için veya kolluk görevlilerinin faaliyeti için gerekli olduğunda yapılmalıdır.
8. İzleme sistemi operatörleri, bir sistem ve amacı ile ilgili onaylanmış tüm operasyonel, teknik ve yeterlilik standartlarını dikkate almalı ve bu standartları karşılamak ve sürdürmek için çalışmalıdır.
9. İzleme sistemi görüntüleri ve bilgileri, yetkisiz erişim ve kullanıma karşı koruma sağlamak için uygun güvenlik önlemlerine tabi olmalıdır.
10. Uygulama esnasında yasal gerekliliklere, politikalara ve standartlara uyulmasını sağlamak için etkin inceleme ve denetim mekanizmaları olmalı ve düzenli raporlar yayınlanmalıdır.
11. Bir izleme sisteminin kullanımı meşru bir amaç güttüğünde ve kullanımına acil bir ihtiyaç duyulduğunda, izleme sistemindeki görüntülerin işlenmesi ve delil niteliğinde kullanımı kamu güvenliğini sağlamak ve kolluk görevlilerini en etkin şekilde desteklemek için kullanılmalıdır.
12. Eşleştirme amacıyla referans veri tabanıyla karşılaştırılan bir izleme sistemini desteklemek için kullanılan herhangi bir bilgi doğru olmalı ve güncel tutulmalıdır.

Netice itibariyle; İngiltere’de kamusal alanda yapılan izleme faaliyetlerine ilişkin detaylı ve şekli anlamda bir kanun niteliğinde düzenleme bulunmasa da kişi ve kurumların uyması gereken kuralları

detaylarıyla ele alan ve dayanağını kanundan alan önemli bir ikincil düzenleme bulunmaktadır.

## 2. Almanya

Almanya, kişisel verilerin korunmasına yönelik dünyadaki ilk kanuni düzenlemeyi hayata geçiren ülkedir.<sup>91</sup> Buna rağmen; kameralı izleme sisteminin en yaygın olarak kullanıldığı ülkeler arasında yer alan Almanya’da, bu konuyu detaylı bir şekilde ele alan genel bir yasa bulunmamaktadır.<sup>92</sup> Bu husus, kişiler üzerinde yapılan izlemenin sınırsız ve belirsiz bir alana bırakılmasına neden olmaktadır.

Alman Federal Veri Koruma Kanunu’nda kamusal alanlarda kameralı izlemeye olanak tanıyan düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle 2016 yılında Berlin’de gerçekleştirilen terör saldırısından sonra Almanya Federal Veri Koruma Kanunu’nda yapılan değişiklik ile yaşam ve sağlık hakkının korunması gibi temel hususların, kameralı izlemeye gerekçe olarak gösterilen önemli kamusal menfaat kavramının kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme, kamusal alanda yapılan kameralı izlemeye ilişkin hususları, AIHM’in belirttiği şekilde kaydetme şartına bağlı kılmamıştır. Yani, düzenlemeye ilişkin detayların uygulanması için kaydetme şartı bulunmamaktadır.<sup>93</sup>

Yine bu değişiklik, kamusal alanlarda ve kamusal olaylarda özel şirketlere ait izleme sistemlerinin kullanılabilmesine olanak tanımakta olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir.<sup>94</sup>

Alman Federal Veri Koruma Kanunu’nun “Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme” başlıklı 4. bölümü şu şekildedir:

<sup>91</sup> Habip Oğuz, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013, s. 11.

<sup>92</sup> Taima Brown, “Security Cameras in Public Spaces: The Case of Germany”, 28 Mart 2021, <https://jasoninstitute.com/security-cameras-in-public-places-the-case-of-germany/>, erişim tarihi: 11 Ocak 2022.

<sup>93</sup> Küçük, s. 68.

<sup>94</sup> Christina Schattauer/Annette Demmel, “Video Surveillance in German Public Areas – Lawful or Not?”, *National Law Review*, Volume VII, Number 4, <https://www.natlawreview.com/article/video-surveillance-german-public-areas-lawful-or-not>, erişim tarihi: 20 Şubat 2022.

“Kamuya açık alanlarda optik-elektronik araçlarla (videolu izleme) ancak;

- Kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri,
- Bir kimsenin bir yere girişine izin verilmesi ya da verilmemesi amacıyla karar verme hakkının kullanılması,
- Verisi işlenen kişinin meşru ve daha üstün çıkarının bulunmaması ve özel olarak belirlenen amaçların söz konusu olması halinde bu meşru çıkarların korunması

İçin gerekli olması halinde yerine getirilebilir.

Spor yerleşkeleri, toplanma alanları, eğlence merkezleri, alışveriş merkezleri ve araç otoparkları gibi yüksek oranda kamuya açık alanlar veya araç, tren, gemi ve otobüs istasyonlarında kameralı izleme için; kişilerin hayatları, sağlıkları ve özgürlüklerinin korunması çok önemli nedenler arasında kabul edilmektedir.

İzlemenin ve veri kontrolörünün kimlik ve iletişim bilgilerinin belirlenebilir olması için uygun tedbirler mümkün olduğunca öncelikli olarak alınır.

Bu madde gereğince toplanan verilerin saklanması ve kullanılması ancak belirlenen amacın yerine getirilmesi ve verisi işlenen kişinin meşru ve daha üstün çıkarının bulunmaması halinde mümkündür. Elde edilen verinin sonraki bir amaç doğrultusunda işlenmesi sadece devlet ve kamu güvenliğine karşı bir tehditin önlenmesi ve suçların kovuşturulması için gerekli olması durumunda mümkündür.

Eğer elde edilen veri, bir kişi ile irtibatlandırılabilirse, bu kişinin GVKT'nün 13 ve 14. maddesi gereğince bilgilendirilmesi gereklidir.

Elde edilen verinin, belirlenen amaç için gerekli olmaması veya verisi işlenen kişinin meşru çıkarının daha fazla saklamaya olanak tanımaması durumunda gecikmeden silinmesi gereklidir.”

### 3. Fransa

Fransa, kameralı izleme sistemlerinin kullanımına yönelik mevzuat altyapısı bulunan ülkeler arasında yer almaktadır. Ülkede, 1995 yılında yürürlüğe giren kanun ve 1996 tarihli kararnameye göre valiler sorumlu oldukları yerde kameralı izleme sisteminin kurulması hu-

susunda karar verme yetkisine sahiptir.<sup>95</sup> Ancak bu karar alınmadan önce valinin, bir hâkimin başkanlığını yaptığı bir komisyona danışması gerekmektedir.<sup>96</sup> Yani; bu sistemlerin kullanımına yönelik karar alma yetkisi yerel yönetimlere bırakılmış durumdadır.

Bu düzenlemede kameralı izleme sistemlerinin kullanım amacı ile ilgili hükümleri şu şekildedir:

“Kamu yollarında çekilen görüntülerin video ile iletilmesi ve kaydedilmesi, yetkili kamu makamları tarafından aşağıdakilerin sağlanması amacına bağlıdır:

- Kamu bina ve tesisleri ile çevrelerinin korunması;
- Ulusal savunma için faydalı güvenlik teçhizatları;
- Taşıma akışlarının düzenlenmesi;
- Trafik kuralları ihlallerinin gözlemlenmesi;
- Özellikle saldırı, hırsızlık veya uyuşturucu kaçakçılığı riskine maruz kalınabilecek yerlerde kişi ve mal güvenliğinin korunmasına yönelik saldırıların önlenmesi;
- Terör eylemlerinin önlenmesi;
- Doğal veya teknolojik risklerin önlenmesi;
- Kişilerin kurtarılması ve yangına karşı korunma;
- Lunaparklarda halka açık tesislerin güvenliği.

...

Halka açık yollardaki kameralı izleme işlemleri, konut olarak kullanılan binaların içinden veya özellikle girişlerinden elde edilen görüntüleri göstermeyecek şekilde yapılır.

Kamuoyu, kameralı izleme sisteminin varlığından ve sorumlu makam veya kişi hakkında açık ve kalıcı olarak bilgilendirilir.”

Fransa’da özel hayatın korunması amacıyla söz konusu sistemlerin; bir konutun girişi ya da içini izleyecek şekilde kurulmaması şarttır.

<sup>95</sup> Fransa 95-73 Sayılı ve 21 Ocak 1995 tarihli Güvenlik Oryantasyonu ve Programlama Yasası’nın 10. maddesi.

<sup>96</sup> Abanoz, s. 133.; Gras, s. 223.

Yine; elde edilen görüntülerin cezai süreçler hariç olmak üzere en fazla bir ay tutulabilmesi ve bu sistemlerin kurulduğu yerler, sorumlu kişi ve kurumlar ile ilgili toplumun sürekli olarak açık bir şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir.<sup>97</sup>

## SONUÇ

Kamera sistemleri dâhil teknolojik yöntemlerin, suçun önlenmesi ve suçun aydınlatılması süreçlerinde kullanılması oldukça makuldür. Gerçekten; kamera görüntülerinin, birçok delilin aksine somut olayı doğrudan aktarma özelliği bulunmaktadır. Örneğin, bir tanık delilinin önyargıyla ya da yanlış bir kanaat ile oluşturulması mümkünken, aynı durum kamera ile elde edilen delil için söz konusu olmayacaktır. Ancak çalışmamızda da değinildiği üzere, kameralı gözetleme sistemlerinin kamusal alanda ve kamu düzenini sağlamak amacıyla kullanılması; söz konusu uygulamayı peşinen hukuka uygun hale getirmektedir. Uygulamanın hukuka uygun bir şekilde yürütülmesi için, mevzuat düzenlemeleri, evrensel hukuk ve içtihatlarla birlikte dikkate alınmalıdır.

Çalışmamızda da ifade ettiğimiz gibi teknolojik gelişmelerin, sadece görüntü alma değil; ses alma, yüz tanıma, kişileri diğerlerinden ayırt etme gibi üstün özellikleri içeren sistemlere olanak tanıdığı ve devletlerin de bu sistemleri kullanmakta gün geçtikçe daha istekli olduğu görülmektedir. Bu özelliklere sahip ve her an daha da gelişmekte olan bu sistemlerin, özel hayata ve kişisel verilere daha fazla müdahale alanı buldukları açıktır. Bu nedenle; hak ve özgürlüklere müdahale olanağına sahip bu sistemlerle ilgili yasal düzenlemenin hayata geçirilmesi elzemdir. Yasal düzenleme, kişi hak ve özgürlüklerine yapılan müdahalenin orantılı olması için gereklidir.

Bu alanda bir yasal düzenlemenin yapılmaması, kişilerin kamusal alanda devamlı surette izlenmesi ihtimalini oluşturabilecek, toplumda bu yöndeki algıyı güçlü bir şekilde besleyecektir. Yasal boşluk, söz konusu sistemin keyfi olarak kullanılmasına yol açabilecek; suçun önlenmesi ve aydınlatılması amaçlarına hizmet etmek yerine kişiler üzerinde baskı ve korku kaynağı olarak da kullanılabilir.

<sup>97</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 14.

6698 sayılı KVKK'nın yürürlüğe girmesiyle; kişisel verilerin esas olarak korunduğu ve dolayısıyla Mobese sistemlerine yönelik başkaca bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığı ifade edilebilir. KVKK, kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel esasları belirleyen çerçeve bir düzenleme olup her somut alandaki veri işleme rejimini detaylandırması mümkün değildir. Yani, söz konusu Kanun, Mobese ile görüntü alma ve kaydetme işlemlerine yönelik ancak dolaylı ve kısmi bir koruma getirebilir. Kaldı ki birçok ülkede kişisel verilerin korunmasına yönelik genel bir düzenleme yer almasına rağmen; kameralı izleme sistemlerinin kullanımından elde edilen kişisel verilerin korunmasına yönelik ayrı mevzuat da bulunmaktadır.

Mobese ile gerçekleştirilen işlemlerin, kişilerin özel hayat beklentilerinin nispeten düşük olduğu kamusal alana yönelik olduğu gerekçesiyle konuyla ilgili yasal düzenlemenin gerekli olmadığı ileri sürülebilir. Hatta bu konuda AİHM'in çalışmamızda da değindiğimiz içtihatları gerekçe sürülebilir. Ancak, unutulmamalıdır ki sistem sadece görüntüleri almamakta, aynı zamanda görüntüleri kaydetmekte ve saklamaktadır. Bu durum da yetkili ya da yetkisiz kişi ya da kurumların görüntülere erişimine yönelik tehlike oluşturabilecektir. Sonuç itibarıyla; hukuk devleti ve özellikle hukuki güvenlik ilkesinin bir gereği olarak kişi hak ve özgürlükleri koruyan bir anlayışla konunun yasal zemine kavuşturulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Unutulmamalıdır ki; kişi hak ve özgürlüklerinin esas, sınırlamaların ise istisna olarak kabul edilmesi, hukuk devletinin temel şartıdır.<sup>98</sup>

Tüm bu açıklamalar ışığında ülkemizde; yapılacak yasal düzenlemede, aşağıdaki hususların özellikle dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz:

1. Mobese sistemi kapsamında kamera altyapısının yerleştirilmesine yönelik şartların net bir şekilde ortaya konulmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Sistemin hukuka uygunluğu; verilerin, işleme amacıyla uyumlu bir şekilde işlenmesine bağlıdır. Bu çerçevede, suç işlenmesinin önlenmesi temel amaç olarak belirlenecekse, kameraların yerleştirileceği yerlerdeki suç oranlarına yönelik ilkeler de düzenlemede ortaya konulmalıdır. Yani, suç işlenmesinin önlenmesi

<sup>98</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 176.

amacı somut veriler ışığında değerlendirmeye tabi tutulmalı ve bu değerlendirmenin altyapısı da yasal zemine kavuşturulmalıdır.

2. Mobese sisteminde kullanılacak kameraların, sadece kamusal alanla sınırlı görüntü alacak şekilde yerleştirilmesine ve kişilerin özel yaşam alanlarını içerecek görüntülerin alınmaması ve kaydedilmemesine özen gösterilmesi gerektiği açıkça vurgulanmalıdır. Bu bağlamda; kamusal alanda olsa dahi bir kişinin düzenli ve sistemli bir şekilde izlenmesine olanak tanıyan düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Şayet suç işlediğinden bahisle bir kişi hakkında kameralı izleme ihtiyacı doğmuşsa; Mobeseler yerine CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen teknik araçlarla izleme tedbirine başvurulmalıdır.
3. Veri minimizasyonu ilkesi (İşlenme Amacının Gerektirdiğinden Fazla Kişisel Veri İşlenmesi) çerçevesinde kameralı izlemeyle elde edilecek sonucun daha az müdahale içeren başka bir uygulamayla elde edilmesi durumunda kameralı izleme yapılmamalıdır. Yapılacak düzenlemede, bu hususa da açıkça yer verilmelidir.
4. Görüntülerin ne kadar süreyle alınacağı, kayıt süresinin belirlenmesi ve kayıtlara erişim yetkisinin kimlerde olduğu gibi hususlar mevzuat taslağının ana hususlarından olmalıdır. Yine; görüntülerin ne zaman, nasıl ve kimler tarafından imha edileceği gerek kamu kurumları gerekse özel kurum ve kişilerle görüntülerin hangi şartlar altında paylaşılacağı önemli noktalar arasındadır. Bu bağlamda, söz konusu sorumlulukları yerine getirecek içerisinde hukukçuların da olacağı bir kurulun oluşturulması ve kurulun görevlerinin yasal düzenlemede detaylandırılması gerekmektedir.
5. Verisi işlenen kişilerin hangi şartlarda hangi kuruma başvuru imkânlarının bulunduğu da belirlenmeli ve bu hakların kullanımını kolaylaştırıcı düzenlemelere yer verilmelidir. Bu noktada KVKK'da düzenlenmiş olan ilgili kişinin haklarıyla uyumlu düzenlemelere gidilmelidir. Veri sorumlusu ve veri işleyen kavramları açıklanarak bu kişilerin sorumluluklarına ilişkin hususlar detaylandırılmalıdır. Ancak bu hususlara yer verilmesi ile güvenlik ile özgürlük alanı arasındaki hassas denge korunabileceği unutulmamalıdır.<sup>99</sup>

<sup>99</sup> Brown, "Security Cameras in Public Spaces: The Case of Germany".



6. Mobese kameralarının nerelere yerleştirildiği gerek uyarı levhalarıyla gerekse elektronik sistemler aracılığıyla kişilerle paylaşılmasıdır. Suçun işlenmesi noktasında caydırıcılık yaratabilecek bu husus aynı zamanda kişilere, hangi alanlarda izleme yapılarak kişisel verilerinin toplandığını bilme olanağı da tanıyacaktır.
7. Yasal düzenleme hazırlanırken ele alınabilecek başka bir husus ise; Mobese görüntülerinin suç soruşturma ve kovuşturmalarında kullanımına yöneliktir. Bu bağlamda; idari bir süreç içerisinde elde edilen bulguların; hangi durumda hukuka uygun delil niteliğinde olduğu/olmadığı açık bir şekilde ortaya konulmalı ve uygulamada yaşanabilecek tereddütlerin önüne geçilmelidir.<sup>100</sup> Yine, görüntülerden yola çıkılarak idari yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı da tereddüte mahal vermeyecek şekilde düzenlenmelidir. Yani, altını çizmek istediğimiz husus, elde edilecek görüntülerin gerek ceza muhakemesi süreçlerinde gerekse idari süreçlerde kullanım alanına yönelik belirliliğin sağlanmasıdır.
8. Mobese görüntülerinin gerek sosyal medya gerekse geleneksel medya yoluyla paylaşılmasına yönelik şartlar da yasal düzenlemede ele alınmalıdır. Bu bağlamda; aktarılabilecek görüntülerde yer alan kişilerin verilerinin korunmasına yönelik tedbirler de detaylıca değerlendirilmelidir.<sup>101</sup> Yani, veri güvenliğine ilişkin detaylar, kişisel verilere yönelik meşru olmayan müdahaleleri de engelleyecek şekilde yer almalıdır.
9. Araç plaka tanıma sistemleri gibi Mobese kameralarıyla birlikte kullanılan sistemler bulunmaktaysa, bu kullanıma dair detaylara yasal düzenlemede yer verilmelidir.<sup>102</sup> Gerçekten; günümüzde yaygın olarak kullanılan araç plaka tanıma sistemleri ile kişisel verilerin işlendiği açıktır.

<sup>100</sup> Halen, bu yönde bir yasal düzenleme olmadığından mobese sisteminden elde edilen görüntülerin CMK'nın 217/2. fıkrası kapsamında delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir. (Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 187.)

<sup>101</sup> Kameralı izleme sırasında kişisel verilerin korunmasına yönelik alınan teknik tedbirlere ilişkin detaylı bilgiler için bkz. Asghar, Kanwal, Lee, Fleury, Herbst, Qiao, "Visual Surveillance Within the EU General Data Protection Regulation: A Technology Perspective".

<sup>102</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 185.

10. Söz konusu düzenleme kaleme alınırken; özellikle teknoloji temelli hususların ifadesinde özenli davranılmalıdır. Metnin içerik itibarıyla; teknolojik gelişmelerin gerisinde kalmaması sağlanmalıdır. Örneğin; genelde bir yere sabit olarak kullanılan kameraların, ileride daha ziyade hareketli araçlar ya da hava araçları vasıtasıyla izleme faaliyeti yürüteceği unutulmamalıdır.
11. Mobeselere ilişkin yasal düzenlemenin, sonraki süreçleri de detaylarıyla ele alması gerekmektedir. Bu noktada, Mobese kameralarının yerleştirilmesinden önceki ve sonraki süreçlerde işlenen suçların verilere dayalı analizi yapılmalı, yasal düzenlemede idareye, buna dair bir sorumluluk yüklenmelidir.<sup>103</sup> Böylece, Mobese kameralarının gerek suçun önlenmesi gerekse aydınlatılması süreçlerine etkisi bilimsel olarak ortaya konulmalıdır. Buna ek olarak mobese kullanımına ilişkin verilerin en geç yıllık raporlarla kamuya duyurulması, konuyla ilgili şeffaflığın güçlendirilmesine önemli oranda katkı sağlayacaktır.

## Kaynakça

### Kitap, Makale ve İnternet Kaynakları

- Abanoz Buket, Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu, Onikilevha Yayınları, İstanbul 2018,
- Arslan Öncü Gülay, Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi, Ankara 2019.
- Asghar Mamoon N/Kanwal Nadia/Lee Brian/Fleury Martin/Herbst Marco Herbst/Quiao Yuansong, "Visual Surveillance Within the EU General Data Protection Regulation: A Technology Perspective", IEEE Access, Volume 7, 2019.
- Ashby Matthew P. J., "The Value of CCTV Surveillance Cameras As An Investigative Tool: An Empirical Analysis", European Journal on Criminal Policy and Research, Volume 23, 2017.
- Atar Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncellenmiş 13. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019.
- Bischoff Paul, "Surveillance camera statistics: which cities have the most CCTV cameras?", <https://www.comparitech.com/vpn-privacy/the-worlds-most-surveilled-cities/>, 17 Mayıs 2021, erişim tarihi: 19 Aralık 2021.

<sup>103</sup> Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007, s. 16.

- Brown Taima, "Security Cameras in Public Spaces: The Case of Germany", 28 Mart 2021, <https://jasoninstitute.com/security-cameras-in-public-places-the-case-of-germany/>, erişim tarihi: 11 Ocak 2022.
- Eren Abdurrahman, "Özgürlükler Mekânı Olarak Kamusal Alan", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX, Sayı 3-4.
- Dokmanovic Misa, "Watching The Watchers: Legal Regulation of CCTV in Macedonia", *Iustinianus Law Review*, Cilt 2, Sayı 2, 2011.
- European Data Protection Supervisor Glossary, [https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/c\\_en](https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/glossary/c_en), erişim tarihi: 22 Aralık 2021.
- Gras Marianne L., "The Legal Regulation of CCTV in Europe", *Surveillance and Society*, 2004, 2(2/2), [www.surveillance-and-society.org/articles2\(2\)/regulation.pdf](http://www.surveillance-and-society.org/articles2(2)/regulation.pdf), s. 219, erişim tarihi: 18 Aralık 2021.
- Heilman Eric, "Video Surveillance and Security Policy in France: From Regulation to Widespread Acceptance", *Information Polity*, Volume 16, 2011.
- Koçer Seçkin, *Ceza Muhakemesinde Kişisel Verilerin Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Kramer Jens, "On the End of Freedom in Public Spaces, Legal Challenges of Wide-Area and Multiple-Sensor Surveillance Systems", Davis Fergal, Mc Garrity Nicola, Williams George (Ed.), *Surveillance, Counter-Terrorism and Comparative Constitutionalism*, Routledge Publishing, 2014.
- Küçük Tevfik Sönmez, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı ile Önleyici Amaçla İzlenmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XV, Sayı I, 2018.
- Küzeci Elif, *Kişisel Verilerin Korunması Hakkı*, Turhan Yayınları, Ankara 2018.
- Lin Liza/Purnell Newley, "A World With a Billion Cameras Watching You Is Just Around the Corner", *Wall Street Journal*, <https://www.wsj.com/articles/a-billion-surveillance-cameras-forecast-to-be-watching-within-two-years-11575565402>, 6 Aralık 2009, erişim tarihi: 20 Aralık 2021.
- Oğuz Habip, "Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı 3, 2013.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 12. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 175.
- Özbudun Ergun, *Türk Anayasa Hukuku, Gözden Geçirilmiş 12. Baskı*, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Özen Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.
- Özer Hazan Dicle, "Mobese İzleme ve Kayıtları: Gözetim Toplumu Bağlamında Bir Değerlendirme", *Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 1, 2022.
- Piza Eric L./Welsh Brandon C./Farrington David P./Thomas Amanda L., "CCTV Surveillance For Crime Prevention: A 40-Year Systematic Review With Meta-Analysis", *Criminology & Public Policy*, 18 (1), Şubat 2019.

- Schattauer Christina/Demmel Annette, "Video Surveillance in German Public Areas - Lawful or Not?", *National Law Review*, Volume VII, Number 4, <https://www.natlawreview.com/article/video-surveillance-german-public-areas-lawful-or-not>, erişim tarihi: 20 Şubat 2022.
- Şen Ersan, *Yorumluyorum XII*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Torun Tayfun, Jürgen Habermas'ın Kamusal Alan Kavrayışı: Rasyonel Politik İrade Oluşumu", *Kaygı, Bursa Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, Yıl 2020, Cilt 19, Sayı 1.
- Venedik Komisyonu'nun Kamu Görevlileri Tarafından Kamusal Alanlarda Kameralı İzleme ve İnsan Haklarının Korunması Hakkında Görüşü, 23 Mart 2007.
- Venedik Komisyonu'nun Kameralı İzlemenin Hangi Aşamaya Kadar İnsan Haklarıyla Uyumlu Olduğuna Yönelik Görüşü, 14 Şubat 2007.
- Waples Sam/Gill Martin/Fisher Peter, "Does CCTV displace crime?", *Criminology & Criminal Justice Review*, Cilt 9, Sayı 2, 2009.
- Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018.

### Yargı Kararları

- AİHM'in 21 Haziran 2011 tarihli Shimolovos/Rusya (30194/09 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 17 Temmuz 2003 tarihli Perry/Birleşik Krallık (63737/00 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 25 Eylül 2001 tarihli P.G. ve J.H/Birleşik Krallık (44787/98 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 28 Ocak 2003 tarihli Peck/Birleşik Krallık (44647/98 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 7 Aralık 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık (5493/72 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık (6538/74 başvuru numaralı) kararı.
- AİHM'in 31 Ekim 2006 tarihli Tüzel/Türkiye (71459/01 başvuru numaralı) kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 19 Aralık 2013 tarihli Mehmet Akdoğan ve Diğerleri (2013/817 başvuru numaralı) kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 10 Aralık 2015 tarihli Bülent Polat (2013/7666 başvuru numaralı) kararı.
- Anayasa Mahkemesi'nin 5 Kasım 2014 tarihli Özkan Kart (2013/1821 başvuru numaralı) kararı.
- Yargıtay 14. CD'nin 2014/8744 E. 2014/14739 K. Sayılı ve 23.12.2014 tarihli kararı.
- Yargıtay 8. CD'nin 2015/9014 E. 2015/26150 K. Sayılı ve 24.12.2015 tarihli kararı.
- Yargıtay 2. CD'nin 2016/14635 E. 2019/1702 K. Sayılı ve 31.01.2019 tarihli kararı.

# KİŞİSEL VERİ İHLALLERİNİN TÜRK CEZA KANUNU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

## PERSONAL DATA VIOLATIONS UNDER THE TURKISH CRIMINAL LAW EVALUATION

Uğur Atakan KOÇAK\*

**Özet:** Global anlamda teknoloji ile bilişim sektörünün hızla gelişmesi, insanların birbirleriyle olan iletişimini çok kolay bir hale getirmiştir. Bilişim sektörü ve teknolojiye yaşanan bu hızlı gelişmeler, elektronik ticaret kavramının da aynı şekilde gelişmesine ve önem kazanmasına sebep olmuş ve tüketiciler nezdinde, fiziki ticaretten çok elektronik ticaret odak noktası haline gelmeye başlamıştır. Bu kapsamda, kişilerin, elektronik iletişim kanalları, online alışveriş için uygulamalar ve web siteleri kullanım oranlarının hızla artması, aynı zamanda kişisel veri aktarım hızının da genel anlamda çoğalmasına vesile olmuş ve gündelik yaşantının bu denli hızlı bir şekilde elektronik ortama entegre olması, özellikle gerçek kişiler bakımından kişisel veri ve özel hayatın gizliliği ihlalleri halinde uygulanacak hükümlerin gündeme gelmesine neden olmuştur. Bu makalemizde öncelikle kişisel veri kavramının tanımı çerçevesinde kişisel verilerin önemi belirtilecek olup çalışmamızın devamında da kişisel verilerin ihlallerinden kaynaklanan cezai sorumluluklar üzerinde durulacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel Veri, Veri Sorumlusu, Veri Sahibi, Cezai Sorumluluk, Özel Hayat

**Abstract:** The rapid development of technology and the information sector in the global sense has made it very easy for people to communicate with each other. These rapid developments in the information sector and technology have caused the concept of electronic commerce to develop and gain importance in the same way, and it has become the focal point of electronic commerce rather than physical commerce in the eyes of consumers. In this context, the rapid increase in the use of electronic communication channels, applications for online shopping and websites has also contributed to the increase in the speed of personal data transfer in general, and the rapid integration of daily life into the electronic environment, especially in terms of real persons. The provisions to be applied in case of violations of personal data and privacy of private life have

---

\* Avukat, İstanbul Aydın Üniversitesi Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi, ugurkocak@stu.aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6642-491, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.09.2022, Kabul Tarihi: 21.10.2022

come to the fore. In this article, first of all; will indicate the importance of personal data within the framework of the definition of the concept of personal data, and in the continuation of our work, criminal responsibilities arising from violations of personal data will be emphasized.

**Keywords:** Personal Data, Data Controller, Data Owner, Criminal Liability, Private Life

## GİRİŞ

Uluslararası alanda 1950’li yıllarda başlayan ve günümüze kadar getirilen düzenlemeler neticesinde, kişisel verilerin önemi tüm dünyada vurgulanmaya ve güvence altına alınmaya çalışılmaktadır. Teknolojinin gelişmesiyle kişisel verilerin fiziki ortamdan çok dijital ortamda toplanmasıyla birlikte siber güvenlik alanında da gelişmeler yaşanması yadsınamaz hale gelmiştir. Tüm dünyada 1950’li yıllardan beri büyük önem arz eden kişisel verilerin güvenliğine ilişkin ilk düzenleme, hukuk sistemimize 6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK)” olarak, 7 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazete ’de yayımlanarak girmiştir. 6698 sayılı Kanun’un hukuk sistemimize getirilmesinin amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişi veri sorumlularının yükümlülüklerini ve uyacakları usul ve esasları belirlemektir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 135. maddesinde kişisel verilerin kaydedilmesi, 136. maddesinde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, 138. maddesinde, verileri yok etmeme fiilleri suç olarak düzenlenmiştir. Ayrıca TCK’nın 140. maddesinde bu suçlarla ilgili olarak tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacağı da hüküm altına alınmıştır. Bu çalışmamızda öncelikli olarak Türk Ceza Kanunu kapsamında kişisel veriler ile ilgili hükümlere yer verilecek olup, devamında diğer kanunlar kapsamında değerlendirmeler yapılacaktır.

## I. KİŞİSEL VERİNİN TANIMI VE İŞLENME ŞARTLARI

### A. Kişisel Verinin Tanımı

Günümüzde kişisel veri kavramı, sınırları tam belirlenemeyen tartışmalı bir kavram olup kısaca insana dair her tür bilgidir denilebilir. İlk insanın varoluşuyla birlikte kişisel veriler de var olmaya başlamıştır. Ülkemizde kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler, 2016 ta-

rihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK) yer almaktadır. Kanun'un 3. maddesinin 1-d bendinde kişisel veri, "Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade eder" şeklinde tanımlanmaktadır. Daha geniş tanımıyla kişisel veri, belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye dair her tür bilgi olup kişiyi belirlemeye yarayan, akla gelebilecek her tür bilgi, o kişinin kişisel verisidir.<sup>1</sup>

Kapsamı ve sınırları tartışmalı olan kişisel veri kavramının günümüzde halen sınırları belirlenmemektedir. Bu anlamdaki görüşlerden biri kişisel verinin kapsamını, dolaylı veya doğrudan bir kişi ile ilişkilendirilerek, kişinin kimliğini belirli kılan veya kılabilecek olan etnik köken, kimlik, sağlık, fiziksel özellikler, eğitim, istihdam, emniyet, ikamet, kredi kartı bilgileri, kişisel inanç, başkaları ile gerçekleştirilen haberleşmeler, alışveriş alışkanlıkları ve ideoloji şeklinde sıralanmaktadır.<sup>2</sup> Diğer bir görüş ise kişisel veri kapsamının maaş bordrosu, telefon rehberi, fotoğraflar, vergi mükellefiyetine ilişkin bilgiler, ses veya görüntüsü, kamera kaydı, iris, yüz, yazı, gen izi, ses tanıma şeklinde yöntemlerle elde edilen verileri, bilgisayarların internet protokol adresleri (IP), telefon mesajları, parmak izleri ile önceki gün yediği yemeği içerdiğini belirtmektedir.<sup>3</sup> Özellikle 20. yüzyılın son dönemi ile elektronik posta adreslerinin şifreleri, vatandaşlık numaraları, banka hesap numaraları, sosyal güvenlik kaydı numaraları da bu kategoride sıralanabilmektedir.

Kişisel veriler kapsam ve nitelik olarak iki türe ayrılmışlardır. Bunlar; özel nitelikli kişisel veriler ve genel nitelikli kişisel verilerdir. Üçüncü kişiler tarafından öğrenildiği takdirde mağduriyet ve ötekileştirmeye neden olabilme ihtimali, genel nitelikli kişisel verilerden daha çok olmasından ötürü, özel nitelikli kişisel veriler özel kurallara bağlanmıştır. Türk Hukukunda özel nitelikli kişisel veri gruplarına, uluslararası düzenlemelerle genel itibariyle paralel şekilde, sınırlı sayıda yer verilmiştir.<sup>4</sup> Özel nitelikli kişisel veriler, KVKK'nın 6/1. maddesinin

<sup>1</sup> M. Volkan Dülger, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Kişisel Verilerin Korunması)*, Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2019, s.1.

<sup>2</sup> H. Can Aksoy, *Kişisel Verilerin Korunması*, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010, s.1.

<sup>3</sup> Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2018, s.9.

<sup>4</sup> Nafiye Yücedağ, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Sayı 2, s.768., Erişim Tarihi: 08.08.2022



de, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri” olarak sıralanmaktadır. KVKK’da genel nitelikli kişisel veri kavramına ayrıca yer verilmemiş ise de özel nitelikli kişisel veriler dışındaki bütün veriler genel niteliklidir denilebilir. Genel verilerle ilgili işlemler KVKK’nın 5. maddesi kapsamında genel koruma hükümlerine tabidir. Kişinin telefon görüşmeleri, araç plaka bilgileri, kimlik numarası gibi bilgileri genel nitelikli bilgilere örnek olarak sayılabilir.

### B. Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

Anayasamızın 20. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kişisel verilerin sadece kanunda öngörülen hallerde ya da ilgili kişinin açık rızası alınması yoluyla işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm gereğince, kişisel verilerin korunması bir temel hak niteliği taşımakta olup bu hakkın sınırlandırılması da ancak ilgili kişinin rızası veya kanuni bir dayanağın mevcut olması halinde mümkün olacaktır.<sup>5</sup>

İster özel nitelikli ister basit nitelikli kişisel veri olsun, kişisel nitelikli olan tüm verilerin işlenebilmesi kural olarak veri sahibinin açık rızası halinde mümkün olabilmektedir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 5. ve 6 maddeleri de her iki veri türünün işlenmesinin ilgili kişinin açık rızasına bağlı tutmuştur.

Açık rıza ibaresini; kişinin belirli bir konuda bilgilendirilmeye dayanarak kendi özgür iradesiyle açıklamış olduğu rıza olarak tanımlayabiliriz. <sup>6</sup> İlgili kişi tarafından verilmesi gereken açık rıza için Kanun’da herhangi bir şekil şartı öngörülmemiş olup yazılı, sözlü ya da elektronik ortamda açık rızanın verilmesi mümkündür. Önemle belirtmek gerekir ki ilgili kişi tarafından verilecek olan açık rızanın, kişisel veri işleme işleminden önce, kişisel verilerin hangi amaçla, ne kadar süreyle işleneceğine ilişkin bilgilendirme yapılması neticesinde, ilgili kişinin hür iradesinin sakatlanmadığından emin olarak verilmesi gerekmektedir.

<sup>5</sup> Mesut Serdar Çekin, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 82

<sup>6</sup> Bkz. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 3, f.1

Kişisel veri sahibinin açık rızasının alınması dışında kalan sınırlı sayıda işleme şartları ise 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 2. fıkrasında hüküm altına alınmıştır.<sup>7</sup> Buna göre; KVKK dışındaki bir kanunda açıkça düzenleme olması, örneğin; işverenin İş Kanunu kapsamında ücret hesap pusulası düzenleme yükümlülüğü veya yine İş Kanunu kapsamında işçi özlük dosyası düzenleme yükümlülüğü; fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması, örneğin; işçinin bilincinin kapalı olması; bir sözleşmenin kurulması veya ifasını doğrudan ilgilendirmesi, örneğin; iş sözleşmesinin niteliği gereği işverenin, işçilerin birbirleriyle iletişim sağlayabilmesi için tüm işçilerin telefon numaralarının kayıtlı olduğu bir veri tabanı kurması ve son olarak; veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlemenin zorunlu olması hallerinde açık rıza alınmadan kişisel verilerin işlenmesi mümkün olabilecektir.<sup>8</sup>

KVKK'nın 6. maddesinde sınırlı sayıda hüküm altına alınmış olan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları, basit nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarına göre farklılık göstermektedir. Kural olarak veri sahibinin açık rızası olmadan özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrası uyarınca; özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartlarında kendi içinde ikili bir ayırma gidilmiştir. İlgili kişinin sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verileri sadece kamu sağlığının korunması amacıyla, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetim amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından veri sahibinin açık rızası aranmadan işlenebilmektedir.<sup>9</sup>

Kişinin sağlık ve cinsel hayatı dışındaki özel nitelikli kişisel verileri ise ancak ve ancak kanunlarda öngörülmesi halinde, veri sahibinin açık rızası olmadan işlenebilecektir.

<sup>7</sup> Bkz. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m. 5, f.2

<sup>8</sup> Merve Ezgi Hisli, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Platon Yayıncılık, İstanbul 2021, s.88

<sup>9</sup> Yonca Dursun, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021 s.78

## II. İLGİLİLERİN HAKLARI VE VERİ SORUMLUSUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İlgili kişilerin hakları KVKK'nın 11. maddesinde düzenlenmiş olup bunlar; erişim, bilgi edinme, bildirimde bulunulmasını talep etme, düzeltme talep etme, silinmesini veya yok edilmesini talep etme, zararın giderilmesini talep etme hakkı ve itiraz etme haklarıdır. Ayrıca Anayasa'nın 20. maddesinde de bu hakların bir kısmı güvence altına alınmıştır. Belirtilen hakların kullanılabilmesi veri sorumlusu tarafından verilecek bilgilere bağlı olduğundan kişiyle veri sorumlusu arasında interaktif bir iletişimin kurulması önerilmektedir.<sup>10</sup>

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; bilgi edinme, verilerin silinmesini, düzeltilmesini ya da yok edilmesini isteme, zararın giderilmesini talep etme ve itiraz şeklinde sayılan ilgililerin haklarının temelini oluşturan hak; bilgi edinme hakkıdır. Bu hak kapsamında, ilgili kişi kişisel verilerin işlendiğini veya işlenmediğini öğrenebileceği gibi kişisel verilerin işlenme amaçlarını da bu hak kapsamında öğrenebilmektedir. Bu hakkın ilgili kişi için bir diğer faydası ise veri işleme faaliyetlerinin KVKK kapsamında belirtilen temel ilkelere uygun bir şekilde yürütülüp yürütülmediğini de kontrol edebilme imkânı verebilmesidir.

Veri sorumlusunun aydınlatma, veri güvenliğine ilişkin ve sicile kayıt yükümlülükleri de KVKK'nın 10, 12 ve 16. maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca KVKK'nın 28/2. maddesinde sayılan dört halde ise veri sorumlusunun veri sorumluları siciline kayıt ve aydınlatma yükümlülüklerini düzenleyen hükümler uygulanmadığı gibi ilgili kişi de zararın giderilmesi talebi dışında 11. maddedeki haklarını kullanamaz. Söz konusu hükümlerde düzenlenmemişse de Kurul kararlarına uyma, ilgili kişilerin başvurularına cevap verme gibi yükümlülükler de veri sorumlusunun yükümlülükleri arasında sıralanabilir.<sup>11</sup>

Veri sorumlusunun veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri de KVKK'nın 12. maddesinde yer almaktadır. Bu yükümlülükleri, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini, bunlara erişilmesini önlemek ile bunların muhafazasını sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri

<sup>10</sup> Mesut Serdar Çekin, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İstanbul 2018, s. 638.

<sup>11</sup> Yasemin Avcı, Kişisel Verilerin Korunması, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s. 82.

almak, Kanun'un uygulanmasını sağlamak için gereken denetimleri yapmak, kişisel verileri Kanun'a aykırı şekilde başkalarına açıklamamak ve amaç haricinde kullanmamak, verilerin kanun dışı başkalarına elde edilmesi durumunda gereken bildirimlerin yapılarak yine gereken durumlarda ilan edilmesini sağlamak olarak sıralanabilir.

### III. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

"İlgililerin Hakları ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri" başlığı altında ayrıca belirtildiği üzere; kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasamızda düzenlenen kişinin temel haklarından biridir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasal hak olarak kişiye tanındığı için kişisel verileri koruma yükümlülüğü de devlete ait olacaktır.

Anayasa ile devlete yükletilen bu sorumluluk neticesinde, Kişisel Verileri Koruma Kurumu faaliyet alanı bulmuş ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Kurul'a birtakım görevler yüklenmiştir. KVKK'nın 22. maddesinde belirtilen hükümlerden bazıları şunlardır:

*"Kişisel verilerle ilgili haklarının ihlâl edildiğini ileri sürenlerin şikâyetlerini karara bağlamak (22b),*

*Şikâyet üzerine veya ihlâl iddiasını öğrenmesi durumunda resen görev alanına giren konularda kişisel verilerin kanunlara uygun olarak işlenip işlenmediğini incelemek ve gerektiğinde bu konuda geçici önlemler almak (22c),*

*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda öngörülen idari yaptırımlara karar vermek*

*(22ğ)".*

Görülebileceği üzere; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'na şikâyet üzerine veya resen tespit edilecek ihlaller neticesinde; inceleme yapma, karar verme, geçici önlemler alma ve idari yaptırımlar uygulama yetkisi tanımlanmıştır.

Anayasa ve yasal mevzuat, kişisel verilerin işlenmesine yönelik ihlallerde kamu kurumlarına birtakım yükümlülükler yüklemiştir.

de işletmeler ve bireyler de bu konuda sorumluluk sahibi olabilmektedir. Kişisel verilerin, veri yükümlüleri veya veri işleyenlerce gerek KVKK'ya gerekse TCK'ya aykırı şekilde işlenmesi, aktarılması, depolanması, paylaşılması gibi hallerde ihlal edenlerin idari ve cezai sorumlulukları doğmaktadır.

#### IV. CEZAİ SORUMLULUKLAR

Anayasa'nın 20'nci maddesi ve KVKK ile birlikte, ilgililere kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkının verilmesi, kişinin özel ya da genel düzenlemelerle korunmasına sebebiyet vermiştir. Özellikle KVKK kapsamında kişinin, Kurul'a şikâyet ve veri sorumlularına başvuru hakları bulunmaktadır. Bunun yanında Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, İş Kanunu ile Medeni Kanun'da da ilgiliyi koruyucu hükümler yer almaktadır. Özellikle KVKK'nın 17. maddesinde; kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddelerinin uygulanacağı düzenleme altına alınmıştır.

##### A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 135, 136 ve 138. maddelerinde yer alan "Verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme, verileri yok etmeme ve verilerin kaydedilmesi" suçları ile kişisel verilerin işlenmesi çerçevesindeki bazı eylemler hüküm altına almıştır.

Türk Ceza Kanunu kapsamında hüküm altına alınan yukarıda belirtmiş olduğumuz suçlar; sırf hareket, soyut tehlike suçu<sup>12</sup> niteliğindedir. Mağdurları kişisel veri sahibi gerçek kişi olup bu suçlar sadece kasten işlenebilmektedir. Ayrıca, TCK madde 139 hükmüyle de ifade edildiği üzere; ilgili suçların soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı değildir.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> "Soyut tehlike suçlarında hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmamakta, suç tipinde tanımlanan icrai veya ihmali hareketin yapılmasıyla suçun gerçekleştiği kabul edilmektedir diğer bir anlatımla soyut tehlike suçlarında, yasal tanımdaki hareketin yapılmasıyla, maddi konu üzerinde bir tehlikenin ortaya çıktığı varsayılmakta, tehlikenin mevcut olup olmadığı araştırılmamaktadır".

<sup>13</sup> B. Nur Parlak, Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Verileri Yok Etmeme Suçu (TCKm.138), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2021, s.83.

## B. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135)

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu TCK'nın 135. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise özel nitelikli kişisel veri kapsamında olan veriler açısından ise cezanın yarı oranında artırılacağı belirtilmiştir. Buna göre, maddede verinin *“kişilerin, felsefi, dini veya siyasi düşüncelerine, hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, ırki kökenlerine, sağlık durumlarına, sendikal bağlantılarına veya cinsel hayatlarına dair olması halinde verilecek ceza birinci fıkraya göre yarı oranında artırılır”*. Kişisel verilerin işlenmesinde genel prensipler ve kişisel verilerin işleme koşulları gibi hukuka aykırılığı belirlerken esas alınan düzenlemeler burada da dikkate alınacaktır.<sup>14</sup> Yani düzenlemede yer verilen kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi ifadesinden ne anlaşılacağını tespit ederken KVKK hükümleri yol gösterici olacaktır. Genel olarak madde düzenlenişi dikkate alındığında burada yalnızca kişisel verileri kaydetme işleminin suç kapsamına alındığı açık olup bu kaydetmenin fiziki ya da dijital olması arasında bir fark bulunmamaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kişisel verilerle bağlantılı olabilecek ve kişisel verilerin doğrudan olmasa da koruma altına alındığı hükümler de mevcuttur.<sup>15</sup> Bunlar; 132. maddede hüküm altına alınan *“haberleşmenin gizliliğinin ihlali”*, 133. maddede hüküm altına alınan *“bireyler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması”* ve 134. maddede düzenleme alanı bulan *“özel hayatın gizliliğinin ihlali”* olarak sayılabilmektedir.

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar, ilgili kanun hükümleri ve düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, özel hayat ile ilgili olsun ya da olmasın bir kişiye ait görüntü veya seslerin kişisel veri olduğu açıkça ortadadır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise özel hayatın gizliliğini ihlale sebebiyet veren şahsi veriler ile KVKK kapsamındaki kişisel verilerin işlenmesi arasındaki farklardır. Bu hususa ilişkin Yargıtay 12. Ceza Dairesi, vermiş olduğu bir kararda;

<sup>14</sup> Yasemin Avcı, s. 135.

<sup>15</sup> Sinem Göçmen Uyarer, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2019, s.78

*“Ayrıca, bir özel hayat görüntüsünün ya da sesinin, “kişisel veri” olduğunda kuşku bulunmamakta ise de kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsünün ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi TCK’nın 134/1. madde ve fıkrasının 2. cümlesinde; rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleniyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması TCK’nın 134/2. madde ve fıkrasında özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında düzenlendiğinden, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesi, yasal anlamda, TCK’nın 135/1 ve aynı Kanun’un 136/1. madde ve fıkraları kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemez.”<sup>16</sup> ifadelerine yer vererek, özel hayatın gizliliğini ihlale sebebiyet veren kişisel veri kavramına açıklık getirmiştir. İlgili karara göre; kişiye ait görüntü veya sesler özel hayat alanına ilişkin değilse bu verilerin kaydı halinde 135. maddede düzenleme alanı bulan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacaktır. Ancak kişiye ait görüntü veya sesin kişinin özel hayatına ilişkin olması durumunda, 134. maddede hüküm altına alınmış olan özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu oluşacaktır.*

### **B.1. Korunan Hukuki Değer**

İlgili suç tipinin TCK’nın “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlığı altında belirtilmiş olmasından ötürü doktrinde bazı yazarlar, bu suçta korunan değerın kişinin özel hayatı olduğunu ifade etmektedirler.<sup>17</sup> Yukarıda yapmış olduğumuz birtakım farklılıklara ilişkin açıklamalar dikkate alındığında, desteklediğimiz diğer bir görüş ise; korunan hukuki değerın; temel hak ve özgürlükler kapsamında genel olarak özel hayata saygı ve özel olarak ise kişisel verilerin korunması hakkı olduğudur.<sup>18</sup> Nitekim Yargıtay da bu konu hakkında vermiş olduğu bir kararında benzer bir görüş benimsemiştir.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Yargıtay 12. Ceza Dairesi E.2019/973, K. 2020/218, T. 08.01.2020

<sup>17</sup> Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 569.

<sup>18</sup> Sinem Göçmen Uyarer, s. 150.

<sup>19</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/12-1510, K. 2014/334, T. 17.06.2014



## B.2. Suçun Maddi Unsurları

### a) Fiil

Fiil, suçun oluşması için aranan ilk koşul olup kişinin dış dünyada bir şeyi yapmak veya yapmamak biçiminde açığa çıkan iradi davranışdır.<sup>20</sup> Ceza hukukuna göre de fiil, suçun tanımına uyan ve tanımdaki sonucu ortaya çıkarmaya yönelik iradi davranış olarak tanımlanmaktadır.<sup>21</sup>

Kişisel verilerin kaydedilmesi suç bakımından fiil, bir kişisel verinin kaydedilmesidir. TDK'ya göre kaydetme kelimesi; yazmak, bazı önemli noktaları tespit etmek, hatırlamak için yazmak, sesi veya resmi manyetik bant üzerine geçirmek, elektronik veya sayısal araçlarda bilgiliyi korumaya almak olarak tanımlanmıştır. İlgili suç bakımından, kaydetme fiilinden anlaşılması gereken, verilerin kullanmak üzere temin edilmesi, yazılması, depolanması ya da şerh düşülmesidir.<sup>22</sup>

Korunan hukuki menfaatlerin tehdit edilmiş olmalarının yeterli olduğu suç tiplerine tehlike suçu denmektedir. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu da bir tehlike suçu olarak kabul gördüğünden dolayı, suçun mağdurunun bir zarara uğramasının bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca, ilgili suçun serbest hareketli bir suç olmasından dolayı, suç her türlü fiile işlenebilmektedir. Örneğin; bir kâğıt üzerinde işlenebileceği gibi, bilgisayar ana belleği, CD, USB bellek vb. dijital eşyalarla da işlenebilmektedir.<sup>23</sup>Bu suç tipinde önemli olan husus; suçun kaydedilme eylemi ile gerçekleşmiş olmasıdır. Kaydetme eylemi sonrası ortaya çıkacak fiiller bu suç tipi kapsamında değerlendirme alanı bulmayacaktır. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda, kişisel verinin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesi neticesinde suç oluşacak olup, kaydetme işleminin yapılma şeklinin suçun oluşması bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Sıla Türkan Şimşek, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 49.

<sup>21</sup> Melike Köse Aysun, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018, s. 120.

<sup>22</sup> Melike Köse Aysun, s. 121.

<sup>23</sup> Şaban Cankat Taşkın, *Bilişim Suçları*, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, 1. Baskı

<sup>24</sup> Sıla Türkan Şimşek, s. 50.

## b) Konu

TCK madde 135'in gerekçesinde de kişisel verilerin ilgili suçun konusu olduğu belirtilmiştir.<sup>25</sup> Yani, özel nitelikli kişisel veriler de dahil olmak üzere, kişisel veri kavramı kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusu oluşturmaktadır.

Suçun konusu olan kişisel veri kavramını KVKK madde 3 "*kimliği belirli ve belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda; kişinin adı, soyadı, kimlik numarası, telefon numarası, fotoğraf ve sesi, e-posta adresi, yerleşim yeri, mesleği, özgeçmişi, araba plakası, banka hesap bilgileri, IP adresi, kan grubu, medeni hali, saç, tükürük gibi biyolojik örnekleri, kredi kartı bilgileri, adli sicil kayıtları, hastalık teşhisi, tedavisi gibi kayıtlar kişisel verilere örnek olarak gösterilebilir.<sup>26</sup>

Kişisel veri kavramı her ne kadar gerçek kişiye ait her türlü bilgi olarak tanımlanmış olsa da uygulamada belirsizliklerin ve olumsuz sonuçların ortaya çıkmaması için, TCK madde 135'in uygulamasında somut olayın tüm özelliklerinin dikkate alınarak, titiz bir şekilde çalışılması, olayda hukuka uygunluk nedeni olup olmadığına ve sanığın eylemi neticesinde hukuka aykırı olarak hareket ettiğinin farkında olduğunun ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.<sup>27</sup>

## c) Mağdur

Suçun mağdurunu, suçun konusunun ait olduğu kişi olarak tanımlamak gerekir.<sup>28</sup>İlgili suçun konusu yukarıda da belirtildiği üzere; "kişisel veri" olarak belirtildiği için, KVKK'nın konusunu oluşturan kişisel veri, gerçek kişilere ait her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Buna göre, işbu suçun mağdurunu kişisel verileri hukuka aykırı olarak işlenen gerçek kişiler olarak belirtmek gerekmektedir.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> "Suçun konusu, kişisel verilerdir".

<sup>26</sup> Melike Köse Aysun, s. 125.

<sup>27</sup> Melike Köse Aysun, s. 127.

<sup>28</sup> Sıla Türkan Şimşek, s. 65.

<sup>29</sup> Melike Köse Aysun, s. 129.

#### d) Fail

Suçun düzenleme alanı bulduğu madde metninde faile ilişkin herhangi bir nitelik belirtilmediği için, bu suç için, nitelikli halleri dışında, herkesin fail olması mümkündür.<sup>30</sup>KVKK kapsamında her ne kadar veri işleyen ve veri sorumlusu ayrımı yapılmışsa da bu ayrım TCK kapsamında uygulama alanı bulmamaktadır. Bu nedenle; İlgili suçun fiilini işleyen kişinin veri sorumlusu ya da veri işleyen olması halinde cezai sorumluluk bakımından farklı bir uygulamaya gidilmeyecektir.<sup>31</sup>

### B.3. Nitelikli Unsurlar

Nitelikli unsurlar, çeşitli hallerin varlığına göre suçun cezasının artmasına veya azalmasına neden olan haller olarak tanımlanabilir. Nitelikli haller, suçun konusundan, yer ve zamandan, mağdur ile fail arasındaki ilişkiden, fiilin işleniş amacından, fiilin işleniş tarzından ve kullanılan araçtan kaynaklanan nitelikli unsurlar olarak çeşitli sınıflara ayrılabilir.<sup>32</sup>

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna ilişkin nitelikli haller ise iki farklı maddede hüküm altına alınmıştır. Nitelikli haller, ilk olarak TCK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında ve yine aynı Kanun'un 137. maddesinde düzenlenmiştir. 135. madde suçun konusuyla, diğer maddeler ise failin sıfatıyla ilgili hükümleri içermektedir.<sup>33</sup>

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler sayılmış olup, sayılan özel nitelikli kişisel veriler şunlardır: *“Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri”*. Bu maddede sayılan özel nitelikli kişisel verilerin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun konusunu

<sup>30</sup> Şaban Cankat Taşkın, s. 99.

<sup>31</sup> Ece Taşçı Aydemir, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2022, s.45.

<sup>32</sup> Ali Rıza Töngür, Ekrem Çetintürk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.146.

<sup>33</sup> Prof. Dr. Ramazan Çağlayan, Prof. Dr. Mahmut Koca, Rıza Saka, *Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.375

oluşturması hali, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru olarak hüküm altına alınmıştır. İlgili suçun konusunun özel nitelikli kişisel veriler olması durumunda TCK madde 135 fıkra 2 hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Ancak belirtmekte fayda var ki KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel veriler, TCK madde 135'te belirtilen özel nitelikli kişisel verilere göre daha kapsamlı tutulmuştur. KVKK'da belirtilen *"kişilerin etnik kökeni, mezhep veya diğer inançları, kılık ve kıyafetine, dernek ve vakıf üyeliğine, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirlerine ilişkin verileri ile biyometrik ve genetik verileri"* veriler TCK kapsamında özel nitelikli kişisel veri olarak hüküm altına alınmadığı için, ilgili verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi durumunda verilecek ceza TCK madde 135/1'e göre verilecektir.

TCK madde 135 fıkra 2'de belirtilen nitelikli halin hüküm altına alınması sebebi, yukarıda da belirttiğimiz üzere; özel nitelikli kişisel verilerin genel nitelikli kişisel verilerin öğrenilmesi halinde mağduriyet ve ötekileştirmeye neden olabilme ihtimalinin genel nitelikli kişisel verilere göre daha yüksek olmasıdır.

TCK madde 137 uyarınca, ilgili suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle işlenmesi de bir diğer nitelikli hali oluşturmaktadır. Madde hükmünden de anlaşılacağı üzere; bu nitelikli halin varlığından bahsedebilmek için, suçun kamu görevlisi tarafından işlenmesi tek başına yeterli olmayacak olup suçu işleyen kamu görevlisinin görevinin verdiği yetkiyi de kötüye kullanarak ilgili suçu işlemesi gerekmektedir.<sup>34</sup> Buna göre, ilgili suçun nitelikli halini görünüşte özgül suç olarak belirtmekte fayda olacaktır.<sup>35</sup>

TCK'nın 137. maddesinde değinilen bir diğer nitelikli hal ise kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halidir. Anlaşılacağı üzere, failin sahip olduğu meslek veya yaptığı sanat kişisel verilerin kaydedilmesine kolaylık sağlamalı ve elverişli olmalıdır. Failin mesleki faydadan yararlanarak kişisel verileri kaydetmesi neticesinde ancak ilgili suçun nitelikli halinden bahsedilebilecektir.

<sup>34</sup> Prof. Dr. Ramazan Çağlayan, Prof. Dr. Mahmut Koca, Rıza Saka, s. 378.

<sup>35</sup> Sıla Türkan Şimşek, s. 74.

#### B.4. Suçun Manevi Unsurları

Manevi unsur, gerçekleştirilen fiil ile fail arasındaki bağı tanımlamaktadır. Bir suçun oluşabilmesi için manevi unsurun varlığı aranmaktadır. Manevi unsurun (kast – taksir) mevcut olmaması halinde suçu oluşturan bir haksızlıktan söz edilemeyecektir.<sup>36</sup>

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu sadece kastla işlenebilen bir suçtur. TCK madde 21'e göre kasıt, *"suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir"* şeklinde tanımlanmıştır. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda da hukuka aykırı şekilde kayıt altına alınan verilerin, kişisel veri olduğunun bilinmesi ve buna rağmen ilgili verilerin kaydedilmesinin istenmesi manevi unsur olarak belirtilebilmektedir.

TCK madde 21 fıkra 2 uyarınca: *"kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde"* şeklinde tanımlama yapılarak, olası kastın varlığından bahsedilmiştir. Genel olarak, manevi unsur bakımından kastın arandığı suçların olası kasıtle da işlenmesi mümkün olacaktır<sup>37</sup>. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun madde metninde hukuka aykırı olarak kaydetme ibaresine yer verilmesinden dolayı, failin ilgili suçun fiilinin hukuka aykırı olduğunu bilerek gerçekleştirilmesi gerektiğinden ilgili suçun olası kasıtle işlenemeyeceği doktrinde savunulmaktadır. Kanaatimizce de kanun maddesinde hukuka aykırılık unsurunun net bir şekilde belirtilmiş olması, olası kasıt tanımında yer verilen *"öngörü"* ibaresi kapsamında değerlendirilemeyeceğinden ötürü, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun olası kasıtle işlenmesi olası görünmemektedir.

#### B.5. Özel Görünüş Biçimleri

##### a) Teşebbüs

Türk Ceza Kanunumuzun 35. maddesinde düzenleme alanı bulan teşebbüs, ilgili kanun maddesi hükmü uyarınca; failin işlemek istediği suça ilişkin eylemlere başlayıp, elinde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamaz hale gelmesi olarak tanımlanabilir.

<sup>36</sup> Melike Köse Aysun, s. 146.

<sup>37</sup> Melike Köse Aysun, s. 146.

Öğretide bazı yazarlar, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun teşebbüse elverişli olmadığını savunmakta olup<sup>38</sup> tarafımca da destek verilen aksi kanaatte olan yazarlar ise suça konu hareketin parçalara bölünebilir olmasının mümkün olduğu hallerde teşebbüsten söz edilebileceği kanaatindedirler.<sup>39</sup>

### b) İştirak

Birden fazla kişinin anlaşarak ve planlayarak, bir kişi tarafından işlenebilecek bir suçu işleme haline suça iştirak denmektedir.

TCK, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu için, özel olarak iştirak hallerine ilişkin hüküm vermemiş olup iştirak hali için genel olarak hüküm altına alınan (TCK 37-40) maddelerdeki hükümler doğrultusunda ilgili suç için iştirakin her hali uygulama alanı bulabilecektir.<sup>40</sup>

### c) İçtima

Birden fazla hukuki menfaatin tek bir fiille veya aynı hukuki menfaatin birden fazla fiille ihlal edilmesine suçların içtima denmektedir.<sup>41</sup> Türk Ceza Kanunu'nda içtima halleri; bileşik suç (madde 42), zincirleme suç (madde 43) ve fikri içtima (madde 44) şeklinde sıralanmıştır.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda ise TCK' da belirtilen içtima hallerinin hepsinin gerçekleşmesi mümkündür. Örneğin; failin kişisel verileri kaydetmek için, ilk olarak bilişim sistemine girmesi halinde, TCK'nın 44. maddesi uygulama alanı bulacak olup fail kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan dolayı cezalandırılacaktır. Ayrıca bir kişiye ait kişisel verilerin farklı zamanlarda hukuka aykırı biçimde kaydedilmesi halinde ise fail zincirleme suç hükümleri uyarınca cezalandırılabilir.

Yukarıda bir kişinin kayıt altına alınmış olan görüntü ve ses kaydının kişinin mahrem alanına ilişkin olması halinde failin TCK'nın 134. maddesinde hüküm altına alınan özel hayatın gizliliğini ihlal su-

<sup>38</sup> Melike Köse Aysun, s. 167.

<sup>39</sup> Melike Köse Aysun, s. 167.

<sup>40</sup> Sıla Türkan Şimşek, s. 106.

<sup>41</sup> Melike Köse Aysun, s. 168.

çundan cezalandırılacağına ilişkin açıklamalarımız ve bu bağlamda Yargıtay kararından bahsetmiştik. Ancak bir başka görüşün ise kişisel veri niteliğindeki görüntü ya da seslerin kaydedilmesi halinde 134. madde ve 135. madde arasında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanabileceği yönünde olduğunu belirtmekte fayda vardır.<sup>42</sup>

### B.6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Bir suçun gerçekleşmesi için gerekli olan fiilin hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran ve bu fiili meşru bir temele oturtan nedenleri, hukuka uygunluk nedenleri olarak tanımlayabiliriz.

Türk Ceza Kanunu'nun "ilgilinin rızası" başlıklı 26. maddesi uyarınca; kişinin üzerinde mutlak surette tasarrufta bulunabileceği bir hakka ilişkin açıklamış olduğu rızası çerçevesinde işlenen fiillerden dolayı kimseye ceza verilememektedir. TCK'nın 135. maddesinin gerekçesinde de açıkça kişinin rızası ile kendisiyle ilgili bilgilerin kayda alınmasının suç oluşturmayacağı belirtilerek, ilgili kişinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olduğu ifade edilmiştir.<sup>43</sup> Nitekim de Yargıtay vermiş olduğu bir kararda; mağdurun rızasının varlığı halinde kişisel verilerin kaydedilmesinin 135. madde hükmü çerçevesinde değerlendirilmeyerek, mağdurun göstermiş olduğu rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.<sup>44</sup>

Kanundan kaynaklanan hak ve yetkiyle hareket eden bir kimsenin eylemleri nedeniyle cezalandırılmayacağı ise Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinde düzenleme alanı bulmuştur. Özellikle 135. maddenin gerekçesinde; "kanun hükümlerine istinaden" ifadesine yer verilerek, kanunun öngördüğü hallerde ilgili suçun oluşmayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Kanun'un 25. maddesinde ise hukuka uygunluk hali olarak zorunluluk hali düzenleme alanı bulmuştur. Madde metninde belirtilen şartlar çerçevesinde, kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik gerçekleşen haksız bir saldırıyı, orantılı bir biçimde engelleme zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı ilgili kişiye ceza verileme-

<sup>42</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökcen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s.562.

<sup>43</sup> Sıla Türkan Şimşek, s.164.

<sup>44</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/10479, K. 2018/4622, T. 21.06.2018



yeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6. maddesinde de bir kişinin rızasını açıklaması mümkün değilse veya kişinin rızası hukuken geçerli değilse bu kişinin bizzat kendisinin ya da başkasının hayatını korumak amacıyla kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir.<sup>45</sup>

Bilineceği üzere; bireylere tanınan hakların dürüstlük kuralı sınırları içerisinde kullanılması hali, hukuk düzeni tarafından korunmakta ve bu doğrultuda icra edilen eylemler hukuka uygun hale gelmektedir. TCK'nın 26. maddesinde de hukuken korunan bir hakkın kullanılması, bir hukuka uygunluk nedeni olarak hüküm altına alınmıştır.<sup>46</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 5. maddesinde ise bir hakkın tesisi için gerekli olması halinde, kişinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kendisine tanınan hakka istinaden avukat, doktor gibi meslek sahiplerinin kişisel verileri kaydetmesi veya işverenin yönetim ve denetim hakkı çerçevesinde işçilerini denetlemek amacıyla kişisel verileri kaydetmesi hukuka uygun olarak kabul edilmektedir.

Bu noktada, Türk Ceza Kanunu kapsamında düzenlenmemiş olan ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında yer alan hukuka uygunluk nedenlerinden de bahsetmek gerekmektedir. Buna göre KVKK'nın 5. maddesinde, kişinin açık rızası olmasa dahi veri sorumlusunun hukuki zorunluluklarını gerçekleştirebilmesi için ya da veri sorumlusunun meşru menfaatlerinin varlığı halinde kişisel verilerin işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak veri sorumlusunun meşru menfaatleri dâhilinde kişisel verilerin işlenmesi hususunda, kişisel veri sahibinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlarının iyi derecede çizilmesi, meşru menfaat ile kişinin temel hak ve özgürlükleri arasındaki dengenin korunması gerekmektedir.

## B.7. Yaptırım

TCK madde 135'e göre, kişisel verilerin kaydedilmesi suçu için öngörülen ceza 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. İlgili kanun maddesinin ikinci fıkrasında hüküm altına alınan suçun nitelikli hallerinden olan, işlenen kişisel verilerin özel nitelikli veriler olması halinde ve

<sup>45</sup> Sıla Türkan Şimşek, s.170.

<sup>46</sup> Ece Taşçı Aydemir, s. 93.

Kanun'un 137. maddesi uyarınca suçun kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde ise, verilecek ceza yarı oranında artırılacak şekilde uygulanacaktır. Ayrıca, suç için öngörülen cezanın üst sınırı dikkate alındığında görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi olacak olup yetkili mahkeme de genel olarak, suçun işlendiği yer mahkemesi olacaktır.

### **C. Verileri Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136)**

Kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçu Türk Ceza Kanunumuzun 136. maddesinde düzenleme alanı bulmuş olup madde metnine göre; Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişilerin iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu madde hükmü ile özellikle "kimlik hırsızlığı" olarak nitelendirilen eylemlerin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.<sup>47</sup>

#### **C.1. Korunan Hukuki Değer**

Bu suç ile korunmak istenen hukuki değeri, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda olduğu gibi özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması olarak belirtmek gerekmektedir.<sup>48</sup>

#### **C.2. Suçun Maddi Unsurları**

##### **a) Fiil**

TCK madde 136 hükmünde geçen "kişisel verileri bir başkasına verme, yayma veya ele geçirme" ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme bu suçun fiilleri olarak kabul edilecektir. Belirtilen fiillerin herhangi birisinin gerçekleşmesi neticesinde suç oluşmuş olacaktır. Birden fazla fiilin tanımlandığı bu suç haliyle seçimlik hareketli bir suçtur. Bu nedenle, tek bir suç işleme iradesi içinde yukarıda belirtilen fiillerden bir veya birden fazlası yapılmış olsa dahi tek bir suç gerçekleşmiş olacaktır.

<sup>47</sup> Şaban Cankat Taşkın, s.105.

<sup>48</sup> Şaban Cankat Taşkın, s.106.

TCK'nın 136. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere; suçun konusu olan kişisel verilerin hukuka uygun olarak kaydedilip kaydedilmemesinin bir önemi yoktur. Yukarıda belirtilen fiillerin gerçekleşmiş olması suçun oluşması için yeterli olacaktır.<sup>49</sup>

### b) Konu

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda olduğu gibi, kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme suçunda da suçun konusu kişisel verilerdir. Madde metninde kişisel verilere ilişkin herhangi bir özellikten bahsedilmediği için her türlü kişisel veri bu suçun konusunu oluşturabilecektir.<sup>50</sup>

### c) Mağdur

Yukarıda da belirttiğimiz üzere; kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçunun konusunu kişisel veriler oluşturmaktadır. Bu nedenle de kişisel veri sahibi olan tüm kişiler bu suçun mağduru olabilmektedir.<sup>51</sup>

Suçun mağduru olabilecek olan tüm kişiler kavramı öğretide tartışma alanı bulmuş olup, bir görüşe göre, suçun mağduru sadece gerçek kişiyken diğer görüşe göre ise, suçun mağduru hem tüzel hem de gerçek kişiler olarak belirtilmiştir. Ancak, KVKK kapsamında ve TCK madde 135 hükmü gerekçesinde yapılan kişisel veri tanımlamasına göre, kişisel veri sahibi sadece gerçek kişi olabilmektedir. Kanaatimce, kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçunun mağduru sadece gerçek kişiler olabilecektir.

TCK madde 136 kapsamında her ne kadar mağdurun gerçek kişi olduğunu belirtmişsek de Tüzel kişiler de suçtan zarar gören olarak nitelendirilebilecektir. Bilineceği üzere, bir suçun işlenmesiyle zarara uğrayan kimselere suçtan zarar gören denmektedir. Bu nedenle, ilgili suçumuzda da suçun gerçekleşmesi neticesinde zarara uğrayan bir

<sup>49</sup> M. Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2020, s.576.

<sup>50</sup> İbrahim Korkmaz, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2017, s.385.

<sup>51</sup> Eşref Barış Börekçi, Kişisel Verileri Verme Yayma veya Ele Geçirme Suçu, Oniki-levha, İstanbul 2020, s.57.

tüzel kişilik varsa, bu tüzel kişiliği suçtan zarar gören olarak tanımlamayabiliriz.

#### d) Fail

Bu suç tipimizde ise suçun düzenleme alanı bulunduğu madde metninde faile ilişkin herhangi bir nitelik belirtilmediği için, bu suç için, nitelikli halleri dışında, herkesin fail olması mümkündür.<sup>52</sup>

### C.3. Nitelikli Unsurlar

Kişisel verileri kaydetme suçunda detaylı olarak belirttiğimiz gibi, kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçunun da nitelikli hali TCK madde 137 kapsamında düzenleme alanı bulmuştur. TCK madde 137'ye göre, *“kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanmak suretiyle”* veya *“belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle”* kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçunun işlenmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır.

### C.4. Suçun Manevi Unsurları

Kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçu, kasten işlenen bir suç tipidir. Türk Ceza Kanunumuzda veya ilgili başkaca kanunlarda bu suçun taksirle işlenebileceğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut olmadığı için suçun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.<sup>53</sup>Suçun oluşması için kastla hareket etmek yeterli olduğundan dolayı, failin sakinin ne olduğunun bir önemi olmayacak ve suç konusu hareketi gerçekleştirenler bu suçu işlemiş kabul edilecektir.<sup>54</sup>

### C.5. Özel Görünüş Biçimleri

#### a) Teşebbüs

İlgili suçun bir tehlike suçu olmasından dolayı, suçun oluşması için ortada bir zararın olması şart değildir. Madde metninde belirtilen eylemlerin tamamlanması neticesinde suç oluşacaktır. Bu nedenle,

---

<sup>52</sup> M. Volkan Dülger, s.575.

<sup>53</sup> Eşref Barış Börekçi, s.71.

<sup>54</sup> M. Volkan Dülger, s.583.

yukarıda belirtilen eylemlerin tamamlanmaması halinde suç teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilecektir.<sup>55</sup>

### **b) İştirak**

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda da bahsettiğimiz gibi, TCK, kişisel verilerin verme, yayma veya ele geçirme suçu için, özel olarak iştirak hallerine ilişkin hüküm vermemiş olduğundan, iştirak hali için genel olarak hüküm altına alınan (TCK 37-40) maddelerdeki hükümler doğrultusunda ilgili suç için iştirakin her hali uygulama alanı bulabilecektir.

### **c) İçtima**

Kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçuna özgü içtima hükümleri yer almadığından dolayı, Türk Ceza Kanunu kapsamında suçların içtimasına ilişkin genel hükümler ilgili suç içinde uygulama alanı bulacaktır.

İlgili suçun zincirleme şekilde işlenmesi mümkün olup, failin bu şekilde bir suç işlemesi durumunda, cezası artırılmak kaydıyla tek bir suç işlediği kabul edilir. Aynı suçu işleme kastı içerisinde kişisel verilerin birden fazla kez yayılması durumu buna örnek olarak verilebilir.<sup>56</sup>

Bu suç bir süre devam edecek (mütemadi) şekilde de işlenebilmektedir. Bu durumda ise devam eden eylemin bitmesiyle suç işlenmiş sayılacak ve zamanaşımı da eylemin bittiği andan itibaren başlamış sayılacaktır.<sup>57</sup>

İlgili suç ile TCK'nın 243. maddesindeki " Hukuka Aykırı Olarak Bilişim Sistemine Girme ve Sistemde Kalma" suçunun içtimaı olasılığı değerlendirildiğinde, doktrinde bazı yazarlar, kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçunun bilişim sistemlerine girme suçunun oluşmadan gerçekleşmesi mümkün değilse, bu durumda, TCK madde 243 ile düzenleme alanı bulan bilişim sistemlerine girme suçu geçit suçu kabul edilerek, faile sadece TCK madde 136 kapsamında ceza ve-

<sup>55</sup> Şaban Cankat Taşkın, s.108.

<sup>56</sup> M. Volkan Dülger, s.586.

<sup>57</sup> Şaban Cankat Taşkın, s.109.

rilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.<sup>58</sup> Diğer bir görüş ise iki suç tipinin farklı hukuki değerleri koruma altına aldığı ve bir suçun işlenmesi için diğer suçun işlenmesinin zorunlu olmadığı gerekçesi ile bu suçlar arasında geçit ilişkisi kurulamayacağını, bu bakımdan failin gerçek içtima hükümleri doğrultusunda her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır.<sup>59</sup>

Ayrıca değinilmesi gereken bir diğer husus ise hareket biçimleri bakımından doğrudan ilişkileri bulunan ve 136. madde ile aynı başlık altında düzenlenmiş olan, haberleşmenin gizliliği ihlal, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçlarının 136. madde ile içtimasına ilişkin olasılıklardır. TCK 132. maddede düzenlenen haberleşmenin gizliliği ihlal suçunun konusunu oluşturan ihlal edilen içeriklerin, başkasına ait kişisel verileri içermesi çoğu durumda mümkündür. Bu durumda, ihlale sebebiyet veren fiil, 132. madde ile birlikte 136. maddede hüküm altına alınan suçun oluşmasına da olanak sağlayacaktır. Buna göre fail tek bir hareket ile TCK'da düzenlenen birden fazla hükmü ihlal etmiş olacak ve TCK'nın 44. maddesi uyarınca farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Aynı şekilde, TCK 133. maddede hüküm altına alınmış olan kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçunun oluşmasına neden olan fiilin gerçekleşmesi esnasında, fail tek bir hareketle hem 133. madde hem de 136. Madde hükümlerinin uygulanmasına neden olabilir. Bu durumda da bahsetmiş olduğumuz farkı neviden fikri içtima hükümleri uygulama alanı bulacak olup fail daha ağır cezayı gerektiren kanun hükmü doğrultusunda cezalandırılacaktır.<sup>60</sup>

### C.6.Hukuka Uygunluk Nedenleri

TCK'nın 26. maddesi uyarınca; ilgili kişinin rızası halinde gerçekleştirilen eylemler neticesinde kimsenin cezalandırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. 135. maddede olduğu gibi bu suç tipinde de ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak uygulama alanı bulacaktır. Buna göre kişinin kendi rızası dâhilinde kişisel verilerin veril-

<sup>58</sup> İbrahim Korkmaz, s.416.

<sup>59</sup> Sinem Göçmen Uyarer,s 195.

<sup>60</sup> Hasan Sınar, "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK Md. 136), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2020, s.59,

mesi, yayılması ve ele geçirilmesi halinde bu suç tipinin oluşmayacağı söylenebilmektedir.<sup>61</sup>

Hukuka uygunluk nedenleri bakımından 135. madde kapsamında yapmış olduğumuz açıklamalar bu kanun maddesi için de aynı şekilde uygulama alanı bulacaktır.

### C.7. Yaptırım

TCK madde 136 kapsamında hüküm altına alınmış suçu işleyen failer hakkında 2 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası uygulanmaktadır. Nitelikli hallerin mevcut olması durumunda ise, verilecek ceza yarı oranında artırılarak uygulanacaktır.

TCK madde 140 uyarınca, ilgili suçun işlenmesi sonucunda tüzel kişilerin yarar sağlaması halinde, tüzel kişiler hakkında TCK madde 60 çerçevesinde güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.<sup>62</sup>

Son olarak, kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçu şikâyete bağlı bir suç olmadığını, yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde resen soruşturulması gerektiğini belirtmekte fayda vardır.

### D. Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138)

Bilişim teknolojisindeki hızlı gelişmeler, eski dönemden farklı olarak, kişilere ait bilgilerin sınırlı bir çevre tarafından değil, dünya üzerinde bulunan tüm insanlar tarafından ulaşılabilir bir seviyeye gelmesine olanak sağlamıştır. Bu doğrultuda kişisel verileri etkin korumaya yönelik düzenlemelerin yapılması gerekliliği hâsıl olmuştur.<sup>63</sup>

Verileri yok etmeme suçu ise Türk Ceza Kanunumuzun 138. maddesinde hüküm altına alınmış olup ilgili kanun maddesi uyarınca; verileri yok etmekle yükümlü olanların, kanunda belirtilen süreler sonunda kaydetmiş oldukları kişisel verileri yok etmemeleri halinde belirtilen suçun oluşacağı ve suçun failinin bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. TCK madde 138'in gerekçesinde ise "Bu madde hükmü ile hukuka uygun olarak

<sup>61</sup> Ece Taşçı Aydemir, s. 191.

<sup>62</sup> Eşref Barış Börekçi, s. 125.

<sup>63</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Kitabevi, Ankara 2020, s.552



kaydedilmiş olan kişisel verilerin kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen yok edilmemesi, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır” denilmiştir.<sup>64</sup>

### D.1. Korunan Hukuki Değer

Çalışmamızın başlarında yapmış olduğumuz kişisel veri tanımı ve Anayasal düzenleme ve ilgili suçun TCK “Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar” başlı altında düzenlenmiş olduğu dikkate alındığında da anlaşılacağı üzere, korunan hukuki değer kişinin özel hayatı olduğu belirtilebilir. Ayrıca, kişisel verilerin korunması hakkında yürürlüğe koyulan KVKK’nın varlığı ile TCK kapsamında korunan hukuki değer kişisel verilerin korunması hakkını kapsadığını da belirtmek gerekmektedir.<sup>65</sup>

Öğretide, kamu idaresi tarafından kaydedilen kişisel verilerin TCK madde 138 kapsamında yok edilmemesi halinde idarenin de güvenirliliğinin zedelenecek olmasından ötürü, işbu suçun korunan hukuki değerine kamu idaresinin güvenirliliğinin ve işleyişinin de dahil olması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttur.<sup>66</sup>

### D.2. Suçun Maddi Unsurları

#### a) Fiil

Türk Ceza Kanunu’nun 138 maddesinin 1. fıkrasında suç; kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına rağmen verileri sistem içinde yok etmekle görevli kişilerin bu görevlerini yerine getirmemeleri şeklinde tanımlanmıştır.<sup>67</sup>

Yok etmek; *“ortadan kaldırmak, ifna etmek, izale etmek, varlığına son vermek”* şeklinde tanımlanmıştır. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik’in 9. maddesinde de yok etmek, *“kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi”* şeklinde

<sup>64</sup> Ozan Selek, Kişisel Verilerin Korunması ve Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138), Onikilevha, İstanbul 2021, s. 104,105.

<sup>65</sup> B. Nur Parlak, s.89.

<sup>66</sup> Ozan Selek, s.108.

