

# SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

OCAK  
ŞUBAT  
MART  
2018

**SAYI**

**1**

**TCHD**

TÜRK  
CEZA HUKUKU  
DERNEĞİ  
TARAFINDAN  
ÜÇ AYDA BİR  
YAYIMLANIR.

**SUÇ VE CEZA**  
**CRIMEN E POENA**

**CEZA HUKUKU DERGİSİ**

ISSN: 1308-0474

**Sahibi**

**Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına**

Av. Mehmet İpek

**Genel Yayın Yönetmeni**

Prof. Dr. Köksal Bayraktar

**Sorumlu Müdür**

Av. Mehmet Oral

**Yayın Kurulu**

Doç. Dr. Güçlü Akyürek/Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan

Av. Tuğçe Duygu Köksal/Arş. Gör. Aras Turay

Arş. Gör. Yeşim Yılmaz/Av. Müşerref Gözde Kaya

**Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat/Prof. Dr. Köksal Bayraktar

Prof. Dr. Erdener Yurtcan/Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek/Doç. Dr. Hasan Sınar

Dr. Sinan Altunç/Dr. Asuman Aytekin İnceoğlu

Dr. Barış Erman/Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan

Av. Kemal Kumkumoğlu/Av. Fikret İlkiz

Av. Hasan Fehmi Demir/Av. Dr. Salih Oktar

**Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği**

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

**İletişim Adresi**

Türk Ceza Hukuku Derneği

Lale Sokak, No: 15

1. Levent - İstanbul

**Basım Yeri**

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.

Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2

Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.

Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

**Basım Tarihi**

Mayıs 2018

---

# İçindekiler

---

|   |            |   |
|---|------------|---|
| İNSAN HAKLARI AVRUPA HUKUKU<br>BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE<br>OLAĞANÜSTÜ HAL  | <b>1</b>   | Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU<br>Dr. Christelle PALLUEL |
| YARGITAY KARARLARINDA TOPLUMSAL<br>CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ:<br>"ERKEKLER LEHİNE<br>İŞLEYEN HAKSIZ TAHRİK KURUMU" | <b>25</b>  | Av. Hülya AKSAKAL   |
| UZLAŞTIRMA  | <b>47</b>  | Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK                                    |
| NEFRET SUÇU MAĞDURLARI VE<br>SOSYAL ADALET SORUNU   | <b>55</b>  | Dr. Firdevs Melis CİN                                     |
| GÜLCÜ / TÜRKİYE DAVASI:<br>ÇOCUK CEZA HUKUKU ADINA<br>ATILMIŞ ÖNEMLİ AMA YETERSİZ<br>BİR ADIM                 | <b>67</b>  | Dr. Ayça CİNİÇ-BACHELIER                                  |
| AVRUPA İNSAN HAKLARI<br>MAHKEMESİ'NİN DELFİ KARARI  | <b>95</b>  | Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL                                    |
| GÜNCEL ULUSLARARASI İÇTİHATLAR<br>ÇERÇEVESİNDE İŞYERİNDE İZLEME<br>UYGULAMALARI VE ÖZEL YAŞAMIN<br>KORUNMASI  | <b>115</b> | Ar. Gör. Uğur TABAK<br>Av. Cenk KONUKPAY                  |

---

# İNSAN HAKLARI AVRUPA HUKUKU BAĞLAMINDA TÜRKİYE'DE OLAĞANÜSTÜ HAL\*

---

**Prof. Dr. İbrahim Özden KABOĞLU\*\***

**Dr. Christelle PALLUEL\*\*\***

---

## Özet

15 Temmuz 2016 tarihli başarısız darbe sonrasında Türkiye’de, Anayasa’da öngörülen hak ve özgürlüklerin askıya alınması hakkındaki 15. maddenin uygulanmasıyla olağanüstü hal ilan edilmiştir. Birkaç gün sonra, Türkiye Hükümeti, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, bu metnin 15. maddesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklere dair yükümlülüklerin azaltıldığı bildirmiştir. Bu yükümlülüklerin azaltılmasını teşkil eden düzenlemeler sıkı bir şekilde sınırlandırılmışsa da, bu sınırlama geniş çaptaki insan hakları ihlallerini önlemek için yeterli görünmemekte olup, özellikle şu an için ulusal düzeyde hiçbir etkili başvuru yolu mevcut değildir.

## Abstract

Following the military coup on 15th July 2016, the state of emergency has been proclaimed, leading to the implementation of Article 15 of the Constitution concerning the suspension of the exercise of fundamental rights and freedoms. Several days later, the government of

---

\* Bu makalenin Fransızca dilindeki orijinal versiyonu daha önce “*L’état d’urgence en Turquie à l’épreuve du droit européen des droits de l’homme*” başlığı ile Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme isimli derginin 1 Ocak 2018 tarih ve 113 numaralı sayısının 5 ilâ 27. sayfalarında yayımlanmıştır.

\*\* Anayasa Hukuku Profesörü Anayasa Hukuku Araştırma Derneği Başkanı; 7 Şubat 2017 tarihli Kanun Hükmünde Kararname ile Marmara Üniversitesi’ndeki (İstanbul) profesör olarak çalıştığı görevinden alınmıştır. Fransa’daki çeşitli üniversitelere misafir profesör olarak davet edilmesine karşın, pasaportundan mahrum bırakılması nedeniyle ders verememekte ve uluslararası sempozyumlara katılamamaktadır.

\*\*\* Kamu Hukuku Doktoru, Lumière Lyon 2 Üniversitesi’nde öğretim ve araştırma geçici ataşesi.

the Turkish Republic submitted a notice of derogation to the European Convention on Human Rights as foreseen under Article 15 of the Convention to the Secretary General of the Council of Europe. If the use of those derogation clauses is strictly framed, this framing is not sufficient to prevent massive violations of human rights, especially since there is no effective domestic remedy presently.

15 Temmuz'u 16'sına bağlayan gece Türkiye, 248 kişinin hayatını kaybettiği ve binlerce (2193) kişinin yaralandığı kanlı bir darbe girişiminin hedefi olmuştu. Ertesi gün, mecliste temsil edilen dört partinin yayınladığı ortak bildiriye, Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından: "Bu bildiri, Türkiye'de artık hiçbir şeyin aynı olmayacağını kanıtıdır." şeklinde bir açıklama yapılmıştı. Bir yıl sonra, hukuk devletine saygı bakımından Türkiye'deki durum önemli ölçüde değişmişti. Yıldırımlar, tutuklamalar ve keyfi gözaltılar, binlerce devlet memurunun ihraç edilmesi, adalet üzerindeki baskı... Temel haklara saygı ilkesi ile ilgili olarak onlarca yıl süren ilerlemeden sonra Türkiye Cumhuriyeti'nin endişe verici bir geriye dönüş yaşadığı görülmektedir.

Başarısız darbe girişiminin akabinde, Anayasa'nın 120. maddesi ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının b bendi uyarınca, 20 Temmuz günü olağanüstü hal ilan edilmiştir. Başlangıçta üç aylık bir süre için ülke genelinde ilan edilen bu olağanüstü hal, ilan edildiği tarihten bu yana birden fazla kez<sup>1</sup> uzatılmış olup, 19 Ekim 2017'de<sup>2</sup> yeniden üç ay için uzatılmıştır. Gerekçesini desteklemek için hükümet, terörizm ve özellikle de *darbe* teşebbüsünden sorumlu olduğu belirtilen "Fethullahçı/Paralel Devlet Yapısı" (FETÖ/PDY) örgütü tarafından yaratılan tehditle etkin bir şekilde mücadele etme zorunluluğunu ileri sürmektedir.

1 Olağanüstü halin 19 Ekim 2016 tarihinden itibaren üç aylık bir süre için uzatılmasına ilişkin 11 Ekim 2016 tarihli 1130 sayılı Karar; olağanüstü halin 19 Ocak 2017 tarihinden itibaren yeniden üç aylık bir süre için uzatılmasına ilişkin 3 Ocak 2017 tarihli 1134 sayılı Karar ve olağanüstü halin 19 Temmuz 2017 tarihinden itibaren üç aylık bir süre için yeniden uzatılmasına ilişkin 17 Temmuz 2017 tarihli 1154 sayılı Karar.

2 Nitekim olağanüstü hal, 19 Ocak 2018 tarihine kadar uzatılmıştır. Hükümetin söylemi bakımından ise, en azından Kasım 2019 seçimlerine kadar olağanüstü halin yenilenebileceğinden kaygı duyulmaktadır. Bkz. *Sonuç*

Olağanüstü halin ilan edilmesi ile birlikte, hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını düzenleyen, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 15. maddesi uygulanmaya başlamıştır. Bu maddeye göre; savaş, seferberlik, kuşatma hali veya olağanüstü hal durumlarında hak ve özgürlüklerin kullanımı kısmen veya tamamen askıya alınabilir. Mamafih, bu hükmün uygulaması bir dizi güvencenin getirilmesi ile sınırlandırılmıştır. Olağanüstü halin tesis edilmesine paralel olarak hükümet, 24 Temmuz 2016'da Avrupa Konseyi<sup>3</sup> Genel Sekreterine, Taraf Devletler için istisnai durumlarda, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden sapma imkanı veren, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesine başvurma isteğini bildirmiştir. Bu noktada bir dizi güvence, “sadece savaş durumunda veya ulusun hayatını tehdit eden başka kamusal tehlike” durumunda başvurulabilecek bu hükmün uygulanmasını sınırlandırmaktadır.

7 Kasım 1982 Anayasası ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasına yönelik Avrupa mekanizmasında, olağanüstü halin tesis edilmesi bağlamında hak ve özgürlüklerin sınırlanması ve askıya alınması sıkı bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak gerçek şu ki, bu güvenceler Türkiye'de yaşanan geniş çaptaki insan hakları ihlallerini önlemek için yeterli görünmemektedir (I). Nitekim istisnai durumlardan yararlanan iktidar partisi AKP<sup>4</sup>, hukuk devleti kazanımlarını tehlikeye düşürme riskiyle, kamu kurumlarının ve Devletin<sup>5</sup> yeniden yapılandırılmasını sürdürmekte ve farklı hak ve özgürlüklere zarar veren nitelikte OHAL kanun hükmünde kararnameleri (*décrets-lois*) yoluyla yasama faaliyetlerini yürütmektedir. Bu kanun hükmünde kararnamelerin kabulü, ulusal düzeyde etkili bir hukuk yolu bulunmaması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kendisine yöneltilen taleplerin şimdilik kabul edilemez olduğunu beyan etmesi sebebiyle daha da sorunludur (II).

3 25 Temmuz 2016 tarihli Bildirim – JJ8190C Tr./005-192.

4 2002 yılından beri iktidar olan Adalet ve Kalkınma Partisi.

5 Bkz. İ.Ö. KABOĞLU, “Suppression du régime parlementaire sous l'état d'urgence: remarques sur la modification constitutionnelle 'approuvée' par le referendum du 16 avril 2017”, *Revue des droits de l'homme* [online], Actualités Droits-Libertés, 3 Temmuz 2017 tarihinde internet üzerinden yayınlanmıştır.

## I. Kitlesele insan hakları ihlallerini önlemek için yetersiz kalan olağanüstü hâlin çerçevesi

Anayasa'nın ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddeleri “ikonoklastik”<sup>6</sup> değildir. Gerçekten de, tüm demokrasiler sorunlu zamanlarda kendilerini savunmak için belirli araçlar öngörür ve hakların korunmasını sağlayan diğer araçlar<sup>7</sup> benzer yasal dayanaklara sahiptir. Aykırılık teşkil eden bu koşullar, istisnai durumlarda Devletlerin sınırlı bir süre için insan hakları ile ilgili yükümlülüklerinden kurtulmasına izin verir. Buna karşın, bu olasılık “insan hakları için çok ağır tehdit oluşturmakta olup, bu istisnai zamanlarda insan hakları daha da tehdit altındadır”<sup>8</sup>. Bu nedenle, bu türden Sözleşmesel yükümlülüklerin azaltılmasını öngören hükümler, devletlerin temel hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlülüklerini tam olarak ortadan kaldırmayıp, bu hükümlerin kullanımının çerçevesini sıkı bir şekilde belirlemiştir (A). Ancak, bu sınırlamanın şu anda Türkiye’de kitlesele insan hakları ihlallerini önlemek için yeterli olmadığı görülmektedir (B).

### A. Hak ve özgürlüklere ilişkin yükümlülüklerin azaltılmasını öngören hükümlerin çerçevesi belirlenmiş bir şekilde uygulaması

Hem Türkiye Cumhuriyeti ulusal hukuku (1) hem de İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nden doğan hukuk (2), temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması veya askıya alınması bakımından katı kurallar öngörmektedir.

#### 1. Ulusal hukukta olağanüstü hale başvurmanın çerçevesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nda temel hak ve özgürlüklere ilişkin iki sınırlama rejimi öngörülmüştür. 13. madde<sup>9</sup>, “normal” bir du-

6 X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, 2017, s. 3.

7 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 4. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 27. maddesi. Afrika Şartı’nın özel bir hüküm içermemesi nedeniyle bir istisna olduğu unutulmamalıdır (Bkz. F. OUGERGOUZ, “L’absence de clause de dérogation dans certains traités relatifs aux droit de l’homme: les réponses du droit international général”, *R.G.D.I.P.*, 1994, s. 289).

8 Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l’homme*, PUF, Paris, 2016, 13. Bası, s.232.

9 Anayasa madde 13 uyarınca: “Temel hak ve hürriyetler, ölerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu

rumda meydana gelen sınırlamalara atıfta bulunurken, olağanüstü halin tesisi ile uygulama alanı bulmuş olan 15. madde<sup>10</sup>, istisna halindeki sınırlamalara atıfta bulunmaktadır.

Olağanüstü halin tesis edilmesi için gereken maddi şartlar Anayasa'nın 119<sup>11</sup> ve 120. maddelerinde açıklanmaktadır. Söz konusu durumda, bahsi geçen ikinci hüküm uygulanmıştır. Zira bu hüküm, "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddi belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması hallerinde (...)" olağanüstü hal ilan edilmesini düzenlemektedir.

Olağanüstü hal ilanının şekli koşulları ise 121. maddede<sup>12</sup> düzenlenmektedir. Olağanüstü halin ilanı birçok onay aşamasına tâbidir ve nihayet, "olumlu bir nokta"<sup>13</sup> olarak Parlamento'ya sunulur. 121. madde uyarınca temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlanacağı veya askıya alınacağı, Anayasanın 15. maddesinde ifade edilen ilkelere uygun olacaktır. Sonuç olarak; işbu yükümlülük azaltılması çerçevesinde kabul edilen herhangi bir tedbirin, sadece durumun gerektirdiği ölçüde uygulanması gerekmektedir. Böylece ölçülülük ilkesi, istisnai bir rejim bağlamında uygulanabilir.

---

sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

- 10 Anayasa madde 15'e göre: "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir. Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (...) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."
- 11 Madde 119, tabii afet ve ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanını düzenlemektedir.
- 12 Cumhurbaşkanlığı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulunun (MGK) da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilan edebilir. Bu karar *Resmî Gazete*'de yayımlanır ve TBMM'nin onayına sunulur. Meclis, olağanüstü hal süresini değiştirebilir, Bakanlar Kurulunun istemi üzerine, her defasında dört ayı geçmemek üzere, süreyi uzatabilir veya olağanüstü hali kaldırabilir.
- 13 Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye: Sokağa çıkma yasaklarının yasal çerçevesi hakkında görüş, no. 842/2016, Strazburg, 14 Haziran 2016, CDL-AD (2016)010.



Anayasa'nın 15. maddesi, sapma yapılamayacak olan hak ve özgürlüklerin listesini içermektedir<sup>14</sup>. Bunlar, hiçbir koşulda ve dolayısıyla terörle mücadele kisvesi altında bile zarar görmeyecek “sert çekirdek” insan haklarıdır. Olağanüstü hal kapsamında kabul edilen tedbirler, uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle de saygı göstermelidir. Bu durum, Avrupa Konseyi<sup>15</sup> ve Birleşmiş Milletler'in yetkili organlarını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin istisnaları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü anlamına gelir. Böylelikle, olağanüstü halin tesis edilmesinin ardından, Türkiye Cumhuriyeti yetkilileri, Avrupa Konseyi Genel Sekreterini, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinde öngörülen istisnanın uygulanması konusunda bilgilendirmişlerdir. Bu hüküm aynı zamanda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan hak ve özgürlükler için yükümlülüklerin azaltılmasına ilişkin olarak katı bir sınırlama öngörmektedir.

## 2. Avrupa düzeyinde hak ve özgürlükler için yükümlülüklerin azaltılmasının sınırı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesi, Taraf Devletlere, geçici olarak, sınırlı bir ölçüde ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin denetiminde olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükler için yükümlülüklerin azaltılması yetkisi vermektedir. 1957'den 2017'ye kadar, dokuz Taraf Devlet<sup>16</sup> bu istisna maddesini kullanmıştır.

Türkiye, 1990'lar boyunca çeşitli vesilelerle, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine, “terör eylemlerinin şiddeti ve çeşitliliği nedeniyle”<sup>17</sup> İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile öngörülen yükümlülüklerinin azaltılması isteğini bildirmiş olup, Türkiye Cumhuriyeti yetkilileri, yine terör tehdidiyle ilgili olarak, 24 Temmuz 2016 tarihinde yükümlülüklerin azaltılması ile ilgili maddeyi uygulamaya karar vermişlerdir. Türkiye'de meydana gelen olayların ışığında; 15. madde ile düzenlenen yükümlülüklerin

14 Yaşama hakkı; maddi ve manevi varlığın bütünlüğü hakkı; din, vicdan ve düşünce özgürlüğü hakkı; suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ve masumiyet karinesine saygı.

15 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 15. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak.

16 Arnavutluk, Ermenistan, Fransa, Gürcistan, Yunanistan, İrlanda, Birleşik Krallık, Türkiye ve Ukrayna.

17 İstisna, 7 Ağustos 1990 tarihinde Genel Sekreterlik'te tescil edilen 6 Ağustos 1990 tarihli Türkiye Daimi Temsilciliği'nden bir mektupta yer almıştır.

azaltılması imkânından yararlanmaya istekli olunduğunun ifade edildiği anda, “istisnai ve yakın bir kriz ya da tehlike durumu” gibi bir durumun söz konusu olmaması hali sorgulanabilir<sup>18</sup>. Bu istisnayı uzatma ihtiyacı sorgulandığında; Avrupa Mahkemesi, “madde 15 kapsamında bir ‘kamu tehlikesinin’ birkaç yıl boyunca sürebileceğini” belirten nispeten esnek bir yaklaşım benimsemiştir<sup>19</sup>.

Yükümlülüklerin azaltılması ile ilgili düzenlemeler “sadece durumun gerektirdiği ölçüde” kabul edilebilir. Eğer Taraf Devletler’e kalırsa, “anın acil durumlarıyla doğrudan ve sürekli temas halinde”<sup>20</sup> “gerekli istisnanın niteliğini ve kapsamını” seçmek için, sınırsız güçten faydalanamazlar ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi benimsenen tedbirlerin ölçülülüğünü kontrol eder<sup>21</sup>. Devlet tarafından alınan tedbirler “uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırılık”<sup>22</sup> teşkil etmemelidir. O halde şimdiye kadar, Avrupa Sözleşmesinin 15. maddesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 15. maddesi arasında tam bir uyum vardır.

Sonuç itibariyle; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından korunan bazı haklar, yükümlülüklerin azaltılması kapsamında olan hiçbir hükme konu olamaz<sup>23</sup>. Bu son noktada; her iki 15. maddenin sıkı sıkıya benzer olamayıp, bu durum yükümlülüğün azaltılamayacağı haklar açısından Türkiye için daha geniş kapsamlı yükümlülükler öngörülmesini gerektirmiştir. Bu farklılık, Türkiye’nin, yükümlülüğün azaltılamayacağı hakların listesini<sup>24</sup> içeren Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleş-

18 *Yunan davası* dışında, Devletler tarafından ileri sürülen tehdidin gerçekliği, ne Komisyon ne de Mahkeme tarafından hiçbir zaman yadsınmamıştır. (İnsan Hakları Avrupa Komisyonu., Yunan davası, 5 Kasım 1969 tarihli raporu, § 165).

19 İHAM, Büyük Daire, A. e.a. / Birleşik Krallık, 19 Şubat 2009, § 178.

20 İHAM, İrlanda/Birleşik Krallık, § 207.

21 A. e.a. Birleşik Krallık, Bkz. dipnot 20.

22 Bkz. İHAM, Brannigan & McBride/Birleşik Krallık kararı, 26 Mayıs 1993.

23 15. maddenin 2. fıkrası yaşama hakkından (savaş anında yapılan kanuni fiiller hariç), işkence ve insanlık dışı ya da onur kırıcı muamele ya da ceza yasağından, kölelik yasağından ve “kanunsuz ceza” olmaz kuralından vazgeçilmesini yasaklar. Ek protokollerin kabul edilmesi, bu listeyi zenginleştirmiştir, böylece barış zamanında ölüm cezasını kaldıran Sözleşme’nin 6 No.lu Protokol’ünün 1. maddesindeki herhangi bir istisnai hüküm, Sözleşme’nin 13 No.lu Protokol’ünün 1. maddesinde belirtilen her koşulda ölüm cezasının kaldırılması ve 7 No.lu Protokol’ün 4. maddesi (aynı suçtan iki kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı) yasaklanmıştır.

24 Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nde yer alan dokuz dokunulmaz hakkın listesidir: ayrımcılık yasağı, yaşama hakkı, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağı, köleli-

mesi'ne de taraf olması gerçeğiyle güçlendirilmiştir. Ayrıca, 15. maddenin dokunulmaz hakların bir listesini ifade ediyor olması, sınırlama olmaksızın diğer hak ve özgürlüklerin ihlal edilmesine izin verildiği anlamına gelmemektedir<sup>25</sup>.

Bu nedenle, yükümlülüklerin azaltılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması hiçbir zaman “boş bir çek”<sup>26</sup> veya “açık çek”<sup>27</sup> anlamına gelmeyecek, aksine kesin bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Dolayısıyla, terörizmle mücadelede<sup>28</sup> Devletlerin anlaşmazlık ve haklılıklarını kabul ederken Avrupa Mahkemesi, bu mücadelenin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere uygun olarak yapılması gerektiğini sürekli olarak yinelemiştir. Ancak, Türkiye'deki yetkililer tarafından olağanüstü hal kapsamında 2016 yazından beri kabul edilen tedbirler bu zorunluluğu karşılamamaktadır.

### *B. Demokratik topluma yönelik saldırıları önlemek için yeterli olmayan bir çerçevelene*

Olağanüstü halin 20 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe girmesinden bu yana, hükümet Anayasa'ya açıkça aykırı olan (1) ve hem ulusal hem de Avrupa hukuku tarafından güvence altına alınan (2) birçok hak ve hürriyeti ihlal eden çok sayıda OHAL kanun hükmünde kararname çıkarmıştır. Terörle mücadele için ilan edilen hedefin çok ötesine geçen bu tedbirler<sup>29</sup>, Türkiye'de hukuk devleti için uzun vadeli sonuçlara yol açacak olan devletin yeniden yapılandırılmasının bir parçasıdır (3).

ğın yasaklanması, ceza kanunlarının geriye yürümesi yasağı, kişi olarak tanınma hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı, borç nedeniyle hapis yasağı. 2 No.lu Protokol bu haklara barış zamanında ölüm cezasını kaldırılması hükmünü ilave etmiştir. Bkz. İnsan Hakları Komisyonu, Genel Gözlem no. 29 – Olağanüstü hal (4. madde), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 Ağustos 2001.

25 Dolayısıyla, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadının kanıtlandığı üzere, Sözleşme'nin 5. maddesi ile güvence altına alınan özgürlük ve güvenlik hakkı, her ne kadar dokunulmaz haklar listesinde ifade edilmemiş olsa da, “ ‘demokratik bir toplumda’ büyük önemi olan bir “temel hak” [...]” demektir (İHAM, Büyük Daire, *Medvedyev e.a./Fransa*, 29 Mart 2010, § 76).

26 E. DECAUX, “Propos Introductif”, C.R.D.F., 2007, no. 6, s. 15.

27 X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les grands arrêts du droit des libertés fondamentales*, s. 7.

28 İHAM, Büyük Daire, *Öcalan/Türkiye kararı*, 12 Mayıs 2005, § 104; Büyük Daire, *Ramirez Sanchez/Fransa kararı*, 4 Temmuz 2006, § 86.

29 Devletlerin her türlü tedbiri “ortaya çıkarmak ve süpürmek” için istisnai durumlar kullanma eğilimi hakkında, bkz. J.C. PAYE, “Lutte antiterroriste: la fin de l'État de droit”, *cette Revue*, 2004, s. 61.

## 1. Anayasal olmayan tedbirlerin kabul edilmesi

Olağanüstü hal kapsamında kabul edilen kanun hükmünde karar-nameler, çok sayıda usulsüzlükten muzdarip olup, özellikle üçünün vurgulanması gerekmektedir.

İlk olarak, Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca, toplu ve düzenleyici işlem olan her bir kanun hükmünde kararnamenin çıkarılması, Cum-hurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu toplantısında yapılmalıdır. Ancak uygulamada, Bakanlar Kurulu'nun Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanması sadece belirli bir zamanda gerçekleşir, buna karşın daha sonra birçok kanun hükmünde kararname çıkarılmaya de-  
vam edilir. Nitekim böyle bir uygulama, toplantının eşzamanlılık ilkesi ve bu ortak işlemin hazırlanması ile bağdaşmamaktadır.

İkinci olarak, kanun hükmünde kararnameler düzenleyici işlemler olsa da, on binlerce ismin listeleri kararnameye eklenmektedir. Bu lis-telerde isimleri bulunan kişiler, herhangi bir gerekçeli karar olmaksızın kamu hizmetinden çıkarılmakta, ancak sadece terör örgütü ile bağlantılı olduğu iddia edilen genel bir ifadenin kisvesi altında yer almaktadır. Bu durum, istisnai hallerde dahi, hukukun genel ilkelerine ve Anaya-sa'ya yabancı bir ölçüdür.

Üçüncü olarak, Anayasa'nın 118. maddesine göre Millî Güvenlik Konseyi (MGK) sadece, ulusal güvenlik konusundaki tavsiyesini Ba-kanlar Kurulu'na ileten bir danışma organıdır. Bununla birlikte, MGK, bazı çevrelerin terörist gruplara üyeliğini belirleyen kararların ardındaki yetkili olarak kanun hükmünde kararnamelerde yer almaktadır<sup>30</sup>.

Bu nedenle, usul açısından, kabul edilen tedbirler geçersiz gözük-mektedir. Bu düzenlemelerin içerikleri ile ilgili olarak, söz konusu ka-nun hükmünde kararnameler güvence altına alınan hak ve özgürlüklerle büyük ihlaller oluşturacaktır.

## 2. Güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kitlesel ihlalleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 121. maddesine göre, "Olağanüs-

30 Barış İçin Akademisyenler bildirisinin 11 Ocak 2016'da imzalanması ve/veya Kamu Hizmeti İşçi-leri Sendikasına (Konfederasyona (KESK) bağlı Eğitim-Sen de dâhil olmak üzere) imzalanması, solda olduğu düşünülen on binlerce akademisyen, öğretmen ve kamu görevlisinin görevden alınmasının temel sebebidir.

tü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda, kanun hükmünde kararname çıkarabilir.” Dolayısıyla kabul edilen tedbirler, kesinlikle zorunlu olmalı ve olağanüstü durum ile doğrudan bağlantısı olan kişilerle sınırlı olmalıdır. Somut durumda olağanüstü hal, darbe girişiminden sorumlu terörist eylemlere karşı verilen savaş mücadelesine adanmıştı. Türkiye, çeşitli koşullarda, aşırı geniş ve belirsiz terörizm tanımıyla Avrupa kurumları<sup>31</sup> tarafından eleştirilmiştir. Bununla birlikte, yeni kabul edilen kanun hükmünde kararname ortak bir ölçüden yoksun görünmektedir, çünkü iktidara herhangi bir muhalefet terörizm olarak nitelendirilmektedir.

Bu kanun hükmünde kararnamelerden en çok bilinenler, terör örgütleriyle bağlantıları olduğu iddiasıyla devlet memurlarının ve binlerce öğretim üyesinin<sup>32</sup> görevden alınmasıdır. Bu kanun hükmünde kararname, geniş çaplı ve genel yaptırımlar öngörmektedir; çünkü aynı kanun hükmünde kararname, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olarak yüzlerce hatta binlerce insanı hedef almaktadır. On binlerce devlet memuru bu düzenlemelerden etkilenmiş; ancak sadece kamu sektörü etkilenmemiş, özel sektör alanında özel eğitim kurumlarında (okullar, liseler, üniversiteler) iş çevrelerinde, medyada, spor federasyonlarında vb. maaşlı olarak çalışan kişiler de işten çıkarılmış veya istifa etmeye zorlanmışlardır. Görevinden uzaklaştırılmış kişiler, genellikle darbe girişimi ile ilgili olmayan çok belirsiz gerekçelerle bu durumu yaşamakla birlikte, aslında genellikle politik bir örgütlenmeye, bir sendikaya üye olmaları, bir gösteriye, greve<sup>33</sup> katılmaları veya bir bildiri imzalamaları<sup>34</sup> gibi darbe girişiminden çok daha önceden gerçekleşen olaylara dayanılmaktadır. Kamu hizmetindeki tasfiye böylece; solcular, bazı İslam-

31 Bkz. Söz konusu eleştirinin yinelenildiği Avrupa Komisyonu'nun Türkiye hakkındaki son raporu (SWD(2016) 366 final, Brüksel, 10 Kasım 2016): “Terörle Mücadele Kanunu, kapsam ve tanımları ile ilgili müktesebat ile uyumlu değildir ve uygulaması ciddi temel hak kaygıları doğurmaktadır. Hem ceza hem de terörle mücadele yasaları, Türkiye'nin terörle mücadele kapasitesini azaltmadan İHAM içtihadıyla uyumlu hale getirilmelidir. Uygulamada ölçülülük ilkesi gözlenmelidir” (s. 6).

32 Bu nedenle, üniversitelerde önemli bir öğretim üyesi eksikliğine yol açan kanun hükmünde kararnamelerle 6 binden fazla akademisyen ihraç edildi.

33 Eğitim-Sen üyesi binlerce sendika üyesi öğretim elemanı, bir greve katılımlarından dolayı görevlerinden uzaklaştırılmıştır.

34 Özellikle Barış İçin Akademisyenler Bildirisinin imzalanması (bkz. dipnot no. 30).

cı-muhafazakârlar, liberaller, hatta gazeteciler, avukatlar ve yazarlar<sup>35</sup> gibi askeri darbe girişimiyle hiçbir ilgisi olmayan muhaliflere yayılmıştır. Özellikle belirtmelidir ki, Halkların Demokratik Partisi (HDP)<sup>36</sup>'nin iki eş-başkanın yanı sıra, bazı belediye başkanları ve milletvekilleri gözaltına alınmıştır. Ancak HDP, Nisan 2017'de yapılan anayasa reformu ile tesis edilen kişiselleştirilmiş bir iktidar rejiminin anayasallaştırılmasına şiddetle karşı çıkmıştır<sup>37</sup>.

Terör örgütü ile bağlantılı olduklarından şüphelenilerek kanun hükmünde kararnameyle hedef gösterilen kişiler hakkında dava açılmış olup, içlerinden bazıları halen tutukludur. Birçoğu kovuşturmayı bekleyen ve dosyaya erişim imkânı bulunmayan bu tutuklamalar, ulusal yasalarda<sup>38</sup> ve Avrupa yasalarında<sup>39</sup> güvence altına alınmış özgürlük ve güvenlik haklarını ihlal etmektedir. Avukata erişim hakkı ve mümkünse, avukatla gizli bir şekilde görüşme hakkı ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır. Bu bağlamda, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele iddialarına, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri<sup>40</sup> ve çeşitli STK'lar<sup>41</sup> tarafından işaret edilmektedir. Hâlbuki işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yasağı, dokunulmaz haklar kapsamındadır.

Bu kanun hükmünde kararnamelerden etkilenen bazı kişiler aynı zamanda; pasaportlarından da mahrum bırakılmış olup, bu durum, Türkiye sınırlarını terk etmeyi imkânsız kılmakta ve Avrupa Sözleşmesi'nin 4 No.lu Protokolü'nün 2. maddesinde düzenlenen serbest dolaşım öz-

35 Türkiye Yayıncılar Birliği tarafından yayınlanan (Haziran 2016-Haziran 2017) rapora göre, otuz yayınevi olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesi ile kapatılmış, otuz dört yazar ve yayıncı (20 Nisan 2017 itibarıyla) ve 162 gazeteci ve gazete çalışanı (8 Mayıs 2017 itibarıyla) ve aynı zamanda 1,656 sosyal medya kullanıcısı hapsedildi (detay için, bkz. *Yayıncıların Özgürlüğü Raporu* (Haziran 2016-Haziran 2017), Türkiye Yayıncılar Birliği/ Turkish Publishers Association, İstanbul, Mayıs 2017). Aynı şekilde Bkz. J. MARCOU, "Turkey: Erdoğan a utilisé le coup d'État pour renforcer ses pouvoirs", *Le Figaro*, 15 Temmuz 2017.

36 Kürt partisi, sosyalist ve laik olan HDP, Meclis'teki ikinci muhalefet partisidir.

37 Bkz. *Sonuç*.

38 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 19 ve 38. maddeleri.

39 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesi.

40 İnsan Hakları Komiseri, "Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey", İnsan Hakları Komisyonu(2016)35, Strazburg, 7 Ekim 2016.

41 Özellikle bkz. Human Rights Watch, "Turkey, les décrets relatifs à l'état d'urgence facilitent le recours à la torture", 25 Ekim 2016.

gürlüğü ilkesini ihlal etmektedir<sup>42</sup>. Ayrıca bu kişiler, kamu idaresinde veya ona bağlı kurumlarda görev almaktan kalıcı olarak men edilmiş olduğundan, artık sosyal güvenlik sistemine erişimleri de bulunmamaktadır. Bu kanun hükmünde kararnamelerle hedef gösterilen kişilerin aileleri de, aynı şekilde bu çeşitli tedbirlerden etkilenmekte olup, bu durum yine cezaların şahsiliği ilkesi ile birlikte, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile çelişki yaratmaktadır.

STÖ'ler, sendikalar ve medya da usul kurallarına uyulmaksızın kapatılmış veya feshedilmiştir. Bu kapatmalar ve fesihler, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin bazı hükümleri ve esas olarak 10 ve 11. maddeler ve 1 No'lu Protokolün 1. maddesi uyarınca oldukça sorgulanabilir niteliktedir. Zira bu kapalı kuruluşların varlıkları ele geçirilip, Mevduat Sigorta ve Garanti Fonu'na devredilmektedir. Yaklaşık 150 medya kuruluşunun kapatılmasının ardından, 100'den fazla gazeteci hali hazırda tutuklu bulunmakta ve bu da Türkiye'yi tutuklamada dünya rekoru sahibi yapmaktadır<sup>43</sup>. STÖ'ler<sup>44</sup>, Avrupa kurumları<sup>45</sup> ile uluslararası kurumlar, Türkiye'deki medyanın durumunun bugün endişe verici olduğu konusunda hemfikirdir.

Yerel, ulusal veya uluslararası STÖ'ler, aynı zamanda olağanüstü hal-lerde ağır bir yük taşımaktadır. Türkiye'de devam etmekte olan baskıya ilişkin sembolik bir olay olarak; Uluslararası Af Örgütü Türkiye direktörü İdil Eser de dâhil olmak üzere, Uluslararası Af Örgütü seminerinin on katılımcısı 5 Temmuz 2017'de tutuklanmıştır<sup>46</sup>. Dolayısıyla, bu durumda da, mesele, yalnızca terörle mücadele etmek değil; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin de belirttiği üzere, uyumsuz her türlü sesi susturmak olup, Konsey bu konudaki endişesini; "olağanüstü halin, yal-

42 Böylece, akademisyenler, örneğin, artık yabancı üniversitelerde çalışamaz veya uluslararası bilimsel ve profesyonel etkinliklere katılamazlar.

43 Sınır Tanımayan Gazeteciler, "Sous l'état d'urgence: une année noire pour les journalistes en Turquie", 13 Temmuz 2017.

44 Bkz. Human Rights Watch, "Silencing Turkey's Media", 15 Aralık 2016; Amnesty International, "Turkey: Massive crackdown on media in Turkey" (EUR 44/5112/2016).

45 İnsan Hakları Komiseri, "Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey", CommDH(2017)5, Strazburg, 7 Ekim 2016.

46 Bu kişilerden dokuzu hapsedildi, diğer ikisi de şartlı tahliyle serbest bırakıldı. 17 Ekim 2017'de, İstanbul Mahkemesi, aleyhlerindeki iddianameyi kabul etti. 25 Ekim'de yapılan ilk duruşmada, sekiz kişi şartlı tahliyle serbest bırakıldı. Uluslararası Af Örgütü Başkanı Taner Kılıç, tutuklu olarak alıkonuldu.

nızca darbe yapılmasına iştirak etmiş devlet kurumlarında görev yapan kişilerin dışlanması hizmet etmeyip, aksine demokratik bir toplumun temellerini baltalama riskiyle, tüm muhalif sesleri susturmaya ve sıradan vatandaşlar ve akademisyenler ile bağımsız sivil toplum örgütleri (STÖ) ve medya arasında bir korku iklimi yaratmaya hizmet etmekte olduğu<sup>47</sup> şeklinde dile getirmiştir.

Bu durum aslında, olağanüstü halin Türkiye’de ortaya çıkmasından bu yana İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin anladığı şekilde “demokratik bir toplum” kavramının kötülenmesidir. Zira terörle mücadelede gerekli tedbirleri almakta kendisini sınırlamaktan uzak olan hükümet, devletin yeniden yapılandırılmasını gerçekleştirmektedir.

### 3. Devlet’in ve kamu kurumlarının yeniden yapılandırılması

Kanun hükmünde kararnamelerle kabul edilen tedbirler, terörle mücadele için olağanüstü halin ilan edildiği esnada resmi olarak açıklanan amacın çok ötesine geçmektedir.

İlk unsur bu gözlemi desteklemektedir. Geçici bir bakış açısından hareketle, olağanüstü hal çerçevesinde alınan tedbirlerin süreli olması ve istisnai rejimin süresiyle sınırlı olması amaçlanmıştır. Bununla birlikte, başarısız olan darbeyi takiben kararlaştırılan düzenlerce tedbirin uzun vadeli etkilerinin olması muhtemeldir. Keza, birçok kamu kurumunu etkileyen yeniden yapılanma, olağanüstü hal döneminin çok ötesinde etki yaratacak süreklilik özelliği taşıyan bir tedbirdir. Bu bağlamda adalet, bu yeniden yapılanmanın “önemli bir hedefi”<sup>48</sup> olarak tezahür etmektedir. Darbeden önce bile, “adaleti susturmayı amaçlayan ele geçirme hareketi”<sup>49</sup> 2013 yılından itibaren başlamış olup, bu durum özellikle yolsuzluk soruşturmaları bağlamındaki geniş çaplı davalarla resmedilmiştir<sup>50</sup>. 15 Şubat 2014’te, TBMM çoğunluğu, bu kurumun sesini kısmak için Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) reformunu

47 Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, karar 2156 (2017), “Le fonctionnement des institutions démocratiques en Turquie”.

48 S. GABORIAU, “Il n’y a plus de justice en Turquie”, *Délibération*, 2017/1, s. 64-71, özellikle s. 67.

49 *Ibid.*

50 Bkz. J. MARCOU, “Turquie: le gouvernement et les juges face à face”, 31 Aralık 2013, [www.ovipot.hypotheses.org](http://www.ovipot.hypotheses.org)



kabul etmiş ve başarısız darbeden bu yana “hâkim ve savcı karşıtı sayısız tedbirler alınmıştır”<sup>51</sup>. 4.279 hâkim ve savcı görevden alınmış ve/veya hali hazırda tutuklu olup<sup>52</sup>, bu sayı yargının beşte birinden fazlası anlamına gelmekle birlikte, tüm yargının yeniden yapılandırılmasına yol açmaktadır.

İkinci olarak; olağanüstü hal, uzun süredir devam eden anayasa reformunu kabul etmek için bir araç olarak kullanılmış olup, bu durum da yine kalıcı sonuçlar doğuracaktır. Cumhurbaşkanının statüsüyle ilgili olan bu anayasa reformu<sup>53</sup>, olağanüstü halin aslında bu değişikliğin ertelenmesini gerektiren bir durum olmasına karşın, 16 Nisan 2017’de yapılan bir referandumla onaylanmıştır. AGİT / OSCE, gözlem raporunda<sup>54</sup> bu bağlamda bir referandum yapılmasının tavsiye edilebilirliğini sorgulanmaktadır: “The state of emergency that restricted fundamental freedoms and the ongoing security operations in the southeast that resulted in several hundred thousand people fleeing their homes, led to questions as to whether the necessary conditions for a referendum were in place.”<sup>55</sup> “Rejimi yalnızca cumhurbaşkanlığıyla güçlendiren ve tüm yürütme gücünü devletin başına atayarak sürdüren”<sup>56</sup> bu anayasa reformu, olağanüstü hal takviminin çok ötesinde bir sonuç doğuracaktır ve Osmanlı İmparatorluğu’ndan bu yana siyasi ve anayasal kazanımların inkâr edilmesi ile Türkiye Cumhuriyeti’ndeki erklerin yeniden örgütlenmesini temsil etmektedir.

Kanun hükmünde kararnamelerin kötüye kullanılması sonucu ortaya çıkan hak ve özgürlüklerin ihlali ile bu uygunsuz istisnai durum bağlamında düzenlenmiş olan devletin yeniden yapılandırılmasına, aynı zamanda, kabul edilen tedbirlere karşı koymak için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına etkin bir hukuk yolu açılmadığı gerçeği eklenmiştir. Buna karşın, “her durumda, tüm hakların temel güvencesi olarak ‘yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye’ başvurma hakkı verilmelidir.

51 Bkz. C. RÉGNARD, “Turquie: la fin de l’État de droit”, 7 Kasım 2016, www.research-turkey.org

52 Bu kişilerden 2.146’sı hali hazırda tutukludur.

53 Bkz. İ.Ö. KABOĞLU, 15 Temmuz Anayasası, Tekin, Güncellenmiş 3. Bası, Ekim 2017.

54 OSCE/ODIHR Limited Referendum Observation Mission Final Report, « Republic of Turkey, Constitutional referendum 16 April 2017 », Varşova, 22 Haziran 2017.

55 *Ibid.*, s.1.

56 E. SALES, “Trois questions à Éric Sales sur la réforme constitutionnelle turque”, *Le club des juristes*, 28 Nisan 2017.

*Habeas corpus*, kriz zamanlarında, keyfiliğin ve adaletin reddedilmesi riskleriyle karşı karşıya kalındığında daha da gereklidir.”<sup>57</sup>

## II. Kitleseel insan hakları ihlallerinin önüne geçmek için etkili olmayan başvuru yolları

Yükümlülüklerin azaltılmasına ilişkin düzenlemelerin kullanımı sıkı bir şekilde çerçevenilmiş olsa da, bu güvencelerin etkili olması için usuli güvencelerle uyumlu olması ve hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini düşünen bireylerin, mahkemeler önünde bu ihlale son verilmesi ve/veya tazminat talep edilmesine olanak tanınması gerekmektedir. Başarısızlıkla sonuçlanan darbe sonucunda Türkiye yetkilileri tarafından çıkarılan kanun hükmünde kararnameler, çeşitli araçlarla korunan çok sayıda hak ve hürriyeti ihlal etmekte, ancak şu anda ne ulusal (A) ne de Avrupa (B) düzeyinde etkin bir hukuk yolu bulunmaktadır.

### A. OHAL İşlemleri İnceleme komisyonunun kurulmasıyla gizlenmiş etkili bir çözümün yokluğu

Türkiye'nin ulusal mahkemeleri, şimdilik, olağanüstü hal kapsamında kabul edilen işlemler hakkında karar vermek için görevli olmadıklarını beyan etmişlerdir (1). Kısa bir süre önce *ad hoc* bir komisyon kurulmuş olmasına rağmen, bu komisyonun birçok soruna etkili bir çözüm (2) sunma kapasitesi hakkında birçok soru bulunmaktadır.

#### 1. Olağanüstü hal çerçevesinde alınan tedbirler hakkında karar vermeyi reddeden ulusal mahkemeler

İlk sorulan soru, olağanüstü hali ilan eden hukuki işleme karşı çıkma olasılığıdır. Anayasanın 121. maddesi uyarınca, olağanüstü hal Bakanlar Kurulu tarafından ilan edilmekte ve ilân kararı *Resmi Gazete'de* yayımlanmakta ve TBMM'nin onayına sunulmaktadır. İlan kararının kendisinde veya TBMM'nin onay kararında herhangi bir yargı denetimi yapılmaz.