<sup>67</sup> Ozan Selek, s.116.

açıklamış ve genel olarak yok etme, silme ve anonim hale getirmeyi “imha” olarak tanımlamıştır.<sup>68</sup> TCK’nın 138. maddesine göre de yok etme, fiziki belgelerin tekrardan temin edilemeyecek şekilde ortadan kaldırılmasını, bilişim sistemlerinde, dijital ortamlarda muhafaza edilen verilerin ise herhangi bir kopyası kalmayacak şekilde silinmesi şeklinde ifade edilebilmektedir.<sup>69</sup>

“İhmal” kelimesi anlam olarak, kişinin yapmak zorunda olduğu bir eylemi gerçekleştirmemesi olarak tanımlanabilir. Ancak, ceza hukuku bakımında dikkate alınacak ihmali eylemler, sadece hukuk kuralları ile ters düşen hareketler olacaktır. Buna göre; Hukuki olarak ihmali hareket, hukuki olarak yapılması zorunlu kılınan hareketlerin yapılmaması olarak tanımlanabilecektir.<sup>70</sup> Yapmış olduğumuz tanımlamalar neticesinde, TCK 138’de düzenlenen suçta, yok etme görevinin gerçekleştirilmemesi şeklinde bir ihmali hareketin varlığı halinde suçun oluşacağı anlaşılmaktadır.<sup>71</sup> Bu kapsamda, verileri yok etmeme suçunu ihmali suçun bir örneği olarak gösterebiliriz. Bu suçumuzda, kanun, kişiyi belirli bir durumun önlenmesi ile sorumluluk altına sokmakta, sadece sorumluluğun yerine getirilmemesini cezalandırmaktadır.<sup>72</sup>

Bu suçun TCK kapsamında işlenebilmesi için öncelikle dikkat edilmesi gereken husus; ortada hukuka uygun olarak kayıt altına alınmış bir verinin var olmasıdır. Failin eyleminin suç teşkil edebilmesi için ise, hukuka uygun olarak kayıt altına alınmış olan verinin, failin görevi olmasına rağmen kanuni süresinin sona ermesinden sonra yok edilmesi işlemini yapmaması unsuru aranacaktır.<sup>73</sup>

## b) Konu

TCK madde 138 kapsamında hüküm altına alınmış olan yok etmeme suçunun konusu, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz; kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ve kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçlarında olduğu gibi, kişisel verilerdir.

<sup>68</sup> B. Nur Parlak, s.91.

<sup>69</sup> Ozan Selek, s.116.

<sup>70</sup> Önder Tozman, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, *TBB Dergisi*, 2009, Sayı 84, s. 160., Erişim Tarihi: 06.07.2022

<sup>71</sup> B. Nur Parlak, s.92.

<sup>72</sup> Ozan Selek, s.117.

<sup>73</sup> M. Volkan Dülger, s..593, 595.

### c) Mağdur

Verileri yok etmeme suçunun mağduru doktrinde tartışmalara yol açmış ve iki ayrı görüş olarak karşımıza çıkmıştır. İlk görüşe göre, suçla korunan hukuksal değer konusunda belirtildiği üzere bu suç tipiyle kamu idaresine duyulan güven korunduğu için suçun mağduru-nun kamu olacağıdır. Bu durumda verileri yok edilmeyen ilgili kişi de suçtan zarar gören sıfatıyla yargılamaya katılabilecektir. İkinci görüşe göre de suçun mağduru kişisel verileri silinmeyen ilgili kişilerdir.

### d) Fail

Adı geçen suç tipinde fail; verileri sistem içinde yok etmekle görevli olan kişidir. Faili sadece kamu görevlisi olarak tanımlamamak gerekmektedir. KVKK ve Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik uyarınca görüleceği üzere; kişisel verilerin korunmasında sorumluluk "veri sorumlusuna" verilmiştir. 6698 sayılı Kanunun 3. maddesinde veri sorumlusu, "kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Görüleceği üzere; veri sorumlusu için gerçek veya tüzel kişi ayrımı yapılmamış, aksine veri sorumlusunun gerçek veya tüzel kişi olabileceği belirtilmiştir. Buna göre, TCK madde 138 kapsamında zamanı geldiğinde veriyi silmesi gereken gerçek ve tüzel kişileri fail olarak belirtmekte sakınca görülmemektedir.<sup>74</sup>

### D.3. Nitelikli Haller

Kişisel verileri yok etmeme suçunun hüküm altına alınmış TCK 138. maddesinin 2. fıkrasında "Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması halinde verilecek ceza bir kat artırılır" Düzenleme yapılarak, ilgili suçun nitelikli hali hüküm altına alınmıştır.<sup>75</sup>

### D.4. Suçun Manevi Unsurları

İncelemesini yapmış olduğumuz, kişisel verileri kaydetme ve kişisel verileri verme, yayma veya ele geçirme suçlarında olduğu gibi,

<sup>74</sup> M. Volkan Dülger, s.592.

<sup>75</sup> M. Volkan Dülger, s. 597.

bu suçumuzun da manevi unsuru kasıt olup, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>76</sup>

## D.5. Özel Görünüş Biçimleri

### a) Teşebbüs

İlgili suçun ihmali bir suç olduğu göz önüne alındığında, suçun gerçekleşmesi için aranan eylemlerin teşebbüs aşamasında kalmış olması mümkün olmayacaktır.<sup>77</sup>

### b) İştirak

Diğer suç tiplerinde olduğu gibi, kişisel verileri yok etmeme suçunda da iştiraktan söz edilebilmektedir. Ancak, diğer suçlardan farklı olarak, ilgili suçun maddi unsurları da dikkate alındığında TCK 39. maddenin 2. fıkrasının “b” ve “c” bentlerinin kişisel verilerin yok edilmemesi suçunda vuku bulması mümkün görünmemektedir.<sup>78</sup>

### c) İçtima

Kişisel verileri yok etmeme suçu, kişisel verileri kaydetme ve kişisel verileri verme, yayma ve ele geçirme suçlarında belirttiğimiz gibi zincirleme işlenebilen bir suçtur. Bu durumda, faile tek bir suçtan ceza verilecek olup, verilecek ceza artırılabilecektir. Verileri yok etmeme suçunun, birden fazla kişiye tek bir hareketle işlenmesi halinde, faile verilecek ceza dörtte üçüne kadar artırılabilecektir. Ayrıca failin yok etmediği kişisel verileri yayması veya başkasına vermesi halinde ise TCK'nın 136. maddesinde hüküm altına alınan suç tipi oluşmuş olacak ve fail hakkında gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır.<sup>79</sup>

## D.6. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Kanunlarda öngörülmüş süreler içerisinde kişisel verilerin yok edilmemesi halinde, 138. madde uyarınca suç oluşmuş sayılacaktır. Aynı zamanda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 7. maddesine

<sup>76</sup> Şaban Cankat Taşkın, s. 113.

<sup>77</sup> B. Nur Parlak, s. 129.

<sup>78</sup> Şaban Cankat Taşkın, s. 113.

<sup>79</sup> Sinem Göçmen Uyarer, s. 208.

aykırı hareket edilmesi halinde de işbu suç işlenmiş sayılacak ve suça konu yaptırım uygulama alanı bulacaktır.

Kişisel verileri yok etmeme suçunda esas olarak kanuna aykırılıktan söz konusu olduğundan, veri sahibinin açık rızasının varlığı suça konu fiilin işlenmesini hukuka uygun hale getirmeyecek ve ilgilinin rızası bu suç kapsamında hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir.<sup>80</sup>

### D.7. Yaptırım

TCK madde 138 uyarınca, kişisel verileri yok etmeme suçunu işleyenler hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecektir. Aynı maddenin 2. fıkrasındaki nitelikli hallerin varlığında ise, fail hakkında verilecek ceza yarı oranında artırılarak uygulanacaktır.<sup>81</sup>

Suçun işlenmesi neticesinde, tüzel kişilerin hukuka aykırı bir şekilde yarar sağlaması durumunda, TCK madde 60 kapsamında tüzel kişi hakkında özel güvenlik tedbirleri uygulama alanı bulacaktır.<sup>82</sup>

## SONUÇ

Teknolojinin gelişmesiyle internet kullanımının hızla artması kişisel verilerin önemini de aynı hızla arttırmış bulunmaktadır. Kişisel verilerin bu denli hızlı bir şekilde yayılmaya başlamış olması, kişisel veri sahibi gerçek kişilerin özgürlüğünü kısıtlamış ve kendini özgür hissetme duygularını ellerinden almıştır. Bu kapsamda, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yapılması zorunluluğu yadsınamaz şekilde gün yüzüne çıkmış ve 2016 yılında onaylanan global anlamda en kapsamlı mevzuat çalışması olan Avrupa Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) 2018 yılında yürürlüğe konulmuştur. Ülkemizde de kişisel verilerin korunmasına ilişkin 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK), 2016 yılında yürürlüğe girmiştir.

2016 yılında Hukukumuzda yerini alan KVKK genel anlamda kişisel veri ihlallerini önleyici şekilde düzenlenmiş, ihlallerin gerçekleşmesinden sonra uygulanacak yaptırımlar da 5237 sayılı Türk Ceza

<sup>80</sup> Ece Taşçı Aydemir, s. 207.

<sup>81</sup> M. Volkan Dülger, s. 600.

<sup>82</sup> B.Nur Parlak, s.134.

Kanunu'nun "Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenleme alanı bulmuştur. Bu başlık altında toplanan suçlar, yukarıda detaylı olarak incelediğimiz üzere; kişisel verilerin kaydedilmesi, kişisel verilerin verilmesi, yayılması veya ele geçirilmesi ve kişisel verilerin yok edilmemesine ilişkin hukuka aykırı eylemlerin gerçekleşmesi durumunda uygulanacak cezai yaptırımları hüküm altına almıştır. Bu nedenle, KVKK kapsamında kişisel verilerin korunmasıyla alakalı suçlar için TCK'nın ilgili suçlar için hüküm altına aldığı maddeler işaret edilmiştir.

Teknolojinin hızla gelişmesi, bununla birlikte e-ticaret olgusunun tüm dünyayı sarması ve büyük veri tabanlarını elinde bulunduran şirketlerin toplamış olduğu kişisel verilerden maddi kazanç elde etmesi neticesinde; kişisel verilere karşı talep ve müdahalelerin de artmasına olanak sağlanmıştır. Bu nedenle, uluslararası çalışmalarla kişisel verilerin korunmasına yönelik hukuki düzenlemeler artırılmakta ve özellikle Avrupa ülkelerinin ulusal mevzuatları bu kapsamda güncellenmektedir. Ülkemizde ise TCK'nın 135, 136 ve 138. maddeleriyle, kişisel verileri ihlal eden kimseler hakkında cezai yaptırımlar uygulanabileceği alanı bulmuştur. 6698 sayılı Kanun kapsamında ise kişisel verileri ihlal edenler için genel olarak uygulanacak idari para cezaları hüküm altına alınmıştır. TCK kapsamında hüküm altına alınan, kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tipleri incelenirken, TCK ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak TCK'nın kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir kanun olmadığı ve KVKK'nın yürürlük tarihi ile arasındaki zaman farkının çok olması, iki kanun arasındaki içerik ve terim yönünden farklılıklar oluşmasının en temel sebeplerindedir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında yapılması planlanan değişikliklerin zaman kaybetmeden gerçekleştirilmesi ve özellikle yapılacak değişikliklerin Avrupa Birliği düzenlemeleriyle eş değer boyutta olması gerekmektedir. Yapılacak değişikliklerle birlikte, Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından verilmeye başlanan ilkesel kararların çoğalması ve özellikle toplumun kişisel verilerin önemi konusunda bilinçlendirilmesi neticesinde, TCK ve KVKK arasındaki farklılıklarında giderilebileceği, yargı kararlarında ve uygulamada yaşanan kişisel verilerin korunmasına ilişkin karışıklık ve uyuşmazlıkların da daha sağlıklı hukuki çözümlere kavuşturulabileceği kanaatindeyiz.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aysun Melike Köse, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135) , Seçkin Yayıncılık, Ankara 2018
- Artuk M. Emin, Gökcen Ahmet, Alşahin M. Emin, Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2021
- Börekçi Eşref Barış, Kişisel Verileri Verme Yayıma veya Ele Geçirme Suçu, Onikilevha, İstanbul 2020
- Çekin Mesut Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2020
- Dursun Yonca, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Korunması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021
- Dülger M. Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku (Kişisel Verilerin Korunması), Hukuk Akademisi Yayınları, İstanbul 2019
- Dülger M. Volkan, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2020
- Hisli Merve Ezgi, İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Platon Yayıncılık, İstanbul 2021
- Koca Mahmut, Üzülmaz İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Kitapevi, Ankara 2020
- Korkmaz İbrahim, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2017
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Turhan Kitabevi, Ankara 2018
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017
- Çağlayan Ramazan, Koca Mahmut, Saka Rıza, Avrupa Birliği Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından Kişisel Verilerin İmhası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020
- Selek Ozan, Kişisel Verilerin Korunması ve Verileri Yok Etmeme Suçu (TCK m. 138), Onikilevha, İstanbul 2021
- Taşkın Şaban Cankat, Bilişim Suçları, Beta Yayınevi, İstanbul 2008
- Töngür Ali Rıza, Çetintürk Ekrem, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2020

### Tezler

- Avcı Yasemin, Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya 2019
- Parlak B. Nur, Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Verileri Yok Etmeme Suçu (TCKm.138), Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2021
- Şimşek Sıla Türkan, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, T.C. Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul 2020



Taşçı Aydemir Ece, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, İstanbul 2022

Uyarer Göçmen Sinem, 6698 Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2019

### **Makaleler**

Sınar Hasan, "Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136), *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2020, Erişim Tarihi: 07.10.2022, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1187047>

Tozman Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", *TBB Dergisi*, 2009, Erişim Tarihi: 06.07.2022, Erişim: <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-84-546>

Yücedağ Nafiye, "Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2017, Sayı 2 Erişim Tarihi: 08.08.2022, Erişim: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/470647>

### **Mahkeme Kararları**

Yargıtay 12. Ceza Dairesi E.2019/973, K. 2020/218, T. 08.01.2020

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2012/12-1510, K. 2014/334, T. 17.06.2014

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2014/10479, K. 2018/4622, T. 21.06.2018

# TÜRK CEZA HUKUKUNDA HİLENİN ANLAŞILIŞ BİÇİMLERİ VE BAZI EKONOMİK SUÇLARA YANSIMASI\*

THE UNDERSTANDING OF FRAUD IN TURKISH CRIMINAL LAW  
AND THE REFLECTIONS ON SOME ECONOMIC CRIMES

Gökçe SERİM\*\*

*“ - Bak Ali sen bu yumurtayı kaynatırsan hiç kırılmaz.  
- Olmaz, yapmam, hilelik olur”.<sup>1</sup>*

**Özet:** Hile, pek çok suçun unsurunu veya nitelikli halini oluşturur. Bununla birlikte gerek 765 sayılı Ceza Kanunu döneminde, gerekse 5237 sayılı TCK döneminde, hilenin tanımı ve kapsamı konusunda ortak bir görüş sağlanamamıştır. Dolayısıyla dünden bugüne, sınırları hakkında doktrinde herkesin farklı bir fikir ürettiği kavramlardan biridir.

Doktrinin, üzerinde uzlaşa sağlayamadığı bir diğer konu, “ekonomik suçlardır”. Adı dahi henüz net şekilde oturtulamamış bu kavrama hangi suç tiplerinin kesin olarak dâhil olduğu tartışılmaktadır. Bu konuda elimizde bulunan en net veri, TCK’nın “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” bölümüdür. Ekonomik suçlar, elbette TCK ile ve bu bölümde yer alan suçlarla sınırlı olmamakla birlikte bu çalışmada, TCK ile sınırlandırma tercih edilerek; ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma ve fiyatları etkileme suçları üzerinde durulmuştur. Bu şekilde, iki tartışmalı husus olan hile ve ekonomik suç kavramının kesiştiği bir alana ulaşılmıştır.

Ekonomik suç olarak ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma ve fiyatları etkileme suçlarının maddi unsurunda hile yer alır. Bu çalışmada, öncelikle hile kavramı geniş bir çerçeveye inceleneyecek; sonrasında bu suçlar, yalnızca hile unsuru ve hilenin çalışmada analiz edilen önemli noktalarıyla sınırlı olarak ele alınacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Ekonomik Suç, Hile, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar

\* Bu konu üzerinde çalışmamı sağlayan hocam Prof. Dr. Çetin Arslan’a ve makalenin kaleme alınmasında bana destek olan Hocam Prof. Dr. Türkan Yalçın’a teşekkür ediyorum.

\*\* Arş. Gör., Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, serimgokce@gmail.com, ORCID 0000-0002-5900-5282, Makalenin Gönderim Tarihi: 11.03.2022, Kabul Tarihi: 17.11.2022

<sup>1</sup> Mayıs Sıkıntısı, Yön. Nuri Bilge Ceylan, 1999.

**Abstract:** Fraud constitutes the element or aggravating circumstances of many crimes. However a common view on its definition and scope could not be achieved both in the period of the criminal code Law No. 765 and the period of the Turkish Criminal Code (TCC) Law No. 5237. Therefore, it is the only concept on which everyone has a different idea in the doctrine about its borders from past to present.

Another issue on which the doctrine cannot reach a consensus is economic crimes. It has been debated which types of crime are definitely included in this concept although the title has not been clearly established. The clearest data we have on this subject is the “Crimes Related to Economy, Industry and Trade” in the TCC. Although economic crimes are of course not limited to the TCC and the crimes in this section; in this study, the crimes of bid rigging, rigging in the fulfillment of execution and influencing prices are emphasized by choosing to limit it with the TCC. In this way, the intersection of two controversial issues, fraud and economic crime, has been reached.

There is fraud in the material element of the crimes of bid rigging, rigging in the fulfillment of execution and influencing prices as economic crimes. In this study, first of all, the concept of cheating will be examined within a broad framework; subsequently these crimes will be limited to the fraud element and the important points of fraud analyzed in this study.

**Keywords:** Economic Crime, Fraud, Crimes Related to Economy, Industry and Trade

## I. GENEL OLARAK

Hile, Türk Ceza Kanunu’nda pek çok düzenlemede kullanılan bir ifadedir. Buna göre TCK m. 103 çocukların cinsel istismarı; m. 104 reşit olmayanla cinsel ilişki; m. 109 kişiyi hürriyetinden yoksun kılma; m. 157 dolandırıcılık; m. 161 hileli iflas; m. 227 fuhuş; m. 230 hileli evlenme; m. 235 ve 236 ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma; m. 237 fiyatları etkileme; m. 247 zimmet; m. 257 irtikâp; m. 290 resmen teslim olunan mala el konulması ve bozulması; m. 322 savaş zamanında yükümlülükler; m. 326 devletin güvenliğine ilişkin belgeler; m. 332 askeri yasak bölgelere girme suçlarında hile bazen unsur bazen de nitelikli hal olarak belirlenmiştir.

Bu çalışmanın konusu, ekonomik suçlarda hiledir. Bahsi geçen suçlardan, Kanun’un, ekonomik suç olarak belirledikleri yalnızca, ihaleye ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları ile fiyatları etkileme suçudur. Bununla birlikte, çalışmada izah edileceği gibi ekonomik suçların nelerden ibaret olduğu tartışmalı bir husustur. Hile konusu ve suçlarda

başvurulabilecek hile yöntemleri çok çeşitli olabilir ancak kavramsal olarak hile, bu suçlarda benzer özellikler gösterir. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle, herhangi bir suç ayırımı yapılmaksızın genel olarak suç tiplerinde hile kavramı irdelenmiştir. Bununla birlikte bir ekonomik suç tipi olmamakla birlikte<sup>2</sup> dolandırıcılık suçunda tipiklik açısından hile unsuru başat rolü oynadığı için<sup>3</sup> bu suç tipiyle ilgili doktrindeki görüşlerden daha fazla yararlanıldığı belirtilmelidir.

Çalışmanın en son kısmında ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma ve fiyatları etkileme suçları, hile ile ilgili en çok tartışılan hususlar yönünden ele alınmıştır. Tartışmalı noktalarla ilgili doktrindeki görüşlere tek tek yer verilerek, konuyla ilgili önemli Yargıtay kararları, örnek kabilinden aktarılmıştır.

## II. EKONOMİK SUÇ KAVRAMI

Ceza hukukunda ekonomik suçları ifade eden tek bir terim mevcut değildir. Bu minvalde olmak üzere doktrinde, ekonomik suç, mali suç, ticari suç, ticari yaşamı ilgilendiren suç gibi terimler kullanılmakta; bankacılık, rekabet, patent, sigorta, yolsuzluk,<sup>4</sup> kara para aklama,<sup>5</sup> sermaye piyasası,<sup>6</sup> kaçakçılık,<sup>7</sup> beyaz yaka suçları ve finansal suçlar<sup>8</sup> gibi konu ve alanlarda gerçekleştirilen suçlar, geniş anlamda ekonomik suç olarak kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Bunun yanında, ekonomik suçlar bir üst kavram olarak belirlenerek; mali ve ticari suçların, ekonomik

<sup>2</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 13. baskı, Ankara 2018, s. 933.

<sup>3</sup> Mustafa Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yay., 4. baskı, Ankara 2020, s. 613.

<sup>4</sup> Süleyman Aydın/Yakup Yılmaz, Yolsuzluk ve Mali Suçlar, Adalet Yay. 3. baskı, Ankara 2010, s. 45-49.

<sup>5</sup> Hasan Dursun, "Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 221.

<sup>6</sup> Caner Yenidünya, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler" içinde İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012) Konferans Bildiri Kitabı, Adalet Yay., Ankara 2013, s. 88.

<sup>7</sup> Sahir Erman, Ticari Ceza Hukuku Kaçakçılık Suçları C. IV, İsmail Akgün Vakfı Mat., İstanbul 1981, s. 1-5.

<sup>8</sup> Aykut Alp Kapusuzoğlu, Mali ve Ticari Ceza Hukuku Rehberi, Mega Yay., İstanbul 2018, s. 33, 89.

<sup>9</sup> Veli Özer Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap - Genel Hükümler, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2020, s. 21, 32.

suç kapsamına dâhil olduğu da ifade edilmektedir.<sup>10</sup> Dolayısıyla bu kavramları, belli bir suç tipini yansıtan hukuksal terimler olarak değil; ortak bir özellik altında toplanan, benzer hukuki konuyu ihlal eden belli suç tipleri olarak algılamak gerekir.<sup>11</sup> Zira hukuki konu, ceza normu ile olası ihlallere karşı korunması amaçlanan hukuki varlık veya menfaattir.<sup>12</sup>

TCK, ekonomi alanında işlenen suçları, “*Topluma Karşı Suçlar*” kısmının, “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” bölümünde düzenlemiştir. Bununla birlikte, bu suçlar, yalnızca TCK’da yer alanlardan ibaret olmayıp özel kanunlarda da yer almaktadır. Bahsedilen tercih, kanun koyucunun, bu bölümde yer alan suçlardan ne kastettiğinin ve bunların, bu alana dâhilmiş gibi görünen diğer suçlardan farklılıklarının anlaşılmasını sağlamaktadır.<sup>13</sup>

Ortak bir husus olarak denebilir ki ekonomik bir ilişkide bulunması gereken temel unsurlardan olan, güvenin kötüye kullanılmasıyla oluşan, ekonomik düzenin bütünlüğünü bozmaya yönelik<sup>14</sup> suçlar, ekonomik suç kategorisine dâhildir. Bu suçların ayırıcı özelliği, her suçta olduğu gibi belli yararları ihlal etmelerinin yanında toplumun ekonomik sistemini tehlikeye sokmalarıdır.<sup>15</sup> Şüphesiz, bireylerin ekonomik menfaatlerine ve bunlara zarar vermeye yönelik bazı bireysel suçlar da ekonomik düzeni belli yönlerden ve belli oranlarda etkileyebilir. Fakat burada, ekonomik suçları belirleyen önemli nokta, doğrudan ve birincil olarak, devletin ekonomik düzenine yansıyan bir etkinin mevcudiyetidir.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Şehnaz Cin Şensoy, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri” içinde Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, Galatasaray Üniversitesi Yay., s. 831.

<sup>11</sup> Tercan Tiryaki/Türker Gürsoy, “Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, 2004, S. 55, s. 54; Cin Şensoy, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, s. 834.

<sup>12</sup> Nevzat Toroslu, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., No. 273, Sevinç Mat., Ankara 1970, s. 87.

<sup>13</sup> Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap – Genel Hükümler, s. 21.

<sup>14</sup> Cin Şensoy, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, s. 840.

<sup>15</sup> Sulhi Dönmezer, “Ekonomik Suçlar”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1985, S. 7, s. 22.

<sup>16</sup> Asuman Aytekin İnceoğlu, “Ekonomik Suçlar”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 1, s. 124.

Dolayısıyla denebilir ki ekonomik suçların hukuki konusu ve ayırıcı özelliği bireysel bir yarardan ziyade, kamu yararadır. Zira liberal hukuk sistemlerinde devlet, ekonomiye istisnai olarak müdahale eder.<sup>17</sup> Bu nedenledir ki hırsızlık, dolandırıcılık gibi, bireylerin işlediği ekonomik yönü olan suçlar, bahsi geçen boyutta bir kapsama ulaşmadığı için ekonomik suçlar alanına dâhil değildir.<sup>18</sup>

Kişiler arasındaki ekonomik ilişkilerde, asgari ölçüde bir güven yer almalıdır. Bu nedenle, bu tür ilişkilerde hile yoluyla bahsi geçen güvenin bozulmasına sebebiyet verecek hareketler cezalandırılmaktadır.<sup>19</sup> İkili ekonomik ilişkilerde aranan bu güvenin, ekonomik sistemi az ya da çok etkileyen ilişkilerde aranmaması beklenemez. Bu nedenle ekonomik suçlarda hile hareketleri ayrıca incelenmiştir.

### III. HİLE KAVRAMI

#### A. HİLEYİ TANIMLAMA ÇABALARI

Hile, tanımlanması zor bir kavram olup modern çağda<sup>20</sup> gelişen teknolojinin getirdikleri ile tanımlanması daha da zorlaşmıştır.<sup>21</sup> Sözlükte, birini aldatmak için yapılan düzen, desise olarak ifade edilen<sup>22</sup> hileye<sup>23</sup> ilişkin olarak TCK'da bir tanım yer almamaktadır.

<sup>17</sup> Murat Sadak, *Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu*, Legal Yay., 1. baskı, İstanbul 2016, s. 22.

<sup>18</sup> Cin Şensoy, *Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri*, s. 829.

<sup>19</sup> Faruk Erem, *Dolandırıcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1956, s. 3.

<sup>20</sup> Roma hukukunda hile (dolus); birini aldatarak, esasında yapmayacağı bir işlemi, zarar verme amacıyla yaptırmak olarak tanımlanmıştır. Hile ile oluşturulmuş bir sözleşme, Eski Hukuk Dönemi'nde şekle bağlı işlemlerin şekline atfedilen önem nedeniyle geçerli kabul edilmekteydi. İlerleyen dönemde, MÖ 1. yüzyılda bu durumun hakkaniyete uygun olmadığı düşüncesiyle, dürüstlük kuralına aykırı bir hareket olan hileye dayalı hukuki işlem yapanlar cezalandırılmıştır. Bundan sonra, hukuki işlemlerde hile yapanlara karşı, işlemin geçersizliğini sağlayacak bir özel hukuk davası açılmasının yanında; hile yapının şerefsiz (infamia) olarak mahkûm edilmesiyle sonuçlanacak bir ceza davası getirilmiştir. Özcan Karadeniz Çelebican, *Roma Hukuku Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması*, Yetkin Yay., 13. baskı, Ankara 2008, s. 214; Bengi Sayın Korkmaz, "Roma Hukuku'nda Hile (Dolus) Kavramı", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 427; Özlem Söğütü, *Roma Özel Hukuku*, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2022, s. 354; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, Filiz Kit., İstanbul 2006, s. 200.

<sup>21</sup> Sami Selçuk, *Dolandırıcılık (Evrimi - Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri)*, Yasa Yay., 1. Bas., Ankara 1982, s. 89.

<sup>22</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 06.01.2022).

<sup>23</sup> Ekonomik ve finansal açıdan kabul edilen hile çeşitleri için bkz. Utku Altunöz/

765 sayılı Kanun döneminde dolandırıcılık suçuna ilişkin hüküm,<sup>24</sup> öncelikle hile yanında sanianın varlığını aramaktaydı. Kanun'da sonradan yapılan değişiklikle bu ifade kaldırılarak, hile yanında desise kavramı kullanılmıştır.<sup>25</sup> Sania,<sup>26</sup> düzme, uydurma, tuzak, hile ifadeleriyle eş anlamlı kabul edilir.<sup>27</sup> Desisenin, hile ve aldatma ifadeleriyle anlamdaş olmasının<sup>28</sup> yanında; hilenin, desiseyi de kapsayan bir üst kavram olduğu kabul edilmiştir.<sup>29</sup>

Hile ile benzer bir hukuki kavram, aldatmadır. Aldatma, sözlükte, yanıltmak, birinin dikkatsizliğinden yararlanarak kazanç sağlamak, yalan söylemek, yanlış kanı uyandırmak olarak tanımlanır.<sup>30</sup> Doktrinde ise bir kimsenin, hileli davranışlarla başka birini kandırması, hataya düşürmesi;<sup>31</sup> bir kişinin bilgisizliğinden yararlanılarak, kazanç elde edilmesi olarak ifade edilmektedir.<sup>32</sup> Aldatma bir sonuç olarak kabul edilirse, hile bu sonuca ulaşabilmek adına kullanılan bir araç olarak değerlendirilebilir.<sup>33</sup> Her halükârda iki kavram birbiriyile bağlantılı ve hatta iç içedir.

- 
- Hasip Altunöz, *Hile Ekonomisi, Piyasalarda Yatırımcı Psikolojisi ve Finansal Skandallar*, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2020, s. 27-67.
- <sup>24</sup> Madde 503; "Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağladığı haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezası verilir. Fiili, mağdurda esasen var olan hatadan, hile ve desise kullanmak suretiyle yararlanarak gerçekleştiren kişi hakkında da birinci fıkrada yazılı ceza uygulanır".
- <sup>25</sup> 765 sayılı Kanun, hile unsurunu kimi suçlarda tek başına aramakla beraber; dolandırıcılık suçu yanında, md. 131, md. 291 ve md. 294'te yer alan suçlarda da hile ile desise unsurunu beraber aramıştır.
- <sup>26</sup> Sanianın, maddi hareketlerle, hilenin ise maddi olmayan hareketlerle mağdurun yanıltılması olduğu ancak çoğu olayda bunların birlikte bulunduğu doktrinde kabul edilmiştir. Faruk Erem, *Dolandırıcılık*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1956, s. 6, 13.
- <sup>27</sup> Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, Yetkin Yay., 3. baskı, Ankara 2005, s. 589.
- <sup>28</sup> Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Beta Yay., 16. baskı, İstanbul 2001, s. 454.
- <sup>29</sup> Volkan Maviş, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 2015, C. 1, s. 606.
- <sup>30</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 06.01.2022).
- <sup>31</sup> Zeki Hafızoğulları/ Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yay., 5. baskı, Ankara 2016, s. 405.
- <sup>32</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 714.
- <sup>33</sup> Ali Şahin Kılıç, "Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme" içinde *Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara 2018, Seçkin Yay., s. 323.



Görüldüğü gibi, bu tip kavramlar, hilenin içerisine dâhil olduğundan ve 5237 sayılı TCK bunları ifade etmek için genel olarak hile ifadesini kullanmış olduğundan, bunları birbirinden ayırarak incelemenin konumuz açısından bir gereği yoktur.

Bunun yanında, çalışmanın başında ifade edildiği gibi, hile, ceza hukukunda pek çok suç tipinde bulunan genel bir ifadedir; dolayısıyla kanuni tanım, farklı unsurlar aramadığı sürece hile, tüm suç tiplerinde benzer şekilde yorumlanmalıdır.<sup>34</sup>

Doktrinde, hangi tip hareketlerin hile olarak kabul edileceğinin belirlenmesi üzerinden bir hile tanımı yapma çabası mevcuttur. Bu çaba, konumuz açısından, hangi durumlarda hile hareketinin suç oluşturacağını ve sorunun çözümüne, özel hukuk kuralları yanında ceza hukuku kurallarının da dâhil olması gerektiğinin anlaşılmasından ibarettir. Bu konu, yalan söyleyen bir kişinin yalanının hangi durumda ceza hukukuna, hangi durumda özel hukuka dâhil olacağını belirlenmesini de gerektirir. Bunun yanında, icrai bir hareket oluşturmamakla birlikte, aldatma sonucunu doğuran ihmali hareketlere ceza hukuku anlamında hile sıfatı verilip verilemeyeceği konusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Ayrıca, hileli hareketin kandırabilme kapasitesi, böyle bir kapasiteye sahip olup olmamasının gerekliliği de önem taşır. Dolayısıyla, hile tanımı, bu gibi konularla iç içe geçmiş olmasının yanında, bunların hepsine bir cevap bulunmasıyla aydınlığa kavuşacaktır.

Doktrinde, gerçeğe uymayan bir hareketin, hile olarak değerlendirilebilmesi için karşı tarafı kandırabilecek bir ağırlığa ulaşmış olması gerektiğini kabul ederek, bu anlayış üzerinden hile tanımı yapan görüşler<sup>35</sup> mevcuttur. Yapılan tanımlamaların ayırıcı unsuru, hareketin niteliği belirlenirken bakılması gereken yer ve özelliklerdir.

Hileli hareketin niteliği konusunda nesnel bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunan görüş,<sup>36</sup> herkesin, ilişkilerinde dikkatli

<sup>34</sup> Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2014, s. 7135.

<sup>35</sup> Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 405; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2017, s. 555; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 715.

<sup>36</sup> Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 405; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, Beta

davranması gerektiğinden, gerekli özeni kendisi göstermeyen kişiyi hukukun korumayacağından hareket eder. Bu görüşe göre; nesnel bir değerlendirme, herkes için ortak deneyimlere uygun olmalıdır. Bu durumda, eğer ortada bu kapsamda bir hile mevcut değilse, mevzubahis suç açısından işlenemez suç<sup>37</sup> söz konusu olacaktır. Benzer bir görüş,<sup>38</sup> hileyi, kişilerin belli vakıalar hakkında yanıtılması olarak tanımlayarak, her halde hileli hareketin, aldatmaya elverişli olması gerektiğini; aldatmaya elverişli olmayan bir hareketin, somut olayda kişiyi aldatmış olsa dahi suç oluşturacak nitelikte bir hile tanımına uymayacağını kabul eder.

Hilenin niteliği konusunda öznel bir değerlendirme yapılması gerektiğini savunan görüşe göre,<sup>39</sup> aldatılanın durumuna bakılması ve onu kandırmaya yetecek bir hile yapan kişinin hareketinin hile kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle hilenin kabulü için belli bir ağırlığa ulaşmış özel hareketlerin varlığının aranması anlamsızdır. O kişiyi kandırmaya yetecek hile, o olay için hile kabul edilmeli; ortalama bir kişiyi kandırabilecek nitelikte bir hareketin varlığı aranmamalıdır.

Bir görüş,<sup>40</sup> hilenin belirlenebilmesi için hem nesnel hem de öznel bir değerlendirme yapılması gerektiğini ancak bu iki değerlendirmenin birlikte ortak bir kanaat oluşturmadığı durumlarda nesnel değerlendirmeye öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Hilenin varlığı için, belli bir ağırlığa ulaşmış olmasını aramayan görüşe<sup>41</sup> göre, TCK'da hileyle ilişkin bir tanımlama yapılmış olmaması

---

Yay., 5. baskı, İstanbul 2021, s. 508; Necati Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2014, s. 136.

<sup>37</sup> Ceza kanununu ihlale yönelmiş olmakla birlikte, hareketin elverişli olmaması veya maddi konunun yokluğu nedeniyle suçu oluşturması imkânsız davranışlardır. Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1968, s. 1; İşlenemez suç için doktrinde elverişsiz teşebbüs ifadesi de kullanılmaktadır. Gürkan Özocak, "İşlenemez Suç" içinde Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 2015, s. 955.

<sup>38</sup> Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., 6. baskı, Ankara 2019, s. 690, 694.

<sup>39</sup> Somay Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1987, s. 59; Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 458, 465; Atalan, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, s. 9.

<sup>40</sup> Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 555.

<sup>41</sup> Muammer Ketizmen/Arzu Balan, "Dolandırıcılık Suçu ile İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Arasındaki Farklar Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler"

nedeniyle, hilenin belli bir ağırlığa ulaşmasının aranması, kanunilik ilkesine aykırı ve hukuki güvenliği zedeleyicidir. Bu nedenle, hilede niteliklilik aranmaması gerekir. Benzer şekilde, her ne kadar bu yorum, çok açık hileleri dahi cezalandırmaya ve bu konuda suçların alanını fazla genişletmeye müsait ise de hilenin belli bir seviyeye ulaşmasının aranmasının kanuna uygun olmadığı ifade edilmiştir.<sup>42</sup>

Aldatılan kişinin psikolojisini yanlış yönlendirmek veya dış gerçekliği çarpıtmak suretiyle maddi anlamda bir hata yapmasına sebep olmak bir diğer hile tanımlaması olarak kabul edilebilir.<sup>43</sup> Aldatılan kişinin iç dünyasını yanlış yönlendirmek kapsamında olarak dinî ve ahlaki yönlendirmelerin, hile sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır.

Doktrindeki bir görüş,<sup>44</sup> kişinin inanç veya kanaatlerine yönelik ifadelerin hile oluşturacağını kabul etmezken; bir başka görüş,<sup>45</sup> kişilerin batıl inançlarından yararlanılmasının veya aldatma yoluyla bu tip inançlara yönlendirilmesinin hile oluşturacağını kabul etmiştir.

Gelecekte bir olayın gerçekleşebileceğine dair birtakım bilimsel<sup>46</sup> deliller gösterilmek suretiyle kişilerin aldatılması doktrindeki bir görüşe göre<sup>47</sup> hile oluştururken; bir diğer görüşe göre,<sup>48</sup> inanç veya kanaat kapsamına giren bu gibi ifadeler hile olarak değerlendirilemez.

Ticari hayat birtakım risklerle birlikte yürüdüğü için, yatırım tavsiyeleri, geleceğe yönelik kazanç tasavvurları hile kapsamında yer almaz. Ancak bu kabul, ekonomik suçlar konusunda hilenin gerçek-

inde 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 2020, s. 949.

<sup>42</sup> Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., 9. baskı, Ankara 2018, s. 184; Güneş Okuyucu Ergün, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 12, S. 1, s. 306.

<sup>43</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 183; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 614; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar C. I*, s. 510.

<sup>44</sup> Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 454.

<sup>45</sup> Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 692; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 713; Centel/Zafer/Çakmut, *Kişilere Karşı Suçlar C. I*, s. 514; Atalan, *Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi*, s. 9; Meral Ekici Şahin, *Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme*, Adalet Yay., 1. baskı, Ankara 2019, s. 198.

<sup>46</sup> Koca/Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 692.

<sup>47</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 713.

<sup>48</sup> Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, s. 454.

leşmeyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır.<sup>49</sup> Zira şirketlerin mali yapısıyla veya sermaye piyasasıyla ilgili yanıltıcı bilgiler verme, hile kapsamında 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu m. 106-116 arasında yer alan sermaye piyasası suçlarını gündeme getirmektedir.<sup>50</sup>

Nitekim, konumuz açısından bakıldığında ekonomik suç teşkil eden<sup>51</sup> ve SPK m. 107/2'de<sup>52</sup> yer alan bilgiye dayalı manipülasyon<sup>53</sup> suçunun unsurunu oluşturan yalan, yanlış veya yanıltıcı olmak, hile anlamına gelmektedir.<sup>54</sup>

Hileye ilişkin olarak önemli ve zor olan hususlardan biri, hileye ilişkin kastın varlığı ve tespittir.<sup>55</sup> Kabul edilmelidir ki hile her halde kasten gerçekleştirilen bir harekettir. Yargıtay<sup>56</sup> hileye ilişkin olarak, birtakım söz ve hareketlerle kişinin bilerek ve istenerek aldatılması ifadelerini kullanmaktadır. Bu nedenle dikkatsiz, özensiz veya basiretsiz davranışlar<sup>57</sup> veya ağır kusur<sup>58</sup> hile oluşturmaz.

Yargıtay,<sup>59</sup> hileyi, maddi olmayan yollarla bir kişiyi aldatan düzen, dolap, entrika biçimindeki fiiller olarak tanımlamakta; bu fiillerin,

<sup>49</sup> Mustafa Atalan, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2018, s. 9.

<sup>50</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 713.

<sup>51</sup> Can Yalçın, "Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1, 2020, s. 3507.

<sup>52</sup> "(2) Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar".

<sup>53</sup> Suçun kanuni adı piyasa dolandırıcılığı olmakla birlikte, doktrinde bu suçlar için yerleşik olarak manipülasyon ifadesi kullanılmaktadır. Güneş Okuyucu Ergün, "Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Kapsamında 'Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı Olma Koşulunun Mahiyeti'", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 1, 2021, s. 109.

<sup>54</sup> Okuyucu Ergün, Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Kapsamında "Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı Olma Koşulunun Mahiyeti", s. 114.

<sup>55</sup> Klaus Tiedemann, Ekonomik Ceza Hukuku (çev. Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017, s. 233.

<sup>56</sup> CGK, Esas No. 2019/1-494, Karar No. 2021/41, T. 18.02.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2019-1-494.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>, (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

<sup>57</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 933.

<sup>58</sup> Selçuk, Dolandırıcılık (Evrimi - Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), s. 90.

<sup>59</sup> CGK, Esas No. 2017/23-1184, Karar No. 2021/257, T. 08.06.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2017-23-1184.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>, (Erişim Tarihi: 05.01.2022).

açıkça veya gizli davranışlarla gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Mahkeme,<sup>60</sup> hangi hareketlerin hile oluşturacağına dair net kurallar koymanın çok zor olduğunu; bu nedenle hilenin varlığına dair bir değerlendirmenin her zaman somut olay üzerinden yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu değerlendirmenin, mağdurun durumuna, fiille olan ilişkisine, eğer mevcutsa gizlenen veya değiştirilen belgenin niteliğine göre yapılacağını kabul etmektedir. Görüldüğü gibi Yargıtay'ın bu konuda nesnel veya öznel değerlendirme yapılması gerektiğine dair net bir kuralı bulunmamaktadır.

Kanaatimizce hile, aldatıcılığı belli bir ağırlığa ulaşmış olması gereken, gerçeğe uymayan davranışlardır. Hilenin ağırlığını ve niteliğini belirlemeye yönelik ölçütler koymak mümkün olmayıp somut olay özelliklerine göre değerlendirme yapılmalıdır.

Kanunilik ilkesi uyarınca, suçta ve cezada kıyas ve genişletici yorum yasaktır. Bir suçta yer alan kavramların neyi ifade ettiğini belirlemek anlamına geldiği için yorum yapmak, yasak değil aksine, suç anlamlandırabilmek açısından zorunludur.<sup>61</sup> Hilenin niteliğini belirlerken belli bir ağırlığa ulaşmış olmasını aramak kanaatimizce suçun oluşumu açısından hile ifadesini yorumlamak anlamına gelmekte olup kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir.

## B. CEZAİ HİLE-HUKUKİ HİLE AYRIMI

Mülga Borçlar Kanunu'nda hile terimi kullanılırken,<sup>62</sup> 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda,<sup>63</sup> aldatma terimi tercih edilmiş ancak kav-

<sup>60</sup> CGK, Esas No. 2018/15-372, Karar No. 2021/258, T. 08.06.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-15-372.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>, (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

<sup>61</sup> Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2018, s. 20, dn. 39.

<sup>62</sup> Hile m. 28; "Diğer tarafın hilesiyle akit icrasına mecbur olan tarafın hatası esaslı olmasa bile, o akit ile ilzam olunmaz. Üçüncü bir şahsın hilesine duçar olan tarafın yaptığı akit lüzum ifade eder. Şu kadar ki diğer taraf bu hileye vakıf bulunur veya vakıf olması lazım gelirse, o akit lazım olmaz".

<sup>63</sup> Aldatma m. 36; "Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yapılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."

ramın kapsam ve içeriğinde bir değişikliğe gidilmemiştir.<sup>64</sup> Borçlar hukuku anlamında hile, irade bozukluğu türlerinden biri olduğundan; hile sonucunda yapılan işlem, iptal<sup>65</sup> yaptırımıyla karşılanmaktadır.<sup>66</sup> Zira sözleşme, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan bir borç ilişkisidir.<sup>67</sup> Buna göre hile sonucunda aldatılan taraf, hatası esaslı olmasa dahi özel hukuk sözleşmesiyle bağlı değildir.<sup>68</sup> Başka bir deyişle, hileye uğrayan, TBK m. 39<sup>69</sup> uyarınca sözleşmenin iptalini sağlayabilir.

Buna göre özel hukuk anlamında hile, hukuki işlem yapabilmek için karşı tarafın irade beyanını sağlamak adına gerçeği değiştirmek veya olmamış bir durumu mevcutmuş gibi gösteren hareket veya susma halleridir.<sup>70</sup> Özel hukukta hilenin yaptırma bağlanması açısından ağırlık derecesine bakılmamaktadır.<sup>71</sup> Borçlar hukukunda kabul edilen hilenin kapsamı, ceza hukuku anlamında kabul edilen hilenin kapsamından daha geniştir.<sup>72</sup>

Ceza hukuku hilesi ve özel hukuk hilesi şeklindeki ayırım, liberal düşünceden kaynaklanan, ticari işlere aşırı müdahale edilmemesi ve sözleşmelerin gelişimine ket vurulmaması<sup>73</sup> anlayışından doğmuştur. Türkiye’de hilenin, unsur olarak kullanıldığı ekonomik suçların yoğun bir şekilde işlenmeye başladığı yıllar da liberal akımın yük-

<sup>64</sup> Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kit., 17. baskı, Ankara 2013, s. 201.

<sup>65</sup> İptal yaptırımında, aldatılan kişi, iptal hakkını kullanıncaya kadar sözleşme geçerliliğini korur; ancak iptal hakkını kullanırsa, sözleşme baştan itibaren geçersiz olur. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 16. baskı, Ankara 2014, s. 409.

<sup>66</sup> Ali Naim İnan/Özge Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2014, s. 308.

<sup>67</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 184.

<sup>68</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 397.

<sup>69</sup> “Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır. Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz”.

<sup>70</sup> Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 397; İnan/Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 325.

<sup>71</sup> Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 202.

<sup>72</sup> İnan/Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 325.

<sup>73</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 438.



selişe geçtiği 1980'li yıllardır.<sup>74</sup> Bu anlayışa göre, böyle bir müdahale ancak belli bir ağırlığa ulaşmış hileler söz konusu olduğunda gerçekleşmelidir. Buna göre ustaca bir aldatma yöntemiyle gerçekleştirilip ancak basiretli ve ihtiyatlı davranabilen bir kişiyi dahi aldatabilecek eşiği aşmış hareketler, cezalandırılacak hilelerdir. Sahneye koyma (*mizansen*) teorisi adı verilen görüş uyarınca bu nitelikteki hile, aldatılan kişinin inceleme yapma yetisini etkisiz bırakabilecek güçte olmalı ve bu uğurda, gerektiğinde, aldatmaya belli bazı dışsal hareketler eklenmelidir.<sup>75</sup>

Mülga Kanun döneminde kabul edilen bu anlayış, günümüze gelindiğinde ekonomik ilişkilerin devamlılığının, aldatılanların iyi niyetlerinin kötüye kullanılması pahasına olmaması gerektiği yönünde bir değişim göstermiştir. Dolayısıyla cezai hile-özel hukuk hilesi ayrımının mülga Kanun döneminde mevcutken, günümüz anlayışında olmadığı veya önemini yitirdiği doktrinde kabul edilmektedir.<sup>76</sup>

Kanaatimizce böyle bir ayırım, mülga Kanun dönemindeki kadar keskin olmamakla birlikte hâlâ devam etmekte ve etmesi gerekmektedir.<sup>77</sup> Doktrinde katıldığımız görüş,<sup>78</sup> ceza hukuku hilesi ve özel hukuk hilesi ayrımını, ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan<sup>79</sup> *ultima ratio* ilkesine dayanarak açıklar. Bu ilke, ceza hukukunun aşırı ve keyfî kullanımının önüne geçmeyi amaçlar ve hukuki sorunlarda her zaman en son çare olarak devreye girmesi gerektiğini kabul eder.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Dursun, Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri, s. 242.

<sup>75</sup> Selçuk, Dolandırıcılık (Evrimi - Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), s. 95-96; Dönmez, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 453; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 614.

<sup>76</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 182; Çetin Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yay., 4. baskı, Ankara 2017, s. 133; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2014, s. 7022.

<sup>77</sup> Aynı yönde Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., 13. baskı, Ankara 2020, s. 438; Özgür Küçüktaşdemir, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yay., Ankara 2018, s. 126.

<sup>78</sup> Aras Türay, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Köksal Bayraktar'a Armağan*, C. 9, S. 1, 2010, s. 1685.

<sup>79</sup> Nils Jareborg, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law*, V. 2, N. 2, 2005, s. 523.

<sup>80</sup> Ozan Ercan Taşkın, "Son Çare (Ultima Ratio), Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, 2016, s. 60.



Ceza ve güvenlik tedbirleri, temel hak ve özgürlüklere büyük bir müdahale olduğu için, ancak üstün bir kamusal yararın korunması amacıyla bunlara başvurulmalıdır.<sup>81</sup> Bir fiil suç sayılırken ortaya çıkan ya da çıkması muhtemel zarar veya tehlikenin ağırlığına bakılır. Buna göre, ceza hukukunda hile, özel hukuktan daha zor oluşmalıdır ve bu nedenle ancak özel hukuk yaptırımlarını aşacak nitelikteki hareketlerin, hile kabul edilerek ceza hukuku alanına girmesi gerekir. Netice bağlamında değerlendirildiğinde kişinin, hilesi nedeniyle verdiği zararı gidermekle mükellef olacağı ve hak sahibinin zararının özel hukuk davasıyla karşılanacağı unutulmamalıdır. Bundan ayrı olarak, kişiye bir de cezai dava açılması için, kamu düzeninin, ceza hukukunu devreye sokmayı gerektirecek düzeyde bozulmuş olması gerekir. Bu oluşmadığı takdirde özel hukuk kurallarının uygulanması yeterlidir.

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki hile yalnızca ekonomik yönü bulunan bir kavram değildir. Bu nedenle hile ile işlenen suçta verilecek karşılık konusunda, suçun yalnızca ekonomik boyutu düşünülmemelidir. Salt bu boyut düşünülmediğinde işlenen suçun, ekonomik olması nedeniyle mutlaka ekonomik cezayla müeyyidelendirilmesi gerektiği anlayışı savunulabilmektedir. Bu düşünce de hakkaniyetli değildir.<sup>82</sup> Bu nedenle ekonomik suçlarda hile konusunda hilenin niteliğine bakılmalı, özel hukuk yaptırımlarını aşacak nitelikte bir hile ve zarar olması halinde ceza hukuku kuralları uygulanmalı ancak ceza hukuku boyutunda da hileli suç, tehlikeliliğinden bağımsız olarak yalnızca ekonomik boyutu bağlamında ekonomik ceza yaptırımına tabi kılınmalıdır.

### C. SOYUT/BASİT YALAN

Cezai hile ve hukuki hile ayırımına ilişkin yukarıda ele alınan tartışmalar günümüz doktrininde, soyut yalanın hile oluşturup oluşturmadığına yönelik benzer bir çizgide devam etmektedir.<sup>83</sup> Zira cezai

<sup>81</sup> Yenidünya, Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler, s. 86.

<sup>82</sup> Türkan Yalçın Sancar, "Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi", Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanun'la İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 2002, s. 15-16.

<sup>83</sup> Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s. 210.

hile-hukuki hile ayrımının ortadan kalkması, soyut yalanın ve/veya basit hileli davranışların dahi ceza hukuku alanına girmesine sebebiyet verirken; bu ayrımın devam etmesi, cezalandırıcı hilenin ve yalanın belirli bir ağırlığa ulaşarak olmasını gerektirmektedir.<sup>84</sup> Bu anlamda yalanın niteliği, hileli suçun oluşup oluşmadığı noktasında hayati önem taşımaktadır. Dolayısıyla, soyut yalan konusunda çeşitli tartışmalar yapılagelmektedir.

Doktrinde bir görüş,<sup>85</sup> bir kişinin, diğerini soyut yalanla aldatmasının ceza hukuku anlamında hile olmadığını; bunun, özel hukuk kurallarıyla çözülmesi gereken bir durum olduğunu kabul etmektedir. Buna göre, ceza hukukunu ilgilendiren anlamda hile kabul edilecek bir yalanın varlığından söz edilebilmesi için bu yalanın birtakım başka hareketlerle desteklenmesi, bir diğer deyişle, yukarıdaki kısımda açıklanan sahneye koyma kuramına uygun olması gerekmektedir. Bu yönde, kişinin küçük bir araştırmayla doğru olmadığını fark edeceği basit yalanların, hile kapsamına alınamayacağı; bireylerin, basit bir yalana hiç araştırma yapmaksızın inanmaması gerektiği<sup>86</sup> kabul edilmektedir.<sup>87</sup>

Bir başka görüş,<sup>88</sup> yalanın, hile sayılıp sayılmayacağına yönelik baştan, net bilgiler verilmesinin olanaksız olduğunu; herhangi bir olaydaki yalanın hile oluşturup oluşturmadığının somut olay içerisinde değerlendirilebileceğini kabul etmektedir. Bu görüş de yukarıdakine benzer şekilde, belli bir ağırlığa ulaşmamış basit yalanların hile oluşturmayacağını; somut olay şartları doğrultusunda, aldatılanı kandıramayacak nitelikte, belli bir ağırlığa ulaşmamış yalanların, elverişsiz hareket kapsamında suç oluşturmayacağını;<sup>89</sup> yalanın, hile kabul edilebilmesi için, kişinin denetleme olanağını kırabilecek yoğunlukta

<sup>84</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 183; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 438.

<sup>85</sup> Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 452-453; Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 438, 613.

<sup>86</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 438.

<sup>87</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 512; Gökhan Taneri/Gani Kamışlı, Dolandırıcılık – Sahtecilik – Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2019, s. 78, 82; Didar Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017, s. 138.

<sup>88</sup> Selçuk, Dolandırıcılık (Evrimi – Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), s. 110; Atalan, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, s. 12.

<sup>89</sup> Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. 134.

olması gerektiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte bu görüş; bu yoğunluğun, sahneye koyma kuramındaki kadar belirgin olmasını aramamaktadır.

Somut olay özelliklerine göre, yalanın sergilenişinde bir güven ortamının yaratılması; aldatılanın, durumu denetleme imkânının ortadan kaldırılması gibi durumların, yalanın belli bir ağırlık ve yoğunluğa ulaşarak hile halini alması olarak değerlendirilmiştir.<sup>90</sup> Örneğin soyut yalanın yazıya dökülmesi, dış gerçekliği çarpıttığı ve bu şekilde sahneye koyma teorisine uyduğu için hile olarak kabul edilmelidir.<sup>91</sup> Bu kapsamda, hilenin, basit bir yalandan ibaret olmayıp inandırıcı ve ustalıkla bir yalan olduğu ifade edilmiştir.<sup>92</sup>

Yalan söyleyen kişinin hile yaptığını kabul edebilmek için ancak yalanı söyleyenin, doğru söyleme konusunda hukuki bir yükümlülüğünün bulunmasının ve hitap edilen kişinin de ondan, doğru bir bilgi beklemesinin gerektiği hallerde soyut yalanın hile oluşturduğu da kabul edilen bir görüştür. Bu anlamda yalana başvuran kişiden garantörlük<sup>93</sup> çerçevesinde bir sorumluluğun beklendiği ifade edilebilir.<sup>94</sup> Bir diğer görüş,<sup>95</sup> yalanı söyleyen kişiyi bu tip teknik sorumluluklar dışında bırakarak; kişinin, toplumda belli bir güven duygusu oluşturmuş, genel olarak yalan söylemediği kabul edilen biri olması halinde yalanının, hile sayılabileceğini kabul etmektedir.

Hilenin niteliği konusunda kabul edildiği gibi, her somut olayda sübjektif bir değerlendirme yapılması ve kişinin öznel durumuna göre, o olayda kandırılıp kandırılmadığına bakılarak hilenin oluşup oluşmadığına karar verilmesi gerektiğini kabul eden görüş<sup>96</sup> de bulunmaktadır.

<sup>90</sup> Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., 17. baskı, Ankara, 2018 s. 568.

<sup>91</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 513.

<sup>92</sup> Selçuk, Dolandırıcılık (Evrimi - Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), s. 114.

<sup>93</sup> Kanunda öngörüldüğü üzere ihmali davranışı yapmaması, bir diğer deyişle bir icrai davranışı yapması beklenen kişiye garantör denir. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay. 7. baskı, Ankara 2020, s. 323.

<sup>94</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 714; Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 618; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 512; Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 138.

<sup>95</sup> Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 554.

<sup>96</sup> Atalan, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, s. 12.

Yukarıdakilerden farklı olarak, soyut yalanın, hile oluşturabileceği düşüncesinde olan görüş,<sup>97</sup> çıplak bir yalanın ceza hukuku anlamında hile oluşturmadığını kabul etmenin mantığa uygun olmadığını savunmaktadır.

Buna göre, somut olay şartlarının da bu yalanı destekliyor olması halinde soyut yalanın, diğer hilelerden farklı olmadığı kabul edilmektedir. Burada bahsi geçen somut olay şartlarının, soyut yalanı söyleyen kişi tarafından oluşturulmuş olmasına gerek yoktur; bunlardan yararlanarak yalan söylenmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla hilenin varlığı için soyut yalanın yanında, sahneye koyma kuramı uyarınca bunu destekleyecek hareketler olmasına gerek yoktur. Önemli olan, o somut olayda bulunan kişiye benzer kişilerin, o somut olay şartlarında söylenen yalana inanabilecek olmalarıdır. Bu belirlemeyi yapmak her olayda hâkimin takdirinde olmalıdır.<sup>98</sup>

Benzer şekilde, insanlar arasındaki ilişkilerin temelinin, şüpheye değil güvene dayalı olduğu; bu nedenle, kendisine söylenen soyut bir yalan neticesinde zarara uğrayan bir kişiye bu yalanı araştırma sorumluluğu yüklenerek kişinin, cezai korumadan mahrum bırakılmasının hukuk anlayışıyla bağdaşmadığı öne sürülmüştür.<sup>99</sup> Ayrıca, ortalama bir kişiye nazaran daha kolay kandırılabilen, dikkatsiz ya da umursamaz birine karşı hile yapmak daha kolay olacağı için bu kişilerin, hilenin muhatabı olarak daha fazla tercih edilecekleri; dolayısıyla bu kişilerin, ortalama bir kişi gibi ceza hukukunun korumasından yararlandırılmalarının hakkaniyete uygun olmayacağı kabul edilmektedir.<sup>100</sup>

Yargıtay<sup>101</sup> hileyi, nitelikli yalan olarak kabul etmekte ve soyut yalanı hile olarak değerlendirmemektedir. Ceza hukuku anlamında yalanın, ancak kamu düzenini bozacak bir boyuta ulaşmış hallerinin hile

<sup>97</sup> Erem, Dolandırıcılık, s. 10; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 184; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 306

<sup>98</sup> Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), s. 42.

<sup>99</sup> Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s. 232.

<sup>100</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 184; Kılıçarslan İsfen, Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma, s. 89; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 306.

<sup>101</sup> CGK, Esas No. 2018/23-263, Karar No. 2021/229, T. 27.05.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-23-263.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>; CGK, Esas No. 2018/139, Karar No. 2021/317, T. 29.06.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2018-139.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>, (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

sıfatıyla suç oluşturabileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'a göre,<sup>102</sup> doğru olmayan açıklamaların hile kabul edilebilmesi için, yalana, somut olay şartlarına göre gerektiğinde, aldatılanın inceleme eğilimine ket vuracak bazı dış unsurların eklenmelidir.

Belirttiğimiz gibi, kanaatimizce cezai hile-hukuki hile ayrımı hala mevcuttur. Soyut yalan, tam da bu ayrım noktasında kendisini göstermektedir. Daha önce ifade edildiği gibi, soyut bir yalanla kandırılmış ve zarara uğramış kişinin zararının özel hukuk uyarınca karşılanması söz konusu olup, bu kişinin tamamen korumasız bırakıldığı veya soyut yalanı söyleyen kişinin haksız hareketine hiçbir karşılık bulmadığı söylenemez. Bu nedenle, soyut yalanın hile oluşturduğundan bahisle ceza hukuku müeyyideleriyle karşılanması ceza hukukunun temel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

#### D. İHMALİ HİLE-İCRAİ HİLE AYRIMI

Kanunun, *yapmama* şeklindeki hareketi cezalandırması durumunda da ihmali suçtan söz edilir. İhmal, yapılması hukuken zorunlu kılındığı halde yapılmayan harekettir.<sup>103</sup> İhmali suçlar, saf (gerçek) ihmali suçlar ve nitelikli (görünüşte) ihmali suçlar olarak ayrılmaktadır. Saf ihmali suçlarda ihmali hareket, tıpkı icrai hareketli suçlarda olduğu gibi kanuni tipte başlı başına suç olarak düzenlenirken; nitelikli ihmali suçlarda kural olarak icrai hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle de işlenmesi hali cezalandırılır.<sup>104</sup>

TCK'da suçların, ihmali hareketle işlendiği durumlarda cezalandırılabilirliğine ilişkin, bir genel hüküm bulunmamaktadır. Özel hükümlerde ise bazı suçların, ihmali hareketle işlenebileceği haller ayrıca belirlenmiştir. Buna dayalı olarak doktrinde, ihmali hareketi özel olarak düzenlenmeyen suçların, kanunilik ilkesi uyarınca cezalandırılmayacağı savunulmaktadır.<sup>105</sup>

<sup>102</sup> CGK, Esas No. 2020/23-391, Karar No. 2021/177, T. 27.04.2021, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=cgk-2020-23-391.htm&kw=hile&cr=yargitay#fm>, (Erişim Tarihi: 01.01.2022).

<sup>103</sup> Selahattin Keyman, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 40, S. 1, 1988, s. 156; Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yay., 25. baskı, Ankara 2019, s. 138.

<sup>104</sup> Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2003, s. 107-109.

<sup>105</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel*

Kanaatimizce, ihmal, neticenin zorunlu şartı olduğu sürece suçla nedenseldir; bu nedenle suç oluşturabilmesi için kanunda ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.<sup>106</sup>

Mevzubahis tartışmadan kaynaklı olarak doktrinde bir görüş<sup>107</sup> hilenin unsur olduğu suçlarda, ihmali şekilde işlenebileceği ayrıca belirtilmemişse suçun oluşmayacağı kanaatindedir.

Bir diğer görüş,<sup>108</sup> kişinin susmamak ve/veya doğruyu söylemek yükümlülüğünün bulunduğu hallerde hilenin, bir ihmal hareketiyle de gerçekleştirilebileceğini kabul etmektedir. Buna göre, ihmali hareketle hilenin gerçekleşebilmesi için kişinin, karşı tarafın içinde bulunduğu hatalı bilinç veya durumu düzeltmeye yönelik bir bilgilendirme yükümlülüğünün bulunması gerekir.<sup>109</sup> Bu durumda kişinin susması, bir beyan niteliğinde kabul edilmektedir.<sup>110</sup>

Aynı yönde bir başka görüş,<sup>111</sup> ihmal hareketiyle hilenin gerçekleştirilebileceğini savunmakla birlikte, kişide var olan hatadan salt susmak suretiyle yararlanılmasını hile olarak kabul etmemektedir.

Bahsi geçen bilgilendirme yükümlülüğünün kaynağına ilişkin olarak da çeşitli görüşler öne sürülmüştür. Bir görüş,<sup>112</sup> bu yükümlülüğün,

---

Hukuku, Seçkin Yay., 18. baskı, Ankara 2020, s. 869-870; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 511; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 5. baskı, İstanbul 2018, s. 281.

<sup>106</sup> Toroslu/Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 155; Sulhi Dönmezer/Sahir Erman/Köksal Bayraktar/Serap Keskin Kızıroğlu/Hamide Zafer/Pınar Memiş Kartal/Hasan Sınar/Barış R. Erman/Fulya Eroğlu/Murat R. Önok, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, Der Yay., 14. baskı, İstanbul 2019, s. 229-230.

<sup>107</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 713; Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, s. 870.

<sup>108</sup> Hafizoğulları/Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, s. 406; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 306; Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 513.

<sup>109</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 513; Kılıç, Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme, s. 336; Kılıçarslan İfşen, Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma, s. 86; Gani Kamışlı/Gökhan Taneri, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2018, s. 1012.

<sup>110</sup> Centel/Zafer/Çakmut, Kişilere Karşı Suçlar C. I, s. 513; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 306; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 568.

<sup>111</sup> Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 117; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 306.

<sup>112</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 568.



sözleşmeden veya kanundan kaynaklanabileceğini kabul ederken; bir diğeri,<sup>113</sup> pozitif düzenlemeler dışında sosyal, ticari, ahlaki sorumluluklar ile somut olay özellikleri uyarınca bilgi verilmesi gereken özel durumlardan da doğabileceğini kabul etmektedir. Bir diğere görüş,<sup>114</sup> buna iyi niyet kurallarını eklerken; diğeri,<sup>115</sup> sözleşme dışı özel bir güven ilişkisinden de bir bilgilendirme yükümlülüğünün doğabileceğini kabul etmektedir.

Doktrindeki karşıt görüş ise,<sup>116</sup> bir kişinin bildirim yükümlülüğünün bulunduğu hallerde dahi susmasının hile olarak kabul edilemeyeceği; bu durumun ancak bir özel hukuk sorunu olabileceği kanaatindedir. Bu görüş, iradesi herhangi bir sebeple sakatlanmış olan bir kişinin, bu irade sakatlığından ihmali hareketle yararlanılması durumunda, başka bir deyişle, kişide var olan yanılma halinden, buna karşı bir şey söylemeyerek yararlanılma halinde de hilenin oluşmayacağı kanaatindedir.

Belirtmek gerekir ki hile, kimi zaman örtülü bir beyanla da gerçekleştirilebilir. Bu noktada ihmali hareketten bahsedilmediğine dikkat edilmelidir. Zımnı beyan niteliğindeki davranışlarda ortada esasen bir icrai hareket bulunmakla beraber, bu hareketler ihmali harekete varmayacak boyutta örtülüdür.<sup>117</sup>

Bu minvalde, kişinin hareketlerinden hile açıkça anlaşılmamakla birlikte, somut olay özelliklerine göre davranışları, gerçekte bağdaşmayan bir durum ortaya koyuyorsa hilenin, örtülü gerçekleştirildiği kabul edilmektedir. Ancak burada örtülü hileyi gerçekleştiren kişinin hareketinin mutlaka bir beyan niteliğini haiz olması gerekir.<sup>118</sup>

Örtülü şekilde hileli hareketlerde bulunan kişinin hareketinin hile niteliği, günlük hayat tecrübelerine göre belirlenir ve somut olay şart-

<sup>113</sup> Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 553.

<sup>114</sup> Erem, Dolandırıcılık, s. 9; Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 184; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 309.

<sup>115</sup> Kamışlı/Taneri, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s. 1023; Okuyucu Ergün, Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı, s. 309.

<sup>116</sup> Tümerkan, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), s. 45; Artuç, Malvarlığına Karşı Suçlar, s. 622.

<sup>117</sup> Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s. 237.

<sup>118</sup> Kılıç, Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme, s. 332.



larına göre ortalama bir kişinin algılayış biçimi esas alınır.<sup>119</sup> Burada, somut olay şartlarına göre objektif değerlendirme yapılır ve olay içerisinde o davranışın toplum içinde nasıl anlaşılabilceği incelenir.<sup>120</sup>

Her ne kadar, cezai hile-hukuki hile ayrımının hâlâ var olduğunu ve hile konusunda ceza hukukuna son çare olarak başvurulması gerektiğini kabul ediyor olsak da kanaatimizce, en baştan net bir çizgi çekerek ihmali hareketle hilenin gerçekleştirilemeyeceğini söylemek mümkün değildir. Hile kadar üzerinde tartışılan, geniş kapsamlı ve yaratıcılığın yüksek seviyede olduğu bir konuda, kanunilik ilkesi içinde kalmak şartıyla önceden net sınırlar belirlenmemelidir.

#### IV. EKONOMİ, SANAYİ VE TİCARETE İLİŞKİN SUÇLARDA HİLE UNSURU

##### A. GENEL OLARAK

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu “*Topluma Karşı Suçlar*” kısmında “*Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar*” başlığı altında TCK kapsamında ekonomik suçları düzenlemiştir. Türk ceza hukukunda ekonomik suçların bunlardan ibaret olmadığı, çeşitli özel kanunlarda başka ekonomik suçların düzenlendiği ve ekonomik suçun ne anlama geldiği çalışmanın önceki kısımlarında belirtilmişti.

Bu kısımda, TCK’nın bu başlığında yer alan ekonomik suçlardan ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma ve fiyatları etkileme suçları ele alınacaktır. Zira çalışmamızın esas konusu olan hile, yalnızca bu ekonomik suçlarda madde metninde unsur olarak belirlenmiştir.

##### B. İHALEYE FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNDA HİLE

TCK m. 235 ihaleye fesat karıştırma suçu,<sup>121</sup> kamu kurum veya

<sup>119</sup> Ekici Şahin, Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, s. 237; Behiye Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2011, s. 143.

<sup>120</sup> Sibel Kılıçarslan İsfen, “Alman Ceza Kanunu’nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma”, *Hukuk Köprüsü Dergisi*, C. 9, S. 9, 2015, s. 84.

<sup>121</sup> “(1) Kamu kurumu veya kuruluşları adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara ilişkin ihaleler ile yapım ihalelerine fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Aşağıdaki hal-

kuruluşlarının yaptığı bazı ihalelere fesat karıştırılmasını suç olarak öngörerek, kanuni tipte hangi hallerin ihaleye fesat karıştırma olarak sayılacağını tek tek belirlemiş; bu şekilde bağlı hareketli bir ekonomik suç tipi yaratmıştır.<sup>122</sup> Yargıtay'ın<sup>123</sup> da kabul ettiği gibi bu hareketler tahdididir ve geniş yorumlanması, kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder.

Fesat karıştırma, hile yapma anlamını haizdir.<sup>124</sup> Madde, dört seçimlik hareket öngörerek, salt bu hareketlerin işlenmesini değil; bu hareketlerin hileli olarak gerçekleştirilmesini fesat karıştırma hali olarak belirlemiştir. Bu bağlamda hilenin, suçun bu bentte sayılan seçimlik hareketlerinin tamamı bakımından ön hareket veya ön koşul<sup>125</sup> olduğu

---

lerde ihaleye fesat karıştırılmış sayılır: a) Hileli davranışlarla; 1. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek, 2. İhaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olmayan kişilerin ihaleye katılmasını sağlamak, 3. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olduğu halde, sahip olmadığından bahisle değerlendirme dışı bırakmak, 4. Teklif edilen malları, şartnamesinde belirtilen niteliklere sahip olmadığı halde, sahip olduğundan bahisle değerlendirmeye almak. b) Tekliflerle ilgili olup da ihale mevzuatına veya şartnamelere göre gizli tutulması gereken bilgilere başkalarının ulaşmasını sağlamak. c) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle ya da hukuka aykırı diğer davranışlarla, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip olan kişilerin ihaleye, ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek. d) İhaleye katılmak isteyen veya katılan kişilerin ihale şartlarını ve özellikle fiyatı etkilemek için aralarında açık veya gizli anlaşma yapmaları. (3) İhaleye fesat karıştırma suçunun; a) Cebir veya tehdit kullanmak suretiyle işlenmesi hâlinde temel cezanın alt sınırı beş yıldan az olamaz. Ancak, kasten yaralama veya tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca bu suçlar dolayısıyla cezaya hükmolunur. b) İşlenmesi sonucunda ilgili kamu kurumu veya kuruluşu açısından bir zarar meydana gelmemiş ise, bu fıkranın (a) bendinde belirtilen hâller hariç olmak üzere, fail hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (4) İhaleye fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar. (5) Yukarıdaki fıkralar hükümleri, kamu kurum veya kuruluşları aracılığı ile yapılan artırma veya eksiltmeler ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu kurum veya kuruluşlarının ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler veya kooperatifler adına yapılan mal veya hizmet alım veya satımlarına ya da kiralamalara fesat karıştırılması halinde de uygulanır”.

<sup>122</sup> Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. 126.

<sup>123</sup> 5. CD, Esas No. 2015/6048, Karar No. 2020/10073, T. 12.03.2020, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G68hEOG>, (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

<sup>124</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 609.

<sup>125</sup> Nurdoğan Ünal, İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin Fesat Karıştırma, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017, s. 116.

ileri sürülmüştür.<sup>126</sup> Suçun ön koşulu bugün, ceza hukukunda terk edilen bir kavram olup<sup>127</sup> kanaatimizce bu suçta hile, unsur olarak yer alır.

Genel olarak hukukta hileyi bir müeyyideye tabi tutmanın amacı, irade özgürlüğünü korumakken; ihaleye fesat karıştırma suçunda hilenin, suçun bazı seçimlik hareketleri noktasında bir unsur olarak belirlenme sebebi, ekonomik menfaatleri koruma altına almaktır.<sup>128</sup>

Belirtmek gerekir ki çok geniş bir kapsama sahip olan hile kavramının tüm halleri, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacaktır. Madde metni, bu suç tipinde hangi hareketlerin hileli şekilde işlenebileceğini saymıştır. Buna göre, TCK m. 235/2(a)'da yer alan hareketlerin hileyle gerçekleştirilmesi gerekir.<sup>129</sup> Bu açıdan denebilir ki sayılan hareketlerin, çalışmada çerçevesi belirlenen kapsamda bir hileyle gerçekleştirilmesi, ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.<sup>130</sup>

Yargıtay bir kararında,<sup>131</sup> ihaleyi kazanan kişinin, komisyon başkanının oğlu olması nedeniyle ihaleden yasaklı olmasının ve komisyon üyelerinin bunu baştan biliyor olmalarının, tek başına hile sayılmayacağını kabul etmiştir.

Doktrinde bir görüş,<sup>132</sup> cebir ve tehdidin de hile sayıldığını, bu nedenle seçimlik hareketlerin, cebir veya tehditle gerçekleştirilmesi halinde TCK m. 235/2(c) kapsamında düzenlenen, ihaleye ve ihale sürecindeki işlemlere katılmalarını engellemek hareketi dışındaki hareketler bakımından bu bent kapsamında suçu oluşturacağını kabul etmekte-

<sup>126</sup> Özen, *Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri*, s. 648.

<sup>127</sup> Toroslu/Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, s.129; Hafızoğulları/Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 165.

<sup>128</sup> Arslan, *İhaleye Fesat Karıştırma Suçu*, s. 133.

<sup>129</sup> Doğan Soyaslan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2, s. 404.

<sup>130</sup> Aynı yönde Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku - İkinci Kitap: Özel Hükümler*, Seçkin Yay., Ankara 2021, s. 765; Köksal Bayraktar/Zeynel T. Kangal/ Ali Hakan Evik/Pınar Memiş Kartal/Fulya Eroğlu/Vesile Sonay Evik/ Ali Kemal Yıldız/Eylem Aksoy Retornaz/Gülşah Bostancı Bozbayındır/Asuman Aytekin İnceoğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, On İki Levha Yay.*, 1. baskı, İstanbul 2021, s. 38.

<sup>131</sup> CGK, Esas No. 2017/843, Karar No. 2020/13, T. 18.02.2020, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G8t7hho>, (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

<sup>132</sup> İsmail Malkoç, *Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İkinci Cilt*, Malkoç Kit., Ankara 2006, s. 1550.

dir. Kanaatimizce cebir veya tehdit, hileden, ceza hukuku bağlamında, yöneltilen kişinin uğradığı hareketin bilincinde olup olmama noktasında ayrılır ve bu nedenle birbirinden farklı kavramlardır. Bu nedenle cebir veya tehdidin hile oluşturabileceği görüşüne katılmamaktayız.

Bu suç konusunda m. 235/2(a)'da yer alan hareketleri gerçekleştirecek hilenin, hileye ilişkin genel açıklamalarda olduğu gibi somut olay özelliklerine göre belli bir yoğunluğa ulaşmış olması, bir diğer deyişle suç açısından elverişli nitelikte olması gerekir.<sup>133</sup> Buna göre m. 235/2(a-1) uyarınca örneğin, ihaleye katılma yeterliğine veya koşullarına sahip kişilerin, ihaleye veya ihale sürecindeki işlemlere sahte belge düzenlemek suretiyle ya da sunmuş oldukları belgeleri yok etmek suretiyle katılımlarını engellemek, ihaleye fesat karıştırma suçu bakımından hiledir.<sup>134</sup> Böyle bir durumda TCK m. 212<sup>135</sup> uyarınca gerçek içtima kuralları doğrultusunda, ayrıca belgede sahtecilik hükümleri de uygulanabilir.<sup>136</sup> Bu noktada katılımın engellenmesi, yalnızca ihaleye başvuru olarak anlaşılmalıdır. İhale sürecinde herhangi bir aşamaya geçişin hileyle engellenmesi bu bent kapsamındadır.<sup>137</sup>

Benzer şekilde m. 235/2(a-2) uyarınca bentte sayılan nitelikleri haiz olmayan kişilerin birtakım sahte belgelerle<sup>138</sup> veya yasaklı oldukları bilindiği halde<sup>139</sup> ihaleye<sup>140</sup> katılımlarını sağlamak hile kapsamında sayılacak ve ihaleye fesat karıştırma suçunun hileli hareketlerle işlenmesi sonucunu doğuracaktır.<sup>141</sup>

<sup>133</sup> Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. 134.

<sup>134</sup> Hatice Sarıtaş, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", *Sayıştay Dergisi*, S. 73, 2009, s. 57.

<sup>135</sup> "(1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolünür".

<sup>136</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, s. 7032.

<sup>137</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 616.

<sup>138</sup> Böyle bir durumda ayrıca, resmi veya özel belgede sahtecilik suçunun uygulanması gündeme gelecektir. Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 147; İzzet Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2013, s. 44.

<sup>139</sup> Cüneyd Altıparmak, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2014, s. 78.

<sup>140</sup> Bu bent ile, (a) bendinden farklı olarak, hileyle ihale sürecindeki işlemlere katılımın sağlanmasının suç olarak düzenlenmediğine dikkat edilmelidir. Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 635.

<sup>141</sup> Sarıtaş, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 57.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu suçun oluşabilmesi için, hileli bir hareketin mutlaka mevcut olması gerekliliğidir. Bu minvalde, örneğin idarenin, hakkı bulunmayan bir kişinin para karşılığı ihaleye katılmasını sağlaması,<sup>142</sup> tek başına hileli bir hareket teşkil etmediği için ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmayacak; ancak rüşvet suçu gündeme gelebilecektir.<sup>143</sup>

İhaleye konu işin değerlendirilmesi konusunda bir takdir hakkı mevcuttur. Bu takdir hakkının keyfi olmaması, hukuki gerekçeye dayandırılması gerekir. Dolayısıyla m. 235/2(a-3, 4) uyarınca takdir hakkının hileli şekilde kötüye kullanılması bu iki seçimlik hareket bakımından ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturacaktır.<sup>144</sup> Buna göre sunulan mallar,<sup>145</sup> şartnamede aranan koşulları taşımasına rağmen, hileli şekilde, taşımadığından bahisle ihaleye kabul edilmediğinde suç oluşur.<sup>146</sup>

İhaleyi alması istenmeyen bir kişinin ihaleyi almaması adına ihalenin iptali de takdir hakkının kötüye kullanılması anlamına geleceğinden hile kapsamındadır ve bu suçu oluşturur.<sup>147</sup> Benzer şekilde, bir hukuki gerekçe olmamasına rağmen, hukuki gerekçe gösterilerek katılımın engellenmesi veya sağlanması da hile sayılır.<sup>148</sup> Bu konuda Yargıtay,<sup>149</sup> ihalenin bir ortaklığa verilebilmesi için, bir diğer ortaklığın, mevzuata aykırı gerekçelerle elenmesine neden olunmasını TCK m. 235/2(a-1) kapsamında ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.

<sup>142</sup> Bu hareket, hukuka aykırı bir harekettir. Bu nedenle hileli bir hareketin aranmadığı, hukuka aykırı herhangi bir hareketle ihaleye fesat karıştırma suçunun işlenebileceği TCK m. 235/2(b) bendi akla gelse de bu bent yalnızca hukuka aykırı hareketlerle ihaleye katılımın engellenmesini içerdiğinden verdiğimiz örneğe uygulanamayacaktır.

<sup>143</sup> Ersan Şen/Ertekin Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları (6459 ve 6526 sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Işığında), Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2014, s. 86.

<sup>144</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 616; Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 650.

<sup>145</sup> TCK md. 235/2(a-3,4)'te yalnızca maldan bahsedildiğine dikkat edilmelidir.

<sup>146</sup> Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku - İkinci Kitap: Özel Hükümler, s. 769.

<sup>147</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 617.

<sup>148</sup> Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 647.

<sup>149</sup> 5. CD, Esas No. 2018/2370, Karar No. 2018/4336, T. 07.06.2018, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G71bQw4>, (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

Bununla birlikte salt, Kamu İhale Kanunu veya Devlet İhale Kanunu'nda, ihale süreçlerine ilişkin olarak belirlenen kurallara aykırı hareketler tek başına hile teşkil etmeyeceği için ihaleye fesat karıştırma suçunu oluşturmaz.<sup>150</sup> Zira hilenin kastla gerçekleştirilmesi gerekir;<sup>151</sup> ceza hukukunda hile, kasıtlı kötü iradedir.<sup>152</sup> Böyle bir durumda görevi kötüye kullanma suçunun oluşup oluşmadığı tartışılabilir.<sup>153</sup>

Doktrinde bir görüş,<sup>154</sup> ihaleye fesat karıştırma suçunun hileli şekilde işlenebilmesi için, herhangi birinin kandırılmış olması gerekmediğini,<sup>155</sup> bu bağlamda gerçeğe aykırı icra edilen her hareketle bu suçun işlenebileceğini, bu nedenle hareketin aynı zamanda dolandırıcılık suçunu oluşturup oluşturmadığının da incelenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Dolandırıcılık ve ihaleye fesat karıştırma suçlarının hile unsuru benzerdir. Bununla birlikte somut olay özelliklerine göre bunun dışında hangi suçun unsurları oluştuysa o suça ilişkin madde nin uygulanması gerekmektedir.

İhaleye gireceği bilinen kişileri, ihalenin koşulları, süresi gibi konularda hileli şekilde kandırmak da bu suçu oluşturur.<sup>156</sup> Ancak bu konularda yapılan hilenin, çalışmamızda bahsi geçen çerçevedeki yalanlarla gerçekleştirilmiş olması gerekir.

Doktrinde, TCK m. 235/1'de hileli olarak yapılacağı öngörülmüş tüm hareketlerin icrai nitelikte olması nedeniyle suçun icrai hareketli suç olduğunu kabul eden görüş mevcuttur.<sup>157</sup> Bunun yanında, bağlı hareketli suçların, garantörlük yükümlülüğünün mevcut olmadığı durumlarda ihmali hareketle işlenemeyeceği de doktrinde kabul edilmektedir.<sup>158</sup>

<sup>150</sup> Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 864; Ünal, İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin Fesat Karıştırma, s. 120.

<sup>151</sup> Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku - İkinci Kitap: Özel Hükümler, s. 766.

<sup>152</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 613.

<sup>153</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 34.

<sup>154</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 43, dn. 33; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, s. 7022.

<sup>155</sup> Suçun oluşması için karşı tarafın kandırılmış olmasını aramayan aksi görüş için bkz. Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 136.

<sup>156</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 617.

<sup>157</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 36.

<sup>158</sup> Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 195.



Çalışmanın önceki kısımlarında, kanunda özel olarak belirlenmediği sürece, suçların ihmali hareketle işlenebileceğinin kabulünü, kanunilik ilkesine aykırı bulan görüşten bahsedilmişti. Buna dayalı olarak bu görüş, ihaleye fesat karıştırma suçunun ihmali hareketi kanunda belirlenmediği için suçun ihmali hareketle işlenemeyeceğini kabul etmektedir.<sup>159</sup>

Daha önce nedenlerini ifade ettiğimiz gibi, bir suçun ihmali hareketle işlenmesinin cezalandırılabilmesi için mutlaka suç tipinde buna ilişkin özel bir düzenleme bulunmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bu nedenle, ihaleye fesat karıştırma suçunun ihmali hareketle işlenmesi mümkündür.<sup>160</sup> Bu doğrultuda hileli bir biçimde, başvuru hakkı sahibi kişinin belgelerini almamak ya da koşullara sahip olmayan bir kişinin başvurusunu reddetmemek bu suçun ihmali şekilde işlenmesine örnek oluşturur.<sup>161</sup>

### C. EDİMİN İFASINA FESAT KARIŞTIRMA SUÇUNDA HİLE

TCK m. 236 edimin ifasına fesat karıştırma suçu,<sup>162</sup> ihaleye ilişkin sözleşmenin imzalanarak ihalenin kesinleşmesinden sonra, sözleşme uyarınca yapılması gereken edimin<sup>163</sup> ifasına fesat karıştırılan halleri

<sup>159</sup> Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 145.

<sup>160</sup> Aynı yönde Arslan, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, s. 134-135.

<sup>161</sup> Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, s. 648-649.

<sup>162</sup> "(1) Kamu kurum veya kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, bunların iştirakiyle kurulmuş şirketler, bunların bünyesinde faaliyet icra eden vakıflar, kamu yararına çalışan dernekler ya da kooperatiflere karşı taahhüt altına girilen edimin ifasına fesat karıştıran kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Aşağıdaki fiillerin hileli olarak yapılması halinde, edimin ifasına fesat karıştırılmış sayılır: a) İhale kararında veya sözleşmede evsafı belirtilen maldan başka bir malın teslim veya kabul edilmesi. b) İhale kararında veya sözleşmede belirtilen miktardan eksik malın teslim veya kabul edilmesi. c) Edimin ihale kararında veya sözleşmede belirtilen sürede ifa edilmemesine rağmen, süresinde ifa edilmiş gibi kabul edilmesi. d) Yapım ihalelerinde eserin veya kullanılan malzemenin şartname veya sözleşmesinde belirlenen şartlara, miktar veya niteliklere uygun olmamasına rağmen kabul edilmesi. e) Hizmet niteliğindeki edimin, ihale kararında veya sözleşmede belirtilen şartlara göre verilmemesine veya eksik verilmesine rağmen verilmiş gibi kabul edilmesi. (3) Edimin ifasına fesat karıştırma dolayısıyla menfaat temin eden görevli kişiler, ayrıca bu nedenle ilgili suç hükmüne göre cezalandırılırlar".

<sup>163</sup> Edim, borç ilişkisine dayalı olarak, borçlunun yerine getirmeye zorunlu olup; alacaklının da talep etme yetkisi bulunan davranıştır. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 96.



cezalandırır.<sup>164</sup> Fesat konusunda, ihaleye fesat karıştırma suçu hakkında söylenenler burada da geçerlidir.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, özel hukuk kurallarıyla çözülemeyecek oranda kamuyu ilgilendiren bir boyutunun olmaması nedeniyle suç olarak düzenlenmesini eleştiren bir görüş bulunmaktadır.<sup>165</sup> Bu suçta salt, edimin ifa edilmemesi veya gerektiği gibi ifa edilmemesi değil, hileli şekilde ifa edilmesi cezalandırılmaktadır. Çalışmamızda bahsettiğimiz gibi cezai hile, özel hukukta çözülemeyecek durumlarda kabul edilmiştir. Suç, diğer ekonomik suçlarla birlikte, yolsuzlukla mücadele konusunda önemli bir yere sahiptir.<sup>166</sup>

Bu suç için kanuni tipte belli seçimlik hareketler sayılarak bunların hileli şekilde yapılması suç olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla, hilenin bu suç açısından da ön koşul<sup>167</sup> yahut araç fiil<sup>168</sup> olduğu söylenmiştir. Daha önce de belirttiğimiz gibi hile, bu suç için unsur niteliğindedir.

TCK m. 236/2 (a) uyarınca, ihalede belirlenenden başka bir malın hileli şekilde teslim veya kabulü, edimin ifasına fesat karıştırma olarak belirlenmiştir. Suçun oluşması için, teslim veya kabul edilen malın, ihalede belirlenenden nitelik bakımından daha değersiz olması gerekir.<sup>169</sup> Buna göre, kararlaştırılan maldan nitelik olarak daha iyi bir malın teslim veya kabul edilmiş olması, kanaatimizce hile olmaması<sup>170</sup> veya doktrinde bir görüş<sup>171</sup> uyarınca zarar doğurmaması nedeniyle bu suçu oluşturmayacaktır. Yargıtay,<sup>172</sup> daha kaliteli bir malın teslim veya kabulü halinde hilenin olamayacağını kabul etmektedir.

<sup>164</sup> Çetin Arslan/ Ali Rıza Töngür, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 14, 2013, s. 230.

<sup>165</sup> Şen/Aksüt, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları (6459 ve 6526 sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Işığında), s. 283.

<sup>166</sup> Didar Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017, s. 19.

<sup>167</sup> Ünal, İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin Fesat Karıştırma, s. 162.

<sup>168</sup> Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 137.

<sup>169</sup> Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İkinci Cilt, s. 1555; Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 355.

<sup>170</sup> Aynı yönde Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 882.

<sup>171</sup> Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 238; Yaşar/Gökcan/Artaç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, s. 7141.

<sup>172</sup> CGK, Esas No. 2017/657, Karar No. 2020/289, T. 16.06.2020, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G9QvcPY>, (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

Benzer şekilde, malın, TCK m. 236/2 (b) uyarınca hileli şekilde eksik kabul veya teslimi de edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturur. Bununla birlikte kısmi ifanın mümkün olduğu hallerde kısmi ifa, hile olarak kabul edilmez.<sup>173</sup>

TCK m. 236/2 (c), edimin belirlenen sürede yapılmamasına rağmen yapılmış gibi gösterilmesini; TCK m. 236/2 (d, e) bentlerinde ise bu nitelikte hileli hareketlerin yapım ve hizmete ilişkin edimlerinde kararlaştırılan şartlara uygun olmamasına rağmen hileli şekilde uygunmuş gibi kabul edilmesi edimin ifasına fesat karıştırma suçu olarak belirlenmiştir.

Örneğin, edim süresinde yapılmamış olmasına rağmen, gecikme noktasındaki cezai şarttan kurtulabilmek amacıyla hileli şekilde süresinde yapılmış gibi gösterilmesi TCK m. 236/2 (c) bendi kapsamında suçu oluşturur.<sup>174</sup>

Burada, ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi bahsi geçen fiillerin mutlaka çalışmada açıklanan kapsamda bir hileyle gerçekleştirilmiş olması gerektiği tekraren vurgulanmalıdır. Dolayısıyla bu hareketler gerçekleştirilmeksizin salt hileyle, edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacağı gibi maddede sayılan hareketler, hile olmaksızın gerçekleştirildiğinde de bu suç oluşmayacaktır. Buna göre, mevzuata aykırı iş ve işlemler tek başına edimin ifasına fesat karıştırma suçu bakımından hile olarak kabul edilemez.<sup>175</sup> Bu noktada görevin kötüye kullanılması suçunun oluşup oluşmayacağı tartışılabilir.<sup>176</sup>

Yargıtay bu konuda verdiği bir kararda,<sup>177</sup> olması gereken standardın altında olduğu belirlenen malın bu özelliği konusunda hileli hareketlerin varlığının net şekilde ortaya konamamış olmasının, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağını kabul edilmiştir.

<sup>173</sup> Altıparmak, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, s. 152.

<sup>174</sup> Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İkinci Cilt, s. 1556.

<sup>175</sup> Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 240.

<sup>176</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Erdoğan/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 34; Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 246.

<sup>177</sup> CGK, Esas No. 2017/657, Karar No. 2020/289, T. 16.06.2020, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G9QvcPY>, (Erişim Tarihi: 07.01.2022).

Hile gerçekleştirilmeksizin, ayıplı veya eksik ifa, edimin ifasına fesat karıştırma suçunu oluşturmayacağı gibi<sup>178</sup> edimin, hileli hareketler olmadan, hiç ifa edilmemesi<sup>179</sup> halinde de edimin ifasına fesat karıştırma suçu oluşmayacaktır.<sup>180</sup> Bununla birlikte gerçekleştirilen hareketler sonucunda, edimin ifasına fesat karıştırma suçundan ayrı olarak özel hukuk hükümlerine bağlı sorumluluğun da gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.<sup>181</sup>

Belirtmek gerekir ki hilenin mevcudiyeti için, karşı tarafın aldatılmış olmasını aramayan görüş,<sup>182</sup> ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi burada da gerçeğin ortaya çıkmaması için yapılan tüm hareketleri hile olarak değerlendirmektedir.<sup>183</sup> Çalışmamızda hilenin ceza hukukunda nasıl anlaşılması gerektiği belirlenmiştir; bu çerçevede olmayan hileler TCK'da ekonomik suçları oluşturmaz. Bu nedenle görüşe katılmıyoruz.<sup>184</sup>

Edimin ifasına fesat karıştırma suçunun hileli şekli, bir sahte belge düzenlenmek suretiyle işlenirse ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi TCK m. 212<sup>185</sup> uyarınca gerçek içtima kuralları uygulanacaktır.<sup>186</sup>

<sup>178</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 124.

<sup>179</sup> Böyle bir durumda bir diğer ekonomik suç tipi olan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu gündeme gelebilir. Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 241.

<sup>180</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 83; Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 241.

<sup>181</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 121; Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 231.

<sup>182</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 117.

<sup>183</sup> Aynı yönde Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 82.

<sup>184</sup> Aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, s. 7135; Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 353.

<sup>185</sup> "(1) Sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir".

<sup>186</sup> Özgenç, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 125; Meran, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 356.

Doktrinde bir görüş,<sup>187</sup> bu suçun, sahteciliğin özel bir türü olarak, sahte belgeyle işlenmesinin çok yaygın olduğunu ve bu nedenle ayrıca sahtecilikten ceza verilemeyeceğini kabul etmektedir. TCK m. 212'nin açık hükmü karşısında bu görüşe katılmamaktayız.

Edimin ifasına fesat karıştırma suçu işlenirken, ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi rüşvet veya başka bir suçun işlenmesi halinde gerçek içtima uygulanır.<sup>188</sup>

Çalışmada belirlenen çerçevede örtülü icrai hareketlerle hile gerçekleştirilmesi yoluyla, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun oluşması mümkündür.<sup>189</sup>

İhaleye fesat karıştırma suçunun, ihmali hareketle işlenebileceği, kanunda belirlenmemiştir. Bu nedenle doktrinde bir görüş,<sup>190</sup> ihaleye fesat karıştırma suçunda olduğu gibi burada da her ne kadar hile, ihmali hareketle de işlenmeye müsait bir olgu olsa da kanunilik ilkesi gereği ihmali bir hile ile bu suçun oluşmayacağı kanaatindedir.

Bir diğer görüş<sup>191</sup> ise hilenin ve suçun ihmali hareketle gerçekleşebileceğini kabul etmesine rağmen kanuni tipte belirlenen seçimlik hareketlerin yalnız icrai hareketle işlenebileceğinden bahisle suçun ihmali hareketle işlenemeyeceğini kabul etmektedir.

İhmali hareketli suçlar ve ihaleye fesat karıştırma suçunun hile unsurunun ihmali hareketle işlenmesi konusundaki ifadelerimizi tekrardan kaçınarak, edimin ifasına fesat karıştırma suçunun ihmali hileli hareketle işlenebileceğini belirtmekle yetiniyoruz.<sup>192</sup> Yargıtay,<sup>193</sup> edimin ifasına fesat karıştırma suçunun, ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmektedir.

<sup>187</sup> Arslan/Töngür, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 245.

<sup>188</sup> Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 652.

<sup>189</sup> Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 228.

<sup>190</sup> Eker Kazancı, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, s. 229.

<sup>191</sup> Özdemir, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, s. 137.

<sup>192</sup> Aynı yönde Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy/Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin Inceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 82.

<sup>193</sup> CGK, Esas No. 2017/657, Karar No. 2020/289, T. 16.06.2020, <https://www.hukukturk.com/Goster?v=GE95G9QvcPY>, (Erişim Tarihi: 02.01.2022).

#### D. FİYATLARI ETKİLEME SUÇUNDA HİLE<sup>194</sup>

TCK m. 237 fiyatları etkileme suçu,<sup>195</sup> serbest piyasa ekonomisinde kendiliğinden oluşması gereken fiyat ve ücretlerin, bu sürecine hileli yollarla müdahalede bulunmayı suç olarak düzenlemektedir.<sup>196</sup> Şu hâlde hukuki konusu, işçi ücretleri, besin ve malların fiyatlarının piyasasının kendi dinamikleriyle oluşan istikrarını korumak olan bir ekonomik suçtur.<sup>197</sup>

Suçun maddi unsuru, yalan haber veya havadis yaymak ya da sair hileli hareketlerde bulunmak olarak belirlenmiştir. Havadis, haber<sup>198</sup> ve ilgi uyandıracak haber<sup>199</sup> olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle suçun oluşması açısından her iki terim aynı anlamı yansıtmaktadır.<sup>200</sup>

Dolayısıyla suçun, çalışmada ele alındığı şekliyle bir hile türü olan yalan haberlerle veya başlı başına hile oluşturacak hareketlerle işlenmesi gerekir. Doktrinde bu doğrultuda bir görüş<sup>201</sup> yalan haber veya havadis yaymayı, hilenin türleri olarak kabul etmiştir. Ceza hukuku anlamında kabul edilen hile, bazı yalanları da kapsar ve bu tür yalanların, aleniyet kazanarak haber şeklini alması genel hile başlığı altında mümkündür. Dolayısıyla görüşe katılmaktayız. Hileyle işlenebileceği belirlenmiş diğer suçlarda olduğu gibi, fiyatları etkileme suçunun

<sup>194</sup> Bu suçla ilgili yargı kararına ulaşamadığından yalnızca doktrin görüşlerine yer verilmekle yetinilmiştir.

<sup>195</sup> "(1) İşçi ücretlerinin veya besin veya malların değerlerinin artıp eksilmesi sonucunu doğurabilecek bir şekilde ve bu maksatla yalan haber veya havadis yayan veya sair hileli yollara başvuran kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis ve adli para cezası verilir. (2) Fiil sonucu besin veya malların değerleri veya işçi ücretleri artıp eksildiği takdirde ceza üçte biri oranında artırılır. (3) Fail, ruhsatlı simsar veya borsa tellalı ise ceza ayrıca sekizde bir oranında artırılır".

<sup>196</sup> Mustafa Artuç, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yay., 5. baskı, Ankara 2019, s. 1277.

<sup>197</sup> Necati Meran, Tefecilik, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2013, s. 189; Çetin Arslan/Didar Özdemir, "Fiyatları Etkileme Suçu" içinde International Conference on Eurasian Economies 2015, Eurasian Economists Association, Kazan-Russia 2015, s. 571.

<sup>198</sup> Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s. 264.

<sup>199</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 20.01.2022).

<sup>200</sup> Arslan/Özdemir, Fiyatları Etkileme Suçu, s. 572; Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 100.

<sup>201</sup> Berrin Akbulut, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, C. 6, S. 20, s. 42; Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 102.

kanuni metninde de salt hileden bahsedilmesi bu suç tipi açısından yeterli olacaktır.

Bu şekilde, her türlü hileli içeriğin bu suçu oluşturabileceği kabul edilmiştir.<sup>202</sup> Bu bağlamda suç, işçi ücretlerinin, besin veya malların değerinin artıp eksilmesi özel kastını taşıyan<sup>203</sup> ve buna neden olabilecek her türlü hileli hareketle veya piyasaya gerçek olmayan bilgi sunulmakla<sup>204</sup> işlenebilecektir.<sup>205</sup>

Fiyatları etkileme suçunun unsuru olan “*yalan*”ın, soyut yalan hilesi bakımından konumu değerlendirilmelidir. Çalışmanın önceki kısımlarında ele alındığı gibi soyut yalan kanaatimizce hile oluşturmaz. Fiyatları etkileme suçunda ise kanun koyucu, hile dışında ayrıca yalan ifadesine de yer vermek suretiyle soyut yalan niteliğini taşıyan haberlerin suçu oluşturacağını kabul etmiştir.<sup>206</sup>

Doktrinde bir görüşe göre,<sup>207</sup> düzenlemede “*sair hileli yollar*” demek suretiyle, suçun özel kastı dâhilinde olan tüm yalanların hile kapsamında olduğu kabul edilmiştir. Buna göre aldatıcı olmak kaydıyla tüm yalanlar, bir kısım doğru bilgiler içerseler dahi bu suçu oluşturur. Ancak bu suçun oluşması için, bu yalanın yöneldiği kişi sayısı sınırlı ve/veya belirli olmamalı; bir diğer deyişle aleniyet kazanmalıdır. Zira kanuni düzenlemede yaymak fiili kullanılmıştır.<sup>208</sup>

Bu doğrultuda, herkes tarafından kolaylıkla anlaşılabilen hileli yollar, cezai hile kapsamına girmeyip fiyatları etkileme suçunu oluşturmaya elverişli değildir.<sup>209</sup> Böyle bir durumda fiyatları etkileme suç bakımından işlenemez suç söz konusu olacaktır.<sup>210</sup>

<sup>202</sup> Akbulut, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 43.

<sup>203</sup> Meran, Tefecilik, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, s. 201.

<sup>204</sup> İlker Tepe, “Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2010, C. 5, S. 14, s. 96.

<sup>205</sup> Akbulut, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 42.

<sup>206</sup> Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku - İkinci Kitap: Özel Hükümler, s. 878.

<sup>207</sup> Akbulut, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 43.

<sup>208</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin İnceoğlu, *Özel Ceza Hukuku Cilt VIII*, s. 100.

<sup>209</sup> Meran, Tefecilik, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, s. 199; Yaşar/Gökcan/Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt*, s. 7186.

<sup>210</sup> Mustafa Arslantürk, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2021, s. 373.

Benzer şekilde, *abartılı haberler* doğrudan yalan haber değildir. Abartılı haberler, kısmen doğru olmakla birlikte doğru yönü abartılmış haberlerdir. Bu tür haberler, aldatıcı yanı bulunmadığı sürece yalan haber sıfatıyla, fiyatları etkileme suçunu oluşturmaz.<sup>211</sup>

Doktrinde bir görüşe göre; toplu iş sözleşmeleri ve asgari ücret konularında net belirleme yöntemleri bulunması nedeniyle, bu alanlarda ücretlerin belirlenmesinin yalan haber veya hile yoluyla etkilenmesi oldukça zor<sup>212</sup> veya imkânsızdır.<sup>213</sup> Bu nedenle bu iki konuda bu suçun işlenmesi mümkün görünmemektedir.

Ne var ki bu konularda kullanılacak yalan haber veya hilenin nitelik veya kapsamını önceden belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle, teorik olarak uygulanmaya uygun olan bu suçun, fiilen de toplu iş sözleşmeleri ve asgari ücret belirlenmesinde uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.<sup>214</sup>

Hilenin unsur veya ağırlaştırıcı neden olarak belirlendiği tüm suçlarda olduğu gibi burada da hile tanımlaması bulunmamaktadır. Fiyatları etkileme suçu bakımından bunun ifade ediliş biçiminin belirsizliği nedeniyle kanunilik ilkesine aykırılık oluşturduğu kabul edilmektedir.<sup>215</sup> Dolayısıyla hile konusunda çalışmada aranan unsurlar bu suç açısından da geçerlidir. Buna göre, fiyatları etkileme suç özelinde, hilenin belirli bir ağırlığa ulaşmış sayılabilmesi için hilenin veya yalan haberin, fiyatları etkileyebilme kapasitesine sahip olması gerekir.<sup>216</sup>

Suçun, ihmali hileli hareketlerle işlenebilmesi zor olmakla birlikte teorik olarak mümkündür. Bu kapsamda, önemli bir siyasi kişinin, işçi ücretlerinin, besin veya malların değerinin eksilmesine neden olacak şekilde kritik bir soruyu basın toplantısında suçta ait özel kasıtlı ce-

<sup>211</sup> Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin Inceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 101.

<sup>212</sup> Akbulut, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 37-38; Bayraktar/Kangal/Evik/Memiş Kartal/Eroğlu/Evik/Yıldız/Aksoy Retornaz/Bostancı Bozbayındır/Aytekin Inceoğlu, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, s. 97.

<sup>213</sup> Arslan/Özdemir, Fiyatları Etkileme Suçu, s. 572.

<sup>214</sup> Aynı yönde Tepe, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 96; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, s. 7185.

<sup>215</sup> Arslan/Özdemir, Fiyatları Etkileme Suçu, s. 572.

<sup>216</sup> Tepe, Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237), s. 97.



vaplandırmaması bu suçu oluşturur.<sup>217</sup> Benzer şekilde, bazı malların, gümrükte bu kasutla bekletilmesi suçun ihmali hareketine örnektir.<sup>218</sup>

## SONUÇ

Türk ceza hukuku doktrinde hemen hemen her konuda ortaya atılan pek çok farklı görüş ve tartışma mevcuttur. Bu çalışma, tartışmalardan yalnızca küçük bir kısmını yansıtmakla birlikte, görüş farklılıklarının boyutu hakkında özet bilgi verir niteliktedir. Zira ekonomik suç, hile, cezai hile, ihmali hareketli suç, ihmali hile kavramları Türk ceza hukuku doktrini ikiden çok daha fazlaya bölmüş durumdadır. Bu çalışmanın temel noktaları, bu tartışmalar üzerinden temellendirilmiş olup her konuda, katıldığımız düşünce ve konuyla ilgili Yargıtay kararı aktarılmaya çalışılmıştır.

Tanımlanamayacak kadar geniş bir kapsama sahip hile, kanaatimizce ceza hukukunun alanına girebilme noktasında belli bir ağırlığa ulaşmış olmak zorundadır. Bu bağlamda hilenin en kolay yollarından biri olan yalanın, her durumda hile oluşturacağını kabul etmek mümkün değildir. Ceza hukuku, toplumsal hayatta antisosyal olan her duruma müdahale etme yetkisini haiz değildir. Bunun yanında, hukuk yalnızca ceza hukuku kurallarından ibaret değildir ve haksızlıkların karşılanabilmesi için, özel hukukta da yaptırımlar mevcuttur. Bu nedenle, konumuz itibariyle gerek ekonomik suçlarda gerekse hileyle işlenen diğer suçlarda suçun oluşumu için hilenin, somut olay özelliklerine göre, aldatıcılık bakımından belli bir niteliğe sahip olması gerekir. Yargıtay da bu görüştedir.

Hile, faillerin, oldukça yaratıcı olabileceği, çeşitleri türetilmeye fazlasıyla müsait bir konudur. Bu nedenle, bahsi geçen ağırlığa ulaşabilmesi şartıyla, ihmali hareketle işlenebilmesine kanuni veya teorik bir engel bulunmamaktadır.

Kanun koyucunun, ekonomik suç olarak belirlediği ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma ve fiyatları etkileme suçları, hilenin unsur olarak belirlendiği suçlardır. Bu nedenle konumuz açısından azami öneme sahiptir. Birer ekonomik suç olarak bu suçların

<sup>217</sup> Özbek, Ekonomi Ceza Hukuku - İkinci Kitap: Özel Hükümler, s. 878.

<sup>218</sup> Malkoç, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İkinci Cilt, s. 1557.

korudukları hukuki menfaat, devletin ekonomik yapısıdır. Böyle bir hukuki menfaatin başka yollarla da ihlali mümkün olmakla birlikte konumuzu ilgilendiren noktası, hileyle ihlal edilmeleri halidir.

Bu suçların, hileyle işlenebilecek halleri, bağlı hareketli olarak düzenlemede tek tek belirlenmiştir. Dolayısıyla bu hareketlerin gerçekleşmiş olması yetmemekte, bu hareketlerin, hileli şekilde yapılmış olması aranmaktadır. Bu itibarla bu suçlarda yer alan hile, çalışmada ele alınan hile kapsamı doğrultusunda belirlenmeli ve belli bir ağırlığa ulaşmış olmalıdır. Fiyatları etkileme suçu bakımından henüz bir yargı kararı mevcut olmamakla birlikte, ihaleye fesat karıştırma ve edimin ifasına fesat karıştırma suçları bakımından Yargıtay'ın düşüncesi de bu yöndedir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yay. 7. baskı, Ankara 2020.
- Alacakaptan Uğur, İşlenemez Suç, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1968.
- Altıparmak Cüneyd, Türk Ceza Kanunu'nda İhaleye İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2014.
- Altunöz Utku/Altunöz Hasip, Hile Ekonomisi, Piyasalarda Yatırımcı Psikolojisi ve Finansal Skandallar, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2020.
- Arslan Çetin, İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yay., 4. baskı, Ankara 2017.
- Arslantürk Mustafa, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2021.
- Artuç Mustafa, Malvarlığına Karşı Suçlar, Adalet Yay., 4. baskı, Ankara 2020.
- Artuç Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu, Adalet Yay., 5. baskı, Ankara 2019.
- Artuk Emin/Gökçen Ahmet/Alşahin Emin/Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., 17. baskı, Ankara 2018.
- Atalan Mustafa, Dolandırıcılık, Sahtecilik ve Güveni Kötüye Kullanma Suçları Şerhi, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2018.
- Aydın Süleyman/Yılmaz Yakup, Yolsuzluk ve Mali Suçlar, Adalet Yay. 3. baskı, Ankara 2010.
- Bayraktar Köksal/Kangal Zeynel T./Evik Ali Hakan/Memiş Kartal Pınar/Eroğlu Fulya/Evik Vesile Sonay/Yıldız Ali Kemal/Aksoy Retornaz Eylem/Bostancı Bozbayındır Gülşah/Aytekin İnceoğlu Asuman, Özel Ceza Hukuku Cilt VIII, On İki Levha Yay., 1. baskı, İstanbul 2021.
- Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, Kişilere Karşı Suçlar C. I, Beta Yay., 5. baskı, İstanbul 2021.

- Dönmezer Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yay., 16. baskı, İstanbul 2001.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir/Bayraktar Köksal/Keskin Kızıroğlu Serap/Zafer Hamide/Memiş Kartal Pınar/Sınar Hasan/Erman Barış R./Eroğlu Fulya/Önok Murat R., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II, Der Yay., 14. baskı, İstanbul 2019.
- Eker Kazancı Behiye, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2011.
- Ekici Şahin Meral, Dolandırıcılık Suçu Türk ve Alman Ceza Hukukuna İlişkin Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Adalet Yay., 1. baskı, Ankara 2019.
- Erem Faruk, Dolandırıcılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., Ankara 1956.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 16. baskı, Ankara 2014.
- Erman Sahir, Ticari Ceza Hukuku Kaçakçılık Suçları C. IV, İsmail Akgün Vakfı Mat., İstanbul 1981.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara 2018.
- Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yay., 5. baskı, Ankara 2016.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2003.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., 5. baskı, İstanbul 2018.
- İnan Ali Naim/Yücel Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2014.
- Kamışlı Gani/Taneri Gökhan, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2018.
- Kapusuzoğlu Aykut Alp, Mali ve Ticari Ceza Hukuku Rehberi, Mega Yay., İstanbul 2018.
- Karadeniz Çelebican Özcan, Roma Hukuku Tarihi Giriş- Kaynaklar- Genel Kavramlar- Kişiler Hukuku- Hakların Korunması, Yetkin Yay., 13. baskı, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kit., 17. baskı, Ankara 2013.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yay., 6. baskı, Ankara 2019.
- Küçüktaşdemir Özgür, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanunu'nda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Seçkin Yay., Ankara 2018.
- Malkoç İsmail, Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler İkinci Cilt, Malkoç Kit., Ankara 2006.
- Meran Necati, İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Seçkin Yay., 2. baskı, Ankara 2014.
- Meran Necati, Tefecilik, Ekonomi, Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2013.
- Özbek Veli Özer, Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap- Genel Hükümler, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2020.

- Özbek Veli Özer, Ekonomi Ceza Hukuku- İkinci Kitap: Özel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara 2021.
- Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yay., 13. baskı, Ankara 2018.
- Özdemir Didar, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Yetkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017.
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2017.
- Özgenç İzzet, İhale Sürecinde İşlenen Suçlar: İhaleye Fesat Karıştırma Suçu, Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu, Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2013.
- Rado Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Filiz Kit., İstanbul 2006.
- Sadak Murat, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yay., 1. baskı, İstanbul 2016.
- Selçuk Sami, Dolandırıcılık (Evrimi – Suç Genel Kuramı İçindeki Yeri), Yasa Yay., 1. bas., Ankara 1982.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., 13. baskı, Ankara 2020.
- Söğütü Özlem, Roma Özel Hukuku, Seçkin Yay., 3. baskı, Ankara 2022.
- Şen Ersan/Aksüt Ertekin, Uygulamada İhaleye Fesat Karıştırma Suçları (6459 ve 6526 Sayılı Kanunlarda Yapılan Değişiklikler Işığında), Seçkin Yay., 4. baskı, Ankara 2014.
- Taneri Gökhan/Kamışlı Gani, Dolandırıcılık- Sahtecilik- Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yay., 18. baskı, Ankara 2020.
- Tiedemann Klaus, Ekonomi Ceza Hukuku (çev. Ayşe Nuhoğlu), Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., 9. baskı, Ankara 2018.
- Toroslu Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., No. 273, Sevinç Mat., Ankara 1970.
- Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., 25. baskı, Ankara 2019.
- Tümerkan Somay, Dolandırıcılık Suçu (Karşılıksız Çek Keşidesi Fiilleri), Kazancı Hukuk Yay., İstanbul 1987.
- Ünal Nurdoğan, İhale Suçları- İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin Fesat Karıştırma, Seçkin Yay., 1. baskı, Ankara 2017.
- Yaşar Osman/Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu 5. Cilt, Adalet Yay., 2. baskı, Ankara 2014.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., 3. baskı, Ankara 2005.

### Makaleler

- Akbulut Berrin, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2015, C. 6, S. 20, s. 25-57.

- Arslan Çetin/Özdemir Didar, "Fiyatları Etkileme Suçu" içinde *International Conference on Eurasian Economies 2015, Eurasian Economists Association, Kazan-Russia 2015*, s. 570-575.
- Arslan Çetin/Töngür Ali Rıza, "Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2013, S. 14, s. 229-251.
- Aytekin Inceoğlu Asuman, "Ekonomik Suçlar", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, S. 1, s. 119-163.
- Cin Şensoy Şehnaz, "Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri" içinde Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, Galatasaray Üniversitesi Yay., s. 829-847.
- Dönmezer Sulhi, "Ekonomik Suçlar", *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 1985, S. 7, s. 19-30.
- Dursun Hasan, "Ekonomik Suçlar ve Türkiye'deki Sürdürülebilir Kalkınmaya Etkileri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, S. 58, s. 215-245.
- Jareborg Nils, "Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)", *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2005, V. 2, N. 2, s. 521-534.
- Ketizmen Muammer/Balan Arzu, "Dolandırıcılık Suçu ile İşleme Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu Arasındaki Farklar Üzerine Bazı Tespit ve Değerlendirmeler" içinde 5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Uluslararası Sempozyumu Tebliğler, C. 1, Seçkin Yay., Ankara 2020, s. 945-977.
- Keyman Selahattin, "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1988, C. 40, S. 1, s. 121-171.
- Kılıç Ali Şahin, "Dolandırıcılık Suçunda Aldatma Unsuru Üzerine Bir İnceleme" içinde Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018, Seçkin Yay., s. 315-359.
- Kılıçarslan İsfen Sibel, "Alman Ceza Kanunu'nda Dolandırıcılık Suçunun Maddi Unsuru Olarak Aldatma", *Hukuk Köprüsü Dergisi*, 2015, C. 9, S. 9, s. 81-91.
- Maviş Volkan, "Dolandırıcılık Suçunun Hile Unsuruna İlişkin Sorunlar", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı*, 2015, C. 1, s. 597-626.
- Okuyucu Ergün Güneş, "Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçu Kapsamında 'Yalan, Yanlış veya Yanıltıcı' Olma Koşulunun Mahiyeti", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 11, S. 1, s. 106-117.
- Okuyucu Ergün Güneş, "Dolandırıcılık Suçunun Susmak Suretiyle İşlenmesi Sorunsalı", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, C. 12, S. 1, s. 304-312.
- Özocak Gürkan, "İşlenemez Suç" içinde Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara 2015, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., s. 953-988.
- Sarıtaş Hatice, "İhaleye Fesat Karıştırma ve Edimin İfasına Fesat Karıştırma Suçları", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 73, s. 51-68.
- Sayın Korkmaz Bengi, "Roma Hukuku'nda Hile (Dolus) Kavramı", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2017, C. 7, S. 2, s. 425-438.
- Soyaslan Doğan, "İhaleye Fesat Karıştırma Suçunda Yapılan Değişiklikler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, C. 19, S. 2, s. 403-406.

- Taşkın Ozan Ercan, "Son Çare (Ultima Ratio), Olarak Ceza Hukuku", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 15, S. 1, s. 59-91.
- Tepe İlker, "Fiyatları Etkileme Suçu (TCK m. 237)", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2010, C. 5, S. 14, s. 89-102.
- Tiryaki Tercan/Gürsoy Türker, "Ekonomik Suç Kavramı ve Sigortacılık Suçlarının Bu Açıdan Değerlendirilmesi", *Sayıştay Dergisi*, 2004, S. 55, s. 53-69.
- Türay Aras, "Hukuki İşlemlerde Basit Dolandırıcılık Suçu", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Köksal Bayraktar'a Armağan*, 2010, C. 9, S. 1, s. 1681-1697.
- Yalçın Can, "Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 5, S. 1, s. 3483-3525.
- Türkan Yalçın Sancar, "Ekonomik Suç Gerçekliği Karşısında Ekonomik Suça Ekonomik Ceza Söylemi" Çekler Hakkındaki 3167 sayılı Kanun'la İlgili Adalet Bakanlığı Taslağı ve Karşı Görüşler Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yay., Ankara 2002, s. 3-27.
- Yenidünya Caner, "Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Suç ve Kabahatlere İlişkin Genel Prensipler" içinde İpek Yolu Canlanıyor: Türk- Çin Hukuk Zirvesi (12-14 Haziran 2012) Konferans Bildiri Kitabı, Adalet Yay., Ankara 2013, s. 85-96.

### İnternet Kaynakları

- <https://dergipark.org.tr/>
- <https://heionline.org/>
- <https://legal.com.tr/>
- <https://legalbank.net/>
- <https://sozluk.gov.tr/>
- <https://www.acarindex.com/>
- <https://www.avekon.org/>
- <https://www.hukukturk.com/>
- <https://www.idealonline.com.tr/>
- <https://www.jurix.com.tr/>
- <https://www.kazancihukuk.com/>
- <https://www.lexpera.com.tr/>
- <https://www.mevzuat.gov.tr/>
- <https://www.turcademy.com/tr/>

# CEZA HUKUKUNDA TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI SORUNU VE TOPLUMSAL BEKLENTİ\*

## THE PROBLEM OF IMPLEMENTATION OF THE REASONS FOR EXTENUATING CIRCUMSTANCES IN CRIMINAL LAW AND SOCIAL EXPECTATION

Mustafa ATALAN\*\*

**Özet:** Türk Ceza hukuku sisteminde, suçun fail tarafından işlendiğinin kesin olarak sabit olması halinde, failin mahkûmiyetine karar verildikten sonra, temel cezanın belirlenmesi ve cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında; suçun özel görünüş şekilleri, cezada artırım ve indirim öngören hükümler, şahsi ve takdiri indirim nedenleri tartışılarak sonuç ceza tayin edilmektedir. Fail hakkındaki bu bireyselleştirme nedenlerinden bir kısmı, mutlak bir şekilde tatbik edilmesi gereken düzenlemeler iken, bazı nedenlerin uygulanması, belli koşulların varlığı halinde ve gerekçesinin gösterilmesi şartıyla hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu kapsamda, Türk Ceza Kanunu'nun 62/2. maddesinde düzenlenen takdiri indirim nedenlerinin, her somut olayda uygulanmasının gerekip gerekmediği, hâkimin, bu noktada, takdir hakkı sınırının ne şekilde belirleneceği ve belirtilen takdiri indirimin, işlenen suçun niteliği ile doğrudan bir bağlantısının olup olmadığı hususları ile takdiri indirimin uygulanması veya uygulanmaması durumunda, toplumun bunu ne şekilde karşıladığı ve buna dair çözüm önerileri incelemeye değer hususlar olarak görülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** Takdiri İndirim Nedenleri, Hâkimin Takdir Hakkı, Toplumsal Beklenti

**Abstract:** In Turkish criminal law system, if it is determined that the crime was committed by the accused after the conviction of the accused; the special appearance of the crime, the provisions predicting the increase and reduction in punishment, the reasons for personal and extenuating circumstances are discussed and the final punishment is determined for the accused within the scope of determining the basic punishment and individualizing the punishment. While some of these reasons for individualization of the accused are regulations that are applied essentially, execution of some reasons is left to the opinion of the judge in the presence of certain condi-

\* Bu makale, Etik Kurul iznine tabi değildir.

\*\* Dr., İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi Cumhuriyet Savcısı, m.atalan4064@gmail.com, ORCID: 0000-0001-6236-7981, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.06.2022, Kabul Tarihi: 27.09.2022



tion and if that the reason is shown. In this context, whether the reasons for extenuating circumstances regulated in Article 62/2 of the Turkish Criminal Law should be applied in every concrete case, how the judge's discretion will be determined at this point, whether the specified discretionary reduction has a direct connection with the nature of the crime and how the society responds to the discretionary reduction if its executed or not and the solution proposals are considered as issues that are worth investigating.

**Keywords:** Extenuating Circumstances, Judge's Discretion Right, Social Expectation

## GİRİŞ

Bir suç işlendiği gerekçesiyle yapılan ihbar veya şikâyet ile birlikte başlayan ceza soruşturması sonucunda, kamu davası açmak için yeterli şüphenin oluşması halinde fail veya failer hakkında kamu davası açılmakta, mahkemenin iddianamenin kabulünden sonra da yargılama süreci başlamaktadır.<sup>1</sup>

Yargılamanın amacı, davaya konu eylemin suç teşkil edip etmediği ve failin bu suçu işleyip işlemediğinin kesin olarak belirlenmesine yöneliktir. Yargılama sırasında, failin savunması alınıp fail lehine ve aleyhine olan bütün delillerin toplanması ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen işlemlerin yerine getirilmesinden sonra, duruşmanın sona erdirildiği bildirilmek suretiyle bir hüküm veya karar verilmektedir.<sup>2</sup>

CMK'nın 223/1. maddesi kapsamında sayılan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşme kararları, hüküm niteliğindedir.

Beraat kararı; yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması, yüklenen suçun fail tarafından işlenmediğinin sabit olması, yüklenen suç açısından failin kasıt veya taksirinin bulunmaması, yüklenen suçun fail tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka

<sup>1</sup> Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar/Esra Alan, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009, s. 507 vd.; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 556

<sup>2</sup> Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 75 vd; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar F./Alan, s. 529; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 764.

uygunluk nedeninin bulunması veya yüklenen suçun fail tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilir.<sup>3</sup>

Fail hakkında; yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması, yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali, cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi, meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması ile kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi hallerinde, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.<sup>4</sup>

İşlenen fiilin suç olma özelliği devam etmesine rağmen; etkin pişmanlık, bir şahsî cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret, işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı durumunda yine ceza verilmesine yer olmadığına dair karar verilir.<sup>5</sup>

Yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması halinde, fail hakkında mahkûmiyet kararı verilir. Aynı fiil nedeniyle ve aynı fail için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir. TCK'da öngörülen düşme sebeplerinin varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması durumunda, davanın düşmesine karar verilir. Ancak, soruşturmanın veya kovuşturmanın yapılması şarta bağlı tutulmuş olup da şartın henüz gerçekleşmediği anlaşılırsa; gerçekleşmesini beklemek üzere, durma kararı verilir.<sup>6</sup>

CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümlerden farklı olarak koşullarının oluşması halinde, fail hakkında, aynı Kanun'un 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Bu kapsamda, belirlenen denetim süresi içerisinde suç işlenmediği takdirde kamu davasının düşmesine, aksi halde ise hükmün açıklanmasına karar verilecektir.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 766.; Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/F./Alan, s. 530.; Centel/Zafer, s. 667-672.;

<sup>4</sup> Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar F./Alan, s. 532.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 767.

<sup>5</sup> Centel/Zafer, s. 668.

<sup>6</sup> Centel/Zafer, s. 669.

<sup>7</sup> Gökhan Taneri, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 74, S: 2016/3, ss. 129-161, s. 135.; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13.

Fail hakkında mahkûmiyet hükmü verildikten sonra, faille atılı suç nedeniyle kanunda öngörülen, alt ve üst haddi yasada belirtilen yaptırımın, belli ölçütler çerçevesinde belirlenmesi, bu cezadan da ilgili suçun niteliği, işleniş şekli, failin yaşı, akli durumu ile diğer unsurlara göre gerekli artırım ve indirim yapıldıktan sonra en son takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir.

Takdiri indirim hükmü, işlenen suçla ve fiilin niteliği ile doğrudan bağlantı kurulmadan, TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen çerçevede, fail hakkında öngörülen cezanın, kanunda açıklanan oranlarda indirilmesini öngörmektedir.

Yapılan bu indirimlerin, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis; diğer cezaların da altıda birine kadarı indirilmesi şeklinde olması nedeniyle, toplumda zaman zaman bu indirime yönelik tepkiler oluştuğu, ağır ve vahim nitelikteki suçları işleyen failer hakkındaki bu lehe değerlendirmelerin toplum vicdanını zedelediği değerlendirilmektedir.

Takdiri indirimle ilgili TCK'nın 62/2. maddesinde 12.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle yapılan değişiklik ile toplumun beklentilerinin kısmen karşılanması, bu çerçevede, failin, indirim yapılmasını sağlamak amacıyla, şekli olarak mahkemeyi yanıltmasının önüne geçilmesi ve takdiri indirim nedenlerinin sınırlandırılması amaçlanarak indirim yapılmasındaki keyfiliğin önlenmesi hedeflenmiştir.

Bu kapsamda, fail hakkındaki temel cezanın belirlenmesi ile gerekli artırım ve indirim yapıldıktan sonra, uygulanmasına karar verilen ya da verilmeyen takdiri indirim hükümlerinin kanunda ne şekilde düzenlendiği, bu hükümlerin uygulanması ile ilgili gerçekleşen karşı çıkışların, haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, uygulayıcıların, bu indirimi yaparken, hukuka aykırı ve dosya kapsamıyla uyumlu olmayan bir gerekçe gösterip göstermedikleri, takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda takdir hakkının sınırsız olup olmadığı ve bu hükümlerin uygulanmasının ne şekilde denetlenmesi gerektiği hususlarının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

## I. YAPTIRIMIN BELİRLENMESİ

### A. Suç, Yaptırım ve Yaptırımın Niteliğinin Belirlenmesi

Toplumun huzur ve güven içerisinde yaşamasını temin etmek açısından ihdas edilen suç ve yaptırım kavramları, zaman içerisinde farklı şekillerde algılanmıştır. Suç, kanunlarda hapis veya adli para cezası olarak karşılık bulan ve karşılığında yaptırım belirlenen haksız bir fiil olarak ifade edilirken, yaptırım, ceza hukuku anlamında suç teşkil eden bir eylemin karşılığı olmak üzere uygulanan, suçu kınayan ve suçun işlenmesini önleyen bir müeyyide olarak tanımlanmıştır.<sup>8</sup> Yaptırımın, bir diğer ifadeyle cezanın, suçun niteliğine göre belli ağırlıkta ve etkili, sonucu itibarıyla de acı verici olması ve bu kapsamda ceza adaletini sağlaması önem taşımaktadır.<sup>9</sup>

Hâkim, karar verirken öncelikle, eylemin suç teşkil edip etmediğini, suç teşkil ediyor ise suç vasfının ne olduğunu ve suçun fail tarafından işlenip işlenmediğini kesin olarak tespit edecektir.<sup>10</sup>

Fail ve fiil arasındaki nedensellik bağının oluşturulmasından sonra, faile yüklenen suçla ilgili olarak Kanun'da yazılı olan yaptırım oranları dikkate almak suretiyle temel ceza belirlenecektir. Kanun'da alt ve üst sınırları belirlenen cezaya, soyut ceza, bu cezanın somut olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan cezaya da somut ceza denilmektedir.<sup>11</sup> TCK'da öngörülen yaptırımlar, Kanun'un 45 ve devamı mad-

<sup>8</sup> Timur Demirtaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 47.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 33; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 7.; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 424-425.; Sulhi Dönmez/Sahir Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, C: 2, s. 541.

<sup>9</sup> Erdal Yerdelen, *Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması)*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 270.

<sup>10</sup> Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 600.; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku*, Ankara, 2005, s. 272.

<sup>11</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600; Yerdelen, s. 8.; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 631.; Taneri, s. 131.; Doğan Gedik, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim olan İlkeler", *Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 47.; Nur Centel, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 356.

deleri kapsamında, hapis ve adli para cezası olarak düzenlenmiştir. Hapis cezaları; ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve süreli hapis cezası olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Cezanın infazı, ömür boyu devam eden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, sıkı güvenlik rejimi ilkeleri çerçevesinde infaz edilirken; müebbet hapis cezası, hayat boyu devam etmekle beraber, normal infaz rejimi hükümleri çerçevesinde infaz edilir. Süreli hapis cezası ise bir aydan az ve yirmi yıldan fazla olmayacak şekilde belirlenen bir ceza olarak kabul edilirken, bir yıl ve daha az süreli ceza, kısa süreli hapis cezası olarak ifade edilmiştir.<sup>12</sup>

TCK'nın 52. maddesi kapsamında, adli para cezasının, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet hazinesine ödenmesi olduğu, en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarının da kişinin ekonomik ve diğer şahsî hâlleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği düzenlenmiştir.

Suçun karşılığı olarak öngörülen yaptırım, sadece hapis veya sadece adli para cezası olabileceği gibi, hapis ve adli para cezası birlikte veya her iki cezanın seçenek olarak öngörülmesi şeklinde de olabilir. Yaptırımın sadece hapis cezası olması halinde ve ilgili maddede, cezanın, alt ve üst sınırlarının belirtilmesi durumunda, hâkim, belirlenen miktarlar arasında ve TCK'nın 61. maddesindeki ölçütlere göre cezayı alt haddeden, alt haddeden kısmen uzaklaşarak veya alt haddeden fazla uzaklaşarak ya da üst haddeden verebilecektir.<sup>13</sup>

Hapis ve adli para cezasının birlikte öngörüldüğü bir suç tipinde hem hapis hem de adli para cezası tayin edilecektir. Kural olarak, alt haddeden hüküm tayin edilecekse, her iki ceza açısından alt haddeden temel ceza belirlenecektir. Alt haddeden uzaklaşılabilecekse, kural olarak, her iki ceza açısından, alt haddeden uzaklaşılmalıdır. Buna karşın, gerekçesi ayrıca gösterilmek şartıyla, hapis cezası alt haddeden belirlenmesine rağmen, temel gün para cezası alt haddeden uzaklaşarak verilebilecektir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Özlem Çakmut/Hamide Zafer/Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 570.

<sup>13</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014, s. 652-653.; Öztürk/Erdem, s. 471.

<sup>14</sup> Kayıhan İçel/Fusun Sokullu Akıncı İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul,

Hapis ve adli para cezasının birlikte uygulanacağı bir suç tipinde, gün para cezasının alt sınırı belli değilse, TCK'nın 52/1. maddesi gereğince, gün para cezasının alt sınırı "5 gün" olarak belirlenecektir. Aynı şekilde, hapis cezasının alt sınırı belli değilse, alt sınır, Kanun'un 49/1. maddesine göre, "1 ay" olarak dikkate alınacaktır.<sup>15</sup>

Hapis cezası veya adli para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü durumlarda, seçenek olarak adli para cezasının tercih edilmesi halinde, bu cezanın da alt haddinin belli olmaması halinde, gün para cezasının alt sınırı, hapis cezasının alt sınırının gün karşılığı olan miktarı olarak kabul edilecektir. Bu ihtimalde, hapis veya adli para cezasından birinin neden tercih edildiği karar yerine açık bir şekilde yazılmalıdır.<sup>16</sup>

## B. Temel Cezanın Belirlenmesi

TCK'nın 61/1. maddesine göre, hâkim, somut olayda; suçun işleniş biçimini, suçun işlenmesinde kullanılan araçları, suçun işlendiği zaman ve yeri, suçun konusunun önem ve değerini, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını, failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını, failin güttüğü amaç ve sâiki göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirleyecektir.<sup>17</sup>

Soyut ceza olarak da nitelendirilen bu temel ceza belirlenirken, yasal ve yeterli bir gerekçe gösterilmesi ile ilk olarak "*Magna Charta Libertatum*" kapsamında da yer alan kanunilik ve kusur ilkeleri ile çifte değerlendirme yasağı gibi ilkelerin dikkate alınması gerekir.<sup>18</sup> Ayrıca fail hakkındaki cezanın belirlenmesi sırasında, fiilin ağırlığı ile orantılı

2002, s. 6.; Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007, s. 120.; İçel, s. 651.; Yargıtay 3. CD, 09/02/2015, 2014/29984; 2015/4601 E. K.

<sup>15</sup> Taneri, s. 155-158.; İçel, s. 615.

<sup>16</sup> İlhan Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:3-4, Erzincan, 2006, ss: 203-235, s. 204.; İçel, s. 653-656.

<sup>17</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 603; Yerdelen, s. 338.

<sup>18</sup> Yerdelen, s. 55-57.; Hüsametdin Uğur, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, (91), ss. 300-334 s. 303.; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 14.; Taneri, s. 130.; Suat Çalışkan, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 725.; İçel, s. 650.

bir cezanın takdir edilmesi, adaletin sağlanması açısından önem taşımaktadır.<sup>19</sup>

Soyut cezanın ne kadar olması gerektiği hususu, kanun koyucunun takdirine giren bir konu olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, suça ilişkin cezanın yetersiz olduğu eleştirisi, uygulayıcılardan çok ancak kanun koyucuya yöneltilebilecektir.<sup>20</sup>

Belirtilen koşullara göre temel ceza belirlenirken gösterilen gerekçenin, aynı zamanda bir artırım maddesi olarak düzenlenmemiş olması gerekir. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla işlendiği gerekçesiyle temel ceza alt haddenden uzaklaşarak verilemeyecektir, zira kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, zaten Kanun'da Ayrı bir artırım nedeni olarak öngörülmüştür. Bu temel kurala, "çifte değerlendirme yasası" da denilmektedir. Bu yasak ile ceza artırımı veya indirimi için öngörülen bir ölçütün, birden fazla kez kullanılması önlenmektedir.<sup>21</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen suçun işleniş biçimi kavramı, temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden en önemlisidir. Kanuni tanımda yer alan suç tipleri, farklı şekil veya yöntemle işlenebilir. Bazı suçların gerçekleştirilmesi biçimi, daha ağır veya yoğun şekilde gerçekleşmektedir. Örneğin, hakaret suçunu işleyen failin, mağdur yalnızken hakaret etmesiyle mağdurun yanında çocukları var iken hakaret etmesi, suçun işleniş şekli açısından ve ihlal ettiği değerler noktasında farklılık gösterecektir.<sup>22</sup> Aynı şekilde, çok uzun süreli hürriyetinden yoksun kılma, bir fiille birden fazla hukuksal sonucun doğması, dolandırıcılıkta yapılan hilenin boyutu, sahtecilik suçlarında belge sayısının çokluğu, trafik suçlarında, failin aşırı hızlı araç kullanması veya aynı hükümde birden fazla artırım nedeninin bulunmasında, suçun işleniş şekli cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Yerdelen, s. 138.; Toroslu N., "Ceza Hukuku Genel Kısım", s. 369.

<sup>20</sup> Taneri, s. 948.; Üzülmüş, s. 203.

<sup>21</sup> Enver Kumbasar, "Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2006.; İçel, s. 651.; Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 135.

<sup>22</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 545., Özgüç, "Genel Hükümler", s. 889.

<sup>23</sup> Yerdelen, s. 175.; Taneri, s. 147.; Urs Kindhauser, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxskommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 46, kn. 37.; İçel/Sokullu Akıncı/



Suçun işlenmesinde kullanılan araçların yoğunluğu, araçların sayısı veya niteliği de dikkate alınarak temel ceza belirlenecektir. Örneğin, kasten yaralama suçunun silahla işlenmesi, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacak ise de bu silahın niteliği ve özellikleri cezanın takdirinde göz önünde bulundurulabilecektir. Örneğin, normal bir bıçakla işlenen yaralama suçu ile kılıç mahiyetindeki bir aletle işlenen suçun niteliği ve sonuçları ile bu suçlar nedeniyle takdir edilen cezalar farklılık gösterecektir.<sup>24</sup>

Suçun işlendiği zamanın ve yerin özelliği, çoğu zaman suçun etkisini güçlendiren ve korunan hukuki yararı daha fazla zedeleyen bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Geceleyin ve ıssız bir yerde meydana gelen cinsel saldırı olayı ile geceleyin gerçekleşen tehdit olayının, diğer olaylara göre daha nitelikli olduğu değerlendirilebilecektir.<sup>25</sup> Buna karşın, geceleyin işlenen hırsızlık suçunda, gece hususu, TCK'nın 143. maddesine göre, ayrıca bir artırım nedeni olarak öngörüldüğü için, bu durum, artık temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır.<sup>26</sup>

Suçun konusunun önem ve değeri de temel cezanın belirlenmesi ölçütlerinden biri olarak sayılmıştır. Örneğin, insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı suçunda, göçmenler, suçun konusu olarak kabul edilmektedir, buna göre göçmenlerin sayısı, yaşı ve nitelikleri dikkate alınarak bir ceza belirlenmesi yoluna gidilecektir. Aynı şekilde, kişinin tek geçim kaynağı olan emekli maaşının, hatıra olarak verilen bir eşyanın veya mağdurun kitabının yazılı olduğu bilgisayarının çalınmasında ya da uyuşturucu ticareti suçlarında, yakalanan maddenin miktarının fazla veya az olması gibi hususlar da alt haddenden uzaklaşma gerekçesi olarak gösterilebilecektir.<sup>27</sup>

Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı, zarar veya tehlike suçları açısından, temel alınacak ölçütlerden birisidir. Bu kapsamda, mala karşı işlenen bir suç tipinde, elde edilen haksız menfaat miktarı

---

Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 149.; Birden fazla artırım nedeninin bulunması halinde, temel cezanın artırılması gerektiği ile ilgili olarak bkz. Yargıtay 12. CD, 28/03/2013; 2012/9575; 2013/7930 E.K.

<sup>24</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604.; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 562.; Taneri, s. 148.; Üzülmez, s. 208.

<sup>25</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 604.; İçel, s. 652.

<sup>26</sup> Taneri, s. 149.; İÇEL, s. 652.

<sup>27</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 605.; Taneri, s. 149.; İÇEL, s. 652.

ve tehlike suçlarında, yaratılan tehlikenin boyutu önemlidir. Zararın ve tehlikenin azlığı, alt hadden veya alt hadde yakın bir ceza belirlenmesi için, zararın veya tehlikenin fazlalığı, alt hadden çok daha fazla uzaklaşılması için gerekçe oluşturabilecektir.<sup>28</sup> TCK'nın 35. maddesi gereğince, teşebbüs nedeniyle indirim yapılırken de meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü, teşebbüs ile ilgili gerekçede yer aldığından, mükerrer değerlendirme yasağının, teşebbüs aşamasında kalan suçlar için uygulanmayacağı ifade edilirken,<sup>29</sup> bu gerekçenin, teşebbüste kalan suçlar açısından, sadece sonuç cezanın belirlenmesinde esas alınabileceği yönünde görüşler ifade edilmiştir.<sup>30</sup> Kanaatimizce de, zarar veya tehlikenin ağırlığı ölçütü, teşebbüs aşamasında kalan suçlar açısından temel cezanın belirlenmesinde uygulanmamalıdır.

Failin kasıt veya taksire dayalı kusurunun ağırlığı şeklindeki ölçüt, kanunda açık bir şekilde "kusur ilkesi" şeklinde ifade edilmemiş ise de<sup>31</sup> suçu işleyen kişinin, eyleme ne kadar yoğunlaştığı veya ne kadar tedbirsizlik ve dikkatsizlikle hareket ettiği bu ölçüt açısından önem taşıyacaktır. Örneğin, tasarlayarak kasten yaralama eyleminin, kanunda nitelikli bir hal olarak düzenlenmediği dikkate alındığında, bu şekilde suç işleyen, plan yapan veya kurgulayan fail hakkında temel ceza alt hadden uzaklaşarak belirlenmelidir. Taksirle işlenen suçlarda da alınması gereken önlemlerden hiçbirisinin alınmadığı bir durumda da kusurun derecesi dikkate alınarak, TCK'nın 22/4. maddesine göre alt hadden uzaklaşarak ceza belirlenecektir.<sup>32</sup>

Bu kapsamda, failin kasıtlı suçlardaki ısrarlı hareketleri, kusuru artıran bir etken olarak kabul edilirken, failin, iradesinin zayıf olması, madde bağımlısı olması gibi etkenler, kusur durumunu azaltan unsurlar olarak gösterilebilecektir. Buna göre, failin salt sabıkalı olması, alt sınırdan uzaklaşmak için tek başına bir ölçüt olarak değerlendirilmeyecektir.<sup>33</sup> Bazı yazarlar, kasıt veya taksire dayalı kusurun ağırlığı ölçütünü, kanunda yazılmasa bile dikkate alınması gereken bir ölçüt

<sup>28</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 605.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 579.; İçel, s. 652.

<sup>29</sup> Taneri, s. 151.; İÇEL, s. 652.

<sup>30</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 699.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 903.

<sup>31</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 583.

<sup>32</sup> Yargıtay CGK, 13/05/2014; 676-252 E. K.; İçel, s. 652.

<sup>33</sup> Farklı yöndeki karar için bkz. Yargıtay CGK, 03/06/2014, 15/714; 300 E. K.

olduğunu ifade etmekteyken,<sup>34</sup> bazı yazarlar, belirtilen unsurun yada yer almasının önemli olduğunu aksi durumda cezanın belirlenmesindeki gerekçelerden birinin eksik olacağını savunmaktadırlar.<sup>35</sup> Kanaatimizce, belirtilen ölçüt, kanunda yer almasa bile, diğer ölçütler kapsamında her zaman değerlendirilmesi mümkün olduğundan, bu hususun eksikliği sonuca etkili olmayacaktır.

Failin güttüğü amaç ve saik ölçütü ile failin suç kastından öteye, taşıdığı amaç ve suçu işlediği sıradaki ruh haline göre bir değerlendirme yapılacaktır. “Amaç”, suçun işlenmesi ile amaçlanan yarar; “saik” ise, suça iten sebep olarak tanımlanmaktadır.<sup>36</sup> Örneğin, hakaret suçunu işleyen failin, mağdurun daha fazla rencide olmasını sağlamak amacıyla, birden fazla sosyal medya platformunu kullanması halinde, failin amacı da dikkate alınarak temel cezanın alt haddenden uzaklaşarak belirlenmesi yoluna gidilecektir. Aynı şekilde, failin suç işlemedeki kararlılığı veya taksirli suçlarda, olası kasıt veya bilinçli taksir dışında, objektif olarak gösterilmesi gereken özen yükümlülüğünün ihlalindeki ağırlık da cezayı belirlemede dikkate alınacaktır.<sup>37</sup> Failin, mağduru çetelerle korkutarak kasten yaralama suçunu işlemesi halinde, ceza alt haddenden uzaklaşarak tayin edilebilecektir.<sup>38</sup> Salt zevk almak amacıyla insanların hayatına kastedilmesi, meşhur olmak amacıyla ve sosyal medya aracılığı ile suç işlenmesi gibi durumlarda da amacın yoğunluğu ve ağırlığına göre ceza belirlenecektir. Kan gütme saiki gibi etkenler, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınamayacaktır.<sup>39</sup>

Temel ceza, kanunda belirtilen alt ve üst hadler arasında belirlenecek bir cezadır. Buna göre, temel cezanın, alt haddenden az olması söz konusu olamayacaktır. Buna karşın, belirlenen oranlar arasında temel ceza belirlendikten sonra, yapılan artırım ve indirimler sonucunda, sonuç cezanın, alt haddenden daha az veya üst haddenden de fazla olması mümkündür.<sup>40</sup>

<sup>34</sup> Muharrem Özen, “Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2009, C:15, S:1-2, ss. 75-120, s. 90.; İÇEL, s. 652.

<sup>35</sup> Yerdelen, s. 219.; İÇEL, s. 652.

<sup>36</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 608.; İÇEL, s. 652.

<sup>37</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 607; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)*, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s. 726.; İÇEL, s. 652.

<sup>38</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 600. İÇEL, s. 652.

<sup>39</sup> Yargıtay CGK, 20/11/1981; 252-395, E.K.

<sup>40</sup> Yerdelen, s. 250, 252.; Yargıtay 2. CD, 31/10/2006; 9162; 17224 E.K.; Hasan

Mülga 765 sayılı TCK'dan farklı olarak, 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesindeki sebeplerin sınırlı olarak sayıldığı kabul edilmektedir.<sup>41</sup> Kanaatimizce, sayılan sebeplerin sınırlı olduğu kabul edilse bile, sebepler için gösterilen alt gerekçeler sınırlı değildir. Örneğin, hâkim, suçun işleniş şeklinin nasıl olduğunu ifade etme hususunda belli bir kalıba bağlı olmadan karar verebilecektir.<sup>42</sup>

Mülga TCK'nın 29/son fıkrasından farklı olarak, 5237 sayılı TCK'da yer almasa bile, kanaatimizce; alt haddeden, alt haddeden uzaklaşırken veya üst haddeden ceza takdir edilirken, bütün kararların gerekçeli olması ana kuralından hareketle, mutlaka yasal ve yeterli gerekçe yazılarak hüküm kurulmalıdır.

### C. Karşılaştırmalı Hukukta Cezanın Belirlenmesi

#### 1. Alman Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

Alman ceza hukuku sisteminde, bölgeler veya mahkemeler arasında farklı kararların ortaya çıktığı bir süreçte, fiilin ağırlığıyla orantılı bir sistem getirilmesi öngörülmüştür.<sup>43</sup> Burada da ülkemizdeki sisteme benzer şekilde, hapis ve adli para cezaları bulunmaktadır. İlgili Ceza Kanunu'nun 47. maddesine göre, fail hakkında, 6 aydan daha az bir cezaya hükmedilmesi için failin kişiliğine göre bazı özel şartların bulunması zorunludur. Aksi halde, fail hakkında adli para cezasına hükmedilecektir.<sup>44</sup> Kusur ilkesine dayanan Kanun'un 118. maddesi ise cezanın belirlenmesine ilişkin hükümler içermektedir.<sup>45</sup> Temel ceza, somut gerekçeler dâhilinde belirlendikten sonra, hâkim, artırım ve indirim yapıp daha sonra takdiri indirim nedenlerini değerlendirecektir.<sup>46</sup>

---

Gerçekler, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 950.

<sup>41</sup> Yerdelen, s. 57.

<sup>42</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 166.

<sup>43</sup> Yerdelen, s. 67-70.

<sup>44</sup> Feridun Yenisey/Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve Sözlük, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 37.

<sup>45</sup> K. Miebach /S. Maier, Münchener Kommentar zum StGB., CH Beck Yayıncılık, Münih, 2016, StGB § 54 Rn. 19.; Karl Lackner/Kristian Kühl/Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Baskı, CH Beck Yayıncılık, Münih, (2018), StGB § 46, Rn. 6, 23.

<sup>46</sup> Hans Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları, (Çeviren: Feridun Yenisey, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 73.

Almanya'da, temel ceza 46. madde kapsamında; failin amacı, suçun işlenme saiki, suçun işleniş şekli, zarar ve tehlikenin ağırlığı ile failin kişisel ve ekonomik durumuna göre belirlenecektir. Ayrıca, mükerrem değerlendirme yasağı kapsamında; suçun yasal unsurları, temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır.<sup>47</sup> 49. maddede de hâkimin, belli koşullar altında cezayı alt sınıra kadar indirmesi veya hapis cezası yerine para cezasına hükmedebilmesi imkânı bulunmaktadır.<sup>48</sup>

Ülkemizden farklı olarak, failin sosyal ve ekonomik durumu, failin geçmişi ve fiilden sonraki davranışları gibi hususlar da temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır.<sup>49</sup>

Bunun dışındaki unsurların genel olarak ülkemizdeki sisteme benzediği görülse de Alman sistemindeki ölçütlerin kısmen daha soyut olduğu söylenebilecektir. Kanaatimizce, soyut ölçüt belirlemeleri, takdir hakkını genişletmesi nedeniyle, uygulamada, farklı yorumlamaların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

## 2. İtalyan Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

İtalyan Ceza Kanunu'nda, fiilin ağırlığı ve failin suç işleme konusundaki eğilimine göre temel ceza belirlenmelidir. Kanun'un 133. maddesindeki düzenlemeye göre; suçun ağır olup olmadığı, suçun işlendiği zaman, kastın veya taksirin yoğunluğu ve suçun konusu gibi araçlara göre temel ceza belirlenirken, failin geçmişi, kişiliği ve sosyal ekonomik durumuna göre de failin suç işleme eğiliminin olup olmadığı tespit edilmektedir.<sup>50</sup>

Ülkemizde temel ceza belirlenirken kural olarak suçla ilgili unsurlara yer verilirken, İtalyan hukukunda, ülkemizdeki takdiri indirim nedenlerindeki gerekçeler gibi ve failin suç işlerken güttüğü saike göre de temel ceza belirlenmektedir.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> Lackner/Kühl/Heger Rn. 10a.; Yerdelen, s. 174.

<sup>48</sup> Yenisey/Plagemann, s. 42.

<sup>49</sup> Lackner/Kühl/Heger, Rn. 32.

<sup>50</sup> Nevzat Toroslu, *Ceza Müeyyidesi*, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2010, s. 166.; Pınar Bacaksız, "Federal Cezalandırma Yönergesi İşığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:6, S:16, s. 82-99, s. 89.

<sup>51</sup> N. Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", s. 168.

### 3. Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Cezanın Belirlenmesi

Federal devlet sisteminin benimsenmesi nedeniyle ABD’de, her federe devlet açısından farklı hukuk sistemleri oluşmaya başlamıştır. Bu ülkede, bağlayıcı olduğu kabul edilen “*Federal Cezalandırma Yönergesi*” ile cezanın belirlenmesine yönelik somut ölçütler benimsenmiştir. Yönergede ortaya konan tabloya göre, ilk satırda, kırk üç suç derecesi, diğer bir satırda da failin geçmişi ile ilgili altı kategori belirlenmiştir. Bu satırlardaki kesişme noktalarına göre de failin cezası belirlenmektedir. Adli para cezalarında da bu sistem benimsenmekle birlikte, uğranılan zarar miktarı ve elde edilen menfaat miktarına göre ayrı bir değerlendirme yapılabilmektedir.<sup>52</sup>

Kanaatimizce, değerlendirmelerin bir şekilde şablonlaştırılması ve bir nevi, kişilerin sistem üzerinden kategorileştirilmesi, her zaman doğru sonuçlar veremeyecektir ve bu sistemler, suç ve ceza adaletini sağlamada başarılı olamayacaktır.

Dünyada, takdiri indirimle ilgili olarak ceza kanunlarında, Fransa’da 132/10, 18, 21, 22., İsviçre’de 64, 66., Avusturya’da 41., Danimarka 85., Polonya’da 320 ve Rusya’da 75, 76, 77. maddelerde düzenlemeler bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, her ülkede yer alan bu düzenlemelerin içeriği ve takdiri indirimle yüklenen anlam, ülkelerin sosyo-ekonomik düzeyleri, ceza ve adalet anlayışları çerçevesinde farklılık göstermektedir.

## II. TAKDİRİ İNDİRİM NEDENLERİNİN UYGULANMASI

### A. Takdiri İndirim Nedenleri

#### 1. Genel Olarak

5237 sayılı TCK’nın üçüncü kitabının üçüncü kısım ve ikinci bölümünde cezanın bireyselleştirilmesi araçları öngörülmüştür. Bu kapsamda; cezanın belirlenmesi, takdiri indirim nedenleri ve mahsup ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.

<sup>52</sup> Bacaksız, “Federal Cezalandırma Yönergesi”, s. 83-85.

Bireyselleştirme açısından öngörülen kanundaki bu düzenlemelere rağmen, erteleme ve seçenek yaptırım gibi araçların da önemli bireyselleştirme etkenleri olduğu, bu lehe kurumlar sayesinde, failin kişiliğine göre bir ceza belirlenebileceği kabul edilmektedir.<sup>53</sup>

Cezanın bireyselleştirilmesi kavramı, suçlunun kişiliğinin cezalandırmada etkili olduğu temel düşüncesinden hareketle, ilk olarak klasik ve pozitivist anlayışı savunan yazarlar tarafından geliştirilmiştir.<sup>54</sup>

Cezanın kişiye uydurulması araçlarından biri olarak tanımlanan takdiri indirim nedenleri,<sup>55</sup> genel olarak, suçun ve fiilin niteliğinden öteye, failin bazı özellikleri nedeniyle, cezadan belli oranlarda indirim yapılmasını sağlayan bir kurum olarak, TCK'nın 62/2. maddesinde düzenlenmiştir.<sup>56</sup>

TCK'nın 62/2. maddesi, 7406 sayılı Kanun'la yapılan yasa değişikliğinden önce, "Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir."<sup>57</sup> şeklinde düzenlenmiştir.

Yapılan yasa değişikliğinden sonra, "Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulabilir. Ancak failin duruşmadaki mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışları, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmaz. Takdiri indirim nedenleri kararda gerekçeleriyle gösterilir" hükmüne yer verilmiştir.

Yasal değişiklikten önce, takdiri indirim gerekçeleri, sınırlı olarak sayılmamış iken değişiklikten sonra, bu ölçütler sınırlı olarak sayılmış-

<sup>53</sup> N. Toroslu, "Ceza Müeyyidesi", s. 148.; Dönmezer/Erman, s. 285.; Doğan Soyaslan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2003, 11 (1-2), ss. 25-49, s. 29, 42.

<sup>54</sup> Elif Tüfekçi, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2008, s. 94.; Hıfzı Veldet, "Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, ss. 23-35, s. 29.; İçel, s. 653. İçel/Sokullu Akıncı, s. 172.

<sup>55</sup> Soyaslan, "Cezanın Bireyselleştirilmesi", s. 655.

<sup>56</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 621-622.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 907.

<sup>57</sup> Yerdelen, s. 23.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 908.



tır. Bu çerçevede, değişiklikten önce, bu maddedeki gerekçelere benzer gerekçelerle de takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verilebilmesi mümkündür. Yapılan yasal değişiklikle birlikte, maddenin ikinci fıkrasında yer alan, “gibi hususlar” ifadesi kaldırılmak suretiyle, gerekçede sınırlama yoluna gidildiği görülmektedir.

Mülga 765 sayılı TCK'nın 59. maddesinde, “*Kanuni tahfif sebeplerinden ayrı olarak mahkemece her ne zaman fail lehine cezayı hafifletecek takdiri sebepler kabul edilirse ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine müebbet ağır hapis ve müebbet ağır hapis yerine 30 sene ağır hapis cezası hükümlenir. Diğer cezalar altıda birden fazla olmamak üzere indirilir*” şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiş, takdiri indirim nedenleri konusunda ve gerekçeler hususunda sayma yoluna gitmemiştir. Bunun dışında, 5237 sayılı TCK'da, müebbet hapis cezası yerine, yirmi beş yıl hapis cezası verileceği düzenlenmiş iken, mülga 765 sayılı TCK'da, bu senenin 30 yıl olacağı belirtilmiştir. Mülga 765 sayılı TCK'da, takdiri indirim gerekçeleri konusunda, hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. 5237 sayılı TCK'da ise, yapılan yasal değişiklikten önce gerekçelerdeki takdir hakkı korunmasına rağmen, bu takdir hakkının hangi sınırlar çerçevesinde kullanılması gerektiğinin açıklanması yoluna gidilmiştir.<sup>58</sup>

Yapılan yasal değişiklikten sonra, gerekçelerin sınırlandırılması suretiyle, maddede belirtilen hususlar dışında bir gerekçe gösterilmesi imkânsız hale gelmiştir.

Temel cezanın belirlenip gerekli artırım ve indirimlerin yapılmasından sonra, fail hakkında takdiri indirimin uygulanıp uygulanmayacağına karar verilecektir. Yani yapılan bu takdiri indirimden sonra, başka bir artırım veya indirim yapılması söz konusu olmayacaktır.<sup>59</sup>

Kanun koyucunun, takdiri indirimle ilgili yazdığı gerekçeler uygulanırken, belli bir araştırma yapılarak sonuca ulaşılmalıdır. Yani gerek soruşturma aşamasında gerekse kovuşturma aşamasında, failin kim olduğu, mesleki ve ekonomik durumu, ailevi durumu, sosyal bağlantıları, toplumdaki konumu, ilk defa suç işleyip işlemediği, fiilin işlenmesinden sonraki davranışları veya yargılama sırasında gösterdiği tutum ve davranışları dikkate alınmalıdır. Kanaatimizce, belirtilen

<sup>58</sup> Yerdelen, s. 289.

<sup>59</sup> Üzülmez, s. 214.

gerekçelerden birinin olumsuz olması durumunda, söz konusu takdiri indirim nedenlerinin uygulanmaması gerekir. Bu kapsamda, takdiri indirim nedenlerinin ne şekilde belirlenmesi gerektiği üzerinde durulmalıdır.

## 2. Failin Geçmişi

Toplumunu oluşturan bireylerden bir kısmı, devletin koyduğu temel kurallara uyma yönünde azami bir gayret gösterirken, bazı bireyler, konulan bu kurallara uymama eğilimi göstermektedirler. Buna göre, bazı bireyler, suç işlemeyi alışkanlık haline getirmekteyken, bazı bireyler, ortaya çıkan somut etkenler nedeniyle çok nadiren suç işlemekte veya hayatında ilk defa suç işleme noktasına gelmektedir. Toplumsal dinamizme ayak uyduramayan düzene karşı ve düzenin oluşturduğu genel kurallara karşı gelmekte ısrar eden, suç teşkil eden eylemleri işleme konusunda genel ve yoğun bir çabası olan, defalarca ceza verilmiş olsa bile, suç işlemeye devam eden ve cezaların ıslah ve önleme fonksiyonlarını yerine getirmeyen bireyler, bu şekilde, son işlediği suça kadar karanlık bir geçmişin yüküyle gelmektedirler. Failin, geçmişinde başarılı işler yapması, kumar oynayan veya alkolik biri olması gibi öğeler de bu geçmiş yükünü tanımlayabilecektir.<sup>60</sup>

Failin geçmişi dendiği zaman, bu kişinin yaşamın her noktasında nasıl bir seyir izlediği, suç işleme potansiyeline sahip bir kişi veya işlediği suçlar itibarıyla, kural tanımazlık sınırında olup olmadığı, aykırı bir kişilik profili çizip çizmediği ve her seferinde denenmesine rağmen, toplumla uyum sağlamak zorlanan bir birey olup olmadığı araştırılacaktır. Bununla beraber, işlenen suçun niteliği ne olursa olsun, geçmişinde temiz bir yaşamı olan, izlediği yol itibarıyla, topluma ayak uyduran ve suç işlemekten kaçınılan bir noktada, failin daha sade ve daha temiz bir geçmişe sahip olduğu söylenebilecektir.<sup>61</sup>

“Geçmiş” kavramı, geride kalmak kavramı ile aynı anlamda olmakla beraber, geçmişte yaşanan olayların niteliği ve failin suç işle-

<sup>60</sup> Pınar Bacaksız, “Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı: 2014, ss. 4917-4941, İzmir, 2015, s. 4918.; Özen, s. 107; Çakmut/Zafer/Centel, s. 598.; Koca/Üzülmez, s. 655.

<sup>61</sup> Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C:1, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 586.; Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 910.

medeki kasıt ve saikleri de bu kavramı belirlemede önem taşımaktadır. Failin sabıkalı olması veya mükerrir olması gibi hususlar, geçmiş yorumlamak açısından tek başına yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda, salt kişinin mükerrir olması nedeniyle, takdiri indirimin uygulanmasına karar verilemeyecektir. Böyle olsaydı, TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddesindeki düzenlemelere benzer bir düzenleme yapılarak, belli adli sicil kayıtlarına sahip kişiler hakkında takdiri indirim nedenlerinin uygulanması açık bir şekilde önlenebilirdi. Buna göre, fail sabıkalı olsa bile, geçmişten bugüne kadar yapılacak analizler kapsamında, geçmişin bugüne yansımaları, failin suçları arasındaki bağlantı veya bağlantısızlık, suçların niceliği ve niteliği, suç işlemedeki ısrarı, suçların işlenmesindeki yoğunluklar ve uslanmaz bir kişiliğin olup olmadığı değerlendirilerek karar verilmesi gerekecektir.

Failin geçmişi; failin aile ilişkilerini, okul hayatını, işlediği suçları, bu suçların niteliklerini, ceza alınmasından sonra toplumsal hayata uyum sağlamasını da kapsayan bir süreç analizi olarak değerlendirilmelidir.