İkinci olarak; olağanüstü hal durumundan kaynaklanan işlemlerle birlikte özellikle çok sayıda kanun hükmünde kararnameye itiraz etme

57 E. DECAUX, “Propos introductifs”, s. 11-18 özellikle s.16.

olasılığı sorgulanmaktadır. Anayasa'nın 148. maddesine göre; “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.” denildiğinden, bu işlemler, anayasaya aykırı oldukları iddiasıyla Anayasa Mahkemesi önünde bir dava konusu yapılamaz. Anayasa Mahkemesi, olayların hukuki nitelendirmesinde kendisini yetkili görerek geçmişte bu türden kanun hükmünde kararnamelerin anayasaya uygunluğunu denetlemiş olsa da, son zamanlarda kendini yetkisiz ilan ederek, var olan içtihadından dönmüştür. Anayasa Mahkemesi; ana muhalefet partisi olan Cumhuriyet Halk Partisi'nin iptal davası başvurusu üzerine, 12 Ekim ve 2 Kasım 2016 tarihlerinde<sup>58</sup> verdiği dört ilke kararla, kanun hükmünde kararnameleri kontrol etmeyi reddederek önceki içtihadından<sup>59</sup> dönmüştür. Bu kontrolü uygulamayı reddeden Anayasa Mahkemesi, yasama yetkisinin<sup>60</sup> kanun hükmünde kararnameler üzerinde kullandığı kontrolün önemini vurgulamıştır. Buna karşın, Aralık 2017'nin başında TBMM, kabul edilen toplam 28 kanun hükmünde kararnameden sadece beş tanesini onaylamıştır.

Üçüncü olarak ise; Anayasa Mahkemesi bireysel başvurularla ilgili on binlerce dava ile kuşatılmış durumdadır (başvuru sayısı 70.770 olarak tahmin edilmektedir) ve bu nedenle bu başvurular hakkında karar almaktan kaçınmaktadır.

İdari yargı bakımından, Danıştay, 4 Ekim 2016 tarihli bir kararla<sup>61</sup>, 667 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlere İlişkin KHK'ya göre HSYK'nın verdiği karar neticesinde görevden alınan bir hâkimin açtığı iptal davasının esasını incelemek için kendisini yetkisiz ilan etmiştir. Danıştay, bunun “istisnai bir düzenleme” olduğu değerlendirmesini

58 12 Ekim (668 ve 669 no.lu Kanun hükmünde kararnameler hakkında) ve 2 Kasım 2016 (670 ve 671no.lu Kanun hükmünde kararnameler) tarihli kararlar: AYM, 12 Ekim 2016, E.2016/166, K.2016/159, R.G. 4 Kasım 2016-29879 ; AYM, 12 Ekim 2016, E.2016/167, K.2016/160, R.G. 4 Kasım 2016-29879 ; AYM, 2 Kasım 2016, E.2016/171, K.2016/174, R.G. 8 Kasım 2016-29882 et AYM, 2 Kasım 2016, E.2016/172, K.2016/165, R.G. 8 Kasım 2016-29882.

59 AYM, 10 Ocak 1991, E.1990/25, K.1991/11; AYM, 3 Temmuz 1991, E.1991/6, K.1991/20; AYM, 22 Mayıs, E.2003/28, K.2003/42.

60 Anayasa'nın 121. maddesine göre, olağanüstü hal ilanına karar verilmesi durumunda, bu karar *Resmî Gazete*'de yayımlanır ve “hemen Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur”.

61 *Danıştay Beşinci Daire*, E.2016/8196, K.2016/4066, 4 Ekim 2016. Aynı konuda bkz.: *Danıştay Beşinci Daire*, E.2016/48598, K.2017/16789, 13 Haziran 2017.

yapmış ve davayı idari mahkemeye yönlendirmiştir. Ancak, ilk derece mahkemeleri de aynı şekilde, olağanüstü hal kapsamında yapılan düzenlemeler üzerinde bir kontrol yapmayı reddetmektedir. Zira “Anayasa Mahkemesi ve olağanüstü hallerde idare mahkemelerinin uyguladığı kontrol üzerindeki kısıtlamaların ötesinde, yargı da dâhil olmak üzere, bütün devlet makamları ‘Demokles’in kılıcı’ olarak kullanılan kanun hükmünde kararnamelelerin uygulanmasından korkmaktadır”<sup>62</sup>.

## 2. Başvurulara boğulmuş bir *ad hoc* komisyon

23 Ocak 2017 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 2 Ocak 2017 tarihli ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile ulusal bir idare komisyonu olan “Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu”nun<sup>63</sup> kurulmasına karar verilmiştir. Bu çalışma komisyonu, olağanüstü hal-den kaynaklanan idari işlemlere karşı yapılan başvuruları incelemeyi amaçlamaktadır. Şimdiye kadar sadece “hayali”<sup>64</sup> olan bu komisyona, çok sayıda başvuru yöneltilmiş olsa bile, ilgili kanun hükmünde kararnamenin, komisyon üyelerinin bir aylık bir süre içerisinde tayin edilmesini öngörmesine karşın, üyeler ancak 16 Mayıs 2017’de dört ay sonra atanmış ve Komisyon en sonunda 17 Temmuz’da göreve başlamıştır. Beş ay sonra, bu komisyonun amacı hala tartışmalı olup, henüz en ufak bir karar bile vermemiştir. Buna ek olarak, 18 Ekim 2017’de, komisyon başkanı Selahaddin Mentesh’in, Adalet Bakanlığı’nın müsteşarlığına getirilmesine karşın, yerine yeni bir atama yapılmaması, Hükümetin bu mercie hayali bir değer verdiğini kanıtlamaktadır.

Son olarak, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve askıya alınmasına ilişkin mevcut durum göz önüne alındığında, bu yeni kurumun bağımsızlığı, tarafsızlığı ve sayısı 120.000 olarak tahmin edilen bir başvuru akışı karşısındaki etkinliği sorgulanmaktadır. Şu ana kadar<sup>65</sup>, Anayasa Mahkemesi veya İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin bu konuda yol gösterecek hiçbir kararı bulunmadığı için, komisyonun faaliyeti daha

62 Bkz. İ.O. KABOĞLU, “Suppression du regime parlementaire sous l’etat d’urgence : remarques sur la modification constitutionnelle ‘approuvee’ par le referendum du 16 avril 2017”, *op. cit.*

63 Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu

64 Bkz. İ.O. KABOĞLU, “Suppression du regime parlementaire sous l’etat d’urgence : remarques sur la modification constitutionnelle ‘approuvee’ par le referendum du 16 avril 2017”, *op. cit.*

65 Kasım 2017’de.

hassas olma riski taşımaktadır. Aslında, ulusal düzeyde etkili bir hukuk yolu bulunmamasına karşın, Avrupa mahkemesi kendini, şu an için bu olağanüstü hal durumunda kendisine yöneltilen talepleri incelemede yetkisiz ilan etmiştir.

### *B. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin bayal kırıklığı yaratan cevabı*

2016 yılında, Türkiye'ye karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvuruların sayısında %276'lık bir artışla "Türkiye'ye karşı 'normal' başvurularda çok büyük bir artış ve [...] 15 Temmuz [2016]'dan sonra çok fazla sayıda başvuru" göze çarpmaktadır<sup>66</sup>. İç hukuk yollarının tüketilmesinin zorunluluğunu (1) ortaya koyan Strazburg yargıcı, bugüne kadar, olağanüstü hal kapsamında önüne getirilen başvuruları kabul edilemez ilan etmiş ve başvurucuları, haklarını etkili bir şekilde kullanmaktan yoksun bırakmıştır.

#### 1. Şu anda etkili olmayan iç hukuk yollarının tüketilmemesine dayanan kabul edilemezlik kararları

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurunun kabul edilebilirlik şartları arasında iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı bulunmaktadır<sup>67</sup>. "Sözleşme'nin kontrol sisteminde her zaman önemli bir yer tutmuş olan ve halen tutan"<sup>68</sup> ikincillik ilkesine doğrudan bağlı olan bu yükümlülük, "Akit Devletlere kendilerine karşı ileri sürülen ihlalleri önleme veya telafi etme fırsatı vermek"<sup>69</sup> için, başvurucuların başta ulusal mahkemelere başvurmalarını gerektirmektedir. Bu kural, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 13. maddesi uyarınca, Taraf Devletlerin, kendi iç hukuk sistemlerinde etkili başvuru yolları düzenlediği varsayımına dayanmaktadır.

Önceki değerlendirmelerimiz ışığında, hem Anayasa Mahkemesi hem de idare mahkemeleri kendilerini yetkisiz ilan etmişken, Türki-

66 Basın Konferansı, Başkan Guido Raimondi'nin konuşması, 26 Ocak 2017.

67 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 35. maddesinin 1. fıkrası.

68 D. SZYMCAK, "Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états", in Fr. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. "Droit et justice", no 108, Anthemis-Nemesis, Limal-Bruxelles, 2014, s. 29.

69 İHAM, Büyük Daire, *Selmouni/Fransa* kararı, 28 Temmuz 1999, § 74.

ye Cumhuriyeti vatandaşlarının kanun hükmünde kararnamelerle ihlal edilen hak ve özgürlüklerini korumak için hangi yargı organı/organlarına başvuracaklarını sorabiliriz. Buna karşın, Avrupa Mahkemesi, bu mahkemeler önünde mevcut iç hukuk yollarının tüketilmemesine dayanarak kabul edilemezlik kararları vermiştir.

17 Temmuz 2016 tarihinde yakalanan ve 18 Temmuz 2016 tarihinde geçici olarak tutuklanan bir hâkim hakkındaki davada<sup>70</sup>, Strazburg Mahkemesi, başvurucunun, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. paragrafına ilişkin şikâyetine ilişkin olarak, Anayasa Mahkemesi önündeki bireysel başvurunun<sup>71</sup>, başvurucunun zararını telafi edecek nitelikte bir çözüm sunmayacağına delalet eden herhangi bir unsur bulunmadığını belirtmiştir. Avrupa Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin özellikle 25 Şubat 2016 tarihli iki gazetecinin serbest bırakılmasına izin veren bir kararına atıfta bulunmaktadır. Bu iddiaya dayanarak, Avrupa Mahkemesi, darbe girişimi ve olağanüstü halin tesis edilmesinden bu yana ülkenin içinde bulunduğu durumun önemli ölçüde kötüye gittiği gerçeğini dikkate almamakta ve “başvurucuyu Anayasa Mahkemesi'ne itiraz etme zorunluluğundan muaf tutabilecek özel bir durum olmadığı” sonucuna varmaktadır<sup>72</sup>. Olağanüstü halin özel koşulları ışığında çözüm tartışmaya açık olsa da, başvurucunun geçici olarak tutuklu yargılanmasının kanun hükmünde kararname sonucu yapılan bir işlem olmaması nedeniyle, Avrupa Mahkemesi'nin olağanüstü hal ilanından sadece dört ay sonra Kasım 2016'da verdiği bu karar bakımından, iç hukuk yoluna başvurma ihtimalinden şüphe duyulması mümkündür.

Bununla birlikte, işlemin niteliğine ilişkin bu son sav; 1 Eylül 2016 tarihinde yürürlüğe giren 672 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>73</sup> ile görevden alınan bir memur hakkındaki *Zibni*<sup>74</sup> davasında kabul edilemez. İlk adım olarak, Avrupa Mahkemesi, “15 Temmuz 2016 tarihli olayların akabinde Anayasa Mahkemesi'ne 45.000'den fazla bireysel başvurunun yapıldığını kaydetmiştir. Mahkeme bugüne kadar, başvuru-

70 İHAM, Büyük Daire, *Mercan/Türkiye* kararı, 8 Kasım 2016.

71 23 Eylül 2012'de yürürlüğe giren anayasa değişikliklerinin ardından, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru Türk hukuk sistemine getirilmiştir. Detay için bkz. İ.Ö. KABOĞLU ve E. SALES, *Le droit constitutionnel turc – Entre coup d'État et démocratie*, L'Harmattan, Paris, 2015, 370 s.

72 Bkz. *Mercan/Türkiye* kararı, § 27.

73 Bu kanun hükmünde kararname ile görevden alınmış 50.785 devlet memuru bulunmaktadır.

74 İHAM, *Zibni/Türkiye*, 29 Kasım 2016.

rucuları etkileyen kanun hükmünde kararnamelerle alınan tedbirleri incelemede yetkili olup olmadığına henüz karar vermemiştir<sup>75</sup>. Bu unsur tek başına, Avrupa Mahkemesi'nin bu hukuk yolunun etkililiğini sorgulamasına neden olmuş olabilir. İkinci olarak; Strazburg yargıcı, Danıştay'ın, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname uyarınca görevden alınmış bir hâkimin açtığı davaya bakmaya yetkisiz olduğunu ve başvuruyu İdare Mahkemesi'ne gönderdiğini tespit etmiştir. Bu farklı unsurlar göz önünde bulundurulduğunda, Avrupa Mahkemesi, “yukarıda incelenen hukuki yolun, erişim hakkının olmaması ve başvuru- cunun zararını telafi etmek için makul bir başarı elde etmeye elverişsiz olduğu” temellendirilmediğinden, başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varmıştır<sup>76</sup>.

Mahkeme, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye istinaden 24 Ağustos 2016 tarihli bir kararla, görevden alınan bir hâkime ilişkin *Çatal*<sup>77</sup> davasının kabul edilemez olduğunu ilan ederek, duruşunu yinemiştir. Başvurucu, mahkemeye erişim yokluğu ve ulusal mahkeme önünde etkili bir başvuru yolu yokluğundan şikâyetçi olmuştur. Strazburg Mahkemesi, 2 Ocak 2017 tarihinde kabul edilen 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yargı görevinden alınan kişilerin “ilk derece mahkemesi olarak doğrudan Danıştay'a başvurabileceği” öngörülmüş olduğundan, “667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre alınan tedbirlerin yargısal denetimine ilişkin ulusal mahkemelerin yargı yetkisi konusundaki ihtilafın sona erdiğini”<sup>78</sup> düşünmektedir. Ancak, başvuru- cunun başvurusunu yaptığı sırada, bu yol henüz açılmamıştı. Bununla birlikte, Strazburg Mahkemesi, “iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu- nun başvurunun yapıldığı sırada değerlendirilmesi gerektiği genel ilkesine bir istisna getirilmesi gerekliliğini”<sup>79</sup> kabul ederek, başvurunun kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir.

Özellikle iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını yorumlamada bazen esnek bir tavır sergileyen Avrupa Mahkemesi'nin bu duruşu, kitlesel insan hakları ihlallerinin genel durumu göz önüne alındığında, şaşırtıcı

75 *Zibni/Türkiye*, § 16.

76 *Ibid.*, § 30.

77 İHAM, *Çatal/Türkiye* kararı, 7 Mart 2017.

78 *Ibid.*, § 20.

79 *Ibid.*, § 31.

olabilir<sup>80</sup>. Ancak Mahkeme, Türkiye'deki olağanüstü hal karşısında, bu Devletten gelen taleplerin akışıyla boğulmamak için savlarını çoğaltmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, kendisine yapılan başvuruları, *ad hoc* komisyon önüne henüz götürülmemiş olmalarından dolayı, iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez ilan etmiştir.

## 2. Hayali hukuk yollarının tüketilmemesine dayanan kabul edilemezlik kararları

Avrupa Mahkemesi, 6 Haziran 2017 tarihinde, birçok kurum tarafından işaret edilen çok sayıda insan hakları ihlali ile birlikte, olağanüstü hal durumunun uzatılmasından daha fazla hayal kırıklığı yaratan yeni bir kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bu son dava ise<sup>81</sup>, bir öğretmen olan Köksal'ın kanun hükmünde kararnameyle işten çıkarılmasıyla ilgilidir. Yine, Strazburg Mahkemesi, başvurunun iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğunu beyan etmiştir.

Avrupa Mahkemesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri gibi, memurların görevden alınması ile ilgili münferit olayları ve diğer ilgili tedbirleri incelemek için Türk makamlarına özel bir *ad hoc* merci kurma çağrısında bulunan 865/2016 sayılı Venedik Komisyonu Görüşü'ne<sup>82</sup> atıfta bulunmuştur. *Ad hoc* çalışma komisyonunu oluşturan 2 Ocak 2017 tarihli ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye istinaden, komisyon hala oluşturulmamış olsa da, Mahkeme, bu tür bir kurumun kurulduğunun altını çizmekte ve bunun "*a priori* erişilebilir bir hukuk yolu"<sup>83</sup> teşkil ettiğini düşünmektedir. Strazburg yargıcı yeniden, iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun, başvurunun yapıldığı sırada değerlendirilmesi genel ilkesine bir istisna getirmeye karar vererek, başvurucunun, Sözleşme'nin hükümlerinin ihlal edildiği iddiasını düzeltmek için ulusal makamlara fırsat veren yeni bir hukuk yoluna sahip olduğu yargısına varır.

Bu sav, Avrupa mekanizmasının ikincil niteliğine dayanmakta ise de, Mahkeme'nin başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verdiği ta-

80 İHAM, Büyük Daire, *Akdıvar e.a.*, 16 Eylül 1996 ; *Aksoy/Türkiye* kararı.

81 İHAM, *Köksal/Türkiye* kararı, 6 Haziran 2017.

82 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hal kapsamında çıkarılan 667-676 sayılı Kanun hükmünde kararnameler hakkında 865/2016 sayılı Avrupa Hukuk Yoluyula Demokrasi Komisyonu ("Venedik Komisyonu") Görüşü, § 220-223.

83 *Köksal/Türkiye*, § 29.



rihte OHAL Komisyonu hala kurulmamış olup, bunun da ötesinde Türkiye'deki geniş çapta insan hakları ihlallerinin bilinen genel durumu, Mahkemenin bir karar vermeyi seçmesine yol açmış olmalıydı). Mahkeme, “hem teoride hem de uygulamada 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ortaya koyduğu hukuk yolunun etkinliği ve gerçekliği sorusunun ilgili komisyon ve ulusal mahkemelerin kararlarının ışığında, bu kararların etkili bir şekilde uygulanmasının yeniden gözden geçirilmesi”<sup>84</sup> olasılığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bu nedenle Mahkeme, yalnızca Komisyon önünde sunulan hukuk yolunun etkinliği ve gerçekliği sorusunu dikkate almış, ancak bu kez, başvurunun kabul edilemezliğine hükmettiği Mercan kararında birkaç ay önce yaptığının aksine, başvuru sahiplerini ulusal mahkemelere başvurma zorunluluğundan muaf tutacak herhangi bir “özel koşul”dan bahsetmemiştir.

Başvurunun kabul edilemez olduğunu ilan eden Strazburg yargıcının iyimser olduğu, daha sonraki gelişmeler ışığında ise fazla iyimser gözüktüğü söylenebilir. Nitekim *ad hoc* çalışma komisyonu; kurulduğundan beri, söz konusu durumda sorulabilecek tarafsızlık ve bağımsızlık sorularının ötesinde, önünde hali hazırda bekleyen yaklaşık 120.000 başvuru<sup>85</sup> ile etkin bir şekilde başa çıkamaz.

Ancak iç hukuk yollarının bu felci, Avrupa Mahkemesi'nin şu andaki konumunu yeniden gözden geçirmesine yol açmamıştır. *Çatal ve Köksal* davalarına bakacak olursak; Avrupa Mahkemesi, tek yargıç şeklinde hareket ederek, 7 Eylül'de Barış İçin Akademisyenler Bildirisi imzacılarının imzaladığı elli dört başvuruyu kabul edilemez ilan etmiştir<sup>86</sup>.

Avrupa Parlamentosu 6 Temmuz 2017 tarihli bir kararında, “hali hazırda etkili bir ulusal hukuk yolu bulunmadığı takdirde, ilk örnek teşkil eden olayları gecikmeksizin tanınması ve etkili bir iç hukuk yolu

84 *Köksal/Türkiye*, § 29.

85 Uzmanların tahminlerine göre, komisyon önündeki dosyaların tükenmesi on yıldan on beş yıla kadar sürebilir.

86 Barış İçin Akademisyenler Bildirisi 1.128 akademisyen tarafından imzalandı. Ertesi gün, imzacılara karşı bir linç etme kampanyası başladı: tutuklamalar, tehditler, üniversiteler tarafından disiplin soruşturmaları, savcılar tarafından açılan soruşturmalar, vb. Daha sonra birçok imzacı, isimlerini üniversiteden alınmalarına yol açan bir kanun hükmünde kararnamenin ekinde gördüler. Bu kişilere karşı açılan davalar, düşünce suçlarını yeniden oluşturuyor. Bir yıldan beş yıla kadar hapis cezasına çarptırılma riski olan imzacıların davaları, İstanbul Ağır Ceza Mahkemeleri'nde Aralık 2017'den itibaren, kitlesel muafiyetler nedeniyle zayıflayan Türk mahkemeleri önünde gerçekleştirilecek.

bulunmadığı takdirde en kısa zamanda ilk davaları tamamlaması için” Mahkemeye çağrıda bulunmuştur. Ayrıca Türkiye’yi, ‘Olağanüstü Hal İnceleme Komisyonu’nun, güçlü, bağımsız ve tüm dosyaları tek tek ele alan, yöneltilen önemli sayıda başvuru ile etkin bir şekilde başa çıkabilmek ve adli incelemenin gereğinden fazla geciktirilmediğinden emin olmak için tam yetkilendirilmiş bir komisyona acilen dönüştürmeye”<sup>87</sup> davet etmiştir.

Bu hedef, bugün ulaşılabilmekten çok uzaktır. Eğer çalışma komisyonu kurulursa, bugün sadece, başvuru sahiplerinin komisyona yaptığı on binlerce bireysel başvuru hakkında hızlı bir karar vermenin imkânsızlığı içinde bulunan hayali bir komisyon olacak olup, başvuru sahiplerinin taleplerinin sonuçlanmasını birkaç yıl beklemek zorunda kalacağı görülmektedir. Ulusal yargılamanın sonraki aşamaları – idare mahkemesi<sup>88</sup> önünde ve daha sonra Danıştay huzurunda ve son olarak Anayasa Mahkemesi’nde itiraz olmak üzere – başvuru sahiplerinin haklarını, makul bir süre içinde etkili bir şekilde kullanma imkânı olmaksızın, yıllar boyu sürebilecektir.

## Sonuç

Alınan tedbirlerin usule aykırılıklarına ve hukuk devleti ilkesine gölge düşüren geniş çaptaki insan hakları ihlallerine, olağanüstü halin yönetim makamları tarafından gerçek biçimde araçsallaştırılması eklenmiştir. Muhafız sesleri susturmayı ve siyasi iktidarın el değiştirme olasılığını ortadan kaldırmayı hedefleyen yaygın baskı, hükümetin 3 Kasım 2019’daki seçimlerin yapılmasına kadar olağanüstü hal süresini uzatma isteğini ortaya koymaktadır<sup>89</sup>.

Aslen bu baskıcı hareket, başarısız darbeden bile önce harekete geçmişti. Gerçekten de, 2015 yılının başından itibaren iç güvenlik ka-

87 Komisyon’un 2016 yılı Türkiye raporu hakkında verilen Avrupa Parlamentosu’nun 6 Temmuz 2017 tarihli kararı (2016/2308(INI), §9-10).

88 Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesi) tarafından belirlenecek Ankara İdare Mahkemeleri, *ad hoc* Komisyonun kararlarına karşı yapılan başvuruları inceleme yetkisine sahip olacaktır. Buna karşın, Ankara’daki idare mahkemelerinin ağır bir şekilde yoğun olduğu belirtilmelidir.

89 Nisan 2017 referandumunun konusu olan anayasa hukukunun aşamalı olarak uygulanmasının, 3 Kasım 2019’da gerçekleşecek eş zamanlı seçimler (yasama ve cumhurbaşkanlığı) akabinde tamamlanacağı hatırlatılmalıdır.

nunu<sup>90</sup> ve Türkiye'nin güneydoğu bölgelerindeki güvenlik bölgelerinin sınırlandırılması<sup>91</sup> ile ilgili olarak, *de facto* bir olağanüstü hal durumu hâkimdir. Temmuz 2016'da olağanüstü hal ilan edilmesi, hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar açısından sonunda yasal bir çerçeve oluşturması ve hukuki bir kontrole başlanmasına olanak sağlayabilirdi. Ancak, olağanüstü halin resmi olarak yürürlüğe konulması, herhangi bir etkili çözüm yolu ortaya koymaksızın, yalnızca baskıyı yoğunlaştırmıştır.

Darbe sonrası yapılan ilk başvurulara ilişkin kararda, Strazburg Mahkemesi'nin ikincilik ilkesini sorgulamayı haklı kılan herhangi bir "özel koşul" görmemiş olması, "on binlerce dava tarafından ezileceğinden"<sup>92</sup> korktuğunu düşündürmektedir. Bununla birlikte, ikincilik ilkesine bağlılık, Türkiye vatandaşlarının yüksek beklentileri olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin varoluş nedenlerini zayıflatmamalıdır. Bu kişilerin umutları aynı zamanda, farklılıklara ve gerilimlere rağmen, Türkiye ile Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği arasında açık, yapıcı ve ödünsüz<sup>93</sup> bir diyalogun sürdürülmesine dayanmaktadır.

90 4 Nisan 2015 tarihli *R.G.*, s.29316.

91 Bu soru hakkında bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türkiye, sokağa çıkma yasağı tedbirlerini düzenleyen yasal çerçeve hakkında görüş,842/2016 sayılı görüş, Strazburg, 14 Haziran 2016.

92 Basın Konferansı, Başkan Guido Raimondi'nin konuşması, 26 Ocak 2017.

93 Örneğin, göçmenler hakkındaki tartışmalı anlaşmayı sürdürmek için: AB Bildirisi-Türkiye, 18 Mart 2016, basın bülteni 144/16. Bkz. G. Fernandez Arribas, "The EU-Turkey Agreement : A controversial Attempt at Patching Up a Major Problem", *European Papers*, vol. 1, 2016, no 3, s. 1097-1104 ; H. Labayle, "L'accord UE-Turquie : faux semblant ou marché de dupes ?", 23 Mart 2016, www.gdr-elsj.eu ; S. Slama, "Le droit d'asile dans les limbes de l'accord entre l'Union européenne et la Turquie sur les réfugiés", *D.*, 2016, s. 832 ; C. Rapoport, "Renforcement de la coopération UE-Turquie en matière migratoire", *Rev. trim. dr. eur.*, 2016, s. 614 ; S. Barbou Des Places, "Chronique droit de l'asile et de l'immigration – L'accord UE-Turquie devant le juge", *Rev. trim. dr. eur.*, 2017, s. 344.

---

# YARGITAY KARARLARINDA TOPLUMSAL CİNSİYET EŞİTSİZLİĞİ: “ERKEKLER LEHİNE İŞLEYEN HAKSIZ TAHRİK KURUMU”\*

---

Av. Hülya AKSAKAL\*\*

---

## Özet

Mizojini, kadınlara karşı duyulan soğukluk, antipati veya abartılı düşmanlıktır. Bu kavram dünyanın çeşitli bölgelerinde bin yıllardır gerek şiddetin gerekse adaletsizliğin gerekçesi olmuştur. Bu çalışma, mizojinin bir görünüm şekli olarak Eski Yunan Ceza Hukukundan bu yana ceza hukukunda yer bulan “erkek lehine haksız tahrik kurumunun” şiddeti ve toplumsal cinsiyet eşitsizliğini nasıl sürdürülebilir kıldığını tespit ve ifadeye yönelik olarak hazırlanmış, tespitler Yargıtay’ın ceza davalarındaki tutumu esas alınarak ortaya konmuştur. Yapılan incelemelerde, erkeklik performansları denilen, toplumun erkeklere biçtiği rol, onlardan beklenen ve sergilendiğinde olağan kabul edilen şiddet ve saldırganlık dolu davranışları Yargıtay’ın anlayışla karşıladığı, yer yer hak verdiği ve faillele empatide son derece başarılı olduğu anlaşılmıştır. Haksız tahrik kararlarında, cezaların şahsileştirilmesi amacıyla sapılarak, erkekler lehine uygulanan indirimlerin cinsiyetçi, gelenekçi ve ahlakçı olmanın yanı sıra şiddeti bir sarmal haline getirerek toplumsal kötüyü de beslediği değerlendirilmektedir. Bu değerlendirmelerle birlikte çalışmada haksız tahrikin bir ceza hukuku kurumu olarak gerekliliği, namus cinayetleri ile töre cinayetleri arasındaki ayırım, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin yorumlanması da tartışmalı bölümler olarak ele alınmıştır.

## Abstract

Misogyny is the hatred of, contempt for or exaggerated hostility toward women. This concept become the reason of injustice and vio-

---

\* Hakemli makaledir. Eserin geliş tarihi 25 Şubat 2018, İlk hakem raporu tarihi: 5 Mart 2018, İkinci hakem raporu tarihi: 9 Mart 2018..

\*\* İstanbul Barosu.

lence for thousands of years in several regions of the world. This study is prepared for determination and expression of how the “unjust provocation in favor of men”, which has been a form of appearance in the criminal law since the Ancient Greek Penal Law, has made it possible to sustain violence and gender inequality. The determinations were based on the approach of the Court of Cassation of Turkey. In this study, it has been understood that The Court of Cassation of Turkey appreciates, the social role of men which is determined by society, called the performance of masculinity, and the behaviors filled with violence and aggression which are excepted from them and also are accepted as usual. Moreover, it has been observed that the Court is extremely successful in empathizing with culprits. It is evaluated that the deviating from the aim of personalizing punishment, remissions, that applied for men are not only sexist, traditionalist and moralistic but also cause social evil by turning violence into a spiral. In conjunction with these evaluations, the necessity of unjust provocation as a criminal justice institution, the distinction between honor killings and honor (with a family council's decision) killings, are also discussed as controversial sections.

**Anahtar Kelimeler:** Mizojini, Kadın Düşmanlığı, Kadın Nefreti, Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliği, Kadın Cinayetleri, Haksız Tahrik, Tahrik İndirimi, Hegemonik Erkeklik.

### **Mizojini: Dünyanın en eski ön yargısı**

Mizojini dünyanın çeşitli bölgelerinde, bin yıllardır şiddetin ve adaletsizliğin gerekçesi olmuştur. Bütün insanlığı esir alan bu hastalıklı düşünce tam olarak nerde, nasıl doğmuştur kesin olarak söylemek güç. Ancak biliyoruz ki; Yunan mitolojisinde, kötülüğün kapalı tutulduğu kutuyu açma cüreti gösteren ve insanlığı felakete sürükleyen bir kadındır; Pandora. Yine semavi dinlerin ortaklaştığı “cennetten kovulma” hadisesinde erkeğin şeytanın oyununa gelmesine aracılık eden, Adem'in cennetten kovulmasına yol açan da yine bir kadındır; Eva (Havva).

Bugün insan topluluklarının, bu toplulukların gündelik yaşamının, hukukun ve evrensel değerlerin gelişmiş olduğuna dair yaygın inanışa tam manasıyla katılamamızın nedenlerinden biri, mizojini kavramının güncelliğini koruması; toplumsal eşitsizliğin ve bu eşitsizliği doğal

gören ilkel anlayışın terk edilmemesidir. Hindistan'da dul kadınların yakılması, başta Kuzey Afrika olmak üzere dünyanın birçok yerinde kız çocuklarının sünnet edilmesi, bir savaş tekniği olarak kadınlara tecavüz edilmesi, kadınların köle pazarlarında satılması, namus veya töre cina-yetleri gibi ilkellikler kadın düşmanlığının bir sonucu olup, tarih boyunca din, felsefe, sanat ve hukuk bu nefretin sürdürülmesinde meşruiyet zemini yaratmıştır.

Dini söylenceler ve mitlerle köklü bir meşruiyet kazanan kadın nefreti, devam eden bin yıllarda sosyal hayatı da dizayn etmeye başlamış, kurumlar ve yasalar bu nefretin doğal olduğu ön kabulü ile şekillenmiştir. Örneğin Engels, ilk çağın en uygar ve en geniş gelişmiş halkı kabul edilen Yunan halkı içinde tek eşliliğin hiçbir şekilde bireysel cinsel aşkın meyvesi olmadığını tespit eder ve özel mülkiyetin, ilkel ve kendiliğinden özel mülkiyeti yenmesi üzerine kadın-erkek arasındaki döl verme bakımından iş bölümünün, dişi cinsin erkek cins tarafından baskı altına alındığı ilk sınıf çatışmasına dönüştüğünü açıklar<sup>1</sup>. Gerçekten de kadının bir değişim değerinin olduğunun fark edilmesiyle, kadının cinselliğinin baskı altına alındığını ve partnerlerden yalnızca kadın için “tek eşlilik” buluşu ile aile olarak adlandırılan yapıda, kadın nefretinin kurumsallaştığını gözlemleriz. Familia sözcüğü, Romalılarda, ilkin karı-koca ve çocukları ile ilgili değil, tersine yalnız kölelerle ilgilidir. Famulus, bir ev kölesi ve familia bir erkeğin kölelerinin toplamı anlamına gelmektedir<sup>2</sup>.

Demosthenes'e ait olduğu söylenen *Neera'ya Karşı* adlı savunmanın sonunda, yazarın ünlü özdeyişi kadına erkekler için nasıl bir ihtiyaç giderme misyonu yüklendiğini ve tek eşliliğin, erkekler yararına yalnızca kadınlar için geçerli bir kural olduğunu dile getirir; “*Haz için hafif-meşrep kadınlara fahişelere, günlük bakımımız için metreslere, yasal bir soyumuz ve yuvamızın sadık bir bekçisi olması için de karılara sahibiz.*”

*“Atina’da bir kadın yasalar karşısında bir çocukla aynı basamakta bulunuyor ve yaşamı boyunca bir erkeğin vesayetinde kalıyordu. O, evini sadece bir nezaretçinin eşliğinde terk edebiliyordu.*

1 Friedrich Engels, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Alter Yayınevi, Ankara 2012, s.79.

2 Marx/Engels/Lenin, Kadın ve Aile, Sol Yayınları, Ankara 1989, s. 171.

*Çok ender olarak kocasıyla birlikte yemeğe davet ediliyor ve kendi evinde ayrı bir bölümde oturuyordu.*

*...Erkeğin eşine ihaneti boşanma nedeni sayılmıyordu. Fakat bir kadın kocasına ihanet ederse ya da kendisine tecavüz edilmişse kocası onu evden atabiliyor ve oracıkta boşayabiliyordu.<sup>3</sup>*

Dinler açısından duruma bakıldığında, erkeklerin doğal olarak güçlü ve akılcı oldukları, dolayısıyla egemen olmak ve hükmetmek için tarih sahnesine çıktıkları kabulü ile karşılaşırız. Bu kabule, kadınların doğal olarak daha zayıf, akıl ve rasyonel yetenekler açısından daha aşağı, duygusal bakımdan dengesiz oldukları kabulü eşlik eder, böylece kadınlar dinler tarafından siyasal/kamusal alanın dışına itilirler. İş bölümünden ziyade bir tahakküm ilişkisi haline gelen kadın/erkeğin toplumsal konumlanması, erkeklerin ölümsüz kültür ve fikir ürünleri yarattığı, kadınların ise doğum fonksiyonunu yerine getirip, ölümlü bedenler yarattığı ve bu denklemde, doğal olarak aşağı kabul edildiği bir görünüm yaratır<sup>4</sup>.

Kadın nefreti ve kadının aşağı konumlandırılması öylesine köklü ve evrensel denilecek kadar yaygın bir inanıştı ki; kadın cinselliğinin kontrol edilemez olması ihtimali yaratabilecek ve kadınların asli görevi anneliği reddetmeleri anlamına gelecek “doğum kontrol yöntemleri” ABD’de uzun yıllar yasaklanmış ve lanetlenmiştir<sup>5</sup>. Yine Japonya’da kadın-erkek ilişkilerine bakıldığında, tarih boyunca kadınların değersiz ve aşağı görüldüğü dikkat çeker. Öyle ki; Japonya’da “kadın” sözcüğü yavaş ve aptal erkekleri tanımlamak için kullanılırdı ve üç kere tekrarlanan gürültü anlamına gelen Çin harfi “kadın” anlamına gelirdi<sup>6</sup>.

Günümüz dünyası da mizojiniden arınmış değildir; Hindistan’da dul kadınların yakılması, başta Kuzey Afrika olmak üzere dünyanın birçok yerinde kız çocuklarının sünnet edilmesi, bir savaş tekniği olarak kadınlara tecavüz edilmesi, kadınların köle pazarlarında satılması, na-

3 Jack Holland, Mizojini Dünyanın En Eski Ön Yargısı: Kadından Nefretin Evrensel Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara 2016, s.36.

4 Fatmagül Berktaş, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Yayınevi, İstanbul 2012, s. 27.

5 Sheila Rowbotham, Yeni Bir Çağ Hayali Yirminci Yüzyılı Yaratan Kadınlar, Sel Yayıncılık, İstanbul 2013, s.107 vd.

6 Geoffrey Parrinder, Dünya Dinlerinde Cinsel Ahlak, Say Yayınları, İstanbul 2003, s. 171.

mus veya töre cinayetleri gibi ilkelikler kadın düşmanlığının bir sonucu olup, tarih boyunca din, felsefe, sanat ve hukuk sistemleri bu nefretin sürdürülmesinde meşruiyet zemini yaratmıştır.

Bugün yaşamımız, insan topluluklarının, bu toplulukların gündelik yaşamının, hukukun ve evrensel değerlerin gelişmişliğini kabulle örgütlenen kurumlar eliyle idare edilmektedir. Ancak “erkek olmayan” ve “erkek egemenliğine boyun eğmeyenler” açısından bu yaygın gelişmişlik algısına tam manasıyla katılmak mümkün değildir. Bunun nedenlerinden biri felsefenin, dinlerin ve yasaların meşrulaştırdığı mizojini kavramının bugün hala güncelliğini koruması, toplumsal eşitsizliğin ve bu eşitsizliği doğal gören ilkel anlayışın terk edilmemesidir.

### **Haksız tahrik nedir?**

Eski Yunan Ceza Hukukunda, cezaların şahsileştirilmesi çabalarının olduğunu, buna bağlı olarak ceza hukukunda haksız tahrike yer verildiği söylenebilir. Örneğin failin öfkeye kapılarak suç işlemesi hafifletici bir sebep sayılır ve karısını zina esnasında yakalayarak öldüren koca hakkında cezai takibat yapılmayacağı kabul edilmiştir. Yine Roma Ceza Hukukunda zina halinde öldürmeye ilişkin haksız tahrik hali kabul edilmiştir. Augustus Evlilik Kanunu tarafından getirilen düzenlemeye göre ise; babanın kendisinin veya damadının evinde zina halinde yakaladığı kızını öldürme hakkı kabul edilmiştir. Şayet baba kızıyla birlikte zina halinde yakaladığı kızının aşığını da aynı zamanda öldürürse yine cezalandırılmazdı<sup>7</sup>. Görüldüğü üzere haksız tahrikin bir kurum olarak doğduğu anda, erkekleri koruma misyonu yüklendiği ve kadını aşağı gören bir anlayışın ürünü olduğu aşikardır.

Haksız tahrike ilişkin benzer düzenlemelerin, Fransız Ceza Kanunu’ndan tercüme edilen yasa sayesinde Osmanlı Ceza Hukukunda da görmek mümkündür. Osmanlı Devleti 1858 Ceza Kanunname-i Hümayununda 756 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 462<sup>8</sup>’ye benzer bir hü-

7 Timur Demirbaş, Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 24.

8 Madde 462 – (1/3/1926 tarih ve 765 sayılı Kanununun hükmüdür.) Yukarıda geçen iki fasılda beyan olunan fiiller, zinayı icra halinde meşbuden yakalanan veyahut zinayı irtika, etmek üzere veya benüz irtikap edildiğinde zevabiri bale nazaran şüphe edilmeyecek surette görünen bir koca veya karı veya kız kardeş veya fürudan biri veya bunların müşterek faili yahut her ikisi aleyhinde karı veya koca veya usulden biri veya erkek kardeş veya kız kardeş tarafından işlenmiş olursa



küm olan 188. maddede de haksız tahrik kadınları öldürebilme erkinin dayanağı olmuştur; “*Bir kimse zevcesini veyahut diğer mahariminden birini bir şahs ile fiil-i şen-i zina halinde görüb de birini veya ikisini birden darb veya cerb veya katl eylerse mafıvdur. Eğer bir kimse zevcesini veyahut mahariminden birini bir şahs ile fıraş-ı gayr-ı meşruda görüb de birisini veya ikisini birden darb veya cerb veyahut katl ederse mazurdur*”.

Cumhuriyet dönemi Türk Ceza Hukukunda, haksız tahrikin indirime neden olduğu durumlar yasanın genel ve özel hükümlerinde belirli suç tipleri için çeşitli şekillerde düzenlenmiştir. Genel hükümlerde düzenlenen, tüm suç tipleri için uygulanabilir olan ve bu çalışmanın konusu olan haksız tahrik kurumu 765 sayılı Türk Ceza Kanunu 51. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*Madde 51 - (Değişik madde: 09/07/1953 - 6123/1 md.)*

*Bir kimse haksız bir tabrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler ve bu suç ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa müebbet ağır hapis cezasına ve müebbet ağır hapis cezasını müstelzim bulunursa yirmi dört sene ağır hapis cezasına mahkum olur. Sair hallerde işlenen suçun cezasının dörtte biri indirilir.*

*Tabrik ağır ve şiddetli olursa ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası yerine yirmi dört sene ve müebbet ağır hapis cezası yerine on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası verilir.*

*Sair cezaların yarısından üçte ikisine kadarı indirilir.*

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun mülga edilmesine kadar 1936, 1953, 2002 ve 2004 tarihlerinde kanun metninde değişiklikler meydana gelmişse de metnin ana unsurlarında değişiklik olmamıştır<sup>10</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır:

*fiilin muayyen olan cezası sekizde bire kadar tenzil ve ağır hapis cezası hapse tabvil olunur. İdam yerine iki seneden beş seneye kadar hapis cezası verilir.*

9 Gülşah Bostancı Bozbayındır, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yayım, İstanbul 2013, s. 40.

10 Bostancı Bozbayındır, s. 167 vd.

*Haksız tahrik*

*Madde 29- (1) Haksız bir fiilin meydana getirdiği biddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.*

Anlaşılan o ki; mahkemelerin alt ve üst sınırlar aracılığı ile verecekleri cezayı şahsileştirebilecekleri takdir aralığının varlığı, yasa koyucular tarafından yetersiz görülmüş, Türk Ceza Hukukunda haksız tahrik, failin kusurluluğunu ve aynı oranda ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak belirlenmiştir.

Haksız tahrikin ilişkin varlığına ve hukuki esasına ilişkin teoriler ve haksız tahrikin koşulları zaman ve mekan yönünden oldukça çeşitlidir. Örneğin Anglo Sakson hukukunda haksız tahrikin varlık nedenine ilişkin teorilerin iki başlık üzerinde yoğunlaştığı görülür: 1. Tahrik eden, faildeki şiddet dürtüsünü veya ihtirası kışkırttığından ve bu nedenle failin kendi iradesi ile hareket edemediğinden bahisle kısmen sorumlu olduğu teorisi, 2. Tahrik edenin hareketi neticesinde faile misilleme yapma hakkı doğduğu teorisi<sup>11</sup>.

Bugün hala farklı görünümde de olsa, Almanya, ABD, İsviçre, Kanada ve Avusturya'da haksız tahrik kurumu bulunmaktadır<sup>12</sup>. Buna karşılık Yeni Zelanda, Fransa ve Avustralya'nın Tazmanya ve Viktorya eyaletlerinde, özellikle haksız tahrikin kadın cinayetlerinde yol açtığı adaletsizlik itirazları dikkate alınarak, haksız tahrik uygulaması kaldırılmıştır<sup>13</sup>.

Kanaatimce kadınları ve onların aşıklarını öldürebilmenin anahtarı olan, zaman içinde özel görünümleri bir yana bırakılarak genel bir indirim nedeni olarak yasada yer bulan ve Türk Ceza Hukukunda tüm suç tipleri için uygulanabilir olan haksız tahrik kurumu, kadınların çeşitli bahanelerle her gün öldürüldüğü günümüz Türkiye'si için özel önem arz etmekte ve bu kurumun ceza politikaları açısından ciddi manada tartışılması gerekmektedir.

11 Bostancı Bozbayındır, s. 5.

12 Bostancı Bozbayındır s.90 vd.

13 Bostancı Bozbayındır s. 75.

Peki haksız tahrik gerçekte nedir? Yasalarda yer verildiği şekilde; bir failin, mağdur tarafından haksız olarak tahrik edilerek heyecan durumuna sürüklenmesi ve failin bu ruhi durumun etkisinde suç işlemesi<sup>14</sup> midir, yoksa erkeklerin, kadınlara karşı işledikleri suçlarda, toplumun içine girdiği şiddet/saldırı beklentisini karşıladıklarından, toplum, yasa ve yargıç tarafından hoş görüldüğü, cezasının hafifletilerek ödüllendirildiği bir mizojini kurumu mudur?

Cevabı, erkeklik performanslarının toplumda yarattığı yıkımları anlamak ve görmek yerine bu ilkel performansları doğal kabul etmiş görünen yerel mahkeme ve Yargıtay Ceza Daireleri'nin verdiği güncel kararlarda bulmak mümkün. Bu yüzden öncelikle, kısaca erkeklik performansı kavramından ve erkekliğin ispatından söz etmek gerekir.