Hayatında ilk defa suç işleyen örneğin öğretmenlik yapan bir failin işlediği mala zarar verme suçu ile sürekli olarak aynı suçu işleyen, aldığı cezalar nedeniyle ıslah olmayan ve suç işlemeyi alışkanlık haline getiren bir failin aynı çerçevede değerlendirilmemesi gerekir. İşlediği bütün suçlara rağmen, topluma uyum sağlama konusunda çaba sarf eden ve bu konuda gerekli tedbirlere uymakta kararlılık gösteren kişi hakkında, geçmişteki yaşamı da örnek gösterilmek suretiyle, takdiri indirim yapılması yönünde bir karar verilmesi, ceza adaletinin sağlanması açısından daha sağlıklı bir sonuca ulaştıracaktır.<sup>62</sup>

## 2. Failin Sosyal İlişkileri

İnsan, bir birey olmasına rağmen, toplumsal hayatla kucaklaşmış veya kucaklaşmak zorunda olan bir varlıktır. Toplu yaşama kültürü ve topluma katkı sunan bir insan olma figürü, ideal bir gerçeklik olmakla birlikte, bireyi doğru bir zemine taşımaya zorlayan ve kurallara uymaya iten bir olgu olarak da görülebilir. Belirlenen ana kurallara ve en genel anlamda, düzene aykırı davranışlar sergileyen insanlar,

<sup>62</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, S. 623.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 910.

yalnızlaşmakta, kendisini diğer insanlardan soyutlamakta ve sosyal ilişkilerini dengelemekte zorlanmaktadırlar.

Birlikte yaşama kültürünü benimsemeyen, birliktelik kavramına aykırı davranışlar sergileyen ve kendisi dışındaki insanlara zarar veren bir yapı, bireyi, sosyal ilişkilerden kopmaya veya topluma ve toplumdaki unsurlara karşı saldırgan olmaya yönlendirecektir.

Suç işleyen herkese, sosyal ilişkileri yönünden olumsuz bir birey algısıyla bakılması her zaman mümkün değildir. Bazen, her şey yolunda giderken, aniden gelişen bir sürecin sonunda, suç işlenmesi kaçınılmaz olabilmektedir. Toplumda değer ifade eden ve toplumsal anlamda önemli bir konumda olan bireyler de suç işlemektedirler. Bu kişiler de işlediği suç için öngörülen yaptırım ne ise onunla cezalandırılmaktadırlar. Bu noktada, sosyal ilişkileri bozuk olan bireyler ile uyumlu olma çabalarına rağmen, tesadüfen suç işleyen kişilerin aldığı sonuç cezaların aynı olması hakkaniyete uygun düşmeyecektir. Bu kapsamda, takdiri indirim, hayata katkı sunmuş ve bir birey olarak sosyal dokuya yararı bulunan insanların suç işlemesi durumunda aldıkları cezayı, belli bir oranda indirmeyi öngören, lehe bir bireyselleştirme aracı olarak ön plana çıkmaktadır.<sup>63</sup>

Örneğin, toplumsal hayatta itibar gören bir konumda olan failin, kendisine trafikte aniden saldıran kişilerle kavga etmesi sonucunda, yaralama suçu nedeniyle yargılandığı bir olayda, bu kişinin toplumda işgal ettiği yer ve sosyal hayattaki duruşu da dikkate alınarak lehe değerlendirmeler yapılmalıdır. Buna karşın, sürekli kavga çıkaran, aynı mahiyete birçok dosyası bulunan fail hakkında, bu durumu ve toplumla olan kavgacı yapısı dikkate alınarak farklı bir değerlendirme yapılacaktır.

Bu çerçevede, failin işlediği suçun niteliği ne olursa olsun, işlenen bu suça rağmen, failin geçmişi ile birlikte sosyal ilişkilerindeki başarısı ve gayreti ile ailesi ve iş arkadaşları ile olan genel uyumu dikkate alınarak bir karar verilecektir.<sup>64</sup> Failin aile ilişkileri, iş koşulları, engelli olup olmaması veya sağlık durumu da lehine veya aleyhine olacak şekilde dikkate alınmalıdır.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> İçel/Sokullu Akıncı, s. 136.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 910.

<sup>64</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenc/Sözüer/Mahmutoglu/Ünver, s. 166.; Üzülmöz, s. 229.

<sup>65</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 599.

### 3. Failin Fiilden Sonra ve Yargılama Sürecindeki Pişmanlığını Gösteren Davranışları

Takdiri indirim, doğrudan fiille ilgisi olmayan, fakat failin genel sosyal durumuna göre değerlendirme yapılmasını gerektiren bir olgudur. Buna göre, işlenen suçla doğrudan bağlantılı olarak bir karar verilemeyecektir. İşlenen suç ne olursa olsun, diğer ölçütlerle birlikte, failin, fiilden sonra gösterdiği ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları da dikkate alınarak bir sonuca varılacaktır.<sup>66</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinin ilk halinde, "failin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları" ifadesi kullanılmışken, yapılan yasal değişiklik sonucunda, "failin, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları" ifadesi kullanılmıştır. Böylece, "pişmanlık" kavramı maddeye eklenmek suretiyle, failin samimi duruşu ve bu yöndeki davranışlarının dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır.

Değişiklik gerekçesine göre, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışlarından, pişmanlık göstergesi sayılmayacak olanlar, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilmeyecektir. Başka bir deyişle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını samimi olarak göstermesi gerekmektedir. Örneğin failin; fiilden sonra ortaya çıkan zararı kendisinden beklenebilecek ölçüde gidermesi veya zararın büyümesini engellemek için ciddi çaba sarf etmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına önemli ölçüde katkıda bulunması ya da olayın aydınlatılmasında aktif fayda sağlaması gibi içten pişmanlığını gösteren davranışları, takdiri indirim nedeni olarak sayılabilecektir.

"Pişmanlık" ifadesi, eylemin gerçekleştirilmiş olmasından, bir mağduriyet yaratılmasından, bireylerin veya toplumun, söz konusu eylem nedeniyle zarar görmesinden veya en genel ifadeyle, toplumun genel düzenini bozmak suretiyle mahkeme huzurunda bulunmaktan suçluluk hissedilmesi, mutsuz olunması ve böyle bir eylemin, bir daha yapılmayacağı konusunda kararlılık iradesinin gösterilmesi olarak tanımlanabilecektir. Pişmanlık, söz, yazı veya eylemle dış dünyada kendisini gösterecektir.

<sup>66</sup> Üzülmöz, s. 230.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 911.

“Davranış” ifadesi ise, söz veya eylemle gerçekleştirilen ve dış dünyaya yansıyan her tür hareket olarak tanımlanabilir. Suç teşkil eden fiili gerçekleştiren fail, herhangi bir pişmanlık göstermeden, yaptığı suçun haklılığını savunmuş, fiili gerçekleştirdikten sonra, mağdurun, daha da mağdur olmasına neden olmuş, mağdura yönelik eylemlerine ısrarla devam etmiş, farklı mağdurlara karşı da aynı suçu işlemiş ise bu fail hakkında lehe değerlendirme yapılamayacaktır.

Failin yargılama sürecinde pişmanlığını gösterdiği davranış, fiziksel olarak gösterdiği bir davranış modeli olarak yorumlanmamalıdır. Failin duruşmada, mahkemeye yönelik saygılı tutumu ile mağdura veya diğer kişilere yönelik hareketleri dikkate alınacak ise de savunmasını yaparken gösterdiği tutum ve davranışıyla pişmanlık duymadığını göstermesi veya mahkeme heyetini şekli davranışlarla yanıltmaya çalışması gibi durumlarda da lehe değerlendirme yapılmamalıdır. Bütün olumsuzluklara rağmen, iyi giyinen veya iyi konuşan mağdurun davranışı şeklen olumlu görünse de içerik olarak olumlu olamayabilecektir. Failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışı, yargılamanın bütün sükelerine gösterilen davranış ve eylemlerle bağlantılı olarak dikkate alınmalıdır.<sup>67</sup>

Olayın meydana gelmesinden sonra, etkin pişmanlık öngörülen suçlar dışında, mağdurun zararını gideren, mağdurun sağlık durumu ile ilgilenen, mağdura pişman olduğunu ileten ve bunu söz ve eylemleri ile gösteren failin, süreç boyunca iyi niyetli olduğu değerlendirilerek karar verilecektir. Fiili vahşice işleyen, mağdura ve ailesine yönelik olumlu bir bakış açısı olmayan, sadece duruşmada mahkeme heyetini aldatma amacıyla olumlu tavır sergileyen fail hakkında takdiri indirim yapılması hususu, hakkaniyete de uygun olmayacaktır.<sup>68</sup>

Failin suçu ikrar etmesi veya inkâr etmesi, tek başına, takdiri indirimin uygulanması veya uygulanmaması yönünde bir etken olarak kabul edilmemekle birlikte, olayın aydınlatılmasına sunduğu katkı göz önünde bulundurulacaktır.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München, 2004, § 46, kn. 16.; Özgenç, “Genel Hükümler”, s. 910-913.; Özbek, s. 230.

<sup>68</sup> Yerdelen, s. 296.; Üzülmez, s. 230.; Özbek, s. 586.

<sup>69</sup> Mustafa Artuç/Çetin Akkaya/Cemil Gedikli, İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2008, s. 379.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 600.

7406 sayılı Kanun'un değişiklik gerekçesinde, failin duruşmada mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının, takdiri indirim nedeni olarak dikkate alınmayacağı düzenlenmektedir. Böylelikle, failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki samimi pişmanlığını gösteren davranışları gözlemlenemediği halde, yalnızca takdiri indirimden faydalanmak amacıyla duruşmada pişman olduğunu söylemesi veya yargılama mercilerine karşı saygılı tutumunu ifade eden kılık ve kıyafeti dikkate alınarak verilecek cezada indirim yapılamayacaktır, ifadesi kullanılmıştır.

Kanaatimizce, yapılan yasal değişiklik sonucu, artık gerçek pişmanlıklar değerlendirmeye alınacak iken şekli olarak mahkemeyi etkilemeye yönelik eylemler takdiri indirim gerekçesi olarak kabul edilmeyecektir. Bu çerçevede, suçun sonuçlarını azaltmaya çalışmayan, bu yönde bir çaba göstermeyen, gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sunmayan fail hakkında takdiri indirim yapılamayacaktır.

#### 4. Cezanın Fail Üzerindeki Olası Etkileri

Suç işleyenlerin cezalandırılmasının temel amacı; bu kişilerin, sosyalleşmesini teşvik etmek, yeniden suç işlemelerini engelleyici etkileri güçlendirmek, üretken, kanunlara ve toplumsal kurallara saygılı ve sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumlarını kolaylaştırmak, böylelikle cezanın genel ve özel önleme etkisinin oluşmasını sağlamak ve toplumu suça karşı korumaktır.<sup>70</sup>

Her fiilin karşılığı, bir yaptırım olarak belirlenmiştir. Belirlenen bu yaptırımlar, muhakkaktır ki fail üzerinde beklediği gibi olumsuz etkilere neden olacaktır. Kişinin hürriyetini kısıtlayan hürriyeti bağlayıcı cezalar ile kişiyi ekonomik olarak etkileyecek olan adli para cezalarının birey açısından bu şekilde olumsuz etkileri olduğu kadar, verilen cezaların, bireylerin ıslah edilmesi ile toplumsal değerlerin öğrenilmesine olan katkısı yadsınamayacaktır.<sup>71</sup>

Cezanın gelecek üzerindeki olası etkileri çerçevesinde, örneğin, failin kamu görevlisi olması ve alacağı ceza miktarına göre görevini kay-

<sup>70</sup> Üzülmöz, s. 204.; Stree Walter, "§ 46", İn: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München, 2001, Rn:3.; Kindhauser, kn. 1.

<sup>71</sup> Öztürk/Erdem, s. 428.; Soyaslan, "Ceza Hukuku Genel Hükümler", s. 70.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 545.



betme ihtimalinin bulunması gibi bir etken diğer unsurların yanında, fail lehine değerlendirilebilecektir.<sup>72</sup>

Bu kapsamda, takdiri indirim uygulaması durumunda, fail, cezasız kalmayacak ancak belli oranlarda cezasından indirim yapılacaktır. TCK'nın 62/1. maddesindeki indirim oranlarına bakıldığında, bu indirimin, ceza miktarı açısından çok önemli olduğu görülecektir.

Cezanın miktarı ve çeşidine göre, ilgili infaz rejimi sisteminin belirlenmesi, fail hakkında yakalama emri çıkartılıp çıkartılmaması, failin denetimli serbestlik sisteminden ne şekilde yararlanacağı vs. konularında farklılık oluşacaktır. Örneğin, 5275 Sayılı Kanun'un 107/2. maddesinde belirtildiği üzere, kural olarak; 18 yaşından büyükler açısından, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilenler 30 yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar 24 yılını, süreli hapse mahkûm olanlar ise cezalarının yarısını infaz kurumunda çektikleri takdirde koşullu salıvermeden yararlanabileceklerdir.<sup>73</sup>

Buna göre, yapılacak indirim sonucuna göre belirlenen cezanın, failin geleceğini ne şekilde etkileyeceği değerlendirilmelidir. İşlenen suçla doğrudan bağlantılı olmaksızın, yasa da belirtilen diğer gerekçelerden de yararlanılarak, cezanın fazla ya da az olmasının, muhtemel sonuçları karşılaştırmalı olarak analiz edilmek suretiyle iyi hal indirimi konusunda karar verilecektir.

Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezası, sıkı güvenlik rejiminin uygulanması konusunda farklılık arz ederken, koşullu salıverme süreleri açısından da söz konusu cezaların sonuçları farklı şekilde düzenlenmiştir. Müebbet hapis cezası alan ve yaşı büyük olan bir fail takdiri indirimden yararlandığı takdirde, cezası 25 yıl hapis cezasına indirilecek ve İnfaz Kanunu gereğince, belli suçlar hariç olmak üzere, bu cezanın yarısını cezaevinde geçirdikten sonra koşullu salıverilebilecektir.<sup>74</sup> Bu çerçevede, failin cezaevinde az kalması veya çok kalması durumunda, bu cezanın, her yönüyle faili ne şekilde etkileyeceği, failin sosyal ve ekonomik durumu ile suç işlenmesini önleme noktasındaki sonuçlar tartışıldıktan sonra, lehe hükümlerin uygulanması konusunda bir karar verilmelidir.

<sup>72</sup> Yerdelen, s. 301.; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 695.

<sup>73</sup> Özgenç, "Genel Hükümler", s. 766 vd.

<sup>74</sup> Özgenç, "Genel Hükümler", s. 911.

## 5. Diğer Takdiri İndirim Nedenleri

TCK'nın 62/2. maddesinde sayılan takdiri indirim nedenleri, 7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce "*numerus clausus*" yani sınırlı şekilde sayılmamıştı. Değişiklikten önce, Hâkim, kanunda sayılan bu nedenlerden başka bir nedene dayalı olarak da takdiri indirim uygulanmasına veya uygulanmamasına karar verebilmekteydi.<sup>75</sup> Bu tarihte, takdiri indirim uygulanabilmesi için göz önünde bulundurulacak nedenler sınırlandırılmamış, "gibi hususlar" ibaresiyle ucu açık bırakılmıştı. Başka bir ifadeyle fıkrada takdiri indirim nedenleri, "tahdidi" değil "tadadi" bir şekilde düzenlenmişti. Bu nedenle yargılama sırasında hâkim tarafından fail lehine tespit edilen pek çok şey, takdiri indirim nedeni olarak kabul edilebilmekteydi.

Yapılan değişiklikle, değişiklik gerekçesinde belirtildiği şekilde, fıkra metninden "gibi hususlar" ibaresi çıkartılarak takdiri indirim nedenleri tahdidi hale getirilmiştir. Böylelikle takdiri indirime konu nedenler netliğe kavuşturulmakta ve mahkemeler arasındaki farklı uygulamaların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Dolayısıyla hâkim, yargılama sonucunda takdiri indirim nedenlerinin uygulanması bakımından gerekçesini ancak maddede sayılan hallerden bir veya birkaçına dayandırabilecektir.

Kanaatimizce, maddede belirtilen takdiri indirim nedenleri; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklinde ve sınırlı olarak sayılmış olsa bile, belirtilen ölçütlerin zaten genel ölçütler olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, belirtilen "tahdidi" sınırlamanın, takdiri indirim konusundaki geniş yorumlamayı önleyemeyeceğini düşünmekteyiz. Örneğin, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri kavramına dayanan Hâkim, belirtilen ölçütün altını doğal olarak geniş yorumlayabilecektir. Bu nedenle, belirtilen sınırlamanın, uygulamada, takdiri indirimin uygulanması konusunda çok bir net daralma yaratmayacağını değerlendirmekteyiz.

Sınırlı sayılan takdiri indirim konusunda, belirtilen ölçütlerin dışına çıkılamayacak olsa da bu ölçütleri anlamlandıran suçun işlenmesi ile ilgisi olmayan ve fakat faili tanımlayacak diğer bütün unsurların

<sup>75</sup> İçel/Sokullu Akıncı, s. 656.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 912.

burada dikkate alınması mümkün olacaktır. Örneğin, mahkeme kararında, belirtilen sınırlı ölçütleri esas alırken; failin mesleği, ekonomik durumu, yaşadığı sosyal çevre, iyi veya kötü alışkanlıkları, gelecekte beklenenleri, hedefleri, ailevi durumu, arkadaşlarıyla olan uyumu, disiplin kurallarına ve toplumsal kurallara uymakta gösterdiği çabası gibi hususlardan beslenerek takdiri indirimin yapıp yapılmayacağı veya indirim oranının ne kadar olacağını belirleyecektir.

Takdiri indirimin işlenen suçla doğrudan bir bağlantısı olmadığı dikkate alınarak, suçun vahim nitelikte olması, suçta kullanılan aletlerin niteliği, suçun işlendiği yer ve zaman dilimi, suçun işleniş biçimi gibi temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınan unsurların, takdiri indirim konusunda dikkate alınması mümkün değildir.<sup>76</sup>

Örneğin, genel olarak toplumsal kurallara uyan ve sosyal çevresinde olumlu intiba uyandıran bir fail hakkında, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri de dikkate alınarak lehe değerlendirme yapılabilecektir. Buna karşın, ekonomik durumu çok iyi olan bir failin geçmişi ile ilgili olumsuz bir durum var ise bu fail hakkında, takdiri indirim uygulanmayabilecektir.

## **B. Takdiri İndirimin Uygulanması Esasları**

### **1. Hâkimin Takdir Hakkının Sınırları ve Gerekçeli Karar Verme Zorunluluğu**

Hukukta keyfilik olmadığına göre, hukuku uygulayanların da keyfi olarak karar vermesi mümkün değildir. Hâkim karar verirken, hukuk sisteminin belirlediği bütün ilkelere uymak zorundadır. Bu nedenlerle, takdiri indirim konusunda da belirlenen ölçütlere göre ve bu takdir hakkını failin durumuna uygun düşecek şekilde belirlenmesi zorundadır.<sup>77</sup>

Anayasa'nın 141 ve 5271 sayılı CMK'nın 34/1, 230. maddeleri uyarınca, mahkeme kararlarının denetime olanak verecek biçimde açık ve gerekçeli olması ve denetim organlarının bu işlevini yerine getirmesi için gerekçe bölümünde, mevcut delillerin tartışılması ve değerlendiril-

<sup>76</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 588.

<sup>77</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 624.; Artuç/Akkaya/Gedikli, s. 380.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 582.; Üzülmez, s. 231.; Taneri, s. 132.

rilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterilmesi, ulaşılan kanaat ve delillerle sonuç arasında bağ kurulması ve bu şekilde hükmün kamuoyunu tatmin etmesi gerektiği gözetilmelidir.<sup>78</sup>

7406 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, değişiklik gerekçesinde belirtildiği gibi, takdiri indirim nedenlerinin kararda gerekçeleriyle gösterilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olup, hukuk devletinin ve hukuki güvenlik ilkesinin de bir gereğidir. Zira mahkemenin keyfilikten uzak şekilde kanuna, hukuka ve hakkaniyete uygun karar verip vermediği ancak gerekçeden anlaşılabilir. Düzenlemeyle, takdiri indirim uygulanması halinde, nedenlerinin gerekçeli kararda failin eylemleriyle ve somut olayla ilişkilendirilerek, denetime açık ve kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtilmesi amaçlanmıştır.

Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkilerinin ne olduğu somutlaştırıldıktan sonra failin hangi geçmişi veya sosyal ilişkisinin, takdiri indirime engel olduğunun karar yerinde açıklanması zorunludur.<sup>79</sup>

Hâkim, failin talebi olsun veya olmasın, takdiri indirim konusunda olumlu veya olumsuz bir karar vermelidir. Bununla birlikte, salt bir suçun nitelikli halin uygulanması, takdiri indirim uygulanmasına engel değildir.<sup>80</sup> Bununla birlikte, fail hakkında bir hüküm nedeniyle takdiri indirim uygulanmış ise aynı dosyadaki diğer hüküm açısından da uygulanması zorunludur.<sup>81</sup>

Hâkim tarafından gösterilen gerekçenin, dosya kapsamıyla uyumlu olması gerektiği gibi, kanunun aradığı bir gerekçe olması zorunluluğu da vardır. Örneğin, failin yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarından ne anlaşılması gerektiğinin iyi analiz edilmesi, failin, duruşmada iyi giyimli olması veya düzgün konuşmasının

<sup>78</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 583.; İçel, s. 656.; Yargıtay 5. CD. 30/11/2021; 2018/8172; 2021/6020 E. K.

<sup>79</sup> Koca/Üzülmez, s. 657.; Üzülmez, s. 205.

<sup>80</sup> İçel/Sokullu Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 176-178.; Özgenç, "Genel Hükümler", s. 912.; Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 433.

<sup>81</sup> Yargıtay 11 CD 23/12/2021; 2019/7796; 2021/30174 E.K.; Yargıtay 4. CD 11/10/2021; 2021/12658; 2021/23951; E. K.

tek başına takdiri indirim uygulanması açısından yeterli olmadığı değerlendirilmelidir.

Failin geçmişi ile ilgili olumsuz bir değerlendirme yapılırken, cezanın failin geleceği üzerindeki etkileri konusunda olumlu bir değerlendirme yapılması durumunda, gerekçelerde çelişkiye düşülmüş olacaktır. Bu kapsamda, maddede sayılan etkenler arasında da bir uyum bulunmalıdır. Kanaatimizce, geçmişi ve sosyal ilişkileri olumsuz olan fail hakkında, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışı gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulanmaması gerekir.

Hâkim takdir hakkını kullanırken, suçun işlenmesinden bağımsız ve suçun niteliğinden ayrı bir şekilde düşünerek karar vermelidir. Toplumsal baskı ve medya algısının etkileri en aza edilmelidir.

Takdir hakkı, hâkime tanınmış özel bir hak olarak kabul edilse de bu hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek şekilde ve gereksiz bir karar verilmesinin savunulması, hukuk devleti ve alt başlıkta adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık olarak değerlendirilecektir.<sup>82</sup>

Takdiri indirimin ne kadar yapılacağı kanunda açık bir şekilde belirlenmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis cezası üzerinden indirim yapılması gereken durumlarda, indirimin ne kadar yapılacağı konusunda hâkimin takdir hakkı bulunmazken, süreli hapis cezası nedeniyle yapılacak indirimlerde, azami indirim miktarı 1/6 olarak belirlenmiştir. Bu oran, indirim yapılacak en yüksek miktardır. Yani hâkim, maddede belirtilen ölçütlerdeki yoğunluğa göre, bu indirim miktarının oranını belirleyecektir. Failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri dikkate alın-

<sup>82</sup> "07.06.1976 tarihli ve 3-4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile bu doğrultudaki birçok Ceza Genel Kurulu kararında açıkça vurgulandığı üzere; kanun koyucu, hâkime takdiri indirim hükmünün uygulanması konusunda geniş bir takdir yetkisi tanıyarak, uygulamada çıkabilecek olan ve önceden öngörülmeye imkânı bulunmayan çeşitli hâlleri kapsayacak bir kalıp bulmanın zorluğu karşısında, hâkimin bu yetkisini sınırlamaktan özenle kaçınmış, bu tavrını 5237 sayılı TCK'da da devam ettirmiştir. Ancak, hâkimin bu konudaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bütün kararlarda olduğu gibi takdiri indirimin uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin kararlar da gerekçeli olmalıdır. Bununla birlikte gösterilen gerekçelerin hak, adalet ve nesafet kuralları ile dosya içeriğine uygunluğunun Yargıtay denetimine tâbi olacağı da şüphe bulunmamaktadır", Yargıtay 4. CD, 05/01/2022, 2020/5255; 2022/1014 E. K.

rak, daha düşük bir indirim oranının da belirlenmesi söz konusu olabilecektir. Uygulamada, 1/6 oranı, kesin bir oranmış gibi düşünülerek büyük çoğunlukla, en üst haddenden indirim yapıldığı görülmektedir.<sup>83</sup>

## 2. Takdiri İndirim Hususundaki Kararın Denetlenmesi

Takdir hakkının içeriğinde “*takdir*” kavramını barındırması, bu hakkın kullanılmasının denetlenmeyeceği anlamına gelmeyecektir.<sup>84</sup> Koşulları olduğu halde, takdiri indirimin uygulanmaması durumunda, cezanın bireyselleştirilmesi olgusuna uyulmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Geçmişle, sosyal ilişkileriyle, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlarıyla hakkında olumlu kanaat edinilen failin durumu ile aksi yöndeki failin durumunun aynı değerlendirilmesi halinde, ceza adaletinin sağlanması mümkün olmayacaktır.<sup>85</sup> Yargıtay, olumsuz bir durumu dosyaya yansımayan fail hakkında takdiri indirimin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>86</sup>

Mahkemeler tarafından verilen kararlarla ilgili olarak, CMK’da; itiraz, istinaf ve temyize ilişkin olağan kanun yolları ile denetim sistemleri düzenlenmiştir. Özellikle istinaf mahkemeleri ve Yargıtay tarafından, suçun fail tarafından işlenip işlenmediği, suçun doğru vasıflandırılıp vasıflandırılmadığı, suçun özel görünüş şekillerinin, seçenek yaptırımların, erteleme ve diğer lehe ve aleyhe olan düzenlemelerin usul ve yasaya uygun olarak karar yerinde değerlendirilip değerlendirilmediği denetlenecektir. Bu kapsamda, takdiri indirim konusunda da yapılan uygulamanın yerinde olup olmadığı hususu, bu denetim örgüsü içerisinde yer alacaktır.<sup>87</sup>

<sup>83</sup> Üzülmöz, s. 231-232

<sup>84</sup> İçel, s. 656.; İçel/Sokullu Akıncı, s. 173.; Yargıtay 4. CD, 05/01/2022; 2021/10489; 2022/1159 E. K.

<sup>85</sup> Üzülmöz, s. 231.

<sup>86</sup> “TCK’nın 62/2. maddesinde takdiri indirim nedeni olarak; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failinin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiş olup; dosya kapsamına göre geçmişte hakkında herhangi bir suç kaydı ve sabıkası bulunmayan, dosyaya yansıyan olumsuz bir davranışı tespit edilemeyen sanık hakkında hukuki ve yeterli olmayan gerekçe ile TCK’nın 62. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmesi”, Yargıtay 3. CD, 10/01/2022, 2021/2322; 2022/1 E. K.

<sup>87</sup> Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 624.; Yargıtay 6. CD, 04/10/2021, 2021/1191; 2021/14788 E. K.

Failin bir talebi bulunmasa bile, takdiri indirim konusunda olumlu veya olumsuz bir karar verilmesi gereklidir. Fail hakkında takdiri indirim konusunda bir değerlendirme yapılmaması hususu, denetim makamlarınca usul ve yasaya aykırı olarak değerlendirilecektir.<sup>88</sup>

Mahkemece, takdir hakkının uygulanması veya uygulanmaması konusunda gösterilen gerekçenin, faille veya dosyayla ilgisinin bulunmaması halinde de takdir hakkının hukuka aykırı kullanıldığı kabul edilecektir.<sup>89</sup>

Örneğin, failin geçmişindeki olumsuzluklara rağmen, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları gerekçe gösterilerek indirim uygulanması ve aleyhe istinaf talebi bulunması durumunda, takdiri indirim konusundaki isabetsizlik olduğu kabul edilecektir.

Yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları olumlu olan kişi, yargılamanın sükûnetle ilerlemesine de katkı sunmuş olacaktır. Maddedeki indirim gerekçelerinden birisi de fiilden sonra faillerin yargılama sürecinde olumlu davranışlar sergilemesini sağlamaktır. Bu durumda, geçmişi olumsuz olmasına rağmen duruşmada pişmanlığını göstererek iyi halli davranan kişi ile geçmişi olumsuz olup duruşmada pişmanlığını göstermeyerek iyi halli davranmayan kişi arasında farklılık olmaması durumunda, adaletsiz bir bakış açısı gelişecektir.

### C. Takdiri İndirim ve Fail Lehine Olan Diğer Hükümlerin İlişkisi

#### 1. Takdiri İndirim ve Seçenek Yaptırım Hükümleri Arasındaki İlişki

TCK'nın 50/1. maddesinde, "*Hapis cezasının seçenek yaptırıma çevrilmesine dair hükümler düzenlenmiştir, buna göre, kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebilecektir*" hükmüne yer verilmiştir.

Kanun'un 50/3. maddesine göre de zorunlu seçenek yaptırıma çevirme hükmü düzenlenmiştir. Buna göre, "*Daha önce hapis cezasına*

<sup>88</sup> İçel, s. 656.

<sup>89</sup> İçel, s. 657.



*mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir”.*

Kanun’un 50/4. maddesine göre de *“Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı hâlinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir hâlinde uygulanmaz”* hükmüne yer verilmiştir.<sup>90</sup>

Maddede sayılan suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler kavramları ile takdiri indirim nedenleri olarak gösterilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonra ve yargılama sürecinde gösterdiği davranışlar ve cezanın failin geleceği üzerindeki olumsuz etkileri kavramlarının birbirine zaman zaman yaklaşan kavramlar olduğu görülmektedir. Bu noktada, bu yakın kavramlar, farklı kurumlar içerisinde kullanılırken, seçenek yaptırımlara çevirme sırasında kullanılan gerekçeler ile takdiri indirim gerekçelerinin birbiriyle çelişmesi gerekmektedir.<sup>91</sup>

Seçenek yaptırımlarda belirtilen gerekçelerden bir kısmı, suçla ilgili gerekçelerdir. Örneğin, *“suçun işlenmesindeki özellikler”* kavramı, doğrudan suçla bağlantılıdır. Bu çerçevede, işlenen suçun mahiyeti, kapsamı, toplumda yarattığı infial ve diğer özellikleri gerekçe gösterilerek seçenek yaptırımların uygulanmasına karar verilirken; failin geçmişi ve sosyal ilişkileri gerekçe gösterilerek takdiri indirim uygulanmasına karar verilebilecektir. Buna karşın, failin geçmişi ve kişiliği kavramları birbirine yakın kavramlar olması nedeniyle, bu kavramla-

<sup>90</sup> Taneri, s. 134.; Hakeri, s. 655; Yargıtay 8. CD, 16/12/2021; 2019/24577; 2021/22985

<sup>91</sup> Hakeri, s. 656.; *“Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve erteleme hükümleri yönünden engel sabıkası bulunmayan, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre hükmolunan hapis cezası paraya çevrilen ve yargılama sürecindeki davranışları olumlu bulunarak TCK’nın 62. maddesi uyarınca hakkında takdiri indirim uygulanan sanık hakkında; kişisel özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaat oluşmaması şeklindeki, takdiri indirim ve seçenek yaptırıma çevirme gerekçeleriyle çelişki oluşturacak biçimde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi”*, Yargıtay 4. CD. 27/01/2021; 2017/20789; 2021/2551, E. K.

rın gerekçede gösterilmesi sırasında, çelişki oluşturmamak adına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Failin geçmiş hayatı ve suç bağlantıları ile bugünkü kişiliği arasında bir ayırımı gidilebiliyor ise, bu gerekçelerin her ikisi de olumlu veya olumsuz değerlendirmede kullanılabilir. Fakat failin geçmişini açıklanırken kişiliğine de vurgu yapılarak takdiri indirim uygulanmazken, aynı gerekçeyle seçenek yaptırımların uygulanması durumunda yine çelişki oluşacaktır.

Bu kapsamda, seçenek yaptırımların gerekçesiyle takdiri indirim gerekçelerinin birbiri ile karışma ihtimali yüksektir. Suçlunun kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu ve yargılama sürecinde duyulan pişmanlık kavramları ile takdiri indirim gerekçesinde yer alan kavramlarının birbirinden ayırt edilmesi bazen imkânsızlaşmaktadır. Uygulamada çelişki doğmaması adına, her iki hükmün birlikte uygulanması gerektiği şeklinde bir zorunluluk hissedilmektedir. Çünkü hapis cezasını belirlenen koşullar çerçevesinde seçenek yaptırıma çeviren hâkim, çelişkiye düşmemek adına takdiri indirimi de uygulamak zorunda kalmaktadır veya tam tersi şekilde, seçenek yaptırımı uygulamayan hâkim, çelişki oluşmasını önlemek adına, takdiri indirimi de uygulamamaktadır. Aksi bir durumda, gerekçeler arasında çelişki bulunduğu gerekçesiyle hükmün bozulması gündeme gelebilecektir.

Kanaatimizce, bu hükümlerin karışmasının önlenmesi adına, seçenek yaptırım gerekçeleri ile takdiri indirim gerekçelerinin yeniden düzenlenmesi ve bu şekilde birbirine karışmasının önlenmesi zorunludur. Yapılacak düzenlemenin gerekçesinde de hangi koşullarda seçenek yaptırımların uygulanacağı, hangi koşullarda takdiri indirim uygulanabileceği örneklerle gerekçede açıklanmalıdır.

## 2. Takdiri İndirim ve Erteleme Hükümleri Arasındaki İlişki

TCK'nın 51/1. maddesinde, *"işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin, daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması ve suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması"* hükmüne yer verilmiştir.<sup>92</sup>

<sup>92</sup> İçel, s. 600.; Özgenc, "Genel Hükümler", s. 746-766., Hakeri, s. 661.

Bu kapsamda, erteleme kararı verilmesi için belirtilen objektif koşulların dışında ayrıca, failin, suçtu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması şeklindeki sübjektif ölçüt aranacaktır. Erteleme için gösterilen gerekçe, failin yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlığa ve daha sonra suç işleyip işlemeyeceği üzerine bina edilmiştir. Takdiri indirim nedenleri, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ve cezanın failin geleceği üzerindeki etkilerine göre belirlenecektir. 7406 sayılı Kanun değişikliğinden sonra takdiri indirim gerekçesi olarak gösterilen “failin yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren davranışlar” ile erteleme gerekçesi olarak gösterilen “yargılama sürecinde gösterilen pişmanlık” kavramlarının aynı nitelikte kavramlar olduğu görülmektedir.<sup>93</sup>

Erteleme, suç ve suçlu ilişkisine göre bina edilirken, failin suçtan duyduğu pişmanlığı da alt bir kavram olarak esas alınmaktadır.<sup>94</sup> 7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce, gerçekte pişman olmayan fail hakkında erteleme hükümleri uygulanamazken, pişman olmayan aynı fail hakkında, yargılama sürecindeki davranışları nedeniyle takdiri indirim uygulanabilmekteydi. Buna karşın, yapılan yasal değişiklikle, gerçekte pişmanlık göstermeyen fail hakkında takdiri indirim uygulanmasının da önüne geçilmesinin yanı sıra erteleme ve takdiri indirim konusunda gerekçeler arasında eşgüdüm de sağlanmış olmaktadır.

### 3. Takdiri İndirim ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması İlişkisi

CMK'nın 231/6. maddesine göre, hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması, suçun işlen-

<sup>93</sup> “Sanık hakkında gerekçesi belirtilmeden TCK'nın 62. maddesinin uygulanmasına rağmen, sanığın ileride tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat elde edilememesi nedeniyle TCK'nın 51 ve CMK'nın 231. maddesinin uygulanmaması suretiyle hükümün kendi içinde çelişkiye düşülmesi, Yargıtay 28/12/2021, 2021/5428; 2021/11298 E. K.”, Yargıtay 4. CD. 27/01/2021; 2020/5079; 2021/2735 E. K.

<sup>94</sup> Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2017/14012, 2021/13902 E. K.

mesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir.<sup>95</sup>

Bu maddenin uygulanması için gösterilen sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması kavramları da ertelemede ve seçenek yaptırımlara çevirmedeki kavramlara benzer şekilde düzenlenmiştir.<sup>96</sup>

Takdiri indirim nedeni olarak gösterilen “failin geçmişi” kavramı ile “yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları” kavramının, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasındaki “sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları” kavramları ile çelişme ihtimali bulunmaktadır. Yani bu kurumun uygulanması durumunda, takdiri indirimin uygulanması zorunlu bir hal iken, bu kurumun uygulanmaması durumunda, takdiri indirimin uygulanmaması gerekecektir, aksi takdirde, her iki kurumun gerekçeleri arasında çelişki oluşabilecektir. Maddenin düzenlenme şekli, hâkimin takdiri indirim uygulanması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını zorunlu hale getirmekte veya tam tersi şekilde takdiri indirimin uygulanmaması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına dair karar verilmesini zorunlu hale getirmektedir. Bunun yapılmaması halinde, denetim sonucunda, gerekçelerdeki çelişkiler nedeniyle hükmün bozulması veya yeniden yargılama yapılması gündeme gelebilecektir.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> Taneri, s. 136. Özgenc, “Genel Hükümler”, s. 746-766.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 777.

<sup>96</sup> Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2017/15636; 2021/13908 E. K.

<sup>97</sup> İçel, s. 600.; Ertelemenin sonuçları hakkında bkz. Timur Demirbaş, İnfaz Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2013, s. 555.; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 776.; Yargıtay CGK, 21/11/2016; 3-246/261 E.K.; Yargıtay 5. CD. 30/11/2021; 2018/8172; 2021/6020 E. K.; “Adli sicil kaydındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın CMK’nın 231/6-a maddesi kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesine engel teşkil etmediği anlaşılmalı, engel adli sicil kaydı bulunmayan, hakkında takdiri indirim nedenleri uygulanarak cezası ertelenen sanık hakkında “kasıtlı suçtan sabıkasının olması” şeklindeki yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yer olmadığına karar verilmesi, Yargıtay 11. CD, 28/12/2021; 2019/129; 2021/13839 E. K.”

7406 sayılı Kanun değişikliğinden önce, takdiri indirim uygulanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması için, “yargılama sürecindeki davranışlar” ibaresi kullanılmış iken takdiri indirim gerekçesinde yapılan yasal değişiklikle, “yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışlar” ifadesi kullanılmıştır. Bu şekilde, “pişmanlık” kavramı yönünden her iki düzenlemede farklılık oluşmakta ise de kanaatimizce, fail hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi için, doğal olarak “pişmanlık” şartının varlığı kabul edilmelidir.

Bu kapsamda, diğer hükümlerde olduğu gibi fail lehine olan bu hükümlerin yeniden düzenlenmesi ve gerekçeler arasındaki yakın ilişkinin sonlandırılması veya kavramların daha somut şekilde netleştirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, toplumu yaralayan ve vicdanları tatmin etmeyen kararların ortaya çıkması söz konusu olabilecektir.

### III. TAKDİRİ İNDİRİMİN UYGULANMASI HUSUSUNDAKİ TOPLUMSAL BEKLENTİ

#### A. Toplumsal Beklenti Kavramı

Toplum, bir düzen içinde kurgulanmış hayatı benimserken, bu düzenin tersine yapılan hareketleri ve eylemleri kabul etmemektedir. Bugüne kadar toplum, suç olgusundan soyut bir şekilde yaşamamıştır. Bundan sonra da toplumların, suça bağlı sorunlarla birlikte yaşayacağı muhakkaktır. Ülkelerin ve insanların gelişmişlik düzeyi ne olursa olsun, toplumun suçla olan bağlantısının tamamen sona ermesi söz konusu değildir. Ekonomik ve sosyal gelişmeler, toplumun refah düzeyini yükseltmiş olsa bile bu düzeyin getirdiği sorunlar ve bu sorunların sonucunda gelişen olaylar, toplumun kaçınılmaz bir gerçeği olarak ortaya çıkmaktadır.

İnsanlar, suç işlemenin doğru olmadığını ve bu durumun haksızlık içeriğini bir şekilde kabul ederken, suç işlemeye de devam etmektedirler. Bununla birlikte, toplumun büyük bir çoğunluğu, suçu veya suçluyu kabul etmeyen bir tavır ortaya koymaktadır. Bu durum, ahlaki, dini veya sosyolojik temellere dayanabilir. İşte bu noktada, suçu işleyen kişiler ile toplumu oluşturan diğer bireyler arasında bir mesafe oluşur ve suçu işleyen kişilere karşı büyük bir önyargı gelişmeye başlar.

Cezalandırmanın amacı, suçun bedelini ödetme olarak tarif edilen “kefarete teorisi”, suçun işlenmesinin önlenmesi amacı taşıyan “önleme teorisi” veya hem suçun karşılığını ödetme hem de önleme olduğunu savunan “karma teori” kapsamında açıklanmaktadır.<sup>98</sup>

Masumiyet karinesinin temel bir ilke olduğu göz önüne alınmadan suç şüphesi altında bulunan bütün bireyler, daha ilk baştan itibaren toplumun acımasız kamçularına maruz kalabilmektedirler. Bu önyargılarla dolu psikolojik şiddet sonucu, şüpheli olan kişi, toplum nazarında en baştan itibaren mahkûm edilebilmektedir. Montesquieu da “Kanunların Ruhunu” isimli eserinde, birey özgürlüğünün güvence altına alınmasını savunarak, bu ilkenin önemini vurgulamıştır.<sup>99</sup>

Hâkim, hukuku uygulayan, hukuk çerçevesinde karar vermek zorunda olan ve belli noktalarda takdir hakkı ile donatılmış kişi olarak tanımlanabilir. Hukuku uygulayan hâkim karar verirken, toplumun tamamından, bu itibarla, görsel medyadan, sosyal medyadan ve diğer bütün etkenlerden bağımsız şekilde ve tarafsızlık ilkesiyle hareket ederek karar vermelidir.

Hukuk, her zaman toplumun beklentisini karşılamayabilecektir. Bu husus, suç nedeniyle ihlal edilen değerler ile toplumun gözündeki değerlerin aynı olmamasından kaynaklanmaktadır. Hukuku uygulamak zorunda olan hâkim, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi ile ilgili araçları; yasal dayanaklara, dosya kapsamına ve failin bireysel özelliklerine göre takdir etmektedir. Suçun vicdanlarda yarattığı sorunu, kanunların ve kanunlara göre verilen cezaların, yüzde yüz oranında karşılama imkânı yoktur. Zaten, suçun cezalandırılmasına dair kurallar, vicdanların tam olarak tatmin edilmesi amacıyla da tasarlanmamıştır.

Toplumsal beklenti kavramı, toplum nazarında o kişinin veya o kişiye atfedilen eylemin nasıl konumlandırıldığı kavramlarıyla yakından ilişkilidir. Toplum, failin gerçekleştirdiği eylemin sonucunda, faile ne kadar ceza verilmesi gerektiği fikrinde belirledikten sonra, mahkemelerce verilen cezalar da bu beklentinin altında kaldığı sürece, algısal

<sup>98</sup> Bacaksız, “Cezalandırma”, s. 4919.; Çakmut/Zafer/Centel, s. 525. Öztürk; Erdem, s. 385.

<sup>99</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 48.

olarak mahkemelerce doğru bir karar verilmediği düşünülecektir. Bu algılar da yargıya olan güvenin belirlenmesi noktasında tereddütler oluşmasına neden olacaktır.

Beklenti ve bu beklenti sonucundaki sonuç ceza miktarına göre, toplumun genelindeki hayal kırıklığı ve yargısal inanç azalabilmektedir. Buna göre, suç işleyen bir kişiye, hâkim tarafından sadece kanundaki cezalar verilebileceği ana kuralına rağmen, insanlar, faile daha fazla ceza verilmesi gerektiğini belirterek eleştirel bir noktada yerini almaktadırlar.<sup>100</sup>

Örneğin, toplumda infial uyandıran kasten öldürme veya cinsel istismar olaylarında ya da çocuklara karşı işlenen suçlarda toplumun beklentisi genel olarak daha ağır bir ceza verilmesi veya idam cezası verilmesi gerektiği yönünde gelişmektedir.<sup>101</sup> Oysaki, kanunen, en üst sınırdan ceza takdir edilecek olsa bile faile idam cezası takdir edilemeyecektir. Zira kanunlarımızda, idam cezası bugün itibariyle, bir yaptırım olarak öngörülmemiştir. Toplum, haklı olarak, belli suç tiplerinde, suçluların en yüksek oranda cezalandırılmasını istemektedir. Bu husus, cezaların miktarlarında veya cezanın türünde yapılacak bir değişiklik kapsamında, ancak kanun koyucu tarafından değerlendirilebilecektir.

Kanunda cezaların alt ve üst sınırları arasında belirlenen cezaların yine koşulların oluşması durumunda artırılıp indirilmesi öngörülmesine rağmen, yapılan bu yasal indirimler veya alt haddeden ceza belirlenmesi hususları, toplum tarafından genel olarak olumlu karşılanmamaktadır. Bir anlamda toplumsal beklenti, kanunları uygulayan sùjeler üzerinde olumlu veya olumsuz büyük bir etki oluşturmaktadır.

## **B. Takdiri İndirim Konusunda Toplumsal Bakış Açısının Değerlendirilmesi**

Toplumsal beklenti ve ceza yargılaması hukukunun birlikte düşünüldüğü bir sistemin analizinde, kamunun asgari beklentilerini

<sup>100</sup> Nuri Bilgin, *Sosyal Psikolojiye Giriş*, 5. Baskı, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2013, s. 20 vd.

<sup>101</sup> Alev Özkazanç, "Feminizm ve Hukuk Üzerine Eleştirel Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, ss. 205-210, s. 205.; Hasan Hüseyin Aygül/Alara Fulya Şensoy, "Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17(2), 533-551. s. 535-536.



karşılama önem taşımaktadır. Kamuoyu, hangi yasaların ne şekilde uygulandığı ve hâkimin hangi sınırlar içerisinde yetkilerinin bulunduğu hususları ile ilgilenmeden, işlenen suçun yarattığı kaotik durum üzerinde odaklanmaktadır.

Bu çerçevede, takdiri indirim konusunda da indirimin yapıldığı çoğu durumda, bu indirimin yapılmaması gerektiği konusunda fikir birliği oluşmaktadır. Fail ise hakkında daha fazla indirim yapılarak daha az ceza almak istemektedir.

TCK'da genel hükümler kısmında düzenlenen takdiri indirim nedenleri, adından da anlaşılacağı üzere hâkime, ceza indirimi yapılıp yapılmaması konusunda, belli koşullar altında cezada indirim yapılması hakkı tanımaktadır. Tanınan bu takdir hakkı, faille odaklanmayı gerektiren bir hak olarak tanımlanmaktadır. Burada tartışılan hususlar; hâkime böyle bir takdir hakkının tanınmasının gerekip gerekmediği, tanınması gerekir ise bu takdirin sınırlarının ne olması gerektiği, belirlenen bu sınırların nasıl çizileceği, belli suçlar açısından takdir hakkının kaldırılmasının mümkün olup olmadığı, yapılacak indirimdeki oranın nasıl belirleneceği ve sonuç olarak, verilen cezanın caydırıcı olup olmadığı ile ilişkilidir.<sup>102</sup>

TCK'nın 62/2. maddesinde belirtilen failin geçmişi ve sosyal ilişkilerini irdeleyecek olan hâkim, geçmişinde, sürekli olarak suç işleyen, toplumla uyumsuz bir görüntü çizen, aile ilişkilerinde, sosyal hayatta kargaşaya neden olan fail hakkında takdiri indirim uygulamamalıdır. Buna göre, failin geçmişte salt sabıkalı olması da takdiri indirim uygulanması için yeterli bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir. Örneğin, geçmişinde, taksirle yaralama, kasten genel güvenliğin tehlikeye sokulması gibi suçlar işleyen failin bu eylemlerinin, fail hakkında ne şekilde olumsuz bir kanaat oluşturduğunun karar yerinde yazılması gerekecektir. Şöyle ki, salt sabıkalı olmak, indirim yapılmaması için yeterli olmamakla birlikte, bu sabıkların niteliği ve failin geçmişteki suç işleme potansiyelinin irdelenmesi de önem taşımaktadır.

<sup>102</sup> Nurcan Hamzaoğlu/Burcu Türk/Yasemin Sanal, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208, s. 207.

Failin fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları ölçütü, geçmişi ve sosyal ilişkileri itibariyle olumlu kanaat uyandıran fail hakkında indirim yapılmasını gerektirecektir. Şöyle ki geçmişi ve sosyal ilişkileri olumsuz olan fail, fiilden sonra ve yargılama sürecinde pişmanlığını gösteren olumlu tavırlar göstermiş olsa bile hakkında takdiri indirim uygulanmamalıdır. Failin, fiilden sonraki pişmanlığını gösteren davranışından; failin suç işledikten sonra, mağdurla olan ilişkisi, suçlamayı kabul edip etmemesi, pişmanlık duyup duymaması, zararı giderip gidermemesi, toplum karşısında nasıl bir tavır takındığı ve oluşan mağduriyeti giderip gidermediği gibi birçok husus anlaşılacaktır.

Failin suçu ikrar etmesi veya inkâr etmesi hususu, takdiri indirimin uygulanmaması açısından tek başına bir gerekçe olarak kabul edilmemektedir.<sup>103</sup> Aksi düşünce, savunma hakkının ihlali niteliğinde veya faili, ikrara yönlendirme olarak anlaşılacaktır.

Fail geçmişinde suç işlememiş, toplum içerisinde saygınlığı olan birisi ise ve fiilden sonra ve yargılama sırasında da pişmanlık göstererek olumlu tavırlar sergilemiş ise bu fail hakkında, cezanın geleceği üzerinde etkileri de değerlendirilerek takdiri indirim uygulanmalıdır. Kanaatimizce, yasada belirtilen bütün koşulların birlikte gerçekleşmesi halinde, indirim yapılması gerekmektedir.

Takdiri indirime ilişkin bütün koşullar gerçekleşmesine rağmen, işlenen suç toplumda infial uyandıran veya ağır nitelikte bir suç ise hâkimin takdir hakkını ne yönde kullanması gerektiği hususunda farklı bakış açıları oluşmaktadır. Kanun'da, takdiri indirimin, ağırlaştırılmış müebbet hapis ve müebbet hapis için bile uygulanabileceği yazıldığına göre, suçun cezasının ağır olması hususunun, tek başına takdiri indirim uygulamama gerekçesi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

Takdiri indirim nedenleri olarak, temel cezanın belirlenmesindeki ölçütlerden farklı şekilde, suçun işleniş şekli, suçun niteliği, suçun işlendiği yer ve zaman, zarar ve tehlikenin ağırlığı gibi ölçütler esas alınmadığı için işlenen suçla ilgili birçok gerekçe, takdiri indirim yapılması veya yapılmaması gerekçesi olarak düşünülemeyecektir. Fail

<sup>103</sup> Yargıtay 8. CD. 24/01/2022; 2019/5275; 2022/1202 E. K.

hakkında olumlu veya olumsuz olarak değerlendirilen bir gerekçe, iki farklı düzenlemenin fail hakkında uygulanması veya uygulanmaması gerekçesi olarak karar yerinde yazılamayacaktır. Buna göre, tasarlayarak kasten öldürme suçunu işleyen fail hakkında, salt suçun tasarlanarak işlendiği belirtilerek takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilemeyecektir.<sup>104</sup> Aynı şekilde, cinsel istismar suçunu işleyen fail hakkında, suçun, salt yaşı küçük mağdura karşı işlendiği belirtilerek takdiri indirim uygulanmasına yer olmadığına karar verilemeyecektir. Buna karşın, kanunda belirtilen diğer gerekçeler kapsamında takdiri indirim uygulanmayabilecektir.

Bu noktada, işlenen suç dışında sabıkası bulunmayan fail hakkında, belirtilen suçlar nedeniyle indirim yapılması durumunda, toplum, yapılacak indirimleri, şiddetle reddedecek ve fail lehine yapılan bu indirimlerin, vicdanları rahatsız ettiği tezini ileri sürecektir.

7406 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle de bütün olumsuz özelliklerine rağmen mahkemeyi etkilemek için şekli tutum ve davranış gösteren kişiler hakkında, takdiri indirim uygulanmayacağı belirtilmek suretiyle, toplumsal beklentinin ve ceza adaletinin sağlanması hedeflenmiştir.

Kanaatimizce, failin geçmişi ve sosyal ilişkileri ile yargılama sırasında veya fiilden sonraki pişmanlık gösteren davranışları olumlu bile olsa, “*cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi*” gerekçe gösterilerek bu nitelikteki vahim olaylarda, takdiri indirim uygulanmamalıdır. Cezanın failin geleceği üzerindeki etkisi, işlenen suç ve verilen ceza ile failin ıslah olması arasındaki orantıyı ifade etmektedir. Böylece, takım elbise giyerek veya güzel konuşarak duruşmadaki heyeti etkilemeyi tasarlayan failin işlediği suçun vahim olması durumunda, bu suçun cezasından indirim yapılmaksızın sonuç cezanın belirlenmesi, bu şekilde, hükmedilen cezanın failin geleceği üzerindeki etkisinin takdir edilmesi, suç ve ceza adaleti açısından önemli bir sonuç olacaktır. Failin daha fazla ceza almasının, toplum ve fail açısından daha yararlı olacağı, suçun işlenmesinin önlenmesi ve ıslah amaçlarının ancak bu doğrultuda yerine getirileceği mutlak ve adil bir gerekçe olarak kabul edilmelidir.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 589.

<sup>105</sup> Hamzaoğlu/Türk/Sanal, s. 207.

Takdiri indirim uygulanması durumunda toplumun vicdanen yaralanmasının önüne geçilmesi amacıyla, bazı suç tiplerinde, takdiri indirim uygulanmaması gerektiği dile getirilmekte ise de takdiri indirimin, işlenen suçla doğrudan bağlantısının bulunmaması, söz konusu indirimin, cezanın bireyselleştirilmesine dair temel araçlardan biri olması, bu şekilde yapılacak düzenlemenin, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacak olması gibi nedenlerle, bu düşüncenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Bu bakış açısının yerine, yukarıda ifade edilen gerekçeler doğrultusunda, takdiri indirim gerekçelerinin, uygulayıcılar tarafından ayrıntılı ve gerekçeli olarak karar yerine yazılması daha yerinde olacaktır. Buna karşın, aynı suçu işleyenlerin, aynı cezayı almamasının, eşitlik ilkesine aykırı olmadığı da belirtilmektedir.<sup>106</sup>

Toplumun tatmin etmeyen veya eksik bırakan bir kanun hükmünün, âdil olduğu savunulamayacaktır. Bu kapsamda, adil bir hukuk sisteminin oluşturulması açısından, toplumun vicdanı ve toplumsal değerler ile etik kuralların birlikte düşünüldüğü yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.<sup>107</sup>

Toplumun beklentisi, suçu işleyen failin, suçla orantılı ceza alması ve suçu işledikten sonra gösterdiği şekli tutum ve davranışların, cezada bir indirim olarak uygulanmamasıdır.<sup>108</sup>

## SONUÇ

Ceza yargılamasının temel öğelerinden biri olan cezalandırma kavramı, toplumsal düzenin sağlanmasındaki en önemli araçlardan biri olarak görülmektedir. Bu aracı, yasaların belirlediği ilkeler çerçevesinde uygulayacak olan sùjeler ise verdiği kararları denetime tabi olan ve hukuka ve vicdana göre karar vermek zorunda olan hâkimlerdir.

TCK sisteminde, temel cezanın belirlenmesi açısından, Kanun'un 61. maddesinde belirtilen şartlara göre karar veren hâkim, yine yasada

<sup>106</sup> Çakmut/Zafer/Centel, s. 561.

<sup>107</sup> Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (Çeviren: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2010, s. 31.; Adalet kavramı için bkz. Platon, Politeia, Samtliche Werke, Band V, hrsg. von H. Karlheiz, Franfurt am Main 1991. s. 10 vd.; Aristoteles, Nikomaische Ethik, hrsg. von P. Gohlke, Buch V 29 a b, Paderborn 1956.

<sup>108</sup> Yasemin Işıktaç, Adalet Psikolojisi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 10 vd.

belirtilen artırımları ve indirimleri yaptıktan sonra, en son aşamada takdiri indirim uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir.

TCK'nın 62/2. maddesindeki takdiri indirim gerekçeleri ile aynı Kanun'un 50/1. maddesindeki seçenek yaptırımlara çevirmedeki gerekçeler, 51. maddedeki erteleme gerekçeler ve CMK'nın 231. maddesindeki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair gerekçelerin zaman zaman iç içe geçtiği görüldüğünden, belirtilen gerekçelerin içerik olarak yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, takdiri indirimi uygulayan hâkimin, diğer lehe hükümleri uygulama zorunluluğu doğmakta veya tam aksi şekilde, bir hükmün uygulanmaması durumunda diğer hükümlerin de uygulanmaması gerekmektedir. Hâkim tarafından farklı bir uygulama yapılarak lehe hükümlerin bir kısmının uygulanması, bir kısmının uygulanmaması durumunda, gerekçeler arasında çelişkiler doğmaktadır.

Kanaatimizce, TCK'nın 62/2. maddesinde yer alan "*failin geçmişi*" kavramının, kanun maddesinden çıkartılması, bu maddenin, suç dışında, sadece faille ilgili bir gerekçe olarak bırakılması yerinde olacaktır. Bunun yapılmaması halinde, failin geçmişi nedeniyle takdiri indirim uygulamayan hâkimin, kişiliği nedeniyle seçenek yaptırımları uygulaması durumunda hükmün kendi içerisinde çelişki oluşturması söz konusu olacaktır.

Fail lehine olan hükümlere genel olarak bakıldığında, takdiri indirim nedenleri olarak belirtilen failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri şeklindeki gerekçelerin, seçenek yaptırım gerekçeleri olarak belirtilen, suçlunun kişiliği ve ekonomik durumu, yargılama sürecindeki duyduğu pişmanlık ve suçun işlenmesindeki özellikler şeklindeki gerekçelerin, erteleme gerekçeleri olarak gösterilen, suç işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda olumlu kanaat oluşması şeklindeki gerekçenin, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında gösterilen failin kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate verilmesi şeklindeki gerekçelerin birbirine çok yakın şekilde düzenlendiği görülmektedir.

Öncelikle, belirtilen kavramlarının nasıl yorumlanması gerektiğinin kanunun gerekçesinde açıklanmasında yarar bulunmaktadır. Bunun dışında, bazı hükümlerde, “failin”, bazı hükümlerde, “suçlunun” şeklindeki ifadelerin kullanılmasının önlenerek kavram birliğinin sağlanması gerekmektedir.

Yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık yönünde olumlu kanaat oluşturan fail hakkında, cezanın ertelenmesine kararı verildiği anda, takdiri indirim uygulanmaması konusunda bir gerekçe oluşturulması imkânı azalmış olacaktır. Aynı şekilde, failin kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak hükmün açıklanmasının geri bırakılması karar verildiğinde de takdiri indirim konusundaki takdir alanı daralmış olacaktır. Hâkim çelişkiye düşmemek adına, fail hakkında bütün lehe hükümleri zorunlu olarak uygulamak durumunda kalacaktır. Bu nedenlerle, belirtilen lehe hükümlerle ilgili olarak yasada değişiklik yapılması, kavramların, birbiriyle çelişmeyecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda, 7406 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle, TCK’nın 62/2. maddesindeki gerekçelerin sınırlı olarak sayılması, “pişmanlık” kavramının maddeye eklenmesi, failin, mahkemeyi etkilemeye yönelik şekli tutum ve davranışlarının takdiri indirimde dikkate alınmayacağı ve takdiri indirim konusundaki kararların gerekçeli yazılması şeklindeki düzenlemeler, doğrudan toplumsal vicdanın tatmin olmasını sağlamaya yönelik adımlar olarak değerlendirilmektedir.

Takdiri indirim oranlarının düşürülmesi, takdiri indirim gerekçelerinin somutlaştırılması, toplumda infial uyandıran suçlarda, failin daha fazla cezalandırılmasının, fail ve toplum açısından yararlar sağlayacağına bir takdiri indirim gerekçesi olarak yazılması durumunda, uygulayıcılar ve toplum açısından ortak bir noktada buluşulmuş olacaktır.

Bu düzenlemelerin dışında, belli suç tiplerinde takdiri indirim yapılmaması yönünde yapılacak değişikliklerin, Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı olacağını değerlendirmekteyiz. Ayrıca, bu şekilde, takdiri indirim uygulanmayacağı suç tiplerinin belirlenmesi halinde, hakkında takdiri indirim uygulanmayacağını bilen faillerin, yargılama sürecini sürekli olarak sabote etmeleri ve yargılamayı yönetilemez bir duruma taşımaları ihtimal dâhilinde olacaktır. Bu şekilde de duruş-

maların sağlıklı yürütülmesi zorlaşacaktır. Bu nedenlerle, faili motive eden bu düzenlemenin bazı suç tipleri açısından tamamen kaldırılması yerine, toplumu da tatmin edecek bireylerin de anayasal haklarını koruyacak, yargılamaların da sağlıklı bir şekilde yürütmesini sağlayacak yasal değişikliklerin yapılması faydalı olacaktır.

Bu çerçevede, koşullu salıverilme ve denetimli serbestliğe ilişkin hükümlerin yeniden düzenlenerek, toplumsal beklentilerin karşılanması, öngörülen denetimli serbestlik sisteminin daha işler hale getirilmesi ve bu şekilde, suç işleyen failerin cezalarının infaz edilmediği algısının ortadan kaldırılmasında yarar bulunmaktadır. Bu şekilde, toplumun, failin adalete uygun şekilde cezalandırıldığını görmesi, kamu vicdanının tatmin edilmesi ve suç işlenmesinin önlenmesi ile failin ıslah edilmesinin sağlanması mümkün olacaktır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Aristoteles, *Nikomaische Ethik*, hrsg. von P. Gohlke, Buch V 29 a b, Paderborn 1956.
- Artuç Mustafa/Akkaya Çetin/Gedikli Cemil, *İçtihatlarla Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2008.
- Beccaria Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çeviren: Sami Selçuk), 2. Baskı, İmge Yayınevi, Ankara, 2010.
- Bilgin Nuri, *Sosyal Psikolojiye Giriş*, 5. Baskı, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2013.
- Centel Nur, *Cezanın Amacı ve Belirlenmesi*, Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.
- Çakmut Özlem/Zafer Hamide/Centel Nur, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Centel Nur/Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008
- Çalışkan Suat, *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Demirbaş Timur, *İnfaz Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 2013.
- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- Gedik Doğan, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezanın Belirlenmesine Hâkim olan İlkeler*, Bir Uygulamacının Ceza Hukuku Makaleleri, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, C: 2.



- Gerçeker Hasan, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C: I, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 21. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- İşıktaç Yasemin, Adalet Psikolojisi, 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2014.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Füsün, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- İçel Kayıhan/Sokullu Akıncı Füsün/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Mahmutoğlu Fatih/Ünver Yener, Yaptırım Teorisi, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2002.
- Jescheck Hans Heinrich, Alman Ceza Hukukuna Giriş- Kusur İlkesi- Ceza Hukukunun Sınırları, (Çeviren: Yenisey Feridun, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Kindhauser Urs, Strafgesetzbuch Lehr-und Praxkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2005, § 46.
- Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Kumbasar Enver, "Türk Hukukunda Cezanın Belirlenmesi", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), İstanbul, 2006.
- Lackner Karl/Kühl Kristian/Heger Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Baskı, CH Beck Yayıncılık, Münih, (2018), StGB § 46.
- Miebach K./Maier S., Münchener Kommentar zum StGB., CH Beck Yayıncılık, Münih, 2016, StGB § 54.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Özbek Veli Özer, TCK İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı, C:1, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Saygılar F. Yasemin/Alan Esra, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2009.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s. 889.
- Öztürk Bahri, Erdem/Mustafa Ruhan, Uygulamalı Türk Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Platon, Politeia, Samtliche Werke, Band V, hrsg.von H.Karlheiz, Franfhurt am Main 1991.

- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- Toroslu Nevzat, Ceza Müeyyidesi, 1. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2010.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- Toroslu Haluk, Ceza Müeyyidesi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2007.
- Tröndle Herbert/Fischer Thomas, Strafgesetzbuch- und Nebengesetze, 52. Auflage, München, 2004, § 46.
- Tüfekçi Elif, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara, 2008.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.
- Yenisey Feridun/Plagemann Gottfried, Alman Ceza Kanunu (StGB), Almanca Metin, Türkçe Çeviri, Açıklamalar ve sözlük, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Yerdelen Erdal, Cezanın Belirlenmesi (Türk-Alman Uygulaması), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Walter Stree, "§ 46", İn: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Auflage, München, 2001.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

## Makaleler

- Aygül Hasan Hüseyin/Şensoy Alara Fulya, "Çocuklara Karşı İşlenen Cinsel Suçlara Verilen Cezalar ve Beklenen Toplumsal Adalet", *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 17(2), 533-551.
- Bacaksız Pınar, "Federal Cezalandırma Yönergesi Işığında Amerikan Hukuku'nda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Y:6, S:16., ss.82-99.
- Bacaksız Pınar, "Cezalandırma ve Topluma Yeniden Kazandırma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı: 2014, ss. 4917-4941.
- Hamzaoğlu Nurcan/Türk Burcu/Sanal Yasemin, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208.
- Özen Muharrem, "Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi*, İstanbul, 2009., ss. 75-120.
- Özkazanç Alev, "Feminizm ve Hukuk Üzerine Eleştirel Düşünceler", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4., ss. 205-210.
- Soyaslan Doğan, "Cezaların Bireyselleştirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya, 2003, 11 (1-2), ss. 25-49.
- Taneri Gökhan, "Temel Cezanın Belirlenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 74, S: 2016/3, ss. 129-161.
- Türk Burcu/Sanal Yasemin, "Ceza Soruşturması ve Yaptırımlarının Caydırıcılık Etkisinin Değerlendirilmesi", *Adli Tıp Bülteni*, 2019; 24(3): 198-208.

Uğur Hüsamettin, "Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesi Kararları Karşısında Yaptırımsız Kalan Bazı Suçlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara, 2010, (91), ss. 300-334.

Üzülmez İlhan, "Yeni Ceza Kanununun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:10, S:3-4, Erzincan, 2006., ss.203-235.

Veldet Hıfzı, "Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 6/1, ss. 23-35.

### **Mahkeme Kararları**

[www.uyap.gov.tr](http://www.uyap.gov.tr)

# MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA TANIĞIN E-DURUŞMA İLE DİNLENİLMESİ VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI: ALMAN HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI BİR DEĞERLENDİRME

## HEARING OF WITNESS VIA E-HEARING IN CIVIL PROCEDURE LAW AND PROTECTION OF PERSONAL DATA: A COMPARATIVE EVALUATION WITH GERMAN LAW

Banu ULUSAN\*

**Özet:** 7251 sayılı Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerden biri olan tarafların birinin talebiyle ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması kapsamında tanığın dinlenilmesi, HMK m. 149/2 uyarınca mümkündür. Ancak e-duruşma (veya video konferans yoluyla duruşma) uygulaması henüz ne Türk hukuk yargılamasında ne de Alman hukukunda yaygınlaşmıştır. Dolayısıyla e-duruşmanın yaygınlaşmasının yanı sıra zayıf bir delil olarak nitelendirilebilecek tanık beyanının da bu yoldan yargılama hukukuna uygun şekilde elde edilebilmesi için, karşılaştırmalı hukuk da dikkate alınarak, gerekli düzenlemelerin yapılması ve teknik altyapının sağlanmasının yanı sıra özellikle kişisel verilerin korunması bakımından da kişilere gerekli ve yeterli güvenin verilmesi önem taşımaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** e-Duruşma, Ses ve Görüntü Nakli, Tanık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu M. 149/2, Kişisel Verilerin Korunması, Anayasa M. 20/3

**Abstract:** Hearing of a witness via e-hearing is possible according to Turkish Civil Procedure Code Art. 149 Para. 2, after an amendment provided by Code Nr. 7251. However such an opportunity is not widely applied neither in Turkish nor in German civil procedure law currently. Therefore, in order to hear a witness, which can be considered a relatively weak proof, via e-hearing in accordance with civil procedure law, it is essential to make required regulations and provide a technical infrastructure, as well as providing sufficient and essential guarantee on protection of personal data to relevant persons.

**Keywords:** e-Hearing, Transport of Audio And Video Recordings, Turkish Code of Civil Procedure Art. 149 Para. 2, Protection of Personal Data, Turkish Constitution Art. 20 Para. 3

\* Arş. Gör., LL.M (Fribourg), Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, banulusan@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3896-3999, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.06.2022, Kabul Tarihi: 23.11.2022

## GİRİŞ

Medeni yargılama hukukunun temel kanunu olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK), 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun ile geniş kapsamlı değişikliklere uğramıştır. Değişikliğe uğrayan maddelerden biri de HMK m. 149 ile ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılabilmesine ilişkin düzenlemedir. Halihazırda dijitalleşmenin yaygınlaşmakta olduğu günümüzde COVID-19 pandemisinin de etkisiyle yargılama faaliyetlerinde de diğer hukuk düzenlerindeki gelişmelere paralel olarak, HMK m. 149'un uygulamaya geçilmesinin önemine doktrinde dikkat çekilmeye başlanmış,<sup>1</sup> dolayısıyla aslında zaten önceden mevcut olan ses ve görüntü nakli ile duruşma yapılması (çalışmada belirtilen haliyle e-duruşma) daha fazla önem kazanmıştır.

Ne var ki çalışmamızda da değineceğimiz üzere e-duruşma ile yargılama faaliyetlerine devam ederken, kanun koyucunun ve mahkemelerin göz önünde bulundurması gereken birçok faktör bulunmaktadır. E-duruşma yapılmasına karar verecek olan hâkim, bu kararı verirken tarafların menfaatlerini, yargılama hukukuna hâkim olan ilkeleri ve doğrudanlık ilkesini dikkate alarak karar vermek durumundadır. Delillerin değerlendirilmesi ve bu arada tanığın dinlenilmesi bakımından hâkimin doğrudanlık ilkesini gözetmesi özellikle önem taşımakta, tanık deliline dayanan tarafların adil yargılanma haklarının da zarar görmemesi gerekmektedir.<sup>2</sup> Yargılamanın ve tarafların menfaatinin yanı sıra e-duruşma yoluyla dinlenen tanıkların, özellikle kişisel verilerin korunması bağlamında menfaatlerinin korunmasının da e-duruşma yoluyla tanık dinlenilmesi kapsamında dikkate alınması gereken bir konu olduğu düşüncesindeyiz.

<sup>1</sup> Buse Dişel, "İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi", Lexpera Blog, 22.05.2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/isvicre-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/> , erişim tarihi: 18.10.2022). Hakan Pekcanitez/Evrin Erişir, "Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler", Legal Blog, 03.06.2020 (<https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-iligilendiren-onlemler/> , erişim tarihi: 18.10.2022).

<sup>2</sup> Selçuk Öztekin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28'inci maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149'uncu maddesinde 7251 sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021/1, s. 654.

Çalışmada, Alman ve Türk hukukları bakımından e-duruşmanın her iki ülkenin medeni yargılama hukuku bakımından hukuki temeli, ilgili içtihatlar ve doktrindeki görüşleri de dikkate alarak yapılacak bir karşılaştırmanın yanı sıra e-duruşmanın kişisel verilerin korunması çerçevesinde yine karşılaştırmalı bir incelemesi ile kişisel verilerin korunmasının hangi temelde sağlanacağı üzerine değerlendirme yapılması amaçlanmaktadır. Bu bağlamda önce Alman ve Türk hukuklarında tanıkların mahkeme huzurunda dinlenilmesi kısıtında genel bir bakış sağlanmaya çalışılacak, daha sonra e-duruşma çerçevesinde tanığın dinlenilmesi ve kişisel verilerin korunması hukuku yönünden değerlendirilmesi üzerinde durulacaktır.

## 1. Tanığın Mahkeme Huzurunda Dinlenilmesi

### 1.1 Alman Hukukunda Tanığın Mahkeme Huzurunda Dinlenilmesi

Alman hukukunda tanık, belli bir vakiya ilişkin algılarını sözlü olarak izah eden kişi olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> Bunun yanında tanığın üçüncü kişilerden edindiği bilgileri aktarması da mümkündür.<sup>4</sup> Resmi makamın verdiği yazılı bilgi veya tanığın başka bir dava esnasında verdiği beyana ilişkin tutanak, yazılı delil sayılır.<sup>5</sup>

Tanık, Alman ZPO Art. 373 uyarınca, dava dilekçesi ile gösterilir. Mahkeme huzuruna davet edilmesi için tanığın tam ismi ve adresi de yazılır. Ayrıca tanıkların hangi vakıalarla ilgili tanıklık edeceği de belirtilmelidir; bu hususta gereken somutlaştırmanın yapılmaması halinde hâkim tanığı dinlemekle yükümlü değildir.<sup>6</sup>

Tanık vakıalara ilişkin bir algısı bulunan ve şekli anlamda taraf olmayan herkes olabilir; bu konuda yaşın da bir önemi olmadığından küçükler de tanık olabilir. Bunun yanı sıra tanık, taraflardan biri, ka-

<sup>3</sup> Oliver Siebert, ZPO §373 Beweisantritt, Saenger Zivilprozessordnung Handkommentar (Herausgeber: Ingo Saenger), Auflage 9, Baden-Baden 2021, Rn. 1; Jürgen Damrau/Alexander Weinland, §373, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Herausgeber: Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger), München 2020, Rn. 3.

<sup>4</sup> Damrau/Weinland, §373, Rn. 4.

<sup>5</sup> Siebert, §373, Rn. 1; Damrau/ Weinland, §373, Rn. 3.

<sup>6</sup> Siebert, §373, Rn. 3-5.

nuni temsilcileri veya vekilleri dışında herkes olabilir. Ancak iflâs davasında, uyuşmazlık konusu kendi temsil yetkisini içermeyen hususlarda kanuni temsilci ve müflis de tanık olabilir.<sup>7</sup>

Tanık mahkeme huzurunda, naip hâkim huzurunda veya istinabe yoluyla dinlenilebilir (Art. 375 ZPO). Mahkemenin bu yönde karar verebilmesi, tanığın istinabe ile veya naip hâkim huzurunda da doğru şekilde tanıklık edebileceği kanaatine varmasıyla mümkün olabilir.<sup>8</sup> Ancak mahkemenin istinabeyle veya naip hâkim huzurunda tanık dinlenilmesine karar vermeden önce, video konferans yoluyla dinlenilmeye karar vermesi (Art. 128 Abs. 2 ZPO), böylece tanık ile mümkün olduğunca doğrudan temas içinde bulunması gerektiğine vurgu yapılmaktadır.<sup>9</sup> Tanığın, davanın yürütüldüğü mahkemeden başka yerde dinlendiği takdirde yazılı olarak alınan beyanı ispat hukuku anlamında belge kabul edilebilir. Ancak tarafların, böyle bir yazılı beyan alınmadan, tanıkların mahkeme huzurunda dinlenilmesini talep etmeleri de mümkündür.<sup>10</sup>

Tanıklar Art. 377 ZPO uyarınca davet edilir. Bu davet mahkemece re'sen yapılır. Davetiyede davanın tarafları ile tanıklık edeceği konuların yanı sıra, davetiyede belirtilen yer ve tarihte mahkeme önünde hazır bulunması gerekliliği, aksi takdirde kendisine uygulanacak yaptırımları içeren ihtar da bulunur. Bu madde ile tanığın beyanını yazılı olarak sunması imkânı da tanınmıştır (Art. 377 Abs. 3 ZPO). Mahkeme bu imkânı kullanmak için tarafların muvafakatine ihtiyaç duymasa da uygulamada tanıkların bu yöndeki iradesine aykırı hareket etmediği de ifade edilmektedir.<sup>11</sup> Tanığın yurt dışında olması halinde mümkünse, Art. 377 Abs. 3 ile tanınan bu imkana başvurulması mümkündür.<sup>12</sup> Yazılı beyan, komplike dava konuları ve mahkemece sorulacak sorular için verilemez. Bunun yanı sıra eğer tanığın taraflarla herhangi bir bağı varsa yazılı beyanının alınmaması gerektiği, sözlü beyanının mahkemece alınmasının daha yerinde olacağına, böylece tanığın yalan

<sup>7</sup> Siebert, §373, Rn. 8-9.

<sup>8</sup> Siebert, §375, Rn. 2.

<sup>9</sup> Siebert, §375, Rn. 3.

<sup>10</sup> Siebert, §373, Rn. 11.

<sup>11</sup> Damrau/Weinland, §377, Rn. 13.

<sup>12</sup> Damrau/Weinland, §377, Rn. 5.



beyanda bulunmasının önüne geçileceğine de dikkat çekilmektedir.<sup>13</sup> Her ne kadar uygulamada bir anlamı olmayacaksa da mahkemenin tanığa sözlü olarak sorularını iletmesi, tanığın da cevaplarını yazılı olarak vermesinin de mümkün olduğu Alman doktrininde ifade edilmektedir.<sup>14</sup>

Tanıkların kayıt ve diğer belgelere erişimine izin varsa ve bunu yapabilmeleri kendilerinden beklenebilecek ise tanıklar bu kayıt ve belgeleri mahkeme huzuruna getirecektir (Art. 378 Abs. 1 ZPO). Bu kurala aykırı davranan tanıklar hakkında tanıklık yapmaktan kaçınmaya ilişkin hükümler uygulanır (Art. 378 Abs. 2, Art. 390 ZPO). Belirtmek gerekir ki bu düzenleme dinlenilecek tanıklar bakımından geçerlidir; halihazırda dinlenilmiş tanıklar için bu yükümlülük geçerli değildir. Mahkeme hangi kayıt ve belgeler isteniyorsa, hepsini açıkça belirtmelidir; tanıklarda bu belgelerin bulunup bulunmadığı hususunda bir şüphe varsa, belgelerin ellerinde bulunması halinde getirilmesi gerektiği yönünde bir lafız kullanması yerinde olacaktır. Mahkemenin mevzubahis kayıt ve belgelerin edinilmesi için gereken tedbirleri alması da mümkündür.<sup>15</sup> Mahkemece talep edilen belgeleri sunmayan tanık, ancak çağırıldığı halde tanıklık etmediği takdirde sunabileceği makul sebepleri sunarak (Art. 381 ZPO) yükümlülükten kurtulabilir. Aksi takdirde mahkeme, cezai yaptırım uygulanmasına ilişkin re'sen karar verecektir.<sup>16</sup>

Çağırıldığı halde davete icabet etmeyen tanık aleyhine, talep olmasa dahi, çağırılmasından kaynaklanan masraflar yüklenir. Ayrıca davete icabet etmeyen tanığa idari para ve hapis cezası dahi verilebilir (Art. 380 Abs.1). Tanığın hazır bulunması gereken zamanda ve yerde hazır bulunmamış olması, tanıklıktan kaçınması olarak nitelenebilir. Bu yer mahkeme huzuru olabileceği gibi, örneğin keşif yeri de olabilir. Mahkemenin tanığı beş ila on dakikadan fazla bekleme yükümlülüğü yoktur. Tanık hazır bulunmakla birlikte dinlenilemeyecek durumdaysa, örneğin sarhoş veya uyuşturucu madde etkisi altındaysa, yine davete icabet etmemiş sayılır. Tanığın bulunduğu yer davetiyedeki yerden çok uzaksa, tanığın istinabe yoluyla dinlenilmeyi talep etme

<sup>13</sup> Damrau/Weinland, §377, Rn. 7.

<sup>14</sup> Damrau/Weinland, §377, Rn. 8.

<sup>15</sup> Damrau/Weinland, §378, Rn. 7.

<sup>16</sup> Damrau/Weinland, §378, Rn. 9.

haklı olmakla beraber, salt bu taleple çağrıya uyma yükümlülüğünden kurtulmuş sayılmaz.<sup>17</sup> Ülkeden ayrılan veya tanıklık etmesi izne tabi olduğu halde izin alamayan tanığın, hazır bulunma zorunluluğu ortadan kalkmaz.<sup>18</sup>

Tanık gelmemekte bir defadan fazla dıretirse kanunda öngörülen idari yaptırımlar tekrarlanacağı gibi, tanığın zorla getirilmesine de karar verilebilir (Art. 380 Abs.2 ZPO).