En genel tanımıyla hegemonik erkeklik, toplumsal cinsiyet rejimlerinde iktidarı elinde tutan erkeklerin sahip oldukları erkeklik imgesidir. Bu imgeden kovulma, lanetlilerden olma tehlikesi erkekleri, erkekliklerini sürekli kanıtlama çabasına girdikleri bir sarmala sürükler. Kimmel'e göre; erkeklik kanıtlanmalıdır. Kanıtlanır kanıtlanmaz da yeniden sorgulanır ve tekrar kanıtlanması gerekir. Devamlı, acımasız ve erişilmezdir-en sonunda kanıtlama mücadelesi o denli anlamsızlaşır ki Weber'in ifadesiyle bir spor haline gelir.

Erkekliği oluşturan unsurları ve erkekliğin aşamalarını ise Pinar Selek şu şekilde açıklar:

*"Babalık, erkekliğini ispatlayan erkeklerin konumudur. Bu konum için çeşitli rühsatlar kazanılmalıdır. Erkek, iktidarını öncelikle cinsel alanda ispatlamalı, örneğin sünnet bıçağından geçmiş cinsel organ mutlaka ereksiyon yeteneğine sahip olmalıdır. Bu da yetmez. Baba demek, kısır olmayan koca, evini koruyan asker, elinden bir iş gelen, evini geçindiren, evle ilgili ekonomik, hukuki, siyasal tüm kararları alan patron ve devlet adamı olmak demektir. Yani erkek adam, evin bakıcısı-koruyucusu olmak için bazı beceriler geliştirmeli, bunun için mutlaka değişik bayatların içine girip çıkmalıdır."<sup>15</sup>*

14 Timur Demirbaş, Türk Ceza Hukukunda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985, s.37.

15 Pinar Selek, Sürüne Sürüne Erkek Olmak, İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 22 vd.

Durumu Türkiye açısından özetlemek gerekirse; genel anlamda hegemonik erkeklik; sünnet olan, askerliğini yapan, bir işte çalışan, evli, çocuklu, ailesinin koruyucusu ve geçindiricisi olan, cinsel performansı sorunsuz, tahakkümü altındaki kadınların namusunun bekçisi, kıskanç, futbol ve siyasetle ilgilenen, şiddet ve küfre eğilimli erkekleri anlatır<sup>16</sup>. Yerel Mahkemelerin ve Yargıtay'ın hegemonik erkekliği doğal gören, şiddeti ve eşitsizliği meşrulaştıran algısı, en çok kadın cinayetlerinde uygulanan haksız tahrik ve iyi hal indirimlerinde kendisini göstermektedir. Bu çalışmanın odak noktası, mijozini kavramının haksız tahrik indirimi uygulanan yargı kararlarında ne şekilde yer bulduğu anlamak ve açıklamak olduğundan, kararların faille empati noktasındaki başarının bir başka hegemonik erkeklik performansı olduğu şüphesini doğurmuştur. Hukukun amacı, bireylerin huzur ve güven içinde yaşadığı, adalete yönelmiş bir toplum yaratmak iken şiddet, ayrımcılık ve eşitsizlik yargı tarafından hoş görülebilir mi?

### **Haksız Tahrikin Koşulları: Erkek Faili Mazur Görme Çabası**

Yasanın lafzına bağlı kalınarak haksız tahrikin şartları, sıralandığında, bir suçun haksız tahrik etkisi ile işlendiğinden söz edebilmek için öncelikle ortada tahrik teşkil eden bir fiil olmalı, bu fiil haksız olmalı, fail bu fiil sebebiyle öfke veya şiddetli elem haline sürüklenmeli, failin işlediği suç, bu ruhi durumun tepkisi olmalıdır.

Haksız tahrikin koşullarına biraz daha yakından bakacak olursak;

Mağdurun ceza hukuku bakımından tahrik teşkil eden bir davranışının bulunması haksız tahrikin ilk koşuludur. Buna göre failin, haksız tahrikin varlığına ilişkin sübjektif bir inanca kapılması ve bu zan altında suç işlemesi haksız tahrikin varlığı için yeterli görülmez<sup>17</sup>. Mutlaka mağdurun tahrik teşkil eden bir hareketi bulunmalıdır. Ancak yerel mahkemelerin gerçekler yerine bazen failerin sanrılarına itibar ettiği, öldüğü için kendisi hakkındaki isnatlara yanıt veremeyen kadınları da olağan şüpheli saydığı görülebilmektedir. İzmir 11. Ağır Ceza Mahke-

16 Atilla Barutçu, Türkiye'de Erkeklik İnşasının Bedensel ve Toplumsal Aşamaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013.

17 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Ceza Hukuku Dersleri, Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958, s.386-387.

mesi 19.09.2007 tarihli 2006/210 E. 2007/329 K. sayılı kararında olduğu gibi;

*“Alev, 17 yaşındaki oğlunu alarak gittiği tatilde daha önce boşanma davası açtığı eşi Erkan’ın telefonlarını yanıtızsız bırakmıştır. Eve eşyalarını toplamak için döndüğünde Erkan Alev’in çantasından aldığı telefonda “Adil Işık” isimli şahıstan gelen mesajı ve doğum kontrol hapını görünce Alev’in kendisini aldattığından şüphelenir. Alev’in göbeğindeki yara bandını ve piercingi gören Erkan, “bayatımı yaşıyorum bana karışamazsın” dediğini iddia ettiği Alev’i evde bulunan ipele boğarak öldürür ve buzdolabına koyar. 5 yıl önce karıştığı bir kavgadan dolayı kesinleşmiş hapis cezası nedeniyle yolda yürürken yakalanınca, karısını öldürdüğünü itiraf eder. Mahkeme, 5 yıl önce Alev’in kendisini aldattığına dair Erkan’ın tanıklarının dinler ve “Adil Işık”ın kadın giyim markası olduğunu bilmesi beklenemeyecek sanığın, değer yargılarına göre yeniden aldatıldığını düşünmesinin normal olduğu gerekçesiyle haksız tahrik indirimi uygular.”<sup>18</sup>*

Alev’in doğum kontrol hapı kullanması ve telefonuna Adil Işık isimli giyim markasından mesaj gelmesi birleşince, fail haksız bir fiil olan aldatılma fiiline maruz kaldığı zannına kapılmış, boşanma aşamasında olduğu, çocuğunun annesi eşini ipele boğarak öldürmüş, yetmemiş, cesedi buzdolabında saklamıştır. Ancak yerel mahkeme bu gerçeklikleri bir kenara koyarak failin aldatıldığı şeklinde bir fikre kapılmasını cezasında indirim gitmek adına yeterli görmüş, öldürülen mağdurun faille hangi tahrik edici haksız fiili ile suç işlettirdiğini araştırma/açıklama gereği duymamıştır. Kanaatimce bu olayda mahkemenin faili tahrik eder bulduğu olgu, boşanma aşamasında da olsa evli ve çocuklu bir kadın olan Alev’in bir başka kişiyle cinsel münasebette bulunma ihtimalinin olmasıdır<sup>19</sup>.

Haksız tahrikten söz etmek için aranan ikinci koşul, tahrik fiilin haksız olmasıdır ki bu koşul Yargıtay’ın skandal kararlarında öne çıkan, mağdur kadınları sabık gören anlayışın en çok sarıldığı koşuldur. Tahrike sebebiyet veren fiilin haksız olması, hukuka aykırı olması anlamına

18 Eylem Ümit Atılgan, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 258.

19 Michel Foucault, Cinselliğin Tarihi, İmge Kitabevi, İstanbul 2012, s. 420 vd.

gelir, yani fiilin suç teşkil etmesi veya Borçlar Hukuku'ndaki haksız fiil olması gerekmez. Ancak hukuk düzenince tasvip edilmeyen bir fiil olması şarttır<sup>20</sup>.

Hukukun kaynağını, din, örf adet veya toplumun değer yargılarında bulunduğu sistemlerde, tahriki oluşturan fiilin, sırf örf ve âdete veya toplumun değer yargılarına aykırı olmakla haksız addedilebileceği bir gerçektir. Bu bakımdan doktrinde, bir fiilin haksızlığını tespitinde belirleyici olanın hukuk düzeni olduğu hukukla çatışan değer yargılarının ihlalinin haksız kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.

*“Sosyal kurallara, değer yargılarına, geleneklere aykırı hareketler de tabrik teşkil edebilir ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler faili tabrik etse bile haksız olmadıklarından haksız tabrik indirimi söz konusu olmayacaktır. Çünkü tabrik fiilinin haksız olması koşulu, hukuk düzenini korumaya yöneliktir”<sup>21</sup>*

Doktrinin açıklıkla çizdiği bu tabloya göre, esasen tayt giymek, renkli telefon kılıfı kullanmak, kırmızı oje sürmek, bir erkeğe saat sormak gibi fiillerin hukuk düzenininin tasvip etmediği fiillerden olmadığı açıktır. Ancak ne yazık ki her yıl onlarca kadının bu ve benzeri haksız fiilleri işlediklerinden bahisle erkekler tarafından öldürüldükleri ve bu erkek failerin yargının anlayışlı kucağında teselli bulunduğu, mazur görüldüğü bir gerçektir<sup>22</sup>. Örneğin;

*“Sanığın olay tarihinde saat 23:00 sıralarında evine geldiği, 30-40 dakika kadar zili çalmasına rağmen katılan eşinin kapıyı açmadığını, kapı kilitli olduğundan kendi anahtarı ile de kapıyı açmadığını, bilahare kapı açılmayınca ev sahibinden tornavida isteyip kapıyı açmak üzere iken katılanın içerden kapıyı açtığını, kapıda bekletilmemesinden dolayı eylemini gerçekleştirdiği savunması karşısında, her ne kadar katılan uyuyakaldığı için zil sesini duymadığını beyan etmiş ise de sanık ile katılanın arasındaki geçimsizlik nedeniyle katılanın sanı-*

20 Ümit Atılgan, s. 61.

21 Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 235.

22 Kadın Cinayetlerini Durduracağız 2016 Yılı Raporu <https://kadincinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/2786/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2016-yili-raporu>

*ğı isteyerek kapıda bekletme ihtimalinin bulunduğu, bu nedenle sanık lehine yorumla sanık hakkında haksız tabrik indirimi yapılmasında bir isabetsizlik bulunmadığından “(Y.3CD 01.10.2013, 2012/28544, 2013/33263)*

Bu kararda kadının haksız fiili; kocasını kapıda bekletmektir. Yargıtay kadının uyuyakaldım duymadım beyanına da itibar etmemiş, kadının kocasını kapıda bekletme ihtimaline sarılmış ve haksız tahrik indirimi uygulamaktan yine geri kalmamıştır. Örf ve adet hukukuna göre kocasına itaat etmeyen kadın, erkeğin işlediği kendisine karşı suçtan alacağı cezada indirimine gidilmesiyle, kanaatimce bir bakımdan Yargı tarafından cezalandırılmış olmaktadır.

*“Sanığın eşi olan mağdureye aynı gece kısa aralıklarla etkili eylemde bulunması tek suç oluşturduğu gibi, mağdurenin eşinden izinsiz terlik satın alması ve eve gelen eşi sanığa yemek hazırlanmamış olması şeklindeki hareketlerinin sanık lehine tabrik hükümlerinin uygulanmasını gerektirip gerektirmediğinin kararda tartışılması gerekir.” (Y.2CD, 29.03.2000, 3033/3281)*

Bu karara konu olayda ise mağdur kadın, eşinden izinsiz terlik satın alarak ve eşine yemek hazırlamayarak, kocasını tahrik eden haksız eylemlerde bulunmuş, kadınlar için erkekler eliyle çizilen sınırları aşmış, erkeğine itaatte kusur etmiştir. Yargı, bu kararıyla kadını sadece kadın olduğu için belli davranışları sergilemediğinden kocasının suçunun esas sebebi görmüş, her ne olursa olsun şiddete başvurmama ihtimali olan erkeğin, şiddeti seçen iradesini yine anlayışla karşılamıştır.

Haksız tahrikin üçüncü koşulu, failin psikolojisini esas alan, “fiil, failde şiddetli bir elem yaratmalı” koşuludur. Buna göre haksız tahrik etkisi altında suç işlediğinin iddia edildiği her olayda mahkeme, hiddet veya şiddetli elemin varlığını, buhran seviyesine bulaşıp ulaşmadığını araştırmalı, haksız bir fiilin varlığının, failde otomatik olarak buhrana yol açtığı kabul edilmemelidir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 28.06.2011, 114/150 sayılı kararında ilk derece mahkemesinin direnme kararı, haksız tahrikin psikolojik koşulunun, “Türk erkeği” kavramı ekseninde incelendiği oldukça ilginç bir karardır.

*“Fail, olay sırasında o denli öfkelenmiş ya da birtakım düşünce veya kanaatlere kapılmıştır ki; bir anda gözünü kan bürüyerek öldürmekten ya da öldürme amacıyla yaralamaktan kaçınmamıştır. Bunun böyle olduğu binlerce dosyadan gerek Ceza Dairesince gerekse Ceza Yargıç ve Savcılarınca pekala bilinmektedir. Nitekim olaydan önce Nevzatla Çağla'nın sözlü oldukları, o gün kokoreç yemeye gittikleri yerde birbirleriyle tartıştıkları, bu yüzden Nevzat'ın erkek olarak sinirlendiği, gerildiği açıktır. İşte bu halde iken katılan ve mağdur grubunun 'bir kıza sahip çıkamıyor, ne biçim erkek' şeklinde söz atmaları bardağı taşıran damla olmuştur. Kavgada, kendine güvenen hangi Türk erkeği olursa olsun bu sözün altında kalmak istemez. İnsanların özellikle bu tür suç işlemlerinde ulusal, töresel ve ahlaki ön yarguların ve alışkanlıkların büyük rolü vardır. Değer yarguları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez.”*

Şiddet kullanma yetkisinin “Türk erkeği”ne “ulusal, töresel ve ahlaki ön yarguların ve alışkanlıkların” verdiğinin belirtildiği kararda, “Değer yarguları itibariyle Türk erkeğinin karakteristik yapısı, kolay kolay bu sözü kendisine sindiremez.” diyerek bu söz karşısında, erkeğin şiddete başvurmadan kaçınmasının beklenemeyeceğini de söyleniyor<sup>23</sup>.

Haksız tahrikin bir diğer koşulu, suçun, tahrik fiilini gerçekleştirene karşı işlenmiş olması koşuludur. Yani, fail suçu, kendisini suç işlemeye tahrik eden haksız fiili gerçekleştiren kişiye karşı işlemiş olmalıdır. Aldatmayı haksız bir fiil olarak kabul eden Yargı bu fiilin kime yöneldiğini önemsemekte midir görelim:

Oğlu şehir dışında çalışmaya giden baba, gelininin o gece sevgilisiyle kaçıyor olduğunu görür. Evin kapısının önünde bekleyen arabadaki gelinin sevgilisini ve bu arada arabadan kaçmaya çalışan gelinini de öldürür. Yerel mahkeme<sup>24</sup> maktüllerin birlikte kaçma girişimini haksız tahrik olarak değerlendirir ve oy çokluğuyla haksız tahrik indirimi verir.

Bu vakada aldatma, evlilik dışı birliktelik için kaçma girişimi haksız eylem kabul edilmişse de bu haksızlığın faile yönelmesi gerekliliği gözden kaçırılmış görülmektedir. Gelinin, evlilikten kaynaklanan sadakat yükümlülüğü kayınpederini de kapsamakta mıdır?

23 Ümit Atılğan, s. 199.

24 Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 20.11.2014, 2013/232 E., 2014/316 K.



Bir başka karar, annesi ile bir erkeğin duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen, evin içinde annesi ile bu erkeği gören 17 yaşında bir çocuğun, annesinin aşığı olduğuna kanaat getirdiği erkeği öldürmesi olayında Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği haksız tahrik kararıdır. Ceza Genel Kurulunca bu cinayetin de mazur görüldüğü, sadakat yükümlülüğünün kadının çevresindeki tüm erkeklere kadını/aşığını öldürme hakkı ve yetkisi verdiğini düşündürmektedir:

*“Annesinin başkasıyla duygusal ilişki yaşadığından şüphelenen ve suç tarihinde 17 yaşında olan sanığın, olay günü arkadaşıyla birlikte motorsikletini almak için eve geldiğinde, evin içinde maktul ile annesini birlikte otururken görmesi üzerine evin içine girerek mutfaktan aldığı bıçakla maktulü kasten öldürdüğü olayda, sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 29. maddesinde düzenlenmiş olan haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*

*Maktul ile sanığın annesi arasındaki ilişkinin cinsel ilişki boyutuna ulaştığına dair delil bulunmamakta ise de; maktulün evliliği devam eden, eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşayan bir bayanın evine gündüzleyin gelmesi, sanığın daha önce maktulü birkaç kez evlerinin önünde görmesi nedeniyle annesiyle maktul arasında ilişki olduğundan şüphelenmesi ve olay günü de maktulü ailece birlikte yaşadıkları evin içinde annesinin yanında görmesi, kendisinin eve mutfak kapısından girdiği sırada daire kapısından çıkan maktulün apartmanın girişinde babasıyla tartışmaya başlaması hususları birlikte değerlendirildiğinde, haksız tahrikin ulaştığı boyuta göre yerel mahkemece TCK'nun 29. madde uyarınca alt sınırdan uzaklaşımak suretiyle takdir edilen haksız tahrik indiriminin adil ve yerinde olduğunun kabulü gerekmektedir.” (Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2013/1-528 K. 2014/269 T. 20.5.2014)*

Görülüyor ki; Augustus Evlilik Kanununda yer bulan, kadının ve aşığının öldürülmesi hakkı yalnızca kadının kocasına veya babasına ait değildir. Kadının namusunu temizlemenin toplumsal gerekliliği sonucu kadını/aşığını öldürme hakkı ilgisini ispat eden herkese aittir.

Haksız tahrikin tepki suçlarında uygulanabilirliğine dair doktrindeki genel kabul, haksız tahrik teşkil eden fiille bu fiile tepki olarak işlenen suç arasında oran meselesini tartışmalı bir konu olarak gündeme ge-

tirmektedir<sup>25</sup>. Tahrik fiili ile tepki fiili arasında orantılılık unsuruna yer verildiği ve orantılı olmayan tepkiden ötürü failin tahrik indiriminden yararlanamayacağı Alman ve Amerikan hukuk sistemlerinde benimsenmiştir. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi Commonwealth v. Bermudez kararında, failin eşi olan mağdurun sarf ettiği küfürlü sözlerin, öldürme suçunda tahrik indirimi uygulanması için yeterli görmediğini beyan etmiştir. Kararda; *“Her ne kadar aşığılayıcı olursa olsun, sadece sözle yapılan bir saldırı bir kimsenin başka bir kimseyi öldürmesi neticesinde haksız tabrik indirimi yapılmasını gerektirmemektedir.”* ifadeleri vurgulanmıştır<sup>26</sup>.

Failin işlediği tepki fiili ile buna neden olan tahrik fiili arasında herhangi bir oran aranıp aranmayacağı hususunda Türk Ceza Kanunu’nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bir görüşe göre haksız tahrikin uygulanabilmesi için haksız fiil ile buna tepki olan suç eylemi arasında bir oran bulunmalı, bu oran yoksa failin cezasında indirimle gidilmemelidir. Bir başka görüşe göre ise Roma hukukundan gelen bir özdeyişe göre *“saldırıya uğrayanın elinde bir terazi yoktur”* dolayısıyla bireyin psikolojisine göre kimin hangi olaya, nasıl tepki vereceğini tahmin etmek mümkün olmadığından, haksız tahrikte oran aramaya gerek bulunmamaktadır<sup>27</sup>. Yargıtay’ın oran meselesinde her iki görüşe yakın kararları olduğunu bu konuda yerleşik bir içtihat edinemediğini, ancak kadın cinayetlerinde, maktül kadınların kendilerini savunma imkanı da kalmadığından erkek failerin indirimle yönelik senaryolarına genellikle itibar edildiğini belirtmek gerekir.

Oran meselesinde özellikle bu çalışma açısından önem teşkil eden konu, oran ilkesi gözetilerek verilen haksız tahrik kararlarının cinsiyete göre farklılaşmasıdır. Örneğin, partnerleri veya ailesindeki erkek üyeler tarafından uzun süre psikolojik, cinsel, sözlü, ekonomik, fiziki şiddet gören kadınların işlediği suçlarda, oran ilkesi gözetilerek, son gerçekleşen haksız fiil ile kadının işlediği suç arasında oran aranması, kurumun erkekler lehine işleyen, mizojini kalıntısı bir kurum olduğunu tezini desteklemektedir.

25 Gökhan Yaşar Duran, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 169 vd.

26 Bostancı Bozbayındır, s. 218.

27 Bostancı Bozbayındır, s. 216-219.

Haksız tahrikin yasadaki düzenlenişinden yola çıkılarak tespit edilen bir diğer koşul, tahrik teşkil eden hareketle işlenen suç arasında nedensellik bağı bulunması koşuludur. Yani, failin suç eylemi, tahrik konusu fiilden kaynaklanmalı, iki eylem arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Nedensellik bağı koşulunun düşündürdüğü bir başka konu, tepki fiili ile tahrik fiili arasındaki zaman sorunudur.

Tepki fiili olduğu kabul edilen bu nedenle mazur görülerek cezası hafifletilen haksız tahrik suçlarında, tahrike yol açan haksız fiil ile suç fiili arasında zamansal yakınlık olması Anglo Sakson ve Amerikan hukuk sistemlerinde benimsenmektedir. Yine Alman Hukuku doktrininde de tahrik ile tepki fiili arasında zaman aralığının dar olmaması halinde, tahrike neden olan fiilin yarattığı hiddetin azalacağı ve maddenin uygulama mantığının dışına çıkılacağı eleştirileri mevcuttur<sup>28</sup>. Ancak Türk Hukukunda böyle bir zamansal yakınlık aranmadığı, bunun yerine nedensellik bağının bulunmasını yeterli bulduğu görülmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında<sup>29</sup> tepki fiilinin zamanı konusunda şöyle bir değerlendirme yapmıştır:

*“Haksız tabrik maddesinin uygulanabilmesi için zamanın kısa olması zorunlu bir etken değildir. Haksız bir olayın vuku bulunması, bu olay ile sanıkta meydana gelen öfke ve acı; bu öfke ve acı ile de suçun işlenmesi arasında nedensellik bağlarının saptanması ve mahkemece olay ve sanığın psikolojik yapısına göre tabrikin derecesinin takdiriyle sonuca göre hüküm kurulmaması kanuna aykırı bulunmuştur.”*

Yargıtay'ın suçun tahrik fiilinin hemen akabinde işlenmesine ilişkin yasada herhangi bir ibare bulunmamasını dikkate alarak, suç ile haksız fiil arasındaki sebep sonuç ilişkisi ile yetinmesi son derece sakıncalı bir yaklaşımdır. Tasarlayarak öldürmenin ceza yasasında nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerçeği karşısında, haksız fiile tepki suçlarında zaman aralığına dikkat edilmemesi ve bazı durumlarda tahrik fiili ile tepki fiili arasında tasarlamaya yol açacak kadar uzun zaman aralığı bulunmasına rağmen faile haksız tahrik indirimleri uygulanması ceza politikasında çelişki yaratmaktadır. Bir örnek; Erkan ve Zuhul 20 yıllık evlidir ve 4 çocukları vardır. Olaydan 1.5 yıl önce bir geceyi Erkan ifadesinde öyle anlatır:

28 Bostancı Bozbayındır, s. 215.

29 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E.1991/7141 K.1991/8305, T.25.12.1991

“Su içtikten sonra içeri geçtiğimde eşimin müzik dinlediğini gördüm. Yanına gidip neden uyumadığını sorduğumda bana müzik dinlediğini söyledi, ben de gel o zaman ilişkiye girelim dedim o da tamam diyip telefonu bıraktı. Ben eşimin bıraktığı telefonu elime aldım ve telefonu kontrol ettim. Telefonda Özgür isminde birini gördüm ve bunu görünce eşime bu kişinin kim olduğunu sordum. Eşim de Özgür’ün sevgilisi olduğunu ve Özgür’ü sevdiğini, benden ayrılmak istediğini söyledi. Ben de bunu duyunca şoka girdim ve kardeşim Erhan’ı aradım. Benim eşim Özgür’e 207 tane mesaj atmıştır, Özgür de eşime yaklaşık 100e yakın mesaj attı. Kardeşim Erhan bunun ayıp olduğunu ve doğru olmadığını söyledi. Büyük oğlum eşimin önünde diz çökerek “Anne sen nasıl böyle bir şey yaparsın diye söyledi. Daha sonra telefonu kurcalayınca 20 yıllık eşimin başını açarak Özgür’e mesaj attığını gördük. Kayın biraderim ve kardeşimin huzurunda eşim bize hitaben “evet ben onu seviyorum sevgilimdir, beni boşasın” şeklinde konuştu. Aramızdaki sorun devam etti ve boşanma davası açacaktık. Daha sonra barıştık ve barıştıktan sonra bulunduğumuz evden taşınıp daha iyi bir ev tuttuk. O eve taşındığımızda eşim benimle bir an evvel boşanmak istediğini söyledi ve biz de gidip boşanma davası açtık.”

Peki, daha sonra ne olur? Tarafları aile büyükleri bir araya gelerek barıştırlar, Zuhâl’in boşanma isteği ciddiye alınmaz. Olay gecesi Zuhâl’in tartışmada son sözlerinin “şerefsiz olmasan beni boşarsın” olduğu iddia edilir. Netice olarak Erkan Zuhâl’in boğazını keser. Mahkeme ise hem daha evvel gerçekleştiği mesajlarla ispat olunan aldatma vakasını hem de maktûlün son sözleri olduğu iddia edilen sözleri, eşini affettiği, aldatıldığını bildiği halde 1.5 yıl beraber yaşadığı, affettiği eşinin boğazını kesen Erkan’a haksız tahrik uygulama gerekçesi yapar:

“Somut olayımıza baktığımızda, sanığın resmi nikahlı olan eşinin başka bir erkekle incelenen mesaj kayıt içeriklerine göre duygusal ilişki yaşadığı, bir kısım beyanlara göre bu ilişkisini kabul ettiği, mesajların cep telefonunda hala kayıtlı olduğu ve dökümlerinin alındığı, incelenen mesaj içerikleri ve maktûlün sanığa sarf ettiği iddia edilen sözler birlikte değerlendirildiğinde maktûlden kaynaklı haksız fiilin meydana getirdiği hiddet ve elemin tesiri altında kalan sanığın bu hiddet ve elemin yoğunluğu gözetilerek haksız tabrik hükümlerinin uygulanmasının gerektiği bu hüküm uygulanırken olayın oluş şekli

*bak nesafet ve adalet kuralları olayın toplumsal yansımaları bölgenin sosyal durumu dikkate alınarak” (Diyarbakır 1. Ağır Ceza Mahkemesi, 23.05.2013, 2013/72 E., 2013/209 K.)*<sup>30</sup>

Kadınların fail olduğu olaylarda yargının yaklaşımı aynı olacak mıdır? Hayır. Bir akşam arkadaşlarıyla katıldıkları yemekte, polisler ve polislik mesleğine hakaret eden kocasıyla yemekten sonra eve döndüklerinde tartışıp, kocasını görev silahıyla vuran polis memuru kadının dosyasında indirim uygulanmıyor. Yerel Mahkeme yatak odasında bulunan sigara izmaritlerinden yola çıkarak kadının, kocasını affettiğine, çiftin barıştığına kanaat getiriyor. Dosyayı inceleyen Yargıtay 1. Ceza Dairesi 14.06.2005, 1480/2326 sayılı kararıyla haksız tahrikin affetmeden sonra söz konusu olamayacağını belirtiyor:

*“...haksız tabrik hükümlerinin uygulanabilmesi için failin bir tabrikin busule getirdiği gazap ve şedit elemnin etkisi altında suç işlenmesi gerekir. Failin daha önce affettiği bir haksız hareketin etkisi altında kalması düşünülemez. Aksini kabul yasa hükmüne aykırı olduğu gibi yas koyucununun amacına da ters düşer.”*

### **Namus Cinayeti/Töre Cinayeti: Erkekler Lehine İndirim Yapmanın Formülü**

5237 Türk Ceza Kanunu'nun kabul edilmesinden önceki dönemlerde töre saikiyle öldürme yargılamalarında tahrik indirimi uygulanmakta iken 5237 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle kasten öldürme suçlarında kan gütmeye ve töre saikinin nitelikli hal olarak cezayı ağırlaştırıcı nedenler olarak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay kanunun ilgili maddelerinin gerekçelerine paralel biçimde, töre saikiyle kasten öldürme suçunu değerlendirdiği kararlarında, haksız tahrik ve töre saikinin bir arada bulunmayacağını kesin biçimde belirtmektedir<sup>31</sup>. Ancak aynı Yargıtay'ın namus cinayetlerini “töre”den saymadığı ve bu tür cinayetlerde ekseriyetle haksız tahrik indirimi uygulanmasının vaaz edildiği görülmektedir.

Yargıtay'a göre töre cinayetlerinde kolektif bir karar ve ruh bulunmaktadır, namus cinayetleri ise subjektif nedenlerden kaynaklanmakta,

30 Ümit Atılgan, s. 279.

31 Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E.2010/4303, K.2010/6578, T. 12.10.2010.

bireysel bir karar neticesinde vücut bulmaktadır. Bir yanda, aldatılma şüphesini dahi öldürme fiilini tahrik eder bulan ve “*ber Türk erkeğinden beklenir*” formülü ile şiddeti toplumsal bir meşruluk düzleminde gören Yargıtay, namus cinayetleri ile töre saikiyle işlenen cinayetler arasında hiç kimsenin göremediği ve anlayamadığı bir farkı, kendince keşfetmiş, bu keşif ile namus cinayetlerinde erkek lehine haksız tahrik indirimleri uygulaması kesintiye uğramadan sürmüştür.

“...”töre” kavramıyla sık sık karıştırılan “namus” kavramının ise “bir toplum içinde ablak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük” olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin “töre saikiyle öldürme” olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi” biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan”, sırf bu nedenle “töre saikiyle öldürme” olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, “töre cinayeti ile namus cinayetinin” aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği,” (Yargıtay 1. Ceza Dairesi, E. 2015/1374, K.2015/5380, T.19.11.2015)

Biliyoruz ki; failin özellikle namus cinayetlerinde, kapıldığı hiddet ve elemnin kaynaklarından biri, toplumda oluşan şiddet ve saldırganlık sergilemesi yönündeki beklentidir<sup>32</sup>. Bu beklenti failin, toplumu (izleyicileri) tatmin edecek erkeklik performansını sergilemesine, eşi, kızı, sevgilisi, annesi veya herhangi bir kadını öldürmesine yol açmaktadır. Yargıtay’ın bu yalın gerçeği görmezden geliyor olması, Türk Hukukunda mizojini ve hegemonik erkeklik kültürünün olumsuz ve yoğun etkisinin bir sonucu olarak görülmektedir.

32 Dicle Kocağioğlu, Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği, <http://research.sabanciuniv.edu/5862/>

## SONUÇ

Bu çalışma vesilesiyle, haksız tahrik konusundaki akademik çalışmalar, yerel mahkeme ve Yargıtay kararları üzerinde yapılan incelemelerde, erkeklik performansları denilen, toplumun erkeklere biçtiği rol, onlardan beklenen ve sergilendiğinde olağan kabul edilen şiddet ve saldırganlık dolu davranışları yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın anlayışla karşıladığı, yer yer hak verdiği ve failerle empatide son derece başarılı olduğu anlaşılmıştır.

Haksız tahrik kararlarında, cezaların şahsileştirilmesi amacından sapılarak, erkekler lehine uygulanan indirimlerin cinsiyetçi, gelenekçi ve ahlakçı olmanın yanı sıra şiddeti bir sarmal haline getirerek toplumsal kötüyü de beslediği değerlendirilmektedir.

Toplumsal yaşamı düzenleme ve iyileştirme işlevi olduğunu kabul ettiğimiz hukukun, toplumun kültürüne mesafeli bir yaklaşımla, toplumsal olgu ve normları değerler süzgecinden geçirerek hukuk normları oluşturması beklenir. Ancak kadınlara şiddet gösteren erkekleri çeşitli nedenlerle hoş gören haksız tahrik uygulaması, kadın düşmanı kültürün “olduğu gibi” yasalara, içtihatlarla ve adalet algımıza zerk ettirildiği kanaatini doğurmaktadır.

## Kaynakça

- Barutçu Atilla**, Türkiye’de Erkeklik İnşasının Bedensel ve Toplumsal Aşamaları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2013
- Berktaş Fatmagül**, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Yayınevi, İstanbul 2012
- Bostancı Bozbayındır Gülşah**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Beta Yayım, İstanbul 2013
- Demirbaş Timur**, Haksız Tahrik, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016
- Demirbaş Timur**, Türk Ceza Hukukunda Özel Haksız Tahrik Halleri, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1985
- Devrim Aydın**, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003
- Dönmezer Sulhi/Erman Sahir**, Ceza Hukuku Dersleri, Umumi Kısım, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1958
- Duran Gökhan Yaşar**, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010
- Engels Friedrich**, Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Alter Yayınevi, Ankara 2012
- Foucault Michel**, Cinselliğin Tarihi, İmge Kitabevi, İstanbul 2012
- Holland Jack**, Mizojini Dünyanın En Eski Ön Yargısı: Kadından Nefretin Evrensel Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara 2016
- Kadın Cinayetlerini Durduracağız 2016 Yılı Raporu <https://kadincinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/2786/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2016-yili-raporu>
- Kocağoğlu Dicle**, Gelenek Söylemleri ve İktidarın Doğallaşması: Namus Cinayetleri Örneği, <http://research.sabanciuniv.edu/5862/>
- Marx/Engels/Lenin**, Kadın ve Aile, Sol Yayınları, Ankara 1989
- Parrinder Geoffrey**, Dünya Dinlerinde Cinsel Ahlak, Say Yayınları, İstanbul 2003
- Rowbotham Sheila**, Yeni Bir Çağ Hayali Yirminci Yüzyılı Yaratan Kadınlar, Sel Yayıncılık, İstanbul 2013
- Selek Pınar**, Sürüne Sürüne Erkek Olmak, İletişim Yayınları, İstanbul 2008
- Ümit Atılğan Eylem**, Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015





---

## UZLAŖTIRMA<sup>1</sup>

---

**Doç. Dr. Güçlü AKYÜREK\***

---

Öncelikle hepiniz hoş geldiniz. Bir pazartesi akşamı UzlaŖtırma dinlemek üzere geldiğiniz için hepinize tek tek teşekkür ediyorum. UzlaŖtırma Türkiye’de çok tartıŖılan konulardan bir tanesidir. 2005 yılında bizim sistemimize, bizim hukuk dünyamıza girdi ve 2006 yılında Ceza Muhakemesi Kanununda yapılan deęiŖlikle daha genel bir hale getirildi ama sürekli deęiŖtirildi. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması gibi uygulamada sürekli sorunlar çıktı. Tüm bu sorunların sonucunda ister istemez deęiŖmesi gerekti. Neden bu kadar çok deęiŖmesi gerekti? Ben biraz Ŗuna benzetiyorum. Kurumun varoluŖ sebebi ile Türkiye’ye getirilmiŖ sebebi arasında ciddi bir fark var. Türkiye’de uzlaŖtırma, uzlaŖtırma kurumunun geliŖ sebebi hep davaları azaltmak, dava sayısının düşürmek, yargılama süresini düşürmek olarak sunuldu. Doğru, uzlaŖtırmanın böyle bir sonucu vardır. Ama uzlaŖtırmanın varoluŖ nedeni yani hukuk tabiriyle *ratio legis*’i aslında bu değildir. Çünkü klasik ceza yargılamasında ortada bir suç iŖlendięi iddiası vardır. Kişinin bu suçu iŖleyip iŖlemediğini kanıtlamaya çalışırsınız, iŖlediğini kanıtlarsanız ona uygun bir ceza verirsiniz. Gördüğünüz gibi burada mağdura herhangi bir yer yoktur. Yani suçun Ŗikâyete bağlı olması ve mağdurun Ŗikâyetçi olması istisnası dışında aslında klasik ceza yargılamasında mağdur olsa da dava olur olmasa da olur. Oysa Ŗu anki sistemde, bir iki istisna dışında, sanık olmadan yargılama yapılamaz. Neden? Çünkü sanık ceza yargılamasının kurucu unsurlarındandır. Mağdur katılan taraf olmasa da yargılama yapılabilir. Ceza yargılamasında sanığın sahip olduğu gibi mağdurun maalesef bir yeri yoktur. Dünyada ve Türkiye’de bu durum deęiŖtirilmeye çalışılıyor ama hala sanık kadar merkezi bir yeri yok. Aynı

---

1 19.02.2018 tarihinde Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından gerçekteŖtirilen ve yöneticiliğini Yrd. Doç. Dr. Hasan Sınar’ın yaptığı ve konuŖmacı olarak Doç. Dr. Güçlü Akyürek’in yer aldığı “UzlaŖtırma” konulu Pazartesi Forumu kaydının çözümdür.

\* Mef Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesil Hukuku Anabilim Dalı.

Ŗekilde mevcut ceza yargılaması sistemimizde mağdurun ceza yargılaması sistemi üzerinden zararlarını tanzim etme olanağı da yok. Eskiden Ŗahsi dava varken Ŗimdi yok. Dolayısıyla mağdur hukuk davası açıp tazminatın peŖinde koŖacak, zararlarının tazmin edilmesini isteyecek oysa uzlaŖtırmada ve onarıcı adalet anlayıŖında, alternatif uyuŖmazlık çözümlerinden hareketle, mağduru bu iŖin tarafı haline getiriyorsunuz. Yani mağdur da o sistemin bir parçası oluyor.

Nasıl uzlaŖtırmanın taraflarından biri Ŗüpheli veya duruma göre sanıkta diğer tarafında da mağdur var. Mağdur rıza göstermediği sürece bir sonuç doğmuyor. Bu da demektir ki birincisi, mağdur artık kurucu bir unsurdur, ikincisi mağdur aynı zamanda yargılamanın bir parçası olarak yargılamanın olduğunu da görür. Yani sadece ceza yargılamasının yapılıp sanığın suçluluğunun tespit edilerek cezalandırılması birçok örnekte mağdur açısından yeterli olmuyor. Mağdur da bunu bir tarafı olmak istiyor. Aynı Ŗekilde Türkiye'ye geliŖ sebebi de sonuçlardan bir tanesi. Yargılama da çok daha kısa sürüyor sonuçta 30+20=50 gün sürüyor. Çok abuk bir Ŗekilde sonuçlanabiliyor. Böylece devlet dolayısıyla da toplum maddi bir maliyetten kurtuluyor. Düşünün ki senelerce devam eden bir davanın hem sanık açısından hem mağdur açısından hem de toplum açısından çok ciddi bir maliyeti var. Maddi maliyetin ötesinde kiŖisel olarak da bir maliyeti var. DuruŖmaya gideceksiniz gitmeseniz de takip edeceksiniz vs. sürekli devam eden davalar zaten hepimizin malumudur. Dolayısıyla aslında bundan hareketle ıkmıŖ bir kavram uzlaŖtırma kavramı. Daha çok cezası düşük olan suçlarda veya ocuk suçlarında ilk baŖta ıkmıŖ olan bir kavram daha sonra genele yayılmıŖ durumda.

Türkiye'de 2016 yılında yapılan yasal deđiŖiklikle uygulama alanı da oldukça geniŖletildi. Yani düşünün ki tehdit ve dolandırıcılık suçlarında bile uzlaŖma artık mümkün hale getirildi. Tabi bu ne kadar doğrudur ne kadar yanlıŖtır tartıŖılır. Özellikle dolandırıcılık mal varlığına karŖı iŖlenen bir suç ama tehdit gibi bir suçta uzlaŖma olmasının bana kiŖisel olarak ilginç geldiğini yeri gelmiŖken söylemeliyim. Elbette uzlaŖtırma benzeri hükmün açıklanmasının geri bırakılması, erteleme gibi kurumlar da aslında benzer mantığı yansıtıyor. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanması için mağdurun zararının giderilmesi gerekiyor. Aynı Ŗekilde ertelenmenin uygulanmasında da mağdurun zararının

giderilmesi istenebiliyor. Veya seçenek yaptırımlara çevirme de bu söz konusu olabiliyor.

UzlaŖtırma nasıl iŖliyor? Öncelikle savcılık soruŖtırma baŖlatıyor. Aslında kural olarak yani kanundaki bilgiye göre savcılık, yeterli suç Ŗüphesine ulaŖtığı zaman, bir baŖka deyiŖle artık iddianame tanzim etmesini gerektirecek ölçüde Ŗüpheye ulaŖtığı zaman, eğer uzlaŖtırmaya tabi bir suçsa, dosyayı uzlaŖtırma bürosuna gönderiyor ve uzlaŖtırma bürosu tarafından da bir uzlaŖtırmacıya gönderiliyor. UzlaŖtırmacı taraflara ulaŖıyor ve uzlaŖmayı düşünüp düşünmediklerini soruyor. Tarafların ikisi de uzlaŖmaya katılmayı kabul ederlerse, taraflar arsında bir müzakere yapılıyor. Müzakere sonucunda bir uzlaŖmaya varılırsa yani fail, mağdurun istediği ya da beraber uzlaŖtıkları belli bir edimi yerine getirmeyi kabul ederse, bu bir tutanak altına alınıyor. Bir rapor hazırlanıyor, uzlaŖtırma bürosuna gönderiliyor ve oradaki savcı edimin hukuka ve ahlaka uygun olup olmadığını kontrol ediyor. Eğer uygun bulursa onaylıyor. Ve daha sonra edimin cinsine göre deđiŖmekle beraber kural olarak kovuŖturmama kararı veya kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı veriyor ve dosya burada deyim yerindeyse kapanıyor. Böylece mağdur kendisi açısından hem sürece katılmış hem de tatmin olmuş oluyor. Fail de olası bir ceza yargılamasında ceza almaktan ve adli sicilinin bozulmasından kurtuluyor, iki taraf açısından da kazan kazan şeklinde bir süreç ortaya çıkıyor. Ancak burada şöyle bir tartışma çıkabiliyor: UzlaŖtırmaya tabi bir suç olduğu zaman otomatik uzlaŖtırmaya gönderilebiliyor. Aslında kanundaki sisteme baktığımızda otomatik uzlaŖtırmaya gönderilmemesi gerekiyor. Yeterli suç Ŗüphesi oluŖtuktan sonra uzlaŖmaya gönderilmesi lazım. Yeterli suç Ŗüphesi zaten oluŖmuyorsa daha ilk aşamada savcının kovuŖturmama kararı verme yetkisi var. Yeterli suç Ŗüphesine ulaŖmadan uzlaŖmaya gönderildiği ve uzlaŖtırma sağlanmadığı zaman kanundaki sırayı takip ettiğinizde, kamu davasının açılması gerekli. Yeterli suç Ŗüphesi oluŖmadan uzlaŖtırmaya gönderdiğiniz zaman, bu sefer uzlaŖma sağlanamadığında kovuŖturmama kararı verilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkabiliyor. Tabi bu fail açısından da iki arada bir derede bir durum yaratabiliyor.

Diğer yandan uzlaŖtırmanın Yargıtay tarafından da kabul edilmiş bir özelliği, kurumun sadece usul hukukuyla ilgili değil maddi hukukla da ilgili bir konu olduğudur. Yargıtay diyor ki: Suçun iŖlenmesiyle beraber

faile devlet arasında doğan cezalandırma iliŖkisini de ortadan kaldırdığı için maddi ceza hukukuyla da ilgilidir. Bu yönde çok sayıda karar bulunmaktadır. Mesela dolandırıcılık ve tehdit gibi sonradan uzlaŖtırma kapsamına alınmıŖ suçlarla ilgili verilen kararlar var. 2017 yılında 15. Ve 4. Ceza Dairelerine göre aynı zamanda maddi ceza hukuku kurumu olduğu için lehe uygulama yapılması gerekir. Yargıtay aŖamasına gelmiŖ hatta sonuçlanmış davalarda Yargıtay, uzlaŖmanın kapsamı deđiŖti basit dolandırıcılık suçu ve tehdit artık uzlaŖtırma kapsamında, kurum maddi ceza hukuku kurumu olduğu için uzlaŖtırmanın denenmesi gerekir diyerek bozup kararı geriye gönderebiliyor. Maddi ceza hukuku kurumu olması nedeniyle uzlaŖtırmanın yani failin lehine olan yasanın uygulanması gerekiyor. Adalet Bakanlığı'nın istatistiklerine göre bu yasal deđiŖiklik yapıldıktan sonra 2017'nin ilk on ayında 173 bin dosyada uzlaŖma sağlanmış, 42 bin dosyada uzlaŖma sađlanmamıŖ. 2016 yılına baktığımızda mesela 75 bin dosyada uzlaŖtırma görüyoruz ama toplam dosya sayısı 3 milyon 303 bin çıkıyor. Yani onun içinde 75 bin yüzde 2-3 yapıyor. Çok fazla değil ama yine de hiç yoktan iyidir ve uzlaŖtırma sebebiyle kovuŖturmama kararlarının seneden seneye arttığını görüyoruz. Örneğin;2009'da 1442 ile baŖlamıŖ Türkiye genelinde 2012'de 5176 olmuŖ 2016'da da 13.491 olmuŖ. Yani ciddi anlamda uzlaŖtırma dosyası var ve ciddi anlamda uzlaŖtırmada baŖarı sağlanabiliyor.