Birden fazla tanığın dinlenileceği hallerde, bu tanıklar teker teker dinlenilir (Art. 394 ZPO). Burada amaç, dinlenilecek tanığın tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlayabilmektir. Dinlenen tanık ise artık "toplumun bir parçası" olarak kabul edileceğinden, diğer tanıkların beyanı alınırken mahkeme salonunda bulunabilir.<sup>19</sup> Beyanları çelişen tanıkların ise yüzleştirilmesi mümkündür (Art. 394 Abs. 2 ZPO).

## 1.2 Türk Hukukunda Tanığın Mahkeme Huzurunda Dinlenilmesi

Türk hukukunda da tanıklık, Alman hukukuna paralel bir şekilde, davanın tarafları dışında üçüncü kişilerin davayla ilgili vakıalar hakkında dava dışında bizzat edindikleri bilgiyi mahkeme önünde aktarmaları olarak tanımlanmaktadır.<sup>20</sup> Tanık ise taraflar arasında çekişmeli olan vakıalara ilişkin gördüklerini veya işittiklerini aktaran,<sup>21</sup> bunu yaparken de herhangi bir yorum katmayan kişidir. Tanığın dinlenilmesi, ispatının kesin delillerle gerçekleştirilmesi gerekmeyen vakıalar için geçerlidir.<sup>22</sup> Davada daha önce taraf olarak dinlenilmemiş kimse-lerin tanık olarak dinlenilmesi mümkündür. Örneğin kanuni temsilci isticvap edildiye tanık olamaz; on altı yaşındaki kişinin taraf olarak

<sup>17</sup> Damrau/Weinland, §380, Rn. 2.

<sup>18</sup> Damrau/Weinland, §380, Rn. 4.

<sup>19</sup> Damrau/Weinland, §394, Rn. 3.

<sup>20</sup> Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s.757; Süha Tanrıver, Medeni Üsül Hukuku (Cilt I), 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 882.

<sup>21</sup> Oğuz Atalay, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 1887; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 521; Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara 2021, s. 538.

<sup>22</sup> İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, Medeni Üsül Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 692.

isticvabı mümkün değildir ancak tanık olarak dinlenilebilir.<sup>23</sup> İhtiyari dava arkadaşlarından biri ise kendi davası için önemli olmayan ama diğer dava arkadaşının davası için önemli olan vakıa hakkında tanık olabilir.<sup>24</sup> İkamesi mümkün olmayan bir delil olması sebebiyle, yaş, cinsiyet, taraflara yakınlık ve sair özellikler tanık olmaya engel değildir.<sup>25</sup> Ancak bu özellikler elbette tanık beyanı değerlendirilirken göz önünde bulundurulur.<sup>26</sup> Tanık delili, tanığın bir vakıayı tamamen aklında tutması ve gerçeği anlatmasının zorluğu ile bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapma ihtimali gibi sebeplerle zayıf bir delil olduğundan,<sup>27</sup> ancak küçük meblağlar ve seneden bağlanması imkânsız olan hukuki işlemler ve hukuki fiiller için kabul edilebilirdir.<sup>28</sup>

Usulüne uygun olarak davet edilen tanıklar, Türk yargısına tabi oldukları sürece tanıklık yapmak zorundadır.<sup>29</sup> Bu zorunluluk mahkeme huzurunda hazır bulunmayı, tam ve doğru beyanda bulunmayı ve yemin etmeyi kapsar.<sup>30</sup> Bu zorunluluğa uygun davranmayan tanık, zorla getirilir ve haklı sebeplerini ileri sürmedikçe disiplin para cezasıyla gelmemesinin sebep olduğu giderlere mahkûm edilir (HMK m. 245). Tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesi, doğrudanlık ilkesinin bir gereğidir.<sup>31</sup> Sadece doğrudanlık ilkesi değil, tanık delilinin değerlendirilmesi hususunda kendine has zorluklar da tanığın yargılamayı yürüten hakimce bizzat dinlenilmesini elzem kılmaktadır. Eğer tanık delilinin doğrudan değerlendirme olmadan da uygun şekilde incelenebileceği kanaatine varılabiliyorsa, mahkemede üye hakimlerden biri tarafından ya da başka bir mahkemece de tanığın dinlenilmesi mümkündür.<sup>32</sup>

<sup>23</sup> Michael Huber, ZPO §373 Beweisantritt, Musielak/Voit ZPO, 18. Auflage 2021, Rn. 8; Atalay, s. 1887.

<sup>24</sup> Kuru, s. 757.

<sup>25</sup> Atalay, s. 1887; Postacıoğlu/Altay, s. 712; Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 4032.

<sup>26</sup> Atalay, s. 1887.

<sup>27</sup> Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 521; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 538.

<sup>28</sup> Kuru, s. 758.

<sup>29</sup> Kuru, s. 758; Postacıoğlu/Altay, s. 700; Fatih Tahiroğlu, "Medeni Usul Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (2), Güz 2021, s. 620; Tanrıver, s. 882.

<sup>30</sup> Atalay, s. 1897; Tahiroğlu, s. 619; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 524; Musielak/Voit ZPO, ZPO §373, Rn. 9.

<sup>31</sup> Musielak/Voit ZPO, ZPO §373, Rn. 5; Tanrıver, s. 889.

<sup>32</sup> Musielak/Voit ZPO, ZPO §373, Rn. 5.

Hâkimin doğrudanlık ilkesi gereği tanığı bizzat dinlemesinin dışında, HMK m. 259, tanığın bulunduğu yerde dinlenilmesini, gerçeğin ortaya çıkması bakımından gerekli olmasına (f. 1) ya da tanığın hasta veya engelli olmasına (f. 2) bağlı olarak mümkün kılmıştır. İstinabe yoluyla tanığın dinlenilmesi de mümkündür (HMK m. 259/3). İstinabe yoluyla tanığın dinlenilmesine karar verildiği takdirde, tanığa hangi soruların sorulması gerektiğini en iyi bilecek kişi olan hâkim, tanığın istinabe ile hangi hususlarda dinlenileceğine de karar verecektir.<sup>33</sup> Görevsiz ve yetkisiz mahkemede tanık dinlenildiği takdirde, görevli ve yetkili mahkemenin, görevsiz ve yetkisiz mahkemedeki tanık ifadesiyle yetinmesi ve tanığı tekrar huzurunda dinlememesi mümkündür.<sup>34</sup>

Birden fazla tanığın bulunduğu hallerde tanıklar, ayrı ayrı dinlenilir (HMK m. 261/1). Buna göre henüz dinlenilmemiş olan tanıkların hâkim huzuruna alınmazlar (c. 1). Bu düzenleme ile amaçlanan, tanıkların birbirlerinden etkilenerek gerçeği söyleyememe ihtimallerinin önüne geçmektir.<sup>35</sup> Yargıtay, hâkimin bu kurala aykırı davranarak tanıkları aynı anda duruşmada bulundurmasını usulü bir hata olarak kabul etmekle birlikte, gösterilen bir tanığın dinlenilmemesi için bir sebep olarak değerlendirmemektedir.<sup>36</sup> Hâkim ispat edilmek istenen hususla ilgili yeterli bilgiyi edindiği takdirde, tanıkların bir kısmının dinlenilmesiyle de yetinebilir (HMK m. 241); böylece hâkim, davayı sürüncemede bırakma ve uzatma niyetiyle ileri sürülecek tanık dinletme taleplerini reddedebilme imkânına sahip olmaktadır.<sup>37</sup> Yine de hâkimin tanıkların bir kısmını dinlemekle yetinmek hususunda çekingen davranması gerektiği, çünkü bir tanığın vereceği bilginin diğer tanığın beyanını çürütmeyeceğinin malum olmadığı da doktrinde ifade edilmektedir.<sup>38</sup>

Tanığın mahkeme huzurunda sözlü olarak dinlenilmesi yerine, hakimce belirlenecek süre içerisinde cevaplaması için, tanığa soru kâğıdı gönderilmesi de mümkündür; ancak bu halde dahi hâkim verilen ce-

<sup>33</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 708.

<sup>34</sup> Kuru, s. 769; Umar, s. 785.

<sup>35</sup> Yılmaz, s. 4114.

<sup>36</sup> 2. HD 2014/19601E. 2014/2014K. 06.02.2014 (Yılmaz, s. 4114-4115).

<sup>37</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 710.

<sup>38</sup> Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s. 765.

vapların yeterli olmadığına kanaat getirirse veya taraflardan biri talep ederse,<sup>39</sup> tanığı dinlemek üzere mahkemeye davet edebilir (HMK m. 246). Yine de hâkim, tanığın cevaplarını yetersiz bulduğu takdirde bir soru kâğıdı daha gönderip ek sorular sorabilir.<sup>40</sup> Soru kâğıdı gönderilmesi için tarafların rızası aranmaz; hâkimin bu konuda takdir hakkı bulunmaktadır. Elbette asıl geçerli olan tanığın yüz yüze dinlenilmesi, soru kâğıdı gönderilmesi haline de istisnai durumlarda başvurulması gerekliliğidir.<sup>41</sup> Hâkim soru kâğıdı gönderilmesi kararını gerekçelendirmelidir. Yargılamanın hızlı ve en az masrafla yürütülmesi, tek başına geçerli bir gerekçe değildir.<sup>42</sup> Ses ve görüntü nakli yoluyla tanığın dinlenilmesi mümkünse, soru kâğıdı gönderilmesine tercih edilmelidir.<sup>43</sup> Tanığa soru kâğıdı gönderilmesine dair hükme aykırılık veya hukuki dinlenme hakkının ihlali hallerinde, bölge adliye mahkemeleri ve Yargıtay, bu hususu kendiliğinden dikkate almalıdır.<sup>44</sup>

## 2. Tanığın E-Duruşma ile Dinlenilmesi

### 2.1 Türk ve Alman Hukuklarında E-Duruşma

Hukukumuzda, yukarıda değindiklerimizin yanı sıra, tanığın mahkeme huzurunda dinlenilmesi kuralının istisnalarının bir diğeri, 22.07.2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile "tanığın aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla buldukları yerden dinlenilmelerine" imkân veren HMK m. 149/2'dir. Söz konusu değişiklik öncesi iki tarafın rızasının arandığı bu imkânın kullanılmasına,<sup>45</sup> re'sen veya tarafların talebi üzerine, duruşmasız olarak<sup>46</sup> karar verilmesi mümkün olabilmektedir; hâkim ise mahkeme salonunda bulunma-

<sup>39</sup> Mine Akkan, "Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Özel Sayı 2014, s. 558; Tanrıver, s. 891.

<sup>40</sup> Atalay, s. 1899.

<sup>41</sup> Atalay, s. 1899; Kuru, s. 769-770; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 545; Postacıoğlu/Altay, s. 701.

<sup>42</sup> Akkan, s. 570; Atalay, s. 1899.

<sup>43</sup> Atalay, s. 1899.

<sup>44</sup> Atalay, s. 1901.

<sup>45</sup> Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 33 Sayı 150, 2020, s. 275.

<sup>46</sup> Jörn Fritsche, ZPO §128a, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage 2020, Rn. 7.

ya devam edecektir.<sup>47</sup> Bu maddeyle düzenlenen imkân, doğrudanlık ilkesine usul ekonomisi uğruna bir istisna getirmeyi amaçlamaktadır.<sup>48</sup> Belirtmek gerekir ki bu madde uyarınca e-duruşma yapılmasına karar verilen hallerde dahi tarafların mahkemede fiziksel olarak da hazır bulunmalarında bir engel bulunmamaktadır.<sup>49</sup> 06.08.2015 tarihli ve 29437 sayılı Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (Yazı İşleri Yönetmeliği) uyarınca tanıkların dinlenilmesi, SEGBİS veya benzeri sistemler vasıtasıyla ses ve görüntü nakli yoluyla gerçekleştirilebilir (m. 218/2).

E-duruşmanın icrası ile ilgili HMK m. 149/5 gereği 30.06.2021 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 31527 sayılı Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik ile bu maddeye ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik ile medeni usul hukukuna hâkim ilkelerin yanı sıra bilgi güvenliğinin sağlanması, kişisel verilerin korunması, hizmet kalitesinin sağlanması ile ulusal ve uluslararası standartların sağlanması ilkeri de e-duruşma olarak tabir edilen (Yön. m. 1/1(b)) bu uygulamaya hâkim ilkeler olarak kabul edilmiştir (Yön. m. 4).

E-duruşma yoluyla taraf ve taraf vekillerinin buldukları yerden yargılamaya katılıp, usul işlemleri yapmalarının mümkün oluşunun yanı sıra tanık, bilirkişi veya uzmanın da bu yöntemle dinlenilmeleri mümkündür (Yön. m. 6). Burada usulü işlemlerin geniş yorumlanma-

<sup>47</sup> Heinz Wöstmann, ZPO §128a Verhandlung im Wege der Bild und Tonübertragung, Saenger Zivilprozessordnung Handkommentar (Herausgeber: Ingo Saenger), Auflage 9, Baden-Baden 2021, Rn. 2. Covid-19 pandemisi zamanında kurul halindeki mahkeme üyelerinin ise kendi notebook bilgisayarları ile videokonferans katılımı sağlamalarının ZPO §128’e uygun olduğu hakkında bkz. KG Urt. v. 12.5.2020 - 21 U 125/19 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2020%2Fcont%2Fbeckrs.2020.8170.htm&anchor=Y-300-Z-BECKRS-B-2020-N-8170>) (erişim tarihi: 29.01.2022)

<sup>48</sup> HMK m. 149 Gerekeşi; MüKo ZPO, §128a, Rn. 1; Dirk von Selle, ZPO §128a, BeckOK ZPO (Herausgeber: Volkert Volwerk/ Christian Wolf), München 2022, Rn. 1.

<sup>49</sup> MüKo ZPO, ZPO §128a, Rn. 5. Anayasa Mahkemesi bir ceza davasında mahkeme huzurunda dinlenilmek isteyen sanığın bu isteminin diğer alternatifler değerlendirilmeden ve gerekçe sunulmadan reddedilerek ses ve görüntü aktarımı suretiyle duruşmaya katılmasına karar vermesinin mahkemede hazır bulunma hakkına aykırı olduğuna karar vermiştir (AYM Başvuru No: 2017/22672, Karar Tarihi: 06.02.2020, RG Sayısı: 31164, RG Tarihi: 23.06.2020).

sı ve her tür usulü işlem olarak anlaşılması gerekir.<sup>50</sup> Tarafın ve taraf vekilinin e-duruşma ile yargılamaya katılmasına karar verilebilmesi için tarafların talebi gerekmektedir (HMK m. 149/1, Yön. m. 7/1). HMK m. 149 gereği taraflar e-duruşma yapılması yönünde talepleri bulunsa dahi hakim, duruşmayı sevk ve idare yetkisine dayanarak bu talebi reddedip, duruşmanın mahkeme salonunda yapılmasına karar verebilir; hukuki dinlenilme hakkının ihlal edilmemesi bakımından hakimin bu kararının elbette gerekçelendirilmesi gerekir.<sup>51</sup> Doktrinde duruşmanın, tarafların rızası alınmaksızın HMK m. 149 uyarınca sürdürülmesinin tasarruf ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir.<sup>52</sup> Dolayısıyla tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda e-duruşma yapılmasına karar verilebilmesi için tarafların bu yönde talebinin aranmasına karşılık, serbestçe tasarruf edemeyecekleri davalarda hâkimin re'sen e-duruşma yapılmasına karar verebilmesinde tasarruf ilkesi yönünden bir sakınca bulunmamalıdır.<sup>53</sup> Bu kapsamda çekişmesiz yargı işlerinde de mahkemenin e-duruşma yapılmasına karar vermesi için bir engel yoktur (HMK m. 149/3, Yön. m. 10/2). Tanık, bilirkişi ve uzmanın dinlenilmesine ise mahkeme re'sen karar verebilir (HMK m. 149/2, Yön. m. 10/1); burada tarafların dava üzerinde tasarruf edebilmelerinin bir önemi yoktur.<sup>54</sup> Taraflardan farklı olarak, tanık, bilirkişi ve uzmanın e-duruşma ile dinlenilme yönünde talep hakları bulunmamaktadır. Taraflardan birinin bu kişilerin e-duruşma ile dinlenilmesini talep etmesi halinde ise talep konusu tanık, bilirkişi veya uzmanın da rızasının aranması gerektiği ifade edilmektedir.<sup>55</sup>

<sup>50</sup> Astred Stadler, ZPO §128a, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar (Herausgeber: Hans-Joachim Musielak/ Wolfgang Voit), Auflage 18, München 2021, Rn. 2; BeckOK ZPO, §128a, Rn. 7.

<sup>51</sup> Serdar Kale, "Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149)", *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Yıl 2013 Sayı 25, s. 147.

<sup>52</sup> Nur Bolayır, "Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/2, s. 1193.

<sup>53</sup> Ali Cem Budak/Varol Karaslan, "7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94 Sayı 5, 2020, s. 22. Öte yandan e-duruşma yapılmasına karar verilmesi bakımından re'sen araştırma ilkesinin önemli olmadığı yönünde bkz. Emre Kıyak, "Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 205 Kasım 2021, s. 1466 (<https://www.jurix.com.tr/article/25341>, erişim tarihi: 18.10.2022).

<sup>54</sup> Budak/Karaslan, s. 22.

<sup>55</sup> Kıyak, s. 1466.



İsticvap olunacak ve yemin ettirilecek tarafın mahkemenin bulunduğu il dışında oturması ve mahkemeye gelemeyecek halde bulunması halinde öncelikle ses ve görüntü nakliyle bu işlemlerin yapılması, bunun mümkün olmaması halinde istinabe yoluna başvurulması gerekmektedir (Yön. m. 10/3, HMK m. 172/1, m. 236). Yönetmelik ve HMK, tanık, bilirkişi ve uzman için bu yönde bir kural düzenlememiştir. Belirtmek gerekir ki e-duruşma söz konusu ise isticvap ve yemin duruşmasına tarafların vekilleriyle katılmaları mümkün olmalıdır.<sup>56</sup>

Yönetmelik, e-duruşmaya katılacak kişilerin niteliğine göre bulunacakları yerleri ayrı ayrı düzenlemiştir. E-duruşmaya taraf vekilinin katılımı avukatlık bürosundan, baro tarafından veya adliyede bu amaca tahsis edilen bir yerden olabileceği gibi, Yön. m. 11/5 uyarınca *“her türlü etki ve yönlendirmeden uzak, ilgilinin yüz ifadelerini, vücut hareketlerini, tavır ve davranışlarını gözlemlemeye, duygularını anlamaya ve söylediklerini net bir şekilde dinlemeye imkân sağlayacak nitelikte”* bir yerden de sağlanabilir (Yön. m. 11/1). İsticvap edilecek ya da yemin edecek taraf dışındaki taraflar, vekilleriyle birlikte aynı yerden katılım sağlayabilir (Yön. m. 11/3). İsticvap olunacak ve yemin edecek taraf ile tanık, bilirkişi, uzmanlar ve diğer ilgililer ise yalnızca buldukları yerdeki adliye ve ceza infaz kurumlarında bu amaca tahsis edilmiş yerlerde katılım sağlayabilecektir (Yön. m. 11/2); ancak hastalık, yaşlılık veya engelli olma hallerinde bu kişilerin buldukları kurum ve meskenlerinden katılım sağlamaları da mümkündür (Yön. m. 11/4).

Benzer bir ayırım kimlik tespiti için de yapılmış olup, taraflar ve vekillerinin kimlik tespiti elektronik imza, mobil imza, UYAP kayıtları ve benzeri yöntemlerle yapılırken (Yön. m. 12/1), tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililerin kimlik tespitinin buldukları yerde görevli yazı işleri müdürü, zabıt kâtabi veya ceza infaz memurunca yapılacağı düzenlenmiştir (Yön. m. 12/2)<sup>57</sup>. Ancak tanık, bilirkişi, uzman ve diğer ilgililerin hastalık, yaşlılık ve engellilik halleri nedeniyle buldukları meskenden ya da kurumdan katılmaları halinde mobil veya elektronik imza ile kimlik tespiti şart koşulmuştur (Yön. m. 12/4). Sayılan kişi-

<sup>56</sup> Kıyak, s. 1469.

<sup>57</sup> Yönetmelik öncesi dönemde HMK m. 149 ile tanığın dinlenilmesine ilişkin detayların belirlenmemesinin yaratabileceği sakıncalarla ilgili bkz. Bolayır, s. 1194.

ler açısından elektronik veya mobil imzanın tek kimlik tespiti yöntemi olmasının, dava bakımından üçüncü kişi olan ve üstelik gerekli yere gidemeyecek ölçüde engeli bulunan bu kişiler açısından, elektronik imza ve mobil imza edinmenin gerektirdiği işlemler de göz önünde bulundurulduğunda, yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Özellikle mesleki ya da teknik bilgisi nedeniyle değil, sadece olaylara dair görüp duyduklarını anlatacak tanıkların, mobil ya da elektronik imzaya sahip olmamaları ihtimalinin varlığı ve Yönetmelik ile öngörülen yerlere dahi gidemeyecek bu kişilerin bu araçları edinmek için işlem yapmalarının ne kadar mümkün olduğunun dikkate alınarak bir düzenleme yapılmasının daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Gerçi Yazı İşleri Yönetmeliği m. 218/5 *“Kimlik tespiti ve dinleme işleminin yapıldığına dair UYAP Bilişim Sisteminde veya zorunluluk nedeniyle haricen tutulan tutanak, dinleme işlemi sırasında hazır bulunan tüm ilgililerce duruma göre güvenli elektronik imza ya da el ürünü imza ile imzalanır. Tutanakta, dinlenenlerin ad ve soyadları, dinlemenin başlangıç ve bitiş zamanı, dinlemenin süresi, hazır bulunanlar ve varsa sunulan deliller gibi hususlar belirtilir”* şeklinde düzenlenerek, tanık beyanının ses ve görüntü nakli yoluyla yapılması halinde ıslak imzalı bir tutanak ile kimlik tespitine olanak vermektedir. Ancak Hukuk Muhakemelerinde Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik’in özel düzenleme olması karşısında, Yazı İşleri Yönetmelik’inin bu düzenlemesinin bir çelişki yarattığı kanısındayız.

E-duruşmaya, birden fazla vekille takip edilen davalarda, sadece talepte bulunan ve talepleri kabul edilen taraf vekilleri katılır (Yön. m. 13/2). E-duruşma, mahkeme huzurunda yapılan duruşma ile aynı hukuki sonuçları doğurur (Yön. 13/1). Tüm usulü işlemler, öne sürülen vakıalar ve duruşmaya katılan kişilerin tüm beyanları mahkeme huzurunda yapılan duruşmadakiyle aynı sonuçları doğuracaktır.<sup>58</sup> E-duruşmaya ses ve görüntü nakli yoluyla katılanlar, mahkeme salonunda hazır bulunmuş sayılacaktır.<sup>59</sup> Yine duruşmanın düzenine ilişkin kurallar (HMK m. 151), niteliğine uygun düştüğü ölçüde e-duruşmada da geçerli olacaktır.<sup>60</sup> E-duruşmanın teknik aksaklıklar

<sup>58</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 8; Hk-ZPO/Wöstmann, §128a, Rn. 2.

<sup>59</sup> Müsielak/ Voit, ZPO §128a, Rn. 4.

<sup>60</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 8.

sebebiyle kesilmesi ve beyanların anlaşılabilmesi halinde e-duruşma yeniden açılır, aksaklığın devamı halinde ise duruşma, gerekçeli olarak tutanağa geçirilmek suretiyle sonlandırılır (Yön. m. 13/8); bu şekilde tarafların hukuki dinlenme haklarının güvence altına alınması sağlanır.<sup>61</sup>

E-duruşmalar ancak yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemenin gerekçesini belirterek karar vermesi ile kayıt altına alınabilir (Yön. m. 15/1) ve bu kayıtlar en fazla iki hafta süre ile Merkezi Kayıt sisteminde saklandıktan sonra geri dönüşü mümkün olmayacak şekilde silinir (Yön. m. 15/2). Bu kayıtların mahkemelerin ve kişilerin açık izni olmaksızın yayımlanması mümkün değildir (Yön. m. 15/3).

E-duruşma ile ilgili bu düzenlemeler hukukumuzda özgü değildir. Hukukumuzda benzer şekilde önce ceza yargılaması için getirilen bu imkân,<sup>62</sup> Alman Medeni Usul Kanunu da, 2002 yılında yapılan reform ile getirilen, daha sonra 2013 yılında Video Konferans Teknolojisinin Mahkeme ve Savcılıklarda Kullanımının Yoğunlaştırılması Hakkında Kanun ile de revize edilen ZPO §128a ile ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması imkanını düzenlemiştir.<sup>63</sup> Bu düzenlemenin ilk fıkrasıyla usul işlemlerinin yapılmasının, ikinci fıkrasında da delillerin değerlendirilmesinin,<sup>64</sup> mahkeme salonunda bizzat bulunmadan yapılabilmesinin yolu açılmıştır.<sup>65</sup> Buna göre mahkeme re'sen ya da tarafların talebi üzerine, tarafların, taraf vekillerinin veya temsilcilerinin

<sup>61</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 9; Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 4. Anayasa Mahkemesi bir ceza davasında, başvurusunun SEGBİS'deki aksaklık nedeniyle duruşmaya bağlanamamasının, "savunma için yeterli zaman ve kolaylığa sahip olma hakkının ihlali olmadığına" ve Anayasa'ya aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir (AYM Başvuru No: 2016/9325, Karar Tarihi: 06.10.2021, RG Sayısı: 31719, RG Tarihi: 14.01.2022). Hukuki dinlenme hakkının e-duruşmada da güvence altına alınabilmesi bakımından yargılamaya katılanların tıpkı fiziki ortamda yapılan duruşmalarda olduğu gibi tüm usuli işlemlerini eksiksiz yapabilmelerini sağlayacak bir teknik altyapının ve arayüzün gerekliliği hakkında bkz. Kıyak, s. 1484.

<sup>62</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 1.

<sup>63</sup> Hukukumuzda "ses ve görüntü nakli" ve "e-duruşma" terimlerinin kullanılmasına karşılık, Alman hukukunda "Videokonferenz" terimi kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada Alman hukuku bakımından değerlendirme yapılırken "video konferans" terimi kullanılacaktır.

<sup>64</sup> Buradaki deliller tanık ve bilirkişi olup, keşfin video konferans yoluyla yapılmasını kapsamamaktadır (BeckOK ZPO, §128a, Rn. 10; Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 5).

<sup>65</sup> Müsielak/ Voit, ZPO §128a, Rn. 1.

buldukları yerde, ses ve görüntülerinin simültane şekilde mahkeme salonuna aktarılması suretiyle katılımına karar verebilmektedir (ZPO §128a Abs. 1). Taraf ve taraf temsilcileri için re'sen veya talep üzerine bu imkânın kullanılmasına karar verilebilirken, tanık veya bilirkişinin beyanı alınırken ses ve görüntü naklinden faydalanılabilmesi için tarafların talebi gerekmektedir (ZPO §128a Abs. 2). Tanık ve bilirkişinin bu şekilde beyanları alınırken, buldukları yerden Abs. 1 uyarınca duruşmaya katılan taraf ve temsilcilerine de naklen yayın yapılır. Ses ve görüntü nakli yoluyla elde edilen veriler kaydedilemez (ZPO §128a Abs. 3).

Görüldüğü gibi Türk hukukunun tersine Alman hukukunda tanık ve bilirkişinin bu yolla dinlenilmesi için tarafların veya tanığın/bilirkişinin<sup>66</sup> talebi gerekliyken, taraf ve vekilleri için re'sen karar verilmesi de mümkündür. Alman hukukunda hâkimin e-duruşma yapılmasına re'sen karar verebilmesinin nedeni, birçok yerde teknik altyapı yetersizliği de dahil olmak üzere, bazı sebeplerle video konferans teknolojisinin benimsenmemiş olmasından ötürü, tarafların talepleriyle bağlı olmadan e-duruşma yapılabilmesine karar vermenin gerekliliğiyle açıklanmakta, uygulamada bu kuralın olumlu geri dönüşleri olduğuna da dikkat çekilmektedir<sup>67</sup>. Öte yandan, Türk hukukunda olduğu gibi<sup>68</sup> ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılabilmesi için gereken sisteme ilişkin herhangi bir kural düzenlemede yer almamaktadır.<sup>69</sup>

E-duruşmanın amacı esasen, duruşmaya katılanların seyahat etmesine gerek kalmadan buldukları yerde duruşmaya katılarak, duruşma tarihinin belirlenmesini kolaylaştırmak suretiyle yargılamayı hızlandırmak,<sup>70</sup> böylece usul ekonomisini sağlamaktır.<sup>71</sup> Bu noktada doğrudanlık ilkesinden bir miktar sapılması, kanun koyucu tarafından kabul edilebilir sayılmaktadır.<sup>72</sup> Alman doktrininde hâkimin e-duruşma yapılmasına karar verirken, video konferans yoluyla sözlü

<sup>66</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 10.

<sup>67</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 2; MüKo ZPO, §128a, Rn. 2.

<sup>68</sup> Her ne kadar daha önce değindiğimiz Yazı İşleri Yönetmeliği m. 218 mevcut ise de bu hüküm kullanılacak sisteme dair hiçbir şeyi netleştirmemektedir.

<sup>69</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 1.

<sup>70</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 1; Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 1.

<sup>71</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 5.

<sup>72</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 1.

yargılama aşamasının yapılmasının, mahkeme huzurunda gerçekleşmesinden vazgeçilmesine değip değmeyeceğini takdir etmesi gerektiği ifade edilmektedir.<sup>73</sup> Bu noktada, örneğin video konferans yoluyla beyanda bulunan kişinin objektif şekilde bilgi vermesinin zorlaşmış zorlaşmayacağına da dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Buna ek olarak eğer mahkeme ile duruşmaya video konferans yoluyla katılacak kişinin bulunduğu yer arasında kayda değer bir mesafe yoksa, söz konusu kişinin bizzat mahkemesine bulunmasının yaratacağı kıyasla zamandan ve paradan tasarruf edilmesi amacı ikinci planda kalabilecektir. Tarafların usul işlemlerine başvuruları ve iddialarını öne sürmeleri halinde mahkemeler video konferans yoluyla sözlü yargılama yapılması konusunda daha az çekinceye sahip olacakken ve usul ekonomisi ilkesini daha fazla gözetecek iken, tarafın vakıaların aydınlatılması amacıyla beyanının alınması halinde mahkeme salonunun tarafsız ortamında bulunulması, taraf vekilinin bürosunda bulunulmasına nazaran daha tercih edilebilir nitelikte olacaktır.<sup>74</sup> Tarafın isticvabının ise, isticvabın doğası gereği video konferans yoluyla gerçekleştirilmeye elverişli olmadığı belirtilmektedir.<sup>75</sup>

## 2.2 Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Tanık Dinlenilmesinin Medeni Yargılama Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi

Tanık mahkeme salonunda hazır bulunduğunda nasıl dinlenilecekse, ses ve görüntü nakli yoluyla da o şekilde dinlenilecektir.<sup>76</sup> Tanığın e-duruşma kapsamında dinlenilmesinin, hâkime teknik araçlar vasıtasıyla da olsa doğrudan tanığa erişme imkânı verdiğiinden, doğrudanlık ilkesine başlı başına aykırılık oluşturmadığı ifade edilmektedir.<sup>77</sup> Ne var ki tanığın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesinin mahkemede bizzat dinlenilmesine kıyasla daha az güvenilir olacağına ve sadece bir kamera vasıtasıyla yüz yüze geldiği hâkime yanlış beyanda bulunmasının daha kolay olacağına ve taraflarla da karşı karşı-

<sup>73</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 7; Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 2.

<sup>74</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 7.

<sup>75</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 8.

<sup>76</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 5.

<sup>77</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 1; MüKo ZPO, §128a, Rn. 10; Müsielak/ Voit, ZPO §128a, Rn. 7.

ya gelmemenin onu bu konuda teşvik edeceğine de değinilmektedir.<sup>78</sup> Bunun gibi, birden fazla tanığın dinlenileceği hallerde, dinlenilecek tanıkların aynı anda duruşma salonunda bulunmamasına yönelik kuralın (HMK m. 261/1), SEGBİS gibi teknik araçlar kullanılmadığı takdirde uygulanabilirliğine ilişkin endişeler de doktrinde ifade edilmektedir.<sup>79</sup> Öte yandan tanığın e-duruşma kapsamında dinlenilmesine karar verilmesi halinde dahi tanığın mahkeme huzurunda bulunmasına bir engel bulunmamaktadır; bu halde tanığın yol giderlerinin (HMK m. 265/1) ödenmemesinin yerinde olacağı Alman doktrininde öne sürülmüşse de,<sup>80</sup> ne Alman hukukunda<sup>81</sup> ne de hukukumuzda yargılama giderlerine ilişkin farklılık arz eden herhangi bir düzenleme bulunmaktadır.

Tanık beyanı gibi delil niteliğinin değerlendirilmesinde beyan sahibinin inandırıcılığının ve güvenilirliğinin göz önüne alındığı,<sup>82</sup> üstelik beyanda bulunacak kişinin kişisel özellikleri ve sözlü olmayan her türlü davranışın etkileyebileceği<sup>83</sup>, ayrıca aktaranın algılama kabiliyetinin de aktarılan bilgilerin niteliği üstünde rol oynadığı<sup>84</sup> bir delil türü için hâkim, tanık ile bire bir görüşmeyi yargılamanın hızlandırılması amacına üstün tutmalı, kararını da buna göre vermelidir. Bu karar verilirken, kameraya alışkın olmayan tanığın beyanda bulunurken, hâkim ile yüz yüze olduğundan daha az rahat olma ihtimalini de atlamamak gerekir.<sup>85</sup> Eğer hakim tanık beyanını değerlendirmek açısından e-duruşmanın farklılık yaratacağı kanaatine varıyorsa, tanığın duruşma salonunda dinlenilmesine karar vermelidir.<sup>86</sup> Öte yandan soru kâğıdı gönderilmesi veya istinabe yoluyla tanığın dinlenilmesine

<sup>78</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 7.

<sup>79</sup> Kıyak, s. 1481.

<sup>80</sup> Hk-ZPO/Wöstmann, §128a, Rn. 2; MüKo ZPO, §128a, Rn. 10; Müsielak/ Voit, ZPO §128a, Rn. 9.

<sup>81</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 11.

<sup>82</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 10.

<sup>83</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 5; MüKo ZPO, §128a, Rn. 15.

<sup>84</sup> Cenk Akil/Meltem Ercan Özler, "Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi)", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 34 Nisan 2018, s.65.

<sup>85</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 7. Hâkimin dinlenilecek kişinin vücut tepkilerinden edineceği çıkarımların HMK m. 149 bağlamında kayda değer bir fark yaratmayacağı, sonuçta önemli olanın verilen beyan olduğu yönünde bkz. Kale, s. 144.

<sup>86</sup> Kale, s. 148.

nazaran hâkimin tanık ile doğrudan irtibatının ses ve görüntü nakli yoluyla beyan alınması halinde daha fazla olacağı da açıktır.<sup>87</sup> Ancak hukukumuzda isticvap (HMK m. 172/1) ve yemin (HMK m. 236) için ses ve görüntü naklinin istinabeye kıyasla öncelikli olarak uygulanacağına ilişkin düzenlemeler bulunmasına karşın, tanığın dinlenilmesi hususunda benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu hâlde, her ne kadar tanığın dinlenilmesinde de önceliğin istinabeye kıyasla ses ve görüntü naklinde olması gerektiği söylenebilirse de<sup>88</sup> hakim tanığı ne şekilde dinleyeceği hususunda takdir yetkisi olduğunu söylemek de mümkündür.

Hâkim tanığın ses ve görüntü nakli yoluyla dinlenilmesine karar verirken, zaten taraflı olduğu her zaman kesin olmayacak bu kişinin bu yöntemle dinlenilmesinin ne kadar makul olacağını, kişisel olarak doğrudan erişilemediğinde beyanının değerlendirilmesinde bir sorunun oluşup oluşmayacağını muhakeme etmelidir. Türk hukukundaki düzenlemeler ışığında hastalık, yaşlılık ya da engellilik halleri dışında tanığın e-duruşmaya katılabileceği yerler her ne kadar adliyeler ve ceza infaz kurumları olarak belirlenmişse de (Yön. m. 11/2), bu yerlerin de tanığın rahatça beyanda bulunacağı, tarafsızlığının mümkün merteye sağlanacağı yerler olduğundan emin olunması önem taşımaktadır.<sup>89</sup> Alman doktrininde verilen avukatlık bürosunda tanığın e-duruşmaya katılması örneği, Türk hukuku açısından geçerli olmasa da,<sup>90</sup> tanığın örneğin adliyede ses ve görüntü nakli için ayrılan yerde taraflar ve vekilleriyle bir arada bulunmamasının, onların tarafsızlığı açısından önem arz edeceği kanaatindeyiz. Tanığın tarafsızlığının sağlanması açısından beyanda bulunurken kullanılacak teknik altyapının da üçüncü kişilerin müdahalesine müsait olmaması, tanığın bu tür etkilerden korunmasına elverişli olması gibi birçok açıdan da yeterli olması gerekmektedir.<sup>91</sup>

<sup>87</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 10; Kale, s. 147; MüKo ZPO, §128a, Rn. 15.

<sup>88</sup> Aziz Serkan Arslan, Doğrudanlık İlkesi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı*, 4(2), 2014, ss. 133-144, s. 141; Kıyak, s. 1479; Görgün/Börü/Kodakoğlu, s. 553.

<sup>89</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 14.

<sup>90</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 14.

<sup>91</sup> BeckOK ZPO, §128a, Rn. 10; MüKo ZPO, §128a, Rn. 15.



### 2.3. Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Alınan Tanık Beyanının Alınması ve Kaydedilmesinin 6698 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

#### 2.3.1 Alman ve Türk Hukukunda e- Duruşmada Alınan Tanık Beyanının Kaydedilmesi

Daha önce de belirtildiği üzere, Yönetmelik mahkemeye gerekçesini de belirterek e-duruşmadaki verilerin kaydedilmesine karar vermesi için imkân sunmuştur (Yön. m. 15). Oysa Alman hukukunda verilerin kaydedilmesine hiçbir koşulda izin verilmemiştir (ZPO §128a Abs. 3). Bunun altında yatan neden kişisel haklara müdahale edilmemesi düşüncesidir.<sup>92</sup> Duruşmada kayıt yasağının kişilerin teşhir edilmesi nedeniyle kişisel haklarının ihlali, yargılamaya katılan kişilerin beyanda bulunurken tutumlarının farklı olması ihtimali karşısında adil yargılanma hakkının ihlali ve maddi gerçeğe ulaşma ihtimalinin tehlikeye düşmesi gibi durumlar da kayıt yasağının diğer sebepleri arasında sayılabilir.<sup>93</sup> Alman kanun koyucusunun lafzından kayıt almaya her iki tarafın da rızası bulunsa dahi izin verilmediği anlaşılmaktadır. Hatta tanık veya bilirkişinin daha sonra tekrar dinlenilememe ihtimalinin bulunduğu hallerde bu kişilerin beyanlarının kayıt altına alınabilmesine olanak sağlanması önerilmişse de bu öneri kabul görmemiştir.<sup>94</sup> Bunun yerine yapılması gereken, standart bir duruşmada yapılacağı gibi işlem ve beyanların tutanağa geçirilmesidir.<sup>95</sup>

E-duruşma yapılmasının sebebi delil tespiti ya da elde edilen delillerin kalıcılığının sağlanması değil, usul ekonomisi ilkesinin gözetilmesidir ve mahkeme salonunda yapılan bir duruşmadan ayrıldığı yegâne nokta, duruşmaya katılanların duruşma salonunda hazır bulunmamasıdır. Dolayısıyla mahkeme salonunda gerçekleşecek bir duruşma hangi koşullarda kayıt altına alınabilecekse, e-duruşma yapılırken de aynı koşullarla kayıt alınabileceği kanaatindeyiz.<sup>96</sup> Gerçi

<sup>92</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 16; Müsielak/ Voit, ZPO §128a, Rn. 10.

<sup>93</sup> Christian Schrader/İbrahim Aşık, "Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Gerichtsinformationen- Duruşmaların Aleni Olması ve Mahkemenin Bilgiye Ulaşması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22 Sayı 1, 2016, s. 606.

<sup>94</sup> Müsielak/Voit, ZPO §128a, Rn. 1.

<sup>95</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 16.

<sup>96</sup> MüKo ZPO, §128a, Rn. 16.

ne HMK ne de Yönetmelik ile hangi koşullarda kayıt alınabileceği düzenlenmiş, bu konu tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Özellikle tanık gibi yargılamaya katılacak üçüncü kişiler bakımından hem mahkeme huzurunda hem de ses ve görüntü nakli yoluyla yapılacak duruşmalarda kayıt için gereken koşulların açıkça düzenlenmesi kanaatimizce gereklidir. Örneğin Alman hukukunda GVG §169 Abs. 2, mahkemece ancak bilimsel amaçlarla ve eğer davanın Federal Almanya Cumhuriyeti için tarihi değeri varsa, tarihi sebeplerle ses ve görüntü kaydı alınabilmesine izin vermektedir. Ancak yargılamaya katılanların ve üçüncü kişilerin korunması veya yargılamanın sağlıklı bir şekilde devamı için gerekliyse, bazı kısımların kayıt altına alınması bu halde dahi yasaklanabilir. Hiçbir durumda kayıtlar, dosyaya konulamaz ve başka amaçlarda dağıtımı yapılamaz. Federal arşive veya eyalet arşivine gönderilecek bu kayıtlar, arşivce kabul edilmediği takdirde mahkemece silinir. Mahkemenin kayıt kararı duruşma öncesini, sonrasını veya duruşma aralarını kapsamaz.<sup>97</sup> Belirtmek gerekir ki GVG §169 hem ceza hem de hukuk mahkemeleri için geçerlidir; dolayısıyla mahkemeye kayıt alınması için verilen bu imkânın ceza yargılamasıyla daha fazla bağdaştığı düşüncesindeyiz. Bu durumda Alman hukukunda medeni yargılama hukukunda duruşmanın kayıt altına alınmasına karar verilmesine imkân verecek durumların, eğer varsa, son derece istisnai olduğu düşünülebilir.

Fikrimizce e-duruşma esnasında kayıt alınması için gerekli teknik altyapının sağlanması ile mahkemenin kendi kararı olmaksızın kayıt alınmadığından emin olmasının, öncelikle beyanda bulunacak tanığın delil değerinin korunması bakımından önem taşıdığı açıktır. En nihayetinde mahkeme fiziki ortamda yapılan duruşmalarda kayıt alınmasının önüne geçebilecek konumdayken, e-duruşmalarda kayıt alınmasının önüne geçememe riski çok yüksektir.<sup>98</sup> Giessen Sosyal Güvenlik Mahkemesi bir kararında, Covid-19 pandemisi nedeniyle video konferans yoluyla duruşmaya katılmayı talep eden davalının bu

<sup>97</sup> Herbert Diemer, GVG §169 Öffentlichkeit, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Herausgeber: Rolf Hannich), Auflage 8, München 2019, Rn. 13. Kayıt yapılabilecek hallerin HMK m. 149 ile düzenlenmediğinden hareketle duruşmaların ses ve görüntü nakliyle yapılması halinde hiçbir koşulda kayıt yapılamayacağına ilişkin görüş için bkz. Kale, s. 152.

<sup>98</sup> Kıyak, s. 1486.

talebini, yerel mahkemenin video konferans yoluyla duruşma yapma yönteminin tarafların kendi yazılımlarını kullanması üzerine olması, tarafların akıllı telefon ile dahi duruşmaya katılabiliyor oluşunun mahkemenin kayıt alınıp alınamaması noktasında denetimini imkansızlaştırması ve bunun da GVG §169 ile belirlenen koşullara uymaması sebebiyle reddetmiştir. Bu karara göre video konferans yoluyla katılım talebinin kabul edilebilmesi için video konferans odalarının eyalet çapında yaygınlaşması ve ilgili eyaletin adalet bakanlığının denetiminin sağlanması şarttır.<sup>99</sup> Türk doktrininde ise yeterli teknik altyapının dahi yeterli olamayabileceği, örneğin hakimin görüş alanına girmeyecek bir kamera ile rahatlıkla kayıt alınabileceği yönünde haklı görüşler ileri sürülmüş, bu tür tehlikelerin önüne geçmek için alınabilecek en önemli tedbirin yüksek cezai yaptırımlar olduğuna vurgu yapılmıştır.<sup>100</sup>

Medeni yargılama hukukunda özellikle doğrudanlık ilkesi bağlamında ise teknik altyapı ve arayüz imkanlarının önemi haklı olarak vurgulanmaktadır.<sup>101</sup> Dolayısıyla kanaatimizce kullanılacak sistemin hem bu açılardan belirli olması hem de kullanıcı dostu olması önem taşımaktadır. Türkiye’de her ne kadar avukatlar açısından e-duruşmaya katılım açısından belli başlı UYAP Avukat Portal ve CELSE mobil uygulamaları geliştirilmişse de<sup>102</sup> yargılama açısından üçüncü kişi konumunda olan tanıklar için bu uygulamaların kullanılabilmesi mümkün görünmemektedir. Öte yandan ceza yargılamasında yer alan SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) ile hukuk mahkemelerinde görülecek davaların yürütülmesi önünde de Yazı İşleri Yönetmeliği m. 218/2 uyarınca bir engel bulunmamaktadır. Ancak bahsi geçen düzenleme SEGBİS’i hukuk davaları için tek sistem olarak belirlememiş, sadece benzer sistemlerin de kullanılabilmesini belirtmekle yetinerek kanaatimizce bir belirsizlik yaratmıştır. Üstelik 7251 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik öncesi dönemde mahkemelerde teknik donanımın tamamlanmaması nedeniyle SEGBİS’in kullanılmadığı belirtilmiş,<sup>103</sup> bahsi ge-

<sup>99</sup> SG Gießen Urt. v. 7.5.2021 - S 12 KG 2/18, BeckRS 2021, 19111(erişim: <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2021%2Font%2Fbeckrs.2021.19111.htm&pos=8> , 29.01.2022).

<sup>100</sup> Kıyak, s. 1486.

<sup>101</sup> Kıyak, s. 1481.

<sup>102</sup> Bu uygulamalar hakkında bilgi için bkz. <https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/kullanim-kilavuzu> (erişim: 29.01.2021)

<sup>103</sup> Seda Gayretli Aydın, “Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yo-

çen değişiklik sonrası dönemde de gereken teknik altyapının sağlanıp sağlanmadığı yönündeki endişeler dile getirilmeye devam etmiştir.<sup>104</sup>

## 2.3.2 Tanık Beyanının e-Duruşma Kapsamında Alınmasının Kişisel Verilerin Korunması Yönünden Değerlendirilmesi

### 2.3.2.1 Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Hakkında Genel Bilgiler

Kişisel verilerin korunması, hedef ve ilkeleri itibarıyla özel yaşamın gizliliği ile yakından ilişkilidir.<sup>105</sup> Uluslararası alanda da kişisel verilerin korunmasıyla ilgili metinler bulunmaktadır. OECD, BM gibi uluslararası kuruluşların kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkeler ve verilerin sınır ötesi aktarımı hususunda düzenlemeler getiren metinleri kabul etmişlerdir.<sup>106</sup>

Bu tür metinlerden biri olan Avrupa Birliği'nin 27.04.2016 tarihli 2016/679 Verilerin Korunmasına İlişkin Regülasyon'u ile gerçek kişilere ilişkin verilerin korunması ve serbest dolaşımı düzenlenmiştir.<sup>107</sup> Bu regülasyonun amacı, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi bakımından koruma sağlanması ve bu kişisel verilerin dolaşıma sokulması hakkında kurallar koymak, gerçek kişilerin, kişisel verilerin korunması başta olmak üzere, hak ve özgürlüklerini korumak olarak belirlenmiştir. Regülasyon kişisel verilerin korunması hususunda Avrupa Birliği ve üye devletler için çerçeve bir düzenleme sunmakta, üye devletlerin ise bu konuda düzenleme yapma serbestisi bulunmakta-

luyula Duruşmaya Katılma", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertas'a Armağan Özel Sayısı, Cilt 19, 2017, s. 2105.

<sup>104</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 276.

<sup>105</sup> Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s.112; Hatice Derya Ormanoğlu, "Kişisel Verilerin Korunmasının Anayasal Temelleri", *Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, s. 107; Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 37.

<sup>106</sup> Küzeci, s.112.

<sup>107</sup> Regülasyon, 95/46/AT sayılı Yönerge'nin yerini 25.05.2018 tarihinde almıştır (Francesco Di Ciommo, "Privacy in Europe After Regulation (EU) No 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten?", *Italian Law Journal*, 3(2), 2017, s. 623; Turan, s. 36). Yönerge ile ilgili detaylı açıklama için bkz. Küzeci, s. 159 vd ; Hayrünnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Seçkin Yayınları, Ankara 2009, s. 28 vd.

dır.<sup>108</sup> Regülasyon hem özel sektörde hem de kamu sektöründe uygulama alanı bulmaktadır.<sup>109</sup>

Almanya’da ise 25.05.2018 tarihinde Verilerin Korunmasına İlişkin Federal Kanun (Bundesdatenschutzgesetz- BDSG) yürürlüğe girmiştir. Bu kanun kişisel verilerin korunması hususunda, genel bir kanun olup, diğer federal kanunlarda özel düzenleme bulunmadıkça bu kanun uygulanacaktır (BDSG Art. 1 Abs. 2). Dolayısıyla bu kanun dışında kişisel verilerin korunmasına ilişkin başka düzenlemelerin yapılması da mümkündür.<sup>110</sup> BDSG Abs. 1 uygulama alanını kamu kurumlarının kişisel verileri işlemesi olarak belirlemiştir. Özel kurumlar ise kişisel veriyi işlemekten sorumlu olanın veya veriyi işleyeninin Almanya’da bulunması, bu kişilerin Almanya’da temsilcisinin bulunması veya temsilcisi ya da kendisi Almanya’da bulunmamakla birlikte, 2016/679 sayılı Regülasyon’un üçüncü maddesi uyarınca bu Regülasyon’a tabi olması hallerinde BDSG kapsamına gireceklerdir (BDSG Art. 1 Abs. 4). Regülasyon’un kapsamı dışında kalan ve kişisel veri işleyen kamu kurumları ise, aksi bir düzenleme bulunmadıkça, BDSG’nin ilk iki bölümüne tabi olacaklardır (BDSG Art. 1 Abs. 8).

BDSG uygulanırken 2016/679 sayılı Regülasyon’un da dikkate alınması gerekmektedir. Avrupa Birliği’nin İşleyişine İlişkin Anlaşma’nın 288’inci maddesi gereği, Regülasyon da tüm üye devletlerde doğrudan uygulanır. Ancak Regülasyon’un belli noktalarda ulusal düzenlemelere imkân vermesi nedeniyle, Almanya’da BDSG uygulama alanı bulabilmiştir.<sup>111</sup>

Türk hukuku bakımından KVKK m. 1 gerekçesi dikkate alındığında, Regülasyon ile KVKK arasında bir paralellik gözlemlendiği söylenebilir.<sup>112</sup> Regülasyon’un ikinci maddesi ile uygulama alanı kişisel verilerin otomatik veya otomatik olmayan yöntemlerle işlenmesi olarak belirlenmiştir ve bu bakımdan yine KVKK ile paralellik arz etmektedir (KVKK m.2).

<sup>108</sup> Alexander Roßnagel, “Nationale Anpassung des Datenschutzrechts”, *Datenschutz und Datensicherheit-DuD*, 42(8), 2018, ss. 471-472, s. 471.

<sup>109</sup> Egberts/Monschke, s.1100.

<sup>110</sup> Alexander Egberts/Julian Monschke, “Einführung in Das Neue Datenschutzrecht Under Der EU Datenschutz Grundverordnung”, *Juristische Ausbildung*, 2018(11), ss. 1100-1109, s. 1101.

<sup>111</sup> Egberts/Monschke, s. 1102.

<sup>112</sup> Korkmaz, s. 88. Zaten KVKK, 2016/679 sayılı Regülasyon’un yerini aldığı 95/46 sayılı Yönerge baz alınarak hazırlanmıştır (Küzeci, s. 309).

24.03.2016 tarihinde kabul edilip 07.04.2016 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, başta özel hayatın gizliliğinin korunması olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişilerin uyacağı usul ve yükümlülükleri düzenlemeyi amaçlayan bir kanundur (KVKK m. 1). Aynı kanun kişisel veriyi, konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerle paralel olarak<sup>113</sup> “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” olarak tanımlamıştır (KVKK m. 3/1(d)). Tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi yollarla işlenmesi mümkün olan kişisel verilerin (KVKK m. 3/(e)), KVKK m. 5/1 uyarınca kişilerin açık rızası olmaksızın işlenmesi kural olarak mümkün değildir. KVKK m. 5/2 ise tarafların rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenebileceği halleri sınırlı olarak belirlemiştir. KVKK m. 4 ile kişisel verilerin işlenmesinde, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç ile sınırlı bir süre kadar muhafaza edilme ilkeleri düzenlenmiştir.

KVKK m. 4 ile getirilen bu ilkelere *doğru ve güncel olma*, kişilerin yanlış işlenen veriler sebebiyle zarar görmesini engelleme amacı taşır.<sup>114</sup> Bu ilke sayesinde verileri işlenen kişi, bu verilerin kim tarafından ve hangi amaçlarla işlendiğini bilebilecek, doğru ve güncel olmayan bilgilerin düzeltilmesini veya silinmesini talep edebilecektir.<sup>115</sup> *Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme*, kişisel veri işleme faaliyetinin ilgili kişi tarafından açık bir şekilde anlaşılır olmasını, hangi hukuki işleme şartına dayalı olarak gerçekleştirildiğinin tespit edilmesini ve kişisel veriyi işleme faaliyetiyle amacının detaylandırılarak ortaya konulma-

<sup>113</sup> Korkmaz, s. 93.

<sup>114</sup> Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK Yayınları, Ankara 2019, s. 15.

<sup>115</sup> Küzeci, s. 336.



sını ifade eder. Meşruiyet, somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.<sup>116</sup> İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesi ise unutulma hakkı ile yakından ilgili olup,<sup>117</sup> amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayacak şekilde veri kaydedilmesini, bu amaçla sınırlı olmasını ve veri işlemeyle gerçekleşmesi istenen amaç arasında bir denge kurulmasını hedeflemektedir.<sup>118</sup> Mevzuatta öngörülen süre ile sınırlı olarak muhafaza edilme ilkesi, amaçla sınırlılık ile bağlantılı olup, belirsiz bir gelecekte veriyi kullanma ihtimali ile saklama işleminin yapılamamasına hizmet eder.<sup>119</sup>

KVKK m. 28, kanunun uygulanmayacağı istisnaları da belirlemiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında yer alan istisnalardan biri, “Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi” olarak belirlenmiştir (KVKK m. 28/1(d)). Görüldüğü gibi söz konusu düzenleme, yargılama türü ya da işlemi bakımından belirli bir ayırım yapmamıştır. Bu durumda kanımızca KVKK hükümlerinin hukuk mahkemelerinde ve e-duruşma ile elde edilen veriler bakımından bir koruma sağlanamayacağını söylemek mümkündür. Ancak Anayasa’nın yirminci maddesinin üçüncü fıkrası “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir” şeklinde olup, özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında kişisel verilerin korunmasına anayasal bir temel kazandırmıştır. Bunun yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi her ne kadar kişisel verilerin korunmasını ayrıca düzenlememişse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuyu özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında ele almakta, yapılan başvuruları da bu çerçevede değerlendirmektedir.<sup>120</sup> AİHM bu tür davalarda öncelikle kişisel veri-

<sup>116</sup> Küzeci, s. 337.

<sup>117</sup> Küzeci, s. 337.

<sup>118</sup> KVKK Bilgi Notu, s. 16.

<sup>119</sup> KVKK Bilgi Notu, s. 17.

<sup>120</sup> Songül Atak, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, 2010, s. 102.



lerin işlenmesinin özel hayatın gizliliğine aykırılık oluşturup oluşturmadığını değerlendirmekte, daha sonra ise ulusal düzenlemeler bağlamında bir değerlendirme yapmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına dair ilk kararı olduğu belirtilen *Klass ve diğerleri v. Almanya* davasında, Avrupa ülkelerinin casusluk ve terörizmle mücadele kapsamında uygun buldukları her tür tedbiri alamayacağını, istihbarat örgütlerinin kişileri gizli izleme yoluyla bireylerin haklarına müdahale ederken etkin bir denetime tabi olması gerektiğini, ayrıca kişilerin bu şekilde izlenmesine olanak tanıyan yasanın da sözleşmeye uygunluğunu inceleyerek, müdahale ile hakkın korunması arasında bir denge kurulmasının şart olduğunu belirtmiştir.<sup>121</sup> Dikkat edilirse söz konusu davada yer alan müdahale türü, hukukumuzda KVKK m. 28/1(ç) ile KVKK kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak bu durum KVKK m. 28/1(ç) ile “*Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi*” şeklinde tanımlanan istisnanın AİHM kararları ve Anayasa m. 20 karşısında, kişisel verilerin korunmasına tabi olmadığını belirtmek kanımızca mümkün değildir. Buradan hareketle aynı maddenin aynı fıkrasının (d) bendinde düzenlenen istisna için de kişisel verilerin temel haklar düzeyinde korunması gerektiği kanaatimizce açık olduğundan, mahkemelerin her tür yargılama faaliyetinde ve bu arada e-duruşma yaparken kişisel verilerin korunmasını sağlaması gerekmektedir.

### 2.3.2.2 Tanık Beyanının E-Duruşma Yoluyla Alınmasının Kişisel Verilerin Korunması Kapsamında Değerlendirilmesi

#### a) Almanya Bakımından

Yirmi seneyi aşkın bir süredir Alman hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüktedir. Buna rağmen, gerek video konferans yoluyla yapılan duruşmaların sayısının azlığı, gerekse teknik altyapının da yetersiz olması nedeniyle, kişisel verilerin korunması hususu yargılama hukukunda fazla ele alınmamıştır. Ancak son zamanlarda bu durumun değiştiği ifade edilmiş, bunun sonucu

<sup>121</sup> Atak, s. 103-104.

olarak mahkemelerde kişisel verilerin korunması hususu da bir sorun olarak gündeme gelmiştir.<sup>122</sup> 2016/679 numaralı Regülasyon'un 20 numaralı paragrafında, mahkemelerin ve diğer yargı mercilerinin faaliyetlerinde de Regülasyon uygulanmakla beraber, mahkemelerin yargı yetkisini kullandığı eylemlerde, hüküm vermek de dahil olmak üzere yargılama faaliyetlerinin bağımsızlığını teminat altına alma amacıyla, idari mercilerin kişisel verilerin işlenmesini denetleyemeyeceği belirtilmiştir. Bu açıklamadan anlaşılabilir, mahkemelerin idari eylemlerinde kişisel verilerin işlenmesinin denetlenebileceğidir. Ancak yargılama faaliyeti olan video konferans yoluyla duruşma yapılması denetlenebilen eylemlerden değildir; yine de Regülasyon burada da uygulama alanı bulmaktadır.<sup>123</sup>

Regülasyonun bu yaklaşımının akla getirdiği sorulardan biri, yargılama dahilindeki kişisel verilerin korunması hususunda kararı veren hâkimin mi, kurul halinde karar veren hakimlerin mi ya da bir bütün olarak mahkemenin mi sorumlu olduğudur. Buna cevap olarak da önemli olanın, genel olarak sorumlu kişileri Regülasyon'un kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiler, kurumlar ya da oluşumlar olarak ifade etmesi karşısında, kişisel verinin işlenip işlenmeyeceğine karar veren kişi veya kurum olduğu ifade edilmektedir. Kişisel verileri işleme hususunda karar veren hâkim veya mahkemenin ise kişisel verilerin işlenip işlenmeyeceği hususunda mevcut düzenlemelere göre hareket etmek zorunda olduğuna, dolayısıyla yalnızca kişisel verilerin işlenmesinin şekli hususunda takdir yetkisi olabileceğine dikkat çekilmektedir. Ancak buradaki takdir yetkisi de örneğin video konferans yoluyla duruşma yapılabilmesinin mahkemenin teknik altyapısının yeterli olmasına bağlı olması gibi sebeplerle, son derece sınırlıdır.<sup>124</sup>

Mahkemenin kişisel verilerin korunması hususundaki sorumluluğu, video konferans yoluyla yapılacak duruşmalarda kullanılacak teknik altyapının, kişisel verilerin korunmasına yönelik oluşturulması noktasında da mevcut bulunmaktadır. Bu konuda da eğer Skype for Business ya da Cisco WebEX gibi genel sağlayıcılarla video konferans yoluyla duruşma yapılması tercih edilirse, mahkeme için daha pratik

<sup>122</sup> Katrin Kirchert, "Build Your Own Disaster: Datenschutz und BYOD bei Videokonferenzen im Zivilprozess", Recht Innovativ, 4(2), 2020, s. 59.

<sup>123</sup> Kirchert, s. 59.

<sup>124</sup> Kirchert, s. 60.

yöntemler olmalarına rağmen, kişisel verilerin korunması noktasında büyük sakıncalar doğuracağı yönünde çekinceler dile getirilmektedir.<sup>125</sup> Buna göre genel sağlayıcılar nihai kullanıcılara yönelik olduğundan, kullanım kolaylığı sağlamakta ancak kişisel verilerin korunması bakımından güven vermemektedirler. Mahkemelerin gittikçe daha fazla yer vermeye başladığı kurum içi sağlayıcıların ise, yargılama yerinden uzakta veya yurt dışında bulunan tanıkların dinlenilmesi bakımından daha uygun olduğu, H.323 standardına dayalı olduğundan birçok sisteme de uyumlu olduğu ifade edilmektedir.<sup>126</sup>

Öte yandan Avrupa Birliği Adalet Divanı bir kararında AB üye devlet mahkemelerinin teknik altyapıyı seçerken Amerikan menşeli bir teknik altyapıyı tercih etmeleri halinde Regülasyon'a açıkça aykırı davranacaklarını, Avrupa menşeli yeni sağlayıcıları tercih etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Buna gerekçe olarak da, her ne kadar Amerikan menşeli sağlayıcıların da kişisel verilerin korunması hususunda genel işlem koşulları bulunmaktaysa da, bu koşulların Amerikan hukukuna uygun olduğu, AB hukukuyla uyumlu hale gelmeden bu sağlayıcıların kullanılmasının mümkün kabul edilemeyeceği gösterilmiştir.<sup>127</sup> Buna rağmen, genel sağlayıcılar ile yargılama faaliyetlerinin yürütülmesi hakkında Berlin İlk Derece Mahkemesi, kanuna aykırı bir durum olmadığına dikkat çekmiş ise de bu hususun kanun ile yasaklanmış olmasının, video konferans yoluyla yapılacak duruşmalarda genel sağlayıcılara izin verildiği anlamına da gelmeyeceği doktrinde öne sürülmektedir.<sup>128</sup>

Almanya'da ZPO Art. 128a ile düzenlenen video konferans yoluyla duruşma yolunu Alman Federal Yüksek Mahkemesi ilk defa 2020 Mayıs ayında Microsoft Teams ile yürütmeyi tercih ederken, Hessen'da yine aynı ayda Skype for Business altyapısıyla oluşturulup veri güvenliği sıkılaştırılmış eyalet bazlı bir sistem kurulmuştur. Hessen'da bu tür bir sistemin oluşturulmasının, ses ve görüntü akta-

<sup>125</sup> Kirchert, s. 60; Reto Mantz/Jan Spoenle, "Corona Pandemie: Die Verhandlung Per Videokonferenz Nach §128a ZPO Als Alternative Zur Präsenzverhandlung", <https://www.juris.de/jportal/nav/services/juris-magazin/corona-videokonferenz/index.jsp> (erişim tarihi: 13.05.2022).

<sup>126</sup> Mantz/Spoenle, <https://www.juris.de/jportal/nav/services/juris-magazin/corona-videokonferenz/index.jsp> .

<sup>127</sup> Kirchert, s. 60-61.

<sup>128</sup> Kirchert, s. 61.

rımı üzerinde eyalet hakimiyetinin bulunması dolayısıyla mahremiyet açısından önem taşımasının yanı sıra, hakimlerin ve yargılamaya diğer katılanların sistemi benimseyebilmeleri açısından da önem taşıdığı ifade edilmiştir. Salt yargılama faaliyetine yönelik bu tür bir sistemin kabul edilmesi halinde mahkemelerin de veri trafiği üzerinde denetimi olacak, ayrıca yargılamaya katılan kişilerin, yargılamayı izleyenlerin belirli olmayışı karşısında, olması gerekenden farklı hareket etme ihtimallerinin de önüne geçilecektir.<sup>129</sup>

### b) Türkiye Bakımından

Ülkemizde yargılama alanında otomasyon çalışmaları 1998 yılında adalet hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesi ile üretkenlik ve verimliliği arttırmak amacıyla UYAP adlı çoklu-kullanıcılı ve iş odaklı bir sistemin uygulamaya geçmesi ile başlamıştır. UYAP'ın amaçları, hızlı, adil, verimli, şeffaf bir yargılamanın sağlanması; her tür idari faaliyetin hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesi; doğru ve tutarlı bilginin hızlı ve kolayca elde edilebilmesi; avukat ve vatandaşların yargı hizmetlerinden internet aracılığıyla daha hızlı ve kolay yararlanmasını sağlamak olarak sayılmıştır.<sup>130</sup> Amacının adli sisteme hız kazandırmak, hedefin ise e-devlet yapısının adli ayağını oluşturarak kurumu kağıtsız ofis ortamına taşımak olduğu bu sistemin,<sup>131</sup> bir negatif statü hakkı olarak nitelendirilen<sup>132</sup> kişisel verilerin korunmasına da hizmet etmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Daha önceden de değindiğimiz üzere, Türk hukuku bakımından hukuk yargılamasında SEGBİS veya diğer yöntemlerle e-duruşma yapılabileceği Yazı İşleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Ceza yargılaması içinse SEGBİS uygulama alanı bulmaktadır. SEGBİS Adalet Bakanlığı'nın UYAP'a bağlı olarak kurduğu ve 2013 yılından itibaren

<sup>129</sup> Frank Schreiber, "Die Mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung: Plädoyer Für Ein Zwerkwirklichende Auslegung von §128a ZPO, §32 Abs. 3 FamFG, §102a VwGO, §110a SGG und §91a FGO – Nicht Nur In Zeiten der Corona-Pandemie", *Recht Innovativ*, 4(2) 2020, ss. 38-44, s. 42-43.

<sup>130</sup> Sami Acar/Hülya Gürsoy, "Türkiye Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Videokonferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, s.118.

<sup>131</sup> Acar/Gürsoy, s. 118-119.

<sup>132</sup> Atak, s. 102; Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61/3, 2012, s. 1099.

adliye ve ceza infaz kurumlarında kullanılan bir sistemdir. Bu sistem ile farklı merkezler arasında iletişim kurulabildiği gibi UYAP üzerinden ses ve görüntülerin kaydedilip saklanması da mümkün olmaktadır.<sup>133</sup> Mahkemede bulunmayan sanık, şüpheli, tanık, şikayetçi, katılan ve diğer kişilerin dinlenilmesi ve ifadelerinin alınması bu sistem ile mümkün olmakta, Adalet Bakanlığı'nın SEGBİS hakkındaki genelgesinde belirttiği üzere makul sürede yargılanma ve adil yargılanma hakkının tesisi bu şekilde kolaylaşmaktadır. HMK ile düzenlenen ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması hakkındaki görüşlere benzer şekilde, ceza yargılamasında da SEGBİS ile mahkemenin yargılamaya katılan süjeleri doğrudan dinlemesinin<sup>134</sup> duruşmaları daha etkin yürütebilmesi, mahkemenin verilen beyanlara hâkim olma imkanının artması ve ekonomik külfetin azalması gibi yararlarına dikkat çekilmiştir.<sup>135</sup>

Ceza yargılamalarında, duruşmaların sesli ve görüntülü yapılması için kurulan sistem, duruşmaların kayıt altına alınmasını, mahkemeler arası canlı iletişimi ve veri yedeklemeyi gerçekleştirmektedir.<sup>136</sup> Kayıt ve video konferans işlemleri zabıt kâtabi tarafından yapılmaktadır.<sup>137</sup> Ancak tanık dinlenileceği zaman UYAP dışı sistemler kullanılmaktadır. Bu şekilde alınan tanık beyanı kayıtlarında şifreleme bulunmamaktadır ve alınan bu kayıtların diğer medya ortamlarında izlenebilir niteliği haizdir.<sup>138</sup>

Hukukumuzda ses ve görüntü nakliyle duruşma yapılması hususunda güncel sistem olan SEGBİS'in CMK m.52/3'ün tanıkların ses ve görüntü kaydının alınmasına imkân veren hükmü karşısında ceza yargılamasına uygun bir sistem olduğu düşünülebilir. Ancak HMK ile böyle bir hüküm düzenlenmemekte, duruşmada kayıt yapılması

<sup>133</sup> Gizem Dursun, "Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11 Sayı 143-144, 2016, s. 134.

<sup>134</sup> SEGBİS ile video kaydı alınan beyanların, yargılamaya katılan ancak duruşmada hazır bulunmayan kişilerle kanun yolu mercilerince sonradan izlenebileceği doktrinde belirtilmektedir (Acar/Gürsoy, s. 132). Dolayısıyla bu kayıtların, KVKK m.4/1 (d) ile de uyumlu olarak, bu kişilerce izlenebileceği makul bir süre için saklanacağı sonucuna varılabilir.

<sup>135</sup> Dursun, s. 135.

<sup>136</sup> Acar/Gürsoy, s. 125.

<sup>137</sup> Acar/Gürsoy, s. 126.

<sup>138</sup> Acar/Gürsoy, s. 129.

hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Üstelik daha önce de değindiğimiz üzere<sup>139</sup> halihazırda uygulanan ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması sisteminde tanıkların beyanlarının, güvenliği daha farklı şekilde sağlanan ve her ortamda izlenebilen bir sistemle alındığı görülmektedir. Kanaatimizce medeni yargılama bakımından tanık beyanının alınması ve kayıt altına alınabilmesi için, öncelikle Alman doktrin ve içtihadında belirtildiği üzere, kişisel verilerin korunmasını sağlayacak bir şekilde teknik altyapının kurulması zorunludur. Nitekim E-Duruşma Yönetmeliği'nin geçici birinci maddesi de *"Bu Yönetmelikte düzenlenen ve elektronik ortamda yapılması gerekmekte birlikte henüz UYAP'ta bulunmayan işlemlere ilişkin hükümler, gerekli yazılım çalışması tamamlandıktan sonra uygulanır"* hükmünü düzenlemektedir. Yeterli ve güvenli teknik altyapının kurulmasının yanı sıra, hakim tanık beyanını kayıt altına alma kararı verirken, Anayasa m. 20'ye uygun davranmalı, özellikle işlenen kişisel verinin amacına uygun kullanılması ve tanığın bilgilendirilmesi bakımından, Yönetmelik m. 15 ile getirilen kayıt altına alma kararını gerekçelendirirken, yargılamanın bu kararı ne şekilde zorunlu kıldığını ve tanık beyanının maddede geçen iki hafta süre ile kayıt altında tutulmasının hangi amaca yönelik olduğunu da kanımızca detaylı bir biçimde ortaya koymalıdır.<sup>140</sup>

## SONUÇ

Türk hukukunda da e-duruşma, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi düzenlenmesi ve uygulanması gerekli bir araçtır. Ancak hem dünyada hem de ülkemizde, en azından uygulama bakımından henüz yeni sayılabilecek bu yöntem düzenlenirken dikkate alınması gereken birçok hususun olduğu açıktır.

Bu hususlardan biri, yargılamanın seyrinin ve medeni yargılama hukukuna hâkim ilkelerin göz ardı edilmemesidir. E-duruşma ile güvenilirliği hali hazırda diğer delil türlerine göre daha az olan tanık

<sup>139</sup> Bkz. s. 25.

<sup>140</sup> 28.10.2017 tarihli Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 4(c) imha ile anlaşılması gerekenin "kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi" olarak belirlemişse de Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası Hakkında Yönetmelik m. 15/2 ile yalnızca "silinme" seçeneğinden söz edilmesinden hareketle, tanık beyanının anonim hale getirilemeyeceği kanaatindeyiz.

dinlenilirken, adil yargılanma ve doğrudanlık ilkelerinin ihlal edilmemesi için gerekli düzenlemelerin yapılması ve mahkemelerin de bu çerçevede karar alması gerektiği açıktır. Tarafların dayandığı tanık delilinin bu ilkelere uygun değerlendirilebilmesi için ise tanık beyanı e-duruşmada alınırken, koşulların mümkün olan en güvenilir ve en sağlıklı şekilde düzenlenmesi kanaatimizce önem taşımaktadır.

Hem Türk hem Alman hukuku incelendiğinde, e-duruşma ile tanık beyanı alınırken bazı hususların öncelikle çözüme kavuşturulması gerektiği kanaatindeyiz:

- 1) Hâkim tarafların talebinden bağımsız olarak tanık beyanını en etkin biçimde değerlendirebileceği yönüne karar vermeli,
- 2) Tanık beyanının elektronik ortamda alınması bakımından, yargılamada adeta üçüncü kişi konumunda olan bu kişilerin güven hissiyle doğru beyanda bulunabilmelerine elverişli yeterli ve güvenli teknik altyapının ivedilikle sağlanması ve ülke çapında yaygınlaştırılması,
- 3) Tanıkların kişisel verilerin korunması hukuku bakımından, özellikle beyanları kayıt altına alınacaksa mahkemelerin, Anayasa ve AİHS çerçevesinde tanığın hakları ile yargılamanın gereklilikleri arasında bir denge gözetmeleri, ayrıca kişisel verilerinin işlenmesi hususunda bilgilendirmeleri.

Bu hususlar sağlanmadan e-duruşma imkanının uygulamasının yaygınlaşmayacağı, uygulama alanı bulsa dahi ciddi birçok sorunlara gebe olduğu düşüncesindeyiz.

## Kaynakça

### Kitaplar

Atalay Oğuz, Pekcanitez Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Damrau Jürgen/Weinland Alexander, §373, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen (Herausgeber:Thomas Rauscher/Wolfgang Krüger), München 2020.

Diemer Herbert, GVG §169 Öffentlichkeit, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung (Herausgeber: Rolf Hannich), Auflage 8, München 2019.



- Fritsche Jörn, ZPO §128a, Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, 6. Auflage 2020.
- Görgün Şanal/Levent Börü/Kodakoğlu Mehmet, Medeni Usul Hukuku, 10. Bası, Ankara 2021.
- Huber Michael, ZPO §373 Beweisantritt, Musielak/Voit ZPO, 18. Auflage, 2021.
- Kuru Baki, Medeni Usul Hukuku El Kitabı, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Küzeci Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Madde ve Gerekeşi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, KVKK Yayınları, Ankara 2019.
- Von Selle Dirk, ZPO §128a, BeckOK ZPO (Herausgeber: Volkert Volwerk/ Christian Wolf), München 2022.
- Özdemir Hayrünnisa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara 2009.
- Postacıoğlu İlhanAltay Sümer, Medeni Üsul Hukuku Dersleri, 8. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
- Siebert Oliver, ZPO §373 Beweisantritt, Saenger Zivilprozessordnung Handkommentar (Herausgeber: Ingo Saenger), Auflage 9, Baden-Baden 2021.
- Stadler Astred, ZPO §128a, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar (Herausgeber: Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit), Auflage 18, München 2021.
- Tanrıver Süha, Medeni Üsul Hukuku (Cilt I), 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.
- Turan Metin, Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, 4. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Wöstmann Heinz, ZPO §128a Verhandlung im Wege der Bild und Tonübertragung, Saenger Zivilprozessordnung Handkommentar (Herausgeber: Ingo Saenger), Auflage 9, Baden-Baden 2021.
- Umar Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014.
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

## Makaleler

- Acar Sami/Gürsoy, Hülya, Türkiye Mahkemelerinde Sesli ve Görüntülü Kayıt ve Videokonferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği, *Ankara Barosu Dergisi*, 2012/4, ss. 111-129.
- Akkan Mine, Medeni Usul Hukukunda Tanığa Soru Kağıdı Gönderilmesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Prof. Dr. Hakan Pekantez'e Armağan, Özel Sayı 2014, ss. 555-609.
- Akil Cenk/Ercan Özler Meltem, Tanıklık Beyanının Delil Değerinin Değerlendirilmesi Hakkında Bir İnceleme (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.02.2015 tarihli Kararının Değerlendirilmesi), *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 34 Nisan 2018, ss. 61-73.

- Arslan Aziz Serkan, Doğrudanlık İlkesi, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, MİHBİR Özel Sayısı*, 4(2), 2014, ss. 133-144.
- Atak Songül, Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 87, 2010, ss.90-120.
- Bolayır Nur, Fransız Hukuku'ndaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020/2, ss. 1175-1203.
- Budak Ali Cem/Varol Karaslan, 7251 sayılı Kanunla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 94 Sayı 5, 2020, ss. 15-50.
- Di Ciommo Francesco, Privacy in Europe After Regulation (EU) No 2016/679: What Will Remain of the Right to Be Forgotten? *Italian Law Journal*, 3(2), 2017, ss. 623-646.
- Dursun Gizem, Sanığın Duruşmada Hazır Bulunma Hakkı ve Bu Kapsamda Sesli ve Görüntülü Bilişim Sisteminin (SEGBİS) Değerlendirilmesi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Cilt 11 Sayı 143-144, 2016, ss. 127-158.
- Gayretli Aydın Seda, Medeni Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan Özel Sayısı*, Cilt 19, 2017, ss. 2101-2126.
- Kale Serdar, Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşma İcrası (HMK m. 149), *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, Yıl 2013 Sayı 25, ss. 141-154.
- Kılınç Doğan, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 61/3, 2012, ss. 1089-1169.
- Kıyak Emre, Duruşmada Etkinlik Kazanan Yargılama İlkeleri ile Usulî Müktesep Hak Işığında Türk Hukuk Yargılamasında Eş Zamanlı Ses ve Görüntü Aktarımıyla Duruşma Yapılmasının Olması Gereken Sınırları, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 205 Kasım 2021, ss. 1453-1502.
- Kirchert Katrin, Build Your Own Disaster: Datenschutz und BYOD bei Videokonferenzen im Zivilprozess, *Recht Innovativ*, 4(2), 2020, ss. 59-61.
- Ormanoğlu Hatice Derya, Kişisel Verilerin Korunmasının Anayasal Temelleri, *Kişisel Verilerin Korunması Alanında Yeni Gelişmeler Sempozyumu*, Adalet Yayınevi, Ankara 2021, ss. 105-120.
- Öztek Selçuk, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Aleniyet İlkesine İlişkin 28 İnci Maddesi ile Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla veya Başka Yerde Duruşma İcrasına İlişkin 149'uncu Maddesinde 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişiklikler Hakkında Bazı Düşünceler", *Adalet Dergisi*, Sayı 66, 2021/1, ss. 641-655, s. 654.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Yıl 33 Sayı 150, 2020, ss. 247-299.
- Roßnagel Alexander, Nationale Anpassung des Datenschutzrechts, *Datenschutz und Datensicherheit-DuD*, 42(8), 2018, ss. 471-472.
- Schrader Christian/Aşık İbrahim, Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen und Gerichtsinformationen- Duruşmaların Aleni Olması ve Mahkemenin Bilgiye Ulaşması, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22 Sayı 1, 2016, ss. 603-620.

Schreiber Frank, Die Mündliche Verhandlung im Wege der Bild- und Tonübertragung: Plädoyer Für Ein Zwerkwirkliche Auslegung von §128a ZPO, §32 Abs. 3 FamFG, §102a VwGO, §110a SGG und §91a FGO – Nicht Nur In Zeiten der Corona-Pandemie, *Recht Innovativ*, 4(2) 2020, ss. 38-44.

Tahiroğlu Fatih, Medeni Usul Hukukunda Tanığın Hazır Bulunma Yükümlülüğü, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (2), Güz 2021, ss. 617-644.

### İnternet Kaynakları

<https://beck-online.beck.de>

<https://edurusmabilgi.adalet.gov.tr/kullanım-kilavuzu>

Dişel Buse, İsviçre Hukukunda Kovid-19 Sebebiyle Yargıda Alınan Tedbirler Özellikle Medenî Yargıdaki Düzenlemeler ve Bu Düzenlemelerin Ülkemiz Açısından Değerlendirilmesi, *Lexpera Blog*, 22.05.2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/isvire-hukukunda-kovid-19-sebebiyle-yargida-alinan-tedbirler-ozellikle-medeni-yargidaki-duzenlemeler-ve-bu-duzenlemelerin-ulkemiz-acisindan-degerlendirilmesi/>)

Pekcanitez Hakan/ Erişir Evrim, Koronavirüs (Covid-19) Salgınına Karşı Alınan, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunu İlgilendiren Önlemler, *Legal Blog*, 03.06.2020 (<https://legal.com.tr/blog/genel/koronavirus-covid-19-salginina-karsi-alinan-medeni-usul-ve-icra-iflas-hukukunu-iligilendiren-onlemler/>)

Mantz Reto /Spoenle Jan, Corona Pandemie: Die Verhandlung Per Videokonferenz Nach §128a ZPO Als Alternative Zur Präsenzverhandlung, <https://www.juris.de/jportal/nav/services/juris-magazin/corona-videokonferenz/index.jsp>



# KUZEY KIBRIS TÜRK CUMHURİYETİ HUKUKUNDA SOYADININ KAZANILMASI VE DEĞİŞTİRİLMESİ

THE ACQUISITION AND CHANGE OF SURNAME IN THE TURKISH  
REPUBLIC OF NORTHERN CYPRUS LAW

Emine KOÇANO RODOSLU\*

**Özet:** Soyadı, kişinin bir aileye bağlılığını belirleyen, bir aileye bağlı bireylerin diğer ailelerdeki bireylerden ayırt edilmesini sağlayan ve böylelikle sosyal düzenin korunmasında önemli rol oynayan bir unsurdur. Çalışmada kısaca soyadı kavramı ve soyadının hukuki niteliği ele alındıktan sonra, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti (KKTC) Hukukunda soyadının tarihi gelişimine değinilmiştir. KKTC Hukukunda soyadının kazanılması ve değiştirilmesi, 1974 tarihinde Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi döneminde yürürlüğe giren ve KKTC Anayasası geçici madde 4 gereğince KKTC Hukukunda uygulanacak mevzuat arasında gösterilen 16/1974 sayılı Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası'nda (TCSKY) düzenlenmiştir. KKTC Hukukunda soybağı yoluyla, evlenme yoluyla, idari kararlar ve seçme yoluyla soyadının kazanılması mümkündür. Eşlerin soyadı ve evlilik birliği içerisinde doğan çocukların soyadı, 1/1998 sayılı "Aile (Evlenme ve Boşanma) Yasası"nda hükme bağlanmıştır. Evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin Aile Yasası hükümlerinin incelenmesinin ardından, evlilik birliği dışında doğan çocukların soyadının belirlenmesi ile ilgili düzenlemeler içeren ve 26 Kasım 2021 tarihinde yürürlüğe giren 22/2021 sayılı "Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Yasası" hükümleri Türk Hukuku ve Uluslararası belgelerle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Ayrıca çalışmada, 34/2015 sayılı ve 5/2019 sayılı Değişiklik Yasaları ile Aile Yasası'nda yapılan değişiklikler ile birlikte evlenmenin ve evliliğin sona ermesinin eşlerin soyadına etkisine de yer verilmiştir. Bunların yanı sıra evlâtlığın soyadının belirlenmesi, idari karar yoluyla soyadının belirlenmesi ve seçme yoluyla soyadının belirlenmesi konularına değinilmiştir. Son olarak KKTC Hukukunda soyadının değiştirilmesi ile ilgili hükümler yargı kararlarına da yer verilerek ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** KKTC Hukuku, Soyadının Kazanılması, Eşlerin Soyadı, Çocuğun Soyadı, Soyadının Değiştirilmesi

**Abstract:** Surname is an important element that determines a person's loyalty to a family, distinguishes members of a family from individuals in other families, and thus plays a role in terms of keeping

\* Yrd. Doç. Dr., Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, emine.rodoslu@emu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2891-7147, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.06.2022, Kabul Tarihi: 17.10.2022

social order. In this study after explaining the concept of surname and its legal nature, the historical development of surname in Turkish Republic of Northern Cyprus Law (TRNC) Law is briefly analyzed. The legal nature of the concept of surname is briefly mentioned in the study after the historical development of surname in TRNC Law. The TRNC Law regulates the acquisition and change of surnames in accordance with Law No 16/1974 titled The Turkish Community Surname Law, which came into effect during the Cyprus Temporary Turkish Administration in 1974 and was included among the legislation to be applied in TRNC Law in accordance with temporary Article 4 of the TRNC Constitution. According to TRNC Law, the surname can be acquired through paternity, marriage, administrative decision, or choice. The Family (Marriage and Divorce) Law No 1/1998 resolves the surnames of the spouses and the surnames of the children born in wedlock. Since the determination of the surname of the child born in wedlock and the determination of the surname of the child born out of wedlock are not subject to the same legal regulations, first, the provisions of Family Law No 1/1998 pertaining to determination of the surname of a child born in wedlock were examined and then the provisions of “The Law on Children Born out of Wedlock” numbered 21/2021 which entered into force on 26th of November 2021 that regulates the legal status of children born out of wedlock, are discussed in comparison with the Turkish law and international documents. Regarding the determination of spouses’ surnames following the establishment and the dissolution of marriage, radical amendments are made in in Family Law in 2015, 2019 regarding the determination of the spouses’ surnames. Moreover, the issues of determining the surname of an adopted child as a result of adoption, determining the surname through administrative decision, and determining the surname through choice are addressed in this study. In addition, the study discusses the provisions in the TRNC Law regarding changing one’s surname by citing judicial decisions.

**Keywords:** TRNC Law, Obtaining a Surname, Spouse’s Surname, Child’s Surname, and Change of Surname

## Giriş

Ad, kişiyi toplumda diğer kişilerden ayırmaya yarayan bir tanııtım aracı, bir işarettir.<sup>1</sup> Kişileri belirleyen ve aile bireylerini birbirlerinden ayırmaya yarayan ada öz ad denir. Aynı aileden gelen bireyleri, diğer

<sup>1</sup> Mustafa Dural/Tufan Ögüz, *Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku*, 18. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 165; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 110; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Medeni Hukuk*, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019, s. 44; Hayrunnisa Özdemir, “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 564; Burak Özen, “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2020, C. 16 S. 3, 4, s. 171.

ailelerden gelen bireylerden ayıran ada ise soyadı denir.<sup>2</sup> Soyadı nesilden nesile aktarıldığından ve kişilerin bağlı oldukları aileyi gösterdiğinden “aile adı” olarak da nitelendirilmektedir.<sup>3</sup> Her bir aileye bir soyadı verilerek kişilerin ait oldukları aileyi belirlemede kolaylık sağlamak ve toplumsal düzeni korumak amacı güdülmektedir.<sup>4</sup> Bunun yanı sıra, öz ad ve soyadı ulusal ve aile içindeki birliği sağlama görevi de görmektedir.<sup>5</sup>

Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda da TCSKY m. 3’e göre öz ad ve soyadı taşınması zorunlu adlardır.<sup>6</sup> Söyleyiş, yazı ve imzada öz ad önce soyadı sonra kullanılır (TCSKY m. 4). Kişi, sosyal ilişkilerinde ve hukuki işlemlerinde toplumda diğer kişilerden öz ad ve soyadı ile ayırt edildiğinden, adın değişmezliğinin ve devamlılığının korunmasında bireyin menfaatinin yanı sıra toplumun da menfaati olduğu kabul edilir.<sup>7</sup> Bu özelliğinden dolayı ad, kamu düzeni ile ilgili olarak nitelendirilir.

Adın hukuki niteliği ile ilgili zaman içerisinde doktrinde çeşitli görüşler<sup>8</sup> ileri sürülse de günümüzde ad, çoğunlukla kişilik hakları kapsamında yer alan değerlerden biri olarak kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Dolayısıyla ad üzerindeki hak, herkese karşı ileri sürülebilen mutlak haklardan olup başkasına devredilemez ve uzun süre kullanılmasa dahi sona ermez. Ad, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Kişilik hakları kapsamında yer alan değerlerden biri olarak ad, kişinin manevi bütünlüğünün bir parçasıdır.

<sup>2</sup> Dural/Öğüz, s. 166; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 111; Kılıçoğlu, s. 448; Bilge Öztan, “Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu”, Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu’na Armağan, Ankara 1972, s. 429; Özen, s. 173; Özdemir, s. 571.

<sup>3</sup> Kılıçoğlu, s. 448, 449.

<sup>4</sup> Dural/Öğüz, s. 167; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 110; Süleyman Yılmaz/Gökçe Filiz Çavuşoğlu, “Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2020, C. 24, S. 1, s. 6.

<sup>5</sup> Dural/Öğüz, s. 168.

<sup>6</sup> Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası, Kabul Numarası:16, Kabul Tarihi: 19.04.1974.

<sup>7</sup> Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 24.

<sup>8</sup> Adın hukuki niteliği ile ilgili ileri sürülen mülkiyet teorisi ve aile hukuku teorileri için bkz. Öztan, s. 421, dn. 2.

<sup>9</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 110; Öztan, s. 421, 422; Özdemir, s. 583; Esra Dursun, *Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 13, 14.



Ad üzerindeki hakkın ihlâli halinde kişi koruma talep edebilir.<sup>10</sup> Soyadının kullanılmasının çekişmeli olması yani bir kimsenin kullandığı soyadını kullanmaya hakkı olmadığı itirazının ileri sürülmesi durumunda, kişi Aile Mahkemesi'nden soyadını taşımaya ve kullanmaya hakkı olduğunun tespitini isteyebilir (TCSKY m. 16 bent 1). Diğer taraftan, bir kimsenin hakkı olmadan başkasına ait bir adın bir başka kişiye, eşyaya verilmesi durumlarında adın gaspı söz konusu olur. Soyadı gasp edilen ve soyadının haksız kullanılmasından zarar gören kişi haksız kullanıma son vermek için dava açabilir (TCSKY m. 16 bent 2).<sup>11</sup>

## I. KKTC Hukukunda Soyadının Tarihi Gelişimi

Kıbrıs Adası 1878 yılında Osmanlı İmparatorluğu tarafından İngiliz idaresine kiralanıncaya kadar Ada'da Osmanlı Devleti'nin Hukuku uygulanmaktaydı.<sup>12</sup> Osmanlı Devleti döneminde soyadı kullanma zorunluluğu olmamakla beraber kişileri birbirinden ayırt edebilmek veya bir aileye mensubiyeti göstermek için lâkap, aile veya baba adı veyahut kişilerin memleketi gibi ifadeler kullanılmaktaydı.<sup>13</sup> Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulmasının ardından, 1934 yılında Türkiye'de Soyadı Kanunu<sup>14</sup> kabul edilerek soyadı taşıma zorunluluğu getirilmiştir.<sup>15</sup> Kıbrıs Türk toplumu bu dönemde İngiliz sömürge yönetimi altında olmasına rağmen, Türkiye'deki gelişmeleri sürekli yakından takip etmiş, Atatürk İlke ve İnkılaplarını oldukça hızlı bir şekilde benimsemiştir.<sup>16</sup> Bu yüzden hiçbir yasal zorunluluk olmaması

<sup>10</sup> Deniz Ergene, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, İstanbul 2011, C. 31, S. 2, s. 127; Öztan, s. 429.

<sup>11</sup> Yargıtay Aile, 3/1981, 20.05.1981 tarihli karar için bkz. Hamdi Atalay, *Türk Cemaatı İstinaf Mahkemesi Yargıtay/Aile Hukuku Kararları*, Lefkoşa 1994, s. 275.

<sup>12</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgut Turhan, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 2, s. 254 vd.

<sup>13</sup> Sabit Dokuyan, "Soyadı Kanunu ve Kanun'un Uygulanma Süreci", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, İzmir 2016, C. 31, S. 1, s. 130; Ekrem Buğra Ekinci, "İyi Para İyi Soyadı", (<https://www.ekrembugraekinci.com/article/?ID=159>, Erişim Tarihi: 05.04.2022).

<sup>14</sup> Soyadı Kanunu, Kanun Numarası: 2525, Kabul Tarihi: 21.06.1934, RG 2.07.1934/2741.

<sup>15</sup> Dokuyan, s. 140.

<sup>16</sup> Örneğin 1951 yılında yürürlüğe giren Fesil 339 Türk Aile Yasası, Türkiye'de

na rağmen, Kıbrıs Türklerinin 1935 yılından itibaren öz Türkçe soyadı aldıkları gazetelerden yayınlanmaya başlanmıştı.<sup>17</sup> 19 Nisan 1974 tarihinde “Kıbrıs Geçici Türk Yönetimi” döneminde 16/1974 sayılı “Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası” yürürlüğe girmiştir. 1985 yılında kabul edilen KKTC Anayasası geçici m. 4 gereğince, Anayasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce yürürlükte bulunan mevzuat, Anayasa’ya aykırı olmamak kaydıyla uygulanmaya devam edilir. Bu hükme dayanılarak 1974 tarihinde yürürlüğe giren Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası halen KKTC’de uygulanmaktadır. Söz konusu Yasa’ya bakıldığında, Yasa’nın hazırlanmasında Türkiye’de 1934 yılında yürürlüğe giren 2525 sayılı Soyadı Kanunu’ndan büyük ölçüde esinlendiği söylenebilir.<sup>18</sup>

## II. Soyadının Kazanılması

KKTC Hukukunda soybağı yoluyla, evlenme yoluyla, evlât edinme yoluyla ve idari kararlar soyadı kazanılabilir. Ayrıca, Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde seçme yoluyla da soyadının kazanılması mümkündür.<sup>19</sup>

Soyadının kazanılması ile ilgili kurallar emredici nitelikte olduğundan, soyadı ancak yasalarda öngörülen biçimde kazanılabilir veya

---

1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca Bkz. Marta Hayes Sampson, “An Overview of Divorce Law in Cyprus: Modernization and Shortcomings”, *Sri Lanka Journal of International Law*, 2005, C. 17, s. 110 (<https://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?terms=An+Overview+of+Divorce+Law+in+Cyprus%3A+Modernization+and+Shortcomings&collection=all&searchtype=advanced&type=text&tabfrom=&submit=Go&sendit=&all=true> Erişim Tarihi:01.02.2022); Eliana Nicolau, “Recent Developments in Family Law in Cyprus”, *International Survey of Family Law*, 1996, s. 122 ([https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/intsfal3&div=12&start\\_page=121&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/intsfal3&div=12&start_page=121&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults) Erişim Tarihi: 02.02.2022); Sibel Akgün, “Atatürk İlke ve İnkıplarının Kıbrıs’a ve Kıbrıs Türk Kadınlarına Yansımaları”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Ankara 2006, C. 22, S. 64, 65, 66, s. 423.

<sup>17</sup> Akgün, s. 423, 424.

<sup>18</sup> 1974 yılından sonra, Kıbrıs Türk Hukukunda Anglo-Saxon Hukukundan giderek uzaklaşıldığı ve Türk Hukukuna daha çok yakınlaştığı ve bu yakınlaşmanın daha çok maddi hukuka ilişkin yasalarda görüldüğüne ilişkin görüş için bkz. Turhan, s. 274, 275; Ayrıca bkz. Zaim M. Necatigil, *Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları*, 3. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2015, s. 21.

<sup>19</sup> Bkz. a.şğ., II, E

değiştirilebilir.<sup>20</sup> Ayrıca kişisel durumdaki değişiklikler sonucu, örneğin evlenme veya boşanma sonucunda kişinin soyadı da değişebilir.<sup>21</sup>

## A. Soybağı Yoluyla

### 1. Evlilik Birliği İçerisinde Doğan Çocuğun Soyadı

Evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soyadı, Aile Yasası m. 35 bent 3, 4, 5 ve 6 C'ye göre belirlenir. Eşlerin anlaşarak ikisinden birinin soyadını aile soyadı olarak belirlemeleri halinde, çocuklar belirlenen aile soyadını alırlar. Diğer taraftan, eşlerin aile soyadı konusunda anlaşamamaları ve her ikisinin de bekârlık soyadını kullanmaları durumunda, önce ana sonra baba soyadı olmak üzere her iki eşin soyadı çocuğa aile soyadı olarak verilir. Ana ve babanın birden fazla soyadı olması durumunda, ana ve baba kendi seçeceği bir soyadını çocuğa verir ve böyle bir durumda önce ananın sonra babanın soyadı kaydedilir.<sup>22</sup>

Aile Yasası m. 40'a ve Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Yasası (EDDCY) m. 6 bent 2'ye göre, evlilik birliği sona erdikten sonra üç yüz iki gün içerisinde doğan çocuk evlilik birliği içerisinde doğmuş sayılır. Bu bağlamda, evliliğin boşanmayla ya da ölümle sona ermesinden itibaren üç yüz iki gün içerisinde doğan çocuğun soyadının belirlenmesinde de sözü geçen hükümler (Aile Yasası m. 35 bent 3, 4, 5 ve 6 C) uygulanır.

Evlilik birliğinin sona ermesi halinde, evlilik birliği içerisinde doğan ve soyadları belirlenmiş olan çocuklar soyadlarını korumaya devam ederler (Aile Yasası m. 35 bent 6 C). Diğer bir deyişle, evliliğin ölüm, boşanma veya iptal kararı ile sona ermesi hallerinde çocuğun soyadında bir değişiklik meydana gelmez.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Özen, s. 173.

<sup>21</sup> Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, Arıkan Kitabevi, İstanbul 2006, s. 144.

<sup>22</sup> Anne babanın çocuğun soyadı konusunda anlaşmazlık yaşamaları halinde, bazı hukuk düzenlerinde kura usulü tercih edilmektedir. Kura usulünde eşlerden birinin kayırılması söz konusu olmaz. Daha detaylı bilgi için bkz. Haluk N. Nomer, "Avrupa Birliğinde Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, C. 22, S. 2, İstanbul 2002, s. 449.

<sup>23</sup> Özen, s. 182; Emine Akyüz, *Çocuk Hukuku*, 7. Bası, Pegem Akademi, İstanbul 2020, s. 121; Dursun, s. 23.

Türk Hukukunda, boşanma kararından sonra çocuğun velayetine sahip annenin çocuğu ile farklı soyadları taşımasının yarattığı sorunlar gerekçe gösterilerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yoluyla başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi, çocuğun soyadını belirleme hakkının velayet hakkı kapsamında olduğuna ve velayeti kendisine verilen ebeveynin çocuğun soyadını kendi soyadı ile değiştirebileceğine karar vermiştir.<sup>24</sup> Ayrıca Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında annenin talebinin reddine ilişkin yargısal kararın, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8'de ve Anayasa m. 20'de güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkına, Anayasa m. 10 eşitlik ilkesine müdahale oluşturduğunu da belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra Yargıtay da annenin velayeti altında bulunan çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirebileceği yönünde karar vermiştir.<sup>25</sup> Ancak Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda da çocuk, soyadını velayete bağlı olarak değil, soybağına bağlı olarak kazanmaktadır. Bu bağlamda, velayetin değişmesi çocuğun soyadının değişmesi sonucunu doğurmamalıdır.<sup>26</sup> Şöyle ki, evlilik birliğinin sona ermesi halinde, velayete sahip ebeveyn ile çocuğun aynı soyadı taşımaması durumu her ne kadar sorunlara yol açsa da, bu sonuç çocuğun soyadının yasal düzenlemelere uygunsuz bir şekilde velayete bağlı olarak değiştirilmesine sebep olmamalıdır.<sup>27</sup> Ayrıca, Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda da velayet değişikliği mümkündür ve her velayet değişikliğinde çocuğun soyadının da bundan etkilenmesi uygun değildir.<sup>28</sup> Diğer taraftan, boşanma kararından sonra velayete

<sup>24</sup> AY Mahkemesi, 2013/3434, 25.06.2015. (<https://hukukturk.com/anayasa-mahkemesi-kararlari-bireysel-basvurular?q=hayriye+%c3%b6zdemir> Erişim Tarihi: 06.03.2022).

<sup>25</sup> Yargıtay 2. HD, 2018/1306, 2018/4719 09.04.2018 sayılı kararı için bkz. (<https://www.hukukturk.com/yargitaykararlari?EsasNo1=2018&EsasNo2=1306> Erişim Tarihi:11.03.2022).

<sup>26</sup> Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 16, S. 4, s. 57; Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 14; Başak Başaoğlu, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi *Dergisi*, Malatya 2017, C. 8, S. 1, s. 360.

<sup>27</sup> Emine Koçano Rodoslu, "Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Hukukî Tartışmalar ve Yargı Uygulaması", Elif Hatun Onal Kılıçbeyli (ed.) *ISPEC 5th International Conference on Social Sciences & Humanities*, ISPEC Publishing House 2020, s. 149 vd.; Ergene, s. 138 vd.

<sup>28</sup> Başoğlu, s. 366.

sahip anne ile çocuğun aynı soyadı taşımamasının çocuğun menfaatine aykırı olup olmadığının her somut olayda araştırılmasının ve çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda TMK m. 27'ye dayanılarak haklı sebeple soyadının değiştirilebileceğinin kabulü gereklidir.<sup>29</sup> Bu bağlamda çocuğun soyadının velayete bağlı olarak değişmesi ile velayete sahip anne ile çocuğun farklı soyadları taşımaları durumunda çocuğun menfaatinin zedelenmesi sebebiyle TMK m. 27'ye dayanılarak soyadı değişikliğine gidilmesi durumları tamamen birbirinden farklıdır.

Soybağının reddi,<sup>30</sup> tanınmanın iptali,<sup>31</sup> evlât edinme hallerinde de çocuğun soyadı kendiliğinden değişmektedir.<sup>32</sup> Ebeveynler, babanın soyadının aile soyadı olacağını kararlaştırmışlarsa, ki uygulamada genellikle bu böyledir ve baba evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soybağını reddetmişse, çocuğun soyadı kendiliğinden değişecektir. Evlilik Dışı Çocuklar Yasası m. 7 bent 1'de "... babanın kayıt altına alınmadığı durumlarda çocuk annenin soyadını taşır" hükmü gereğince çocuk annesinin soyadını alacaktır.

Çocuğun soyadını taşıdığı ebeveyni, TCSKY m. 13'e göre haklı sebeple soyadını değiştirdiği takdirde, ergin olmayan çocuğun soyadı da ona bağlı olarak kendiliğinden değişecektir.<sup>33</sup> Ancak, çocuk on sekiz yaşını doldurduğu takdirde Aile Yasası m. 35 bent 5'e göre mahkemeye başvurarak soyadını değiştirebilir.

## 2. Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuğun Soyadı

KKTC Hukukunda, evlilik birliği dışında doğan çocuklarla ilgili 21/2021 sayılı "Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Yasası" (EDDÇY) 258 sayılı ve 26.11.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.<sup>34</sup> Sözü geçen Yasa, çağdışı kalmış olan Fasil 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nı yürürlükten kaldırmıştır. Yürürlükten kaldırılan

<sup>29</sup> Akyüz, s. 23; Başoğlu, s. 361.

<sup>30</sup> KKTC Hukukunda soybağının reddi Aile Yasası m. 40'ta hükme bağlanmıştır.

<sup>31</sup> KKTC Hukukunda tanınmanın iptali kurumu düzenlenmemiştir.

<sup>32</sup> Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 771; Özen, s. 182; Akyüz, s.121.

<sup>33</sup> Serozan, s. 771; Akyüz, s.123; Özen, s.183.

<sup>34</sup> Yasa metni için bkz. (<https://basimevi.gov.ct.tr/Portals/6/2021/258.pdf?ver=2021-11-23-092916-560> Erişim Tarihi: 10.03.2022).

Yasa'da evlilik birliği dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktaydı. Anılan Yasa'ya göre, çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin kurulması sadece şu yollarla mümkündür: Evlilik birliği dışında doğan çocuğun ana ve babasının sonradan evlenmesiyle, babanın mahkemeye başvurarak çocuk ile arasında soybağı ilişkisi kurulmasını talep etmesiyle ve babanın vasiyetname düzenleyerek çocuğu tanınmasıyla baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulabilmekteydi (önceki EDÇY m. 4, 6). Sayılan bu haller dışında, evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesinin veya çocuğun, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını talep edebileceği herhangi bir düzenleme yoktu. Ancak anne, babanın çocuğun bakım giderlerine katkıda bulunması için mahkemeye başvurabilmekteydi (önceki EDÇY m. 8, 9). Mahkeme kararı ile baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulduğu takdirde, çocuğun babasının soyadını alıp almayacağı ile ilgili Yasa'da herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu yüzden Yasa'nın, evlilik birliği içerisinde doğan ve evlilik birliği dışında doğan çocuklar arasında ayrımcılık yarattığı aşikârdı.<sup>35</sup> Halbuki soybağı, çocuğun kişiliğinin ve kimliğinin önemli bir parçası olup, soybağı bilinmeyen çocuğun, özellikle nafaka, ad, miras, vatandaşlık ile yerleşim yeri konularında kimlik ve kişilik hakları korunamaz.<sup>36</sup>

26.11.2021 tarihinde yürürlüğe giren EDDÇY m. 5'e göre, evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesi ile kendisini babası olarak kabul eden kişinin, doğumdan itibaren bir yıl içerisinde yetkili makama birlikte başvurarak baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayabilecekleri düzenlenmiştir. Ayrıca aynı hükme göre, anne, baba veya çocuktan herhangi birinin mahkemeye başvurarak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması talebinde bulunabilecekleri hükme bağlanmıştır. EDDÇY m. 5 bent 3'te baba ile çocuk arasında soybağının belirlenmesi ile ilgili karar verirken Mahkeme'nin,

<sup>35</sup> 1914 tarihinden itibaren İngiliz sömürge yönetimi, Adadaki varlığını kalıcı kılmak için bazı hukuki ve idari düzenlemeler yapmıştır. Konumuz bağlamında incelediğimiz Fasil 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası ve Evlât Edinme Yasası bu düzenlemeler arasında yer almaktadır. Adı geçen Yasalardan Fasil 278, 13 Kasım 2021 tarihine kadar; Evlât Edinme Yasası hala daha KKTC'de yürürlüktedir. Güney Kıbrıs'ta ise aile hukuku alanında 1990 yılında köklü değişiklikler yapılmış ve çağ dışı olarak nitelendirilebilecek bu yasal düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nicolau, s. 121, 128.

<sup>36</sup> Akyüz, s.137.



özellikle çocuğun haklarını, menfaatini ve güvenliğini dikkate alması gerektiği düzenlenmiştir.

EDDÇY m. 7 bent 1'e göre, "Evlilik dışında doğan çocuğun doğum kaydı için yalnızca annenin başvurduğu veya babanın kayıt altına alınmadığı durumlarda çocuk annesinin soyadını taşır". Bu bağlamda, evlilik birliği dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı kurulmadığı takdirde çocuk annenin soyadını alır.

EDDÇY m. 7 bent 2'ye göre, "Evlilik dışında doğan çocuğun doğum kaydı için anne ve babanın birlikte başvurduğu veya babanın kayıt altına alındığı durumlarda;

(A) Anne ve babanın soyadı konusunda uzlaşması halinde, uzlaşmaya göre çocuk anne veya babanın yalnızca birisinin veya her ikisinin soyadını alabilir.

(B) Anne ve babanın soyadı konusunda uzlaşma sağlayamadığı halde, çocuk anne ve babasının her ikisinin soyadını alır.

(C) Çocuğun iki soyadı olacağı durumlarda, önce annenin sonra babanın soyadı olmak üzere kayıt yapılır".

(Ç) Bir çocuğun anne veya babasının birden fazla soyadı olması durumunda, anne veya baba kendi seçeceği soyadını çocuğa verir ve bu soyadları, önce ana sonra baba soyadı olarak kaydedilir. Böyle bir durumda her çocuğun en fazla iki soyadı olabilir.

(D) On sekiz yaşını bitiren her çocuğun, Mahkemeye başvurarak anne veya babasının birinin veya ikisinin soyadı olacak şekilde soyadı değiştirme ve/veya soyadı alma hakkı vardır".

EDDÇY geçici madde 1'de, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce doğan çocukların da bu Yasa hükümlerine tâbi olacakları düzenlenmiştir. Diğer taraftan EDDÇY geçici madde 2'de ise, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce doğum kaydı yapmış olan evlilik dışı doğmuş çocukların soyadlarında Yasa'nın 7. maddesine dayanılarak değişiklik yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

2021 yılında Evlilik Birliği Dışında Doğan Çocuklar Yasası'nın getirdiği düzenlemeler ile birlikte artık KKTC Hukukunda evlilik birliği dışında doğan çocuğun ve evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soyadının belirlenmesi konusunda ayrımcılık yaratan düzenlemeler



ortadan kaldırılmıştır.<sup>37</sup> Böylelikle evlilik dışında doğan çocuğun soyadının belirlenmesi ile ilgili yasal düzenlemeler hem KKTC Anayasası m. 8’de düzenlenen eşitlik ilkesine hem de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne (BMÇHS) uygun hâle getirilmiştir.<sup>38</sup> BMÇHS m. 2’de hiçbir şekilde çocuklar arasında ayrımcılık yapılmaması, m. 3’te çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı ilkesinin esas tutulması ve m. 7’de çocuğun doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi ve doğumdan itibaren ad hakkına, bir vatandaşlık kazanma ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olması gerektiği hükme bağlanmıştır.

## B. Evlenme Yoluyla

Evlilik birliği kurulduktan sonra eşlerin soyadının belirlenmesinde hukuk düzenlerinde şu iki ilkedden biri benimsenir: Birincisi eşlerin ortak bir aile adına sahip olmasını esas alan “*aile adında birlik ilkesi*”; ikincisi kişinin doğumla kazanılan soyadının ölene kadar değişmeyeceğini benimseyen “*soyadının değişmezliği ilkesi*” dir.<sup>39</sup>

Eşler anlaşarak herhangi birinin soyadını aile soyadı olarak belirleyebilecekleri gibi, kendi soyadlarından farklı bir aile adı belirlemeleri ve bu aile adını çocuklarına vermeleri de mümkündür.<sup>40</sup> Eşlerin ve çocukların aynı soyadı taşımaları durumunda ya da eşlerin farklı soyadları taşımalarına rağmen çocukları için aynı soyadı öngörmeleri durumunda, belirlenen soyadı “*aile soyadı*” olarak adlandırılmaktadır.<sup>41</sup> Aile adında birlik ilkesi benimsendiği takdirde, ortak aile adının aile bütünlüğünün sağlanmasında önemli rol oynayacağı, aynı aile adını taşıyan eşler ve çocuklar arasındaki bağın daha güçlü olacağı ifade edilmektedir.<sup>42</sup>

<sup>37</sup> Bkz. yuk. II, A, 1.

<sup>38</sup> 6/1996 sayılı Yasa ile BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’yi onaylayıp iç hukukun bir parçası haline getirmiştir.

<sup>39</sup> Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, “Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, İstanbul 2014, C. 3, S. 5 s.13.

<sup>40</sup> Ergene, s.138.

<sup>41</sup> Farklı hukuk düzenlerinde aile soyadı ile ilgili düzenlemeler için bkz. Ayan, s. 23 vd.; Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu Kadının Soyadı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, C. 25 S. 99, s. 248 vd.

<sup>42</sup> Serap Helvacı/Gediz Kocabaş, “Fransız, Alman, Türk ve İsviçre Hukuklarında

Eşlerin ortak aile soyadı kullanması bazı hukuk düzenlerinde<sup>43</sup> zorunlu tutulmuş iken, bazı hukuk düzenlerinde<sup>44</sup> bu zorunluluk yoktur. Eşlere ortak aile soyadı belirleme zorunluluğu getiren hukuk düzenlerinin bazılarında,<sup>45</sup> yasa gereği kocanın soyadı ortak aile soyadı kabul edilmekte, bazılarında<sup>46</sup> ise eşlere ortak aile soyadını belirleme konusunda tercih hakkı verilmektedir.<sup>47</sup>

KKTC Hukukunda, eşlerin soyadının belirlenmesi ile ilgili yasal düzenlemelerin açıklanmasından önce bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) tutumuna, Birleşmiş Milletler (BM) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37 sayılı ve 27 Eylül 1978 tarihli Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı'na kısaca değinilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS)<sup>48</sup> kişilerin adlar ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, AİHM içtihatlarında özellikle evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarının AİHS m. 8'de düzenlenen özel hayatın korunması kapsamında değerlendirilebileceği vurgulanmaktadır. AİHM'de kadının soyadı ile ilgili ilk dava

---

Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, İstanbul 2015, C. 21, S. 2, s. 637; Ergene, s. 139.

<sup>43</sup> Örneğin, Türk Hukukunda Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 187 gereğince eşlerin ortak aile soyadı taşımaları zorunludur. Yılmaz ve Çavuşoğlu'na göre, soyadı kamu düzenindedir. Bu yüzden, geleneklerin devam ettirilmesi için ailenin ortak bir soyadı ile temsil edilmesi gerekir. Ayrıca yazarlara göre, aile kütüklerinin düzgün tutulabilmesi ve kişinin soyunu öğrenebilmesi için eşlerin ortak soyadı belirlemeleri zorunludur. Ancak, hukuk devleti ilkesi gereği ortak soyadı belirleme konusunda her iki eşe de hak tanınmalıdır. Bkz. Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 25, 26.

<sup>44</sup> Örneğin, 01.01.2013 tarihinden itibaren İsviçre'de eşlerin ortak aile soyadı taşıması zorunluluğu yoktur. İsviçre'deki düzenleme için bkz. dn. 38. Ayrıca, Almanya'da, Avusturya'da, Belçika'da, Büyük Britanya'da, Danimarka'da, Finlandiya'da, Fransa'da, Hollanda'da, İrlanda'da, İsveç'te, İtalya'da, Lüksemburg'da, Portekiz'de ve Yunanistan'da kadının ve çocuğun soyadı ile ilgili düzenlemeler için bkz. Nomer, s. 424 vd.

<sup>45</sup> Türk Hukukunda TMK m. 187'de kocanın soyadı aile soyadı olarak kabul edilmiştir.

<sup>46</sup> KKTC'de 34/2015 sayılı Yasa değişikliğine kadar, 1/1998 sayılı Yasa m. 35 (1)'de, ailenin ortak zorunlu soyadını belirlemeleri konusunda eşlere tercih hakkı tanınmaktaydı.

<sup>47</sup> Yılmaz/Çavuşoğlu, s. 23.

<sup>48</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kıbrıs Cumhuriyeti döneminde 1962 tarihinde 39/62 sayılı Yasa ile iç hukukun bir parçası haline getirilmiştir. KKTC Anayasası m. 90 (5) gereğince, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar yasa hükmündedir.

İsviçre aleyhine Burghartz'ın açmış olduğu davadır.<sup>49</sup> O dönemde yürürlükte olan İsviçre Medeni Kanunu (İMK) m. 160'a göre, kocanın soyadı, aile soyadı olarak kabul edilmekteydi. İMK m. 30/II' de ise, "dik-kate değer bir sebep" olması halinde eşler evlenmeden önce, yerleşim yerinin bulunduğu kantonun hükümetine, birlikte dilekçe vermek suretiyle, kadının soyadını kullanmak istediklerini beyan edebilirlerdi. Eşlerin evlendikten sonra kadının soyadını kullanmaları üzerine, erkeğin kendi soyadını aile adının önüne eklemesi yasal olarak mümkün değildi. Konu İsviçre Federal Mahkemesi'nin önüne gitmiş ve Mahkeme aile soyadı önünde kendi soyadını kullanmak isteyen erkek eşin talebini reddetmiştir. Bunun üzerine konu AİHM'e taşınmış ve söz konusu düzenlemenin AİHS m. 14'te düzenlenen ayrımcılık yasağına ve m. 8'de düzenlenen özel hayatın korunmasına ilişkin insan haklarına aykırı olduğu iddia edilmiştir. İsviçre ise bu düzenleme ile aile birliğini koruma amacı güttüğünü ve gelenekler ile kopma yaşanmasının önüne geçmek için eşler arasında aile adının seçimine ilişkin mutlak bir eşitliğe rıza göstermediği savunmasını yapmıştır. Ancak AİHM bu davada, İsviçre'nin savunmasını kabul etmemiştir.<sup>50</sup>

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37 sayılı ve 27 Eylül 1978 tarihli Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı m. 6'da Avrupa Konseyi aile adı ile ilgili üye ülkelere çeşitli önerilerde bulunmuştur. Bu karara göre eş, diğer eş ile anlaşarak özellikle eşlerden birinin soyadının ya da eşlerin soyadlarının birleşiminin veyahut eşlerin soyadlarından farklı bir adın, aile adı olarak seçilmesi; eşlerin her bi-

<sup>49</sup> Bkz. (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57865%22%5D%7D>) Erişim Tarihi:10.03.2022).

<sup>50</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, "Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art. 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht Das Eherecht" Heinz Hausheer (ed.) BK- Berner Kommentar Band/Nr II/1/2, Stämpfli Verlag, AG 1999 s. 107 (<https://www.swisslex.ch/de/biblio/commentaries> Erişim Tarihi:12.03.2022). Nitekim İMK'nda 30.09.2011 tarihinde aile adına ilişkin yeni bir düzenleme yapılmış ve 01.01.2013 tarihinde İMK m. 160 yürürlüğe girmiştir. Yapılan düzenlemeye göre, eşler kendi bekârlık soyadlarını kullanabilecekleri gibi, kadının veya erkeğin bekârlık soyadını aile soyadı olarak belirleyebilirler. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ursula Schmid, "ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch" Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser (edr.) OFK- Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Orell Füssli Verlag AG 2016, s. 310 vd. (<https://www.swisslex.ch/de/biblio/commentaries> Erişim Tarihi:30.12.2021).; Ergene, s.150 vd.; Beşir Acabey, "Türk Hukukunda Aile Adı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, C. 19 (Özel Sayı), s. 501.

rinin evlilik öncesindeki soyadını taşımaya devam etmesi; eşlerin soyadlarının birleşiminden meydana gelen bir aile adının oluşturulmasının kanun tarafından öngörülmesi mümkün olmalıdır.<sup>51</sup>

BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16/I'de taraf devletlerin evlilik ve aile ilişkileri ile ilgili bütün konularda kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılması için gerekli her türlü tedbiri almaları öngörülmüştür. Ayrıca aynı maddenin g bendinde, aile adının belirlenmesinde eşlere eşit haklar tanınması gerektiği hususu yer almaktadır.<sup>52</sup>

KKTC Hukukunda, eşlerin anlaşarak herhangi birinin soyadını aile soyadı olarak belirlemeleri mümkündür.<sup>53</sup> Bu durumda bekârlık soyadı aile soyadı olmayan eş, dilerse bekârlık soyadını aile soyadı önünde kullanabilir (Aile Yasası m. 35 bent 1). Eşler aile soyadı konusunda anlaşamazlarsa, evlenme bildirimi sırasında bekârlık soyadlarını taşıyacaklarına ilişkin bir beyanname imzalayarak, evlendikten sonra bekârlık soyadlarını kullanmaya devam edebilirler (Aile Yasası m. 35 bent 2).

Evlilik birliği boşanma ile sona erdiği takdirde, taraflar boşanma hükmünü Nüfus Kayıt Dairesi'ne sunarak bekârlık soyadına geri dönebilirler. Bunun yanı sıra taraflar, herhangi bir işlem yapmaksızın aile soyadını kullanmaya devam edebilirler. Ancak bu durumda diğer tarafın aile soyadının kullanılmasına itiraz etme hakkının saklı olduğu Aile Yasası m. 35 bent 6 A'da hükme bağlanmıştır.<sup>54</sup>

Evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde, sağ kalan taraf herhangi bir işlem yapmaya gerek kalmaksızın aile soyadını kullanmaya

<sup>51</sup> Karar için bkz. (<https://rm.coe.int/09000016804e8e9e> Erişim Tarihi:20.04.2022).

<sup>52</sup> KKTC, BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni 1996 yılında onaylamıştır. Türkiye Cumhuriyeti 24.7.1985 tarih ve 85/9722 sayılı kararlarla sözleşmeyi onayladı ve sözleşme 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlandı. Bkz. (KadınlaraKarsiAyrımciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf Erişim Tarihi:10.03.2022). Türkiye, Sözleşme'nin 15/II, IV; 16/I c, d, f, g maddelerine çekince koymuştur. Ayrıca bkz. Nomer, s. 422.

<sup>53</sup> Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası m. 7'de soyadı seçme hakkı hükme bağlanmıştır. Ancak anılan hüküm 1/1998 sayılı Aile Yasası m. 35 ile örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

<sup>54</sup> 5/2019 sayılı Yasa ile düzenleme getirilinceye kadar boşanmayla ve ölümle evliliğin son bulması hallerinde eşlerin ve çocukların soyadlarına ilişkin Yasa'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 2019 yılında 1/1998 sayılı Aile Yasası m. 35 bent 6 A, B ve C'de konu yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

devam edebileceği gibi, ölüm belgesi ile birlikte Nüfus Kayıt Dairesi'ne başvurarak bekârlık soyadını kullanmak istediğini beyan edebilir (Aile Yasası m. 35 bent 6 B).

2015 tarihinde Aile Yasası'nda yapılan değişikliğe kadar, eşlerin ortak zorunlu aile soyadı taşımaları gerekmele birlikte, ortak soyadı olarak eşlerden birinin soyadının tercih edilmesi mümkündür. 2015 yılında yapılan değişiklik ile birlikte, ortak aile soyadı belirleme zorunluluğu kaldırılmış; evlilik gerçekleşikten sonra eşler arzu ettikleri takdirde herhangi birinin soyadını aile soyadı olarak belirleyebilecekleri gibi, ortak aile soyadı belirlemeyip kendi bekârlık soyadlarını kullanmaya devam edebilirler. Yapılan bu düzenlemeyle birlikte KKTC Hukukunda, aile soyadında birlik ilkesinin kısmen terk edildiği ifade edilebilir. Böylelikle KKTC Anayasası m. 8'de düzenlenen eşitlik ilkesine, m. 14'te düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ve yukarıda değindiğimiz uluslararası belgelerde yer alan ilkelere uygun bir düzenleme yapılmıştır.<sup>55</sup>

<sup>55</sup> Türk Medeni Kanunu'nda 2002 tarihinde yapılan değişikliklerle birlikte, kadın erkek eşitliği benimsenmiş olmasına rağmen, soyadı konusunda kanun koyucu çeşitli toplumsal nedenlerden ötürü erkeğe üstünlük tanımayı tercih etmiştir. TMK m. 187'de kocanın soyadı ortak aile soyadı olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan TMK m. 173/I'e göre, evliliği boşanma kararı ile sona eren kadın evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Türk Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeler karşısında, evlenmekle soyadı değişen kadın, evlilik devam ederken (kocasının soyadının değişmesi durumunda kadının da soyadı değişecektir) ve boşanma durumunda yeniden soyadını değiştirmek zorunda kalmaktadır. Türk Medeni Kanunu'ndaki bu hükümler emredici nitelikte olduğundan taraflar isteseler dahi bu hükümlerin aksini kararlaştırıp kadının soyadının aile soyadı olarak belirleyemezler. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Öztan, s. 431; Nomer, s. 421 vd.

TMK m. 187 hükmü gerekçe gösterilerek, 1995 yılında Ayten Ünal Tekeli Türkiye aleyhine AİHM'e başvuruda bulunmuştur. Bu davada Mahkeme, AİHS m. 8 ve 14'ün ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir. Karar için bkz. Ünal Tekeli v TC (2004) 29865/96 (<https://www.hukukturk.com/aihm-turkiye-kararlari?q=ayten+c3%bcnal+tekeli> Erişim Tarihi:24.01.2022). Türk Hukukunda 23.09.2011 tarihinden itibaren Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kabul edildiğinden, bu tarihten itibaren ancak bu yol tüketildikten sonra AİHM'e gidilebilir. TMK m. 187'nin uygulanması nedeniyle ilk kez 21 Mart 2013 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu ile gidilmiştir. Anayasa Mahkemesi, TMK m. 187'ye dayanan uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğuna karar vermiştir. Karar için bkz. Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013, (<https://www.hukukturk.com/anayasa-mahkemesi-kararlari-bireysel-basvurulur?q=sevim+akat+e+c5%9fki> Erişim Tarihi: 24.03.2022). Ayrıca bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 26 vd.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları sübjektif kararlar olduğun-

### C. Evlât Edinme Yoluyla

Evlât edinme kurumu ile çocuk sahibi olmayan kişilere çocuk sevgisini tattırmak ve aynı zamanda bu kişilerin soyadlarını devam ettirmeleri ile mirasçı bırakabilmelerini sağlamanın yanı sıra en önemlisi evlilik birliği dışında doğan çocukların aile ilişkisi içinde bakımlarının ve yetiştirilmelerinin sağlanmasının amaçlandığı ifade edilmektedir.<sup>56</sup> Günümüzde yaşanan sosyal değişimler ve yasal düzenlemelerle birlikte pek çok ülkede evlât edinmeye ilişkin yasaların revize edilmesi gündeme gelmiştir.<sup>57</sup> Revize edilen düzenlemelerden birisi de Avrupa Konseyi tarafından 27 Kasım 2008 tarihinde kabul edilen “Çocukların Evlât Edinilmesine İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (revize edilmiş)”dir.<sup>58</sup> Bu sözleşmede, evlât edinme ile ilgili karar verilirken çocukların üstün yararının her zaman diğer tüm düşüncelerin önünde yer alması prensibinin benimsenmesi gereğinin altı çizilmiştir.<sup>59</sup>

KKTC Hukukunda evlât edinmeye ilişkin kurallar Fasıllık 274 Evlât Edinme Yasası’nda (EEY) hükme bağlanmıştır.<sup>60</sup> Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda ergin ve kısıtlıların evlât edinilmesi mümkün değildir. KKTC Hukukunda EEY m. 3’e göre, küçüklerin birlikte veya tek başına evlât edinilmesi mümkündür. EEY m. 4 bent 1’de, yirmi beş yaşını dolduran ve küçükten en az on sekiz yaş büyük olan kişinin tek başına evlât edinmek için başvuruda bulunabileceği düzenlenmiştir.<sup>61</sup> Söz konusu Yasa’ya göre eşlerin, kural olarak birlikte evlât

---

dan, herkesi bağlayıcı sonuçlar doğurmadığından, soyadı konusunda kadın erkek eşitliğinin sağlanması için TMK m. 187’deki düzenlemenin değiştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Tahmazoğlu Üzeltürk, s. 28.

<sup>56</sup> Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022, s. 322; Andreas Neoclaus, “Introduction to Cyprus Law”, Dennis Campbell (ed.), Yorkhill Law Publishing 2000, s. 679 ([http://www.uniset.ca/microstates2/cy\\_introduction-a-la-loi-chyprienne-anglais-2059.pdf](http://www.uniset.ca/microstates2/cy_introduction-a-la-loi-chyprienne-anglais-2059.pdf) Erişim Tarihi: 20.02.2022).

<sup>57</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Canan Yılmaz, “Evlât Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler”, Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (edr.), Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları İle Uyumlaştırılması, Ankara 2021, s. 127 vd.

<sup>58</sup> (CETS 202- European Convention on the Adoption of Children (Revised) (coe.int) Erişim Tarihi:10.03.2022).

<sup>59</sup> Yılmaz, s. 128.

<sup>60</sup> Çocukların Evlât Edinilmesi Yasası, Kanun Numarası:36/1954 Kabul Tarihi:16.07.1954.

<sup>61</sup> EEY m. 4 bent 2’ye göre “Kız olan bir küçük ile ilgili olarak, Mahkemece, özel bir önlem olarak evlât edinme emri verilmesini haklı gösteren özel koşullar bulun-



edinmesi mümkündür.<sup>62</sup> Ancak EY m. 5 bent 2'ye göre "Mahkeme, rızasından sarfı nazar edilecek olan kişinin, bulunmadığından veya rızasını vermektен aciz olduğundan veya eşler ayrıldıklarından ve ayrı yaşadıklarından ve ayrılığın daimi olacağı görüldüğünden tatmin olursa, evlât edinme emri verilmesi ile ilgili bir başvuru sahibinin eşinin rızasından sarfı nazar edebilir". Bu hükümde sayılan istisnai durumlarda eşlerin tek başına evlât edinmesi mümkündür. Evlât edinme başvurusunda bulunan eşlerden en az birinin yirmi beş yaşını doldurmuş olması ve küçük ile arasında on sekiz yaş fark bulunması gerekir. Diğer taraftan, hem tek başına evlât edinmede başvuran kişi ile küçük arasında hem de birlikte evlât edinmede eşlerden biri ile küçük arasında hısımlık ilişkisi bulunması halinde evlât edinecek kişinin yirmi bir yaşını doldurulması yeterli görülmüştür.

Evlât edinme kararı ile birlikte, evlât edinen veya edinenler çocuğun velayetine sahip olurlar (EY m. 10). Evlât edinilen küçüğün anne babasının evlâtlık üzerindeki hakları ve yükümlülükleri sona erer.<sup>63</sup> Ayrıca, evlât edinen ile evlât edinilen arasında mahkeme kararı ile yapay soybağı ilişkisi kurulmaktadır.<sup>64</sup> Bu bağlamda, evlât edinme işlemi ile soybağının kurulmasına bağlı sonuçlar doğmaktadır. Türk Hukukunda evlât edinme işlemi gerçekleştikten sonra, evlât edinilenin anne babasıyla arasındaki soybağı ilişkisinin kopmayacağı kabul edilmektedir.<sup>65</sup> Bu nedenle, evlât edinilen ile biyolojik anne babası arasında karşılıklı nafaka yükümlülüğü doğmakta ve aralarındaki mirasçılık ilişkisi devam etmektedir.<sup>66</sup> Ancak KKTC Hukukunda, evlât edinme işleminden sonra evlât edinilen ile biyolojik anne babası arasındaki soybağı ilişkisi kopar ve dolayısıyla evlât edinilen biyolojik anne babasına mirasçı olamaz (EY m. 11 bent 2 b).

KKTC Hukukunda, Evlât Edinme Yasası'nda evlât edinilen küçüğün soyadı ile ilgili herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Evlât

---

duğundan tatmin olmadıkça, erkek olan tek başvuru sahibi lehine, evlât edinme emri verilmez". Bu hükümde küçük kız çocuğunun, erkek olan bir kişi tarafından tek başına evlât edinilmesi sınırlandırılmıştır.

<sup>62</sup> Neoclous, s. 680.

<sup>63</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 345; Dursun, s. 65; Neoclous, s. 681.

<sup>64</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 321-322; Neoclous, s. 679-680.

<sup>65</sup> Dural/Öğüz/Gümüş, s. 345.

<sup>66</sup> Türk Hukukunda tam evlât edinme sisteminin benimsenmemesinin eleştirisi için bkz. Serozan, s.768.



edinmeye ilişkin mahkeme kararından sonra evlât edinen ile evlât edinilen arasında soybağı ilişkisi kurulduğundan ve küçüklerin soyadını kazanmaları soybağına bağlı olduğundan, evlât edinilen küçüğün evlât edinen kişi veya kişilerin soyadını alacağı ifade edilebilir (EEY m. 14 bent 2). Dolayısıyla, eşlerin birlikte evlât edinmesi durumunda, evlât edinilenin soyadı Aile Yasası hükümlerine göre belirlenmelidir.<sup>67</sup> Eşin tek başına evlât edindiği istisnai durumlarda, küçük evlât edinen eşin soyadını almalıdır.<sup>68</sup> Tek başına evlât edinmede ise küçük, evlât edinilenin soyadını alır.<sup>69</sup>

#### D. İdari Kararla

Soyadı seçme hakkını kullanmayanlar ile anası babası belli olmayan çocuklara soyadı verme yetkisinin kayıt memuruna ait olduğu TCSKY m. 12’de düzenlenmiştir. Dolayısıyla, soyadını seçme hakkını kullanmayanlar ile ana babası belli olmayan çocuklar idari kararlarla soyadını kazanmış olurlar.

#### E. Soyadı Seçme Yoluyla

TCSKY m. 7’de soyadının seçme yoluyla kazanılabileceği hükme bağlanılmış ve TCSKY m. 10 bent 2’de bu hakkın kullanımı Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmıştır. Diğer taraftan soyadı seçme hakkı kullanılırken, rütbe, memuriyet, yabancı ırk ve millet isimleri ile genel ahlâk kurallarına aykırı veya iğrenç ve gülünç adlar soyadı olarak alınmaz (TCSKY m. 5). Ayrıca Yasa’nın 6. maddesinde kardeşler ve erkek kardeş çocukları dışında hiç kimsenin Kıbrıs’ta doğmuş başka bir kişinin taşıdığı soyadını kullanamayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, bir kimsenin başka kişinin taşıdığı soyadını seçebilmesi için, bu kişinin Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce resmi veya gayri resmi işlemlerde bu soyadı kullandığı veya bu soyadı ile tanındığı konusunda kayıt memurunu inandırması gerekir (TCSKY m. 6 cümle 2).

<sup>67</sup> Bkz. yuk. II, B.

<sup>68</sup> Başoğlu, s. 368.

<sup>69</sup> Başoğlu, s. 368.

### III. Soyadının Değiştirilmesi

Ad, kamu düzeninden olduğundan adın değişmezliği ilkesi esastır.<sup>70</sup> Bu nedenle kişi taşıdığı öz adını ve soyadını dilediği zaman değiştiremez. Ancak, adın değişmeksizin devam etmesindeki toplumsal çıkar ile adın değiştirilmesindeki bireysel çıkar çatıştığında ve bireysel çıkar ağır bastığında haklı sebeplerle adın değiştirilmesi zorunluluğu doğabilir. Türk Hukukunda haklı sebeplerin varlığı halinde TMK m. 27’de adın değiştirilebileceği hükme bağlanmıştır. KKTC Hukukunda da kişinin ancak haklı (makul) sebeplerle mahkeme kararıyla soyadını değiştirebileceği TCSKY m. 13’te düzenlenmiştir.<sup>71</sup> Her iki hukuk düzeninde de makul sebeplerin bulunup bulunmadığını somut duruma şartlarını inceleyerek hâkim tayin ve takdir eder.<sup>72</sup>

KKTC Yargıtay kararlarına bakıldığında, kişinin toplum içerisinde bilinip tanındığı soyadını alması, kardeşlerin ve kardeş çocukları ile aynı soyadı taşımak istemesi gibi nedenler makul neden olarak sayılmaktadır.<sup>73</sup> Türk Hukukunda ise, çirkin, gülünç, manevi değerleri incitici adların haklı sebeple değiştirilebileceği kabul edilmektedir.<sup>74</sup> Ayrıca, bir kimsenin toplum tarafından olumsuz sıfatlarla damgalanmış olması halinde, onun soyadını yasa gereği taşıyan kişilerin de TMK m. 27’ye dayanarak haklı sebeple soyadlarını değiştirebilecekleri ifade edilmektedir.<sup>75</sup>

<sup>70</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 122.

<sup>71</sup> KKTC Hukukunda, öz adın değiştirilmesi ile ilgili düzenleme 2/1975 sayılı Doğum ve Ölümleri Kayıt Kanunu m 16’da yer almaktadır. Söz konusu hükümde öz ad değişikliği, doğumdan itibaren 12 ay içerisinde yapılabilmektedir. Bundan başka, aynı Yasa’nın 33. maddesi 2. bendine göre, öz adın yazılımındaki maddi hataları düzeltme herhangi bir süre kısıtlaması olmadan nüfus başyazmanı tarafından yapılabilir. Ancak KKTC Hukukunda, kişinin doğumundan itibaren 12 ay geçtikten sonra öz adını değiştirmesi mümkün değildir. Bu konu ile ilgili yasal boşluk bulunmaktadır.

<sup>72</sup> Aile Yasası geçici madde 1’e göre, Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte evli olan kişilerin Nüfus Kayıt Dairesi’ne başvuruda bulunarak soyadlarını değiştirebilecekleri öngörülmüştür. Ayrıca aynı maddenin 2. bendinde on sekiz yaşını tamamlamayan evlilik birliği içerisinde doğan çocuklar için de eşlerin Nüfus Kayıt Dairesi’ne başvurarak soyadı değişikliği yapabilecekleri düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün yürürlük süresi aynı maddenin 3. bendinde Değişiklik Yasası’nın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak üç yıl olarak belirlenmiştir.

<sup>73</sup> Yargıtay Aile, 3/2, 25.09.1992; Yargıtay Aile, 23/1, 20.05.1981; Yargıtay Aile, 8/4, 24.10.2013, (<https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx> Erişim Tarihi: 25.03.2022).

<sup>74</sup> Özen, s. 183.

<sup>75</sup> Özen, s. 183.

Türk Hukukunda yasal yoldan kazanılan soyadının sosyal gerçekliğe uygun olmadığı hallerde de soyadı değişikliği yoluna gidildiği ve böylelikle TMK m. 27'ye yeni bir işlev tanındığı kabul edilmektedir.<sup>76</sup> Özellikle boşanma kararından sonra velayete sahip anne ile çocuğun aynı soyadı taşımasının çocuğun menfaatine aykırı olması halinde, örneğin çocuğun sosyal hayatında veya okul hayatında güçlüklerle karşılaşması durumunda TMK m. 27'ye dayanılarak haklı sebeple soyadı değiştirilebilir.<sup>77</sup>

Boşanan veya dul kalan kadının yeniden evlenmesi durumunda, anne ile çocuk ve üvey babanın farklı soyadları taşımaları çocuğun o aileye kaynaşmasını engelleyebilir. Böyle bir durumda Türk Hukukunda, bu sorun üvey babanın çocuğu evlât edinmesi ve evlât edinme sonucunda çocuğa kendi soyadını vermesi yoluyla çözülebilir.<sup>78</sup> Ancak üvey babanın çocuğu evlât edinmemesi ve bu durumun çocuğun menfaatine aykırı olması halinde TMK m. 27'ye dayanılarak ad değiştirme davası ile çocuğun ciddi mağduriyetinin giderilebileceği kabul edilmektedir.

KKTC Hukukunda eşlerin anlaşarak annenin soyadını aile soyadı olarak belirlemeleri veya anlaşmamaları halinde çocuğa hem annenin hem de babanın soyadının verilmesi hallerinde, boşanma sonrasında anne ile çocuk aynı soyadı taşıyacağından soyadı değişikliğini gerektirecek bir durum doğmayacaktır. Ancak, eşler anlaşarak babanın soyadını aile soyadı olarak belirledikleri takdirde, boşanma sonucu kendisine velayet tanınan anne ile çocuk farklı soyadları taşımak durumunda kalır ve bu durum somut olayda çocuğun menfaatine aykırı olabilir. Böyle bir olasılıkta KKTC Hukukunda TCSKY m. 13'e dayanılarak çocuğun velayete sahip annesi ile farklı soyadları taşıması ve çocuğun velayeti altında bulunduğu ebeveyni ile aynı soyadı taşımak istemesi haklı sebep olarak değerlendirilmeli ve soyadı değişikliğine gidilebilmelidir.

TCSKY m. 13'te soyadının değiştirilmesi davalarında Aile Mahkemeleri görevli mahkeme olarak belirlenmiştir.<sup>79</sup> 9/76 sayılı Mahkeme-

<sup>76</sup> Özen, s. 183 vd.

<sup>77</sup> Akyüz, s. 123; Başoğlu, s. 361; Dursun, s. 63-64.

<sup>78</sup> Özen, s. 189.

<sup>79</sup> 9/76 sayılı Mahkemeler Yasası m. 34 bent 1'de kişi ve aile hukuku konuları ile

ler Yasası<sup>80</sup> m. 33'te soyadının değiştirilmesi davasında yetkili mahkeme kişinin yerleşim yeri mahkemesi olarak düzenlenmiştir.<sup>81</sup>

### Sonuç

KKTC Hukukunda soybağı yoluyla, evlenme yoluyla, evlât edinmeyle ve idari kararlar soyadının kazanılması mümkündür.

Evlilik birliği içerisinde doğan çocukların soyadı Aile Yasası'nda düzenlenmiştir. Eşlerden herhangi birinin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi halinde, çocuk belirlenen aile soyadını alır; eşlerin aile soyadı konusunda anlaşamamaları halinde her ikisi de bekârlık soyadını kullanır, bu durumda çocuğa önce ana sonra baba soyadı olmak üzere her iki eşin soyadı verilir.

Evlilik birliği dışında doğan çocuklarla ilgili 21/2021 sayılı "Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Yasası" çağdışı kalmış olan Fesil 278 "Evlilik Dışı Çocuklar Yasası"nı yürürlükten kaldırmıştır. Sözü geçen Yasa, evlilik birliği içerisinde doğan ve evlilik birliği dışında doğan çocuk arasında yasaya dayanan ayrımcılık içeren düzenlemeleri ortadan kaldırmıştır. Böylelikle, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hiçbir şekilde çocuklar arasında ayrımcılık yapılmaması, çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı ilkesinin esas tutulması ve çocuğun doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi ile doğumdan itibaren ad hakkına, bir vatandaşlık kazanma ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına (BMÇHS m. 2, 3, 7) sahip olması gerektiği ile ilgili hükümlere uygun düzenlemeler getirilmiştir.

2015 ve 2019 yıllarında Aile Yasası'nda yapılan değişiklikler ile aile soyadında birlik ilkesi kısmen terk edilmiştir. Yasa'da aile soyadının belirlenmesinde her iki eşe de söz hakkı tanınmış ve arzu etmeleri halinde eşlerin ortak aile soyadı belirlemeyip kendi bekârlık soyadlarını kullanmaları imkânı getirilmiştir. Böylelikle eşlerin soyadının

---

dini konular Aile Mahkemeleri'nin görevine giren hususlar olarak düzenlenmiştir. Ayrıca Yargıtay, 17.04.2006 tarihli kararında Aile Mahkemeleri'nin görev alanına giren Yasaları sınırlı bir şekilde saymıştır. 16/74 sayılı Türk Cemaati Soyadı Kuralı Yasası, sayılan bu yasalar arasında bulunmaktadır. Bkz. Yargıtay Aile, 1/2, 17.04.2006, Atalay, s. 108 vd.

<sup>80</sup> Mahkemeler Yasası, Kanun Numarası: 9/1976, Kabul Tarihi:18.04.1976, RG 25.

<sup>81</sup> Necatigil, s.15,16.

belirlenmesine ilişkin hükümler KKTC Anayasası m. 8’de düzenlenen eşitlik ilkesine, m. 14’te düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, BM Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı’na uygun hale getirilmiştir.

Türk Hukukunda olduğu gibi KKTC Hukukunda da haklı nedenlerle soyadı değişikliği mümkündür. Soyadı gülünç veya komik olan ya da toplum içerisinde tanınıp bilindiği soyadını taşımak isteyen kişi haklı nedenlerle değiştirme talebinde bulunabilir. Ayrıca, yasal yoldan kazanılan soyadının sosyal gerçekliğe uygun olmadığı hallerde de kişinin soyadı değişikliği yoluna gidebileceği kabul edilmektedir. Türk Hukukunda özellikle boşanma kararından sonra velayete sahip anne ile çocuğun aynı soyadı taşımasını çocuğun menfaatine aykırı olduğu hallerde bu yola başvurulduğu görülmektedir. KKTC Hukukunda ancak, eşler anlaşarak babanın soyadını aile soyadı olarak belirledikleri takdirde boşanma sonucu kendisine velayet tanınan anne ile çocuk farklı soyadları taşımak durumunda kalır ve bu durum somut olayda çocuğun menfaatine aykırı olursa haklı sebeple çocuğun soyadı değişikliğine gidilebileceği kabul edilmelidir.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Akyüz Emine, Çocuk Hukuku, 7. Bası, Pegem Akademi, İstanbul 2020.
- Atalay Hamdi, Türk Cemaati İstinaf Mahkemesi Yargıtay/Aile Hukuku Kararları, Lefkoşa1994.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 18. Bası, Filiz Kitabevi İstanbul 2017.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, 17. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.
- Dursun Esra, Türk Medeni Hukukunda Kadın ve Çocuğun Soyadı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Hausheer Heinz/Reusser Ruth/Geiser Thomas, “Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen Art 159-180 ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Familienrecht Das Eherecht”, Hausheer Heinz (ed.) BK- Berner Kommentar Band/Nr II/1/2, Stämpfli Verlag AG 1999 (<https://www.swisslex.ch/de/biblio/commentaries> ErişimTarihi:12.03.2022).

- Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, Arıkan Kitabevi, İstanbul 2006.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Hukuk, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Necatigil Zaim M., Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Anayasa ve Yönetim Hukukunun Esasları, 3. Bası, Işık Kitabevi, Lefkoşa 2015.
- Neoclaus Andreas, 'Introduction to Cyprus Law' in Dennis Campbell (ed), Yorkhill Law Publishing 2000 ([http://www.uniset.ca/microstates2/cy\\_introduction-a-la-loi-chyprienne-anglais-2059.pdf](http://www.uniset.ca/microstates2/cy_introduction-a-la-loi-chyprienne-anglais-2059.pdf) Erişim Tarihi:20.02.2022)
- Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Schmid Ursula, "ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch", Kren Kostkiewicz J, Wolf S, Amstutz M, Fankhauser R (edr.), OFK- Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Orell Füssli Verlag AG 2016 (<https://www.swisslex.ch/de/biblio/commentaries> ErişimTarihi:30.12.2021).

## Makaleler

- Akgün Sibel, "Atatürk İlke ve İnkılaplarının Kıbrıs'a ve Kıbrıs Türk Kadınlarına Yansımaları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, Ankara 2006, C. 22, S. 64, 65, 66, s. 415-436.
- Ayan Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2012, C. 16, S. 4, s. 19-90.
- Başoğlu Başak, "Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Malatya 2017, C. 8, S. 1, s. 351-378.
- Beşir Acabey, "Türk Hukukunda Aile Adı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İzmir 2017, C. 19 (Özel Sayı), s. 493-512.
- Dokuyan Sabit, "Soyadı Kanunu ve Kanun'un Uygulanma Süreci", *Tarih İncelemeleri Dergisi*, İzmir 2016, C. 31, S. 1, s. 129-166.
- Ergene Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, İstanbul 2011, C. 31, S. 2, s. 123-176.
- Helvacı Serap/Kocabaş Gediz, "Fransız, Alman, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kadının Soyadı", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Mehmet Akif Aydın'a Armağan, İstanbul 2015, C. 21, S. 2, s. 615-644.
- Koçano Rodoslu Emine, "Çocuğun Soyadına İlişkin Güncel Hukukî Tartışmalar ve Yargı Uygulaması", Onal Kılıçbeyli E H (ed.) *ISPEC 5th International Conference on Social Sciences & Humanities*, ISPEC Publishing House 2020, s. 145- 155.
- Moroğlu Nazan, Kadının Kimlik Sorunu "Kadının Soyadı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2012, C. 25, S. 99, s. 245-268.
- Nicolau Eliana, "Recent Developments in Family Law in Cyprus", *International Survey of Family Law*, 1996, s. 121-134 ([https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/intsfal3&div=12&start\\_page=121&collection=journals&set\\_as\\_cursor=0&men\\_tab=srchresults](https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/intsfal3&div=12&start_page=121&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults) Erişim tarihi:02.02.2022)

- Nomer Haluk N., "Avrupa Birliğinde Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, İstanbul 2002, s. 421-450.
- Özdemir Hayrunnisa, "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S. 3, s. 561-598.
- Özen Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, İstanbul 2010, C. 16, S. 3, 4, s. 171-194.
- Öztan Bilge, "Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu", Prof. Dr. H. Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, 421-439.
- Sampson Martha Hayes, "An Overview of Divorce Law in Cyprus: Modernization and Shortcomings", *Sri Lanka Journal of International Law*, 2005 100a-113 (<https://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?terms=An+Overview+of+Divorce+Law+in+Cyprus%3A+Modernization+and+Shortcomings&collection=all&searchtype=advanced&typea=text&tabfrom=&submit=Go&sendit=&all=true> Erişim Tarihi:01.02.2022).
- Serozan Rona, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan Ankara 2008, s. 759- 777.
- Tahmazoğlu Üzeltürk Sultan, "Ad ve Soyada İlişkin Kararlar Bireyin Kimlik Hakkı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, İstanbul 2014, C. 3, S. 5, s. 11-36.
- Turhan Turgut, "Tarihsel Bakış Açısıyla Kıbrıs Türk Hukuk Sistemi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2008, C. 57, S.2, S. 253-286.
- Yılmaz Canan, "Evlât Edinme Hukukunda Güncel Gelişmeler", Aslı Makaracı Başak, Seda Öktem Çevik, Gülen Sinem Tek (edr.), *Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Çocuk Hakları ile Uyumlaştırılması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 127-157.
- Yılmaz Süleyman/Çavuşoğlu Gökçe Filiz, "Soyadı Üzerine Güncel Hukuki Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2020, C. 24, S. 1, s. 3-30.

### İnternet Kaynakları

- CETS 202- European Convention on the Adoption of Children (Revised) (coe.int) Erişim Tarihi:10.03.2022.
- <https://www.ekrembugraekinci.com/article/?ID=159> Erişim Tarihi: 05.01.2022.
- <https://www.hukukturk.com/aihm-turkiye-kararlari?q=ayten+%c3%bcnal+tekeli> Erişim Tarihi:24.01.2022.
- <https://www.hukukturk.com/anayasa-mahkemesi-kararlari-bireysel-basvurular?q=sevim+akat+%c5%9fki> Erişim Tarihi:24.03.2022.
- <https://www.mahkemeler.net/cgi-bin/yenikararara3.aspx>
- KadinlaraKarsiAyrimciliginOnlenmesiSozlesmesi.pdf Erişim Tarihi:10.03.2022.



# YARGITAY DAİRELERİNİN KURUMSAL PERFORMANSININ PANEL VERİ ZAMAN SERİSİ ANALİZLERİ İLE İNCELENMESİ\*

## EXAMINATION OF THE INSTITUTIONAL PERFORMANCE OF JURISDICTIONS BY PANEL DATA TIME SERIES ANALYSIS

Murat KORKMAZ\*\*

Mükerrem ATALAY ORAL\*\*\*

Giray Saynur DERMAN\*\*\*\*

Hasan Basri KORUKLUOĞLU\*\*\*\*\*

Onur BAYKAN\*\*\*\*\*

Ayhan AYTAÇ\*\*\*\*\*

**Özet:** Gün geçtikçe büyüyen kamu sektörü ve artan nüfus vb. faktörler düşünüldüğünde kamu sektöründe iş yükünün her geçen gün arttığı bir gerçektir. Bu durum verimliliği, etkinliği ve kurumsal performansı etkilemektedir. Bu çalışmada Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı'nın genel ve daireler bazında karar alma hızları ile iş yükleri ele alınarak Yargıtay Dairelerinin kurumsal performansı belirlenmiştir. Yargıtay dairelerinin karar alma hızını incelemek için daireler bazında sonuçlanan ve devreden dosya sayıları ve dairelerin toplam iş yükündeki payları incelenmiş ve ilgili modellerin test edilmesi ve kullanılan değişkenlere ilişkin ampirik analizler, amaca uygun analiz programları kullanılarak yapılmıştır. Araştırma sonucunda Yargıtay dairelerinin başarısına etki eden en önemli bileşenin toplam dosya sayısındaki artışlar olduğu anlaşılmıştır. Devreden dosya sayısındaki azalmanın dairenin toplam başarısındaki artışta direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir. Ayrıca Yargıtay dairelerinin iş yüküne etki eden faktörler sonuçlandırılan dosya sayısı ve devreden dosya sayısı olarak belirlenmiştir. Devreden dosya sayısındaki artışın, sonuçlandırılan dosya sayısı kadar olmasa da toplam iş yükündeki değişimde direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir.

\* Bu yazı araştırma ve yayın etiğine uygundur.

\*\* Dr., muratkorkmaz@guvenplus.com.tr, ORCID: 0000-0001-7925-5142

\*\*\* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Elmalı Meslek Yüksekokulu, malayati@gmail.com, ORCID: 0000-0001-7960-1148

\*\*\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi İletişim Fakültesi, saynurb@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9339-7649

\*\*\*\*\* Av., hasanbasri@korukluoglu.av.tr, ORCID: 0000-0001-7198-3356

\*\*\*\*\* Av., av.onurbaykan@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3352-7186 Makalenin Gönderim Tarihi: 01.08.2022, Kabul Tarihi: 28.09.2022

**Anahtar Kelimeler:** Kurumsal Performans, İş Yükü, Etkinlik, Verimlilik, Etkililik

**Abstract:** Considering the growing public sector, increasing population etc., it is a fact that the workload in the public sector is increasing day by day. This affects productivity, efficiency and corporate performance. In this study, the institutional performance of the Court of Cassation Chambers was determined by considering the decision-making speed and workload of the Presidency of the Supreme Court of the Republic of Turkey in general and on the basis of departments. In order to examine the decision-making speed of the chambers of the Supreme Court, the number of files concluded and transferred on the basis of the chambers and the share of the chambers in the total workload were examined, and the testing of the relevant models and empirical analyses of the variables used were made using appropriate analysis programs. As a result of the research, it has been understood that the most important component affecting the success of the Supreme Court offices is the increase in the total number of files. It is thought that the decrease in the number of transferred files plays a direct role in the increase in the total success of the offices. In addition, the factors affecting the workload of the Supreme Court offices have been determined as the number of files that have been concluded and the number of files that have been transferred. It is thought that the increase in the number of transferred files, although not as much as the number of finalized files, directly plays a role in the change in the total workload.

**Keywords:** Corporate Performance, Workload, Efficiency, Productivity, Effectiveness

## 1. GİRİŞ VE KURAMSAL ÇERÇEVE

Örgütlerin yürüttüğü faaliyetlerin, fonksiyonlarının değerlendirilmesi, performansının ölçülmesi ve denetiminin yapılmasında tutumluluk, verimlilik, etkinlik, etkililik ve performans kavramları ön plana çıkmaktadır. Bu kavramlara dayalı ya da bu kavramlar üzerinden örgütlerin örgütsel etkililiği ve kurumsal performansı araştırılmakta ve analiz edilmektedir.<sup>1</sup>

Tutumluluk, amaca ulaşmak için gereğinden fazla harcama yapmama ya da kaynak kullanmamayı gerektiren rasyonel davranma şekli olarak ifade edilebilmektedir.<sup>2</sup> Verimlilik, olabildiği ölçüde en düşük

<sup>1</sup> Cevdet Zengin/Hidayet Taşdöven, "Emniyet Hizmetlerinde Verimlilik, Etkililik ve Performans: Teorik ve Pratik Perspektifler", Ed. Murat Gözübenli/Fatih M. Harmancı/İsmail Şahin, Güvenlik Sektöründe Stratejik Yönetim, Nobel Akademik Yayıncılık, 2015, s. 83.

<sup>2</sup> Berker Şerbetçi, "İşletmelerde Performans Yönetim Sistemleri ve Bir Uygulama", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi,

kaynak kullanımı ile en yüksek çıktı ve sonucu elde etmeye çalışmaktadır.<sup>3</sup> Çalışanların görevlerini “doğru bir şekilde” yerine getirip getirmediği verimliliği tanımlamaktadır.<sup>4</sup> Etkinlik, eldeki kaynakların en iyi şekilde kullanılarak hizmetlerin sunumunun yapılması olarak ifade edilebilir.<sup>5</sup> Örgütlerin ya da örgütlerin içindeki birimlerin etkinliği daha az kaynak kullanarak, çalışma yöntem ve teknikleri değiştirilerek ya da yenilikçi iş yapma ve çalışma biçimleri geliştirilerek sağlanabilmektedir.<sup>6</sup> Etkililik, örgütlerin, gerçekleştirdikleri faaliyetlerin sonucunda amaçlara ulaşma derecesini belirleyen bir performans boyutu olarak nitelendirilmektedir.<sup>7</sup> Bu kavramın görev ve iş performansı ile ilişkili olduğu belirtilmektedir. Görevlerini ya da faaliyetlerini yürütmesi için kendilerine ayrılan kaynakların çoğunu kullanarak, istenilen örgütsel çıktılara ve sonuçlara dönüşümünü sağlayan örgütler, etkili örgütler olarak görülmektedir.<sup>6</sup> Performans kavramı ise etkinlik, etkililik, verimlilik, amaca ulaşma derecesi gibi kavramlarla ilişkilendirilerek tanımlanmıştır. Cordero, performans, etkinlik ve etkililik kavramları ile açıklar. Etkililik, hedefe ulaşılıp ulaşılmadığının tespiti için verilerin ölçümünü, etkinlik ise kaynakların tümünü ifade etmektedir.<sup>8</sup> Özer’e göre (2009) performans, önceden belirlenmiş bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilen etkinlikler sonucunda elde edilenlerin nicelik ve/veya nitelik açısından belirlenmesi olarak tanımlanmaktadır.<sup>9</sup> Ayrıca performans kavramı, tutumluluk, verimlilik ve etkililik kavramlarının uygulamaya geçirilmiş hâli olarak görülmekte ve bu üç kavram üzerinden yükselmektedir. Bu kavramlar, bir kurumun ya da örgütün ve bağlı alt birimlerinin performansını belirleyen üç temel unsurdur.<sup>10</sup>

---

Bursa 2007.

<sup>3</sup> Zühal Akal, “İşletmelerde Performans Ölçüm ve Denetimi”, Ankara: Milli Prodüktivite Merkezi Yayınları, 2011.

<sup>4</sup> Zengin/Taşdöven, (2015), s. 85.

<sup>5</sup> Peter Gershon, “Releasing Resources to the Front Line: Independent Review of Public Sector Efficiency”, HM Treasury, London, 2004, s. 6.

<sup>6</sup> Wesley G. Skogan, “Efficiency And Effectiveness In Big-City Police Departments”, *Public Administration Review*, 1976, C. 36, S. 3, s. 278-286.

<sup>7</sup> Charles T. Horngren/George Foster/Srikant M. Datar, “Cost Accounting A Managerial Emphasis”, Tenth Edition, Prentice Hall International, Inc., London, 1999, s.229.

<sup>8</sup> Rene Cordero, “The Measurement of Innovation Performance in Firm: An Overview”, *Research Policy*, 1990, C. 19, S. 2, s. 185-192.

<sup>9</sup> M. Akif Özer, “Performans Yönetimi Uygulamalarında Performansın Ölçümü ve Değerlendirilmesi”, *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 73, s. 5.

<sup>10</sup> Zengin/Taşdöven, (2015), s. 85.

Emiroğlu (2006) araştırma çalışmasında siyasal ve kurumsal örgütlenmenin önemine vurgu yapmıştır.<sup>11</sup> Hukuk bir ülkenin ve toplumun en önemli örgütsel yapısını oluşturmaktadır. Bu yapının bozulması, işleyişi ile sistemindeki aksamaların meydana gelmesi birçok sorunun ortaya çıkmasına, geri dönüşü ve telafisi mümkün olmayan problemlerin yaşanmasına neden olacaktır.<sup>12</sup> Hukukun egemen olduğu ve hukuk sistemine bağlı yönetilen devletlerde, idarelerin denetimi ile işleyişi yargı denetimine tabidir. Bu nedenle hukukun üstünlüğü ile güvenilirliği önem arz etmektedir.<sup>13</sup> Hukukun işleyişinde ve idari yargılamanın usulüne ilişkin düzenlenen

2577 sayılı İYUK'un 27/2.maddesince bu durum yürütmenin durdurulması kararı ile açıklığa kavuşturulmuştur.

Yargının örgüt yapısındaki sistemsel bozulmalar beraberinde birçok sorunun ortaya çıkmasının en önemli nedenidir. Özellikle yargı kurumlarında yaşanan uzun yargılama süreci adalete duyulan güvenin azalmasına ya da tamamen ortadan kalkmasına neden olmaktadır. Bu durum toplum ile kamu kurumu olan hukuk müessesinin çatışmasına ya da güven algısının tamamen yok olmasına sebebiyet vermektedir.<sup>14</sup>

Yapılan çok sayıda çalışma sonuçlarına baktığımızda uzun yargılama süreci nedeniyle birçok mağduriyetin yaşandığı görülmektedir. Bu durum hem kamuya duyulan güveni hem de hukuk müessesinin güvenilirliğine zarar vermektedir. Oysaki hukuk müessesindeki ahenk ile sistemli işleyiş bu sorunların yaşanmamasını ya da çok az oranda sorunun ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Türk hukuk sistemindeki uzun yargılama sürecine bağlı olarak ortaya çıkan sorunların kamu adına da önemli uluslararası sorunların meydana gelmesine sebebi-

<sup>11</sup> Hüseyin Emiroğlu, "Uluslararası Siyasal Örgütlenme Modeli Oluşumunun Tarihsel Süreci ve Birleşmiş Milletler Örgütü (1941-1990)", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 2006, C. 2, S. 4, s. 1-34.

<sup>12</sup> Ahmet Talha Tetik, "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Telafisi Güç ya da İmkânsız Zarar Kavramı ve Uygulanmakla Etkisi Tüklenen İdari İşlemler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 11, S. 2: s. 708-723.

<sup>13</sup> Ahmet Talha Tetik, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerinde Denetimi İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 25, S. 2, s. 249-276.