Var olan sorunlar karŖılaŖılan sorunlar nelerdir? Benim kiŖisel olarak tespit edebildiğim sorunlar bir kere uzlaŖtırmada Ŗöyle bir kural var: Birden fazla suç iŖlenmiŖse ve bu birden fazla suçun bazıları uzlaŖtırmaya tabi bazıları değilse kanun diyor ki; o zaman uzlaŖtırma yapılamaz. Ama bunu Yargıtay biraz ilginç yorumlamıŖ. Mesela 3. Ceza Dairesi'nin verdiği bir kararda aynı kiŖiye karŖı aynı olayda fail hem hakaret hem de netice sebebiyle ađırlaŖtırılmıŖ yaralama suçunu iŖlemiŖ. 3. Ceza Dairesi, neticesi sebebiyle ađırlaŖmıŖ yaralama uzlaŖmaya tabi olmadığı için burada uzlaŖma uygulanamaz Ŗeklinde bir karar vermiŖ ki yasa da bunu söylüyor zaten. Ama aynı 3. Ceza Dairesi 12 Haziran 2017 tarihinde verdiği bir kararda ise farklı iki kiŖiye karŖı iki farklı suç iŖlenmesi olayında suçlardan bir tanesi uzlaŖtırmaya tabi değil diye uzlaŖtırma yapılamayacağını söylemiŖ. Bu olayda muhalefet Ŗerhi de var ve varılan sonucun yanlış olduğu, bir mağdura karŖı uzlaŖtırma olabilirken diğer bir mağdura karŖı olmayabilir deniyor. Yargıtay 3. Ceza Dairesi bunu bence de

kanunu yanlış yorumlayarak bu sonuca varmış. Sonuçta iki farklı suç var ve biri uzlaŖtırmaya tabi biri değil. UzlaŖtırmaya tabi olmayanda bu yola gidilemez. Ama suçlar ve mağdurlar ayrı. Yargıtay verdiği kararda kuralı geniş yorumlamış.

Diğer yandan uzlaŖtırmada sık karŖılaŖılan sorunlardan bir tanesi de ilk etapta uzlaŖtırmacının taraflara ulaŖabilmesi yani onlara uzlaŖtırma teklifi götürebilmesi için adresleri tespit etmesidir. Kanunda deniliyor ki bilinen dosyadaki adresine tebligat yapılır ama kiŖinin MERNIS adresi farklı olabiliyor. Dolayısıyla hangi adrese tebligat yapılacak sorusu doğuyor. Genellikle deniliyor ki özel kanun olduğu için Tebligat Kanunu dikkate alınarak dosyadaki adresine tebligatın yapılması gerekir. Eğer bir Ŗekilde o adreste kiŖiye ulaŖılamıyorsa MERNIS adresine baŖvurula-bileceği söylenebilir. 253. Maddenin b. Fıkrası da dikkate alındığında bu Ŗekilde bir çözümler üretilebilir.

Uygulamada karŖılaŖılan ve Yargıtay kararlarına konu olan sorunlardan bir tanesi de taraflardan bir tanesinin reŖit olmamasıdır. Kanun diyor ki, teklif kanuni temsilcisine yapılmalıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne giden 2014 tarihli bir olayda reŖit olmayan küçüğe tebligat yapılıyor. Bu aŖama geçildikten sonra Yargıtay Genel Ceza Kuruluna kadar geliyor olay. UzlaŖma sağlanamıyor anladığım kadarıyla. Yargıtay Genel Kurulu, bildirim yanlış olduğunu, küçüğün kanuni temsilcisine bildirim yapılması gerektiğini söylüyor ve kararı bozuyor. Ama süreçte küçük olan kiŖi artık 18 yaŖını geçtiği için ona tekrar bildirimde bulunulması ve tekrar uzlaŖma sürecinin baŖlatılmasını istiyor. Olayda zaten küçüğe bildirim yapılmış ama o sırada küçük olduğu ve tebligat kanuni temsilcisine yapılmadığı için Yargıtay bozma kararı vermiş.

UzlaŖtırmada hep vurgulanan ama uygulamada biraz gri alanda kalan bir başka konu ise tarafların özgür iradesiyle karar vermesi gerektiğidir. Yani Ŗu demek: Mağdur ile failin edimin ne olacağına ve bu edimin nasıl ifa edileceğine karar vermesi gerekiyor. Dolayısıyla normalde kanundaki sisteme baktığınızda, uzlaŖtırmacının bir edim teklif etmesi söz konusu değil. Bir başka deyiŖle uzlaŖtırmacı haydi senin de 5 bin lira zararın var o da sana 5 bin lira versin uzlaŖın dememesi gerekir. Hatta diyelim ki mağdur 10 bin lira istiyor. Fail 5 bin lira ödemeyi kabul

ediyor. UzlaŖtırmacının 7.500 lirada anlaşın bile dememesi gerekiyor. Ama uygulamada bununla karşılaşılabiliyor. Çünkü tarafların özgür iradesiyle edimi saptanması gerekiyor. Zaten savcının uzlaŖtırma raporunu incelerken baktığı konulardan bir tanesi de aslında özgür iradeyle karar verilip verilmediğidir.

Diğer yandan taraflardan bir tanesi Türkçe bilmiyor olabilir. Bu konu yönetmelikte düzenlenmiş Ceza Muhakemesi Kanununun 202. maddesine atıf yapılmış. Dolayısıyla bir tercüman görevlendirilmesi mümkün. Aynı şekilde uzlaŖtırmacıların bağımsızlığı-tarafsızlığı nedeniyle reddi ve çekilmesi söz konusu olabilir. Hâkim'in reddi ve çekilmesine ilişkin hükümler uygulanıyor. Ama bununla ilgili olarak savcı karar veriyor ve bunun bir itiraz yolu yok yani sadece yeni bir uzlaŖtırmacının atanması söz konusu oluyor.

Tartışma yaratan daha doğrusu bence gelecekte çok tartışma yaratacak konu ise gizlilik. Bunun iki boyutu bulunmaktadır: bir tarafta uzlaŖtırmacı açısından, diğer tarafta ise taraflar açısından. UzlaŖtırmacının, gizli olan müzakereleri dışa aksettirmesi mümkün olmadığı gibi edindiği bilgileri de dışarıya aksettirmesi mümkün değildir. Hatta deniliyor ki uzlaŖtırmacı dosyayı savcılıktan aldığı zaman bu bilgileri de aslında paylaşmaması lazım yani tarafların gidip uzlaŖtırmacıdan bilgi talep etmesi söz konusu olamaz. Dolayısıyla tarafların yani şüpheli veya mağdurun, eğer dosyayla ilgili bilgi alacaklarsa bunu doğrudan savcılığa başvurarak yapmaları gerekir. İkincisi de uzlaŖtırma müzakeresi sırasındaki görüşmelerin, açıklamaların gizli kalmasıdır. Yani uzlaŖtırma görüşmesi başarılı da bitse başarısızlıkla da sonuçlansa orada söylenen sözlerin dışarıda tekrarlanması mümkün değildir. Mağdur tarafın gidip “fail aslında orada suçunu kabul etmiştir, bize de söyledi” demesi hukuken mümkün değil, hukuka aykırıdır hatta duruma göre cezai sorumluluğu bile doğurması söz konusu olabilecektir. Tabi burada şöyle bir sorun çıkmaktadır; İki taraf görüşmenin heyecanıyla çok sinirlenirler ve taraflardan biri diğerine hakaret ederse ne olacak? Kanundaki düzenlemeye baktığımızda hukuki bir sonucunun olmaması gerekir çünkü orada söylenenleri dışarıda üçüncü bir kişiyle paylaşma olanağı yoktur, taraflardan biri hukuka aykırı bir şekilde paylaşırsa bile uzlaŖtırmacının bu konuda tanıklık yapma olasılığı yoktur. Dolayısıyla orada konuşulan konunun orada kalması gerekmektedir. Dışarı gitmesi mümkün değil-

dir. Kanundaki düzenlemeye bakıldığında da sonucun işin mantığına uygun olduğu görülmektedir çünkü orada ister fail ister mağdur olun, söylediklerinizin dışarı gideceğini bilerseniz farklı şeyler söylersiniz. Bu sorundan söz ederken hep şu örneği veriyorum, bence buna bire bir oturuyor: 1990'lı yıllarda Meclis TV kurulduğunda bir tartışma doğmuştu: Meclis TV kuruldu, 7/24 meclisteki bütün tartışmalar herkesle paylaşılıyor ama milletvekilleri sırf kendi bölgelerine reklam yapmak için kürsüye çıkıyor ve alakasız şeyler anlatıyorlar. Deniliyordu ki milletvekili sırf kendi seçildiği yere şirin gözükme için aslında savunmadığı görüşü paylaşmak zorunda kalıyor. Çünkü belli bir görüşün ağırlıklı olduğu bir bölgeden seçildiği için ona göre konuşmak zorunda. İnsanlar seyrediyor. Yani dışarıyla paylaşıldığı zaman söyleyeceğiniz şeyi söyleyemeyebiliyorsunuz. Dolayısıyla gizlilik aslında kurumun etkin bir biçimde işleyebilmesi için son derece mantıklı ve gereklidir.

Diğer önemli bir konu ise görüşmelerin güvenliğidir. Taraflar arasında gerginlik olabilir. Bu durumda güvenlik nasıl sağlanacaktır? Uzlaştırma görüşmelerinin adliyelerde de yapılması mümkündür ve benim düşünceme göre buraların tercih edilmesi, güvenlik açısından daha doğru olur. Başka bir yerde örneğin uzlaştırmacının bürosunda uzlaştırma görüşmesi yapılırsa, güvenlik tamamen uzlaştırmacının yükümlülüğü altında olur. Dolayısıyla onu bir şekilde bu yükümlülüğü üstlenmesi gerekir ki bu da uzlaştırmacı için ekstra yük demektir.

Başka bir konu da edimin belirlenmesidir. Edimin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekir. Yönetmelikte sınırlı sayıda olmamak kaydıyla çeşitli örnekler verilmektedir: özür dilemek, belli bir paranın ödenmesi, belli bir işin yapılması... vs. Genel kurallar çerçevesinde hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sürece her şey olayla da bağlantılı olmaksızın, edim olarak belirlenebilir yeter ki iki taraf da bunda uyuşsun. Ancak edimin ne olduğunun, ne zaman, ne şekilde ifa edileceğinin çok açık bir şekilde raporda yazılması gerekiyor. Hatta ben şöyle düşünüyorum: özür dileyecektir diye yazmak bile yetmeyebilir, nerde ne zaman nasıl ne diyerek özür dileyeceğinin rapora yazılması daha doğru olur. Mesela kusura bakma demek özür dilemek sayılacak mı ya da tamam burada özür diledim oldu demek özür dilemek sayılacak mı? Dolayısıyla bunların mutlaka çok açık bir şekilde yazılması, olası sorunları engelleyecektir. Bunun nedeni ne? Bunun nedeni de uzlaşmayla beraber mağdur



tarafın artık bir hukuk davası açma hakkından vazgeçmiş olması yani uzlaşmanın kabulüyle beraber iki taraf tarafından imzalanıp, savcının da onaylamasıyla beraber artık mağdur taraf bu konudaki maddi taleplerinden de vazgeçmiş oluyor. Dolayısıyla edim ifa edilmediği zaman mağdur tarafın maddi olarak bir şey isteme olanağı kalmamış oluyor. Yeni bir mağduriyeti engellemek adına uzlaşılan raporun İcra İflas Kanununun 38. Maddesi anlamında ilam hükmündeki bir belge olarak kabul edildiği ifade ediliyor. Dolayısıyla edimin ifa edilmemesi durumunda, fail hakkında hem ceza davasının açılması söz konusu olacak, hem de bununla beraber bu edimin artık İcra İflas Kanunundaki hükümler çerçevesinde cebri icra yoluyla edimin icra edilmesi de bu anlamda gündeme gelecektir.

Uzlaştırmada benim tespit edebildiğim belli başlı sorunlar bunlardır. Ayrıca uzlaştırma ücreti, uzlaştırmacının giderleri vs. var ama bu artık çok net bir şekilde belirlenmiş durumda. Asgari ücret tarifesi var. Uzlaştırmacı Asgari Ücret Tarifesi, 5 Ağustos 2017'de Resmi Gazete'de yayınlandı. Uzlaştırma teklif aşamasında olumsuz sonuçlanırsa ne olur? Uzlaştırma aşamalarında, müzakerelerde uzlaştırma olumsuz sonuçlanırsa ne olur? Bunlarla ilgili yargılama giderleri sorunu nasıl çözülür gibi konular çok net bir şekilde açıklanmış durumda. Bu nedenle çok büyük bir sıkıntı olabileceğini düşünmüyorum. Çok da uzatmamak açısından ben sözü burada kesmek istiyorum. Dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

---

# NEFRET SUÇU MAĞDURLARI VE SOSYAL ADALET SORUNU

---

**Dr. Firdevs Melis CİN\***

---

## Özet

Bu makale nefret suçu ve sosyal adalet arasındaki teorik boşluğu doldurmaktadır. Nancy Fraser'ın üç boyutlu toplumsal adalet anlayışından yola çıkarak, nefrete dayalı suçların kimlik bazlı önyargıların çok daha ötesinde bazı kimliklerin toplumsal adalet kavramının dışında tutulduğu ve süregelen ekonomik, sosyal/kültürel ve siyasal eşitsizliklerin bir öznesi olup ötekileştirildikleri için nefret kavramının odak noktası haline geldiğini ortaya atmaktadır. Bu bağlamda nefret suçu mağdurları sadece bir önyargı ya da kimlik sorunu yaşamamakta aynı zamanda adalete ulaşamama ve toplumsal normlardan dışlanma sorunu yaşamaktadır. Makale, toplumdaki değer ve düşünce yapıları değişmediği sürece, hiçbir onarıcı adaletin ya da yasal düzenlemenin caydırıcı olmaktan öteye geçemeyeceğini ve caydırıcı olmanın da nefret suçunu azaltmada ya da ortadan kaldırmada yeterli bir kavram olmadığını vurgulamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Sosyal Adalet, Nancy Fraser, Nefret Suçu

## *Abstract*

This paper theoretically engages with the relationship between hate crime and social justice. It first sets out the problematic aspects of hate crime from a legal and societal perspective. Then, it employs Nancy Fraser's three dimensional social justice lenses to argue that hate crime is indeed a problem of lack of economic, cultural/social and political inequality that leads to casting out of marginalised lives. The paper stresses that any kind of legal redressing is unlikely to challenge hate

---

\* Lancaster Üniversitesi, İngiltere.

crimes as long as they do not bring transformative changes to the mindsets and cultural norms.

**Keywords:** Social Justice, Nancy Fraser, Hate Crime,

## Giriş

Nefret suçu, bağnazlık ve önyargı eylemlerinin toplumlar üzerinde yarattığı zarar verici etkiler sonucunda son yıllarda giderek tanındık bir terim haline geldi. Günümüzde nefret suçları, uluslararası literatürde cezai adalet ‘çözümleri’ ve suçluluğu tanımlama ötesinde daha geniş sosyal ve siyasi sonuçlara sahip bir insan hakları meselesi olarak görülmektedir<sup>1</sup>. Nefret suçu insanların yalnızca kim oldukları algısı nedeniyle zulüm görmelerini önlemenin ötesinde, toplumsal barışı, diyalogu, uyumu, huzuru sağlamak için üzerinde çalışılması gereken bir kavramdır. Bu kavram aynı zamanda bölgesel, ulusal ve uluslararası alanda öncelik verilen ve toplumsal refah ve uyumun merkezinde yer alan bir politika alanıdır. Fakat, nefret suçlarının çoğu, ceza kurumları, sivil toplum örgütleri tarafından nefret suçları olarak kabul edilmediği için, gerçekleşen nefret suçları “gerçek” rakamların çok üstündedir ve siyasal alandaki kayıtsızlık hâlâ devam etmektedir. Nefret suçu konusundaki bu anlayış, suçun sınırlarını belirleme biçiminden kaynaklanmaktadır<sup>2</sup>. Bu sınırlar, dar ölçüde toplumda egemen olan homojen yapı ve sadece norm olarak kabul edilen kimlikler ve baskın toplumsal inşa tarafından belirlenmektedir. Kimlik bazlı suçlar ‘nefret tartışması’ ile periferik kaldığı sürece, pek çok mağdurun deneyimlerini marjinal hale getirme riskiyle karşıya karşıya kalmaktadır.

Nefret suçu, farklı aktörlere farklı anlamlar çağrıştırmaktadır ve sayısız yoruma tabi olmaktadır. Ne var ki, nefret suçuna uygulanabilir tepkileri ortaya koyan ortak bir anlayış geliştirmek için politika yapımcılar ve akademisyenler tarafından dikkate değer çabalar gösterilmiş olsa da, sorunun nasıl tasavvur edildiğini belirleyen tam anlamıyla tek bir evrensel çerçeve yoktur. Böyle bir girişim, Türkiye’nin de dahil olduğu AGİT üye ülkeleri için nefret suçlarını “bir önyargı motifi ile işlenmiş cezai

1 Chakraborti, N. Framing the boundaries of hate crime. The international handbook of hate crime. Routledge, 2014, pp. 13-23.

2 Ibid.

eylemler” olarak nitelendiren Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları Ofisinden (DKİHO) gelmiştir<sup>3</sup>. DKİHO için, bu önyargının, nefret suçu olarak düşünülecek suçun nefreti olarak kendini göstermesi gerekmiyor, ya da nefretin birincil neden olması gerekmiyor. Daha ziyade, mağdurun belirli bir ‘özellikten dolayı kasıtlı olarak hedeflendiği eylemlere atıfta bulunuyor; yani dil, din, etnisite, uyrukluk veya benzeri faktörlerin “mağdur” addedilen bir grup tarafından paylaşılmasını gerektiriyor<sup>4</sup>.

Nefret suçunun anlaşılmasına yönelik bu kapsamlı, ulusal çaptaki çerçeveye, Avrupa nezdinde nefret suçunun önemini ve devletlerin, yasal ve sivil toplum örgütlerinin sorunun farkına varması ve cevap vermesi için acil ihtiyaçları nedeniyle geliştirildi. Fakat, uluslararası konseptin ortak bir anlayışa sahip olduğuna dair çok az kanıt bulunmaktadır. Bu nedenle, nefret suçunun ne olduğu, potansiyel kurbanların kimler olduğu ve hangi yasal tepkinin en uygun olacağına saptanması konusunda tutarsızlıklar fazladır<sup>5</sup>. Bu, bir dereceye kadar farklı ülkelerin geçmişlerinin nefret suçunun farklı biçimde şekillendirmelerine sebep olmaktadır. Örneğin Almanya, Avusturya ve İtalya gibi ülkelerde nefret suçunun sağcı aşırılığa ve anti-semitizme bağlanması; İngiltere’de zorlu ırkçılık vurgusu belki de 1940’ların sonlarından itibaren Karayipler ve Güney Asya’dan İngiltere’ye kitle göçlerine atfedilebilir. Türkiye’de ise, bu LGBTİ kimliklerin nefret suçunun kapsam dışında değerlendirilmesine sebep olmaktadır.

Akademik anlamda ise Barbara Perry’nin (2001) kavramsal çerçevesi tartışmasız en çok etkili olandır<sup>6</sup>. Nefret suçu literatürünün geliştirilmesine birçok yazar katkıda bulunmasına rağmen<sup>7</sup>, Perry’nin anlayışı çağdaş nefret suçu söylemine dünya çapında silinmez bir iz bırakmıştır<sup>8</sup>. Perry için nefret suçları, marjinalize olmuş topluluklara yönelik siddet ve yıldırma eylemidir ve bu nedenle, farklı olarak görülenlerin

3 ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights) *Hate Crime Laws: A Practical Guide*. Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, 2009, pp.16.

4 ODIHR, op. cit.

5 Garland, J. and Chakraborti, N. ‘Divided by a Common Concept? Assessing the Implications of Different Conceptualizations of Hate Crime in the European Union’. *European Journal of Criminology*, 9 (1), 2012, pp. 38-51.

6 Perry, B. *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*. London: Routledge, 2001.

7 Jacobs, J. ‘Hate Crime: Criminal Law and Identity Politics’. *Theoretical Criminology*, 6 (4), 2002, pp. 481-484.

8 Chakraborti, N. ‘Crimes against the ‘Other’: Conceptual, Operational and Empirical Challenges for Hate Studies’. *Journal of Hate Studies* 8 (1), 2010, pp. 9-28.

“ötekileştirilmesi” anlamına gelmektedir. Yani nefret suçu, ‘diğerleri’ tarafından oluşturulan tehditlere, yapısal düzen içinde ‘doğru’ alt konularından çıkmaya çalıştıklarında bir yanıt olarak ortaya çıkmaktadır. Perry’nin çerçevesi bu bağlamda ‘diğerine karşı’ düşman tepkiler veren geniş psikolojik ve sosyo-politik bağlamlarda nefret suçunu düşünmemize yardımcı olmaktadır<sup>9</sup>. Fakat, nefret suçu mağduriyetinin ve işleyişinin bazı gerçekleri “nefret tartışması”nın periferinde kalmaktadır. Nefrete dayalı suç politikası, genellikle kimlik hiyerarşilerini yarattığı ve güçlendirdiği iddia edilmektedir ve bazı mağdurlar nefret suçu çerçevesinde değerlendirilirken bazıları kaçınılmaz olarak bunun dışında kalmaktadır. Bu, geleneksel nefrete dayalı suç politikasına karşı getirilen en yaygın eleştiridir<sup>10</sup>. Ayrıca belli ölçüde, bazı grupların ihtiyaç ve deneyimlerinin başkalarınınkinden daha öncelikli olduğu “nefret” in beslediği mağduriyet ve “sıradan” mağduriyet arasında niteliksel bir ayrım yapan politikanın kaçınılmaz bir sonucudur.

Üstelik, bu suçun mağduru olup adaletten yararlanamayan bazı gruplar, kendi adlarına lobi faaliyeti yürütmekte olan herhangi bir kampanya veya savunma grubu olma ayrıcalığına da sahip değillerdir. Örneğin, Amerika’daki evsizlere yönelik korkutma<sup>11</sup>; zihinsel sağlık sorunları veya uyuşturucu ve alkol bağımlılığı olanlar<sup>12</sup>; seks işçileri<sup>13</sup>; ya da yabancı uyruklular, mülteciler, sığınmacılar, göçmen işçiler ve yurtdışından gelen öğrencilere karşı<sup>14</sup> yapılan ayrımcılık ve bu gruplara yönelik nefret eylemleri de nefret suçu kapsamının geleneksel sınırlarını zorlamaktadır. Bu gruplar nefret suçu söylemindeki mağdur gruplarla çok daha fazla ortak noktalara sahiptir; çünkü çoğunlukla nefret odaklı düşmanlığın hedefi olmaktadır ya da spesifik olarak önyargı ile karşı

9 Chakraborti, 2014, op. cit.

10 Mason-Bish, H. ‘Future Challenges for Hate Crime Policy: Lessons from the Past’, in N. Chakraborti (ed.) *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*. Cullompton: Willan, 2010, pp. 58–77.

11 Wachholz, S. ‘Pathways through Hate: Exploring the Victimization of the Homeless’, in B. Perry (ed.) *Hate Crimes Volume Three: The Victims of Hate Crime*. Westport, CT: Praeger, 2009, pp.199–222.

12 Doward, J. ‘Vulnerable Tenants Targeted by Drug Gang “Cuckoos”’. *The Observer*, 3 October, 2010, pp. 16.

13 Campbell, R. ‘Linking Sex Work and Hate Crime in Merseyside’, in N. Chakraborti and J. Garland (eds) *Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research*. Bristol: The Policy Press, 2014.

14 Fekete, L. and Webber, F. ‘Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System’. *Race and Class*, 51 (4), 2010, pp. 1–25.

karşıyadırlar. Bununla birlikte, ya lobi gruplarından ya da politik temsilcilikten yoksundurlar ve genellikle daha ‘meşru’ ya da tarihsel olarak ezilen mağdur gruplara kıyasla “istenmeyenler” olarak görülmekte ve çoğunlukla geleneksel çerçevelerden dışlanmaktadır.

Maalesef, nefret suçlarının bir kişinin kimliğine yönelik suçlar olarak algılanması yetersiz bir yaklaşımdır. Oysa ki, bu kavramı geleneksel tekil kimliğin ötesine genişletmek Chakraborti’nin<sup>15</sup> dediği gibi iki açıdan önemlidir: Birincisi, cinsel yönelim, etnisite, engellilik, yaş, sınıf, zihinsel sağlık ya da kişinin görüntüsü dahil olmak üzere bir dizi kimlik özellikleri arasında kesişmeler bulunmasıdır. Yani bir kişi hem kadın hem de lezbiyen olması itibariyle nefret eylemine maruz kalabilir. Hiç kimse yalnızca tek bir kimlik özelliği (etnik azınlık, engelli olma, eşcinsel olma gibi) ile tanımlanmamalı ve nefret suçu araştırmacıları ve politika yapımcılar faillerin, mağdurlarını münhasıran hedef aldıklarını otomatik olarak varsaymamalıdır. İkincisi, nefret suçunun birden fazla belirgin ve birbirine bağlı hatlara dayanan önyargının sonucu olabileceğini kabul etmek hem mağduriyet deneyiminin ve suç işlemenin gerçeğini tanımak hem de nefret suçu mağduriyeti ile mağduriyet arasındaki karşılıklı etkileşimi tanımak açısından önemlidir. Bu nedenle nefret suçlarını heterojen bir kimlik çerçevesinde değerlendirmekte fayda vardır. Kimlerin, ne zaman ve nasıl nefret suçuyla karşı karşıya kaldığı ve yukarıda tanımlanan nefret suçunun geleneksel literatürü bazı sorunsalları ortaya koysa da, bu literatürde kimlikler üzerinden ihmal edilen bir tartışma noktası ise sosyal adalet kavramıdır. Nefret suçları, hem hukuki hem de toplumsal bir politika sorunu ve bir insan hakları ihlali olarak görülmesine karşın, nadiren sosyal adalet çerçevesinde kavramsallaştırılmıştır. Bu nedenle, bu makale Nancy Fraser’in<sup>16</sup> toplumsal adalet kavramı çerçevesinde nefret suçu mağdurlarının aynı zamanda toplumdaki sosyal adalet anlayışından dışlanan ve bunun bir sonucu olarak marjinalleştirilmiş kimlik olarak hedef haline gelen ve iki kere mağdur edilen bireyler olduğunu vurgulamaktadır. Aslında nefret suçu mağdurlarının ancak toplumsal adalet anlayışı içinde yer bulduklarında mağduriyetten kurtulacaklarının altını çizmektedir.

15 Chakraborti, 2014, op. cit.

16 Fraser, N. Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world. Columbia University Press, 2009.

## **Nancy Fraser ve Sosyal Adalet: Yeniden Dağıtım, Tanınma ve Temsil**

Siyaset felsefesi ve sosyal adalet alanındaki en önemli tartışma ve katkılardan biri şüphesiz Nancy Fraser'ın<sup>17</sup> toplumsal adaletsizliği sorgularken ortaya attığı üç boyutlu sosyal adalet kavramıdır. Sosyal adalet kavramı, bir yandan Ronald Dworkin ve John Rawls gibi felsefecilerin ekonomik alandaki eşitsizliklere getirdikleri ekonomik/kaynak bazlı adalet dağılımı teorilerinin eleştirisini yaparken bir yandan da bu teorilerin üzerine inşa edilmektedir. Bu bağlamda sosyal adaletsizlikleri irdelerken sadece ekonomik eşitsizlikleri dikkate alan bir adalet anlayışının ve sadece ekonomik eşitsizliği gidermeye çalışan bir anlayışın eksik olduğunu vurgulamaktadır.

Fraser'e göre<sup>18</sup> adaletsizliğin üstesinden gelmek, bazı insanların özellikle ötekileştirilmiş insanların başkalarıyla eşit bir düzeyde yer almasını önleyen kurumsallaşmış engellerin ortadan kaldırılması demektir. İnsanlar başkalarıyla eşit paydada etkileşim kurmak için ihtiyaç duydukları kaynakları inkâr eden ekonomik yapılar tarafından tam katılımdan dışlanabilir. Bu durumda, sorun, toplumun sınıf yapısına, adaletin ekonomik boyutuna karşılık gelmektedir. Öte yandan, insanların birbirleriyle eşit paydada etkileşim kurmaları bazı toplumsal kimlikleri diğerlerinden üstün gören hiyerarşik kültür yapısı -örneğin erkeklerin kadınların üstünde gören ataerki yapılar- tarafından engellenebilir. Bu durumda ise sorun kültürel boyuta karşılık gelen toplumsal statüdür. Modern kapitalist toplumlarda, sınıf yapısı ve statü düzeni birbirleriyle kesişmesine rağmen, her zaman birbirlerini yansıtmazlar. Yani kültürel olarak toplumda değer görmeyen bir kimlik her zaman ekonomik bir adaletsizlikle karşı karşıya kalmaz ya da ekonomik eşitsizlik yaşayan bir kimlik toplumda her zaman kabul görmeme sorunu yaşamaz. Böylece, tek başına ne tanıma teorisi ne de dağıtım teorisi, kapitalist toplum için adaletin yeterli bir şekilde anlaşılmasını sağlayamaz.

Fraser, ekonomik adaletsizlikleri; emek sömürüsü (kişinin emeğinin meyvelerini başkalarının lehine kullanması); ekonomik marjinalizasyon ve yoksun bırakma (yeterli bir maddi yaşam standardının reddedilme-

17 Fraser, op. cit.

18 Ibid.

si) olarak tanımlamaktadır. Bu haksızlıklar ekonomik engelleri ortadan kaldırmak ya da açığı düzeltmek için kaynakları yeniden tahsis etmek yoluyla sosyo-ekonomik eşitsizliklerin neden olduğu engelleri azaltmaya çalışan yeniden dağıtılma politikasıyla önlenebilir. Kültürel adaletsizlikler ise diğer yandan kültürel hakimiyeti, (başka bir kültürle bağlantılı olan ve kendine yabancı ve / veya düşman olanı yorumlama) ve başka bir kültürü tanımamayı -temsil, iletişimsel ve yorumlayıcı uygulamalar vasıtasıyla görünmez kılınmayı- içerir. Bu tanıma politikası yanlış tanıyan grupların düşük statülerini tersine çevirmeye ve daha önce “aşağılanmış” kimliğinin değerini teyit etmeye ve değiştirmeye çalışır. Ya da gruplar arasındaki statü ayrımlarını destekleyen ve oluşturan kategorilerin yapısallaştırılmasını da içerebilir.

Fraser ekonomik eşitsizlik ve tanıma boyutuna ek olarak temsil sorunu da eklemiştir çünkü adaletin üçüncü boyutu siyasettir. Siyasi adaletsizlikler ekonomik ve kültürel adaletsizliklerle bağlantılıdır. Tabii ki, ekonomik eşitsizlik ve tanıma, kendi içinde güç sahibi olma anlamında siyasi kavramlardır. Ancak, temsil boyutuyla Fraser devletin yargı sisteminin oluşumuyla ve tartışmanın yapılacağı karar kurallarıyla ilgilenen daha kurucu bir anlam taşıyan siyaset boyutunu vurgulamaktadır. Bu anlamda temsil, ekonomik eşitsizlik ve tanıma mücadelelerinin oynadığı aşamayı ortaya koyar. Toplumsal aidiyet kriterlerinin oluşturulması ve böylece kimin toplumun bir üyesi olduğu belirlenmesinde, adaletin siyasi boyutu, diğer boyutların erişimini belirtir: adalete kimin, ne kadar, ne zaman ve hangi koşulda erişebildiği temsil boyutunun önemli bir noktasıdır. Yani adaletin siyasal boyutu başlıca temsille ilgilidir ve temsil, toplumsal aidiyet meselesidir; burada sözü edilen şey, kimin topluma dahil edildiği kimin ise toplumdan dışlandıdır.

Ekonomik kaynakların yanlış dağılımı ve yanlış tanıma kaçınılmaz olarak insanların her türlü sivil ve siyasi faaliyette bulunma kapasitelerini sınırlar. Fraser, siyasi adaletsizliklerin ekonomik ve kültürel alanların üstünde ve üzerinde oluşabileceğini iddia etmektedir. Bu haksızlıkları ‘devletin yargı alanının doğası ve yargı sisteminin oluşturduğu karar kuralları’<sup>19</sup> olarak nitelendirmektedir. Bu durumun toplum içinde tanınmayan ya da temsil edilmeyen grupların aynı şekilde yargı sisteminde

19 Fraser, op. cit. pp.278.



de temsil edilmeyeceğini ya da yargıdan tam bağımsız bir şekilde yararlanamayacağını ima etmektedir ki bu da nefret suçları mağdurlarının çoğunun toplum içinde kabul görmeyen kesimden gelmesi şeklindeki temsil sorununun meşruluğunu doğrular niteliktedir.

Temsil aynı zamanda halkın itiraz sürecini şekillendiren prosedürleri ilgilendirmektedir. Burada sözü edilen, siyasi topluluğa dahil olanların düşüncelerini paylaştığı ve anlaşmazlıklarına ortaklaşa sonuç bulduğu koşullardır. Her iki seviyede de, temsil ilişkilerinin adil olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir. Yani siyasal topluluğun sınırları, aslında temsil edilme hakkına sahip olan kimseleri dışlıyor mu? Topluluğun karar kuralları, kamuoyundaki görüşmelerde ve kamu adına karar vermede adil temsilde eşit sesi kabul ediyor mu? Bu tür temsil temaları özel olarak politiktir. Ekonomik ve kültürel sorulardan kavramsal açıdan farklı olsa da, temsil bu kavramlarla iç içe geçmiştir.

Aynı şekilde nefret suçlarının mağdurları da bir temsil sorunu ile karşı karşıya kalmaktadırlar ve bu, sahip oldukları kimliklerden dolayı toplumdaki normatif yapılardan dışlanmalarından kaynaklanmaktadır. Bu kimlikleri egemen iktidar sisteme iletme çabası, tanınma önünde yaşadıkları en büyük engeldir. Bunların en başında cinsel yönelim ile etnik ve din kökenli farklılıklar gelmektedir. Toplumda bu kimliklerin tanınması beraberinde Fraser'ın da bahsettiği gibi toplumun kimin bir parçası ve üyesi olduğunu ve buna bağlı olarak kimin adalet sisteminden tam anlamıyla faydalanabileceği önünde belirleyici bir politika oluşturmaktadır. Tanınmanın olmadığı bir durumda zaten de temsilin de olması çok zordur.

Temsil politikası, bireysel haklardan daha açık bir şekilde söz eder. Bu politika, bireysel seçimi güçlendirerek veya grup temsilini artırarak bireysel, grup ve sınıf düzeyinde iktidarın harekete geçirilmesine yönelik engelleri kaldırmaya çalışır. Olson<sup>20</sup>, Fraser'ın politik adaletsizliğini iki biçimde giderebileceğini öne sürer: Birincisi, bu bireysel hedeflerin peşinde (seçim) katılma hakkını da içeren dar bir okuma ve ikincisi ise ortak hedeflerin peşinde koşma hakkını da içerebilen daha geniş okumalar üzerine kurulabilir. Katılımcı eşitliğine giden bu iki yol, daha fazla toplum katılımını harekete geçiren mekanizmalarla güçlendirilebi-

20 Olson, K. Participatory parity and democratic justice. In *Adding insult to injury: Nancy Fraser debates her critics*, ed. K. Olson, 246\_72. London: Verso, 2008.

lır. Nefret suçlarının mağdurlarının yargıda ve siyasette tam tanınma ve temsili için bir taban hareketinin başlangıç olması gerekmektedir. Zira tıpkı eğitim sistemleri gibi gelişmemiş demokrasilerdeki yargı sistemleri de her zaman toplumun yansıttığı önyargılardan bağımsız hareket edemekte ve bunlar karar verici mekanizmaları etkilemektedir. Toplum seviyesindeki eşitsizlikler bir ayna gibi bu organlara yansımaktadır. Bu eşitsizlikleri gidermek ve nefret suçları mağdurlarını daha tanınır ve yargıda temsil edilebilir göstermek için gerekli olan koşullardan birisi toplumun güçlendirilmesidir. Onarıcı adalet'in nefret suçu analizi, uygulamada 'toplumun' rolünü değerlendirirken genellikle onarıcı teori ve uygulama içinde toplumu homojen olarak kavramsallaştırmaktadır<sup>21</sup>. Fakat 'toplum' hem zarar verici hem de şifa verici bir varlık olarak hizmet edebilir. Örneğin, mağdurun ailesi ve yakın çevresi genellikle onarıcı toplantılar esnasında temel duygusal destek sağlayacaktır. Bu bağlam dışındaki durumlarda, mağdurlar için 'topluluk' kavramı olaylardan nefret etmek için nedensel olarak görülebilir. Bazı topluluklar, çoğunlukla azınlık gruplarını marjinalleştirmek için kullanılan kontrol mekanizmalarını geliştirir<sup>22</sup>. Hâkim topluluk üyeleri arasında önyargı kültürü devam edebilir<sup>23</sup>, bazı kimlik gruplarının sosyal sermayeyi kazanmasını etkili bir şekilde engelleyebilir. Bu yüzden toplumun güçlendirilmesi ve farklı toplulukların iletişim içinde olması önemlidir.

Sivil toplum örgütleri (STK'lar) yerel, bölgesel ve uluslararası problemleri ele alan değer temelli, sivil toplum kuruluşları olarak temsil için toplumun normatif kimliklerinin dışında bırakılanlar için taban dayanışması ve platformu yaratmada aktif rol oynamamaktadırlar. İletişim kampanyaları her zaman yerel paydaşların katılımını içermese de, STK'lar taban örgütleri olarak ve hükümet meslektaşlarından ziyade "tabana daha yakın" olarak değiştirmeye çalıştıkları sorun veya koşullardan doğrudan etkilenen tabanla veya yerel seviyedeki gruplarla yakından çalışmaktadırlar. Tabandaki kişilerle ilişkilendirildiğinde, STK'lar ve diğer aktörler meşruiyet kazanır ve bir taban dili yaratımında ve toplumun buna katılımında önemli rol oynarlar. Taban dili ikna edi-

21 Walters, M. *Hate crime and restorative justice: Exploring causes, repairing harms*. Oxford University Press, 2014.

22 Perry, op. cit.

23 Ibid. pp.257.

cidir çünkü yerellik, ahlakilik ve özgünlük fikirleriyle bağlantılıdır. Bu şekilde, yerelle ilişkili gruplar, karar verme konusunda daha derin bir anlayışa ve daha meşru bir iddiaya sahip olma eğilimindedir. Özellikle küreselleşme bağlamında, yerel olan direniş ve temsil için en etkili nokta olarak görülmektedir. Kimlik mücadelesinde ve tanınma politikalarında böyle bir direniş önemli olacağı gibi bunun ötesinde toplumun farklı kesimlerinin kolektif olarak Seyla Benhabib'in vurguladığı müzakereci demokrasi kültürü içinde birbirleriyle iletişim içinde olmaları da mühimdir. Bu aynı zamanda, kozmopolitikleşen ve çok kültürlü ve kimlikli yapılara bürünen toplumlar için nefret suçu mağdurlarının tanınması açısından önemli bir adım olacaktır. Bu adım hem toplumdaki cinsiyetçi, faşist ve ötekileştiren retoriklerin yıkılması için bir ajanda yaratacaktır hem de temsil gücü için de kapıyı aralayacaktır.

### **Sonuç Yerine**

Nefret suçunun birçok kurbanı için, taciz, zorbalık ve şiddet günlük yaşamlarının sağlam, rutin bir bölümünü oluşturur; zira bu mağduriyet “ötekileştirmenin” normalleşmiş bir özelliği haline gelir. Nefret suçunun pek çok ve çeşitli şekillerini tanımadığımız sürece, nefret suçu mağduriyetinden daha fazla kişi acı çekecek ve bu suçla karşı karşıya kalmaya devam edecektir. ‘Nefret suçunun’ niteliğini anlamak ve önyargı ile güdülenen suçların yasama organları ve diğer devlet kurumları tarafından nasıl tanımlandığını incelemek ve onarıcı adaletin neden olduğu zararları onarmasına yardım edip etmeyeceğini araştırmak şu ana kadar nefret suçları ve adalet literatüründe önemli ölçüde tartışıldıysa da <sup>24</sup>, mağdurların nefret suçuna maruz kalmalarının temelinde yatan kimlik politikaları sosyal bağlamdaki adalet arayışı tartışmalarından uzak tutulmuştur. Bu kısa makalede de mağdur kimlikleri ve sosyal adalet arasındaki ilişki kurulmaya çalışılmıştır. Nefret suçuna verilen yasal tanımları anlamak, onarıcı müdahaleler konusunda bilgi sahibi olmak önemli olsa da, toplumdaki ekonomik-kültür ve temsil bazlı eşitsizlikler giderilmedikçe, bazı kimlikler diğer kimliklerin daha üstünde görüldüğü ve kapsayıcı eşitlik olgusu oturmudıkça, yapılan yasal düzenlemeler caydırıcı olmanın ötesine geçemeyecektir çünkü temeldeki nefret ile ilişkili ötekileştiren hiyerarşik ilişkiler ve düşünce yapıları hiç yıkılmadan var olmaya devam

24 Walters, op. cit.

edecektir. Kişi nefret suçu işlemekten kaçınacak fakat o suçun kendi norm ve kültürüne göre meşru olduğuna dair düşüncelerinden vazgeçmeyecektir. Yasal düzenlemeler kişilerin düşünce sisteminde köklü değişimler getirmeyecektir. Bu bağlamda Fraser, mevcut evrensel adalet sistemlerinde var olan problemleri çözmek için yeni perspektifler ve araştırma alanları sağlayan siyasal elitler yerine, halkın temsilinin bakış açısını vurgulamak için temsil kavramını kullanmaktadır. Temsil sadece hukuksal zeminde sahip olunan bir hak değil ama yerel ve halk düzeyinde de toplumsal anlaşmazlıklarda kişilerinin ötekileştirilmeden ya da dışlanmadan müzakere kurarak varabilecekleri yapıyı da içermektedir.

Tanınma ve ekonomik eşitlik mücadelelerinde olduğu gibi temsilde de bir adaletsizlik ve eşitsizlik söz konusudur. Siyasi çoğunluğun, ekonomik sisteminin ve hukuksal sistemin baskın kültürleri tekeline bulundurulması, kadınların, farklı etnik yapıdaki insanların, farklı din veya mezhepteki kişilerin ve cinsel yönelim açısından heteronormatif bir çizgi izlemeyenlerin meşrulaştırıcı yapının dışında ve baskı altında yaşamalarına sebebiyet vermektedir. Bu temsil sorunu o kadar derin bir sorundur ki sadece kamusal alanda karşılaşılan bir olgu değil özel alanda da farklı türlerde kendini üretmektedir. Nefret özel alanlarda kendini türeten bir olgu haline gelip yine nefret suçu kapsamında algılanmama devam etmektedir çünkü nefret kavramını toplumsal bir sorun olarak gören adalet anlayışı aslında özel alanda da farklı kimliklere tahammül olmadığını göz ardı etmektedir. Bu bağlamda geleneksel adalet önlemleri, nefret suçunun hem sebeplerini hem de sonuçlarını etkili bir şekilde ele almamaktadır. Her ne kadar burada bahsetmek istediğim nefret suçu mağdurlarının kimliklerinin toplumsal adaletsizlik sorunundan kaynaklandığını belirtmek olsa da, geleneksel adalet önlemlerinin toplumsal eşitsizliği gidermesi ya da düzeltmeye çalışması, buna sebep olan derin yapıları dokunmadan yapması esasında tarafsız bir anlayışa sahip olduğunu göstermez. Çünkü tarafsız olmak taraf olmaktır ve var olan egemen baskıcı yapılara ve kültürlere boyun eğmek ve göz yummaktır. Hegelci köle efendi diyalektiğine dayanan bir duruş izlemektir. Bu nedenle ki, sosyal adalet sorunu çözülmeyen nefret suçları da çözülmeyecektir çünkü nefretin temelinde yatan iyi ya da onarıcı bir adaletin yoksunluğu değil, ekonomik, tanınma ve temsile dayalı bir eşitsizliğin devam edecek olmasıdır.

**KAYNAKÇA**

- Campbell, R. (2014) 'Linking Sex Work and Hate Crime in Merseyside', in N. Chakraborti and J. Garland (eds) *Responding to Hate Crime: The Case for Connecting Policy and Research*. Bristol: The Policy Press
- Chakraborti, N. (2014). Framing the boundaries of hate crime. *The international handbook of hate crime*. Routledge pp. 13-23.
- Chakraborti, N. (2010) 'Crimes against the 'Other': Conceptual, Operational and Empirical Challenges for Hate Studies'. *Journal of Hate Studies* 8 (1): 9–28.
- Doward, J. (2010) 'Vulnerable Tenants Targeted by Drug Gang "Cuckoos"'. *The Observer*, 3 October, p. 16
- Fekete, L. and Webber, F. (2010) 'Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System'. *Race and Class* 51 (4): 1–25.
- Fraser, N. (2009). *Scales of justice: Reimagining political space in a globalizing world*. Columbia University Press.
- Garland, J. and Chakraborti, N. (2012) 'Divided by a Common Concept? Assessing the Implications of Different Conceptualizations of Hate Crime in the European Union'. *European Journal of Criminology*, 9 (1): 38–51.
- Jacobs, J. (2002) 'Hate Crime: Criminal Law and Identity Politics'. *Theoretical Criminology* 6 (4): 481–484.
- Mason-Bish, H. (2010) 'Future Challenges for Hate Crime Policy: Lessons from the Past', in N. Chakraborti (ed.) *Hate Crime: Concepts, Policy, Future Directions*. Cullompton: Willan, 58–77.
- ODIHR (Office for Democratic Institutions and Human Rights) (2009) *Hate Crime Laws: A Practical Guide*. Warsaw: OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights.
- Olson, K. 2008. Participatory parity and democratic justice. In *Adding insult to injury: Nancy Fraser debates her critics*, ed. K. Olson, 246–72. London: Verso
- Perry, B. (2001) *In the Name of Hate: Understanding Hate Crimes*. London: Routledge.
- Wachholz, S. (2009) 'Pathways through Hate: Exploring the Victimization of the Homeless', in B. Perry (ed.) *Hate Crimes Volume Three: The Victims of Hate Crime*. Westport, CT: Praeger, 199–222.
- Walters, M. (2014). *Hate crime and restorative justice: Exploring causes, repairing harms*. Oxford University Press.