<sup>14</sup> Serdar Güleler/İlknur Rabia Türkölmez, "'Yargı Kurumuna Güven' Yazını Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 2018, C. 4, S. 1, s. 49-59.

yet verdiği görülmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki artan dosya sayısı bu durumu doğrular niteliktedir.<sup>15</sup>

Anayasa Mahkemesi kararlarına baktığımızda son yıllarda özellikle adil yargılama ya da makul sürede yargılama hakkının ihlaline yönelik çok sayıda karar verildiği görülmektedir.<sup>16</sup> Ortaya çıkan bu sorunun en önemli nedenleri arasında yargı kurumlarının, mahkeme ve yargıçlarının sistematik olarak hareket etmemesi, kurumlar arası ilişkiler ile sürece yönelik işleyişin de sistem anlamında ciddi sorunlar barındırması bulunmaktadır.<sup>17</sup>

İş verimliliğinin artmasında en önemli faktörlerden birisi "Emek Etkinliği", emek etkinliği ise performans verimliliğinin artmasındaki en önemli faktörlerden birisidir.<sup>18</sup> Emek etkinliğine yönelik yapılan farklı bir araştırmada elde edilen veriler ile analiz sonuçları incelendiğinde emek etkinliğinin performans, verimlilik ve iş kalitesi üzerinde önemli bir etki yarattığı vurgulanmaktadır.<sup>19</sup> Bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları ile yargı kurumlarındaki iş yükünün fazla olması ya da artması, emek etkinliğinin azalmasına, iş kalitesi ve performans düzeyinin de düşmesine neden olmaktadır.<sup>20</sup> Yargı kararlarının uzaması, alınan kararların isabetsiz olması, yargı kurumları "mahkemelerin" aynı yöndeki dava ile dava dosyalarındaki farklılıkların meydana gelmesinin önemli nedenlerinden biri emek etkinliğinin pasif düzeyde olmasıdır.<sup>21</sup>

<sup>15</sup> Şahin İsmail, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S. 2019/1, s. 223-256.

<sup>16</sup> Sıla Tatlıdil, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 143, s. 9-50.

<sup>17</sup> Recai Akyel, "Yargısal Faaliyetlerin Yönetim Olgusu Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, S. 16, s. 1-37.

<sup>18</sup> Sabahaddin Zaim, "Çalışma Ekonomisi", 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997, s. 299.

<sup>19</sup> Faruk Taşçı, "Verimlilik Artışında Emek Etkinliği Üzerine Bir Yaklaşım: Ah-Me-T Modeli", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2011, S. 61, s. 177-199.

<sup>20</sup> Aynur Yıldırım/Mehmet Faysal Gökalp, "Gelişmiş Ülkelerde Kurumsal Yapı ve Uluslararası Rekabet Gücü İlişkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 31, S. 1, s. 1-34.

<sup>21</sup> Şafak Güleç, "Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD., Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara 2020.

İş görenlerin etkinliğini ve verimliliğini etkileyen birçok faktör bulunmaktadır. Bu faktörlerin bazıları çalışanların sağlığını ve memnuniyet düzeylerini olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Çalışanların özelliklerinin ve limitlerinin bilinmesi, bu durumlara yönelik önlemlerin alınmasıyla verimlilikleri artabilmektedir. Genel olarak çalışanların çalışma düzeylerine etki eden farklı baskılar iş yükü olarak tanımlanmaktadır.<sup>22,23</sup> İş yükü çalışanın iş yaşamındaki görev yoğunluğuna işaret eden, çalışanların stres kaynağı olarak düşünülen, daha hızlı öğrenmesi ve gelişmesi için fırsat olarak görülen bir kavramdır.<sup>24</sup> Aşırı iş yükü ise, çalışandan az bir kaynak ile çok kısıtlı bir zaman içerisinde çok fazla görevi yerine getirmesi talep edildiğinde ortaya çıkan bir durum olarak görülmektedir.<sup>25</sup> Leung ve Chang'a göre (2002) aşırı iş yükü, çalışanın bir işi başarmak için elinde bulunan mevcut kaynakların ve zamanın o iş için yetmemesi durumu olarak tanımlanmaktadır.<sup>26</sup> İş görene düşen iş yükünün, dikkatin azalması, tepki süresinin uzaması, görevlerin tam olarak yerine getirilememesi, stres duygusu, yorgunluk ve performansta azalma hissi gibi faktörler ile de yakından ilişkili olduğu düşünülmektedir<sup>27</sup> ve araştırmalarda aşırı iş yükü ile iş belirsizliği gibi durumların iş stresini arttırdığı tespit edilmiştir.<sup>28</sup>

İş yükünün artmasına paralel olarak verimlilik ve iş kalitesinin azaldığı bilinmektedir. Bu durum farklı birçok olumsuz faktörün orta-

<sup>22</sup> Metin Dağdeviren/Ergün Eraslan/Mustafa Kurt, "Çalışanların Toplam İş Yükü Seviyelerinin Belirlenmesine Yönelik Bir Model ve Uygulaması", *Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 20, S. 4, s. 518.

<sup>23</sup> Semra Demirkaya, "Hastanede Acil Serviste Çalışan Sağlık Personelinin İş Yükü ve Tükenmişlik Sendromu İlişkisi", Beykent Üniversitesi İşletme ABD., Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

<sup>24</sup> Öznur Gökkaya, "Yerel Yönetimlerde İş-Yaşam Dengesi ve Çalışan Davranışı İlişkisinin İncelenmesi: Kocaeli Belediyeleri Örneği", *Elektronik Mesleki Gelişim ve Araştırmalar Dergisi*, 2014, C. 2, S. 3, s. 3.

<sup>25</sup> Saira Ashfaq/Zahid Mahmood/Ahmad Mehboob, "Impact of Work-Life Conflict and Work over Load on Employee Performance in Banking Sector of Pakistan", *Middle-East Journal of Scientific Research*, 2013, C. 14, S. 5, s. 688-695.

<sup>26</sup> Alicia S. M. Leung/Ludwig M. K. Chang, "Organizational Downsizing: Psychological Impact on Surviving Managers in Hong Kong", *Asia Pacific Business Review*, 2002, C. 8, S. 3, s. 76-94.

<sup>27</sup> Diyar Akay/Metin Dağdeviren/Mustafa Kurt, "Çalışma Duruşlarının Ergonomik Analizi", *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 18, S. 3, s. 73-84.

<sup>28</sup> P. Vanishree, "Impact of Role Ambiguity, Role Conflict and Role Overload on Job Stress in Small and Medium Scale Industries", *Research Journal of Management Sciences*, 2014, C. 3, S.1, s. 10-13.

ya çıkmasına neden olmaktadır. Özellikle artan iş yükünün çalışanların iş performans düzeyini düşürdüğü, yapılan iş ile işin niteliklerinde de azalma ya da kaliteden uzaklaşma gerçeği ortaya çıkmaktadır.<sup>29</sup>

Artan iş yükü, çalışanlar üzerinde performans, verimlilik, tükenmişlik ve iş tatmini yönünden olumsuz etkiler meydana getirmektedir. İş tatmininin iş yükü tükenmişliğinin bir alt boyutu olarak değerlendirildiği,<sup>30</sup> kişisel başarı ile iş tatminin düşmesinin en önemli nedenleri arasında ise iş yükü artışlarının geldiği bilinmektedir. Tükenmişlik hissinin ise duyarsızlaşmaya ve duygusal tükenmeye neden oluşturduğu gözlenmektedir.<sup>30</sup>

Yargı kurumlarında duygusal ve kişisel bakış açısının alınan ya da verilen kararlar üzerinde önemli bir etki yarattığını bilmekteyiz.<sup>30</sup> Artan iş yüküne paralel olarak bireyin işe karşı duygusal bakışı ile kişisel karar mekanizması üzerinde olumsuz bir etki meydana getirdiğini ifade edebiliriz. Bu durum alınan ya da verilen kararların isabetsizliğini artırmaktadır.<sup>31</sup>

Panel veri ve zaman serisi analizlerinin birçok alanda ve disiplinde kullanıldığını görmekteyiz. Özellikle sağlık, finans, yönetim, ekonomi, eğitim, hukuk ve diğer birçok bilim dalının sıklıkla kullandığı bu yöntem ile bilimsel çalışmalara farklı nitelik ve değer kazandırılmaktadır.

Çelikay ve Gümüş (2011) tarafından yapılan sağlıkta dönüşüm ile ilgili çalışmada sağlık alanındaki yaşanan sistemsel sorunlar ile bunların etkinliği analiz edilmiştir. Çalışmada kullanılan analiz ve yöntemlerin bu çalışmayı da destekleyen yöntemler ile paralellik gösterdiği görülmektedir.<sup>32</sup>

Çelik ve Kırıl (2018) yaptıkları çalışmada panel veri analizi ile kümeleme yönteminin kullanıldığı ve Türkiye’de konut taleplerinin

<sup>29</sup> Muhammet Atalay/Yasin Çakırel, “Sağlık Sektörü Çalışanlarında İş Yükü, İş Tatmini ve Tükenmişlik Durumunun İncelenmesi”, *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2022, C. 20, S. 1, s. 431-463.

<sup>30</sup> Esra Bulgurcu Gürel/Özlem Çetinkaya Bozkurt, “Duyguların Yönetilmesinin, İş Tatmini ve Duygusal Tükenmişlik Düzeyi Üzerine Etkileri”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 8, S. 14, s. 133-147.

<sup>31</sup> Erkan Kırıl, “Yönetimde Karar ve Etik Karar Verme Sorunsalı”, *Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi*, 2015, C. 6, S. 2, s. 73-89.

<sup>32</sup> Ferdi Çelikay/Erdal Gümüş, “Sağlıkta Dönüşümün Ampirik Analizi”, *Ankara Üniversitesi ŞBF Dergisi*, 2011, C. 66, S. 3, s. 55-92.



incelendiği; sosyal, kültürel, ekonomik ve demografik değişkenler ile konut piyasasına yönelik riskler ise sistematik risk teşkil eden faktörler belirlendiği görülmüştür.<sup>33</sup>

İşsizliğin belirlenmesi ve işsizliğin ekonomi üzerindeki etkilerine yönelik hazırlanan farklı bir çalışmada yine ampirik analiz uygulanmış, yapılan analiz sonrasında işsizliğin gayri safi yurt içi hasıla ile yabancı sermaye arasında bir ilişki olduğu ve enflasyon üzerinde önemli bir etki meydana getirdiği sonucuna ulaşılmıştır.<sup>34</sup>

Hindistan ekonomisi ve bankacılığı üzerine yapılan bir çalışmada 2000-2013 yıllarındaki elli dokuz farklı bankaya ait veriler veri yöntemi analizi ile analiz edilmiştir. Analiz ve bulgular sonrasında fonlama maliyeti hariç makro-ekonomik hareketliliğin bankaların likiditesi üzerinde önemli ölçüde etkili olduğu sonucuna ulaşılmıştır.<sup>35</sup>

Pakistan’da yapılan makro-ekonomik istikrarsızlığa ilişkin 1980-2012 yıllarını kapsayan çalışmada vektör hata düzeltme modeli ve panel veri zaman serisi analiz yöntemi uygulanmıştır. Yapılan analiz sonrasında makro-ekonomik istikrarsızlığın Pakistan gayri safi yurtiçi hasılası üzerinde köklü ve zararlı bir etki yarattığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>36</sup>

Ekonomik büyüme ve işsizlik arasındaki ilişkinin incelendiği bir çalışmada; 1992-2014 yıllarını kapsayan Doğu Avrupa Ülkelerine ait panel veriler farklı istatistik analiz yöntemleri kullanılarak analiz edilmiştir. Yapılan analiz sonrasında işsizliğin ekonomik büyümeden olumlu etkilendiği ve GSYİH’deki artışın işsizliği azaltacağı sonucu saptanmıştır.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> Cahit Çelik/Gülşen Kırıl, “Panel Veri Analizi ve Kümeleme Yöntemi ile Türkiye’de Konut Talebinin İncelenmesi”, *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2018, C. 32, S. 4, s. 1009-1026.

<sup>34</sup> Dilek Şahin, “Determinants of Unemployment: Empirical Analysis for China”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2016, S. 22, s. 50-58.

<sup>35</sup> Anamika Singh/ Anil Kumar Sharma, “An Empirical Analysis of Macroeconomic and Bank-Specific Factors Affecting Liquidity of Indian Banks”, *Future Business Journal*, 2016, C. 2, S. 1, s. 40-53.

<sup>36</sup> Amjad Ali/Hafeez Ur Rehman, “Macroeconomic Instability and Its Impact on Gross Domestic Product: An Empirical Analysis of Pakistan”. *Pakistan Economic and Social Review*, 2015, C. 53, S. 2, s. 285-316.

<sup>37</sup> Özgür Bayram Soyulu/İsmail Çakmak/Fatih Okur, “Economic growth and unemployment issue: Panel data analysis in Eastern European Countries”, *Journal of International Studies*, 2018, C. 11, S. 1, s. 93-107.

Nijerya ekonomisi ile istihdam arasındaki ilişkiyi inceleyen araştırmada Veri Panel Serisi analiz yöntemi ve en küçük kareler tekniği ile yapılan çalışma sonucunda istihdam düzeyi ile ekonomik büyüme arasında pozitif ve istatistiksel anlamda bir ilişki olduğu saptanmıştır. Ekonomi ile istihdam artış hızı ile GSYİH büyüme arasında ise negatif bir ilişki olduğu vurgulanmıştır.<sup>38</sup>

Finansal ve ekonomik sektör gelişmelerinin siyasi istikrar üzerindeki etkilerinin ampirik olarak incelendiği çalışmada tarım, sanayi ve hizmet sektörüne ait panel veriler üzerinden ampirik bir analiz gerçekleştirilmiştir. Analiz ve bulgular sonrasında siyasi istikrar ile ekonomik büyüme arasında önemli bir ilişki olduğu, siyasi istikrarın ekonomik gelişme ile büyümeyi desteklediği saptanmıştır.<sup>39</sup>

Kamusal kurumların işgücü yükü ile verimlilikleri arasında bir ilişki olduğu bilinmektedir. İş yükünün artmasına paralel olarak verimlilik ile performans arasında ciddi bir ilişki olduğunu söyleyebiliriz. Bu durum iş kalitesi ile işin niteliği açısından da önemli bir sonuç ortaya koymaktadır. Bu yönde yapılan çok sayıda bilimsel araştırma ile çalışma olduğu bilinmektedir.

2001-2002-2008-2016 yıllarına ait kriz dönemlerini kapsayan panel veriler yine panel veri analiz yöntemi kullanılarak analiz edilmiş, elde edilen bulgu ve analiz sonuçlarına göre ücret, teknoloji kullanımı ve istikrarın iş verimliliği ile performans üzerinde önemli bir etki yarattığı sonucuna ulaşılmıştır.<sup>40</sup>

## 2. AMAÇ

Bu çalışmanın amacı Yargıtay Dairelerinin Kurumsal Performansının Panel Veri Zaman Serisi Analizleri ile İncelenmesidir. Bu amaç doğrultusunda Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı'nın genel ve

<sup>38</sup> Oluyomi Ayoyinka Sodipe/Oluranti Isaiah Ogunrinola, "Employment and Economic Growth Nexus in Nigeria", *International Journal of Business and Social Science*, 2011, C. 2, S. 11, s. 232-239.

<sup>39</sup> Safdar Ali/Khalil Ahmed/Muhammad Shahid, "Implications of Political Stability and Financial innovations for Sectoral Economic Growth of Pakistan". *Amazonia Investiga*, C. 9, S. 34, s. 34-43.

<sup>40</sup> Yasin Yılmaz, "İşgücü Verimliliğini Etkileyen Faktörlerin Analizi: Bütüncül Bir Yaklaşım", İstanbul Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD., Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2019.

daireler bazında karar alma hızları ile iş yükleri ele alınarak kurumsal performans değerlendirilmesi yapılmıştır.

### 3. KAPSAM

Araştırmanın kapsamını Yargıtay dairelerine ait 2017-2021 yıllarını kapsayan veriler ile yıllık raporlar oluşturmaktadır.<sup>41</sup>

### 4. YÖNTEM

Yargıtay dairelerinin karar alma hızını incelemek için daireler bazında sonuçlanan ve devreden dosya sayıları ve dairelerin toplam iş yükündeki payları incelenmiş ve ilgili modellerin test edilmesi ve kullanılan değişkenlere ilişkin ampirik analizler EVIEWS 9 ve SPSS 24 paket programı kullanılarak yapılmıştır.<sup>42</sup>

### 5. AMPİRİK BULGULAR

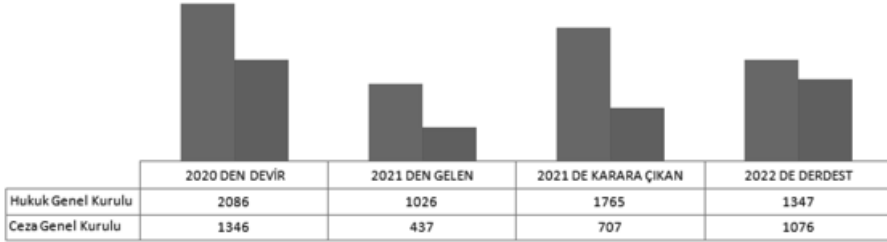
Tablo 1’de Yargıtay Genel Kurulları 2020-2022 arası istatistikleri bulunmaktadır. 2021 yılında Ceza Genel Kurulu’nda 707, Hukuk Genel Kurulu’nda 1765 dosya karara bağlanmıştır. Ceza Genel Kurulu’nda 2022 yılında derdest edilen dosya sayısı 1076 iken, Hukuk Genel Kurulu’nda bu sayı 1347 olarak belirlenmiştir.

Tablo 1. 2020-2022 Yargıtay Genel Kurulları İstatistikleri

BİRİM ADI	2020 YILINDAN DEVİR	2021 YILINDA GELEN	2021 YILINDA KARARA ÇIKAN	2022 YILINDA DERDEST
Ceza Genel Kurulu	1346	437	707	1076
Hukuk Genel Kurulu	2086	1026	1765	1347
<b>TOPLAM</b>	<b>3432</b>	<b>1463</b>	<b>2472</b>	<b>2423</b>

<sup>41</sup> <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/84/istatistikler>

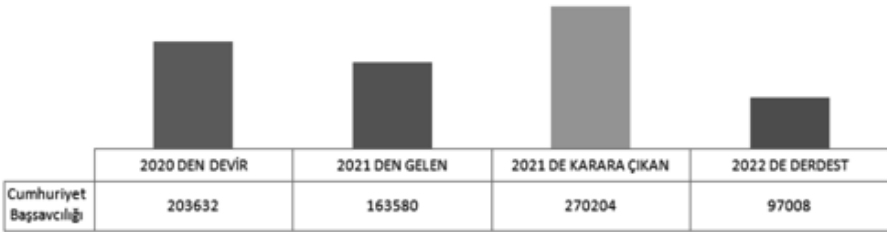
<sup>42</sup> Murat Korkmaz, "Yargıtay Ceza ve Hukuk Dairelerinde Çalışma Yoğunluğu ile Verimlilik Algısının Uygulamalı İncelemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 112, s. 127-154.

**Grafik 1.** 2020-2022 Yargıtay Genel Kurulları İstatistikleri Grafiği

Tablo 2’de Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 2020-2022 arası istatistikleri bulunmaktadır. 2021 yılında Cumhuriyet Başsavcılığı’nda 270.204 dosya karara bağlanmıştır. 2022 yılında derdest edilen dosya sayısı ise 97.008 olarak belirlenmiştir.

**Tablo 2.** 2020-2022 Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı İstatistikleri

Birim Adı	2020 Yılından Devir	2021 Yılında Gelen	2021 Yılında Karara Çıkan	2022 Yılında Derdest
Cumhuriyet Başsavcılığı	203632	163580	270204	97008

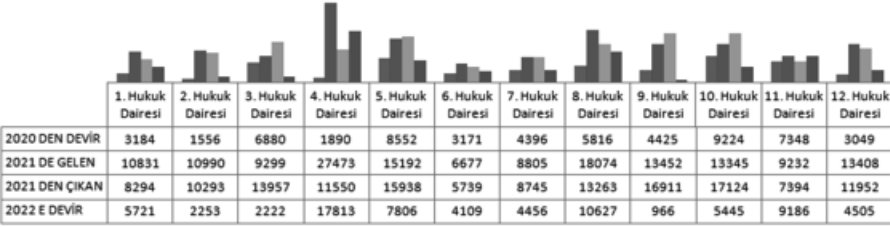
**Grafik 2.** 2020-2022 Cumhuriyet Başsavcılığı İstatistikleri Grafiği

Tablo 3’te 2020-2022 yılı hukuk daireleri dosya ve karar sayıları bulunmaktadır. 2021 yılında hukuk dairelerinde toplam 141.160 dosya çıkarken, 75.109 dosya 2022’ye devretmiştir.

Tablo 3. 2020-2022 yılı Hukuk daireleri dosya sayıları

BİRİM ADI	2020 DEN DEVİR	2021 DE GELEN	2021 DE ÇIKAN	2022 E DEVİR
1. Hukuk Dairesi	3184	10831	8294	5721
2. Hukuk Dairesi	1556	10990	10293	2253
3. Hukuk Dairesi	6880	9299	13957	2222
4. Hukuk Dairesi	1890	27473	11550	17813
5. Hukuk Dairesi	8552	15192	15938	7806
6. Hukuk Dairesi	3171 (15.H.D.'den devir)	6677	5739	4109
7. Hukuk Dairesi	4396 (14.H.D.'den devir)	8905	8745	4456
8. Hukuk Dairesi	5816	18074	13263	10627
9. Hukuk Dairesi	4425	13452	16911	966
10. Hukuk Dairesi	9224	13345	17124	5445
11. Hukuk Dairesi	7348	9232	7394	9186
12. Hukuk Dairesi	3049	13408	11952	4505
<b>TOPLAM</b>	<b>59491</b>	<b>156778</b>	<b>141160</b>	<b>75109</b>

Grafik 3. 2020-2022 Hukuk Daireleri Dosya Sayıları Grafiği

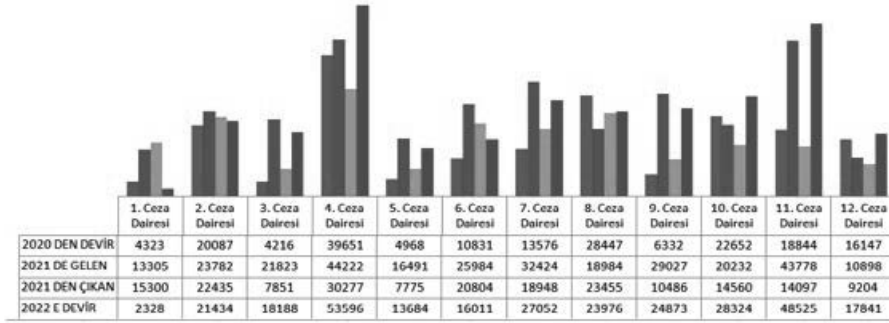


Tablo 4'te 2020-2022 yılı ceza daireleri dosya ve karar sayıları bulunmaktadır. 2021 yılında ceza dairelerinde toplam 195.192 dosya çıkarken, 295.832 dosya 2022'ye devretmiştir.

Tablo 4. 2020-2022 Ceza Daireleri Dosya Sayıları

BİRİM ADI	2020 DEN DEVİR	2021 DE GELEN	2021 DEN ÇIKAN	2022 E DEVİR
1. Ceza Dairesi	4323	13305	15300	2328
2. Ceza Dairesi	20087	23782	22435	21434
3. Ceza Dairesi	4216 (16.C.D.'den devir)	21823	7851	18188
4. Ceza Dairesi	39651	44222	30277	53596
5. Ceza Dairesi	4968	16491	7775	13684
6. Ceza Dairesi	10831	25984	20804	16011
7. Ceza Dairesi	13576	32424	18948	27052
8. Ceza Dairesi	28447	18984	23455	23976
9. Ceza Dairesi	6332	29027	10486	24873
10. Ceza Dairesi	22652	20232	14560	28324
11. Ceza Dairesi	18844	43778	14097	48525
12. Ceza Dairesi	16147	10898	9204	17841
<b>TOPLAM</b>	<b>190074</b>	<b>300950</b>	<b>195192</b>	<b>295832</b>

Grafik 4. 2020-2022 Ceza Daireleri Dosya Sayıları Grafiği



Tablo 5'te 2021 yılı Yargıtay ceza daireleri ve kurulları istatistikleri bulunmaktadır. 2021 yılında dördüncü daire sonuçlanan dosya sayısı açısından en yüksek dosya sayısına sahiptir. Dördüncü dairenin ortalama karara bağlama süresi ise 482 gün olarak belirlenmiştir.

Tablo 5. 2021 yılı Yargıtay Ceza Daireleri ve Kurulları İstatistikleri

YARGITAY CEZA DAİRELERİ 2021 YILINA AİT İŞ DURUMUNU GÖSTERİR ÇİZELGE						
DAİRELER	GELENLER			ÇIKANLAR	Gelecek Yıla Devir	Karara Çıkan Dosyaların Ortalama Karara Bağlanma Süresi
	Geçen Yıldan Devir	Yıl İçinde Gelen	Toplam	Toplam Çıkan		
Ceza Genel Kurulu	1346	437	1783	707	1076	845
1. Ceza Dairesi	4323	13305	17628	15300	2328	142
2. Ceza Dairesi	20089	23780	43869	22435	21434	239
(Kapatılan)3. Ceza Dairesi	8013	473	8486	8486	0	187
3. Ceza Dairesi	0	21350	21350	3162	18188	110
4. Ceza Dairesi	39651	44222	83873	30277	53596	482
5. Ceza Dairesi	4968	16491	21459	7775	13684	393
6. Ceza Dairesi	10831	25984	36815	20804	16011	193
7. Ceza Dairesi	13576	32424	46000	18948	27052	443
8. Ceza Dairesi	28447	18984	47431	23455	23976	358
9. Ceza Dairesi	6334	29025	35359	10486	24873	278
10. Ceza Dairesi	22652	20232	42884	14561	28323	427
11. Ceza Dairesi	18844	43778	62622	14097	48525	517
12. Ceza Dairesi	16147	10898	27045	9204	17841	458
(Kapatılan)14. Ceza Dairesi	22379	3419	25798	25798	0	696
(Kapatılan)15. Ceza Dairesi	21308	8906	30214	30214	0	485
(Kapatılan)16. Ceza Dairesi	9021	3143	12164	12164	0	322
(Kapatılan)19. Ceza Dairesi	15231	7723	22954	22954	0	422
TOPLAM	263160	324574	587734	290827	296907	389

Tablo 6'da 2021 yılı Yargıtay hukuk daireleri ve kurulları istatistikleri bulunmaktadır. 2021 yılında kapatılan 16. Hukuk Dairesi sonuçlanan dosya sayısı açısından en yüksek dosya sayısına sahiptir. 16. Daire'nin ortalama karara bağlama süresi ise 443 gün olarak belirlenmiştir.

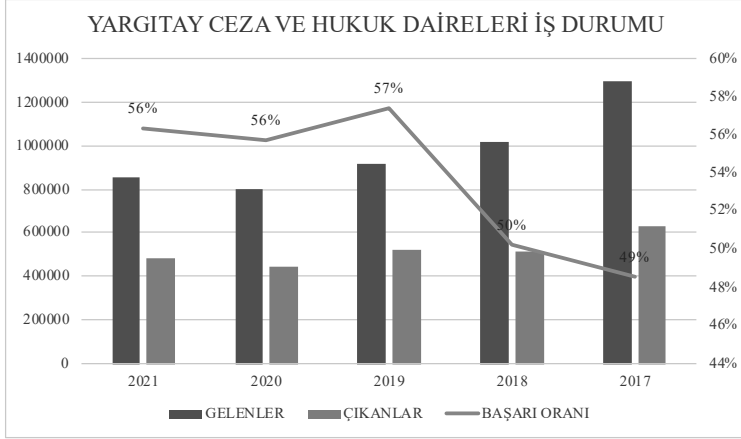


**Tablo 6.** 2021 yılı Yargıtay Hukuk Daireleri ve Kurulları İstatistikleri

<b>YARGITAY HUKUK DAİRELERİ 2021 YILINA AİT İŞ DURUMUNU GÖSTERİR ÇİZELGE</b>						
DAİRELER	GELENLER			ÇIKANLAR	Gelecek Yıla Devir	Karara Çıkan Dosyaların Ortalama Karara Bağlanma Süresi
	Geçen Yılda Devir	Yıl İçinde Gelen	Toplam	Toplam Çıkan		
Hukuk Genel Kurulu	2086	1026	3112	1765	1347	999
1. Hukuk Dairesi	3184	10831	14015	8294	5721	209
2. Hukuk Dairesi	1556	10990	12546	10293	2253	63
3. Hukuk Dairesi	6880	9299	16179	13957	2222	172
4. Hukuk Dairesi	1890	27473	29363	11550	17813	168
5. Hukuk Dairesi	8552	15192	23744	15938	7806	202
6. Hukuk Dairesi	0	6677	6677	2568	4109	101
7. Hukuk Dairesi	0	8805	8805	4349	4456	87
8. Hukuk Dairesi	5816	18074	23890	13263	10627	294
9. Hukuk Dairesi	4425	13452	17877	16911	966	105
10. Hukuk Dairesi	9224	13345	22569	17125	5444	206
11. Hukuk Dairesi	7348	9232	16580	7394	9186	266
12. Hukuk Dairesi	3049	13408	16457	11952	4505	97
(Kapatılan)14. Hukuk Dairesi	4786	2771	7557	7557	0	436
(Kapatılan)15. Hukuk Dairesi	1740	5616	7356	7356	0	131
(Kapatılan)16. Hukuk Dairesi	14842	5141	19983	19983	0	443
(Kapatılan)17. Hukuk Dairesi	12757	4830	17587	17587	0	166
(Kapatılan)23. Hukuk Dairesi	2477	460	2937	2937	0	377
TOPLAM	90612	176622	267234	190779	76455	251

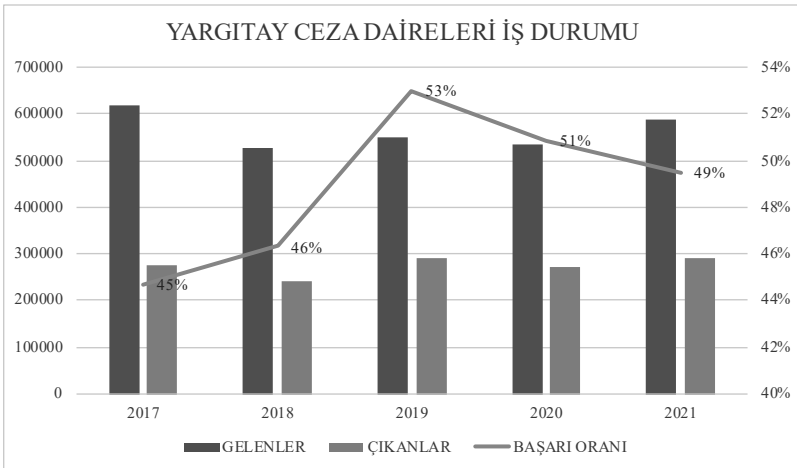
Grafik 5'te yıllara göre hukuk ve ceza daireleri toplam dosya sayıları istatistikleri ve sonuçlandırılan dosya sayısına göre başarı oranları bulunmaktadır. Toplam dosya sayısı yıllara göre düşüş göstermiştir. 2017 yılında 1294336 toplam sonuçlanan ve 628652 toplam çıkan dosya sayısı 2021 yılında sırasıyla %34 ve %23 düşüş göstererek 854968 ve 481606 olmuştur. Toplam sonuçlanan dosya sayısının toplam dosya sayısına oranını gösteren başarı oranı yıllara göre farklılık göstermiştir. 2017 yılında %49 olan başarı oranı 2021'de %56'ya yükselmiştir. En yüksek başarı oranı %57 ile 2019 yılı olurken, en düşük başarı oranı %49 ile 2017 yılı olmuştur. 2017 yılı aynı zamanda en yüksek toplam dosya sayısının olduğu yıldır.

Grafik 5. Yıllara Göre Toplam Dosya Sayıları İstatistikleri



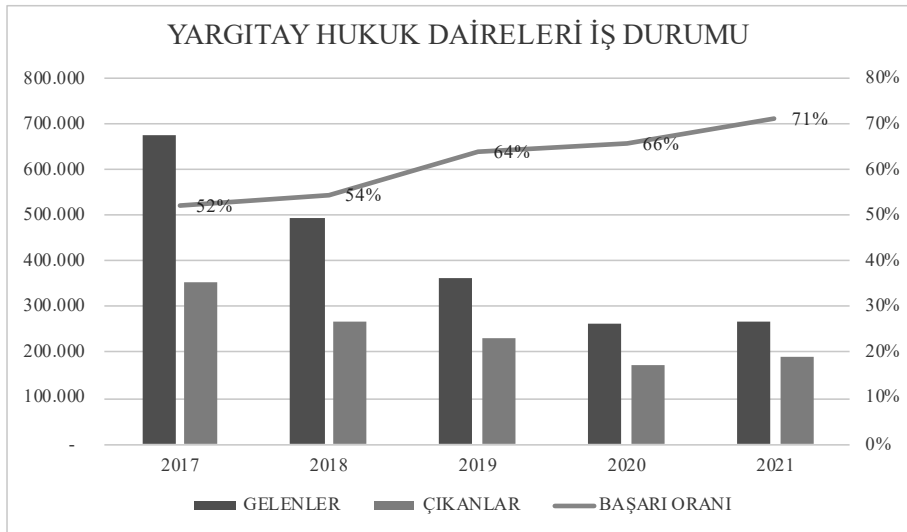
Grafik 6'da yıllara göre ceza daireleri toplam dosya sayıları istatistikleri ve sonuçlandırılan dosya sayısına göre başarı oranları bulunmaktadır. Toplam dosya sayısı yıllara göre düşüş göstermiştir. 2017 yılında 1294336 toplam sonuçlanan ve 628652 toplam çıkan dosya sayısı 2021 yılında sırasıyla %34 ve %23 düşüş göstererek 854968 ve 481606 olmuştur. Toplam sonuçlanan dosya sayısının toplam dosya sayısına oranını gösteren başarı oranı yıllara göre farklılık göstermiştir. 2017 yılında %49 olan başarı oranı 2021'de %56'ya yükselmiştir. En yüksek başarı oranı %57 ile 2019 yılı olurken, en düşük başarı oranı %49 ile 2017 yılı olmuştur. 2017 yılı aynı zamanda en yüksek toplam dosya sayısının olduğu yıldır.

Grafik 6. Yıllara Göre Yargıtay Ceza Daireleri Toplam Dosya Sayıları İstatistikleri



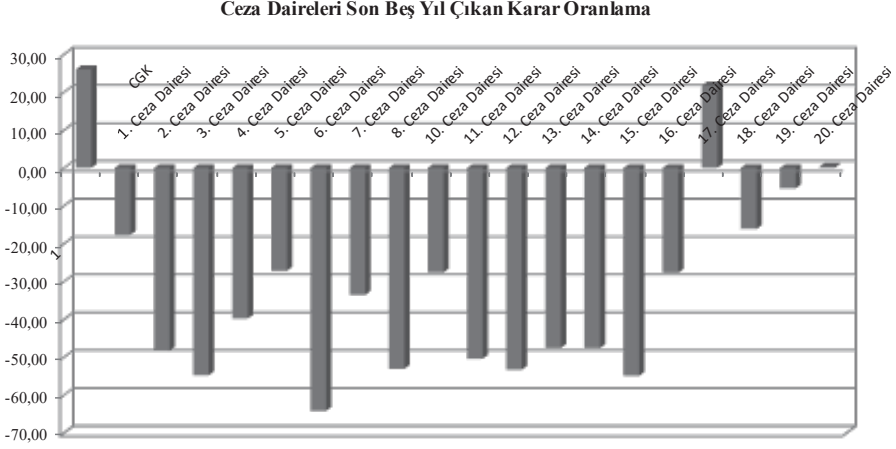
Grafik 7’de yıllara göre hukuk daireleri toplam dosya sayıları istatistikleri ve sonuçlandırılan dosya sayısına göre başarı oranları bulunmaktadır. Toplam dosya sayısı yıllara göre düşüş göstermiştir. 2017 yılında 674.471 toplam sonuçlanan ve 351.562 toplam çıkan dosya sayısı 2021 yılında sırasıyla %60 ve %46 düşüş göstererek 267.234 ve 190.779 olmuştur. Toplam sonuçlanan dosya sayısının toplam dosya sayısına oranını gösteren başarı oranı yıllara göre farklılık göstermiştir. 2017 yılında %52 olan başarı oranı 2021’de %71’e yükselmiştir. En yüksek başarı oranı %71 ile 2021 yılı olmuştur, en düşük başarı oranı %52 ile 2017 yılı olmuştur. 2017 yılı aynı zamanda en yüksek toplam dosya sayısının olduğu yıldır.

**Grafik 7.** Yıllara Göre Yargıtay Hukuk Daireleri Toplam Dosya Sayıları İstatistikleri



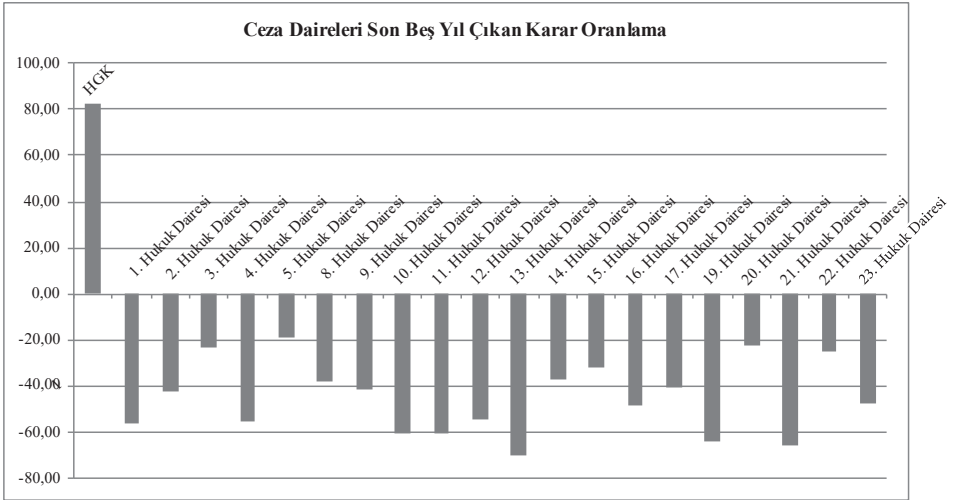
Grafik 8’de Ceza Daireleri son beş yıl çıkan karar oranları bulunmaktadır. Son beş yılda çıkan karar oranları incelendiğinde, 18. Ceza Dairesi verilen karar açısından en başarılı daire olurken, 6. Ceza Dairesi en başarısız daire olmuştur.

**Grafik 8. Ceza Daireleri Son Beş Yıl Çıkan Karar Oranlama**



Grafik 9’da Hukuk daireleri son beş yıl çıkan karar oranları bulunmaktadır. Son beş yılda çıkan karar oranları incelendiğinde, 5. Hukuk Dairesi verilen karar açısından en başarılı daire olurken, 13. Hukuk Dairesi en başarısız daire olmuştur.

**Grafik 9. Hukuk Daireleri Son Beş Yıl Çıkan Karar Oranlama**



## 6. İSTATİSTİKSEL BULGULAR

Çalışma kapsamında Yargıtay Başkanlığına ait daire bazında dosya sayıları ve başarı oranları üzerinde etkili olan bileşenler ortaya çıkartılmıştır. Söz konusu analizleri gerçekleştirmek amacıyla daire bazında sonuçlanan ve devreden dosya sayıları değişkenlerinin durağanlığını kontrol etmek gerekmektedir. Değişkenlerin durağanlığı Augmented Dickey-Fuller testi ile ortaya konulmuştur. Durağanlık testleri, dosya sayıları serilerinin trendleri hem hesaba katılmadan hem de hesaba katılarak ayrı ayrı gerçekleştirilmiştir. Durağanlık testleri sonuçları aşağıda Tablo 7’de sunulmuştur. Test sonuçlarına göre dosya sayıları değişkenleri ikinci düzeyde durağandır.

**Tablo 7.** Durağanlık Test Sonuçları

Değişkenler	Trendsiz			Trend & Sabit			Sonuç
	Düzyer	1. Fark	2. Fark	Düzyer	1. Fark	2. Fark	
Toplam Sonuçlanan Dosya Sayısı	(-12.545)	-124345	-343556	(-3.6554)	-23245	(-5.6865)	I [2]
Toplam Devreden Dosya Sayısı	(-2.7867)	(-7.7678)	-786754	(-4.7565)	-156333	(-5.6564)	I [2]

### 6.1. Toplam Dosya Sayısının Daireyle İlişkisi

Yargıtay dairelerinin toplam dosya sayısı üzerindeki etkisini anlamak amacıyla maksimum gecikme uzunluğu iki alınarak AIC<sup>43</sup> kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular Tablo 8’de sunulmuştur.

Buna göre dairelerin toplam sonuçlanan dosya sayısı ve toplam devredilen dosya sayısı üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir. Meydana gelen %100’lük bir toplam, toplam sonuçlanan dosya sayısını yaklaşık %2,3, toplam devredilen dosya sayısını ise %3,1 artırmaktadır.

<sup>43</sup> Hirotogu Akaike, “Information Theory and an Extension of the Maximum Likelihood Principle”, Ed. Frigyes Csáki/Boris Nikolaevich Petrov, Proceedings of the 2nd International Symposium on Information Theory, Akademiai Kiado, Budapest, 1973, s. 267-281.

**Tablo 8.** Dairelerin Toplam Dosya Sayısı Üzerindeki Etkisi

	<b>Katsayı</b>	<b>S. H.</b>	<b>P değeri</b>
Sonuçlanan dosya sayısı	0.023	0.317	0.02
Devreden dosya sayısı	0.031	0.672	0.00

*F: 6.79, R<sup>2</sup>:0.89, Durbin-Watson: 5.9*

### 6.2. Daire Üzerindeki İş Yükünün Dosya Sayısıyla İlişkisi

Toplam dosya sayısının daire üzerindeki iş yüküne etkisini anlamak amacıyla maksimum gecikme uzunluğu iki alınarak AIC<sup>44</sup> kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular Tablo 9'da sunulmuştur. Buna göre dosya sayısının daire iş yükü üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir.

Sonuçlanan dosya sayısında meydana gelen %100'lük bir toplam, toplam iş yükü üzerinde yaklaşık %8,1'lik bir azalma, devreden dosya sayısında meydana gelen %100'lük bir toplam ise iş yükü üzerinde %7,2'lik bir artışa neden olmaktadır.

**Tablo 9.** Toplam Dosya Sayısının İş Yükü Üzerindeki Etkisi

	<b>Katsayı</b>	<b>S. H.</b>	<b>P değeri</b>
Sonuçlanan dosya sayısı	-0.081	0.831	0.00
Devreden dosya sayısı	0.072	0.232	0.00

*F: 7,81, R<sup>2</sup>:0.81, Durbin-Watson: 7.9*

### 6.3. İş Yükünü Devreden ve Sonuçlandırılan Dosya Sayısı Arasındaki Nedensellik İlişkisi

Devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının daire üzerindeki iş yükü üzerindeki nedensellik etkisini anlamak amacıyla gecikme uzunluğu iki alınarak Granger Nedensellik kriterine göre model tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular Tablo 10'da sunulmuştur. Buna göre devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının daire iş yükü üzerinde anlamlı etkisi tespit edilmiştir. Tabloda görüldüğü üzere devreden dosya sayısının, iş yükünün nedeni olmadığı şeklindeki hipotez ve sonuçlandırılan dosya sayısının iş yükünün nedeni olmadığı şeklindeki hipotezlerin reddedilemediği görülmektedir. Buradan yola

çıkarak söz konusu nedenselliğin yönünün devreden dosya sayısından iş yüküne doğru olduğunu ifade edebiliriz.

**Tablo 10:** Pairwise Granger Causality Tests

Sample: 2017 2021

Lags: 2

Null Hypothesis:	Obs	F-Statistic	Prob.
Devreden dosya does not Granger Cause İş yükü	5	1.85643	0.0000
İş Yükü does not Granger Cause Devreden dosya		5.32645	5.4543
Sonuçlandırılan dosya does not Granger Cause İş Yükü	5	9.23232	3.5675
İş Yükü does not Granger Cause Sonuçlandırılan dosya		2.67867	8.5645

#### 6.4. Dosya Sayısı ile Dairelerin Performansları ve Yıllar Arasındaki İlişki

Devreden ve sonuçlandırılan dosya sayısının dairelerin performansları ile yıllara göre arasında bir ilişki olup olmadığını anlamak için Anova modeli tahmin edilmiştir. Araştırılan etkiye dair bulgular Tablo 11’de sunulmuştur. Buna göre sonuçlandırılan dosya sayısının dairelere göre farklılık gösterdiği görülmüştür. Tüm yıllarda üçüncü dairenin diğer dairelere göre daha fazla dosya sonuçlandığı belirlenmiştir. Devreden dosya sayısının da dairelere göre farklılık gösterdiği görülmüştür. Tüm yıllarda dördüncü dairenin diğer dairelere göre daha fazla dosyayı gelecek yıla devrettiği belirlenmiştir.

**Tablo 11:** ANOVA Analizi

Devreden Dosya Sayısı					
ANOVA	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	21113,567	2	42342,534	74,322	,000
Within Groups	23242,653	21	646,542		
Total	75675,756	25			

**Sonuçlandırılan Dosya Sayısı**

ANOVA	Sum of Squares	df	Mean Square	F	Sig.
Between Groups	34321,423	3	52323,231	14,534	,000
Within Groups	23211,534	21	5342,343		
Total	42321,232	25			



## 7. SONUÇ

Bir örgütün amaçlarına ulaşabilmesi, aynı zamanda yapılan örgütsel iş ve işlemlerin, daha iyi bir şekilde yapılmasının bir yolu olup olmadığının araştırılması verimlilik olarak ifade edilmektedir. Verimliliğin artırılmasında, işlerin kolay ve elverişli bir akış içinde yürütülmesi, bilgi teknolojilerinden faydalanılması, fiziksel ortamın iyileştirilmesi gibi etkinliğe hizmet edebilecek hususların gözden geçirilmesi ve uygulanması aynı zamanda birer verimlilik girişimi örnekleri olarak gösterilebilir.<sup>44</sup> Bu verimlilik girişimi örnekleri de örgütlerin kurumsal performansları üzerinde etkili olabilmektedir. Ancak kurumsal performans üzerinde olumsuz/negatif etkiye sahip olan bir diğer faktör de iş yükü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışma Türkiye Cumhuriyeti Yargıtay Başkanlığı'nın genel ve daireler bazında karar alma hızını ve iş yükü üzerinde etkili olan bileşenleri ortaya çıkarmayı ve dosya sayılarının dairelerin toplam iş yükü ve karar alma hızı üzerindeki etkisini tespit etmeyi amaçlamaktadır. Söz konusu tespitler Yargıtay Başkanlığı'nın iş yükünün ve karar alma hızının ortaya koyulması açısından önem arz etmektedir. Çalışmada Yargıtay Başkanlığı tarafından toplanan ve raporlanan ikincil veriler kullanılmıştır. Çalışma kapsamında araştırılan etkiler zaman serisi panel analizleri aracılığı ile açığa çıkartılmıştır.

Araştırma sonucunda Yargıtay dairelerinin başarısına etki eden en önemli bileşenin toplam dosya sayısındaki artışlar olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan toplam dosya sayısında tür ayırımına gidilmemiş, sonuçlandırılan ve devreden dosyalar ayrıca önem arz ettiği için kümülatif etkiye ilişkin bulgular tespit edilmiştir. Buradan hareketle, devreden dosya sayısındaki azalmanın dairenin toplam başarısındaki artışta direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir.

Diğer taraftan Yargıtay dairelerinin iş yüküne etki eden faktörler sonuçlandırılan dosya sayısı ve devreden dosya sayısı olarak belirlenmiştir. Devreden dosya sayısındaki artışın, sonuçlandırılan dosya sayısı kadar olmasa da toplam iş yükündeki değişimde direkt olarak rol oynadığı düşünülmektedir.

Yargıtay dairelerinin bir sonraki yıla devrettikleri dosya sayıları, onların bir sonraki yıldaki performansına da etki etmektedir. Dev-

<sup>44</sup> Zengin/Taşdöven, (2015), s. 85

reden dosya sayısı arttıkça iş yükünün de arttığı görülmektedir. Bu bakımdan, üçüncü dairenin en fazla dosyayı sonuca bağladığı görülürken, dördüncü dairenin en yüksek devreden dosya sayısına ve dolayısıyla iş yüküne sahip daire olduğu belirlenmiştir.

İş yükü fiziki ve zihinsel olarak çalışanı yoran, sosyal hayatını, performansını, iş görenin sağlık durumunu negatif yönde etkileyen, bireylerin odaklanma sorunu yaşaması ve işe karşı güdülenememeleri gibi sorunların bir sonucu olarak hata yapma, verimlilik ve etkinlikte düşüş yaşama gibi etkilere neden olan bir süreç olarak tanımlanabilir.<sup>45</sup>

Yargıtay dairelerinde iş yükünün azaltılması için, işlerin mahkemeler arasında sürekli dengeli dağılımının gerçekleştirilmesi, mahkeme çalışanlarından azami faydanın sağlanması, hakimlerce yerine getirilen yargı dışı görevlerin sayısının sınırlandırılması, uygun olduğu hallerde gerek yargı dışı yöntemlerle gerekse yargılama öncesinde veya sırasında uyuşmazlıkların dostane çözümünün teşvik edilmesi, iş yükünü dengeli bir şekilde dağıtmak için iddiaların miktarı ve tabiatı bakımından çeşitli mahkemelerin yetkilerini düzenli aralıklarla gözden geçirilmesi gibi yönetsel ve organizasyonel uygulamalar hayata geçirilebilir.<sup>46</sup>

Yapılan bilimsel araştırma sonuçlarına göre iş yükü ile sistemsel sorunlar birçok olumsuzluğun, problemin ve en önemlisi yargıya yönelik güvenin yok olmasındaki en önemli nedenler arasında gösterilmektedir. Bu nedenle yargıda iş verimliliğinin artırılması için mutlaka sistemsel yönetim ile iş verimliliğine ilişkin düzenlemelerin ivedi olarak hayata geçirilmesi gerekmektedir. Özellikle yaşanan son yıllardaki yargıya duyulan güvensizlik, uzun yargılama süreci, uluslararası yargı politika ile uygulamalarının Türk hukuk sisteminde yer bulmaması nedeniyle ortaya çıkan bu sorunların iyileştirilmesi ve hayata geçirilmesi gerekmektedir. Yargıda kalite ile toplam kalite sisteminin de uygulanması yargıya duyulan güvenin artmasını ve yaşanan yargı sorunlarının ortadan kalkmasını sağlayacaktır.

<sup>45</sup> Murat Tatlı/H. Bahadır Akın, "Tükenmişlik ile İş Yükü Arasındaki İlişki: Aksaray Defterdarlığında Bir Araştırma", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 9, S. 3, s. 51.

<sup>46</sup> <https://hukukbook.com/mahkemelerin-asiri-is-yukunu-onleyici-ve-azalticitedbirler-hakkinda-1986-tarihli-tavsiye-karari/>

Yargı kurumlarında sistem üyesi olarak görev alan yargıçların uzman olmaları ya da alan uzmanı olarak görev yapmaları, aynı yargıcın birden fazla ve farklı konulardaki dava sürecini yönetmesi de yargılama sürecinin uzamasındaki en önemli sorunlardandır. Bu nedenle yargı kurumlarının uzmanlaşması, belirli alanlar ile disiplinlerde görev yapması, her yargı mensubunun sadece uzman olduğu alanda faaliyet göstermesi, oluşan iş yükünü azaltacak ve daha etkili ve nitelikli kararların çıkmasını sağlayacaktır.

## Kaynakça

### Makaleler

- Akay Diyar/Dağdeviren Metin/Kurt Mustafa, "Çalışma Duruşlarının Ergonomik Analizi", *Gazi Üniversitesi Mühendislik Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 18, S. 3, s. 73-84.
- Akyel Recai, "Yargısal Faaliyetlerin Yönetim Olgusu Bağlamında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2020, S. 16, s. 1-37.
- Ali Amjad/Rehman Hafeez Ur, "Macroeconomic Instability and Its Impact on Gross Domestic Product: An Empirical Analysis of Pakistan". *Pakistan Economic and Social Review*, 2015, C. 53, S. 2, s. 285-316.
- Ali Safdar/Ahmed Khalil/Shahid Muhammad, "Implications of Political Stability and Financial innovations for Sectoral Economic Growth of Pakistan". *Amazonia Investiga*, C. 9, S. 34, s. 34-43.
- Ashfaq Saira/Mahmood Zahid/Mehboob Ahmad, "Impact of Work-Life Conflict and Work over Load on Employee Performance in Banking Sector of Pakistan", *Middle-East Journal of Scientific Research*, 2013, C. 14, S. 5, s. 688-695.
- Atalay Muhammet/Çakırel Yasin, "Sağlık Sektörü Çalışanlarında İş Yükü, İş Tatmini ve Tükenmişlik Durumunun İncelenmesi", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2022, C. 20, S. 1, s. 431-463.
- Cordero Rene, "The Measurement of Innovation Performance in Firm: An Overview", *Research Policy*, 1990, C. 19, S. 2, s. 185-192.
- Çelik Cahit/Kıral Gülsen, "Panel Veri Analizi ve Kümeleme Yöntemi ile Türkiye'de Konut Talebinin İncelenmesi", *Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi*, 2018, C. 32, S. 4, s. 1009-1026.
- Çelikay Ferdi/Gümüş Erdal, "Sağlıkta Dönüşümün Ampirik Analizi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2011, C. 66, S. 3, s. 55-92.
- Dağdeviren Metin/Eraslan Ergün/Kurt Mustafa, "Çalışanların Toplam İş Yükü Seviyelerinin Belirlenmesine Yönelik Bir Model ve Uygulaması", *Gazi Üniversitesi Mühendislik ve Mimarlık Fakültesi Dergisi*, 2005, C. 20, S. 4, s. 517-525.
- Emiroğlu Hüseyin, "Uluslararası Siyasal Örgütlenme Modeli Oluşumunun Tarihsel Süreci ve Birleşmiş Milletler Örgütü (1941-1990)", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, 2006, C. 2, S. 4, s. 1-34.

- Gökkaya Öznur, "Yerel Yönetimlerde İş-Yaşam Dengesi ve Çalışan Davranışı İlişkisinin İncelenmesi: Kocaeli Belediyeleri Örneği", *Elektronik Mesleki Gelişim ve Araştırmalar Dergisi*, 2014, C. 2, S. 3, s. 1-18.
- Gülener Serdar/Türkölmez İlknur Rabia, "'Yargı Kurumuna Güven" Yazını Üzerine Bir İnceleme", *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, 2018, C. 4, S. 1, s. 49-59.
- Gürel Esra Bulgurcu/Bozkurt Özlem Çetinkaya, "Duyguların Yönetilmesinin, İş Tatmini ve Duygusal Tükenmişlik Düzeyi Üzerine Etkileri", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, C. 8, S. 14, s. 133-147.
- Kıral Erkan, "Yönetimde Karar ve Etik Karar Verme Sorunsalı", *Adnan Menderes Üniversitesi Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi*, 2015, C. 6, S. 2, s. 73-89.
- Korkmaz Murat, "Yargıtay Ceza ve Hukuk Dairelerinde Çalışma Yoğunluğu ile Verimlilik Algısının Uygulamalı İncelemesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, S. 112, s. 127-154.
- Leung Alicia S. M./Chang Ludwig M. K., "Organizational Downsizing: Psychological Impact on Surviving Managers in Hong Kong", *Asia Pacific Business Review*, 2002, C. 8, S. 3, s. 76-94.
- Özer M. Akif, "Performans Yönetimi Uygulamalarında Performansın Ölçümü ve Değerlendirilmesi", *Sayıştay Dergisi*, 2009, S. 73, s. 3-29.
- Singh Anamika/Sharma Anil Kumar, "An Empirical Analysis of Macroeconomic and Bank-Specific Factors Affecting Liquidity of Indian Banks", *Future Business Journal*, 2016, C. 2, S. 1, s. 40-53.
- Skogan Wesley G., "Efficiency And Effectiveness In Big-City Police Departments", *Public Administration Review*, 1976, C. 36, S. 3, s. 278-286.
- Sodipe Oluyomi Ayoyinka/Ogunrinola Oluranti Isaiah, "Employment and Economic Growth Nexus in Nigeria", *International Journal of Business and Social Science*, 2011, C. 2, S. 11, s. 232-239.
- Soylu Özgür Bayram/Çakmak İsmail/Okur Fatih, "Economic growth and unemployment issue: Panel data analysis in Eastern European Countries", *Journal of International Studies*, 2018, C. 11, S. 1, s. 93-107.
- Şahin Dilek, "Determinants of Unemployment: Empirical Analysis for China", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2016, S. 22, s. 50-58.
- Şahin İsmail, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2019, S. 2019/1, s. 223-255.
- Taşcı Faruk, "Verimlilik Artışında Emek Etkinliği Üzerine Bir Yaklaşım: Ah-Me-T Modeli", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, 2011, S. 61, s. 177-199.
- Tatlı Murat/Akın H. Bahadır, "Tükenmişlik ile İş Yükü Arasındaki İlişki: Aksaray Defterdarlığında Bir Araştırma", *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 9, S. 3, s. 49-62.
- Tatlıdil Sıla, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Makul Sürede Yargılanma Hakkı- Sürenin Aşılması ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2019, S. 143, s. 9-50.
- Tetik Ahmet Talha, "Hukuk Devleti İlkesi Bağlamında Takdir Yetkisi ve Yerindelik Denetimi İlişkisi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 25, S. 2, s. 249-276.

- Tetik Ahmet Talha, "Yürütmenin Durdurulması Kurumunda Telifisi Güç ya da İmkânsız Zarar Kavramı ve Uygulanmakla Etkisi Tüklenen İdari İşlemler", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, C. 11, S. 2: s. 708-723.
- Vanishree P., "Impact of Role Ambiguity, Role Conflict and Role Overload on Job Stress in Small and Medium Scale Industries", *Research Journal of Management Sciences*, 2014, C. 3, S.1, s. 10-13.
- Yıldırım Aynur/Gökalp Mehmet Faysal, "Gelişmiş Ülkelerde Kurumsal Yapı ve Uluslararası Rekabet Gücü İlişkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2016, C. 31, S. 1, s. 1-34.

### Kitap ve Kitap Bölümleri

- Akaike Hirotogu, "Information Theory and an Extension of the Maximum Likelihood Principle", Ed. Frigyes Csáki/Boris Nikolaevich Petrov, Proceedings of the 2nd International Symposium on Information Theory, Akademiai Kiado, Budapest, 1973, s. 267-281.
- Akal Zühal, "İşletmelerde Performans Ölçüm ve Denetimi", Ankara: Milli Produktivite Merkezi Yayınları, 2011.
- Gershon Peter, "Releasing Resources to the Front Line: Independent Review of Public Sector Efficiency", HM Treasury, London, 2004.
- Horngren Charles T./Foster George/Datar Srikant M., "Cost Accounting A Managerial Emphasis", Tenth Edition, Prentice Hall International, Inc., London, 1999.
- Zaim Sabahaddin, "Çalışma Ekonomisi", 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1997.
- Zengin Cevdet/Taşdöven Hidayet, "Emniyet Hizmetlerinde Verimlilik, Etkililik ve Performans: Teorik ve Pratik Perspektifler", Ed. Murat Gözübenli/Fatih M. Harmanacı/İsmail Şahin, Güvenlik Sektöründe Stratejik Yönetim, Nobel Akademik Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 81-115.

### Tezler

- Demirkaya Semra, "Hastanede Acil Serviste Çalışan Sağlık Personelinin İş Yükü ve Tükenmişlik Sendromu İlişkisi", Beykent Üniversitesi İşletme ABD., Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Güleç Şafak, "Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD., Yayımlanmış Doktora Tezi, Ankara 2020.
- Şerbetçi Berker, "İşletmelerde Performans Yönetim Sistemleri ve Bir Uygulama", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2007.
- Yılmaz Yasin, "İşgücü Verimliliğini Etkileyen Faktörlerin Analizi: Bütüncül Bir Yaklaşım", İstanbul Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri ABD., Yayımlanmış Doktora Tezi, İstanbul 2019.

### İnternet Kaynakları

- <https://www.yargitay.gov.tr/kategori/84/istatistikler>
- <https://hukukbook.com/mahkemelerin-asiri-is-yukunu-onleyici-ve-azalticitedbirler-hakkinda-1986-tarihli-tavsiye-karari/>

# HUKUK DEVLETİ OLGUSUNUN ESKİ ÇAĞLARDAKİ KÖKENLERİ

## ORIGINS OF THE RULE OF LAW PHENOMENON IN OLD TIMES

Selim MİSAFİR\*

**Özet:** Kamu hukukunun temel kavramlarından biri haline gelen hukuk devleti olgusu, tarihsel izdüşümleri ile modern hukuk sistemine ışık tutmaktadır. Düşünsel ve kurumsal kökleri kadim dönemlere kadar uzanan bu olgu, patrimonyal devlet ve polis devleti gibi insanlığın geçmişten bugüne tecrübe ettiği farklı devlet yönetimi yaklaşımları ile gelişmiş ve Antik Çağ'dan Yeni Çağ'a uzanan bir geçmişin bakiyesi ile devlet kudretinin hukuk ile sınırlandırılmasının aracı olmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Demokrasi, Hukuk Devleti, İnsan Hakları, Patrimonyal Devlet, Polis Devleti

**Abstract:** The rule of law, which is one of the leading legal theories in ensuring social justice and political legitimacy, sheds light on the modern legal system with its historical projections. This phenomenon, which ideational and institutional origins date back to old times, has developed with different state forms such as patrimonial state and police state that humanity has experienced from past to present. It is the outcome of the need to limit the state power by law, which emerged as a result of this experience from Ancient Greek to the New Age. The rule of law has become a rising value with the struggles for the establishment of a state where the law is hegemon.

**Keywords:** Democracy, Human Rights, Patrimonial State, Police State, Rule of Law

## GİRİŞ

Birlikte yaşama arzusu ile topluluk olabilmeyi başarabilen insanların, kendilerine yönelen tehditlerden arınabilmek için devleti icat ettiği söylenir. Devlet gerçeğinin ortaya çıkışı, onun toplumsal hayatta sorgulanmasını ve değişime uğramasını doğal olarak gündeme getirmiştir. Zira devlet gücü, yöneticilerin siyasi yaklaşımlarının gölgesinde, toplum üzerinde denetimden yoksun ve sınırları aşan biçimde yozla-

\* Dr. Arş. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, selimmisafir@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9268-6104, Makalenin Gönderim Tarihi: 16.06.2022, Kabul Tarihi: 14.10.2022

şabilmektedir. İnsanlık tarihi, bunun deneyimlendiği devlet yönetimi yaklaşımları ile örülüdür.

Hukuk devleti olgusu, klasik dönemlerden modern zamanlara doğru diğer adalet kuramları ile benzer izdüşümdeki süreçlerden geçmiştir. Aristoteles'in tabiriyle *zoon politikon* olarak kaçınılmaz biçimde sosyalleşen ve toplu halde yaşamaya başlayan insanoğlu henüz ilkel yaşam tecrübelerinde dahi can ve mal güvenliğini teminat altına almayı amaçlamıştır. Bu ihtiyaca matuf muhtelif kurallar, zamanla bir normlar sistemine dönüştürülerek devlet yapısı içerisinde toplumsal düzen sağlamak istenmiştir. Tarihsel süreçte devlet anlayışındaki bozulmalar ile bu kurallar kimi imtiyazlı sınıflara hizmet etmişse de sonrasında onlara direnen kitleler, bu ayrıcalıkları bertaraf edebilmiştir.

## I. HUKUK DEVLETİNİN KADİM DÖNEMLERDEKİ YERİ

Modern bir kavram olan hukuk devletinin olgusal anlamda geçişini, iki bin yılı aşkın bir süre öncesine kadar götürmek mümkündür. Bilinen ve aktarılan tarihsel gerçekler ışığında Antik Yunan'ın kent devletinden Yeni Çağ'da ortaya çıkan modern devlete kadarki süreçte hukuk devletinin bugün kabul görmüş temel ve biçimsel unsurlarına<sup>1</sup> dair izleri ile karşılaşmaktadır. Hukuk devletinin düşünsel ve kuramsal köklerinde kadim uygarlıkların eski çağlardaki düşünce ve uygulamalarının ortaya çıkardığı tarihsel tecrübenin etkin olduğu görülmektedir. Bu nedenle, modern dünyada kamu hukukunun temel kuramlarından biri olan bu olgunun bahsi geçen dönemlerdeki yerine kronolojik sırası ile değinilmelidir.

### A. ANTİK YUNAN

Antik Yunan'da devlet anlayışı, ataerkil krallık ile zengin bir azınlığın üstünlüğüne dayanmaktadır.<sup>2</sup> Egemenlik düşüncesi, site denen

<sup>1</sup> Modern dönemlere özgülünen hukuk devletinin unsurları, biçimsel ve maddi yaklaşımlarla açıklanmaktadır. Bu belirlemeler ekseninde modern anlamıyla hukuk devleti, siyasal sistemini hukukun üstünlüğü ile temellendiren, evrensel hukuk ilkelerini kabullenen, yasalara göre hareket eden, bağımsız ve tarafsız yargı gücü ile demokrasiye ve adalate dayanan bir kamu düzenini hedefleyen, temel hak ve özgürlüklerin temin edildiği devlettir. Selim Misafir, "Modern Zamanlarda Hukuk Devleti Olgusu", *Yargıtay Dergisi*, 2022, C. 48, S. 3, s. 815.

<sup>2</sup> İlhan F. Akın, *Devlet Doktrinleri*, 2. baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 1.



şehir devleti içinde bireyin eritilmesini esas almaktadır. Sitenin özel veya kamusal her alana müdahale edebileceği ön kabulü söz konusudur. Bu durum, sitenin birey üzerindeki mutlak hükümlerliliğinin göstergesidir. Bireysel hak ve özgürlüklerin benimsenmediği Antik Yunan demokrasileri, eşitlik ve insan haklarından uzak demokrasilerdir.<sup>3</sup> Bununla birlikte Yunan sitelerinde vatandaşların bir bölümü doğrudan yönetime katılmaktadır.<sup>4</sup> Atina demokrasisinin bu kişilerden teşkil edilmiş *ekklesia* denen halk meclisinin yöneticilerini tayin etmek, bazı siyasi davaları karara bağlamak veya yabancı devletlerle ilişkileri yürütmek gibi birtakım hukuki yetkilerinde,<sup>5</sup> yine halk jürilerinin oluşturduğu *dikasterion* denen mahkemelerin yargısal faaliyetlerinde<sup>6</sup> hukuk devletinin biçimsel izlerine rastlanmaktadır.

Antik Yunan filozofları, yasaların hüküm sürmediği bir toplumun siyasal olarak güçlü olabileceğine inanmamaktadır.<sup>7</sup> Perikles, tüm Atina vatandaşlarının müzik, şiir gibi sanatlardan anladığı gibi siteyi yönetme sanatından da anladıklarını düşünür.<sup>8</sup> Aristoteles, hukukun üstünlüğünü vurgulamış ve herkesi bağladığını öne sürmüştür.<sup>9</sup> Yunanlılar, hukuk devleti olgusuna denk düşebilecek biçimde *isonomia* ifadesine sahiptir ki yasalar önünde herkesin eşitliği anlamını gelen bu kelime, yüksek bir erdemi temsil etmektedir.<sup>10</sup>

## B. ESKİ ROMA

Eski Roma'nın cumhuriyet dönemindeki devlet ve egemenlik anlayışı, Antik Yunan anlayışından -soyut ve kurgusal düşünce yapısından uzak olmasına<sup>11</sup> uyar biçimde- farklılıklar arz etmektedir. Küçük

<sup>3</sup> Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, 14. baskı, Beta Yayınları, 2013, s. 5-6.

<sup>4</sup> Akın, s. 2.

<sup>5</sup> Oktay Uygun, *Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar*, On İki Levha Yayınları, 2011, s. 23.

<sup>6</sup> Uygun. s. 30. Atinalılar, meclis kararları ve yasaların anayasaya uygunluğu denetimi anlamına gelebilecek bir sistem dahi kurmuştur. Uygun. s. 40.

<sup>7</sup> Akın, s. 2.

<sup>8</sup> Uygun, s. 99.

<sup>9</sup> Robert Stein, "Rule of Law: What Does It Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, 2009, C. 18, S. 2, s. 297.

<sup>10</sup> Stein. s. 297-298.

<sup>11</sup> Mehmet Ali Ağaoğulları/Levent Köker, *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, 7. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2011, s. 13.

bir cumhuriyet tarafından bir kent-devlet olarak kurulan ve hukuk fikrini bir öğreti olarak benimseyen<sup>12</sup> Roma uygarlığı, yönetimi altındaki topraklarda aynı hukuk kurallarının geçerli olması ilkesini -özellikle *Res Publica* olarak bilinen cumhuriyet döneminde- uygulayabildiği için hukuk yaratma iktidarına sahip kudretli bir siyasal yapıya kavuşmuştur. Roma topraklarının tamamında hâkimiyet kurabilmiş bir kamu gücü ve bu topraklar üzerinde geçerli bir vatandaşlık anlayışı bulunmaktadır. Bugünkü cumhuriyetçi geleneğin en cazip izleriyle Roma'da karşılaşılmaktadır.<sup>13</sup>

Roma cumhuriyetinin ilk dönemlerinde, egemen olanın halk olduğu söylenebilir. Roma'nın güçlü olduğu yıllarda, yurttaşları arasında adalet, kanunlara riayet ve hukukun üstünlüğü geleneği vardır.<sup>14</sup> Halk, iktidarın ve otoritenin kaynağı olmuştur. Ancak sonraki dönemlerde halkın bu yetkiyi ve onunla ortaya çıkan gücü bir üst otorite olan imparatora devrettiği görülmektedir. İmparatorlar, keyfiyete dayanan ve mutlak olan bu yetkilerini kullanmaya devam ettikçe, emperyalist genişleme ile zengin olma hırsının yol açtığı yozlaşmanın ve seçim sistemlerinde yaşanan bozuklukların da etkisiyle<sup>15</sup> hukuk devletinin görünümü olan gelenek ve uygulamalardan uzaklaşmış ve Roma'da çürüme başlamıştır.

### C. ORTA ÇAĞ

Batı Roma İmparatorluğu dağıldıktan sonra 7. yüzyıla kadar varlığını ve etkinliğini sürdürebilen Roma medeniyeti, bu yüzyıl ile birlikte ekonomik, sosyal, kültürel ve hukuki alanlardaki belirgin gücünü kaybetmeye başlamıştır. Göze'ye göre bu durumun yaşanmasının esas sebebi, İslam egemenliğinin Batı Roma ve Doğu Roma imparatorluklarını birbirinden ayırmış olmasıdır.<sup>16</sup> Akdeniz çevresinde yayılma gösteren İslam egemenliği, Akdeniz yolunu Avrupalı ülkelere kapayarak Kıta Avrupası'nı Doğu'dan koparmış ve dolayısıyla dünya ticaretinin dışında kalmasına neden olmuştur. Bir yandan dış istila-

<sup>12</sup> Akın, s. 27.

<sup>13</sup> Uygun, s. 121.

<sup>14</sup> Oral Sander, *Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e*, 27. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2014, s. 43.

<sup>15</sup> Oral, s. 43.

<sup>16</sup> Göze, s. 66-67.

lar ile mücadelelere girişen Avrupa devletleri, kendi içine kapanmış ve siyasal ve toplumsal yaşamda yeni yapılanmalara gitmiştir.<sup>17</sup> Bu dönemde Avrupa'ya hâkim olan siyasal görünüm, iktidarın bölüştürüldüğü küçük birimlerden müteşekkil feodal bir düzen biçimindeki âdem-i merkeziyetçi bir yapıya dönüşmüştür. Klasik egemenlik kuramının doğuşuna zemin hazırlayan feodalite, dönemin iktidar ilişkilerini, ekonomik, dini, siyasal, hukuki vb. alanlarda bütünüyle sarsmış ve değiştirmiştir.

Orta Çağ'da feodal düzen, bireysel, toplumsal ve hukuki düzeninin esasını belirleyen toprak malikliği üzerine kurulu<sup>18</sup> ekonomik sistemdir. Feodalitede siyasal ve toplumsal yapıda belirleyici olan, kişilerin toprak üzerindeki mülkiyetidir. Toprağın sahibi olan kişi, aynı zamanda iktidar gücüne sahip olmaktadır.<sup>19</sup> Sosyal hayatta sınıf ayrımının derin ve keskin olduğu feodal düzenin siyasal olarak yerleşmeye başladığı dönemde öne çıkan niteliği, toplumsal ilişkileri sözleşmeler üzerine inşa etmesidir. Buna göre, toprağın maliki olan feodal bey (Senyör) ve fief maliki yani tımar/zeamet sahibi Vassal arasında imzalanan fief sözleşmesi ile Senyör toprağın kullanımını Vassal'a bırakmaktadır. Gelecek çağların anayasal hükümet anlayışı, feodalizmin sözleşmeye dayanan bu özelliğinden doğacaktır.<sup>20</sup>

Merkezi otoritenin bulunmadığı feodalitede, parçalı ve dağınık bir siyasal iktidar yapısı söz konusudur. Kişisel iktidar ile kurumsal iktidar arasında bir geçiş aşaması olan bu dönemde, henüz kurumsal bilinç gelişmemiştir.<sup>21</sup> Kişiler hiyerarşik olarak üst katmanda olanın iktidarını tanıdıklarını, sergiledikleri itaat ve sadakatleri ile gösterirler.<sup>22</sup> Siyasal ve idari yetkiler, malvarlığı hakkının uzantısıdır. Senyörün yargı yetkisi gibi kamu hizmeti faaliyetleri, koşulsuz benimsenir. Bir anlaşmazlık durumunda kendi feodal beyleri kimse ona başvururlar ve kuracağı mahkemenin vereceği hükmü kabul ederler.<sup>23</sup> Bu bağlam-

<sup>17</sup> Göze, s. 67.

<sup>18</sup> Pınar Ülgen, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış", *Mukaddime*, 2010 C. 1, S. 1, s. 4.

<sup>19</sup> Göze, s. 68.

<sup>20</sup> Sander, s. 74.

<sup>21</sup> İlyas Doğan, *Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler*, 3. baskı, Astana Yayınları, 2013, s. 218.

<sup>22</sup> Ülgen, s. 6.

<sup>23</sup> Göze, s. 77.

da, üst sınıf mensuplarının sözleşmeler sistemi aracılığıyla kendilerinince tayin ettikleri hukukun ortaya çıkardığı toplumsal ilişkiler ağını bir iktidar yapısına dönüştürdüğü görülmektedir.

Feodalitenin kendi içerisindeki hak mücadelesinin ürünü 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, demokrasiye erişilmesinin ilk adımı olarak<sup>24</sup> hukuk devleti anlayışı bakımından öncü bir metin olmuştur. Siyasi iktidarın meşruluğunu sorgulamaya açarak yönetimin takdire dayanan keyfi uygulamalardan arındırılmasını amaçlayan hukuk devletinin bir yazılı belgede yer bularak pozitif hukuka dönüşme geçmişi, Magna Carta'ya kadar uzanmaktadır.<sup>25</sup> Bu metni hukuk devleti olgusu açısından önemli kılan en temel özellik, kimseyi hukukun üstünde konumlandırmayarak hukukun üstünlüğü ilkesine yer vermiş olmasıdır.<sup>26</sup>

#### D. YENİ ÇAĞ

Yeni Çağ ile yükselen kral-devletlerin hüküm sürdüğü dönem, zorba devletin görünürlüğüünün arttığı bir zaman dilimi olmuştur. Hukuk devleti bakımından kurumsal bir devlet anlayışı önem arz eder. Buna mukabil, mutlak monarşiler çağında devlet ile kralın kişiliği bir tutulmuştur.<sup>27</sup> Kendisini krallığının merkezinde tasavvur etmesinden olsa gerek "L'État c'est moi" (devlet benim) dediği söylenen<sup>28</sup> Fransızların güneş kralı XIV. Louis'nin devleti öz varlığı ile birleştirdiği görülmektedir. Kral ile devletin iç içe geçtiğini ve devlete ayrı bir hukuki kişilik tanınmadığını gösteren bu durum aydınlanma mutlakiyeti ile değişmiş,<sup>29</sup> aradan bir asır geçmemişken XV. Louis 1771'de ilan ettiği fermanında; "Bazı kurumlar vardır ki onları değiştirmeye bizim gücümüz

<sup>24</sup> Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), çev. Ahmet Mumcu, 4. baskı, İnkılap Yayınları, 2002, s. 259.

<sup>25</sup> Kralın yetkilerini kısıtlayan bu durum, (1688) Bill of Rights ile daha da genişleyecek ve kralın Common Law karşısında görevli sayıldığı, diğer bir deyişle hukuk kuralına bağlı olduğu kabul edilecektir. Doehring, s. 52.

<sup>26</sup> Göze, s. 471. 39. maddede, -mahkemelerce kanunlara uygun olarak alınan bir karar olmadıkça- kralın özgür kişilerin mallarına el koyamayacağı ve bu kişileri sürgüne yollamayacağı, tutuklayamayacağı, mahkûm edemeyeceği ve herhangi bir şekilde zarara uğratacak eylemlerde bulunamayacağı hükmüne bağlanmıştır. Göze, s. 472.

<sup>27</sup> Doehring, s. 48.

<sup>28</sup> İl Han Özay, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, 2002, s. 30.

<sup>29</sup> Doehring, s. 48.

yetmez ve biz onlar karşısındaki bu güçsüzlüğümüzden kıvanç duyarız”<sup>30</sup> diyerek kişisel iktidar ile kurumsal iktidar arasındaki ayrımı kabul etmek zorunda kalmıştır.

Kralın kişiliğinden arındırılabilmiş kurumsal bir devlet<sup>31</sup> ihtiyacı ile hukuka bağlı devletin inşa edilmesine yönelik olarak devletin sınırlandırılması, devlete ayrı bir hukuki kişilik kazandırılarak mümkün olabilir. Orta Çağ’dan bu yana süregelen taç giyme törenlerinde kralın Tanrısal iktidara ve geleneklere uygun hareket edeceğine dair yemin etmesi,<sup>32</sup> hukuka bağlılığın taahhüt edilmesidir. Prusya kralı II. Friedrich’in kendini devletin birinci hizmetkârı olarak gördüğünü söylemesi,<sup>33</sup> kralın kişiliğinden ayrı tutulan devletin hukukun konusu yapılması gayretinin neticesidir. 17. yüzyıl başlarında İngiltere kralı I. James’in idam cezası fermanına yargıç Lord Coke’un “Kral insanlara değil, Tanrı’ya ve hukuka tâbidir” sözleri ile yargısız infaz yapılamayacağına dair itirazı ise yönetimde hukuk devleti arayışının işaretlerindedir.<sup>34</sup> Kadim dönemlerden bu yana -iki bin yılı aşkın bir süredir<sup>35</sup>- zikredilen devlet kudretinin sınırsız olamayacağı düşüncesi, bundan böyle daha çok taraftar kazanmıştır.

## II. HUKUK DEVLETİNE GİDEN YOL

Hukuk devletine giden yolda önemli olan iki devlet türüne ayrıca yer vermek gerekir. Bunlar, feodal düzenin kamu gücünü toprak sahipliğine dayanan ekonomik esaslara bağladığı patrimonyal devlet ve bireylerin hak ve özgürlüklerden mahrum edildiği polis devletidir. Bugünün hukuk devleti anlayışı öncesinde insanlığın deneyimlediği patrimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarında yaşanan gelişmelerle hukuk devletine giden yolun açıldığı söylenebilir. Öğretide, pat-

<sup>30</sup> Özay, s. 41.

<sup>31</sup> Özay’ın Cesare Pascarella’dan aktardığına göre, çıkacağı yolculuk için bir gemi arayan Kristof Kolomb’un kendisinin yüce bir kral mı yoksa sıradan bir insan mı olduğu sorusuna Aragon Kralı II. Ferdinand şöyle yanıt vermiştir: “Kral olmasına kralım, bunda kuşku yok; ama her aklıma eseni de yapamam ya...” Özay, s. 48.

<sup>32</sup> Brian Z. Tamanaha, “The History and Elements of the Rule of Law”, Singapore Journal of Legal Studies, 2012, s. 237.

<sup>33</sup> Doehring, s. 48.

<sup>34</sup> Meltem Dikmen Caniklioğlu, “Hukuk Devletinde Siyasal İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 10, S. 1, s. 13-14.