---

# GÜLCÜ / TÜRKİYE<sup>1</sup> DAVASI : ÇOCUK CEZA HUKUKU ADINA ATILMIŞ ÖNEMLİ AMA YETERSİZ BİR ADIM

---

Dr. Ayça CİNİÇ-BACHELIER\*

---

## *Abstract*

*The concept of “everyone” found in the first article of the European Convention on Human Rights includes children. However, the European Court of Human Rights should distinguish the complaints concerning juvenile criminal justice from its case-law relating to adult applicants. That is because juvenile criminal law is an autonomous field with its special principles, as indicated in the recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe. The Court’s judgment in the case of Gülcü v. Turkey demonstrates that, contrary to the aforementioned principles, the 16-year old applicant was unlawfully deprived of his liberty and was denied a fair trial, as well as his right to education, during that period. However, the fact that these breaches of the applicant’s fundamental rights were evaluated solely under Article 11 of the Convention concerning the freedom of assembly calls for criticism. Furthermore, the failure of the Court to stress that the right to fair trial must be adjusted as necessary in its application to children, and its lack of consideration that education constitutes the foundation of juvenile criminal justice are also matters that must be criticised.*

**Keywords:** Juvenile criminal law, European Convention on Human Rights, right to fair trial, right to liberty, right to education, alternative measures to imprisonment

---

1 AIHM n° 17526/10, 19 Ocak 2016.

\* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Raportör Hukukçu (2007-2011). L’eupéanisation du droit pénal des mineurs : l’exemple de la Turquie (Çocuk Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması : Türkiye örneği), Doktora tezi, Sorbonne Üniversitesi, 11 Şubat 2015, Paris

## ÖZET

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin birinci maddesinde belirtilen « herkes » kavramı çocukları da kapsamaktadır. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM) çocuk ceza hukukunu ilgilendiren şikayetleri yetişkinlerin şikayetlerine ilişkin içtihadından ayırarak değerlendirmelidir. Çünkü çocuk ceza hukuku Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin tavsiye kararlarının ortaya koyduğu gibi özerk bir hukuk alanı olup, özel prensiplere sahiptir. AIHM'in Gülcü/Türkiye kararı, 16 yaşında olan başvuranın bu prensiplerin aksine, haksız olarak hürriyetinden yoksun kaldığını ve bu süre boyunca adil bir yargılamadan ve eğitim hakkından faydalanmadığını ortaya koymaktadır. Ancak, bu ihlallerin Sözleşme'nin sadece 11. maddesince korunan toplantı hakkının ihlaline ilişkin şikayet altında değerlendirmesi eleştirilmelidir. Ayrıca, bu kararda adil yargılanma hakkının çocuklara özgü olarak uygulanması gerektiğinin altının çizilmemiş, çocuk ceza hukukunun temelini eğitime dayandığı gerçeğinin dikkate alınmamış olması ciddi bir eksikliklerdir.*

**Anahtar kelimeler:** Çocuk ceza hukuku, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, adil yargılanma hakkı, hürriyet hakkı, eğitim hakkı, hapis cezasına alternatif tedbirler

## GİRİŞ

Birleşmiş Millet Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre onsekiz yaşın altındaki her kişi çocuk sayılmaktadır<sup>2</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 6 maddesi ile 17 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren Çocuk Koruma Kanunu'nun 3. maddesi de aynı tanımlamayı yapmıştır. Ayrıca, Çocuk Koruma Kanunu suç işlemiş çocuğu “suça sürüklenen çocuk” şeklinde tanımlayarak Türk ceza sisteminde çocuğa bakışı değiştirmeyi amaçlamıştır. Bu tanım çocuğu suçlu olmaktan çok yaşadığı olumsuz aile, sosyal ve ekonomik koşulların kurbanı olduğunu kabul etmekte, bu çocukların da ceza sistemi içerisinde korunmaya ve eğitime ihtiyacı olduklarını hatırlatmaktadır.

2 Bu Sözleşmeye 21 Mart 2018 tarihinde şu adresten ulaşılmıştır : <http://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>

Avrupa Konseyi de ilk kurulduğu yıllardan günümüze çocuk suçluluğunun nedenlerini, yapısındaki değişimleri, bu alanda üye devletlerin karşılaştıkları sorunları, yargı sistemlerindeki eksiklikleri ve bu eksiklikleri tamamlamak için yaptıkları çalışmaları gözönünde bulundurarak ulusal yasalar arasında bir uyum sağlamak amacıyla birçok tavsiye kararı hazırlamıştır<sup>3</sup>. Bu kararlar, çocuk ceza hukuku alanında önemli ilkeleri ortaya koymaktadırlar : *çocuk adalet sisteminin eğitici ve topluma kazandırıcı olması ; cezalandırma yerine uzlaşma, mağdurun zararının telafi edilmesi, toplum yararına hizmette bulunma gibi farklı alternatif tedbirlere başvurulması ; bu adalet sisteminde yer alan tüm yetkililerin bu konuda uzmanlaşmış olmaları ; çocukların yetişkinlerin yargılandıkları makamlarca yargılanmalarının önlenmesi ve çocukların tutuklanmalarının istisnai olarak çok ağır suçlar için öngörülmesi ; cezalandırmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda bunun çocuğun ihtiyaçlarına uygun olarak düzenlenmesi; hapis cezasına ilişkin kararın hakim tarafından gerekçelendirilmesi ve bu süreçte çocuğun okul veya mesleki bir eğitim alması gereği.*

Her ne kadar bu tavsiye kararları, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ni oluşturan üye devlet temsilcileri tarafından onaylanmış ve onların

3 *Çocuk suçluluğuna karşı sosyal tepkiler hakkındaki* 17 Eylül 1987 tarihli Tavsiye Kararı R(87)20, <https://dispatch.coe.int/?home=wcd.coe.int&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608113&SecMode=1&DocId=694400&Usage=2> (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır) ; *Göçmen ailelerin çocuklarının suç teşkil eden eylemlerine karşı sosyal tepkiler* hakkındaki 18 Nisan 1988 tarihli Tavsiye Kararı R(88) 6, <https://dispatch.coe.int/?home=wcd.coe.int&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608926&SecMode=1&DocId=696924&Usage=2> (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır) ; *Suç teşkil eden hareketlerin önlenmesinde erken psikososyal müdahale* hakkında 6 Ekim 2000 tarihli Tavsiye Kararı Rec (2000)20, <https://dispatch.coe.int/?home=wcd.coe.int&command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=533395&SecMode=1&DocId=365886&Usage=2> (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır) ; *Çocuk adaletinin rolü ve çocuk suçluluğuna karşı yeni muamele modelleri* hakkındaki 24 Eylül 2003 tarihli Tavsiye Kararı Rec(2003)20, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805df0b7](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df0b7) (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır) ; *Cezalara veya tedbirlere konu olmuş kanunla ibtilaf halindeki çocuklara ilişkin Avrupa kuralları* hakkında 5 Kasım 2008 tarihli Tavsiye Kararı CM/Rec(2008)11, [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=09000016805df0b7](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df0b7) (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır) ; 17 Kasım 2010 tarihli *Çocuklara uygun bir adalet için yönlendirici ilkeler, https://rm.coe.int/16804b92f6* (21 Mart 2018 tarihinde adrese ulaşılmıştır). Ayrıca bakınız CİNİÇ-BA-CHÉLIER Ayça, « *L'europeanisation du droit penal des mineurs : l'exemple de la Turquie* (Çocuk Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması : Türkiye örneği) », Doktora tezi, Sorbonne Üniversitesi, 11 Şubat 2015, Paris, s. 33-166.



belirli taahhüdler altına girmelerine neden olmuş ise de hukuksal olarak herhangi bir bağlayıcı güce sahip değildirler. Devletler, haklarında diplomatik olarak olumsuz bir etki doğursa da, çocuk ceza hukuku alanında ortaya konmuş bu ilkelere riayet etmek yükümlülüğü altında bulunmamaktadırlar. Oysa, Avrupa Konseyi'ne üye bu devletler, söz konusu tavsiye kararlarından farklı olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) kararlarını uygulamak ve yasalarını onun içtihadına uyumlu hale getirmek zorundadırlar<sup>4</sup>.

Her ne kadar, çocuk ceza hukuku alanında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) 5 (d)<sup>5</sup> ve 6 (1)<sup>6</sup> maddeleri dışında kanunla ihtilaf halindeki çocuklar için özel hükümler öngörmemiş ise de, AİHM içtihadını düzenli olarak üye devletlerin iç hukuklarında meydana gelen politik ve hukuksal değişimlere uyarlayarak bu alanda birçok karar vermiştir. Bu kararlarda kanunla ihtilaf halindeki çocukların maruz kaldıkları işkence ve kötü muameleler<sup>7</sup>, hürriyetlerinden yoksun kalmaları<sup>8</sup>, adil bir şekilde yargılanmamaları<sup>9</sup> hakkındaki şikayetler incelenmiştir. AİHM bu konudaki içtihadını çocuk hakları ile ilgili bağlayıcı olan veya olmayan uluslararası normları ve Avrupa normlarını ele alarak geliştirmiştir<sup>10</sup>. Özellikle, devamlı olarak değişim gösteren yaşa-

4 *Ibid.* s. 163-166.

5 « Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere usulüne uygun olarak tutulması; »

6 « (...) Hüküm açık oturumda verilir; ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, **küçüklerin korunması** veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir. »

7 AİHM, *Güveç/Türkiye*, n° 70337/01, 20 Ocak 2009 ; *Çoselav/Türkiye*, n° 1413/07, 9 Ekim 2012 ; *Darraj/Fransa*, n° 34588/07, 4 Kasım 2010 ; *Okkalı/Türkiye*, n° 52067/99, 17 Ekim 2006 ; *Rivas/Fransa*, n° 59584/00, 1 Nisan 2004.

8 AİHM, *Agit Demir/Türkiye*, 36475/10, 27 Şubat 2018 ; *A. ve diğerleri/Bulgaristan*, n° 51776/08, 29 Kasım 2011 ; *Salduz/Türkiye*, n° 36391/02, 27 Kasım 2008 ; *Nart/Türkiye*, n° 20817/04, 6 Mayıs 2008 ; *Turgut Özkan/Türkiye*, n° 23601/10, 22 Mayıs 2012 ; *Fikri Yakar/Türkiye*, n° 232639/10, 22 Mayıs 2012 ; *Taşçı ve Demir/Türkiye*, n° 23623/10, 3 Mayıs 2012 ; *Bilal Doğan/Türkiye*, n° 28053/10, 27 Şubat 2013 ; *D. G./İrlanda*, n° 39474/98, 16 Mayıs 2002 ; *Selçuk/Türkiye*, n° 21768/02, 10 Ocak 2006 ; *J. M./ Danimarka*, n° 34421/09, 13 Kasım 2012.

9 *V./Birleşik Krallık*, n° 24888/94, 16 Aralık 1999 ; *T./Birleşik Krallık*, n° 24724/94, 16 Aralık 1999 ; *Nortier/Hollanda*, n° 13824/88, 24 Ağustos 1993 ; *Adamkiewicz/Polonya*, n° 54729/00, 2 Mart 2010 ; *Salduz/Türkiye*, n° 36391/02, 27 Kasım 2008 ; *Süzer/Türkiye*, n° 13885/05, 23 Nisan 2013 ; *Panovits/Kıbrıs*, n° 4268/04, 11 Aralık 2008 ; *S.C./Birleşik Krallık*, n° 60958/00, 15 Haziran 2004.

10 *Siliadin/Fransa* (n°73316/01, 26 Temmuz 2005) kararında sadece devletler üzerinde bağlayıcı

yan bir belge olarak kabul edilen Sözleşme'nin hükümlerini çocuğun « yüksek yararı » kavramına sıklıkla yer vererek, çocuk ceza hukukunu yetişkinlerinkinden ayırmak ve çocuklara özel bir koruma sağlamak için dinamik bir şekilde yorumlamıştır. Bu itibarla, Avrupa Konseyi üye devletleri tavsiye kararlarında öngörülen hukusal olarak bağlayıcı gücü olmayan ilkelere AİHM kararları sayesinde dolaylı yoldan riayet etmeye zorlanabilirler.

Ancak AİHM, her kararında çocuk ceza hukukunun genel prensiplerinin üye devletler tarafından korunması konusunda oynadığı bu rolü gerektiği gibi yerine getirmemektedir. 2016 Ocak ayında vermiş olduğu *Gülcü/Türkiye* kararı bu iddiaya uygun bir örnek teşkil etmektedir. Bu itibarla, bu yazıda kararın hangi sebeplerden dolayı çocuk ceza hukukunun özerkliğine gerekli hassasiyeti göstermediğini ortaya koymak amaçlanmaktadır.

Karar incelemesinde ilk bölümde, AİHM'in çocuk haklarının korunmasını öngören çocuk ceza hukukunun temel ilkelerini ve davaya ilişkin olayların gerçekleştiği tarihte Türkiye'de bu ilkelere aykırı olan uygulamaları ortaya koyan uluslararası belgelere ve sivil toplum örgütlerinin raporlarına yaptığı atıflar ve bunların olaya uygulanışı ele alınacaktır. İkinci bölümde ise, bu atıflara rağmen bu kararın çocuk ceza hukukunun özerkliğini nasıl ikinci plana atarak verilmiş olduğu yönünde değerlendirme yapılacaktır.

### **I- Türkiye Çocuk Adalet Sisteminin Uluslararası Normlara ve Avrupa Normlarına Aykırılığının AİHM Tarafından Tespiti**

Bu bölümde öncelikle davaya konu olan olaylar ele alınacaktır. Daha sonra, AİHM'in bu başvuru çerçevesinde başvuranın şikayetlerini nasıl değerlendirdiği ve bunları hangi madde(ler) altında incelediği ve hangi sonuca vardığı incelenecektir.

---

gücü olan sözleşmeler değil, Avrupa Konseyi'nin « *soft law* »'unu oluşturan tavsiye kararları da dikkate alınmıştır. *Baykara ve Demir/Türkiye* (n° 34503/97, 12 Kasım 2008) kararında bu gelişmenin ötesine geçilerek AİHM'in bir davada konu ile ilgili bir Sözleşme'ye davalı devletin bunu imzalamamış olmamasına rağmen atıfta bulunabileceği belirtilmiştir.

## A- Olayların Özeti

21 Temmuz 2008 tarihinde 16 yaşındaki başvuran Diyarbakır'da düzenlenen yasadışı bir eyleme katılmış olmaktan, güvenlik kuvvetlerine taş atmaktan ve bir okuldaki Türk bayrağını indirmekten dolayı tutuklanmıştır. Başvuranın gerçekleştirdiği iddia edilen bu eylemler polis tarafından çekilmiş olan fotoğraflarda ve video görüntülerinde tespit edilmiştir.

Başvuran, 22 Temmuz 2008 tarihinde Diyarbakır Savcısına vermiş olduğu ifadede fotoğraftaki kişinin kendisi olduğunu, yasadışı gösteriye katıldığını ve güvenlik güçlerine taş attığını kabul etmiştir. Ancak, söz konusu yasadışı gösterinin hangi amaçla düzenlendiğini bilmediğini ve PKK örgütü ile herhangi bir bağlantısı olmadığını, eylemleri kalabalığa uymak adına gerçekleştirdiğini belirtmiştir. Ayrıca başvuran, Türk bayrağını indirme eylemine kesinlikle katılmadığını iddia etmiştir.

Aynı gün Diyarbakır Beşinci Ağır Ceza Mahkemesi hakimi karşısına çıkan başvuranın avukatı hakime müvekkilinin çocuk olduğunu ve eylemlerinin sonuçlarını kavrayabilecek bir temyiz kudretine sahip olmadığını belirtmiş ve tutuksuz olarak yargılanmasını talep etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesi hakimi savcı nezdinde verilen ifadenin doğru olduğunu kabul edip uluslararası sözleşmelere ve Çocuk Koruma Kanunu'na aykırı olacak şekilde başvuran hakkında neden tutuklama kararı aldığı ve bu tedbirin neden son çare olduğu konusunda hiçbir açıklama yapmadan başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

Bu tarihlerde yürürlükte olan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine göre, devlet güvenliğine karşı işlenen suçlara ilişkin olarak yapılacak yargılama, devlet güvenlik mahkemelerinin kaldırılmasından<sup>11</sup> sonra terör ve organize suç davalarına bakmakla görevli özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde gerçekleştirilmekteydi<sup>12</sup>. 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na (32(1) ve (2) maddesi) göre, yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suç-

11 16 Haziran 2004 tarihli 5190 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik Yapılması ve Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin Kaldırılmasına Dair Kanun

12 Bu madde 2 Temmuz 2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

nu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda (3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) 7(2) maddesi) suçunu işleyenler TMK'nın 2. maddesine göre terör örgütüne mensup olmasalar bile örgüt adına suç işledikleri için terör suçlusu sayılmakta ve bu kanunun kapsamında değerlendirilmekteydiler. Ayrıca, 29 Haziran 2006 tarihli ve 5532 sayılı kanunun 8. maddesiyle TMK'nın 9. maddesinde gerçekleşen değişikliğe göre terör suçlarıyla suçlanan 15 yaşın üzerindeki çocuklar çocuk mahkemelerinde yargılanma haklarından yoksun kalmışlardır. Bunun yerine yukarıda belirtilen özel mahkemelerde yargılanmaları gerekiyordu<sup>13</sup>.

Sonuç olarak, başvuran 11 Kasım 2008 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesinde yapılan duruşmaya kadar üç ay yirmi gün boyunca tutuklu kalmıştır. Bu duruşma sonunda mahkeme başvuranı terör örgütüne üye olmaktan (Ceza Kanunu 314(2), 220(6), 314(3) maddeleri), terör örgütünü desteklemek için propaganda yapmaktan (3713 sayılı Kanunun 7(2) maddesi), güvenlik güçlerine direnmekten (2911 sayılı Kanunun 23 (b) ve 33 (c) maddeleri) dolayı yaşını ve diğer hafifletici sebepleri göz önünde bulundurarak yedi yıl altı ay hapis cezasına mahkum etmiştir. Bu karar 6 Ekim 2009 tarihinde Yargıtay tarafından onaylanmıştır.

Başvuranın başvurusunu yapmasından sonra 6008 sayılı ve 25 Temmuz 2010 tarihli Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu tarihte başvuranın yaklaşık iki yıldır özgürlüğünden yoksun olduğunu hatırlatmak gerekir.

Yapılan bu değişiklikle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 34/A maddesine göre bu kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmayacaktır. Ayrıca, çocuklar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesi uyarınca kurulmuş mahkemelerde yargılanmayacaklar ve haklarında bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri uygulanmayacaktır.

13 Bu madde 2 Temmuz 2012 tarihli ve 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un 105. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Başvuranın AİHM nezdinde gerçekleştirdiği başvurusundan sonra 2911 ve 3713 sayılı kanunlarda gerçekleşen değişiklikler sonucu Diyarbakır Beşinci Ağır Ceza Mahkemesi Ceza Kanunu'nun 7(2) maddesine uygun olarak başvuranın lehine olan hükümlerin uygulanması için onun hakkında verilmiş olan cezanın infazının durdurulmasına karar vermiştir. Bu durumda başvuran serbest bırakılmış ve hakkında Diyarbakır Çocuk Mahkemesi nezdinde yeni bir yargılama başlatılmıştır. Bu yargılama sonunda başvuran 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7 (2). maddesinde öngörülen terör örgütü lehine propaganda yapma suçundan, 2911 sayılı Kanun'un 33. maddesinde öngörülen toplantı ve gösteri yürüyüşüne yasaklanmış olan aletlerle katılmış olmaktan ve aynı Kanun'un 32. maddesinde belirtildiği gibi polisin ihtarına ve zor kullanmasına rağmen dağılmamakta ısrar etmekten dolayı suçlu bulunmuştur. Ancak, mahkeme cezanın süresini, başvuranın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunmasını, yeniden suç işlemeyeceği hususunda varmış olduğu kanaatini dikkate alarak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 23. maddeleri uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını vermiştir. 31 Aralık 2012 tarihinde bu karar kesinleşmiştir.

## **B- Başvuranın Şikayetlerinin AİHM Tarafından Değerlendirilmesi**

Başvuran 16 Mart 2010 tarihinde AİHM'e yapmış olduğu başvurusunda açıkça Sözleşme'nin 5. maddesinde korunan özgürlük hakkının, özel bir mahkeme tarafından yargılanıp orantısız bir cezaya mahkum edilmiş olmasından dolayı adil yargılanma hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bu şikayetlerine ek olarak yargı organları tarafından mahkum edilmiş olmasının düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkı ile ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen Sözleşme'nin sırasıyla 9. ve 10. maddelerine aykırı olduğunu ve 1 no'lu Protokolün 2. maddesinin koruduğu eğitim hakkının da ihlal edildiğini savunmuştur.

AİHM bu şikayetleri 31 Ağustos 2012 tarihinde Türk hükümetine tebliğ ederken bunları toplantı ve dernek kurma özgürlüğünü düzenleyen Sözleşme'nin 11. maddesi ile adil yargılanma hakkına ilişkin 6. maddesi altında toplamıştır. Yapılan tebliğde 5. madde ile ilgili şikayet

hakkında herhangi bir açıklama yapılmamıştır<sup>14</sup> Bunun sebebi bu şikayetin 6 aylık başvuru süresi içerisinde yapılmamış olmasından kaynaklanıyor olabilir. Ancak, kabul edilemezlik kriterine rağmen üç ay yirmi günü tutuklu olmak üzere yaklaşık iki yıl özgürlüğünden yoksun kalmış bir çocuğun bu konudaki şikayetinin AİHM tarafından kısa da olsa ele alınıp, bu konuda bir açıklama yapılması uygun olabilirdi. İkinci bölümde bu konu daha detaylı ele alınacaktır.

Hükümete 11. madde hakkında başvuranın barışçıl olarak toplanma hakkına müdahale olup olmadığı ve böyle bir müdahale var ise, bunun ilgili maddenin ikinci paragrafında belirtildiği gibi yasal ve gerekli olup olmadığı sorulmuştur. Aynı şekilde, çocukların TMK çerçevesinde kovuşturulmalarında Türk Ceza Kanunu'nun 220 (6). maddesinin ne şekilde yorumlanıp uygulandığı, başvuranın mahkum edildiği hapis cezasının haklı ve orantılı sayılıp sayılamayacağı hükümete bu madde kapsamında sorulan sorular arasındadır.

AİHM ayrıca, hükümeti, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında başvuranın adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadığı, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yaşının göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı ve başvuranın kendisine yapılan suçlamalar dikkate alındığı takdirde hakkında yapılan yargılamaya bu maddenin gerektirdiği şekilde katılıp katılmadığı konusunda görüşlerini bildirmeye davet etmiştir.

AİHM, hükümetin mevcut dava ile ilgili görüşlerini ve bunlar hakkında başvuranın da ek görüşlerini aldıktan sonra, bir davanın dayandığı olayların iç hukuktaki tanımlanmalarını değerlendirme yetkisine sahip olduğunu ve ne hükümetin ne de başvuruların tanımlamaları ile bağlı olmadığını hatırlatarak, başvuranın şikayetlerini yasadışı bir gösteriye katılmış olmaktan dolayı orantısız şekilde cezalandırılmış olması şeklinde yorumlayarak bunu Sözleşme'nin 11. maddesi altında incelemiştir.

Başvuranın özel bir mahkemede adil yargılanmadığına ilişkin olarak Sözleşme'nin çocuk ceza hukununun en temel maddesi sayılabilecek 6. maddesine dayanarak yapmış olduğu şikayetin AİHM tarafından neden

14 Söz konusu belgeye AİHM'in resmi internet sitesinden 20 Mart 2018 tarihinde ulaşılabilmiştir. Bakınız: <http://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22appno%22%3A%2217526%22%22%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%22CHAMBER%22%22DECISIONS%22%22COMMUNICATEDCASES%22%22itemid%22%3A%22001-113196%22%7D>

sadece barışçıl toplantı hakkı altında incelendiği konusunda kararda tatminkâr bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu konu bir sonraki bölümde tekrar ele alınacaktır.

Ancak, AİHM'in davayı 11. madde altında incelerken çocuk ceza hukuku ile ilgili önemli ilkeleri hatırlattığını ve bunları olaya başarılı bir şekilde uyguladığını belirtmek gerekir.

### *1- AİHM'in Çocuk Hakları Konusunda Dikkate Aldığı Uluslararası Belgeler ve İlkeler*

AİHM davanın esasını incelemeyen evvel konuyla ilgili uluslararası ilkeleri ve ulusal yasaları belirlediği bölümünde öncelikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3., 37. ve 40. maddelerine, Avrupa Konseyi'nin « çocuk suçluluğuna sosyal tepkiler » hakkındaki 17 Eylül 1987 tarihli Tavsiye Kararına ve « çocuk suçlulara uygulanan ceza ve tedbirler » hakkındaki 5 Kasım 2008 tarihli Tavsiye Kararına yer vermiştir. Bu belgeler, mahkemelerin, idari makamların veya yasama organlarının çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararını temel almaları gerektiğini, hiçbir çocuğun yasadışı ya da keyfi biçimde özgürlüğünden yoksun bırakılmayacağını, bir çocuğun tutuklanmasının, alıkonulmasının veya hapsinin yasa gereği olması gerektiğini ve bunun ancak, en son çare olarak, tüm alternatif tedbirlerin tüketilmesinden sonra başvurulacak bir önlem olarak ve en kısa süre ile sınırlı tutularak uygulanabileceğini belirtmişlerdir. Ayrıca, devletlerin, hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği iddia edilen ve bu nedenle itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul edilen her çocuğun yalnızca ona uygulanabilir yasalar, usuller çerçevesinde onunla ilgili yetkili, bağımsız ve yansız bir makam ya da mahkeme önünde adil bir şekilde ve özellikle çocuğun yaşı ve durumu gözönüne alınmak suretiyle yargılanmasını ve mahkemelerce konunun gecikmeksizin karara bağlanmasını sağlamaları gerektiğini ortaya koymuştur. Çocuk hakkında ceza veya tedbir kararı verecek yargı makamlarının onun yüksek yararına dayanarak, yaşını, fiziksel ve ruhsal durumunu, gelişimini, kapasitesini ve sosyal, psikiyatrik ve psikolojik raporlarda belgelenmiş kişisel koşullarını (ceza ve tedbirlerin kişiselliği) dikkate almaları gerektiği belirtilmiştir.

Bu maddeler çerçevesinde daha sonra taraf devletlerin uygulamalarını inceleyen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin 2007 yılı

Genel Görüşleri (n° 10, CRC/C/GC)<sup>15</sup> hatırlatılmıştır. Bunlara göre yetkili makam tarafından çocuk hakkında bir soruşturma başlatıldığı takdirde adil yargılanma hakkına riayet edilmesi, ilgili makamın ona sosyal ve eğitici tedbirleri uygulayarak anlaşma imkanlarını yaratmaya çalışması, hürriyetten yoksun bırakılmasına özellikle tutuklanmasına, en son çare olarak ve en kısa süreyle sınırlı olacak şekilde başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu itibarla, tutukluluğun en kısa zamanda sona erdirilmesi ve söz konusu tedbirlerin en etkili şekilde yerine getirilmesi için donanımlı bir gözetim sisteminin kurulması, çocuğun işlediği suçun sadece gerçekleştiği koşulların ve ağırlığının değil, çocuğun yaşının, ihtiyaçlarının ve toplumun çeşitli ve uzun vadeli beklentilerinin de dikkate alınmasının gerekli olduğu da söz konusu görüşlere eklenmiştir.

AIHM aynı Komite'nin Türkiye'deki çocuk hakları ile ilgili olan 30 Haziran 2012 tarihli görüşlerine de (CRC/C/TUR/CO/2-3)<sup>16</sup> yer vermiştir. Bu görüşlerinde Komite, Türkiye'nin yasal düzenlemeler yoluyla çocukların ifade özgürlüklerini, dernek ve barış içerisinde toplanma özgürlüklerinden tam olarak faydalanmaları konusundaki çalışmalarını sürdürmesini ve bu haklar önündeki var olan engelleri kaldırmasını tavsiye etmektedir. Ayrıca, TMK kapsamında işlem gören 18 yaşın altındaki tüm bireylerin çocuk mahkemeleri tarafından yargılanmasını, suçla itilmiş çocuklar için özel tedbirlerin ve hafifletilmiş cezaların uygulamaya konmasını ve uzun tutukluluk sürelerine son verilmesini tavsiye etmiştir.

İnceleme konusu yapılan kararda AIHM ayrıca, Avrupa Konseyi İnsan Hakları eski Komiseri Thomas Hammarberg'in 2009 ve 2011 yıllarında yaptığı Türkiye ziyaretlerine müteakiben yayınlanan 3 rapordaki tespitlere yer vermiştir<sup>17</sup>. Bu raporlarda Kürt kökenli çocukların, Kürt grupların düzenlediği gösterilere katılıp polis güçlerine taş atmaları nedeniyle tutuklanıp gözaltına alındıkları, onlara uygulanan yasal takiba-

15 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin bu görüşlerine 21 Mart 2018 tarihinde şu adresten ulaşılmıştır: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>

16 Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin bu görüşlerine 21 Mart 2018 tarihinde şu adresten ulaşılmıştır: [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/TUR/CO/2-3&Lang=Fr](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/TUR/CO/2-3&Lang=Fr)

17 Raporlara 21 Mart 2018 tarihinde şu adreslerden ulaşılmıştır : 1 Ekim 2009 tarihli rapor için <https://rm.coe.int/16806db8ac>, 12 Temmuz 2011 tarihli rapor için <https://rm.coe.int/16806db752>, 10 Ocak 2012 tarihli rapor için <https://rm.coe.int/16806db70f>



tın Ceza Kanunu'nun 220(6). maddesine dayandırıldığını ve bu hükme göre, yasadışı bir örgüt adına suç işleyen herkesin, söz konusu örgütün üyesi olmasalar dahi, gerek söz konusu suç, gerekse örgüt üyesi olma suçuyla hüküm giydiği belirtilmiştir. Ayrıca, bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında, Türk terörle mücadele mevzuatında ve TCK'nın 220. maddesinde yer alan hükümlerin yetkililere çok geniş bir takdir payı tanıdığı ortaya konup, bu durumun insan hakları ilkeleri açısından endişe verici olduğu belirtilmiştir.

Son olarak, AIHM uluslararası sivil toplum örgütlerinin de raporlarına değinmiştir. Bu raporlardan ilk ele aldığı İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün 1 Kasım 2010 tarihinde "Protestoyu Terör Suçu Saymak / Türkiye'de Göstericileri Yargılamak ve Hapsetmek için Terörle Mücadele Yasalarının Keyfi Kullanımı" başlıklı raporudur<sup>18</sup>. Bu raporda yasalar da gerçekleştirilen değişikliklerin altı çizilmiştir. Özellikle sivil toplum örgütlerinin çocukların terörle mücadele yasalarıyla yargılanmalarına karşı yürüttükleri yoğun kampanya sonucu, bu yasaların çocuk göstericilere uygulanabilirliğini kısıtlayan birçok maddede yapılan değişiklik hatırlatılmıştır. Örneğin 25 Temmuz 2010 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6008 sayılı Kanun, bundan böyle tüm çocukların çocuk mahkemelerinde ya da çocuk mahkemesi gibi yargılama yapan yetişkin mahkemelerinde yargılanacağını; "propaganda suçunu işleyen" ya da polisin dağılması yönündeki ihtarına karşı koyan çocuk göstericilerin "bir terör örgütü adına suç işlemekle", dolayısıyla "bir terör örgütüne üye olmakla" suçlanmayacağını; çocuklara ağırlaştırılmış ceza verileceğini ve bu çocukların kamu düzenini ihlal suçları için kullanılan ceza erteleme ve benzeri tedbirlerden faydalanabileceklerini belirtmiştir.

AIHM ikinci olarak Uluslararası Af Örgütü'nün (Amnesty International) 17 Haziran 2010 tarihli Türkiye'de çocukların terörle mücadele kapsamında adil olmayacak şekilde yargılanmaları hakkında hazırladığı raporunu incelemiştir<sup>19</sup>. Bu raporda 5237 sayılı Türk Ceza Kanu-

18 Bu rapora 21 Mart 2018 tarihinde su adresten ulaşılmıştır : <https://www.hrw.org/report/2010/11/01/protesting-terrorist-offense/arbitrary-use-terrorism-laws-prosecute-and>

19 Bu rapora 21 Mart 2018 tarihinde şu adresten ulaşılmıştır : <https://www.amnesty.org/en/documents/EUR44/011/2010/en/>

nu, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu ve 3713 sayılı TMK kapsamında tutuklanan ve mahkum olan çocukların durumları incelenmiştir. Rapor, Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası belgelerin (Beijing Kuralları)<sup>20</sup> devletlerin ceza kanununu ihlal etmekten dolayı suçlanan çocuklara uygun özel yasalar, usuller, makamlar oluşturmaları; yasalarını çocukların yüksek menfaatlerini göz önünde bulundurarak, onların yargılamanın nasıl gerçekleştiğini anlayabilecek ve buna doğrudan katılarak kendisini ifade edebilecek şekilde düzenlemeleri gerektiğini belirten hükümlerine rağmen, 15-17 yaş grubundaki çocukların izinsiz gösteri yürüyüşlerine katılmaktan dolayı TMK kapsamında terör örgütü yararına propaganda yapma, örgüt adına suç işleme ve hatta örgüte üye olmaktan dolayı yetişkinler gibi özel ağır ceza mahkemelerinde yargılandıklarını ve yargılama usulünün çocuklara uyarlanmadığını ortaya koymuştur.

## *2- Uluslararası İlkelerin Olaya Uygulanışı*

AİHM kararının 79-117 paragraflarında bu uluslararası belgelere dayanarak söz konusu davada başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesinden doğan hakkının ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Öncelikle, 92. paragrafta başvuranın toplantı hakkına bir müdahale yapıldığı tespit edildikten sonra, çocuklar ile ilgili olarak Türk ceza hukuku sisteminde yukarıda belirttiğimiz başvuran lehine gerçekleşen değişiklikler nedeniyle başvuranın mağdur sıfatını koruyup korumadığı ele alınmıştır. 98-100. paragraflarda AİHM, yerel makamların Sözleşme'nin ilgili maddesinin ihlal edilmiş olduğunu açıkça veya içerik bakımından tanımadıkça ve ardından ihlalin telafisini sağlamadıkça, başvuranın lehine olan bir kararın veya tedbirin başvuranı Sözleşme'nin 34. maddesi doğrultusunda "mağdurluk" statüsünden yoksun bırakmak için yeterli olmayacağını hatırlatmıştır. Bu kuralı desteklemek için başvuranın 21 Temmuz 2008 ve 11 Kasım 2008 tarihleri arası tutuklu ve 11 Kasım 2008 ile 25 Temmuz 2010 tarihleri arasında da mahkum olduğu için iki yıl özgürlüğünden mahrum kaldığını hatırlatmıştır. Ayrıca, olayı tekrar incelemeyen 20

20 Birleşmiş Milletler Genel Kurul'u 29 Kasım 1985 tarihinde 40/33 sayılı kararıyla "Çocuk Adalet Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgari Standart Kurallar"ı kabul etmiştir. Kısaca Beijing Kuralları olarak bilinen bu kurallar Birleşmiş Milletler'in çocukların yargı makamları karşısında sahip oldukları hakları belirten ilk belgesidir.

Aralık 2012 tarihli kararı veren Diyarbakır Çocuk Mahkemesi başvuran hakkında verilmiş olan önceki mahkumiyet kararının onun toplantı özgürlüğünü ihlal ettiğini kabul etmemiş ve bunu telafi etmemiştir. Ayrıca, başvurunu tekrar örgüt yararına propaganda yapmaktan ve güvenlik güçlerine direnmekten dolayı cezalandırmıştır. Bu itibarla, AİHM başvuranın mağdur sıfatına sahip olduğuna karar vermiştir.

AİHM 11. madde kapsamında bir müdahalenin yapıldığını ve başvuranın mağdur sıfatına sahip olduğunu tespit ettikten sonra bu müdahalenin yasal ve orantılı olup olmadığını incelemiştir. İlk kriteri incelemeyen ikinci kritere yani müdahalenin orantılılığı konusundaki incelemeye göz atmak daha yerinde olacaktır. Başvuranın toplantı hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığına karar verirken AİHM'in başvuranın çocuk olması konusunda yapmış olduğu değerlendirme bu yazının kapsamını oluşturduğu için yazıda kararın sadece konuya ilişkin bölümleri incelenecektir.

AİHM, 111. paragrafta yaptığı bir incelemede 11. maddede belirtilen müdahalenin orantılılığının başvuranın maruz kaldığı cezanın türü ve ağırlığı dikkate alınarak değerlendirilebileceğini hatırlatmıştır. Bu konuda, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararında başvuranın bir terör örgütü yararına propaganda yapmaktan dolayı neden suçlandığını açıklayan hiçbir gerekçenin olmadığını tespit etmiştir. Başvuranın gösteriye katıldığını, atılan sloganlara eşlik ettiğini ve polise karşı taş atarak direniş gösterdiğini kabul etse bile hiçbir şekilde PKK'yı desteklediğini söylemediğinin altını çizmiştir. Bu durum, Diyarbakır Çocuk Mahkemesi tarafından da dikkate alınmamış ve başvuranın TMK'nın 7(2) maddesi kapsamında neden cezalandırıldığı açıklanmamıştır.

114. paragrafa, her ne kadar başvuranın 6. madde altındaki şikayeti dikkate alınmamış ise de, bu maddeye atf yapılarak yargılanan bir kişiye sağlanacak en önemli güvencelerden birinin yargı makamlarına sunmuş olduğu gerekçelerinin dinlendiğinin gösterilmesi, karara itiraz etme veya kararı temyiz etme imkanına sahip olduğunun bildirilmesi ve bir kararın gerekçelerinin haklı sebeplere dayandığının kamuya gösterilmesi olduğu hatırlatılmıştır. Bu güvenceler sayesinde bireyler ifade özgürlüklerini veya toplantı haklarını kısıtlayan mahkeme kararlarının gerekçelerini öğrenebilirler ve Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinde

korunan haklara yapılan keyfi müdahalelere karşı itirazda bulunabilirler. Bu durum Sözleşme'nin ilgili bu maddeleri çerçevesinde yargı makamlarının yapılan müdahale için « uygun » ve « yeterli » sebeplerin olduğunu ortaya koymalarını gerektirmektedir. Olayda yargı makamlarının başvuranın neden Terörle Mücadele Kanunu'nun 7(2) maddesi kapsamında cezalandırıldığını açıklamamasının 11. madde çerçevesinde öngörülen usule ilişkin korumaya da aykırı olduğu vurgulanmıştır.

Ayrıca AİHM başvuranın olayın gerçekleştiği dönem çocuk olduğunu hatırlatmıştır. Kararda detaylı olarak ele alınmış olan uluslararası belgelere rağmen başvuranın yaşının yargı makamları tarafından ne hakkında tutuklanma kararı verilirken ne de hapis cezasına mahkum edilirken dikkate alınmadığı tespit edilmiştir. Bu itibarla, başvuran Terörle Mücadele Kanunu kapsamında yaşına göre ağır olarak nitelendirilecek yedi yıl ve altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Serbest bırakılmadan evvel bu cezanın bir yıl ve sekiz ayını tamamlamıştır. Ayrıca, AİHM başvuranın yargılanması devam ederken üç ay yirmi gün boyunca tutuklu kaldığını hatırlatmış ve hükümetin, gerek ulusal yasalara gerekse uluslararası yükümlülüklerine uygun olarak başvurana neden tutuklamaya alternatif tedbirlerin uygulanmadığı ve hürriyetinden en son çare olarak mı mahrum edildiği konusunda hiçbir açıklamada bulunmadığını vurgulamıştır. Bu itibarla başvuran her ne kadar polise taşınarak şiddet içerikli eylemlerde bulunmuş ve bu eylemleri cezalandırmak konusunda devletlerin sahip oldukları takdir yetkisine dayanarak Diyarbakır Çocuk Mahkemesi tarafından hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilmiş ise de, AİHM başvuranın daha evvel mahkum olduğu cezanın ağır olduğuna ve başvuranın yaklaşık iki yıl boyunca hürriyetinden yoksun kaldığına ve tutukluluk süresinin uzunluğuna dikkat çekerek başvuranın yaşında biri için hakkında verilmiş olan bu kararların yetkililerin gerçekleştirmek istedikleri yasal amaca göre orantısız olduğuna karar vermiştir.

Sonuç olarak, AİHM, memnuniyetle karşılanacak bir şekilde başvurana yapılan PKK'ya üye olma ve onun adına propaganda yapma suçlamaları gibi hapis cezasına çarptırılmasının ve özellikle 21 Temmuz 2008 ile 25 Temmuz 2010 tarihleri arasında hürriyetinden yoksun kalmış olmasının « demokratik bir toplumda gerekli » olmadığı sonucuna vararak Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Ancak, 118. paragrafa baktığımızda bu kararın daha da farklı ele alınabileceği ve çocuk ceza hukukuna daha uygun hazırlanabileceğini düşünülebilir. Daha evvel de belirttiğimiz gibi, başvuran Sözleşme'nin 6. maddesi dışında 5. maddesinden ve 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkının ihlal edildiğinden şikayet etmiştir. AİHM, 119. paragrafta başvuranın şikayetlerini çok genel olarak ifade ettiğini ve şikayetlerini belgeler ile ispatlayamadığını ileri sürmüştür. Bu itibarla, bu şikayetler temelden yoksun kabul edilmiştir.

AİHM'in 11. madde altında inceleyip ihlal kararını vermesini gerekçelendirirken birçok defa vurguladığı şekilde başvuran yetişkinlerin yargılandığı bir mahkeme tarafından yargılanmış ve 2 yıl boyunca hürriyetinden yoksun kalmıştır. Bu şikayetlerini daha nasıl açıklaması gerekmektedir? Ayrıca, çocuk ceza hukukunun temeli çocuğun eğitime dayandığı için gerek tutuklu kaldığı gerekse hapis cezasını çektiği sırada eğitim hakkından faydalanıp faydalanmadığını öğrenebilmek için AİHM, davanın esasını incelemeye başlamadan evvel başvurandan konuyla ilgili şikayeti hakkında ek bilgi ve belge talep edebilir ve bu konuyu ele alabilirdi.

Bu itibarla, yazımızın ikinci bölümünde AİHM'in 11. madde dışında diğer maddelere neden cevap vermesi gerektiği ve bunu yapmamış olmasının çocuk ceza hukuku adına büyük bir eksiklik olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

## **II- Çocuk Adalet Sisteminin Özerkliğine İlişkin AİHM'in Çekimsiz Tavrı**

AİHM'in içtihadı sadece ihlal kararı verdiği davalardan oluşmamaktadır. Bir davada şikayet konusu olan hakların devlet yetkilileri tarafından ihlal edilmediğine ilişkin vermiş olduğu kararlar da içtihadının önemli bir parçası olup, gelecekteki muhtemel davalara ışık tutacak niteliğe sahiptirler.<sup>21</sup> Bu tespiti doğrulamak amacıyla, bu bölümde, AİHM'in mevcut davada, kabul edilemez olduğuna karar vereceği şikayetleri detaylı

21 AİHM *Eskinazi ve Chelouche / Türkiye*, n°14600/05, 6 Aralık 2005. Bu davanın konusu çocuk kaçırma suçu ile ilgili olup çocuk ceza hukuku dışında kalıyor ise de, AİHM'in kabul edilemezlik kararı verirken gerektiği durumlarda nasıl detaylı bir inceleme yaptığını göstermek açısından önemli bir örnek sayılabilir.

bir şekilde incelemiş olması halinde çocuk ceza hukuku alanında, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine dair vermiş olduğu karardan daha önemli bir içtihat yaratabileceği gösterilecektir.

Bu itibarla, öncelikle başvuranın özgürlük hakkının ihlali ile ilgili ilk şikayeti ele alınacaktır. Ayrıca bu şikayetini dava dilekçesinde belirttiği 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesindeki eğitim hakkı ile birlikte ele alınması gerekliliği ortaya konacaktır. Daha sonra çocuğun yetişkinlerin yargılandığı bir mahkeme tarafından yargılanmasının Sözleşme'nin 6 maddesine uygun olup olmadığı ve bu şikayetin kararda neden mutlaka ele alınması gerektiği gösterilecektir.

### **A- Tutuklamanın Haksızlığı ve Tutukluluk Süresinin Uzunluğu Nedeniyle Çocuğun Eğitim Hakkının İhlal Edilip Edilmediği Sorunu**

Olayda başvuranın 2 yıl boyunca özgürlüğünden yoksun kaldığı dönemi ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir : tutukluluk ve hapis cezası dönemi

#### *1- Tutukluluk Dönemi*

Başvuranın tutukluluk dönemi 21 Temmuz 2008 tarihinde başlamış olup 11 Kasım 2008 tarihinde Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesinin kararıyla sona ermiştir. Başvuran AİHM'in kararında birçok defa belirttiği gibi üç ay yirmi gün tutuklu kalmış ve uluslararası ilkelere rağmen bunun yerine herhangi bir alternatif tedbire başvurulmamıştır. Oysa Çocuk Koruma Kanunu'nun 20. maddesine baktığımızda suça sürüklenen çocuklar hakkında soruşturma veya kovuşturma sürecinde uygulanacak tedbirler belirtilmektedir. Özellikle aynı maddenin ikinci fıkrasında bu tedbirlerden sonuç alınamaması, sonuç alınamayacağına anlaşılması veya tedbirlere uyulmaması durumunda tutuklanma kararı verilebileceği belirtilmiştir. Olayda başvuran hakkında neden bu tedbirlere başvurulmadığı açıklanmamıştır. Bu itibarla, başvuranın üç ay yirmi gün boyunca özgürlüğünden mahrum bırakılmasını gerektirecek hiçbir gerekçe bulunmamasından dolayı tutuklu kalmasının Çocuk Koruma Kanunu'na aykırı olduğu kabul edilebilir. Yani, olayda başvuranın sadece uzun süre tutuklu kalması değil, ayrıca bu tutukluluk kararının yasallığı sorunu mevcuttur. Ancak, başvuran bu şikayetini tutukluluğunun sona

erdiği tarihten itibaren altı ay içerisinde AİHM'e sunmamıştır. Bu süre 11 Kasım 2008 tarihinde verilen Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin mahkumiyet kararından itibaren işleyecek olan altı aylık süre sonunda yani 11 Mayıs 2009 tarihinde sona erdiği için bu şikayet kabul edilemeyecektir.

Her ne kadar AİHM ilgili şikayet hakkında kabul edilmezlik kararı verecek olsa da, çocuk ceza hukuku açısından önemli bir ihlale dair bu şikayeti başvuru süresine ilişkin yerleşik içtihadına kısacık bir şekilde değinmek yerine, daha detaylı, olaydaki ihlallerin altını çizerek ele alınmasının daha doğru olacağı kanaatini taşımaktayız.

## *2- Hapis Cezası Dönemi*

Başvuranın ikinci olarak hürriyetinden yoksun olduğu dönem, 11 Kasım 2008 tarihli mahkeme kararı ile 25 Temmuz 2010 tarihinde Diyarbakır Çocuk Mahkemesi'nin hapis cezasının infazını durdurarak hakkında yeni bir yargılama başlatmak için verdiği karar arasında geçen bir yıl sekiz aylık dönemdir. Başvuranın hürriyetinden yoksun kalması yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulma şeklinde düzenlemiş olup Sözleşme'nin 5 (a) maddesine uygun olduğu kabul edilse bile, başvuran, yaşına rağmen uluslararası belgelerde belirtilen ilkelere aykırı biçimde yetişkinlerin yargılandığı bir mahkeme tarafından yargılanmıştır. AİHM'in kararın 110 ve 116. paragraflarında açıkça belirttiği gibi Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi yargılamayı çocuğun yargılamaya aktif biçimde katılabileceği şekilde düzenlemediği gibi, başvurunu yaşına rağmen neden Ceza Kanunu'nun 314(2). maddesine göre silahlı bir örgüte üye olmak ve TMK'nın 7(2). maddesine göre terör örgütü yararına propaganda yapmak suçundan dolayı o kadar ağır bir şekilde cezalandırdığına dair uygun ve yeterli gerekçelere dayanan bir açıklamada bulunmamıştır. Bu durum yukarıda açıkladığımız gibi, AİHM'in başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesine korunan toplantı hakkının ihlal edilmiş olması sonucuna varmasını sağlamıştır. Ancak, bu konu başvuranın aşağıda inceleyeceğimiz şekilde çocuk ceza hukuku ilkelerine göre adil yargılanmadığını açıkça gözler önüne sermektedir.

Her ne kadar başvuranın çocuk hakları ile ilgili uluslararası sözleşmelere aykırı bir şekilde yargılandığı bir mahkeme tarafından, adil

yargılanma hakkı ihlal edilerek cezanlandırıldığı ve bunun sonucunda hürriyetinden mahrum kaldığı sonucuna varıyorsak da; AİHM'in yerleşik içtihadına göre bir kişinin özgürlüğünden mahrum kalması, yasalarca yetkili kılınmış bir yargı makamınca bir suçu işlediğinin yasal olarak tespitinden sonra bu suçtan dolayı bu kişinin sorumluluğuna karar verilip, hürriyetten yoksun bırakan bir cezaya mahkum edilmesi halinde meşru kabul edilir<sup>22</sup>. Bu koşullar olayda gerçekleşmiştir. Ayrıca, yasanın lehine değişmesinin ardından tekrar yargılanması sırasında derhal serbest bırakıldığını da hatırlatmak gerekmektedir. Bu itibarla, başvuranın hürriyetinden yoksun kaldığı ikinci dönem ile ilgili olarak Sözleşme'nin 5. maddesinde korunan özgürlük hakkının ihlal edildiği sonucuna varılamayacaktır. Ancak, AİHM'in çocuk ceza hukukuna ilişkin olaylarda bu içtihadını farklılaştırmasının gerektiğini savunmaktayız.

Ayrıca, AİHM'in özgürlükten yoksun olarak başvuranın geçirdiği iki dönem boyunca başvurusunda açıkça atıfta bulunduğu eğitim hakkından ne şekilde faydalandığı konusunda hükümete soru yönetilmesi incelediğimiz bu kararın içeriğini çocuk ceza hukuku lehine farklılaştırabilirdi. Öncelikle belirtmek gerekir ki, AİHM özgürlüğünden yoksun olan kişilerin Sözleşme'nin 5. maddesi kapsamına açıkça girecek şekilde yasal olarak özgürlüklerinden yoksun kalmaları halinde özgürlük hakkı dışında Sözleşme'de öngörülen diğer tüm haklardan faydalanma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Ayrıca, diğer kamu hizmetlerinden farklı olarak eğitim hakkı Sözleşme tarafından doğrudan korunmaktadır. Eğitimin çok özel bir kamu hizmeti olmasının sebebi, bu hizmetin sadece kendisinden doğrudan faydalananları değil toplumun genelini etkileyip geliştirebilmesidir. Bu itibarla, AİHM, demokratik bir toplumda önemli bir yere sahip olan eğitimin insan haklarına riayet edilmesi konusunda vazgeçilmez olduğunu belirtmiştir<sup>23</sup>. Ayrıca, AİHM'in atıfta bulunduğu çocuk hakları ile ilgili belgelerin eğitim hakkı ile olan farklı maddelerine<sup>24</sup> baktığınızda şu ilkeleri tespit etmekteyiz:

22 *V/Birleşik Krallık*, n° 24888/94, 16 Aralık 1999, §§ 104-105 ; *Guzzardi/İtalya*, 6 Kasım 1980, § 100, Seri A no 39 ; *Van Droogenbroeck/Belçika*, 24 Haziran 1982, § 35, Seri A no 50 ; *Del Rio Prada/İspanya*, n° 42750/09, 21 Ekim 2013.

23 *Velyo Velez/Bulgaristan* n° 16032/07, 27 Mayıs 2014, §§ 30-33 ; *Ponomaryovi/Bulgaristan*, n° 5335/05, 21 Haziran 2011, § 55. Ayrıca bakınız *Bouamar/Belçika*, n° 9106/80, 29 Kasım 2011 ve *D.G/İrlanda*, n° 39474/98, 16 Mayıs 2002.

24 Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 40 (4). maddesi; Avrupa Konseyi'nin 17



çocukların istisna olsa bile hürriyetlerinden yoksun kaldıkları durumlarda, bu süre boyunca çocuğun okul ve mesleki eğitimin yerine getirilmesi gerekmektedir. Çocuk ilgili kuruluşa getirildiği zaman derhal kişiliğine uygun ve ihtiyacı olan eğitim ve desteğin belirlenmesi için bir mülakatın yapılması gerekmektedir. Eğitim programları çocuğun sosyal ve kişisel gelişimine yardım, toplum içerisinde uyumlu yaşamasına ve başkalarının haklarına saygı duymasını sağlayacak şekilde düzenlenmelidir. Bu eğitim imkan olduğu sürece çocuğun hürriyetinden yoksun olduğu birimlerde değil normal okullarda sağlanmalıdır. Bunun gerçekleştirilememesi halinde, çocuğa verilecek eğitiminin dışarıdan eğitim sağlayan kuruluşların desteğiyle düzenlenmesi gerekmektedir. Çocuklar, hürriyetlerine kavuşmaları halinde vakit kaybetmeden yaşitlarıyla aynı seviyede eğitime devam edebilme imkanına sahip olmalıdırlar. Ayrıca, mecburi eğitim yaşını geçmiş olmasına rağmen eğitime devam etmek isteyen çocukların kendilerine uygun eğitim programlarının hürriyetlerinden yoksun buldukları birimlerde sağlanması gerekmektedir. Çocuklar, okul eğitimi dışında mesleki olarak da belirli eğitimleri almalıdırlar.

Olayda, ne yazık ki bu hakkın ne şekilde güvence altına alındığı hakkında hiçbir bilgimiz bulunamamaktadır. AİHM, *Turgut Özkan / Türkiye*<sup>25</sup>, *Taşçı ve Demir / Türkiye*<sup>26</sup>, *Fikri Yakar / Türkiye*<sup>27</sup> davalarında da çocuk olan başvuranların hürriyetlerinden yoksun kalmaları nedeniyle eğitimlerinin kesintiye uğramasına ilişkin yaptıkları şikayetlerin genel ifadelerle dile getirilmiş olmasından dolayı temelden yoksun olduğuna karar vermiştir. Oysa, gerek mevcut davada gerekse diğer davalarda çocukların eğitim haklarından mahrum kalıp kalmadıkları önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu itibarla mevcut davada AİHM, hürriyetlerinden yoksun olan çocukların bu haklarının ne şekilde korunduğunu inceledikten ve başvuranın eğitime bu süre zarfında devam edebilip edemediğini tespit ettikten sonra bu şikayetin temelden yoksun olup olmadığına karar verebilirdi.

---

Eylül 1987 tarihli « *Çocuk Suçluluğuna Sosyal Tepkiler Hakkındaki Tavsiye Kararı* »nın 11. maddesi ; Avrupa Konseyi'nin 5 Kasım 2008 tarihli « *Çocuk Suçlulara Uygulanan Ceza veya Tedbirler Hakkındaki Avrupa Kuralları* »nın 2., 38. ve 62.2(f). maddeleri.

25 n° 23601/10, 22/05/2012, § 30

26 n° 23623, 03/05/2012, § 27

27 n° 23639/10, 22/05/2012, § 38

Eğitim hakkı gibi adil yargılanma hakkı da birçok defa belirttiğimiz gibi, bu kararda incelenmemiştir. Bunun neden ciddi bir eksiklik olduğunu incelemek gerekmektedir.

### **B- Adil Yargılanma Hakkı ve Yasa Değişikliği Nedeniyle Başvuranın Mağdur Sifatını Koruyup Korumadığı Sorunu**

AİHM'in kanunla ihtilaf halindeki çocuklar ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde bir çocuğun ceza prosedürünün ilk aşamasından itibaren bir avukat tarafından temsil edilmesi<sup>28</sup>, savunmasını hazırlayabilmesi için avukatı ile rahatlıkla görüşebilmesi, yaşına uyarlanmış olan yargılamaya aktif bir şekilde katılmasının sağlanmasının gerekli olduğu belirtilmiştir<sup>29</sup>. Her ne kadar, AİHM içtihadında yetişkinlere sağlanan hukuki güvencelerin tamamından çocukların da yararlanması gerektiği belirtilmiş ise de adil yargılanma hakkının çocuk adalet sisteminin özerkliğine uygun olacak şekilde yetişkinlere göre daha farklı yorumlanması gerekmektedir. Öncelikle, çocuk adalet sisteminin çocuğa sağladığı en önemli güvence onunla ilgilenecek tüm yetkililerin bu konuda uzmanlaşmış olması ve onun bu adalet sistemine uygun özel bir yargı makamı tarafından yargılanmasıdır.

Suç işlemiş bir çocuğun yetişkinlerden farklı bir şekilde yargılanmasında amaç mutlaka işlediği suça denk bir cezanın verilmesinden çok, ona cezai sorumluluğunu geliştirecek, kişiliğine, sosyal ve ailevi durumuna uygun olacak ve onu tekrar topluma kazandıracak eğitici tedbir veya cezaların uygulanmasıdır<sup>30</sup>. Bu itibarla, çocuk mahkemesi hakiminin kararını mutlaka psikolog, sosyal hizmet görevlileri gibi uzmanlaşmış kişilerin çocuğun kişiliği, yaşam koşulları hakkında, kendisi ile yapılacak görüşmeler ve yaşadığı çevrede gerçekleştirilecek ziyaretler sonrası hazırlanacak sosyal inceleme raporlarına dayandırması gerekmektedir. Bu raporların sadece çocuğun temyiz kabiliyetinin olup olmadığının tespiti için değil, ceza sorumluluğu olan çocuğa verilecek cezanın tespitinde de kişiliğine en uygun olan cezanın veya onun yerine uygulanacak tedbirin tespit edilmesi için mutlaka dikkate alınma-

28 *Salduz/Türkiye*, n° 36391/02, 27 Kasım 2008, *Süzer/Türkiye*, n° 13885/05, 24 Nisan 2013

29 *V./Birleşik Krallık*, n° 24888/94, 16 Aralık 1999

30 CİNİÇ-BACHELIER Ayça, s. 343

sı gerekmektedir. Bu raporların hazırlanması yasalarca zorunlu olarak öngörülmesi ve hakimlerin kararlarını bu raporlara dayandırmadıkları durumlarda bunun gerekçelerini açıklamaları gerekmektedir<sup>31</sup>.

Olayda başvuran, yargılandığı tarihte yürürlükte olan TMK'ya uygun olarak çocuk mahkemesi yerine terör suçları kapsamında yetkili olan Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılanmıştır. Bu mahkeme, başvuranın yaşını, kişiliğini, ihtiyaçlarını hiçbir şekilde dikkate almadığı gibi başvuranın bir terör örgütünün düzenlemiş olduğu bir gösteriye katılmış olmasını o terör örgütüne üye olmak suçuyla cezalandırma kararını hangi delillere dayandığını açıklamamıştır. AİHM'in içtihadına göre, Sözleşme'nin 6(1) maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı tarafların davaları için uygun olduğunu düşündükleri görüşlerini mahkemeye sunma hakkını da kapsamaktadır. Bu hak söz konusu görüşlerin yargı makamı tarafından dikkate alınıp gerçekten « dinlendiği » zaman etkili bir hak olarak kabul edilebilir. Bir başka deyişle, bu madde yargı makamlarının tarafların sunduğu delilleri, iddiaları etkili şekilde incelemelerini gerektirmektedir<sup>32</sup>. AİHM, mevcut kararın 114. paragrafında yargı makamlarının verdikleri kararların gerekçelerini açıklamaları gereğinin adil yargılanma hakkının bir gereği olduğunu belirtmiştir.

Olayda Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi bu açıklamayı yapmadığı gibi başvurunu yaşına rağmen yasaca öngörülmüş olan hapis cezasına alternatif olabilecek tedbirlerden faydalanmasına engel olacak şekilde cezalandırmıştır. Bu koşullarda başvuranın adil bir şekilde yargılandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ancak, AİHM, daha evvel bir kaç kez belirttiğimiz gibi bu davada başvuranın yaşına rağmen TMK çerçevesinde özel yetkili bir mahkeme tarafından yargılanıp, orantısız bir cezaya çarptırıldığına ilişkin olarak yaptığı şikayeti 11. madde altında incelemiştir.

AİHM'in neden böyle bir tercih yaptığı sorusuna verilecek cevap 2010 yılında 6008 sayılı yasa ile TMK'da yapılan değişiklikler sonucu başvuranın cezasının askıya alınıp, kendisinin serbest bırakılması ve tekrar yargılandıktan sonra hakkında hükmün açıklanmasının geri bira-

31 *Ibid.* s. 414-420

32 *Van de Hurk / Hollanda*, 19 Nisan 1994, § 59, seri A no 288.

kılması tedbirinin uygulanması olabilir. Bu durumda AİHM, söz konusu değişiklikler sonrası başvuruyu incelerken başvuranın artık mağdur sıfatına sahip olmadığı sonucuna varmış olabilir.

AİHM'in içtihadına baktığımız zaman Sözleşme'nin 34. maddesi kapsamında bir başvuranın mağdur sıfatını yitirmesi, ulusal yetkililerin iddia edilen ihlali açıkça ve dolaylı olarak tanınmaları ve bu ihlalin yarattığı zararı telafi etmeleri durumunda mümkün olacaktır<sup>33</sup>. AİHM, kararının 99 ve 102. paragraflarında bu konu hakkında 11. madde kapsamında açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme'nin bu yorumunun adil yargılanma hakkına uygulanıp uygulanamayacağını sorgulamak gerekmektedir.

2010 tarihinde gerçekleştirilen değişikliğin çocuk adalet sistemini uluslararası ilkelere daha uyumlu hale getirip, terör suçu ile suçlanan çocukların da mutlaka çocuk mahkemelerinde yargılanmalarını zorunlu kılması önemli bir gelişmedir. Ayrıca, başvuran bu yasa değişikliği sonrası yapılan yeni yargılama sonrası hakkında hürriyetten yoksun bırakacak cezaya alternatif bir tedbirin uygulanması sonucu tekrar hapse geri dönmek zorunda kalmamıştır. Bu yargılama ile ilgili AİHM'in 11. madde kapsamında yaptığı eleştirileri saklı tutmamıza rağmen çocuk ceza hukuku alanında olumlu adımlar atılmış olduğu yadsınamaz.

Ancak hatırlamak gerekir ki, AİHM'in mağdur sıfatına ilişkin yukarıda belirtilen yerleşik içtihadı ışığında, adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlaline ilişkin şikayetlerde başvuranın yeniden yargılanması, onun mağdur olmadan evvelki konumuna « geri dönmelerini » sağlanmış gibi gözükse de her zaman başvuranın mağdur sıfatını otomatik olarak ortadan kaldırmaya yetmediği gibi durumu telafi edebilecek nitelikte olmayabilir<sup>34</sup>. Yapılan yeni yargılama sonunda başvuranın lehine olacak şekilde onun hakkında takipsizlik kararının verilmiş veya serbest bırakılmış olması adil yargılanma hakkının ihlalinin yeterli derecede giderilmiş olduğu anlamına gelmemektedir<sup>35</sup>. Başvuranın mağdur sıfatını koruyup korumadığını tespit etmek için AİHM

33 *Eckle /Almanya*, n° 8130/78, 15 Temmuz 1982, § 66; *Öztürk/Türkiye* [BD], n° 22479/93, § 73, AİHM 1999-VI; *Erdoğan/Türkiye*, n° 25723/94, § 72, AİHM 2000-VI; *Müslüm Özbey/Türkiye*, n° 50087/99, § 26, 21 Aralık 2006; *Ulusoy/Türkiye*, n° 52709/99, § 34, 31 Temmuz 2007.

34 *Sakbnovski / Rusya*, n° 21272/03, 2 Kasım 2010, §§ 83-84; *Hogea / Romanya*, n° 31912/04, 29 Ekim 2013, §§ 43-44.

35 *Demir / Turquie*, n° 60262/00, 22 Kasım 2005, §§ 28-29.

yeniden başlatılmış olan yargılama da dahil olmak üzere tüm yargılama aşamasını bir bütün olarak ele alarak incelemesi gerekmektedir.<sup>36</sup>. Sonuç olarak, bir başvuran cezasının tamamını veya bir kısmını çekmiş ve bu ihlalden dolayı hiçbir tazminat alamamış veya kendisine bu konuda hiçbir teklifte bulunulmamış ise mağdur sıfatını halen koruduğu kabul edilecektir<sup>37</sup>.

Olayda, başvuran hakkında yeni bir yargılamanın başlatılması başvuranın Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nde adil yargılanmamış olmasına dayanmamaktadır. Başvuranın avukatı onun durumuna yeni yasada yer alan ve onun lehine olan yeni hükümlerin uygulanması için yaptığı başvurunun sonucu bu yargılama başlamıştır. Buradaki amaç başvuranın ihlal edilen bir hakkının telafi edilmesi değildir. Başvuranın bu yeni yargılamanın adil olup olmadığı konusunda herhangi bir şikayeti olmasa bile bu yeni yargılama onun adil olmayan bir yargılama sonucu toplam yedi yıl altı ay hapis cezasına mahkum edilmiş olması gerçeğini değiştirmemekte, hatta bir yıl sekiz ay boyunca hapiste kalmış olmasını telafi etmemektedir. Bu itibarla, başvuranın mağdur sıfatını koruduğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Ancak, AIHM'in bunun aksine bir karar vermesi halinde bile bu konuyu açıkça ve ayrıntılı bir şekilde tartışması ve adil yargılanma kavramını çocuk adalet sistemine uygun olarak tekrar yorumlaması gerektiğini ısrarla vurgulamak gerekmektedir.

## SONUÇ

Yukarıda yapılan tüm açıklamalar AIHM'in *Gülcü/Türkiye* davasında uluslararası belgelerin ısrarla altını çizdikleri çocuk ceza hukukunun özerkliğine ilişkin ilkeleri tam olarak uygulamadığını ortaya koymaktadır. AIHM ulusal yetkililerin başvuranın yaşını ne onu tutuklarken ne de hapis cezasına mahkum ederken dikkate almadıklarını eleştirirken; içtihadını çocuk adalet sisteminin özerkliğine uyarlamak yerine, onu sadece toplantı ve gösteri hakkına odaklanmış ve adil yargılanma hakkına ilişkin hiçbir incelemede bulunmamıştır. Özgürlüğünden yoksun

36 *Carboni / İtalya* (karar), n° 51554/99, 12 Şubat 2004; *Üstün / Türkiye*, n° 37685/02, 10 Mayıs 2007, § 24, *Oleksy / Polonya* (karar), n° 1379/06, 16 Haziran 2009.

37 *Chevro/ Fransa*, n°49636, 13 Şubat 2003, § 35, *Fascini/İtalya*, 56300/00, 5 Temmuz 2007, § 22.

kaldığı sürede eğitimine devam edip etmediğine dair hükümete tek bir soru bile sorulmamıştır. Davanın bu şekilde tek bir madde altında ele alınıp incelenmesi AİHM'in iş yükünü göz önünde bulundurarak geliştirdiği çalışma metodlarına uygun olarak daha hızlı karar vermesini ve zamandan tasarruf etmesini sağlamıştır. Oysa, çocukların Sözleşme'nin birinci maddesinde belirtilen « herkes » kavramından ayrı olarak değerlendirilmeleri ve sahip oldukları hakların yetişkinlerden farklı olarak yorumlanması gerekmektedir. Böylece, onlara ilişkin kararlarda sadece birçok uluslararası belgeye atıf yapmakla yetinmek yerine, bu kararların atıf yapılan uluslararası belgelerin hazırlanış amacına uygun bir hale getirilmeleri gerekmektedir. Ancak bu şekilde çocuk ceza hukukunun özerkliğine uygun bir içtihat geliştirebilir.

## KAYNAKÇA

- BAYKARA ACAR Yüksel, KIRIMSOY Emrah, KOMAN Esin, KARAGÖZ Dilek « Çocuk adalet sistemi odağında kanunla ihtilaf halindeki çocukların durumu », in *Türkiye’de çocuk adalet sisteminin yönetimi*, IHOP, Ankara, 2012, s. 21-98.
- BENILLOUCHE Mikaël « Les sources internationales de la justice pénale des mineurs », *RDPD*, n°3, Temmuz-Eylül 2013, s. 535-547.
- BERRO-LEFEVRE Isabelle « Les mineurs dans la Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in *Festschrift für Renate Jaeger Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren*, N. P. Engel Verlag, 2011, pp. 615-616.
- BONFILS Philippe « L’autonomie du droit pénal des mineurs entre consécration et affaiblissement », *AJ Pénal*, n°6, Haziran 2012, s. 312-315.
- CİNİÇ-BACHELIER Ayça, « *L’eupéanisation du droit penal des mineurs : l’exemple de la Turquie (Çocuk Ceza Hukukunun Avrupalılaştırılması : Türkiye örneği)* », Doktora tezi, Sorbonne Üniversitesi, 11 Şubat 2015, Paris, s. 33-166.
- FERRERI Pierre « De nouvelles règles européennes pour les mineurs délinquants. Conseil de l’Europe », *Les Cahiers dynamiques*, n°43, 2009/1, s. 35-39.
- IRTIS Verda
- « Comprendre la justice pénale des mineurs en Turquie. Une attitude à la fois punitive et laxiste et l’expression d’une volonté solidaire », in BAILLEAU Francis, CARTUYVELS Yves, FRAENE Dominique (dir.), *La justice pénale des mineurs en Europe et ses évolutions. La criminalisation des mineurs et le jeu des sanctions*, 2009, *Déviance et société*, vol. 33, n°3, s. 399-424.
  - « Korumak, cezalandırmak ve minyatür yetişkinlere dönüştürmek bileşenlerinde Türkiye’de çocuk ve genç ceza adalet sistemi », in *VI. Ulusal sosyoloji kongresi : Toplumsal dönüşümler ve sosyolojik yaklaşımlar*, Adnan Menderes Üniversitesi, Aydın, Eylül 2009, s. 1114-1124.
- KILKELLY Ursula
- The child and the European Convention on human rights*, Ashgate/Dartmouth, 1999.
- LAZERGES Christine « Les principes directeurs du droit pénal des mineurs », in *Enfance dangereuse, enfance en danger ?*, 2007, Erès, Toulouse, s. 163-174.
- MARGUÉNAUD Jean-Pierre, ROETS Damien « Le particularisme éducatif de la justice pénale des mineurs à l’épreuve du droit à un tribunal impartial

(CEDH, 4e section 2 mars 2010, *Adamkiewicz c. Pologne*) » RSC, n° 3, Temmuz/Eylül 2010, s. 687-690.

MARTIN-CHENUT Kathia « L'internationalisation des droits de l'homme et le modèle d'intervention à l'égard de l'enfance en conflit avec la loi », RSC, n°4, Ekim 2012, s. 789-806.

RENUCCI Jean-François « Le juge des enfants et l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : nouvelle donne avec l'arrêt Adamkiewicz », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, n°3, Temmuz-Eylül 2010, s. 701-709.

TULKENS Françoise « La Convention européenne des droits de l'homme et les droits des enfants », in *Justice Internationale pour les enfants*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2009, s. 17-33.

ULUĞTEKİN Sevda « Çocuk adalet sisteminde sosyal inceleme raporlarının yeri ve önemi », in HANCERLİ Süleyman, SEVİNÇ Bilal, GÜRER Cüneyt, ÖNER Muzaffer Cihat (dir.), *Suçta sürüklenen ve mağdur çocuklar*, Sabev, Ankara, 2011, s. 211-230.

YOUF Dominique « Éduquer et punir. L'évolution de la justice pénale des enfants », *RAFMJF, Melampous*, n°10, 2007, s. 157-166.

VAN BUEREN Geraldine

*Les droits des enfants en Europe*, Éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, 227 p.





---

## İnternet sağlayıcılarının üçüncü kişiler tarafından yapılan yorumlar bakımından hukuki sorumluluğu üzerine:

### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN *DELFI* KARARI<sup>1</sup>

---

Av. Tuğçe Duygu KÖKSAL\*

---

#### Özet

Yeni teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında internet üzerinde ifade özgürlüğünün kullanımında ortaya çıkan bazı hukuki meseleler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne bireysel başvuru yoluyla da taşınmış ve bu alanda yeni bir içtihat oluşması gereğine işaret etmiştir. Özellikle de üçüncü kişilerin anonim olarak yaptıkları paylaşımlardan internet sağlayıcıların sorumluluğunun değerlendirilmesi önce bir Büyük Daire kararı olan ve bu makalenin çıkış noktasını teşkil eden *Delfi-Estonya* başvurusunda ele alınmıştır. Daha çok nefret söylemi oluşturan paylaşımlardan sorumluluk üzerinden hareket eden bu başvuruyu takip eden gelişmeler bize, esas olarak paylaşımların içeriğinden, taraflar üzerinde yarattığı caydırıcı etkiden ve internet sağlayıcılar tarafından alınan tedbirlerin niteliğinden hareket edildiğini göstermektedir. Bu çerçevede internet paylaşımlarından sorumluluk konusunda genel olarak henüz standart bir içtihat oluşmadığı, her başvurunun kendi somut şartlarında değerlendirilmesine devam edildiği söylenebilir.

**Anahtar Kelimeler:** İnternet, ifade özgürlüğü, *anonimlik*, sorumluluk, caydırıcı etki, nefret söylemi, kişilik haklarına saldırı

#### *Abstract*

Upon new technological developments, during use of freedom of expression on internet some legal issues started to arise and these have

---

1 Delfi – Estonya [Büyük Daire], Başvuru no. 64569/09, 16 Haziran 2015.

\* Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Eski Raportör Hukukçu (2012-2016)

been brought to the European Court of Human Rights through some individual applications showing the need for a new case-law. Especially, responsibilities of internet providers from anonymous comments of third parties are firstly evaluated in the *Delfi-Estonia* individual application, which is the judgment of the Grand Chamber and constitutes the starting point of this study. The developments following this individual application which is mainly structured on responsibility from the comments bearing hate speech, show us that it is mainly driven by the content of the comment, by the deterrent effect on the parties and by the measures taken by the internet providers. In this context, it can be said that there is no standard case-law in general about liability from third party internet comments and each individual application is continued to be evaluated in its own concrete conditions.

**Keywords:** Internet, freedom of expression, *anonymity*, responsibility, chilling effect, hate speech, defamation

## Giriş

Türkiye'nin tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [AİHS] 10. Maddesinde garanti altına alınan ifade özgürlüğünün en geniş biçimde kullanıldığı ve yapılan paylaşımların hızla yayılarak kalıcılığını uzun süre koruduğu *online* platformlar günümüzün yadsınamaz gerçeğidir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de yeni teknolojik gelişmeleri ve beraberinde dijital ortamda insan haklarının korunması gerekliliğini dikkate alarak en son 7 Mart 2018 tarihli toplantısında aldığı tavsiye kararıyla taraf Devletlere, ulusal makamların bu kapsamdaki yükümlülükleri ile internet araçlarının sorumluluklarını da belirleyen insan hakları ve hukuk devleti temelli bir yasal çerçeve oluşturulmasına çağrıda bulunmuştur<sup>2</sup>. Yargısal alanda ise özellikle ifade özgürlüğüne ilişkin olarak görsel ve yazılı basın açısından ortaya konan bu prensiplerinin, internet ortamında da uygulama yeri bulduğuna ve bu alanda gelişen

2 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 7 Mart 2018 tarihli toplantıda alınan CM/Rec(2018)2 sayılı internet araçlarının sorumluluğu ile ilgili [Recommandation on the roles and responsibilities of internet intermediaries] tavsiye kararı için bkz: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680790e14).

içtihadada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM] önüne gelen bireysel başvurular sayesinde vakıf olmaktadır.

AİHM, bir yandan internetin “halkın habere erişiminin artırılması ve genel olarak bilginin yayılmasının kolaylaştırılması” konusundaki “önemli rolünü” kabul ediyor<sup>3</sup>, bir yandan da yazılı basından farklı olarak internette yayınlanan içeriğin özellikle özel hayatın korunması konusunda daha yüksek bir risk teşkil ettiğini ve ilgili hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanması için, internete ilişkin olarak, teknolojinin kendine özgü koşulları çerçevesinde uyarılma yapılması gerektiğini vurguluyor<sup>4</sup>.

Peki, ifade özgürlüğünün kullanılmasında güçlü aktörler olarak karşımıza çıkan internet sağlayıcıların, üçüncü kişilerin paylaşımlarından belirli şartlarda sorumlu tutulabileceğine dair genel bir politika öngörülmesi mümkün müdür? Daha ileri gidersek, bu yönde bir politikanın, belli kategorilerdeki ifadelerle ilişkin farklı seviyelerde sorumluluk tipleri yaratarak, internet sağlayıcılara bir takım ödev ve sorumluluklar yükleyebileceği düşünülebilir mi?

İnternet üzerinde üçüncü kişilerin yorumlarından sorumlulukla ilgili AİHM önünde görülen ilk dava olma özelliği taşıyan, Estonya'ya karşı *Delfi A.S.* başvurusu, bu türden sorulara yanıt arayanlar için önemli bir beklenti oluşturmuştu. Aslında, üçüncü kişilerin yorumları özelinde internette anonim olma hakkının da bu bağlamda özel olarak dikkat çeken bir konu halini aldığı görülmektedir. Bu kapsamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 2003 yılında kabul edilen *İnternet üzerinde iletişim özgürlüğü üzerine bildiri* ifade özgürlüğünün özgürce kullanımı ve *online* izlemeye karşı koruma sağlanması amacıyla anonim olma hakkını kural olarak ortaya koymaktadır<sup>5</sup>. Yine Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Raportörü'nün 2015 tarihli raporunda da dijital çağda

3 Ahmet Yıldırım – Türkiye, Başvuru no. 3111/10, § 48, 18 Aralık 2012; Times Newspapers Ltd – Birleşik Krallık, Başvuru no. 3002/03 ve 23676/03, §27, 10 Mart 2009.

4 Editorial Board of Pravoye Delove Shtekel – Ukrayna, Başvuru no. 33014/05, § 63, 5 Mayıs 2011.

5 Bakanlar Komitesi tarafından 28 Mayıs 2003 tarihli 840. Toplantıda kabul edilen İnternet üzerinde iletişim özgürlüğü üzerine bildiri [Declaration on freedom of communication on the Internet] için bkz: [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5); *Ayrca* Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 13 Nisan 2016 tarihli CM/Rec (2016)5 İnternet Özgürlüğü üzerine tavsiye kararı dahil olmak üzere bu alanda verilmiş tüm Tavsiye kararlarına ulaşmak için bkz: <https://rm.coe.int/1680645b44>.

*anonimliğin* internet kullanıcılarının ifade özgürlüğünü kullanmalarını sağladığı ve bu nedenle güçlü bir koruma hak ettiği sonucuna varılmış ve raporda aşağıda detaylı olarak değinilen *Delfi* kararına da atıfla, internet sağlayıcılarının anonim internet paylaşımlarından sorumlu tutulmasına ilişkin uygulamalara da değinilmiştir<sup>6</sup>.

İnternet üzerinde ifade özgürlüğü alanında geliştirilen ve geliştirilmeye devam edilen bu ilkeler ışığında bakıldığında, internet üzerinde üçüncü kişiler tarafından paylaşılan yorumlarla ilgili internet araçlarının sorumluluğuna ilişkin 10 Ekim 2013 tarihinde Daire tarafından karara bağlanan *Delfi – Estonya* başvurusunda, *Delfi A.S.* isimli haber portalına uygulanan manevi tazminat yaptırımının oy birliği ile orantılı bulunması, ifade özgürlüğünün korunması anlamında atılmış bir geri adım olarak değerlendirilmiş ve bu alanda faaliyet gösteren aktörlerin de ortak bir mektup göndererek desteklemesi ile, dava Büyük Daire önüne taşınmıştır<sup>7</sup>.

Bu çalışmada, ilk olarak, Büyük Daire önünde görülen *Delfi* davasının somut olaylarına değinilecek [I], daha sonrasında AİHM Büyük Dairesi'nin bu başvuruyu nasıl değerlendirdiği ve nasıl bir sonuca vardığı tahlil edilecektir [II].

## I. Olaylar

24 Ocak 2006 tarihinde Estonya'nın en büyük haber portalı *Delfi A.S.*'de bir Feribot Taşımacılık Şirketi hakkında “*SLK Planlanan Buz Yolunu Yok Etti*” başlığı altında, okuyucu yorumlarına açık şekilde bir yazı yayınlamıştır. *Delfi A.S.* haber portalında yayınlanan bu yazı, 24 ve 25 Ocak 2006 tarihlerinde 185 adet yorum almıştır. Bu yorumlardan yaklaşık yirmi tanesi SLK şirketi ve onun hâkim ortağına yönelik tehditler ve onur kırıcı bir dil içermektedir.

SLK şirketi ve hakim ortağı, kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle, yorumların yayınlama tarihinden yaklaşık 6 hafta sonra, *Delfi A.S.*'den

6 Birleşmiş Milletler İfade Özgürlüğü Özel Raportörü David Kaye'in 22 Mayıs 2015 tarihli Raporu, A/HRC/29/32, § 54 vd. Detaylı bilgi için bkz: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/85/PDF/G1509585.pdf?OpenElement>.

7 Ortak mektup metni için: <https://www.indexoncensorship.org/2014/01/index-supports-referral-request-delfi-v-estonia>.

onur kırıcı yorumları kaldırması talebinde bulunmuştur. Talebin yapıldığı gün, bu yorumlar *Delfi A.S.* tarafından kaldırılmıştır.

Ancak şirket ve hakim ortağı, kişilik haklarını ihlal ettiği iddia edilen anonim yorumların yayımlanmış olması nedeniyle, *Delfi A.S.* aleyhinde ayrıca bir tazminat davası açmışlardır. İlk derece mahkemesi, tazminat talebini, 2000/31/AT sayılı Elektronik Ticaret Direktifi'ne<sup>8</sup> dayalı Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu uyarınca, “*üçüncü kişilerin yorumlarından dolayı Delfi A.S.'nin sorumlu tutulamayacağı*” gerekçesiyle reddetmiştir.

İstinaf Mahkemesi ise, *Delfi A.S.'nin sorumluluğunun kalkmış olduğuna hükmetmede bata olduğu* gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Bozma kararı sonrası dosyanın geri gönderildiği ilk derece mahkemesi, *Delfi A.S. haber portalında yayımlanan yazıya yapılan çok sayıda yorumun şekil bakımından kaba, aşağılayıcı, hakaret içerikli ve tebditkâr olduğunu ve hâkim ortağın onurunu ve itibarını zedelediğini* kaydetmiştir. İlk derece mahkemesi, *yorumların bakli eleştiri sınırlarını aşmış ve adi hakaret derecesine varmış olduğunu kabulle, hakim ortağın kişilik haklarının ihlal edildiği* sonucuna varmıştır. Mahkemece *Delfi A.S.'nin 320 Euro tazminat ödemesine hükmedilmiştir.*

İstinaf mahkemesi bu kararı onamıştır. Onama kararının gerekçesinde, *Delfi A.S.'nin, “haber portalına eklenen yorumlar üzerinde ön denetim gerçekleştirmeye mecbur olmadığı”* vurgulanmış; ancak, “*yorumlar üzerinde ön denetim gerçekleştirmemeyi tercih ettiği için, hukuksal aykırı yorumların portaldan hızla kaldırılmasını sağlayacak etkili başka bir sistem oluşturması gerektiği*” kaydedilmiştir. Somut olayda, “*Delfi A.S. tarafından alınan tedbirlerin yetersiz olduğuna ve yorumları denetleme külfetinin olası mağdurlar üzerine yüklenmesinin iyi niyet ilkesine aykırı olduğuna*” kanaat getirilmiştir. İstinaf mahkemesi ayrıca, davalı şirketin faaliyetlerinin “*yalnızca teknik, otomatik ve pasif nitelikte olmadığını ve içerik sağlayıcı olarak yayımlanan yorumlara ilişkin sorumluluktan muaf tutulamayacağını*” belirtmiştir.

*Delfi A.S.*, iç hukuk yollarının tüketilmesinin ardından, AİHM'ne baş-

8 Elektronik Ticaret Başta Olmak Üzere İç Pazar'da Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Belirli Yönleri Hakkında 8 Haziran 2000 tarihli ve 2000/31/AT sayılı, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Direktifi.

vurarak, internet portalındaki kullanıcı yorumlarından dolayı hukuken sorumlu tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddia etmiştir.

## II. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

AIHM, başvuruyu değerlendirirken, ifade özgürlüğü davalarında uyguladığı yerleşik “üç aşamalı test” yöntemini kullanmıştır. Bu çerçevede, öncelikle *Delfi A.S.*'nin tazminata mahkûm edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne müdahale olduğu konusunda taraflar arasında ihtilaf olmadığını vurgulamıştır. Sonrasında ise, ifade özgürlüğünün sınırlanabilmesi için gerekli olan, bu müdahalenin yasal dayanağı olması şartı ile meşru amaca dayanıp dayanmadığı ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı aşamalarını ayrı ayrı değerlendirmiştir.

### 1. Tazminata mahkûmiyet öngörülebilir yasal bir müdahale miydi?

*Delfi AS*'nin tazminata mahkûm edilmesinin öngörülebilir yasal bir dayanağının olup olmadığı incelemesinde önemli rol oynayan mesele, *başvurucunun*, Avrupa Birliği 2000/31/AT sayılı Direktifinin 15. Maddesi uyarınca kendisine sorumluluk yüklenemeyeceğine dair savunmasının yerel mahkemelerce reddedilmesi ve *Delfi A.S.*'nin profesyonel yayıncı olarak değerlendirilerek içerik sağlayıcı konumu sebebiyle hukuki sorumluluktan muaf tutulamayacağı kabul edilmesidir.

Bahse konu 2000/31/AT sayılı Direktifin 15. maddesi, “*üye Devletlerin internette hizmet sağlayıcılara, ilettikleri veya sakladıkları bilgileri izlemelerini veya yasadışı faaliyette bulunulduğunu gösteren olay ya da koşulları etkin bir biçimde araştırmalarını gerektiren genel bir yükümlülük dayatamayacağını*” öngörmektedir ve bu Direktif davalı Estonya'da Bilgi Toplumu Hizmetleri Kanunu ile iç hukuka entegre edilmiştir. Dolayısı ile tazminat sorumluluğunu belirleyen hükümler ile bu kanunda öngörülen muafiyet hali dikkate alındığında, *Delfi A.S.*'nin bir internet sağlayıcı olarak, üçüncü kişilere ait yorumlardan sorumlu tutulmasının ne ölçüde öngörülebilir olduğu, mevcut AIHM içtihadı çerçevesinde tartışılması gereken ciddi bir hukuki mesele olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>9</sup>.

9 Bilen ve Çoruk – Türkiye, Başvuru no. 14895/05 , 8 Mart 2016 [*lex specialis* teşkil eden bir ka-

AİHM, somut olayın şartlarından ve yerel mahkemelerin gerekçelendirmesinden hareketle, internet üzerinde ekonomik menfaatlerle popüler bir haber portalı işleten *Delfi A.S.*'nin, aktif içerik sağlama görevine sahip profesyonel bir yayıncı olarak, mevzuatı ve içtihadı daha iyi bilmesi gerektiğini kaydetmiş ve bu yayıncılık faaliyeti ile ilgili riskleri değerlendirebilecek ve hukuki sonuçlarını makul bir dereceye kadar öngörebilecek konumda olduğunu değerlendirmiştir<sup>10</sup>. Dolayısı ile AİHM'nin, somut olayda, *Delfi A.S.*'nin açıkça hukuka aykırı olan yorumların haber portalına yüklenmesinden ulusal mevzuat uyarınca sorumlu tutulabileceğinin öngörülebilir olduğu konusunda tatmin olduğu söylenebilir<sup>11</sup>.

Ancak *Delfi A.S.*'nin görevinin teknik mi yoksa yorumlar üzerinde aktif bir içerik sağlayıcılık niteliğinde mi olduğuna ilişkin bu kilit meselelerin, müdahalenin gerekliliği konusunda ulaşılan sonuçla bağlantılı bir husus olduğu göz önüne alındığında, AİHM'nin müdahalenin yasallığı ile ilgili bu aşamada bir karar vermeye gerek olmadığı yönünde bir yaklaşım benimsemesi de düşünülebilirdi<sup>12</sup>. Dolayısıyla, kanunun yorumlanması ve uygulanması konusunun prensip olarak ulusal makamlara ait olduğu konusundaki yerleşik içtihadından yola çıkarak, bu tip bir davada yerel mevzuatın öngörülebilirliği ile ilgili bir sonuca varılmasının doktrinde eleştirilmesi makul kabul edilebilir<sup>13</sup>.

---

nunun ya da uygulamanın varlığı durumunda, başvuru açısından savunma olarak ileri sürülmesine rağmen, göz önünde bulundurulmaması ve mevzuatın öngörülebilir olmadığı hakkında; Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel, a.g.k., § 66 [gazetecilerin internet üzerinden edindikleri bilgiyi yeniden yayınlamaları ile ilgili mevzuatın öngörülebilir olmadığı hakkında; Ahmet Yıldırım – Türkiye , yukarıda anılan [internete erişimin engellenmesi tedbirine ilişkin mevzuatın öngörülebilir olmadığı hakkında].