<sup>35</sup> Stein, s. 297.

rimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarının sonrasında modern anlamda hukuk devletine ulaşıldığı genel olarak kabul ediliyor olsa da bu devlet yaklaşımlarının geride kalmadığının ve hukuk devletinin bir ideal olması gerçeği karşısında hukuk devletine saf ve keskin bir geçişten söz edilemeyeceğinin altı çizilmelidir.

### A. PATRİMONYAL DEVLET

Kıta Avrupası hukuk doktrininde Almanca *Patrimonialstaat* ve Anglosakson hukuk yazınında İngilizce *patrimonial state* olarak terimleştirilen devlet anlayışı için, Türkçe öğretilerde yazarların “mülk devleti” tabirini kullandıkları görülmektedir.<sup>36</sup> Bu devlet anlayışında yönetilenlerin üstünde yaşadıkları topraklarla birlikte yöneticilerin mülkü olarak görülmesi sebebiyle başvurulduğunu tahmin ettiğimiz bu kullanımın, yanlış olduğu öne sürülemez. Ancak mülk devleti ifadesi kavramsal olarak salt idare hukuku yazınına özgüleniyor gibi anlaşılmakta, dahası; mülk sözcüğü seçimi *patrimonial* kavramını karşılamamakta ve mülk devleti ibaresinin kullanımı bu devlet yaklaşımının terim anlamını vermemektedir. Dolayısıyla bu çalışmada, ilgili ibarenin mülkiyet hakkına dayanan -bahse konu devlet yaklaşımının tarihsel gerçekliğine karşıt biçimde- olumlu çağrışımlar yapmasının yanı sıra bu yönetim anlayışının bütün bir toplum üzerinde oluşturduğu ekonomik eşitsizlikleri izah etmekte yetersiz kalabileceği düşüncesine dönük eleştirel hukuk bakış açısıyla, mülk devleti tabiri tercih edilmemiştir. Bunun yerine söz konusu devlet yaklaşımını yansıtan kavramın Türkçe yazılışı olan patrimonyal ifadesine başvurulmuştur. Ancak patrimonyal kelimesi de Türkçe’de yerleşik olarak kullanılmamaktadır.

<sup>36</sup> Başta duayen idare hukukçusu ordinaryüs Sıddık Sami Onar olmak üzere çoğu yazar, kavramı mülk devleti olarak ifade etmiştir. Bu geleneği başlattığını tahmin ettiğimiz Onar’ın esasen konuya ilişkin olarak başlarda -yazımına 1938’de başladığı ve 1944 tarihinde ikinci baskısı yayımlanan eserinde görüleceği üzere- böyle bir tabir vermediği ve anlatımında “patrimonial” sözcüğünü geçirdiği görülmektedir. Bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukuku Birinci Cilt*, 2. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1944, s. 113. Bundan 22 yıl sonra 1966 yılında basılan -önsözünde yazımına 1951’de başladığını söylediği- eserinde ise, bu devlet anlayışını “mülk-devlet teorisi” olarak adlandırmıştır. Bkz. Sıddık Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumî Esasları I. Cilt*, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966, s. 124. Hukuk tarihçisi Ahmet Mumcu ise, farklı bir ibareye başvurmuştur. 2001 yılında Türkçe çevirisini yaptığı Karl Doehring’in kitabında, Mumcu’nun kavramı “yönetim devleti” olarak tercüme ettiği anlaşılmaktadır. Bkz. Doehring, s. 210.

Kanaatimizce yöneticilerin ülke üzerindeki ekonomik kaynaklara tam hâkimiyetine dayanması sebebiyle bu devlet rejimine patron devleti demek, anlam ve kapsamını doğruca vermek bakımından isabetli olabilir. Zira patron devleti teriminin tercihi, doktrinel anlamda aslına<sup>37</sup> ve kavramın doğduğu dillerdeki karşılığına<sup>38</sup> uygun düşmektedir. Nitekim bu devlet sisteminin esası, yönetici sınıfın her şeyin belirleyicisi olarak patron konumunda olduğu bir ekonomik ilişkiler ağıdır.<sup>39</sup> Yine patron devleti tabiri, Orta Çağ'a ait bu devlet yaklaşımının geçmişte kalmadığını gösterebilecek ve bugünün dünyasında karşılaşılan izleri<sup>40</sup> ile bağ kurulmasını sağlayabilen bir modern algıyı yansıtabilecek özelliktedir. Vurguladığımız nedenlerle, mülk devleti ifadesinin yerini bu tabirin alması tarafımızca önerilmektedir.

<sup>37</sup> Patrimonialstaat ile güçlü bir ya da daha fazla sayıda patriarkın (aile ya da kabilenin başındaki kişi) hüküm sürdüğü siyasal yapı tarif edilir. Bu yapı, Alman sosyolog Max Weber'in özellikle *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie* adlı eserinde ortaya koyduğu patrimonyalizm ve sultanizm gibi kavramlar ile de genişletilerek izah edilir. Yine patrimonyal terimi genellikle patriarşi yani ataerkillik ile ilişkilendirilir. Bu konuda bkz. Mikhail Ilyin, "Patrimonialism. What Is Behind the Term: Ideal Type, Category, Concept or Just a Buzzword?", *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2015, C. 18, S. 1, ss. 26-51.

<sup>38</sup> Patrimonial ve patron kelimeleri aynı kökten gelmektedir. Her iki sözcük de baba, ata anlamına gelen Latince *pater* kelimesinden türemiştir. Merriam-Webster, "Patrimonial", Merriam-Webster.com legal dictionary, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://www.merriam-webster.com/legal/patrimonial> adresinden erişildi. Ayrıca Türk Dil Kurumu'na göre Türkçe'ye Fransızca'dan geçen patron kelimesinin sözlük anlamı, "bir ticaret veya sanayi kurumunun sahibi, başı, işvereni" olarak verilmektedir. Türk Dil Kurumu, "Patron", Güncel Türkçe Sözlük, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://sozluk.gov.tr/> adresinden erişildi.

<sup>39</sup> Geleneksel yöntemlerle elde edilmiş ekonomik avantajlara dayalı olarak ekonomik gücün korunduğu bir siyasal yönetim ile açıklanan bu devlet anlayışının sürdüğü dönemde, aynı zamanda Avrupa'da -kısaca ticaretçilik olarak tarif edilebilecek- merkantalizm doğmuştur. Bu konuda bkz. Immanuel Wallerstein, *Modern Dünya Sistemi II Merkantalizm ve Dünya Avrupa Ekonomisinin Güçlendirilmesi*, 1600-1750, çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, 2012. Bu devletin ülke topraklarının alınıp satılabildiği ya da devredilebildiği bir ticari organizasyonlar zincirine dayanması ve merkantalizm yani ticaretçiliğe geçişteki rolü, -patron kelimesinin Türkçe'deki yeri ve yaygın kullanımı da düşünüldüğünde- patron devleti tabirini desteklemektedir.

<sup>40</sup> Örneğin günümüzde Rusya'da siyasi iktidara fiilen hâkim konumda olan ve ülkenin ekonomik kaynaklarını büyük oranda elinde tutan oligarkların her biri, büyük sermaye şirketlerinin patronu olan iş adamlarıdır. Bu bakımdan Orta Çağ patrimonyal devletinin benzer görünümüne, modern dünyada de facto olarak rastlanabilir. Zira oligarşik bir yönetim biçimi olan patrimonyal devlette ülke, bir grup güçlü ve ayrıcalıklı elit arasında paylaşılmıştır.



Patrimonyal devlet, “işgal ettiğin yer sana aittir” gibi bir yaklaşımın teşkilatlanmış halidir. Bu gerçekliğin esasen modern yaşama çok uzak olduğunu söylemek haksızlık olur. Zira bugün de bir başkasına ait olanın hukuksuz olarak zaptedildiği pek çok durumla karşılaşmak mümkündür. İnsana içkin bu yazgıyı Rousseau, şu veciz deyişle ifade eder: “Bir parça toprağı çitle çevirerek ‘Bu benimdir’ diyen ve ona inanacak denli saf başkalarını bulan ilk insan, uygar toplumun gerçek kurucusu oldu”.<sup>41</sup>

Hukuk devleti idealine ulaşma yolunda, idari anlamda ilk olarak patrimonyal devlet tecrübe edilmiştir. Patrimonyal devlet anlayışının temelleri, Orta Çağ hâkim toplumsal yapısı feodaliteye<sup>42</sup> ve feodal düzen ile ortaya çıkan parçalanmış siyasal yapıya dayanmaktadır. Bu anlayışa göre devlet, o devleti yönetenlerin malıdır. Kral ile lordlar yani feodal beyler, ülke topraklarının tamamının ve ülkede yaşayan herkesin sahibidir. Bununla birlikte patrimonyal devlet anlayışında devlet kudreti, kral ve feodal beyler arasında -vurgulanan mülkiyet ilişkisi bozulmaksızın- paylaşılmıştır.<sup>43</sup> Devlet, bu patronlar ağının kontrolü altındadır. En büyük feodal bey olan kralın sonsuz hak ve yetkileri sistem içerisinde bölünmüş, feodal beyler ve kilisenin yanı sıra kimi yöntemlerle imtiyaz elde etmiş kentlere verilen bazı hak ve yetkilerle sınırlamaya tabi tutulmuştur.<sup>44</sup>

Roma hukukuna dayanan kamu hukuku-özel hukuk ayrımının benimsenmediği<sup>45</sup> ve kamusal gücün kullanımında mülkiyetin esas alındığı patrimonyal devlette halk yani yönetilenler, o devlet üzerindeki egemenlerin malı sayılmaktadır.<sup>46</sup> Bir meta olarak üzerinde yaşadıkları toprak ile birlikte alınıp satılabilir, sözleşme ya da miras ile başkalarına devredilebilirler.<sup>47</sup> Bu durum, mülkiyete dayanarak kamu

<sup>41</sup> Jean-Jacques Rousseau, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni, çev. Aziz Yardımlı, 2. baskı, İdea Yayınevi, 2011, s. 63.

<sup>42</sup> Fazıl Hüsnü Erdem, “Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası”, *Liberal Düşünce Dergisi*, 1999, C. 4, S. 16, s. 38.

<sup>43</sup> Ali Kuyaksil, “Hukuk Devleti Kavramı ve Türkiye’de Gelişimi”, *KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 4, S. 2, 2007, s. 32.

<sup>44</sup> A. Şeref Gözübüyük/Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Hukuku*, 6. baskı, Turhan Yayınevi, 1993, s. 21.

<sup>45</sup> Gözübüyük/Akıllıoğlu, s. 21.

<sup>46</sup> Ahmet M. Güneş, “Über Die Rechtsstaatlichkeit”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 20, S. 33, s. 7.

<sup>47</sup> Güneş, s. 21.

gücünü elinde tutan kralın ve feodal beylerin mutlak hak ve yetkileri anlamına gelmektedir. Kral ve feodal beyler, hak ve yetkilerini hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmaksızın kullanabilir ve bunları sözleşme ile devredebilir.

Patrimonyal devletinde devleti yönetenleri bağlayan herhangi bir koşul yoktur. Arzu ettikleri bir yetkiyi doğrudan ve şahsen sağlayabilirler, denetimsiz olarak kullanabilirler. Mülkiyete dayanan<sup>48</sup> kamu gücünü elinde bulundurmaları, kralın ya da lordların yetkilerini herhangi bir kurala bağlı olmaksızın kullanmasının önünü açmıştır. Patrimonyal devletin faaliyet alanlarının sınırlarını belirleyen bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Kuvvetler ayrılığından bahsedilemeyecek bu devlette kamusal kudretin kullanımında karşılaşılan başıboş uygulamalar, yargı alanına da yansımıştır. Kral, feodal bey vb. imtiyazlı sınıfların sahip oldukları yargısal yetkilerini,<sup>49</sup> kurdukları *sui generis* mahkemeler aracılığıyla hukuksuz biçimlerde kullandıkları görülmektedir.

Patrimonyal devletin toplumsal yapısı zamanla aşınmıştır. Kralların güç kazanmasıyla feodal beylerin ve kilisenin etkinliği sona ermiştir. Merkezi otoritenin güçlenmesi sonucu, kralın sınırsız egemenliğini yansıtan polis devleti anlayışı gelişme göstermiştir. Böylece kralın mutlak yetkilerini paylaşmak zorunda kalmadığı bir dönem ile patrimonyal devlet anlayışının yerini, despotizmden beslenen polis devleti almıştır.<sup>50</sup> Devletin hukuka bağlılığı konusunun önemine dair yaşanan gelişmeler bakımından patrimonyal devlet aşamasının akabinde kronolojik sıraya da uygun biçimde polis devleti incelemeye tâbi tutulmalıdır.

<sup>48</sup> Erdem, s. 38.

<sup>49</sup> Gözübüyük/Akıllıoğlu, s. 21.

<sup>50</sup> Ancak bu değişimin kökten ve kesin olmadığı vurgulanmalıdır. Günümüzün özel hayat telakkilerinde dahi patrimonyal devlet anlayışından kalma uygulamaların izlerine rastlanabilir. Örneğin 20. yüzyılın başlarına dek, babalarının ve eşlerinin malı olarak görülen İngiliz kadınların bir mülk üzerinde sahipliklerine ya da işletmelerine izin verilmiyordu. Ayrıca geleneklere göre, eşinden ayrılmak isteyip boşanmayı maliyetli bulan koca, kadını açık artırmaya çıkararak satıyordu. Kadın eş, boynuna takılan kayış ile müzayedeye götürülürdü. Böylece koca, kadın üstündeki mülkiyetini ispat ediyordu. Fatmagül Bertay, Tarihin Cinsiyeti, 6. baskı, Metis Yayınları, 2018, s. 44. Yine 1970'lere kadar İngiltere'de kocanın karısıyla zina yaptığı kanıtlanan erkeklerden tazminat talep etme hakkı varken kadınların böyle bir hakkı bulunmuyordu. Bertay, s. 43. Kadının kocasının malı olarak görüldüğünün açık bir göstergesi olan bu gibi uygulamalar, bu devlet anlayışının birer yansımasıdır.

## B. POLİS DEVLETİ

Yunanca bir sözcük olan polis, etimolojik kökeni itibariyle kent/şehir anlamını taşımaktadır. Bununla birlikte bu kelime, şehrin idaresi manasında siyasal rejim ve devlet düzeni ile ilişkilendirilmektedir.<sup>51</sup> Nitekim politika kelimesi, aynı kökten türemiştir. Günümüzde polis sözcüğü, asayişli sağlamak üzere görevli kolluk güçleri için kullanılmaktadır. Ancak polis devleti, kolluk olan polis tarafından idare edilen devlet anlamına gelmemektedir. Zira burada polis ifadesi daha geniş anlamdadır<sup>52</sup> ve polis ile kastedilen devlet kudreti ve kamusal otoritedir.<sup>53</sup> Fransız Devrimi'nin yaşandığı 18. yüzyıl sonlarına dek Avrupa'da kral-devletler hüküm sürmüştür. 17. ve 18. yüzyıla tekabül eden bu yıllarda, Kıta Avrupası devletlerinde merkezi yönetimin mutlak gücüne dayanan siyasal rejimleri yansıtan devlet anlayışına polis devleti denmektedir.

*Polizeistaat* terimiyle bir Alman hukuk doktrini deyimi<sup>54</sup> olarak ilk kez Almanya'da ortaya atıldığı görülen polis devleti kavramı, toplumsal huzurun tesisi için her türden tedbire başvurabilen, bu yolda bireyleri yükümlü kılarak bireysel hak ve özgürlüklere müdahale etmekte beis görmeyen ve kendini herhangi bir biçimde hukukla bağlı görmeyen devleti ifade etmektedir.<sup>55</sup> Bu meyanda polis devleti, sınırsız ve kontrolsüz bir kamusal güç kullanımını ihtiva etmektedir. Kendini hukuka bağlı hissetmeyip salt güç odaklı olarak hareket eden<sup>56</sup> devlettir. Antik Yunan geleneğinin devamı olarak polis deyimi, geniş anlamıyla kamuyu ilgilendiren tüm devlet faaliyetlerine işaret etmektedir. Devletin bu faaliyetleri yerine getirmekte kullandığı sınırlamalardan ve denetimden yoksun<sup>57</sup> gücü ise, *Polizeigewalt* yani polis kuvveti şeklinde isimlendirilmiştir.

<sup>51</sup> Aristoteles düşüncesinde devleti ifade eden polis, her şeyi kapsama iddiasındadır. Doğan, s. 33.

<sup>52</sup> Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. baskı, İmaj Yayıncılık, 2011, s. 38.

<sup>53</sup> Gözübüyük/ Akıllıoğlu, s. 22. Kuyaksil, s. 32.

<sup>54</sup> Doehring, s. 208.

<sup>55</sup> Günday, s. 37-38.

<sup>56</sup> Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 10. baskı, Siyasal Kitabevi, 2013, s. 116.

<sup>57</sup> Günday, s. 38.

Polis devletinin yönetim tarzı, 'hikmet-i hükümet'<sup>58</sup> düşüncesi ile bağdaştırılabilir. Hikmet-i hükümet, devleti amaç ve kendinde bir varlık olarak değerlendirmektedir. Buna göre devletin hikmeti, hukuk ile bağlı değildir ve ondan önce gelmektedir. Asıl olan devletin varlık ve bekasıdır ve herhangi bir amaç bunun önüne geçemez.<sup>59</sup> Devlet organizasyonunun her icraatı meşru görülür. Herhangi bir ahlaki ya da hukuki sınır çizilmeyen bu icraatın devletin bekasısı için başarı getirecek girişimler olması meşruiyet kazanmaları için yeterlidir.<sup>60</sup> Bu yolda devlet aygıtı için faaliyete bulunanların sorumlu tutulması da mümkün değildir. Kral vb. devlet adamlarından oluşan yönetici sınıfın yargısal bağımsızlığı vardır.<sup>61</sup> Bu yaklaşım, devletin hukuk ile bağlanmasını benimsemediği ve devletten başkasının üstün tutulmasına cevaz vermediği için polis devleti ile uyumaktadır.

Polis devletinde yönetim anlayışı keyfiliğe ve kural tanımazlığa dayanmaktadır. Devlet idaresi, despot bir kralın elindedir. Sınırsız yetkilerle donatılmış olan kral, dilediğini yapabilir. Krala yönetilenler üzerinde tam bir sorumsuzluk tanınmıştır. Nitekim kralın tüm faaliyetlerini, rejimin temsilcisi olarak devlet adına yürüttüğü kabul edilmektedir. Bu yetkinin kaynağı, patrimonyal devlette olduğu gibi mülkiyet değil temsil ettiği ilahi güçtür.<sup>62</sup> Temsil yetkisi ise kralın şahsından doğmaktadır. Kralın egemenlik yetkisini doğrudan doğruya şahsından almasından dolayı devlet ile kralın şahsının birleştiğini söylemek mümkündür.<sup>63</sup> Bununla birlikte kral, yetkilerini patrimonyal devlettekine benzer biçimde kullanmaktadır.

Polis devletinde kamu gücünün tamamı, kral ve onu temsil eden organlar nezdinde toplanır. Devletin başında olan kral, diğer tüm devlet görevlilerini belirler. Bu görevliler, kralın verdiği emirleri, temsilci sıfatıyla uygulamaktadır. Bu yüzden yönetilenlere verdikleri zararlar-

<sup>58</sup> Sancar, hikmet-i hükümet tabiri yerine "devlet aklı" ibaresini kullanmakta ve bu ibare üzerinden kavram analizini yapmaktadır. Bkz. Mithat Sancar, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, 6. baskı, İletişim Yayınları, 2012, s. 13 vd.

<sup>59</sup> Erdoğan, s. 116.

<sup>60</sup> Sancar, s. 48.

<sup>61</sup> Erdoğan, s. 116.

<sup>62</sup> Özay, s. 25.

<sup>63</sup> Hayrettin Yıldız, "Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 2, s. 218.

dan ötürü kral gibi sorumsuz kabul edilirler.<sup>64</sup> Kralın kutsal kabul edilen devlete halel getirmemekle ve devlete yönelik tehlikeli girişimleri önlemekle görevli olduğuna inanılır. Bu durum, öngörülebilir olmayan bir kamu düzenine ve devlet yönetimine yol açmaktadır. Devlet çıkarı gibi muğlak birtakım kavramlara dayanarak alınan emirler sorgulanmaksızın uygulanmakta<sup>65</sup> ve yönetilenlere dikte edilmektedir.

Polis devletinde yöneticilerin yönetilenler üzerindeki her türden eylem ve işlemlerinde mutlak sorumsuzluk esası benimsenmiştir. Hukuki bağlayıcılık anlamında yalnızca egemenin belirlediği kurallar ile Tanrı buyruğu olan dini emirlerden bahsedilebilir.<sup>66</sup> Muktedirin iki dudağı arasından çıkan her söz, sorgusuz sualsiz emir telakki edilir. Bu emirlerin yargı vb. organlar ile ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Bu manada, polis devletinde idari kararlarının yargısal denetiminden bahsedilemez.

Polis devletinde devletin bekası ve kamusal çıkarlar esastır. Bir polis devletinde rejim, kendince lüzumlu addettiği her uygulamaya girişebilir. Bu rejimde, kişisel hak ve özgürlüklerinin öneminden bahsedilmesi mümkün değildir. Özgürlükleri ölçüsüz olarak sınırlamasının ve kişilere ağır yükümlülükler getirmesinin önünde herhangi bir engel yoktur. Tüm bunlar, devlet faaliyetlerinin bir kurallar dizgesi ile işlemediği anlamına gelmemektedir. Bununla kastedilen, daha ziyade mevcut kuralların yöneticileri bakımından sınırlayıcılığının bulunmamasıdır.<sup>67</sup> Her ne kadar polis devletinde belirli kurallara dayalı bir sistemden söz edilebilse de bu kurallar yalnızca yönetilenleri kapsamaktadır. Yönetici sınıf, devletin üstün yararının gözetilmesi gibi gerekçelerle bu kurallardan muaf tutulmuştur.<sup>68</sup>

Esasında polis devletinde mer'î olan bir hukuk sistemi bulunmakla beraber devletin, bu sistemin öngördüğü kurallara tâbi kılınmadığı görülmektedir. Tam da bu yüzden polis devleti, hukuku olan ancak kendisini hukukla bağlı tutmayan devlettir.<sup>69</sup> Bu husus, devletin yetki

<sup>64</sup> Güneş, s. 7.

<sup>65</sup> Kuyaksil, s. 32.

<sup>66</sup> Özey, s. 26.

<sup>67</sup> Kuyaksil, s. 32.

<sup>68</sup> Yıldız, s. 219.

<sup>69</sup> Mehmed Akad/Bihterin Vural Dinçkol, Genel Kamu Hukuku, 7. baskı, Der Yayınları, 2013, s. 318.

alanını kısıtsız olarak genişleterek devlet gücünün kullanımında keyfiliğe ve orantısızlığa yol açmıştır. Böylece mutlak bir rejim ve o rejimin keyfi yetkileriyle donatılmış yönetici sınıfın bireylerin hayatına doğrudan müdahale edebilmesine olanak veren bir keyfi düzen, kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Bu gibi keyfi ve kontrolsüz uygulamaların önünün açıldığı bir ortamda, bireylerin hukuki güvenliğinin tehlike altına girmesi kaçınılmazdır.<sup>70</sup>

Polis devleti dendiğinde daha ziyade hukuk devleti olamamış, eski baskıcı ve otoriter rejimler anlaşılır. Ancak çağdışı bir yönetim anlayışı olan polis devleti uygulamalarının ortadan kalktığını söylemek güçtür. Yakın tarihte ve günümüzde dünyanın farklı coğrafyalarında bu yaklaşımı yansıtan pek çok devlet pratiği<sup>71</sup> ile karşılaşmak mümkündür. Monarşinin hüküm sürdüğü ve otoriteriyenizm ve totaliteriyenizme dayanan idarelere artık doğrudan rastlanmıyor olsa bile bugün de sözde demokratik yöntemlerle siyasi iktidarı elde eden çoğunlukçu yönetimlerin baskıcı rejimlere dönüşebildiği tecrübe edilmektedir.<sup>72</sup>

Polis devleti yaklaşımında önceleri benimsenen katı tutumda esneklikler olmuş ve ilerleyen dönemlerde yönetilenlere kimi hukuki güvenceler sağlanması yoluna gidilmiştir. Kısıtlı da olsa yönetilenlerin yargısal güvenceleri haiz olmalarının önü açılmıştır. Yönetilenlere devlet faaliyetleri nedeniyle uğradıkları zararları tazmin etme hakkı verilmiş ve bunun için yargıya başvurma olanağı getirilmiştir.<sup>73</sup> Hazine teorisi olarak adlandırılan bu uygulamalara hukuk devletine giden yol başlığı altında ayrıca değinilecektir.

## II. HUKUK DEVLETİNİN GELİŞİMİ

Patrimonyal devlet ve polis devleti yaklaşımlarını törpüleyerek hukuk devletine giden yolu belirginleştiren ve olumlu ya da olumsuz uygulamalar olmalarından bağımsız olarak hukuk devletinin geliş-

<sup>70</sup> Akad/Vural Dinçkol, s. 318.

<sup>71</sup> Bu duruma polis devleti niteliğindeki baskıcı iki rejimden örnek verilebilir. Ekim Devrimi sonrası hazırlanan 1922 tarihli Sovyetler Birliği Ceza Kanunu ve Nazizm eseri olan 1935 tarihli Alman Ceza Kanunu'nda, polis devletinin keyfi uygulamalarına karşı bireyin korunması amacıyla geliştirilen "suç ve cezada kanunilik ilkesi" özellikle düzenlenmemiştir. Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, US-A Yayıncılık, 2018, s. 22.

<sup>72</sup> Kuyaksil, s. 32.

<sup>73</sup> Günaday, s. 38.

minde ve esasen ideal hukuk devletinin ne olduğunu tespit etmekte önem arz eden başlıca iki devlet yönetimi pratiğine birer başlık açarak değinmekte fayda vardır. Bunlardan ilki polis devletine karşı olumlu bir gelişme mahiyetinde, yönetilenlere birtakım yasal teminatların sağlanması<sup>74</sup> adımı olarak hazine teorisidir. İkincisi ise hukuk devletinin temel bileşeni olan sistemli kuralları yansıtmakla birlikte pozitivist yaklaşımlar gölgesinde hukuk devleti idealinde geriye gidişi temsil eden bir olumsuz gelişme olarak kanun devleti modelidir.

### A. HAZİNE TEORİSİ

18. yüzyılda Almanya'da geliştirilen hazine teorisi anlayışı, hukuk devleti yolunda katedilen mesafede önemli bir adım olmuştur. Almanca *Fiskustheorie* terimi ile ifade edilen bu sistem ile devletin eylem ve işlemleri sebebiyle zarar gören kişilere yargı makamları nezdinde sağlanan mali nitelikteki hukuki güvenceler kastedilmektedir. Bu yönüyle hazine teorisi, patrimonyal devletin esası olan her şeyin sahibi olan yönetici anlayışından ve polis devletinin yıldırıcı adaletsiz uygulamalarından kayda değer bir kopuşu simgelemektedir. Özellikle polis devletinin kişileri tamamen hukuki korumadan yoksun bırakan yapısının bu dönemde hukuk alanında yapılan kısmi iyileştirmelerle esnetildiği söylenebilir.

Hazine teorisinde kralın şahsi malları ile kamu malları ayırımına gidildiği görülmektedir. Kralın şahsi mülk ve iratları haricinde kalan kamu malları ve kamusal gelirler devlet hazinesine geçirilerek özel hukuka tâbi kılınmıştır.<sup>75</sup> Böylece hazine, özel hukuk tüzel kişisi konumunu haiz olmuş ve yargısal denetimin öznesi haline gelmiştir. Artık devletten ayrı tutulan hazine, özel hukuk bakımından taraf ve hukuk düzeninin öngördüğü kuralların muhatabı olabilmektedir. Döneme hâkim polis devleti ideolojisinin ürünü olan hukuksuz devlet anlayışının hazine teorisi modeliyle aşılma istendiği görülmektedir. Zira hazinenin özel hukuk kişisi yapılması suretiyle hazineye dava açmak, devlete dava açmak olarak değerlendirilmemiştir.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 22.

<sup>75</sup> Günay, s. 38.

<sup>76</sup> Kuyaksil, s. 32.



Hazine teorisinin köklerine Roma hukukunda rastlanmaktadır.<sup>77</sup> Eski Roma'da hazineye imparatorlardan ayrı bir statü tanındığı ve devletin haksız işlemleri nedeniyle hak kaybına uğrayan Romalılara yargı aracılığıyla tazminat hakkı verildiği bilinmektedir.<sup>78</sup> Bu minvalde hazine teorisinin temelinde, devlet faaliyetlerine bağlı olarak kişilerin uğradığı hak kayıplarının tazminat yoluyla giderilmesi yatmaktadır. Devlet müdahaleleri ile ortaya çıkan haksız mali işlemlere karşı özel hukuk hükümleri uyarınca hazine aleyhine dava yolu getirilmiştir.

Kamusal yarar amacıyla hareket eden devletten bunu yaparken yol açtığı zararların tazmin edilmesi düşüncesi, hazine teorisi modelinin esasını oluşturmaktadır. Kişilerin talebi halinde aleyhinde dava açma hakkına sahip oldukları hazinenin kamu kudretinin temsilcisi olarak her türlü denetimden arı tutulan devletten ayrı tutulması ile kimi mali hakların temin edilmesi mümkün olabilmıştır.<sup>79</sup> Hazine teorisi ile hazineyi devletten ayırma fikri, devlet iktidarında bölünmeye yol açtığı gerekçesiyle sakıncalı<sup>80</sup> bulunması rağmen yönetilenlere sağladığı hukuki güvenceler nedeniyle hukuk devleti kavramına geçişte yararlı bir işlev üstlenmiştir. Zira hazine işlemlerinin yargı faaliyetlerine konu olmasının önünün açılmasıyla, kişilerin hak arama özgürlüğü alanında bir kilometre taşı olmuş ve hukuk devletine dair dönüşüme kapı aralamıştır. Hazinenin devlete mündemice ve devlet tüzel kişiliğinin de tek olduğu gerçeği kabullenilmeye başlandıkça hazine teorisi yerini hukuk devleti anlayışına bırakmaya başlamıştır.<sup>81</sup>

## B. KANUN DEVLETİ

Kanun, toplumsal yaşama dair belirli kuralları düzenleyen ve uyulmaması halinde yaptırımların öngörüldüğü yazılı ve biçimsel hükümlerden oluşur. Bu hükümlerin içeriği, her zaman akıl ve ahlak ile bağdaşmayabileceği gibi adil ve doğru olması da yer ve zamana göre değişebilir. Bu yüzden kanunların üzerinde bir hukuk ve adalet gerçeği vardır. Kanunlar, bu ilke ve kuramlardan beslenmelidir. Kanunu da ihtiva eden hukuk, ondan fazlasıdır. Yalnızca yazılı kurallar

<sup>77</sup> Gözübüyük/Akılhoğlu, s. 22.

<sup>78</sup> Yıldız, s. 221.

<sup>79</sup> Günay, s. 38.

<sup>80</sup> Kuyaksil, s. 32.

<sup>81</sup> Günay, s. 39.

formundan ibaret değildir ve kuralların ne kadar adil olduğuyula da ilgilidir.<sup>82</sup> Her hukuk sisteminin hukuk devleti idealiyle uyuşmayacağı<sup>83</sup> açıktır. Hukuk kavramı kanun kavramının ötesinde olduğu gibi, hukuk devleti de kanun devletinin ötesindedir.<sup>84</sup>

Kanun devleti, devlet erkinin yürürlüğe konan kanunlara dayandığı bir devlet anlayışını açıklayan kavramdır. Devletin kudretini elinde tutan siyasi iktidar, çıkardığı kanunlarla devleti düzenlemekte<sup>85</sup> ve devletin hareket alanını tayin etmektedir. Kanun devleti, yönetimi şekillen<sup>86</sup> kanunlara dayanmakla beraber bu kanunların hukukun ilkelerine uyumunun bir kıstas olmadığı ve aynı kanunların hukukun amacı olan adalete ulaşma idealine değil de toplum üzerinde güç devşirmeye hizmet ettiği devlet yapısıdır. Kanunların niteliğinin yani hukuk ve adalet ihtiyacını karşılayıp karşılamadığının bir önemi yoktur. Bu manada kanunların ahlakiliğinden ya da evrensel hukuki standartlara uygunluğundan bahsedilemez. Ayrıca bu kanunların yasalaşma süreci yani anayasal normlarla ortaya konan yasa yapma usullerinin önemi üzerinde durulmaz. Egemen gücün iradesi, kanunların ihdas edilmesi için yeterli görülmektedir. Diğer bir deyişle siyasi iktidara sahip olanın açıkladığı irade, kanun hükmündedir.

Adil toplum düzeni bakımından amaçsal yorumlandığında hukuk devleti ile örtüşmeyen kanun devleti ondan ayırt edilmelidir. Zira kanun devletinde hukukun keyfi<sup>87</sup> kanunlar yoluyla araçsallaştırılması söz konusudur. Üstelik bu hukukun unsuru olan biçimsel yapı yani kurallar silsilesi ile yapılmaktadır. Egemenin çıkardığı kanunlar ile hukukun üstlendiği adaleti sağlama işlevinden uzaklaşır. Kanun

<sup>82</sup> Buna karşı çıkan hukuki pozitivizm, bir kuralın adil olup olmaması üzerinde durmaz ve onun toplumdaki hukukun kaynağı ile illiyet bağına sahip olmasını geçerliliği için yeterli görür. Sururi Aktaş, "Hukuk Devleti İdeali Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, C. 1, S. 1, s. 5.

<sup>83</sup> Erdoğan, s. 117.

<sup>84</sup> Cicero şöyle demiştir: "Topluma en büyük ihanet, kötü yasalar yapmaktır". Özay, s. 47. M.Ö. 1. yüzyılda yaşayan Romalı söylev ustasının bu sözü, hukuk devletinin kanun devletinden farkını vurguluyor.

<sup>85</sup> Hasan Tahsin Göksu, "Kanun Devletinden Hukukun Üstünlüğüne", *Sayıştay Dergisi*, 2007, S. 64, s. 60.

<sup>86</sup> Erdem, s. 34.

<sup>87</sup> Ender Ethem Atay, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti", *Polis Dergisi*, 2003, S. 36, 10 Mart 2022 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden erişildi.

devletin yönetim pratiği, siyasi iktidarın varlığını ve gücünü sürdürmesinde kanunlara başvurularak hukukun aşındırılmasıdır. Yasama yetkisinin antidemokratik usullerle kullanılması suretiyle kanunlar adaletsiz devlet uygulamalarının kılıfı yapılmaktadır. Yönetim organı, yasama faaliyetleri üzerinde hegemonya kurmuştur. Kanunlar, rejimin bu hegemonik gücünün yansıması olarak ideolojik metinlere dönüşmektedir.

Kanun devletinde siyasi iktidarın iş ve işlemleri için yasal dayanaklar getirilmiş olsa da bireylerin demokratik talepleri göz ardı edilmekte, insan hak ve özgürlükleri birer lütuf olarak görülmektedir.<sup>88</sup> Kanunlar, yürürlükte ve geçerli kabul edilse de bunların hukuk ve adalete uygunluğu tartışmaya kapalıdır. Bürokrasi mekanizması yönetici sınıf lehine işletilir. Yargı sistemi ve mahkemeler kanunların çizdiği sınırlarda karar verir. Hukuku manipüle eden siyasi iktidar, kanun yapma gücü ile mevzuat devletine dönüştürdüğü siyasal yapıda baskıcı yönetimini yasallaştırmıştır.

Kanun devleti düşüncesi, devleti kutsayan geleneksel yaklaşımlar ile örtüşür. Bodin, Machiavelli ve Hobbes ile süregelen klasik egemenlik savunuculuğunun bir ürünüdür.<sup>89</sup> Devleti Leviathan yapan Hobbes'un kanunun mantıklı bir öngörü değil emri açıklayan bir irade olduğu savına benzer biçimde, kanun devletinde ahlak ve mantık çerçevesinde sorgulama yapılmaksızın bir emir olması sebebiyle kanuna uyulur.<sup>90</sup> Kanun devletinin mevzuatı, yönetilenlere hukuki güvenceler sağlamaktan ziyade egemene hizmet eder. Hukuk sistemi, kanunlar eliyle devlet kudretini insan odaklı olarak sınırlamaktan ziyade güçlendirmek üzerine işler. Yargısal makamlar, yönetim mekanizmasının güdümüne girmiştir. Yürürlükteki kanuni düzenlemeleri şekli olarak<sup>91</sup> tatbik eden mahkemeler, esasen yönetici sınıfın gücüne boyun eğmiştir. Kanun devleti, hukuka uygun hareket eden devlet demek değildir. Bu halde ancak yönetimi yasalara dayanan şekli hukuk devletinden

<sup>88</sup> Göksu, s. 65.

<sup>89</sup> Göksu, s. 63.

<sup>90</sup> Carl Schmitt, "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", çev. Bilal Canatan içinde Hukuk Devleti, edr. Adnan Küçük, Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan, 2. baskı, Adres Yayınları, 2008, s. 132.

<sup>91</sup> Göksu, s. 60.

bahsedilebilir.<sup>92</sup> Adaletin tesisi için salt kanunlara dayanılmasının ve kanuni çerçevenin dışına çıkılmamasının devletin hukuka özgülenmesinde yeterli olduğu söylenemez. Kanun devletinin yönetim anlayışında hukukun egemen olduğunu söylemek mümkün değildir.

19. yüzyıl sonlarına kadar kanun devleti görünümünde şekli bir hukuk devleti anlayışı hâkim olmuştur. Bu dönemde hukuk devletinin ilk kademesi<sup>93</sup> olarak kanun devleti, siyasi iktidarın kanunla sınırlandırılması bakımından hukuk devletinin gelişimine katkı sağlamıştır. Nitekim *état légal* terimiyle bir Fransız hukuk doktrini olarak kavramlaştırılan kanun devletinin düşünsel kaynağı, Fransız Devrimi'ne dayanmaktadır. Halk egemenliği ve milli irade fikriyatının kaynaklık ettiği bu anlayış demokrasiyle özdeşleşse de zamanla kuramsal boyutunda öngörülenin dışına çıkmış ve çoğunluğun tahakkümü olarak nitelenebilecek bir yönetim tarzına evrilmiştir.<sup>94</sup> Antik Yunan demokrasilerinde saf görünüşleriyle karşılaşılabilecek bu yaklaşım, parlamentoda çıkarılan kanunlar ile toplumun nesne konumuna indirildiği,<sup>95</sup> güçlü konumda olanların devleti tek elden yönetmesi gibi oksimoron bir durumu ortaya çıkarabilmiştir.

Kanun devletinde üstün olan hukuk değil, tıpkı polis devletinde olduğu gibi devlettir. Kanunlar halkı temsil eden meclis tarafından çıkarılsa da bu kanunların ülkedeki hak ve özgürlükleri güvence altına almak gibi bir çabası yoktur. Ortaya konan mevzuatın gayesi, siyasi iktidara itaat gösterilmesini ve rızanın devşirilmesini sağlayarak devlet otoritesini benimsetmektir. Çoğunluktan aldığı güç ile yasama mekanizmasına hâkim olan yönetim, arzu ettiği hedefe ulaşma yolunda istediği yasal düzenlemeyi yapabilir. Böylece milli irade olgusunun ardına saklanmak suretiyle kanuna uygun ancak hukuka aykırı bir durum meydana gelir. Yasal ancak meşru sayılamayacak bu sistem, kanun devletini izah etmektedir.

<sup>92</sup> Erdem, s. 34.

<sup>93</sup> Atay a.g.e.

<sup>94</sup> Adolf Hitler önderliğinde hükümete gelen Naziler, parlamentodan çıkardığı yetki yasaları ile devleti ele geçirmiş ve nasyonal sosyalist diktatörlük dönemini açmıştır. Göze, s. 372. Bundan sonra Hitler'in her istediğinin yasa olduğu bir kanun devleti modeli olarak nasyonal sosyalist devlet ortaya çıkmıştır. Kanun devletinin ne denli tehlikeli bir rejime dönüşebileceğinin somut örneği, Nazi Almanyası'dır.

<sup>95</sup> Göksu, s. 64.

## SONUÇ

Devlet, hukukun üstünlüğü olgusal ve ilkesel olarak geliştikçe demokratik ve özgürlükçü bir anlayışa teslim olabilmıştır. Tarihin kanlı sayfaları arasından çıkıp gelen ve yaşanan haksızlık tecrübelerinin bir ürünü olan hukuk devleti olgusu, adalet, insan onuru ve insan hak ve özgürlüklerine dair mücadelenin de neticesidir. Fikri kökeni oldukça eskilere dayanan bu olgu, klasik zamanlardan bu yana öne sürülen devlet gücünün sınırlı olması gerektiği düşüncesini esas alarak gelişmiştir. İzlerine katmanlı ve karmaşık biçimde Antik Yunan'da ve Eski Roma'da rastlanmakta ve patrimonial devletten polis devletine değin çeşitli ve çetrefilli pratikler ile karşılaşmaktadır. Hukuk devletine dair bu tarihsel kavrayış, modern ve mevcut yaklaşımlara ışık tutmaktadır.

Hukuk devleti, geçerli yasaları olan devlet anlamına gelmemektedir. Bu yönüyle kanun devletinden ayrılır. Hukuk devleti, hukuku olan devletten ziyade hukukun egemen olduğu devlettir. Hukuk devletinin gelişimine dair yönetim anlayışlarının kuvvetler ayrılığı ve devlet fonksiyonlarına etkisine ilişkin şu çıkarımlar yapılabilir: Hak kuramları ve yasaların görünmez olduğu polis devletinde, devlet yönetimi idarecilerin takdirine bırakıldığı için yürütme organı tek erktir. Devlet yönetimini belirleyen yasaları kontrolsüz olarak çıkarma yetkisinin belirli bir zümre tarafından ele geçirildiği kanun devletinde ise yasama organı etkin erktir. Hukuk devletinde öne çıkan erk ise hak ve görevler ile bunları içeren yasaları gözetme ve yorumlamanın yanı sıra devlet yönetimine de hesap sorma yetkilerine sahip yargı organıdır.

## Kaynakça

### Kitaplar

- Ağaoğulları Mehmet Ali/Köker Levent, İmparatorluktan Tanrı Devletine, 7. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2011.
- Akad Mehmed/Vural Dinçkol Bihterin, Genel Kamu Hukuku, 7. baskı, Der Yayınları, 2013.
- Akın İlhan F., Devlet Doktrinleri, 2. baskı, Beta Yayınları, 2013.
- Berktaş Fatmagül, Tarihin Cinsiyeti, 6. baskı, Metis Yayınları, 2018.
- Doehring Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku), Çev. Ahmet Mumcu, 4. baskı, İnkılap Yayınları, 2002.
- Doğan İlyas, Sivil Toplum Anlayışı ve Siyasal Sistemler, 3. baskı, Astana Yayınları, 2013.

- Erdoğan Mustafa, Anayasal Demokrasi, 10. baskı, Siyasal Kitabevi, 2013.
- Göze Ayferi, Siyasal Düşünceler ve Yönetimler, 14. baskı, Beta Yayınları, 2013.
- Gözübüyük A. Şeref/Akılhoğlu Tekin, Yönetim Hukuku, 6. baskı, Turhan Yayınevi, 1993.
- Günday Metin, İdare Hukuku, 10. baskı, İmaj Yayıncılık, 2011.
- Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, US-A Yayıncılık, 2018.
- Kapani Münci, Kamu Hürriyetleri, 7. baskı, Yetkin Yayınları, 2013.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukuku Birinci Cilt, 2. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1944.
- Onar Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları I. Cilt, 3. bası, İsmail Akgün Matbaası, 1966.
- Özay İl Han, Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, 2002.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 15. baskı, Yetkin Yayınları, 2014.
- Rousseau Jean-Jacques, İnsanlar Arasında Eşitsizliğin Kökeni, çev. Aziz Yardımlı, 2. baskı, İdea Yayınevi, 2011.
- Sancar Mithat, "Devlet Aklı" Kıskaçında Hukuk Devleti, 6. baskı, İletişim Yayınları, 2012.
- Sander Oral, Siyasi Tarih İlkçağlardan 1918'e, 27. baskı, İmge Kitabevi Yayınları, 2014.
- Uygun Oktay, Demokrasi Tarihsel, Siyasal ve Felsefi Boyutlar, On İki Levha Yayınları, 2011.
- Wallerstein Immanuel, Modern-Dünya Sistemi II Merkantalizm ve Dünya Avrupa Ekonomisinin Güçlendirilmesi, 1600-1750, çev. Latif Boyacı, Yarı Yayınları, 2012.

## Makaleler

- Aktaş Sururi, "Hukuk Devleti İdealine Felsefi Bir Bakış", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2020, S. 1, ss. 1-32.
- Dikmen Caniklioğlu Meltem, "Hukuk Devletinde Siyasi İktidar ve Yargının Karşılıklı Konumu-İlişkileri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C.10, S. 1, ss. 9-58.
- Erdem Fazıl Hüsnü, "Hukuk Devleti ve 1982 Anayasası", *Liberal Düşünce Dergisi*, 1999, C. 4, S. 16, ss. 32-56.
- Göksu Hasan Tahsin, "Kanun Devletinden Hukukun Üstünlüğüne", *Sayıştay Dergisi*, 2007, S. 64, ss. 59-68.
- Güneş Ahmet M., "Über Die Rechtsstaatlichkeit", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 20, S. 33, ss. 1-17.
- Ilyin Mikhail, "Patrimonialism. What Is Behind the Term: Ideal Type, Category, Concept or Just a Buzzword?", *Redescriptions: Political Thought, Conceptual History and Feminist Theory*, 2015, C. 18, S. 1, ss. 26-51.
- Kuyaksil Ali, "Hukuk Devleti Kavramı ve Türkiye'de Gelişimi", *KSÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2007, C. 4, S. 2, ss. 29-43.

- Misafir Selim, "Modern Zamanlarda Hukuk Devleti Olgusu", *Yargıtay Dergisi*, 2022, C. 48, S. 3, ss. 799-820.
- Schmitt Carl, "Liberal Hukuk Devletinin İlkeleri ve Hukuk Devletinde Kanun Kavramı", çev. Bilal Canatan içinde Hukuk Devleti, edr. Adnan Küçük, Ali Rıza Çoban ve Bilal Canatan, 2. baskı, Adres Yayınları, 2008, ss. 119-145.
- Stein Robert, "Rule of Law: What Does It Mean?", *Minnesota Journal of International Law*, 2009, C. 18, S. 2, ss. 293-303.
- Tamanaha Brian Z., "The History and Elements of the Rule of Law", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2012, ss. 232-247.
- Ülgen Pınar, "Ortaçağ Avrupa'sında Feodal Sisteme Genel Bir Bakış" *Mukaddime*, 2010, C. 1, S. 1, ss. 1-18.
- Yıldız Hayrettin, "Hukuk Devleti'nin Gelişim Sürecinde Mülk Devleti ve Polis Devletinin Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, C. 15, S. 2, ss. 211-230.

### **Elektronik Kaynaklar**

- Atay Ender Ethem, "İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti", *Polis Dergisi*, 2003, S. 36, 10 Mart 2022 tarihinde <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=781> adresinden erişildi.
- Merriam-Webster, "Patrimonial", Merriam-Webster.com legal dictionary, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://www.merriam-webster.com/legal/patrimonial> adresinden erişildi.
- Türk Dil Kurumu, "Patron", Güncel Türkçe Sözlük, 22 Şubat 2022 tarihinde <https://sozluk.gov.tr/> adresinden erişildi.





# FEDERAL ALMAN ANAYASA MAHKEMESİ ÖRNEĞİNDE ULUSAL MAHKEMELER VE AVRUPA MAHKEMELERİ ARASINDAKİ KOOPERASYON İLİŞKİSİ

THE RELATIONSHIP BETWEEN NATIONAL COURTS  
AND EUROPEAN COURTS: THE GERMAN FEDERAL  
CONSTITUTIONAL COURT AS AN EXAMPLE

A. Füsun ARSAVA\*

**Özet:** Federal Almanya’da ulusal seviyede Federal Anayasa Mahkemesi, federal anayasada yer alan temel hakları temin ederken, on altı eyalette eyalet anayasa mahkemeleri eyalet anayasalarında öngörülen temel hakları temin etmektedir. Bunun yanı sıra AB Divanı, Avrupa Temel Haklar Şartı’nın yirmi yedi AB üyesi devlette, AİHM Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu’nun Avrupa Konseyi üyesi kırk yedi devlette riayet görmesi için çalışmaktadır. Her dört temel hak kataloğu temel hakların temininde benzerlik gösterse de aralarında minimal farklılıklar bulunmaktadır. Temel hakların korunması konusunda dört ayrı seviyede çalışan mahkemelerin aynı amaç için çalışması her zaman başarı getirmemekte, farklı içtihatların oluşmasına yol açmaktadır. Makalede temel hakların korunması bağlamında mahkemeler arasında çatışmaya yol açan farklı içtihat oluşumunu engelleyen mekanizmalara ışık tutulmakta ve değerlendirme yapılmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** AB Temel Haklar Şartı, Temel Hakların İcrası, Åkerberg Fransson Davası, Solange I Kararı, Solange II Kararı, AİHK

**Abstract:** In the Federal Republic of Germany, while the Federal Constitutional Court, at the national level, guarantees the fundamental rights enshrined in the federal constitution, state constitutional courts in 16 states guarantee the basic rights enshrined in state constitutions. Besides, the EU Court ensures that the European Charter of Fundamental Rights is respected in 27 EU member states and the ECtHR guarantees that the European Convention of Human Rights is respected in 47 member states of the Council of Europe. Although all four catalogues of fundamental rights show similarities, there are minimal differences between them. The fact that the courts at four different levels on the protection of fundamental rights for the same purpose does not always bring success

\* Prof. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, mahmutarsava@hotmail.com, ORCID: 0000-0003- 2275-7664

and leads to the formation of different case-laws. The article sheds light on the mechanisms that prevent the formation of different jurisprudence leading to conflict between the courts in the context of the protection of fundamental rights.

**Keywords:** EU Charter of Fundamental Rights, Enforcement of Fundamental Rights, Åkerberg Fransson Case, Solange I Judgment, Solange II Judgment, ECHR

## GİRİŞ

Temel Haklar konusunda AB Hukuku'nda başlangıçta söz konusu olan boşluk zaman içinde AB Adalet Divanı içtihatları ile Maastricht Anlaşması'ndan itibaren ise AB anlaşmalarının normatif dayanağında doldurulmaktadır. Bu bağlamda insan hak ve özgürlükleri alanında uzman bir mahkeme işlevine sahip İnsan hakları Mahkemesi içtihatları AB Adalet Divanı'nın temel haklara ilişkin içtihatları ve AB üyesi devletlerin anayasa mahkemelerinin temel haklara ilişkin kararları arasında uyumsuzluğu önlemek amaçlı olarak mahkemeler arasında bir iş birliği gerekliliği doğmuştur. Makalede AB Hukuku'nun temel haklar konusunda tamamlanmasında lokomotif rolü oynamasına istinaden Federal Alman Anayasa Mahkemesi ile Alman İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel haklara ilişkin iş birliği ilişkisi ele alınmakta ve bu ilişkinin dinamik karakteri ortaya konulmaktadır.

Tüm Avrupa ülkelerinde son yirmi yıldır bir Avrupa Anayasası bilinci oluşmuştur. Her bireyin onu devletten koruyan temel haklarının olduğu gibi AB tasarruflarına karşı koruyan temel haklarının da olduğu artık doğal kabul edilmektedir. Temel hakların korunması için birçok devlette anayasa mahkemeleri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra AB Divanı Avrupa Temel Haklar Şartı'nın yirmi yedi AB üyesi devlette, AİHM (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu'nun Avrupa Konseyi üyesi kırk yedi devlette riayet görmesi için çalışmaktadır. Federal yapıya sahip devletlerde bu amaçla birlik seviyesinde ve eyaletler seviyesinde anayasa mahkemeleri bulunmaktadır. Örneğin Federal Almanya'da ulusal seviyede Federal Anayasa Mahkemesi GG'de (Alman Anayasası) yer alan temel hakları temin ederken, on altı eyalette eyalet anayasa mahkemeleri eyalet anayasalarındaki temel hakları temin etmektedir. Bu tablo dört mahkemenin bireylerin temel haklarıyla iştigal etmekte olduğunu, yine dört norm kompleksinin temel haklara koruma sağladığını göstermektedir.

Her dört temel hak kataloğu hakların temininde ve korunmasında benzerlik göstermekle beraber, temel haklara getirilen sınırlama veya bölgesel hakların teminiyle ilgili olarak aralarında minimal farklılıklar bulunmaktadır. Aynı amaca yönelik temel hak koruması ile ilgili olarak, örneğin meslek icra etme serbestisi, mülkiyet hakkı bağlamında bu farklı durum karşımıza çıkmaktadır.<sup>1</sup> Temel haklara ilişkin benzer normatif düzenlemeler gibi anayasa mahkemeleri de aynı temel haklara ilişkin paralel yaklaşım sergilemektedir. Bununla beraber temel hakların korunması konusunda dört ayrı mahkemenin gayret içinde çalışması temel hakların korunmasında her zaman optimal bir sonuç alınmasını sağlamamaktadır. Farklı yargı organları kaçınılmaz olarak farklı içtihatlar oluşturmakta ve bunun sonucu olarak nadir de olsa temel hakların aynı şekilde korunmaması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır İki yahut daha ziyade seviyede benzer yahut aynı temel hakkın geçerli olduğu durumlarda bir mekanizmanın bu çatışmayı önlemesi gerekmektedir. Bu mekanizma ile ya normların uygulanma alanlarının ve mahkemelerin yetki alanlarının kesin olarak birbirinden ayrılması yahut farklı seviyelerdeki içtihatların birbirleriyle uyumlu kılınması gerekmektedir. Mahkemelerin birbirlerinin içtihatlarını dikkate almaksızın verdikleri kararlar temel hakların korunmasına değil, zarar görmesine yol açmaktadır.

### I- Yetkilerin Mutlak Olarak Ayrılması Yöntemi

En basit yöntem mahkemelerin denetim yetkilerinin birbirlerinden kesin olarak gri alanlar bırakmaksızın ayrılmasıdır. Bu yöntem federal olarak organize edilmiş devletlerin anayasa mahkemelerinin ilişkilerinde uygulanmaktadır. Egemen devletlerin halklarının iradesinden (pouvoir constituant) doğan federal anayasalar, birlik ve eyaletlerin yetki alanlarını saptamaları yanı sıra federal temel hakların ve federal anayasa mahkemesi kararlarının önceliğini vurgulamaktadır.<sup>2</sup>

Birbirleriyle çatışan ulusal anayasa normları ve içtihatlar bu şekilde önlenmekte ve sorun tatmin edici bir şekilde çözümlenmektedir. Buna

<sup>1</sup> GG md. 14, fık.1; AİHS-ek protokol 1; Temel Haklar Şartı, md. 17, 1. fık.j; Hessen Eyalet Anayasa'sı md. 4 aynı temel hakka ilişkin minimal farklılıklar içermektedir

<sup>2</sup> BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 96, 345 vd; krş: GG md. 31, 142

karşılık ulusal anayasa mahkemeleri, AB Divanı ve AİHM içtihatlarını uyumlaştırmak kolay gözükmemektedir. Yetki taksimi yönteminin bu mahkemelerin yetkileri bakımından da uygulanması mümkün olmakla beraber, bu yöntemden beklenen fayda tasarruf alanlarının kesiştiği somut durumlarda, bir temel hak kompleksinin bütünüyle devre dışı kalma potansiyeli nedeniyle sınırlı kalmaktadır. Bu bağlamda ulusal egemenliğe istinat eden anayasaların üstünde yetki taksimatı yapabilecek bir başka dayanağın bulunmadığının ve Avrupa mahkemelerinin uluslarüstü hukuka istinat eden anlaşmalarla kurulan mahkemeler olarak yetkilerini söz konusu anlaşma tarafı devletlerin irade uzlaşısından aldığı gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.<sup>3</sup>

### 1- AB Temel Haklar Şartı ve Üye Devletlerin Anayasaları

Avrupa Temel Haklar Şartı kendi uygulama hükümlerine bağlı olarak hüküm ve sonuç doğurur. Şart AB organları için bağlayıcı olarak geçerlidir.<sup>4</sup> AB primer hukukunda yer alan yetki taksimatı ışığında tasarrufta bulunacak AB organları Temel Haklar Şartı'nı kendine esas almakla mükelleftir. AB temel hakları AB Temel Haklar Şartı'nın 51.madde ve devamındaki hükümlere göre üye devletlerde genel ve kapsamlı bir geçerliliğe sahip değildir. AB temel haklarının madde hükmüne göre Birlik Hukukunun üye devletler tarafından icrası bağlamında dikkate alınması gereği nedeniyle AB Temel Haklar Şartı'nın ulusal temel haklarla çatışma olasılığı sadece AB Hukuku'nun icrası bağlamında ortaya çıkmaktadır. AB Temel Haklar Şartı'nın 51. madde, 2. fıkrasında negatif olarak ifade edilen düzenlemede *expressis verbis* AB Temel Haklar Şartı'nın Birlik Hukuku'nun geçerlilik alanını hiçbir şekilde genişletmediği ve yeni yetkiler tesis etmediği vurgulanmaktadır. Bunun anlamı üye devletlerin AB düzenlemeleri çerçevesinde tasarrufta bulunmaları durumunda Birlik temel haklarının üye devletler bakımından geçerli olmasıdır. Bununla beraber Birlik Hukuku'nun üye devletler tarafından icrası kavramının tartışmalara

<sup>3</sup> Krşst.: AB anl. Md. 19; AİHS (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi), md. 19

<sup>4</sup> AB Temel Haklar Şartı md. 51, 1. fık., 1. cümle;  
Pache, Eckhard, Art. 251-281 AEUV, Art. 340 AEUV, Art. 344 AEUV, bkznz.: Christoph Vedder/Wolff Heintschel von Heinegg (Ed.), *Europäisches Unionsrecht*, 2012, md. 19, Rn.8 (Randnummer); Ayşe Füsün Arsava, "Federal Alman Anayasa Örneğinde Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Mahkemeleri arasındaki İş Birliği İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXI, 2017, s.158-198

yol açtığı görülmektedir. Åkerberg Fransson davasında AB Divanı AB Hukuku'nun uygulanma alanında AB Hukuku ile herhangi bir bağlantının ortaya çıkması durumunda AB Temel Haklar Şartı'nın üye devletler bakımından geçerli olacağını kabul etmiştir.<sup>5</sup> Bu yaklaşımın Temel Haklar Şartı'nda yer alan AB Hukuku'nun "üye devletler tarafından icrası" vurgusunu aştığı açıktır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Divan'ın bu kararı üzerine Terörle Mücadele Yasasına ilişkin davada oybirliği ile Divanın söz konusu kararının AB Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesinin ve AB anlaşmasının 6. madde, 2. fıkrasının lâfzı ve ruhu ile bağdaşmadığını karara bağlamıştır.<sup>6</sup> Federal Anayasa Mahkemesi AB Hukuku'nun bağlayıcı olarak düzenlediği somut hukuki ilişkiler bakımından AB Temel Haklar Şartı'nın geçerli olduğunu, buna karşılık bu şekilde nitelendirilemeyecek durumlar bakımından AB Temel Haklar Şartı'nın üye devletler için geçerli olmadığını, Birlik Hukuku tarafından bağlayıcı olarak düzenlenmeyen alanlarda Temel Haklar Şartı'nın geçerliliğinin iddia edilmesinin Divan'ın yargı yetkisini aştığını, bu yetki aşımının ise Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından tanınmayacağını karara bağlamıştır.<sup>7</sup>

## 2- AB Temel Haklar Şartı ve Ulusal Anayasaların Temel Hak Düzenlemelerinin Aynı Somut Durum için Geçerlilik İddiası

AB temel haklarının Birlik Hukuku'nun üye devletler tarafından icrası bağlamında uygulanması problemlere yol açmaktadır. Devletler tasarruflarını kendi anayasalarını esas alarak gerçekleştirir. Devletler bu meyanda AB Hukuku'nu icra ettikleri nispette AB Temel Haklar Şartı'na riayetle mükelleftir. Böyle bir durumda iki temel hak kategorisinin çatışması olasılığı ortaya çıkmaktadır. Temel hakların farklı hukuki sonuçlar öngörmesi durumunda ulusal anayasalarda öngörülen temel hakların hiyerarşisi ve önemi nedeniyle AB Hukuku'nun bu bağlamda genel olarak uygulanma önceliğinin kabul edilmesi mümkün olmamaktadır.<sup>8</sup> Ancak böyle bir temel hak çatışması durumunda

<sup>5</sup> Åkerberg Fransson davası, bkzn.: EuGH (Europäischer Gerichtshof), Rs.( Rechtsache) C-617/10, 26.02.2013 tarihli karar

<sup>6</sup> Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Terörle Mücadele Yasasına ilişkin davada aldığı karar, bkzn.: BVerfGE 24.04.2013, 1 BvR 1215/07, NJW 2013, s.1499

<sup>7</sup> BVerfGE 89, 155,188,209 vd., krş.: Vincze, Attila, Das tschechische Verfassungsrecht stoppt den EuGH, EuR 2013, s.194;

<sup>8</sup> Isensee, Josef, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, bkzn.: Detlef Mer-

supranasyonal hukuk düzeni kendi temel haklarının Avrupa kapsamında geçerliliğini iddia etmektedir. Bununla beraber temel hakların korunmasına ilişkin bölgesel ve ulusal ihtiyaçların farklı olması nedeniyle AB seviyesinde Avrupa çapında supranasyonal ortak bir temel hak düzeni yaratma gibi bir irade bulunmamaktadır.

Bu çerçevede temel hak çatışmalarını önlemeye matuf olarak mahkemelerin yetkilerinin birbirlerinden ayrılması yönteminin fayda sağlayacağı düşünülmektedir. İçtihat yoluyla her iki temel hak kategorisini tatmin eden başka bir çözüm yolunun bulunması gerekmektedir. Bu çözüm yolu aslında AB Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesinde öngörülmüştür. Söz konusu maddede Birlik temel haklarının AB organları için geçerliliği öngörülmekle beraber, Birlik temel haklarının ulusal temel haklara nazaran önceliği öngörülmemiştir. Temel Haklar Şartı'nı redakte edenler Birlik temel haklarının uygulanma önceliği sorununu düzenlememiştir.<sup>9</sup> AB Hukuku'nun uygulanma önceliği Divan'ın içtihadına istinat etmektedir. Birlik temel hakları sekonder hukuktan farklı olarak supranasyonal hukuk düzeninin icrasını değil, temel hakların en iyi şekilde (optimal) korunması hedefini gütmesi nedeniyle uygulanma önceliği talep etmemektedir. Temel Haklar Şartı'nda güdülen amaç temel hakların optimal düzeyde korunmasıdır. Bu yaklaşıma göre optimal koruma sağlayan temel hakların istinat ettiği hukuk düzeninden bağımsız olarak diğerine nazaran önceliğe sahip olması gerekmektedir. Ancak AB Temel Haklar Şartı'nın 51. maddesinde yer alan açık düzenleme implied powers doktrinine istinat ettirmek istenen Birlik temel haklarının önceliği tezine karşı engel oluşturmaktadır. Divanın Birlik Hukuku'nun uygulanma önceliği için dogmatik seviyede geliştirdiği içtihadın bu nedenle Birlik ve ulusal temel hak uyumsuzluğuna çözüm getirmesi mümkün değildir.

Somut durumda geçerlilik iddiası içinde olan iki temel hak kategorisi arasındaki rekabetin optimal koruma sağlayan temel hak kategorisi lehine çözümü için en sağlıklı yöntem Divan ve anayasa mahkemesi arasında bir diyalogun kurulması olsa da, anayasal kimliğin

---

ten/Hans-Jürgen Papier (ed.), Handbuch der Grundrechte, Band II, 2006, §25, Rn.31 vd.

<sup>9</sup> EHLERS, Dirk, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, §14, Rn.51, bkz.: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Teil 4, 3. Auflage, 2009, de Gruyter Lehrbuch,



ve temel hakların özünün korunması kaygısı Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin halkın iradesine istinat eden anayasal temel haklara demokratik meşruiyeti dolaylı olarak sağlanan supranasyonal temel haklara nazaran öncelik vermesine yol açmıştır.<sup>10</sup>

## II- Mahkemeler Arasında İş Birliği Yöntemi

Temel hakların en iyi şekilde temin edilmesi mahkemeler arasında iş birliğini gerektirmektedir. Bu çerçevede mahkemelerin temkinli davranmaları ve aralarında diyalog kurmaları her iki temel hak kategorisinin çatışmasını önleyen en rasyonel yöntem olarak kabul edilmektedir.

### 1- Mahkemelerin Temkinli Davranmaları

Mahkemelerin sorumluluk bilinci içinde temkinli davranmaları, yetkilerini özenli ve diğer mahkemenin yetkilerine saygı içinde kullanması anlamını taşımaktadır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu yöntemi Solange II kararında AB Divanı'nın içtihatlarında Alman anayasasında öngörülen temel haklara özünde saygı gösterdiği nispete GG ışığında temel hak denetimi yapmayacağını, dolayısı ile kendi içtihadını oluşturmayacağını ifade ederek uygulamıştır.<sup>11</sup>

Temel Haklar Şartı'nın icrası bağlamında iki temel hak kategorisinin çakışması durumunda bu kez belki AB Divanı iş birliği yaklaşımı ile temel haklar konusunda uzman mahkeme olan anayasa mahkemeleri AB temel haklarına özünde saygı gösterdiği nispete temel haklar Şartı'na istinat eden kendi içtihadını oluşturmaktan geri duracağını bir "Solange" kararı vererek dile getirebilir.

Divanın böyle bir "Solange" kararı Birlik temel haklarının yorum ve icrası bağlamında sahip olduğu yetkilerden bütünüyle vazgeçmesi anlamını taşımayacaktır. Divan Birlik organları ile ve anayasa mahkemesi olmayan yahut yeterli içtihadı olmayan diğer üye devletlerle

<sup>10</sup> Anayasal kimliğin korunması: bkz.: Vosskuhle, Andreas, Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, s.1, 6 vd.; Temel Hakların Özünün Korunması Kaygısı: bkz.: BVerfGE 102,147,164; Federal Alman Anayasa Mahkemesince tanınan öncelik: bkz.:BVerfGE 89, 155,169; 123, 267, 364 vd.

<sup>11</sup> BVerfGE 73, 339

ilişkilerinde yetkilerini kullanmaya devam edecektir. Mahkemeler arasındaki kooperasyon çerçevesinde uygulanacak geri durma (temkinli davranma) yöntemi ile AB Divanı temel haklar alanında içtihat oluşturmaktan geri dururken ulusal anayasa mahkemeleri Birlik temel haklarını değerlendirmelerine esas alarak bireyler bakımından temel hak korumasını optimize edecektir. Bu yöntem ile AB Divanı temel haklar alanında genel olarak içtihat oluşturmaya üstlenmek yerine sadece muayyen temel haklara koruma sağlayacaktır. AB Divanı bir anayasa mahkemesi gibi temel hakları korumak üzere yetkilendirilmemiştir. Divan nezdinde örneğin anayasa şikâyeti davası açılmamaktadır. Uzman personel eksikliği nedeniyle bu tür davaların ayrıca Divanı zorlaması kaçınılmazdır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi örneğinde olduğu gibi ulusal anayasa mahkemeleri buna karşılık bireylerin açtıkları anayasa şikâyeti davalarına bakmakta ve kendilerini bireylerin temel haklarını devletin müdahalelerine karşı korumakla görevli görmektedir.

## 2- Mahkemeler arasında diyalog yöntemi

Divanın bu tür bir “Solange” kararı mahkemeler arasında kooperasyonun bir başka boyutu olan diyaloga yol açabilir. Mahkemeler arasındaki diyalog diğer mahkemenin kararlarının, gerekçelerinin dikkate alınmasını sağlayarak temel hakların korunmasını optimize edebilir. AB’nin Çalışma Usulleri Hakkındaki Anlaşma’nın 267. maddesi muvacehesinde AB Adalet Divanı’na yapılan ön karar başvurusunda olduğu gibi bu yöntem Divana bir taraftan Birlik temel haklarına ilişkin hukuki görüşünü oluşturma olanağı verirken, diğer taraftan da ilgili ulusal temel hakkın yorumunu ulusal anayasa mahkemesinden isteme olanağı verme potansiyeline sahiptir. Her iki mahkemenin aynı yahut benzer temel hakka ilişkin yorumları ortak bir temel hak içtihadının oluşmasını sağlayacaktır. AB Hukukunda ulusal mahkemelerden görüş alınması açıkça öngörülmüş olmamakla beraber, yasaklanmış da değildir. Prosedürün şekillendirilmesi Divanın takdirindedir. Bu tür bir olanak AİHM ve AB Divanı ilişkisinde Divan lehine kabul edilmiştir.<sup>12</sup> Bu yöntemin Divan ve anayasa mahkemeleri ilişkisinde de uygulanması mümkündür.

<sup>12</sup> Uerpmann-Wittzack, Robert, Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK (Europäische Menschenrechtskonvention), EuR-Beiheft 2012, s.167.170.178 vd.

### III- AİHM'nin Anayasa Mahkemeleri ile İlişkisi

AİHM'nin anayasa mahkemeleri ile ilişkisi daha karmaşık olarak düzenlenmiştir. AB Anlaşması'nın 6. md., 2. fıkra ve 3. fıkrası AİHM kararlarının Birlik organları bakımından bağlayıcılığından hareket etmekle beraber, AİHM kararlarının üye devletlerde etki doğurması üye devletlerin iç hukukuna transforme edilmesine bağlıdır. AİHK'nun doğrudan geçerli olduğu Konvansiyon devletlerinde AİHM kararları iç hukukta aynı şekilde doğrudan geçerli olmaktadır. Bu ülkelerde ulusal anayasa mahkemeleri AİHK hükümlerini ulusal hukuk gibi vatandaşlarının korunması için uygulayabilir ve yorumlayabilir. Konvansiyonun iç hukukta geçerliliği transformasyona bağlı ülkelerde ise konvansiyon, konvansiyonu iç hukuka aktaran Parlamento tasarrufunun kapsamına göre geçerli olmaktadır. Bu transformasyon tasarrufu AİHK'nun ve AİHM'nin kararlarının iç hukuktaki hiyerarşisini ve etkisini belirlemektedir. Federal Almanya'da örneğin Konvansiyon anayasanın 59. maddesine göre iç hukuka basit bir federal kanun olarak ithal edilmiştir.<sup>13</sup> Bunun sonucu olarak Konvansiyon iç hukukta anayasa hukuku hiyerarşisine değil, kanun hiyerarşisine sahiptir. Ulusal mahkemeler Konvansiyonu insan hakları içeriği nedeniyle daha özel mütalâa edilse de Konvansiyon iç hukukta herhangi bir federal kanun gibi geçerlidir.<sup>14</sup>

AİHK (taraf devlet sayısı şu an için 47'dir) insan haklarını asgari bir seviyede temin etmek amacıyla yapılmıştır. Bu nedenle de AİHK'nun iç hukukta herhangi bir federal kanun gibi kategorize edilmesi uygun görülmemektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Konvansiyonu iç hukuka transforme eden federal kanuna insan hakları içeriği nedeniyle diğer basit kanunlar içinde özel bir yer vermiş ve mahkemelerden Konvansiyonun değerlerine saygı gösterilmesini, anayasa hukukunun izin verdiği nispette Konvansiyonda üye devletler için öngörülen yükümlülükleri yerine getirmelerini istemiştir.<sup>15</sup> Bu şekilde Konvansiyon iç hukukta sadece soyut bir geçerlilik değil, fiilen de basit kanunlara göre önemli bir ağırlık kazanmıştır.

<sup>13</sup> bkz.: BGBl II, 1952

<sup>14</sup> BVerfGE 111, 307, 324 vd.

<sup>15</sup> BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 317 ve BVerfGE 111, 307, 327, 329; 128, 326, 371

Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu yaklaşım içinde AİHM ile diyalog içindedir. Anayasa Mahkemesi AİHM'nin insan hakları konusunda farklı sonuçlar doğurabilecek yeni içtihatları muvacehesinde yeniden anayasa şikâyeti yapılabileceğini kabul etmektedir.<sup>16</sup> Bu şekilde AİHM Federal Alman Anayasa Mahkemesi için mülâhazalarını ve gerekçelerini değerlendirmelerine esas kabul ettiği bir diyalog partneri haline gelmiştir. AB Divanı AİHM'den sahip olduğu rol nedeniyle Avrupa'da tüm konvansiyon devletlerinde yüksek bir insan hakları standardı yaratmasını değil, Konvansiyon tarafı tüm devletlerin ülkelerinde insan hakları alanında asgari bir standart oluşturmasını beklemektedir.<sup>17</sup>

Federal Alman Anayasa Mahkemesi ve AİHM arasındaki diyalog bu bağlamda pozitif olarak gelişmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi spekülasyona açık birçok durumda Strasburg Mahkemesine nazaran farklı hukuki görüş kabul etmiş ve uygulamıştır.<sup>18</sup> Konvansiyon devletlerinin temel hakların korunması alanında sahip olduğu ulusal özellikler AİHM'nin "margin of appreciation" yaklaşımı ile kendi içtihadını oluşturmaktan geri durmasına yol açtığı görülmektedir.<sup>19</sup>

#### IV- Bölgesel Temel Haklar Alanında İş birliği

Bölgesel temel haklar oldukça sık görülmektedir. Avrupa Temel Haklar Şartı örneğin çok sayıda sosyal temel haklar ve kapsamlı eşitlik hakları içerirken, Alman Anayasası'nın da dahil olduğu birçok anayasa bu tür hakları içermemektedir.<sup>20</sup> Temel hakları ilgili halkın tarihi tecrübesi ışığında oluşan anayasalar için aynı durum geçerlidir. Örneğin GG'de basın özgürlüğü çok kapsamlı olarak korunurken, memurlara kamu alanında çalışan bir grup olarak özel temel haklar verilirken, işçilerin çalışma koşulları ve ücret tarifesi geleneksel olarak işverene

<sup>16</sup> BVerfGE 128, 326, 364 vd.

<sup>17</sup> Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina, Europäische Menschenrechtskonvention, 5.Aufl. 2012, §3, Rn.11

<sup>18</sup> BVerfGE 92, 91, 107 vd. ("Fernverkehrabgabe"); BVerfGE 120, 180 ("Caroline von Monaco III"); krş.: BVerfGE, NVwZ 2004, s.852, 853 vd.

<sup>19</sup> EGMR (Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte), 7.12.1976-5403/72 (Handyside/Großbritannien), z.47 vd.; krş.: Grabenwarter/Pabel §18, Rn.20 vd.

<sup>20</sup> Avrupa Temel Haklar Şartı'nın IV. bölümünde yer alan 27-38.maddelerinde yer alan haklar. Avrupa Temel Haklar Şartı'nın III.bölüm 20-26 maddeleri.

ve sendikalara bırakılmakta ve devlet devre dışı bırakılmaktadır.<sup>21</sup> Federal devletlerin eyaletlerinde sıklıkla özel, bölgesel koşullara bağlı temel haklar bulunmaktadır. Örneğin Alman Eyalet Anayasalarında vatanla,<sup>22</sup> belli eğitim kurumları ile ilişkiler bağlamıyla,<sup>23</sup> sporun teşviki bağlamıyla,<sup>24</sup> kültürün teşviki bağlamıyla,<sup>25</sup> azınlıkların korunması bağlamıyla ilgili haklar bulunmaktadır.<sup>26</sup> AİHK özel temel haklar içermemektedir. Bunun nedeni Konvansiyonun tüm temel hakları değil, sadece evrensel insan haklarını asgari ölçüde temin etme iradesine sahip olmasıdır.

Ulusal veya bölgesel özel temel hakların kendi özellikleri nedeniyle ilave ve daha kapsamlı koruma sağlamaları çok nadir olarak farklı mahkemelerin kararları arasında çatışmaya yol açmaktadır. Bununla beraber temel hakları optimal olarak korumak isteyen mahkemelerin bireylerin özel durumlarını dikkate alması gerekmektedir. Avrupa çapında yahut ulusal çapta faaliyet gösteren mahkemeler ancak sıklıkla bölgesel haklar bakımından söz konusu riskleri veya tarihi tecrübele-ri göz ardı etmektedir. Federal devletlerde ilk sırada eyalet anayasa mahkemeleri, üniter devletlerde ulusal anayasa mahkemeleri temel hakları temin etmekle sorumludur. Temel haklar ulusal anayasa mahkemelerinin varlığının nedenini oluşturmaktadır.

## SONUÇ

AB Divanı'nın ve AİHM'nin temel haklara ilişkin yetkilerini kullanmaktan geri durmaları ulusal yahut bölgesel temel haklara kendi norm alanlarında alan açmaktadır.<sup>27</sup> Temel Haklar Şartı'nın 52. madde, 6. fıkrası bu yaklaşımı benimseyerek, üye devletlerin hukuki düzenle-

<sup>21</sup> Alman Anayasası basın özgürlüğü maddeleri, GG md.33, fık.4; GG md.9, fık.3

<sup>22</sup> Baden-Württemberg Eyaleti anayasası md. 2, fık. 2; Sachsen Eyaleti anayasası md. 5, fık.1, cümle 2

<sup>23</sup> Bavyera Eyaleti anayasası md. 128,164, 166; Brandenburg Eyaleti anayasası md. 29; Sachsen. Eyaleti anayasası md. 106

<sup>24</sup> Baden- Württemberg Eyaleti md.3c; Berlin Eyaleti anayasası. md. 30, fık. 3

<sup>25</sup> Nordrhein Westfalen Eyaleti anayasası md. 18, fık 1,2; Saarland Eyaleti anayasası md.34

<sup>26</sup> azınlıkların korunması: Sachsen Eyaleti anayasası md. 5; Brandenburg Eyaleti anayasası md. 25, Schleswig-Holstein Eyaleti anayasası. md. 5, fık. 2; Rheinland-Pfalz Eyaleti anayasası md. 17

<sup>27</sup> Jarass, Hans Dieter, Charta der Grundrechte der EU, 2.Aufl. 2013, Rn.83 vd.

melerine ve geleneklerine tüm kapsamıyla saygı gösterilmesini öngörmektedir. AİHM bu çerçevede hassas davranmakta ve insan hakları için sadece temel bir standart öngörmekte ve üye devletler arasında temel hakların himayesi bakımından açık bir farklılık bulunması halinde margin of appreciation'ı aktive etmektedir.<sup>28</sup> Mahkemelerin temel haklara ilişkin yetkilerini kullanırken temkinli davranmaları ve aralarında diyalog kurmaları temel hak korumasının optimize edilmesinde bir gerekliliktir. Mahkemeler arasında kooperasyon diğer mahkemenin dinlenmesini, farklı hukuki gerekçelerin öğrenilmesini, kendi içtihadını oluştururken temkinli olmayı icap ettirmektedir. Mahkemeler arası diyalog temel hakların tek tip kılınması yahut aynılaştırması söz konusu olmaksızın ve ulusal, bölgesel özellikler göz ardı edilmeksizin Avrupa'da temel haklara asgari bir koruma ve hukuki güvence sağlayacaktır.

## Kaynakça

### Makaleler

- Arsava, Ayşe Füsün, "Federal Alman Anayasa Örneğinde Ulusal Mahkemeler ve Avrupa Mahkemeleri Arasındaki İş birliği İlişkisi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXI, 2017, s.158-198
- Ehlers, Dirk, "Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, §14, Rn.51", *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, Teil 4*, 3.Auflage, 2009, de Gruyter Lehrbuch,
- Uerpmann-Witzack, Robert: "Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK", *EuR-Beiheft* 2012, s.167.170.178 vd.
- Vincze, Attila: "Das tschechische Verfassungsrecht stoppt den EuGH", *EuR* 201, s.194;
- Voskuhle, Andreas: "Der Europäische Verfassungsgerichtsverbund", *NVwZ* 2010, s.1, 6 vd.

### Kitaplar:

- Grabenwarter Christoph/Pabel Katharina, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5.Aufl. (Auflage-bası) 2012, §3, Rn.11
- Isensee Josef, Positivität und Überpositivität der Grundrechte, Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (ed.), *Handbuch der Grundrechte*, Band II, 2006, §25, Rn.31 vd.
- Jarass Hans Dieter, *Charta der Grundrechte der EU*, 2.Aufl. 2013, Rn.83 vd.
- Pache Eckhard, Art. 251-281 AEUV, Art. 340 AEUV, Art. 344 AEUV, Vedder, Christoph / von Heinegg, Wolff Heintschel (ed.), *Europäisches Unionsrecht*, 2012, md. 19, Rn.

<sup>28</sup> EGMR, 7.12.1976 - 5493/72 Handyside/ Großbritannien, z.47 vd.