10 Delfi, a.g.k., § 129.

11 Aksi yönde, Delfi, a.g.k, Hakimler Sajò ve Tsotsoria'nın ortak muhalif görüşü, § 21: "(...) *Halbuki, materyalin basılı medya ve internetten üretilmesini düzenleyen politikalar değişiklik gösterebilir. Şüphesiz, ilgili bak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin sağlanması için materyalin internetten üretilmesi hususunda teknolojinin kendine özgü koşulları çerçevesinde uyarılama yapılmalıdır*" (bkz. Editorial Board of Pravoye Delo ve Shtekel, yukarıda anılan, § 63). Söz konusu ilkenin bu noktası, başvuran şirketin internet sitesinde yer alan ve kullanıcı tarafından oluşturulan içerikle ilgili olarak mevcut davada ulusal hukukun uygulamasının başvuran şirket açısından makul ölçüde öngörülebilir olup olmadığının incelenmesinde önemli bir ölçüt sağlamaktadır."

12 Pek çok karar arasında bkz: Gözel ve Özer – Türkiye, Başvuru no. 43453/04 ve 31098/05, 6 Temmuz 2010.

13 MONTERO Étienne – VAN ENIS Quentin, *Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg?* (Obs. Sous Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Delfi AS c.



## 2. Meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik meselesi

*Delfi A.S.*'nin üçüncü kişilerce yayınlanan anonim yorumlardan sorumlu olup olmadığının belirlenmesine ilişkin değerlendirmenin bir sonraki aşamasında, AİHM müdahalenin başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacını taşıdığını tespit etmiş ve üçüncü aşamada, ulusal mahkemelerin kararının davanın kendine özgü koşulları altında ilgili ve yeterli gerekçelere dayalı olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede, ihtilaf konusu yorumların niteliği, kişilik haklarına saldırı teşkil eden yorumların önlenmesi ya da kaldırılması amacıyla *Delfi A.S.* tarafından başvuru edilen tedbirler, gerçek yorum sahiplerinin sorumluluğu ve uygulanan yaptırımın etkisi belirleyici olmuştur. Kararda kullanılan bu kriterler bu tip davalarda yol gösterici olması açısından tek tek ele alınmaktadır.

### a) Yorumların niteliği: Nefret söylemi konsepti

Somut olayda, ulusal mahkemeler tarafından verilen kararların gerekçesi incelendiğinde, dava konusu yirmi yorumun ilgililerin kişilik haklarını ağır olarak zedeleyici, açık şekilde hukuka aykırı olduğuna karar verildiği gözlemlenmektedir<sup>14</sup>. AİHM ise, yorumların içeriğine ilişkin değerlendirme yaparken, bu yorumların, küçük düşürücü olduğu konusunda hiçbir tartışma olmadığını; yerel mahkemelerin değerlendirmesinin ötesine giderek, büyük çoğunluğunun “ilk bakışta anlaşılabilir bir şekilde” nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğini haiz olduğunu ve bu itibarla 10. madde korumasından yararlanamayacağını belirtmiştir<sup>15</sup>. Ancak nefret söylemi konusundaki içtihadına atıf yapmasına rağmen, AİHM'nin yorumların niteliği ile ilgili sonuca hangi kriterleri uygulayarak vardığını karar metninde net bir şekilde ortaya koymadığı söylenebilir. Özellikle de bir internet portalının sorumluluğunun belirlendiği ilke prensipleri ortaya koyması beklenen bir davada, saldırgan ifade ile nefret söyleminin ayırt edilmesi noktasında bir gri alan oluşturulduğu görülmektedir.<sup>16</sup> Bunun muhtemel bir sonucu olarak,

Estonie, 16 juin 2015), Revue trimestrielle des droits de l'homme [RTDH], n° 108 (1 Ekim 2016), s. [953]-981, s. 957.

14 Delfi, a.g.k., §§ 27 ve 31.

15 Delfi, a.g.k., § 140.

16 AİHM yerleşik içtihadında nefret söylemi “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi” olarak değerlendirilmektedir bkz: Gündüz – Tür-

içerik kaldırma talebinin konusunu oluşturan yorumların niteliğinin, özellikle de nefret söylemi olup olmadığının, bir yargı organının değerlendirmesi olmaksızın, internet sağlayıcılar tarafından hangi kriterler esas alınarak ne şekilde belirleneceği meselesi belirsiz kalmaktadır<sup>17</sup>.

### **b) Anonim yorum sahiplerinin tespiti ve sorumluluğu meselesi**

AİHM, somut olayda, yorumların gerçek yazarlarının sorumluluklarının, internet haber portalının sorumluluklarına alternatif teşkil edip etmediğini de ayrıca değerlendirmiştir.

Bu çerçevede, öncelikle internet üzerinde anonim olarak ifade özgürlüğünün kullanılmasının ve internet kullanıcılarının kimliklerinin ifşa edilmemesindeki çıkarların önemsendiği vurgulanmıştır<sup>18</sup>. Bu itibarla *anonimlik*, özellikle de internette, düşüncelerin ve bilgilerin serbest akışının önemli bir ölçüde artmasını sağlayacak niteliktedir<sup>19</sup>.

Anonim yorumda üçüncü kişilerin sorumluluğunu tespit ile ilgili olarak, *Delfi* kararından sonra AİHM tarafından karara bağlanan ve devletin kişilik haklarının korunmasına ilişkin pozitif yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine ilişkin olan bir kabul edilebilirlik kararına baktığımızda<sup>20</sup>, kullanıcı kaydı yapılmaksızın yorumlara müsaade edildiği durumlarda, ifadelerin kişilik haklarının ihlal edildiği ispat edilebildiği ölçüde internet sağlayıcıya karşı hukuk davası açma ve içerik kaldırılması gibi hukuk yollarının mevzuatta öngörülmüş olması halinde, gerçek yorum sahiplerinin kimlik tespitinin yapılamamasının AİHS'nin 8. maddesi anlamında bir problem oluşturmayabileceğini tespit etmiş olduğunu görüyoruz.

Bununla birlikte, AİHM içtihadında, özellikle nefret söylemi, şiddete teşvik ya da çocuğun cinsel istismarı gibi belli bir ağırlık taşıyan du-

kiye, Başvuru no. 35071/97, § 40, 4 Aralık 2003; genel değerlendirme için bkz: Perinçek – İsviçre [BD], 27510/08, §§ 206-207, 15 Ekim 2015.

17 Aynı yönde, *Delfi*, a.g.k., Hakimler Sajò ve Tsotsoria'nın muhalif görüşü, § 12; aynı yönde, <https://inform.wordpress.com/2015/10/06/case-law-strasbourg-delfi-as-v-estonia-strasbourg-undermines-freedom-of-expression-gabrielle-guillemin>.

18 *Delfi*, a.g.k., § 147.

19 MONTERO, a.g.e., s. 970; aynı yönde uluslararası prensipler için bkz: yukarıda dipnot 5 ve 6.

20 Kucharczyk – Polonya [Kabul edilebilirlik kararı], Başvuru no. 72966/13, § 40, 24 Kasım 2015.

rumlarda failerin tespit edilmesi ve soruşturulup kovuşturulmasında, Devlet'e önemli pozitif yükümlülüklerin yüklendiğinin vurgulandığının altını çizmek gerekir<sup>21</sup>.

Dolayısıyla, bilgiyi yaymanın kolaylığı, kapsamı, sürati ve sürekliliği göz önüne alındığında, internetin, yazılı ve görsel medyaya nazaran hukuka aykırı söylemlerin etkisini önemli ölçüde ağırlaştırdığını ve failerin tespitinde *anonimliğin* bazı özellikli durumlarda birtakım zorlukları beraberinde getirdiğini de göz ardı etmemek gerekir<sup>22</sup>. Bu hususa paralel olarak, *Delfi* kararında da, kimlik tespitinin sağlanabilmesi açısından internet sağlayıcıların farklı *anonimlik* derecelerine ilişkin yöntemleri kullanabileceğinin belirtilmiş olduğunu görmekteyiz<sup>23</sup>.

Somut olayda AİHM, nefret söylemi olarak değerlendirdiği anonim yorumların, gerçek yazarlarının kimliğinin tespiti konusunda internet sağlayıcının kullandığı yöntemlerin etiksiz kalması ve bu durumun mağdurların asıl failere karşı etkili şekilde dava açmasını mümkün kılmamasına ilişkin yerel mahkemelerin gerekçelendirmesini yeterli ve uygun bulmuştur<sup>24</sup>.

Ancak, her ne kadar kimlik tespiti açısından kullanılan yöntemlerin etkisiz olduğu sonucuna varılmış olsa da, somut olayda, *başvurucunun* bildirim üzerine bahse konu yorumları derhal kaldırmış olmasına rağmen, içerik sağlayıcıya bu tedbirin ötesinde daha ağır bir yükümlülük getirmenin, ifade özgürlüğüne ilişkin yerleşik AİHM içtihadı kapsamın-

21 K.U.- Finlandiya, Başvuru no. 2872/02, § 49, 2 Aralık 2008 [Çocuğun cinsel içerikli görüntülerini kullanarak sahte profil açarak reklam veren ve kimliği tespit edilemeyen fail hakkında, başvuranın servis sağlayıcısından tazminat almasının mümkün olduğu yönündeki Hükümet argümanı, davanın koşulları kapsamında bunun yeterli olmadığını kaydeden Mahkeme tarafından reddedilmiştir.]

22 Yargılamada failerin trafik bilgilerinin tespitine ilişkin zorluklarla ilgili, bkz., Yargıtay 12. CD., 2014/18327 E., 9 Şubat 2015.

23 Delfi, a.g.k., § 148: "(...) Bir internet kullanıcısı kamunun büyük çoğunluğuna anonim olabilirken, aynı zamanda ya doğrulanmamış ya da onaya tabi tutulabilen –sınırlı doğrulamadan (örneğin, bir hesabın e-mail adresi ya da sosyal ağ hesabı üzerinden aktif hale getirilmesi) kişinin çok daba güvenli kimliğe sahip olmasına olanak sağlayan ulusal elektronik kimlik kartları ya da online bankacılık kimlik denetimi kullanımı aracılığıyla güvenli yetkilendirmeye kadar uzanabilir- bir hesap ya da iletişim verisi aracılığıyla bir servis sağlayıcı tarafından kimliği belirlenebilir. İnternet erişim sağlayıcılarının elinde bulunan bilgiler aracılığıyla –sınırlı ölçüde- izlenebilir konumda olurlar (...)"

24 Delfi, a.g.k., § 151.

da ne derece doğru olacağı tartışmaya açık bir konudur. *Delfi* kararında bu husus Büyük Daire tarafından açıklığa kavuşturulmamıştır.

### c) *Delfi* haber portalı tarafından kullanılan önleyici tedbirler

AİHM, *Delfi A.S.*'nin sorumluluğunu tespit, ulusal mahkemelerin de gerekçesinde kullandığı bir ölçütten hareket etmiş ve *Delfi A.S.*'nin ticari bir temelde faaliyet gösteren ve profesyonelce yönetilen bir internet haber portalı olduğunu yinelemiştir. Dolayısıyla, AİHM'ne göre, yorumları yazanın *Delfi A.S.*'nin kendisi olmaması bunlar üzerinde kontrolü olmadığı anlamına gelmemektedir. *Delfi A.S.*'nin rolünün pasif ve sadece teknik hizmet sağlayıcılığını aştığının yeterli bir şekilde tespit edildiği kabul edilmiştir. Peki *Delfi A.S.*'den hukuka aykırı yorumların yapılmasını önleme ve ortadan kaldırmada üzerine düşen *hangi* görevleri *ne ölçüde* yerine getirmesi beklenebilirdi?

Gerçekte, *Delfi A.S.*'nin ilgili haber portalında yorumların yayınlanmasına ilişkin aslında birtakım tedbirleri aldığı karardan anlaşılmalıdır. Bu tedbirler şu şekilde sıralanabilir:

- “Yorum kurallarına” yer verilmiştir. Bu kurallara göre, asılsız ve/veya konu dışı, iyi uygulamaya aykırı, tehdit, hakaret, müstehcen ifadeler ya da kabalık içeren yorumların yayınlanması yasaklanmıştır;
- “Kelime bazlı filtreleme” sistemine yer verilmiştir. Bu yöntemle belirli küfürlü kelimelerin kökenlerine dayalı olarak çalışan yorumlar otomatik olarak silinmektedir;
- “Uyar-kaldır sistemi” bulunmaktadır. Buna göre, uygunsuz bir yorumun farkına varan herhangi bir kişi, uyarı için tasarlanan bir butona tıklayarak, ilgili yorumu portal yöneticilerinin dikkatine sunabilecektir.

AİHM ise, bu tedbirlerin varlığına rağmen vardığı sonuçta, kural olarak, *Delfi A.S.*'ye, nefret söylemi içeren ve şiddete teşvik eden ve bu nedenle açıkça hukuka aykırı olan yorumların yayınlanıy yayınlanmaz hemen kaldırılmasına yönelik bir yükümlülük getirmenin şirketin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmeyeceğini değerlendirmiştir. Mahkeme, somut olaya benzer olaylarda, büyük bir haber portalının, nefret söylemi ve şiddete teşvik eden söylemlerin yayılmasını

sınırlandırmaya yönelik etkili tedbirler alma yükümlülüğünün, hiçbir şekilde “özel medya kuruluşlarına uygulanan sansür” ile aynı kefeye konulamayacağını da değerlendirmiştir. İnternet haber portallarının, başkalarının AİHS ile garanti altına alınan diğer haklarının devreye girdiği açıkça hukuka aykırı olan yorumları derhal kaldırmaya yönelik tedbirler almamaları durumunda, Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde, internet haber portallarına sorumluluk getirme hakkını verebileceğini kabul etmektedir<sup>25</sup>.

Karar bir bütün olarak okunduğunda, AİHM'nin bu sonuca varmasının temelinde yatan sebebin, aslında nefret söylemi olarak değerlendirilen yorumların yayınlanır yayınlanmaz kaldırılmamış, altı hafta süreyle yayında kalmış olması olduğu çıkartılabilir.

Ancak bu şekilde bir bakış açısıyla, bir internet sağlayıcıdan, ilgisinin uyarısı olmamasına rağmen, kendi inisiyatifi ile içerik kaldırma yoluna başvurmasının beklenmesi başka hukuki soruların sorulmasına neden olacaktır. Sonuçta “açıkça hukuka aykırılık değerlendirmesinin” kim tarafından yapılacağı ve bu yönde ilgilinin talebi ve yargı makamlarının kararı olmadan yapılacak bir değerlendirmenin açıkça bir sansür niteliği taşıyıp taşımayacağını gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

Dolayısıyla, somut olaya benzer koşullarda, ilgilinin talebi olmadan, internet araçları tarafından, kişisel değerlendirme ile takdir yetkisi kullanılarak içeriğin kaldırılması, müdahalenin yasallığı ve son tahlilde kişilik haklarının korunması ile ifade özgürlüğü arasında asgari bir adil denge analizi yapılması gereği ile bağdaşmayabilir. Bu dengede ele alınacak kriterlerin, ifade özgürlüğü üzerinde sansür tehlikesinin önüne geçilmesi açısından, çok ciddi şekilde değerlendirilmesi ve tartılması gerekir.

Diğer bir açıdan bakıldığında, internet araçları eliyle böyle bir ön denetime gitmek, politik baskılar sonucunda keyfi müdahalelere de yol açabilir. Özellikle günümüzde AİHM önüne getirilen çeşitli başvurularda muhaliflerin susturulmasına yönelik baskıcı ambiyansa ilişkin iddiaların arttığı da göz önüne alındığında, ön denetim gerçekleştirilmeyen internet sağlayıcıların sorumlu tutulabilmesinin siyasi otoriteler tarafından fırsat olarak değerlendirilebilmesi mümkündür<sup>26</sup>.

25 Delfi, a.g.k., § 153.

26 Delfi, a.g.k., Hakimler Sajò ve Tsotsoria'nın ortak muhalif görüşü, § 2.

Bu çerçevede AİHM Büyük Dairesi tarafından böyle bir davada değerlendirme yapılırken, sansür niteliğindeki tedbirlerin alınmasının özel kuruluşlardan beklenmesi ve uyar-kaldır sisteminin içeriğın hukuka aykırı olup olmadığı konusunda yargısal bir tespit olmadan karar verebilmesinin sakıncaları ve internet portallarının üçüncü kişilerin yorumlarından sorumlu tutulamayacağı konusundaki uluslararası standartların da göz önünde tutulması ve değerlendirmede yer verilmesi beklenebilirdi<sup>27</sup>.

Öte yandan, her ihtimalde, bir internet sağlayıcının başvurduğu hangi yöntemlerle sorumluluktan kurtulmasının mümkün olacağı da karardan açıkça çıkartılamamaktadır. Üzerinde durulan *uyar-kaldır sistemi* dışında, yine somut olayda başvurucunun kullandığı yöntemlerden biri olan *kelime bazlı filtreleme sisteminin* de etkililiğinin tartışmalı olduğu söylenebilir. Zira bu filtreleme yönteminin de özellikle nefret söylemi teşkil eden ifadelerin tespitinde belirli ve öngörülebilir kriterler getiremediği dikkate alındığında, ima yolu ile ya da dilin esnekliği kullanılarak yapılan yorumların filtreden geçerek yayınlanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda, elinden gelen tüm tedbiri almasına rağmen, filtreleme sistemini getirmiş olan içerik sağlayıcının, filtreden geçen yorumun yayınlanmasından ne derece sorumlu tutulabileceği de belirsizdir. Hatta, aynı belirsizlik, yorumu derhal kaldırmasına rağmen, anonim kullanıcı tarafından yeniden yayınlanmasının mümkün olması durumu için de geçerlidir<sup>28</sup>. Ancak şu da bir gerçektir ki, gelişen teknoloji karşısında içerik sağlayıcının hukuki sorumluluktan kurtulabilmek için hangi tedbirleri almasının makul olacağı konusuna kesin sınırları olan bir çerçeve çizilmesi de zordur.

AİHM de zaten *Delfi* kararında, başvurucunun haber portalında paylaşılan yazıya kullanıcıların reaksiyon gösterebileceğini ve bu yorumlara karşı daha hassas bir yaklaşım içinde olmalarının beklendiğini vurgulamasına rağmen, bu tedbirleri ne şekilde almaları halinde bu sorumluluktan kurtulacaklarını açıklamamakta, sadece başvuru ted-

27 BRUNNER Lisl, "The liability of an online intermediary for third party content: the watchdog becomes the monitor: intermediary liability after *Delfi v. Estonia*", Human rights law review, vol. 16, no 1, 2016, s. 163-174, s. 170.

28 Bu konuda derdest bir başvuru için bkz: 24 Eylül 2012 tarihinde Hükümete bildirilen 31955/11 numaralı derdest Jezior – Polonya başvurusu.

birlerin etkili olmadığı tespiti ile yetinmektedir<sup>29</sup>. Bu değerlendirmenin, ayrıık gerekçe kaleme alan hakimler tarafından da internet sağlayıcılar açısından hangi hallerde sorumluluk öngörölebileceğine ilişkin kriterler netleştirilmeden sonuca varıldığı kanaatinde oldukları gerekçesiyle eleştirildiği görölmektedir<sup>30</sup>.

#### **d) Yaptırımın caydırıcığđ meselesi**

Son tahlilde *Delfi A.S.*'nin, anonim yorumlardan hukuken sorumlu kabul edilerek 320 Euro manevi tazminat ödemesine karar verilmesinin orantılı bir müdahale olup olmadığına da AİHM tarafından değerlendirildiğini görüyoruz.

Prensip olarak, kişilik hakları ihlali davalarına ilişkin AİHM içtihadında, hukuk yolunun etkili olduğu ve ceza yoluna başvurmaktan kaçınılmasının salık verildiği görölmektedir<sup>31</sup>. Ancak, nefret söylemi, şiddete teşvik ve şiddetin yüceltilmesi gibi istisnai özel durumlarda, ceza yolunun etkili olduğu kabul edilmektedir<sup>32</sup>.

AİHM, somut olayda söz konusu ifadelerin nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğinde olduğunu saptamasına rağmen, ölçölülük incelemesi sırasında, bu hususu değerlendirmeye almamış, verilen tazminatı tipik bir kişilik hakkı ihlali davasında başvurduğu incelemeye tabi tutarak, somut olayın özel koşullarına atıf yapmamıştır. AİHM gerekçelendirmesinde, Estonya'da internet portallarının sorumluluğuna gidildiğinde manevi tazminat taleplerinin kabul edildiği yönünde bir uygulama olduğuna değinmiş, ancak bu uygulamanın ifadenin niteliğine ilişkin bir fark arz edip etmediğini ayrıca irdelememiştir.

Halbuki, *Delfi A.S.* tarafından *uyar-kaldır sistemi* işletilerek hukuka aykırılığın ortadan kaldırılmasının orantılılık incelemesinde bir unsur

29 COX Neville, "Delfi AS v Estonia: *The Liability of Secondary Internet Publisbers for Violation of Reputational Rights under the European Convention on Human Rights*", *The Modern Law Review*, s. 619-629, 2014, s. 624; SUSİ Mart, "Delfi AS v Estonia", *American Journal of International Law*, Volume 108, No 1, Ocak 2014, s. 295-302, s. 299.

30 Delfi, a.g.k., Raimondi, Karakaş, De Gaetano ve Kjøllbro tarafından yazılan ayrıık gerekçe, §§13-15.

31 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 2007 tarihli ve 1577 (2007) sayılı Kararı için <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>; ulusal yargı uygulaması için bkz. Anayasa Mahkemesi Fethullah Gülen kararı, Başvuru no. 2014/12225, 14 Temmuz 2015.

32 Cumpana ve Mazare – Romanya [BD], Başvuru no: 33348/96, § 118, 17 Aralık 2004.

olarak devreye girmesi ve ilgisinin talebi üzerine portaldan kaldırılmasına rağmen, anonim yorumun paylaşılmış olmasından dolayı manevi tazminata hükmedilmesinin, internet sağlayıcılar üzerinde caydırıcı etki oluşturabileceğinin kararda ayrıca tartışılması beklenebilirdi. AİHM, bu son aşamada, yaptırımın *Delfi A.S.*'ye ait haber portalının işleyişi üzerinde olumsuz bir etki yaratmadığını belirlemekle yetinmiş ve bu nedenle de müdahalenin orantısız olduğu sonucuna varılamayacağını belirtmiştir. Ancak, *Delfi*'nin halen Estonya'nın en büyük ve popüler haber sitesi olması, talep üzerine derhal kaldırılan yorumlardan hukuken sorumlu tutulma tehlikesinin online bilgi akışının üzerinde oluşturacağı caydırıcı etkiyi ortadan kaldırmayacaktır<sup>33</sup>. Kaldı ki, kararda, zarar gördüğünü iddia eden şirket ve yetkilisi üzerinde bu yorumların ne derece olumsuz etkide bulunduğu dair ayrıca bir değerlendirme yapılmamış olması da yerleşik içtihat ışığında, orantılılık incelemesinin eksik kalan bir noktası olarak değerlendirilebilir<sup>34</sup>.

Bu çerçevede özellikle gözleme dayalı bir caydırıcı etki delilinin arandığı *Delfi* başvurusundan sonra karara bağlanan *Magyar Tartalom-szolgáltatók Egyesülete ve Index.hu Zrt- Macaristan [MTE]* davasında caydırıcı etkinin değerlendirilmesinde aranan delil standardı açısından ciddi bir farklılık olduğu söylenebilir<sup>35</sup>.

### **Sonuç yerine *Delfi* kararı sonrası yaşanan gelişmeler üzerine...**

AİHM'nin *Delfi*. kararında internet sağlayıcıların hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde birden fazla ana unsurun bir araya getirildiği görülmektedir. Bunlar AİHM tarafından başkaca bir değerlendirmeye ihtiyaç duymaksızın nefret söylemi olarak nitelendirilen yorumların niteliği, yorumların haber portalının ticari faaliyeti çerçevesinde yapılmış

33 Aynı yönde, *Article 19* tarafından yayınlanan 14 Ekim 2013 tarihli Bildiri "*European Court strikes serious blow to free speech online*", <https://www.article19.org/resources.php/resource/37287/en/european-court->; *Article 19* tarafından *Delfi* davası kapsamında AİHM Büyük Dairesi'ne sunulan 30 Mayıs 2014 tarihli görüşler, <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/37592/Delfi-intervention-A19-30052014-FINAL.pdf>.

34 MONTERO, a.g.e., s. 979; Kişi üzerindeki zararın etkisi kriterine başvurulması açısından bkz: Erdener – Türkiye, Başvuru no. 23497/05, § 36, 2 Şubat 2016.

35 FATHAIGH O Ronan, *The Chilling effect of liability for online reader comments*, *European Human Rights Review*, 2017, 4, s. 387-394.



olması, yorum sahiplerinin tespiti ve gecikme olmadan hukuka aykırı yorumların kaldırılmasında kullanılan metotların yetersizliği ve yaptırımın çok düşük olmasıdır<sup>36</sup>.

AİHM'nin bu dava kapsamında yaptığı değerlendirme ışığında, *Delfi*'nin kendi koşullarında değerlendirilmesi gereken istisnai bir karar olduğuna işaret etmek gerekir. Bu kararın açık bıraktığı ve özellikle nefret söylemi içermeyen yorumlar açısından durumun ne olacağı konusunda oluşan gri alanın, *Delfi* kararının hemen akabinde karara bağlanan *MTE* başvurusu ile tamamlanmaya çalışıldığı söylenebilir<sup>37</sup>. Zira bahse konu *MTE* kararında, internet araçlarının anonim yorumlardan sorumluluğu değerlendirilirken, *Delfi* kararına benzer şekilde, internet araçları tarafından kullanılan yöntemlerin etkililiği üzerinde durulmuş ve ancak, internet sağlayıcılara uygulanan yargılama giderlerini ödemeye mahkûmiyet kararı ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varılarak, *Delfi*'nin tam aksi yönünde bir karar verilmiştir. Bu kararda da *Delfi* davasında uygulanan adil denge kriterleri kullanılmış, şikâyet konusu yorumların içeriği, yorumların sahiplerinin sorumluluğu, başvuru internet sitesi tarafından alınan tedbirler ve kişilik haklarının zedelendiğini iddia eden tarafın önceki hareketi ve uygulanan yaptırımın başvuruçular açısından sonuçları değerlendirilmiştir.

Bu kriterlerin değerlendirilmesinde, *Delfi* kararı ile kıyaslama sonucunda iki husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, *MTE* başvurusunda dava konusu edilen yorumların niteliğinin, *Delfi*'den farklı olarak nefret söylemi ve şiddete teşvik içermemesi; diğeri ise, başvuruçuya uygulanan yaptırımın ifade özgürlüğünün internet ortamında kullanılması üzerindeki caydırıcı etki riskinin ulusal yargı organları tarafından değerlendirilmemiş ve bu anlamda bir adil bir denge kurulmamış olmasıdır<sup>38</sup>. Bu davada AİHM'nin basının demokratik toplum için oynadığı esaslı rolü, interneti de içine alan elektronik medya üzerinden bir kez daha vurguladığı görülmektedir<sup>39</sup>.

36 MONTERO, a.g.e., s. 956; Katarzyna Blay-Grabarczyk, "Conventionalité de la condamnation d'un exploitant de portail d'actualités sur Internet en raison de commentaires injurieux", La Semaine Juridique, no 27, 6 Temmuz 2015, s. 1325.

37 Magyar Tartalomsgazdálkodók Egyesülete and Index.hu Zrt – Macaristan (*MTE*), Başvuru no. 22947/13, 2 Şubat 2016.

38 *MTE*, a.g.k., 88.

39 *MTE*, a.g.k., 87.

Bu iki karardan anlaşılmaktadır ki, internet üzerinde üçüncü kişi tarafından yapılan yorumlardan sorumluluk meselesinde çatışan haklar arasında kurulması istenen adil denge ilk olarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süren internet aktörleri açısından ele alınmıştır. Ancak 2017 yılının başında bu sefer AİHM tarafından kabul edilemez bulunan bir başka başvuruda bu konu kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri süren bir başvurucu açısından ve Sözleşme'nin 8. Maddesi üzerinden de değerlendirilmiştir. *Phil – İsveç* başvurusunda<sup>40</sup>, kâr amacı gütmeyen bir derneğe ait bir internet sitesinde yayımlanan *blogda* başvurucu hakkında yer alan iddialara ilişkin olarak yapılan bir okuyucu yorumunun kaldırılması söz konusudur. Yorumun kaldırılması söz konusu dernekten talep edilmiş, bir gün sonra paylaşım *blogdan* kaldırılmış ve bir özür yazısı ile açıklama yayımlanmıştır. Başvurucunun açmış olduğu hakaret davası ise dava konusu edilen ifadenin hakaretimiz olduğu ancak derhal kaldırılmış olması nedeniyle derneğe bir sorumluluk atfedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir<sup>41</sup>.

AİHM bu davada başvurucunun kişilik haklarını da kapsayan özel hayatının korunması hakkına ilişkin yaptığı değerlendirmede, *MTE* davasında da tespit ettiği gibi, şikayet konusu yazıların nefret söylemi ya da şiddete teşvik içermediğini, ancak hakaretimiz olduğunu kabul etmiştir<sup>42</sup>. Bu nitelendirme, *MTE* davasında olduğu gibi, bu başvuruda da varılacak sonucu *Delfi* davasındakinden ayırmakta ve gerekçelendirmenin esaslı unsurlarından birini oluşturmaktadır. AİHM bu noktada, internet sitesinin kanunu ihlal eden bazı yorumlardan sorumlu tutulmasını beklemenin internet üzerinden görüş paylaşım hakkını zedeleyecek aşırı bir öngörü olacağını belirtmiştir<sup>43</sup>. Bu şekilde Mahkeme'nin internet üzerinde ifade özgürlüğünün korunmasına atfettiği önem, bu sefer kişilik haklarının zedelendiğini iddia eden başvurucunun şikayeti üzerinden, bir kez daha tekrarlanmıştır. Ancak yeniden vurgulamak gerekir ki, bu korumanın tek sınırı, *Delfi* davasında varılan istisnai sonuçla da vurgulandığı üzere, üçüncü kişiler tarafından yapılan paylaşımın nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriği taşıması durumudur.

40 Phil – İsveç [Kabul edilebilirlik kararı], Başvuru no: 74742/14, 07 Şubat 2017.

41 Phil, a.g.k., § 12.

42 Phil, a.g.k., § 25.

43 Phil, a.g.k., § 31.

Sonuç olarak, AIHM önünde derdest olan ve sayısı günden güne artan benzer internet davalarında, hukuki sorumluluğun belirlenmesinde kullanılan adil denge analizinde, özellikle internet sağlayıcıların başvurduğu yöntem ve tedbirlerin büyük önem arz ettiği görülmektedir. Ancak unutmamak gerekir ki, AIHM tarafından *Delfi* ve *MTE* davalarında verilen birbirine zıt iki kararın da işaret ettiği üzere, internet üzerinde sorumluluğa ilişkin her davanın kendi şartları içinde değerlendirilmesi ve hukuki sorumlulukların bu şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu sorumluluk tespitinde iki önemli faktör, başvuruya konu olan yorumların içeriği ve atfedilen sorumluluğun internet sitesi üzerindeki caydırıcı etkisinin değerlendirilmesi gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Büyük Daire'nin *Delfi* kararının, diğer online platformlara uygulanacak genel bir hukuki sorumluluğu içermediği de göz önüne alındığında<sup>44</sup>, Hâkim Kūris'in *MTE* davasında yer verdiği mutabık görüşünde de belirttiği gibi<sup>45</sup>, internet üzerindeki paylaşımlardan, internet sağlayıcıların sorumluluğunu değerlendiren çok daha çeşitli davalar olacağı kaçınılmazdır. Bunların içinde internet sitesinin sorumluluğundan başka, kişilerin üçüncü kişilerin paylaşımlarını kendi hesaplarından yeniden paylaşmalarında (*retweet*) nasıl bir sorumluluk atfedileceği meselesi de gündeme gelecektir. Dolayısıyla, bu alanda birtakım genel kriterler belirlemek ve sonuçlar çıkarmak için henüz erken olduğunu söyleyebiliriz.

44 VOORHOOF Dirk, 18 Haziran 2015 tarihli "*Delfi v. Estonia: Grand Chamber confirms liability of online news portal for offensive comments posted by its readers*" makale için: <https://strasbourgobservers.com/2015/06/18/delfi-as-v-estonia-grand-chamber-confirms-liability-of-online-news-portal-for-offensive-comments-posted-by-its-readers/>

45 MTE, a.g.k., Hâkim Kūris'in mutabık görüşü, § 6.

## KAYNAKÇA

**I. Yargı kararları** (hudoc.echr.coe.int [son erişim tarihi: 12.03.2018])

Pihl – İsveç [Kabul edilebilirlik kararı], Başvuru no: 74742/14, 07/02/2017

Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu Zrt – Macaristan (MTE),  
Başvuru no. 22947/13, 2 Şubat 2016

Erdener – Türkiye, Başvuru no. 23497/05, 2 Şubat 2016

Bilen ve Çoruk – Türkiye, Başvuru no. 14895/05, 8 Mart 2016

Kucharczyk – Polonya [kabul edilebilirlik kararı], Başvuru no. 72966/13, 24  
Kasım 2015

Perinçek – İsviçre [BD], 27510/08, 15 Ekim 2015

Delfi – Estonya [Büyük Daire], Başvuru no. 64569/09, 16 Haziran 2015

Ahmet Yıldırım – Türkiye, Başvuru no. 3111/10, 18 Aralık 2012

Editorial Board of Pravoye Delove Shtekel – Ukrayna, Başvuru no. 33014/05,  
5 Mayıs 2011

Gözel ve Özer – Türkiye, Başvuru no. 43453/04 ve 31098/05, 6 Temmuz 2010

Times Newspapers Ltd – Birleşik Krallık, Başvuru no. 3002/03 ve 23676/03,  
10 Mart 2009

K.U. - Finlandiya, Başvuru no. 2872/02, 2 Aralık 2008

Cumpana ve Mazare – Romanya [BD], Başvuru no, 33348/96, 2004

Gündüz – Türkiye, Başvuru no. 35071/97, 4 Aralık 2003

## II. Makaleler

BLAY-GRABARCZYK Katarzyna, *Conventionality of the condemnation of an exploiter of portal of actualities on Internet in reason of commentaries injurious*, La Semaine Juridique, no. 27, s. 1325, 6 Temmuz 2015

BRUNNER Lisl, *The liability of an online intermediary for third party content: the watchdog becomes the monitor: intermediary liability after Delfi v. Estonia*, Human rights law review, vol. 16, no. 1, s. 163-174, 2016

COX Neville, “*Delfi AS v Estonia: The Liability of Secondary Internet Publishers for Violation of Reputational Rights under the European Convention on Human Rights*”, The Modern Law Review, s. 619-629, 2014

FATHAIGH O Ronan, The Chilling effect of liability for online reader comments, European Human Rights Review, 2017, 4, s. 387-394

MONTERO Étienne – VAN ENIS Quentin, Les gestionnaires de forums et portails d'actualités cueillis à froid par la Cour de Strasbourg? (Obs. Sous Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Delfi AS c. Estonie, 16 juin 2015),

Revue trimestrielle des droits de l'homme [RTDH], n° 108 (1 Ekim 2016), s. [953]-981

SUSİ Mart, *Delfi AS v. Estonia*, American Journal of International Law, s. 295-302, vol.108, no. 1, Ocak 2014

### **III. Online kaynaklar** (son erişim tarihi: 12.03.2018)

<https://www.indexonensorship.org/2014/01/index-supports-referral-request-delfi-v-estonia>

<https://inform.wordpress.com/2015/10/06/case-law-strasbourg-delfi-as-v-estonia-strasbourg-undermines-freedom-of-expression-gabrielle-guillumin>

<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>

<https://www.article19.org/data/files/medialibrary/37592/Delfi-intervention-A19-30052014-FINAL.pdf>

<https://strasbourgobservers.com/2015/06/18/delfi-as-v-estonia-grand-chamber-confirms-liability-of-online-news-portal-for-offensive-comments-posted-by-its-readers/>

[https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5)

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/095/85/PDF/G1509585.pdf?OpenElement>

---

# GÜNCEL ULUSLARARASI İÇTİHATLAR ÇERÇEVESİNDE İŞYERİNDE İZLEME UYGULAMALARI VE ÖZEL YAŞAMIN KORUNMASI

---

**Ar. Gör. Uğur TABAK\***

**Av. Cenk KONUKPAY\*\***

---

## Özet

*Gelişen teknolojilerin işyerinde uygulama alanı bulması işçi işveren ilişkisi bakımından birtakım güncel sorunları beraberinde getirmektedir. Özellikle çalışanın verimliliğinin denetlenmesi ve işlerin düzgün yürütülebilmesi gibi işverenin menfaatleri kapsamında kullanım alanı bulan yeni teknolojik izleme biçimleri, çalışanın özel yaşamına eskisinden daha fazla müdahale içermektedir. Söz konusu durum, çalışanların işyerinde dahi belli ölçüde mahremiyetinin korunması gerekliliğinin kabulü ile birlikte bu korumanın sınırları konusunda güncel bir tartışmanın ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu kapsamda, işyerindeki izleme faaliyetlerine ilişkin güncel içtihatların değerlendirilmesi ve bu konuya ilişkin farklı yaklaşımların tartışılması; 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kabulüyle birlikte ülkemizde bu konudaki mevcut anlayışın gelişimi ile temel hak ve özgürlüklerin korunmasına katkı sağlayacaktır.*

**Anahtar kelimeler:** “çalışanların izlenmesi” “özel yaşama saygı hakkı” “işyerinde gözetim” “kişisel veri” “haberleşmenin gizliliği” “mahremiyetin korunması”

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

\*\* Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Öğrencisi

## WORKPLACE SURVEILLANCE AND PROTECTION OF PRIVATE LIFE IN THE LIGHT OF CURRENT INTERNATIONAL CASE-LAW

### **Abstract**

*Adoption of developing technologies in the workplace brings with it some current problems in the employment context. The new forms of technological monitoring that are used in the interests of the employer, such as the monitoring of employee productivity and the smooth running of the work, involve more intervention into the employee's private life than in the past. With the acceptance of the need for the protection of a certain degree of employees' privacy even in the workplace, this situation has led to the emergence of a controversial debate regarding the limits of this protection. Thus, the evaluation of current case-law regarding the monitoring activities in the workplace and the discussion of different approaches to this issue, will contribute to the protection of the fundamental rights and freedoms in our country and the development of the current understanding on this issue through the adoption of the Law on the Protection of Personal Data No. 6698.*

**Keywords:** “monitoring of employees” “right to respect for private life” “surveillance at workplace” “personal data” “secrecy of correspondence” protection of privacy”

### **I. GİRİŞ**

Teknolojinin gelişimi ve bu gelişen teknolojinin iş yerinde uygulama alanı bulması işverenler bakımından daha sistematik ve özel yaşama müdahaleci veri işleme yöntemlerine olanak tanımaktadır. Online hizmetlerin kullanımı ya da akıllı bir cihaz vasıtasıyla elde edilen konum bilgisi gibi yeni veri işleme biçimleri kameralar gibi daha geleneksel türlere kıyasla çalışanlar tarafından çok daha az fark edilebilir bir biçimde kullanılabilir. Bu durum çalışanların özel yaşamını kısıtlamakla kalmamakta ayrıca bu yöntemlerin çalışanlar tarafından önceden haber verilmeksizin kullanılmasına yol açabilmektedir. Teknolojinin gelişimi ile birlikte geleneksel çalışma biçimlerinin değişmesi işverenler tarafından çalışanların faaliyetlerinin uzaktan izlenmesi sonucunu

da doğurabilmektedir. Öte yandan bu tür yeni teknolojilerin kullanımı çalışanın performansının denetlenmesi ve veriminin artırılması, iş yönetimi ve planlanmasının sağlanması ile işverenin mülkiyetinin korunması gibi faydaları da beraberinde getirebilmektedir.<sup>1</sup> Dolayısıyla bu durum, çalışanın mahremiyetinin sağlanması ile işverenin menfaatlerinin korunması konusunda yeni bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulduğunu göstermektedir.

İş ilişkisi çerçevesinde çalışanların kişisel verilerinin ve mahremiyetinin korunması gerekliliği çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda yalnızca devam eden iş sözleşmesi süresince değil iş alım süreci ve iş ilişkisinin sona ermesi durumlarında da bu yükümlülük devam etmektedir.<sup>2</sup> Çalışanların özel yaşamına müdahalenin en yaygın metotlarından birini de izleme uygulamaları oluşturmaktadır. Teknolojinin gelişimi ile birlikte bu uygulamalar giderek çeşitlenmekte ve bu nedenle izleme uygulamalarının kapsayıcı bir tanımını bulmak zorlaşmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nce 1997 yılında yayımlanan Uygulama Kodu'nun 3. maddesindeki tanım doğrultusunda çalışanların izlenmesi bilgisayar, kamera, video cihazları, ses cihazları, telefon, diğer haberleşme araçları, kimlik ve yer belirleme yöntemleri ile diğer izleme metotlarını kapsamaktadır.<sup>3</sup> Bu tanım kapsamında yalnızca örnekleme şeklinde sınıflandırılan bu metotların; çalışanların e-posta adresinin, internetinin, sosyal medya hesaplarının izlenmesi gibi günümüzde çok daha spesifik örneklerle ortaya çıktığı görülmektedir. Nitekim bu metotların her birini ayrı ayrı konu alan çalışmalar da mevcut bulunmaktadır.<sup>4</sup> Ancak izleme uygulamalarına ilişkin olarak ülkemizde

1 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, Brussels, 08.06.2017, s.4.

2 Eda Manav, "İş İlişkilerinde İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Yıl: 2015, S: 2, s. 113.

3 Burcu Savaş, "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum, Sayı: 2009/3, s. 100.

4 Bu doğrultuda bkz. Chris Hunt; Corinn Bell, "Employer Monitoring of Employee Online Activities outside the Workplace: Not Taking Privacy Seriously", 18 Canadian Lab. & Emp. L.J. 411 2015; Heumann, Cassak, Kang, Twitchell, "Privacy, Surveillance: Public Attitudes on Cameras on the Street, in the Home and in the Workplace, Rutgers Journal of Law & Public Policy, Vol:14/1, 2006; Kathleen Carlson, Social Media and the Workplace: How I Learned to Stop Worrying and Love Privacy Settings and the NLRB, 66 Fla. L. Rev. 479, 2014; Will N. Widman, Does My Employer Control My Facebook Account: Emerging Social Media Privacy Concerns in the Workplace, 32 Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L. 211, 2003.



yeterli düzeyde çalışmanın ortaya konulmamış olması izleme uygulamalarını öncelikle kapsayıcı biçimde ele alma ihtiyacını doğurmuştur. Bu nedenle bu çalışma kapsamında işyerinde izleme uygulamaları bir bütün olarak güncel gelişmeler doğrultusunda ele alınacaktır.

Çalışanların işverenler tarafından izlenmesi önceleri iş ilişkisindeki bağlılık, sadakat, güven ve işverenin haklı çıkarları çerçevesinde değerlendirilmiştir. Fakat son yıllarda hem özel yaşam hakkı konseptinin hem de veri koruma hukukunun gelişimiyle birlikte konu insan hakları boyutuyla gündeme gelmiştir. Çalışanların mahremiyetinin korunması amacıyla birçok uluslararası belge kabul edilmiş, Avrupa Birliği (“AB”) tarafından birtakım düzenlemeler getirilmiş, ayrıca birçok ülke kişisel verilerin ve özel yaşamın korunması için iç hukuklarını revize etmiştir. Ülkemizde de 2010 Anayasa değişiklikleri ve daha sonrasında yürürlüğe giren Kişisel Verileri Koruma Kanunu yoluyla çalışma hayatını da ilgilendiren bazı yenilikler getirilmiş, uluslararası düzenlemelerle ve Avrupa Birliği düzenlemeleriyle uyum sağlanmaya çalışılmıştır.

Bu konuya ilişkin olarak yasal düzenlemelerin kabulü içtihatlar yönüyle de yeni bir değerlendirmeyi beraberinde getirmiştir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (“AİHM”) bu konuya ilişkin çok yakın tarihli kararları; Avrupa Birliği mevzuatı ve Türk mevzuatının yorumlanması bakımından son derece büyük önem taşımaktadır. Bununla birlikte, her ne kadar Türk mevzuatının uygulanması bakımından doğrudan etkisi olmadığı kabul edilse de bu konuya ilişkin olarak Amerikan hukuku yaklaşımının da incelenmesi gerekmektedir. Nitekim, özellikle işveren odaklı yaklaşımın değerlendirilmesi ve AİHM içtihadı çerçevesinde kabul edilmiş ilkelerin objektif bir biçimde tartışılması açısından böyle bir inceleme son derece faydalı olacaktır.

Bu çalışma kapsamında işçilere yönelik izleme faaliyetleri, uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk perspektifiyle, özellikle Amerika ve Avrupa Birliği hukuk sistemlerindeki yaklaşımlar ele alınarak incelenecek olup; söz konusu inceleme ile elde edilecek çıkarımlar çerçevesinde Türk hukukundaki güncel durum değerlendirilecektir. Çalışmada öncelikle Amerikan hukuk sisteminde çalışanların mahremiyet hakkının anayasa, kanun ve içtihat düzeylerinde nasıl düzenlendiği, ikinci olarak Avrupa Birliği mevzuatının konuya yaklaşımı, üçüncü olarak Avrupa

Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarındaki güncel durum, son olarak ise Türk hukukundaki düzenleme ve yargı kararlarının söz konusu koruma bakımından nasıl bir aşamada olduğu açıklanmaya çalışılacaktır.

## II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Kişisel Verilerin Korunmasına ilişkin olarak birçok uluslararası düzenleme söz konusudur. Bununla birlikte bu çalışma kapsamında yalnızca Amerikan ve Avrupa hukuku bakımından detaylı değerlendirmelere yer verileceğinden diğer uluslararası düzenlemelere ve karşılaştırmalı hukuktaki bazı dikkat çekici noktalara değinilmekle yetinilecektir.

İş ilişkisi çerçevesinde kişisel verilerin ve mahremiyetin korunmasına ilişkin olarak uluslararası düzenlemelere kısaca göz atmak gerekirse Birleşmiş Milletler (“BM”) kapsamındaki korumanın temeli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin<sup>5</sup> 12. maddesindeki özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği hakkına dayanmaktadır. Ardından kişisel verilerin korunmasına ilişkin standartların belirlenmesi adına Bilgisayarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler<sup>6</sup>, BM Genel Kurulu’nca kabul edilmiştir. Daha sonra, Dijital Çağda Özel yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler<sup>7</sup> kabul edilerek haberleşmenin izlenmesine ilişkin olarak üye Devletlerin şeffaf, uygun ve denetlenebilir yollar öngörmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Özellikle çalışanların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin öne çıkan uluslararası düzenlemelerden birisi de Uluslararası Çalışma Örgütü (“ILO”) tarafından kabul edilen Uygulama Kodu’dur<sup>8</sup>. Söz konusu belge, kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak genel esasları düzenlemekle birlikte özel olarak işçilerin izlenmesine ilişkin hükümler de içermektedir.

5 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BMGK, 217 A (III), 10 Aralık 1948.

6 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files), A/RES/45/95, 14Aralık 1990.

7 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Dijital Çağda Özel yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler (the right to privacy in the digital age), A/RES/68/167, 18 Aralık 2013.

8 Uluslararası Çalışma Örgütü, Uygulama Kodu: Çalışanların Kişisel Verileri’nin Korunması, Cenevre, 1997.

Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden bakıldığında ise Avrupa Konseyi ülkelerinde bu konuda çeşitli düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Bu ülkelerin 34'ünde özel yaşama saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliği genel ifadelerle anayasal seviyede korunurken, yalnızca 6 ülkede işyerinde mahremiyetin korunması hususu özellikle iş kanunlarında ya da özel mevzuatta düzenlenmektedir.<sup>9</sup> İşverenlerin izleme yetkisi kapsamında 34 ülkenin izleme faaliyetleri öncesinde ön bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>10</sup> Ayrıca, Avusturya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, İtalya, Portekiz ve İsveç'te; işverenler, çalışanlar tarafından "özel" olarak işaretlenen e-postaları içeriğine erişmeden izleyebilmektedir. Çek Cumhuriyeti, İtalya ve Slovenya'nın yanı sıra Moldova Cumhuriyeti'nde ise çalışanların haberleşmeleri, kişisel nitelikte olup olmadığına bağlı olarak, belli ölçüde izlenebilmektedir.<sup>11</sup> Dolayısıyla bu konuya ilişkin yeknesak düzenlemelerin varlığını iddia etmek oldukça zor görünmektedir.<sup>12</sup>

### III. AMERİKAN HUKUKU

Avrupa Birliği düzenlemelerinden farklı bir yaklaşımı ifade etmesi nedeniyle, Amerikan hukukunun işyerindeki mahremiyete bakış açısı dikkat çekicidir. Her ne kadar Amerika'daki düzenlemeler Anglo-Sakson hukuk sisteminden ve federal devlet yapısından kaynaklanan bir dağınıklık arz etmekteyse de bu çalışma kapsamında (a) anayasal koruma (b) federal kanunlar düzeyinde koruma ve son olarak (c) common law haksız fiil davaları yoluyla koruma üzerinde durularak sistematik bir değerlendirme yapılacaktır.

#### a) Anayasal Seviyedeki Düzenleme: "4. Anayasa Değişikliği"

Amerikan Anayasasında özel yaşam hakkına ve kişisel verilere yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çalışma kapsamında, bu

9 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Barbulescu/Romanya (B.No: 61496/08), 05.09.2017, par 52.

10 A.g.e., par. 53.

11 A.g.e. par. 54.

12 Birleşik Krallık ve Fransa hukukuna yer verilen bir çalışma için bkz. Burcu Savaş, "İş Hukukunda Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum, Sayı: 2009/3, s. 97-132, s. 108-113. Ayrıca bkz. Mehmet Tekergül, İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010, s. 41-51.

haklara ilişkin en önemli anayasal düzenleme ise “Fourth Amendment” olarak bilinen 4. Anayasa Değişikliği ile getirilen düzenlemedir.

Anayasal düzenlemenin amacı kişilerin özel yaşamını ve keyfi devlet müdahalelerinden korunma hakkını, arama ve el koyma uygulamaları özelinde, güvence altına almaktır. Düzenlemeyle bireylerin özel yaşam hakkı dolaylı olarak ifade edilmiş olup devlet organları tarafından yapılacak haksız arama ve el koyma uygulamaları yasaklanmıştır.

Anayasal korumadan yararlanabilmek için kişiler öncelikle meşru bir mahremiyet beklentisini ortaya koymalı, ardından devlet organları tarafından bu özel yaşam alanına yapılan müdahalenin haksız olup olmadığı tespit edilmelidir.<sup>13</sup> Yüksek Mahkeme’ye göre, kişinin, evinde ya da işyerinde bile olsa, bilinçli olarak kamunun erişimine açtığı unsurlar anayasal koruma kapsamında değildir. Ancak kamunun erişimine açık bir alanda dahi olsa mahrem kalmasını istediği her şey anayasal koruma kapsamındadır.<sup>14</sup> Anayasal korumanın kamu makamlarının işveren statüsünde bulunduğu durumlara kadar genişlediği belirtilmektedir.<sup>15</sup>

O’Connor v. Ortega davası 4. Anayasa Değişikliği korumasının işyerlerindeki görünümü hakkında en önde gelen karar olarak kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Davaya konu olayda Dr. Ortega bir kamu hastanesinde doktor olarak çalışmaktadır. Ortega’nın bazı yanlış / hukuka aykırı uygulamalarda (misconduct) bulunduğu kuşkusuyla hastane yetkilileri kendisi hakkında soruşturma başlatmış ve kendisine idari izin verilmiştir. İdari izinli olduğu sırada hastane görevlileri -iddiaya göre envanter sayımı ve kamu mallarının korunması için- doktorun, odasına girerek masasında ve dosya dolabında arama yapmış ve bulunan bazı kişisel

13 Jonathan Kim, “Fourth Amendment: An Overview”, Cornell Law School Wex, [https://www.law.cornell.edu/wex/fourth\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment) (Erişim tarihi: 19.02.2018); Katz v. United States, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararı, No. 35, 18.12.1967.

14 Katz v. United States.

15 Örnek olarak bkz. Skinner v. Railway Labor Executives’ Association, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararı, No. 87/1555, 21.03.1989; Treasury Employees v. Von Raab, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararı, No. 86/1879, 21.03.1989; O’Connor v. Ortega, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararı, No. 86/630, 31.03.1987.

16 James Robert Watt, Electronic workplace surveillance and employee privacy - A comparative analysis of privacy protection in Australia and the United States, Queensland University of Technology Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 36.

veriler yürütülen soruşturmada kendisine karşı kullanılmış ve görevine son verilmiştir.<sup>17</sup>

Mahkeme, ilk olarak, çalışanların özel eşyalarının kamu işverenlerince aramaya/el koymaya tabi tutulmasının anayasal sınırlamalara tabi olduğunu belirtmiştir. Fakat Mahkeme'ye göre, yöneticilerin bazı müdahaleleri söz konusu olduğunda, iş yerinin operasyonel gerçeklikleri bazı çalışanların mahremiyet beklentilerini makul olmaktan çıkarabilmektedir. Nitekim bazı kamu görevleri kamuya ya da diğer çalışanlara öyle açıktır ki sınırlı bir mahremiyet beklentisi dahi kabul edilmemektedir. Kamu görevlerinin ve iş yerlerinin çeşitliliği nedeniyle her çalışanın mahremiyet beklentisi somut olayın şartlarına göre (case-by-case) belirlenmelidir. Somut olayda Mahkeme Dr. Ortega'nın çalışma odası, masası ve dosya dolabına dair makul bir mahremiyet beklentisinin bulunduğunu belirlemiştir. Zira Dr. Ortega çalışma odasını başka çalışanlarla paylaşmamakta, masa ve dolabında kişisel materyalleri saklamakta ve kişisel materyalleri saklamasını engelleyen bir iş yeri iç düzenlemesi de bulunmamaktadır. Bu şekilde makul nitelikteki bir mahremiyet beklentisine karşı yapılan aramanın hukuki olması için aramanın yapıldığı bağlam gözetilmeli, çalışanın mahremiyet beklentisi ile işverenin yönetim, kontrol ve işyerinin etkili işletilmesi noktalarındaki ihtiyacı arasında bir denge kurulmalıdır. Arama ve el koyma işlemleri için normal şartlar altında 4. Anayasa Değişikliği'nin öngördüğü "hakim kararı" ve "geçerli neden" şartlarının iş ilişkilerinde aranmasının makul olmayacağını belirten Mahkeme, bunun yerine iş ilişkilerinde işçinin mahremiyetine yönelik müdahalelerde makullük standardının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu standarda göre ise müdahalenin amacı ve kapsamı makul olmalıdır.<sup>18</sup> Kişinin iş ile ilgili bir hatalı/yanlış davranıştan suçlu olduğunu gösteren bir kanıt ortaya çıkaracağına dair kuşku makul bir gerekçeye dayanmaktaysa aramanın amacı makul sayılabilir. Ayrıca arama, iş ile ilgili olan fakat herhangi bir disiplin meselesine dayanmayan -örneğin yalnızca ofisteki bir dosyayı bulmak gibi- bir amaç için de gerekli olabilir. Kapsamın makul olması ise, gerçekleştirilen uygulamanın makul bir şekilde aramanın amacıyla

17 O'Connor v. Ortega, <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/709.html> (Erişim tarihi: 19.02.2018)

18 O'Connor v. Ortega, a.g.e.

ilgili olması ve özel yaşama aşırı derecede müdahale etmemesini ifade etmektedir.<sup>19</sup>

Ontario v. Quon davasına konu olayda Ontario polis departmanı, Arch Wireless isimli hizmet sağlayıcıdan edindiği çağrı cihazlarını çalışanlarına iş kullanımı için tahsis etmiştir. Departman çalışanlarına e-posta yazışmalarının ve internet verilerinin kontrol edilebileceğini ve bu alanlarda mahremiyet beklentilerinin olmadığına dair kuralları içeren bir işyeri düzenlemesi (Computer Policy) imzalatmış, çağrı cihazlarının temin edilmesinin ardından çalışanlarla yapılan bilgilendirme toplantısında çağrı cihazlarındaki mesajlaşmaların da bu politika kapsamında olduğu duyurulmuştur. Çağrı cihazlarının mesaj sayısı sınırlı olup sınır aşıldığında hizmet sağlayıcıya cihazı kullanan kişi tarafından ek ödeme yapılmaktadır. Bahse konu mesaj sınırı Quon tarafından bazı aylarda aşılmış ve polis departmanı sınırı aşan mesaj sayısının ve mesaj içeriklerinin iş ile ilgili olup olmadığına tespiti için, çalışanın bilgisi dışında, hizmet sağlayıcıdan mesaj içeriklerini temin etmiştir. Mesaj içeriklerine göre ilgili çalışanların mesajlarının birçoğunun kişisel içeriğe, hatta bir kısmının cinsel içeriğe sahip olduğu anlaşılmış, Quon hakkında disiplin süreci yürütülmüş ve görevine son verilmiştir.<sup>20</sup>

Bölge mahkemesi mesajların içeriği bakımından davacıların meşru mahremiyet beklentilerinin bulunduğu karar vermiş; fakat denetimin makul olup olmadığı noktasında mahkeme polis departmanının denetiminin amacına önem atfederek amacın meşru olduğu gerekçesiyle anayasanın ihlal edilmediğine karar vermiştir. Temyiz mahkemesi ise meşru mahremiyet beklentisinin bulunduğu tespitini onamakla birlikte, kişilerin haklarına daha az müdahale eden başka yöntemlerin kullanılmadığı gerekçesiyle bölge mahkemesinin kararını bozarak anayasanın ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>21</sup>

Temyiz mahkemesinin kararını denetleyen Yüksek Mahkeme (Supreme Court), işyeri kurallarının ve kanunların bu kurallara nasıl uygulanacağı hususunun gelişmekte olan bir alan olduğunu belirtmiş, bu nedenle bu alana dair kesin yargılar içeren tartışmalara girmeyip öncelikle davacıların makul bir mahremiyet beklentisinin bulunduğunu var-

19 A.g.e.

20 Ontario v. Quon, Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi kararı, No. 08/1332, 17.06.2010, s. 1-4.

21 A.g.e. s. 5-6

sayarak,<sup>22</sup> mesaj kayıtlarının denetlenmesinin anayasa kapsamında bir arama niteliği taşıdığını ve kamu işverenin çalışanının ofisine yönelik fiziki ve elektronik alandaki aramasının 4. Anayasa Değişikliği ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>23</sup> Mahkeme işverenin hizmet sağlayıcıyla yaptığı anlaşmadaki mesaj sınırının departmanın ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığının ve mesaj sınırının çalışanların iş ile ilgili mesajlaşmalarından kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti bakımından “iş ile ilgili meşru amaçlarının” bulunduğunu belirlemiştir.<sup>24</sup> Öte yandan denetimin aşırı derecede müdahaleci bir niteliğinin bulunmadığını; zira Quon’un mahremiyet beklentisinin sınırlı olmasının müdahalenin aşırılığı riskini azalttığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca Quon’un mesaj sınırını birçok ayda aşmasına rağmen yalnızca iki aylık kayıtların temin edildiğini de vurgulamıştır. Mahkeme’ye göre temyiz mahkemesinin “en az müdahale eden aracın kullanılması” şeklindeki yaklaşımı da hakim içtihatlarla örtüşmemektedir. Bu yaklaşım arama/el koyma yetkisinin kullanımına karşı önemli bir engel oluşturabilecektir. Zira kamu makamlarının müdahalelerini değerlendiren yargıçlar neredeyse her zaman somut olaylardaki araçlara alternatif olabilecek başka araçlar tespit edebilecektir.<sup>25</sup>

Ontario v. Quon kararı, işyerindeki özel yaşam alanına dair anayasal korumaya Yüksek Mahkeme’nin güncel yaklaşımını göstermesi açısından olduğu kadar, aynı prensiplerin özel sektör çalışanları bakımından da geçerli olduğuna dair tespiti açısından da önemli bir karardır.<sup>26</sup> Bununla birlikte, kararda mahremiyet beklentisinin varlığının kabulü bakımından çekinceli bir yaklaşımın benimsenmesi ve bu hususta Mahkeme’nin net bir içtihat ortaya koymaması eleştirilebilir. Zira Mahkeme bu konuda detaylı bir değerlendirme yapmamış ve mahremiyet beklentisinin varlığını farz ederek müdahalenin makullüğünü incelemiştir.

22 Mahkeme, hızla gelişmekte ve karmaşıklaşmakta olan iletişim teknolojileri karşısında, net ve kesin bir “mahremiyet beklentisi konsepti” benimseme konusunda çekinceli bir yaklaşım benimsemiştir. Aynı yönde bkz. Michael J. Garcia - Kate M. Manuel - Andrew Nolan - Meghan Totten, Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Document No. 112-9, U.S. Government Publishing Office, Washington, 2016, s. 1386-1387.

23 Ontario v. Quon, ag.e. s. 11-12.

24 A.g.e., s. 12-14.

25 A.g.e., s. 14.15. Mahkeme Quon’un mesajlaştığı üçüncü kişilerin şikayetlerini de incelemiş; fakat bu kişilerin iddialarını gerçekleştirmemeleri nedeniyle farklı bir kaniya varmamıştır. Bkz. s. 17.

26 Ontario v. Quon, a.g.e., s. 16.

Buna karşın müdahalenin makullüğünü değerlendirirken Quon'a iletişim içeriklerinin izlenebileceği yönünde yapılan bildirim mahremiyet beklentisini daralttığını belirtmiştir. Ne var ki kanımızca bu gerekçe müdahalenin makullüğü ile ilgili değil, mahremiyet beklentisinin varlığı ile ilgili bir gerekçedir.

Çalışanların e-posta yazışmalarının izlenmesi ile ilgili United States v. Thorn davasına konu olayda kişi Missouri Bölgesi Çocuk Destek Uygulama Merkezi'nde çalışan bir görevlidir.<sup>27</sup> Thorn hakkında, ofiste çalışan diğer görevlilere iş ile ilgili olmayan e-postalar gönderdiğine dair şikayetler üzerine soruşturma başlatılmış, soruşturma kapsamında bilgisayarında yapılan aramalarda bulunan pornografik içeriğe sahip materyaller ve sonraki bir tarihte masasında tesadüfen bulunan çocuk pornografisi içerikli materyaller nedeniyle görevinden uzaklaştırılmış, yargılanmış ve ceza almıştır.<sup>28</sup> Hakkındaki ceza yargılamasının hukuka aykırı elde edilen delillere dayandığı yönündeki itirazların özü 4. Anayasa Değişikliği koruması olduğundan temyiz mahkemesi bu düzenleme bazında değerlendirme yapmıştır. Buna göre Thorn'un çalıştığı işyeri, çalışanlarına bütün elektronik postaların ve bilgisayarlar dahil tüm ekipmanların iş amacı dışında kullanılmayacağına, pornografik ve uygunsuz içeriklere sahip elektronik mesaj ve dökümanların yasak olduğuna dair detaylı bir politika duyurmuş ve imzalatmıştır. Mahkeme Thorn'un bilgisayar kullanımı politikasından haberdar olduğunu, bu politika hakkında yazılı rızasının bulunduğunu, bu nedenle şirket iş bilgisayarının kullanımı ile ilgili meşru bir mahremiyet beklentisinin bulunmadığını belirlemiştir.<sup>29</sup> Mahkeme işyeri politikasında kişilerin iletişim verilerinin hangi durumlarda hangi kapsamda ve hangi yöntemlerle izleneceğine dair bir düzenlemenin bulunmaması hakkında herhangi bir değerlendirme yapmamış, yalnızca özel amaçlı kullanımın yasaklanmış olmasına önem atfetmiştir.<sup>30</sup>

27 United States v. Thorn, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 8. Daire kararı, No: 03/3615, 13.07.2004, <http://caselaw.findlaw.com/us-8th-circuit/1380372.html> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

28 United States v. Thorn., ag.e.

29 United States v. Thorn. İş bilgisayarının şifre ile korumalı olduğu ve kişisel amaçla kullanımını sınırlayan bir işyeri düzenlemesi olmadığı sürece meşru mahremiyet beklentisinin söz konusu olabileceği hakkında bkz. United States v. Slanina, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 5. Daire kararı, No: 00/20926, 21.02.2002, <http://caselaw.findlaw.com/us-5th-circuit/1232733.html> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

30 Oysa aşağıdaki ilgili başlıklar altında görüleceği üzere Avrupa Birliği hukuk sisteminde izleme



Temyiz mahkemesi kararlarında, işyerinde video kameralar yoluyla gerçekleştirilen izlemelerin 4. Anayasa Değişikliği kapsamında olup olmadığı da tartışılmıştır. Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company (PRTC) davası sürekli video kamera ile izlenen bir işyeri ile ilgilidir.<sup>31</sup> Davacılar yarı kamusal bir şirket olan, sonuçta bir kamu işyeri olarak kabul edilen PRTC'nin güvenlik operatörü olarak görev yapmıştır. İş yeri tamamen açık ofis olup hiçbir çalışanın kendisine ait ofisi bulunmamaktadır. Şirket yetkilileri, güvenlik gerekçesiyle, işyerine 3'ü çalışma alanlarını 1'i şirket girişini bütün gün izleyen 4 adet kamera yerleştirmiştir. PRTC video izleme konusunda yazılı bir politika belgesi düzenlenmemiş olup şirketin genel müdürünün izni olmaksızın hiçbir işçi görüntüleri izleyememektedir. Şirket aleyhine dava açan işçiler, bu izlemenin 4. Anayasa Değişikliği kapsamında makul olmayan bir arama olduğunu iddia etmiştir.<sup>32</sup>

Mahkeme, öncelikle, mahremiyete yönelik her türlü müdahalenin Fourt Amendment kapsamında olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, mahremiyet beklentisi, subjektif ve objektif olmak üzere iki kriteri sağlamalı, şikayetçi kişi gerçek bir mahremiyet beklentisine sahip olmalı (subjektif) ve bu beklenti toplum tarafından makul bir beklenti olarak görülmelidir (objektif). Subjektif beklentinin tespiti zor olmakla birlikte, beklentinin objektif olarak makullüğü her somut olayda ayrı değerlendirilmelidir.<sup>33</sup>

Mahkeme'ye göre, iş yerinde mahremiyet beklentisi, evdekinden az olmakla birlikte, bu durum mahremiyetin hiç var olmadığı anlamına gelmez. Kişinin kendisine tahsis edilmiş ayrı bir çalışma alanının varlığı,<sup>34</sup>

---

uygulamalarına ilişkin kapsam ve sınırların düzenlenmiş ve kişiye bildirilmiş olmasına önem verilmektedir.

31 Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 1. Daire kararı, No: 96/2061, 08.04.1997, <http://caselaw.findlaw.com/us-1st-circuit/1384858.html> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

32 Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, 1 No.lu Başlık: "I. Factual Surveillance".

33 Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, 3/A No.lu Başlık: "A. Privacy Rights and the Fourth Amendment".

34 Bkz. O'Connor v. Ortega kararı. Ayrıca çalışanın kişisel kullanımındaki odasına yönelik gizli kamera ile izleme uygulaması karşısında makul bir mahremiyet beklentisinin bulunduğu dair bkz. United States v. Taketa, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire kararı, No: 88/1022 ve 88/1024, 08.01.1991, <https://openjurist.org/923/f2d/665/united-states-v-taketa> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

çalışma alanına diğerlerinin erişim olanağı,<sup>35</sup> iş ilişkisinin doğası,<sup>36</sup> belirli alanlarda işveren müdahalesinin bulunabileceğine dair bir bildirim içeren ofis düzenlemelerinin varlığı<sup>37</sup> gibi birçok kriter göz önünde bulundurulmaktadır.<sup>38</sup> Mahkeme, PRTC yetkililerinin video kamera kurulumu hakkında çalışanları önceden bilgilendirdiğini, çalışanların açık ofis ortamında çalıştıklarını, işverenin iş yerinin etkili işletilmesinde meşru çıkarı olduğunu belirtmiş ve son olarak kişilerin açık ofis ortamında sergiledikleri davranışlar hakkında mahremiyet beklentisine sahip olmayacağını vurgulamıştır.<sup>39</sup>

## b) Federal Düzeydeki Kanuni Düzenlemeler

Amerikan federal kanunlarındaki temel düzenleme Federal Dinleme Kanunu'nda ("Wiretap Act") değişiklik yapan 1986 tarihli Elektronik Haberleşmenin Mahremiyeti Kanunu ("Electronic Communications Privacy Act", "ECPA") olmuştur.<sup>40</sup> Kongre bu kanunu federal hukuku teknolojik gelişmelere ve telekomünikasyon endüstrisinin yapısının değişimine adapte etmek için çıkarmıştır.<sup>41</sup>

Kanunun ilk kısmı "Dinleme Kanunu" ("Wiretap Act") olarak, ikinci kısmı (Title II) ise "Kayıtlı İletişim Kanunu" ("Stored Communications

35 Çalışma alanının bir oda değil açık bir alan olması ve çalışanın dolabında veya masasında herhangi bir kilidin bulunmaması, masa ve dolapta işverenin mülkiyetindeki satış bilgilerinin bulunması ve işverenin bu belgeleri almak için arama yapması nedenleriyle kişinin mahremiyet beklentisinin bulunmadığı hakkında bkz. O'Bryan v. KTIV Television, Birleşik Devletler Kuzey Iowa Bölge Mahkemesi, No: C 93/4089, 22.11.1994, <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/868/1146/2148978/> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

36 Mahkeme raportörünün, masa, dosya dolabı ya da diğer alanlarda makul mahremiyet beklentisinin bulunmaması hakkında bkz. Sheppard v. Beerman, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 2. Daire kararı, No: 93/7658, 03.03.1994, <https://openjurist.org/18/f3d/147/sheppard-v-beerman> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

37 United States v. Taketa.

38 Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, 3/B No.lu başlık: "Privacy Rights and Business Premises".

39 Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, 3/C No.lu başlık: "Privacy Interests in the Appellants' Workplace". Aksi yönde bir yaklaşımı yansıtan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Antonovic ve Mirkovic/Karadağ kararı için bkz. "IV. Avrupa Konseyi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" başlığı

40 Kanun metni için bkz. <https://www.loc.gov/law/opportunities/PDFs/ElectronicCommunicationsPrivacyAct-PL199-508.pdf> (Erişim tarihi: 15.02.2018).

41 Nathan Watson, "The Private Workplace and the Proposed "Notice of Electronic Monitoring Act": Is "Notice" Enough?", Federal Communications Law Journal, Vol. 54 Iss. 1 Article 5, 2001, s. 80-102, s. 83.

Act”, “SCA”) düzenlenmiştir. Wiretap Act kablolu, sözlü ve elektronik iletişimin yetkisiz dinlenmesini yasaklarken, Stored Communications Act kayıtlı iletişim verilerine yetkisiz erişimi yasaklamaktadır. Kanun, iş ilişkileri çerçevesinde sektör bakımından kamu/özel gibi herhangi bir ayırım öngörmediğinden bütün çalışanlar için uygulanabilir niteliktedir.

Wiretap Act, temel olarak, herhangi bir kablolu, elektronik veya sözlü iletişimin elektronik, mekanik ya da diğer bir araç yoluyla işitsel ya da başka bir şekilde hukuka aykırı olarak dinlenmesini/ele geçirilmesini düzenlemektedir. Kanuna göre kablolu iletişim, gönderici ve alıcı arasında kablo, tel vb. yoluyla yapılan işitsel transferi ifade etmektedir. Kablolu iletişim, hem transferi hem depolamayı içermektedir.<sup>42</sup> Sözlü iletişim, dinlemeye konu edilmediği yönünde meşru bir beklentiyle yapılan herhangi bir sözlü iletişimi ifade etmektedir. Elektronik iletişim kavramı ise; eyaletler arası ya da dış ticareti etkileyen herhangi bir kablo, radyo, elektromanyetik, foto-elektronik ya da foto-optik sistem yoluyla kısmen ya da tamamen transfer edilen herhangi bir işaret, yazı, görüntü, ses, veri ya da her türlü bilgi kablolu ya da sözlü haberleşmeyi ifade etmektedir. Bununla birlikte, kanuna göre elektronik iletişim, sesli çağrı cihazlarıyla yapılan haberleşmeyi, izleme cihazlarıyla (tracking device) yapılan iletişimi ve finans kurumlarınca fonların elektronik kaydı ve transferi için kullanılan iletişim sistemlerinde depolanan elektronik fon transferi bilgilerini kapsamamaktadır. Diğer bir ifadeyle, elektronik iletişimin kapsamı yalnızca e-posta ve internet ile sınırlandırılmıştır.<sup>43</sup>

İşyerinde işçilerin kablolu, sözlü iletişimlerini, e-posta ya da internet iletişimlerine yönelik müdahaleler Wiretap Act kapsamındadır. Bununla birlikte işçilerin ses kaydetmeyen bir video kamera ile izlenmesi kanun kapsamı dışındadır. Zira bu durumda işçilerin elektronik ya da sözlü iletişimine yönelik herhangi müdahale yoktur.<sup>44</sup> Bununla birlikte sesli video kamera ile izleme kanun kapsamında sözlü iletişime yönelik bir müdahale oluşturur.<sup>45</sup>

42 John Bohach v. The City of Reno, Birleşik Devletler Nevada Bölge Mahkemesi kararı, No. CV-N-96-403-ECR, 23.07.1996.

43 Watt, Electronic workplace surveillance (...), s. 46.

44 United States v. Koyomejian, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, No. 90/50218, 01.07.1992, para. 10-14.

45 United States v. Koyomejian, a.g.e., para. 14.

Wiretap Act kapsamındaki izleme-dinlemeler için (1) hizmet sağlayıcı, (2) rıza ve (3) iş amacı kapsamı şeklinde üç istisna öngörülmüştür. İlk istisnaya göre kablolu ya da elektronik iletişim hizmeti sağlayıcılarının, kendi görevlerinin normal işleyişi içerisinde veya hizmet sağlayıcının mülkiyeti ya da haklarının korunması için gerekli durumlarda haberleşmeleri izlemesi hukuka uygundur. İkinci istisnaya göre haberleşmenin taraflarından birinin dinleme-izleme için önceden rızası varsa dinleme kanuna uygundur. Bununla birlikte, rıza, örneğin işçinin yalnızca iş ile ilgili telefon görüşmelerinin dinlenebileceği gibi durumlarla sınırlı tutulabilir. Rızanın kapsamını ve kapsamın ne derece aşıldığını tespit etmek yargı organlarının yetkisindedir.<sup>46</sup> Son olarak, işverenin iş ile ilgili meşru ve makul bir gerekçeyi ortaya koyması durumunda işçilerin iletişimini izlemesi istisna olarak öngörülmüştür.<sup>47</sup>

Kayıtlı İletişim Kanunu (SCA) ise elektronik kayıtlarda bulunan haberleşmelere kasten yetkisiz olarak erişimi yasaklamaktadır. SCA kapsamındaki bir belleğe erişimin hukuka uygun olması için iki istisna öngörülmüştür. Bunlardan ilki hizmet sağlayıcı istisnasıdır. Elektronik haberleşmenin izlenmesinde olduğu gibi depolanan iletişime erişimde de iletişimin hizmet sağlayıcısı depolanan iletişime erişme hakkına sahiptir. Örneğin bir işveren, işçilerinin kullandığı bilgisayar, e-posta veya diğer iletişim hizmetlerinin sağlayıcısı durumundaysa, işverenin işçilerinin kayıtlı yazışmalarına erişim yetkisi bulunmaktadır.<sup>48</sup> Bir diğer

46 Carmie Watkins v. L.M. Berry & Company, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 11. Daire, No.82-7007, 02.05.1983.

47 İşverenlerin çalışanlarını izleme nedenleri genel olarak birkaç başlık altında toplanabilir. İlk olarak bazı fikri mülkiyet varlıklarının korunması amacı söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda işverenler gizli ve özel bilgilerin şirket dışına taşınmasını engellemek isteyebilir. İkinci olarak çalışanların verimini korumak ve artırmak için izleme faaliyeti gerçekleştirilebilmekte, bu kapsamda internet veya ekipman kullanımının ne oranda iş ile ilgili amaçlarla kullanıldığı izlenebilmektedir. Üçüncü olarak çalışanların bazı fiillerinden hukuken sorumlu olan işverenler bu sorumluluklarını sınırlamak ya da gereğini yerine getirebilmek için çalışanları izleyebilmektedir. Örneğin iş bilgisayarında çocuk pornografisi içeriği barındıran bir çalışanın varlığını haber alan bir işverenin bu konuda soruşturma yapmaması ve gerekli önlemleri almaması, hukuki sorumluluğunu doğurabilmektedir. bkz. Doe v. XYZ Corporation, New Jersey Yüksek Mahkemesi Temyiz Dairesi, 27.12.2005, <http://caselaw.findlaw.com/nj-superior-court-appellate-division/1270273.html> (Erişim tarihi: 20.02.2018). Öte yandan barışçıl bir işyeri ortamı oluşturulması da işverenlerin izleme uygulamalarıyla izledikleri amaçlardan biridir. bkz. Robert Sprague, "Applying the Electronic Communications Privacy Act in the Workplace: Struggling to Keep Pace with Paradigm Shifts in Technology", 2010, s. 6-8, <https://ssrn.com/abstract=1728197> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

48 John Bohach v. The City of Reno.

istisna ise haberleşmenin taraflarından birinin rızasının söz konusu olmasıdır.<sup>49</sup>

John Bohach v. The City of Reno kararına konu olayda Reno Polis departmanında çalışan davacılar, departmanın “Alphapage” mesaj sistemi ile mesajlaşmış ve bazı mesajlar nedeniyle soruşturma geçirmişlerdir. Mahkeme, işveren polis departmanının hizmet sağlayıcı olması nedeniyle kayıtlı mesajlara dilediği gibi erişebileceğini belirtmiş, kişilerin meşru mahremiyet beklentisi olamayacağına karar vermiştir.<sup>50</sup>

SCA, iletişim hizmeti sağlayıcılarının özel haberleşmeleri belirli kurum ve kişilere açıklamasını yasaklamaktadır. Kanun kapsamında “elektronik iletişim hizmeti (ECS)” ve “uzaktan bilişim hizmeti (RCS)” iki kavram ön plana çıkmaktadır. Kanun bu iki tür hizmetin sağlayıcılarının sorumluluklarını düzenlemektedir. ECS, kullanıcılara kablolu ya da elektronik iletileri alma veya gönderme imkanı sunan (e-posta ya da mesajlaşma gibi) her türlü hizmeti ifade etmekte olup<sup>51</sup> ECS sağlayıcısının elektronik depodaki haberleşme içeriklerini, iletinin alıcısı hariç, kasıtlı olarak herhangi bir kişi ya da kuruluşa vermesi yasaklanmıştır.<sup>52</sup> RCS ise elektronik iletişim sistemi aracılığıyla “veri işleme hizmetleri” veya kamuya “bilgisayar belleği - veri deposu” sağlama olarak nitelendirilmiştir.<sup>53</sup> Bu hizmete örnek olarak, hizmet sağlayıcısı tarafından, bir hastanenin hastalarının ya da bankanın müşterilerinin kişisel verilerinin bu kurumlar adına bir veri deposunda tutulması verilebilir. SCA, RCS sağlayıcısının hizmette oluşturulan ya da taşınan her türlü iletişim içeriğini, abonesi dışında, herhangi bir kişi veya kuruluşlara kasten vermesini yasaklamakta ve kişisel verileri korumaktadır. RCS, ECS sağlayıcısından farklı olarak, iletişim içeriklerini abonesinin hukuka uygun rızasıyla açıklayabilir.<sup>54</sup>

Ontario v. Quon davasında,<sup>55</sup> Quon’un ileri sürdüğü tek iddia 4. Anayasa Değişikliği ihlali olmamıştır. Davacı, ilk derece mahkemesi ve

49 Watt, Electronic workplace surveillance, s. 51.

50 John Bohach v. The City of Reno.

51 § 2510(15)

52 § 2702(a)(1), (b)(1), (b)(3).

53 § 2711(2)

54 § 2702(a)(2), (b)(3).

55 Bkz. “Anayasal Seviyedeki Düzenleme: “Fourth Amendment”” başlığı.

temyiz aşamalarında, aynı zamanda polis departmanının hizmet sağlayıcısı olan Arch Wireless isimli özel hukuk tüzel kişiliğine sahip şirket hakkında da SCA'nın ihlal edildiği şikayetinde bulunmuştur.<sup>56</sup> Temyiz mahkemesi Arch Wireless şirketinin somut olaydaki konumunun SCA çerçevesinde elektronik iletişim hizmeti sağlayıcısı mı yoksa uzaktan bilişim hizmeti sağlayıcısı mı olduğunu araştırmıştır. Zira polis departmanı mesajların alıcısı ya da göndericisi değil, Arch Wireless şirketinin bir abonesi konumundadır. Mahkeme Arch Wireless şirketinin veri depolama hizmeti sunmadığına, polis departmanı çalışanlarına yazılı mesaj hizmeti sunduğuna ve ECS konumunda olduğuna, bu nedenle ilgili mesajlaşmaların içeriklerini iletilerin alıcısı konumunda olmayan Departmana göndermesinin SCA'nın ihlali olduğuna karar vermiştir.<sup>57</sup>

Elektronik İletişim Mahremiyeti Kanunu, her ne kadar 4. Anayasa Değişikliği korumasından daha ileri bir düzenleme olsa da, sunduğu koruma kapsamı ve mahkemelerin yaklaşımları bakımından tartışmaya açık bir düzenlemedir.<sup>58</sup> Kanunda yer alan istisnalar, genel kuralların uygulanmasını zorlaştıracak derecede etkilidir. Mahremiyet beklentisinin kabul edildiği bazı durumlarda; işveren hizmet sağlayıcı konumunda olduğunda, işçinin (açık ya da örtülü) rızası söz konusu olduğunda ya da işverenin iş ile ilgili meşru gerekçesi kabul edildiği takdirde uyumsuzlukla ilgili kurallar işveren lehine yorumlanabilmektedir.<sup>59</sup> 1986 yılında çıkarılan bu kanunun artık modern iş ilişkilerine ve iletişim teknolojisinin toplumda yarattığı hızlı değişime ayak uyduramadığı, özel yaşam hakkı ile işverenin çıkarları arasında denge kurulamadığı ve bu nedenle değiştirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.<sup>60</sup>

56 Ontario v. Quon, s. 1. Temyiz Mahkemesi kararı için bkz. Quon v. Arch Wireless Operating Co. Inc., Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire kararı, No: 07/55282, 18.06.2008, <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1144813.html> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

57 Quon v. Arch Wireless Operating Co. Inc., IV / A No.lu başlık: "Stored Communications Act".

58 Watson, "The Private Workplace (...)", s. 92.

59 Watt, Electronic workplace surveillance, s. 55.

60 Konuyla ilgili değişik zamanlarda birçok yasama girişimi de gerçekleştirilmiş; fakat henüz bir ilerleme kaydedilmemiştir. İşçiye yönelik elektronik izlemenin düzenlendiği bir kanun önerisi için bkz. "Notice of Electronic Monitoring Act" <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/house-bill/4908/text> (Erişim tarihi: 24.02.2018). American Association of Law Libraries kurulunun Kongre'ye E-Posta Mahremiyeti Kanunu teklifi hakkındaki çağrısı, <https://www.aallnet.org/wp-content/uploads/2017/11/2017-IB-One-Pager-Reforms-to-the-Electronic-Communications-Privacy-Act.pdf> (Erişim tarihi: 20.02.2018).

### c) Common Law

Anglo-Sakson hukuk sisteminde, örf ve adet kuralları, içtihatlar ve dağınık haldeki kanunlar hukukun kaynağını oluşturmaktadır. Bu sistem soyut normların somut olaylara uygulanmasından ibaret olmayıp birçok konuda hakimler tarafından yaratılan (judge-made law) içtihatlar esas alınmaktadır. Anglo-Sakson sistemi önemli oranda dağınık ve yoğun içtihatlarla dayandığından hukuk uygulayıcıları bakımından Kıta Avrupası'na göre daha zor bir yöntem sunmaktadır.

Common law sisteminin geçerli olduğu Amerikan hukukunda, yargıçların, avukatların ve akademisyenlerin geliştirdiği doktrinlerin, emsal kararların derlendiği ve bu şekilde common law'a ilişkin genel ilkelerin ortaya konulduğu, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından "Restatement" olarak yayımlanan şerh niteliğindeki bilimsel eserler temel bir role sahiptir. Restatement'larda yer alan ilke, kural ve doktrinler, hukuki bağlayıcılığı olmasa da birçok içtihadı ve doktrini bir araya getirdiğinden ve Amerikan hukukunun gelişim çizgisini ortaya koyduğundan, Amerikan yargısında önemli ölçüde referans olarak kullanılmaktadır.

Özel yaşama/mahremiyete müdahale bir haksız fiil olarak görülmekte ve bu konuya ikinci Restatement of Torts şerhinde yer verilmektedir. Restatement'ta yer alan, çalışanların işverenlere karşı en fazla ileri sürdükleri haksız fiil davası, kişinin mahrem kalmasını istediği alanı ihlal etmektir (intrusion upon seclusion).<sup>61</sup>

İş ilişkilerinde mahremiyetin ihlali bakımından, genel olarak, davacı öncelikle kişinin mahrem alanına, tek başlılığına, özel ilişki veya işlerine bir müdahalenin olduğunu; müdahalenin kasıtlı gerçekleştiğini; işçi olarak makul bir mahremiyet beklentisi olduğunu ve müdahalenin makul bir kişiye göre yüksek derecede saldırgan olduğunu göstermelidir.<sup>62</sup> Müdahalenin makul olmaması, haksız veya izinsiz olması, ihlalin saldırganlığını belirlemektedir.<sup>63</sup>

61 § 652B: Intrusion Upon Seclusion: "One who intentionally intrudes, physically or otherwise, upon the solitude or seclusion of another or his private affairs or concerns, is subject to liability to the other for invasion of his privacy, if the intrusion would be highly offensive to a reasonable person." Restatement of the Law, Second, Torts, § 652, The American Law Institute, [http://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy\\_R2d\\_Torts\\_Sections.htm](http://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm) (Erişim tarihi: 24.02.2018).

62 Comments of § 652B.

63 McLaren v. Microsoft Corp., Texas Temyiz Mahkemesi kararı, No: 05-97-00824-CV, 28.05.1999.

McLaren v. Microsoft Corp. davasında, iş bilgisayarındaki kişisel bir klasörde kayıtlı e-postaların işveren tarafından incelenmesi ve cinsel şiddet içeren e-posta içeriklerine ulaşılması nedeniyle işten çıkarılan bir Microsoft çalışanı mahremiyet iddiasında bulunmuştur. Mahkeme, şirket bilgisayarının McLaren'in kişisel mülkiyetinde olmadığını, ofis ortamının bir parçası olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca bahse konu e-postaların, her ne kadar kişisel klasörde bulundurulmalar da, kişisel klasöre kaydedilmeden önce üçüncü kişilerin erişimine bir noktada açık olan bir ağ üzerinden iletildiğini belirterek, bu nedenle bir şifreye korunsa bile kişinin mahremiyet beklentisinin kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Mahkeme, davacının mahremiyet beklentisi kabul edildiği varsayımında dahi müdahalenin yüksek derecede saldırgan olarak nitelendirilemeyeceğini vurgulamıştır. Mahkeme, e-posta mesajlarına erişildiği tarihlerde kişi hakkında cinsel saldırı suçlarından yürütülen bir soruşturma bulunduğunu ve bazı e-postaların soruşturmaya ilgisi olduğunu belirtmiş ve Microsoft'un bu mesajlara erişimdeki haklı menfaatinin kişinin mahremiyet hakkına üstün geleceği sonucuna ulaşmıştır.<sup>64</sup>

Smyth v. The Pillsbury Company davasında,<sup>65</sup> işçinin işveren tarafından tahsis edilen bir e-posta sistemi üzerinden gönderdiği bazı e-postaların uygunsuz ve profesyonellik dışı içerikler barındırdığı gerekçesiyle işine son verilmiştir. Bu davaya konu olayda işveren, önceden, çalışanlarına e-posta mesajlaşmalarının gizli kalacağı ve korunacağına dair garanti vermiştir. Smyth, bu gizliliğe güvenerek, yöneticisinin gönderdiği bazı e-postalara evinde bulunan kendi bilgisayarından fakat işverenin e-posta sistemi üzerinden cevap vermiştir. Bununla birlikte daha sonraki bir tarihte bu yazışmalardan ötürü sözleşmesi feshedilmiştir.<sup>66</sup>

64 McLaren v. Microsoft Corp., para. 4-5.

65 Smyth v. The Pillsbury Company, Pennsylvania Bölge Mahkemesi kararı, No: 95-5712, 23.01.1996, [https://cyber.harvard.edu/privacy/smyth\\_v\\_pillsbury.htm](https://cyber.harvard.edu/privacy/smyth_v_pillsbury.htm) (Erişim tarihi: 24.02.2018).

66 Söz konusu dava, temel olarak, iş sözleşmesinin haksız feshi iddiasına dayanmaktadır. Pennsylvania -ve bazı başka federe devletlerin- kanunlarına göre işveren, işçinin sözleşmesini sözleşmede aksi yönde bir kayıt bulunmadığı sürece istediği zaman feshedebilmektedir. Kuralın tek istisnası, feshin kamu düzeni gerekçesiyle kabul edilemez nitelikte olmasıdır. Örneğin bir işçinin jüri görevine gitmesi nedeniyle sözleşmesi feshedilemez, ya da eski bir mahkumiyet kararının varlığı işe alınmama nedeni olamaz. Bu davada, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi'nin "mahremiyetin ihlali sonucu iş sözleşmesinin feshedilmesinin de kamu düzenini ihlal edeceği" yönündeki Borse v. Piece Goods Shop Inc. emsal kararına atf yapan Mahkeme, feshin kamu düzenini ihlal edip etmediğinin tespiti için uyuşmazlığı "intrusion upon seclusion" bağlamında incelemiştir.



Konuyla ilgili Restatement'a atıf yapan Mahkeme, mahrem alanın ihlali iddialarını incelerken öncelikle mahremiyet beklentisini değerlendirmiş, işverenin gizlilik garantisi olsun ya da olmasın bir çalışanın yöneticisiyle iş e-posta sisteminden kendi isteğiyle yaptığı yazışmada meşru mahremiyet beklentisinin varlığının kabul edilemeyeceğini belirlemiştir. Mahkeme'ye göre, kişinin mahremiyet beklentisinin makul görülmesi olasılığında dahi, işveren işçiden herhangi bir kişisel veriyi ifşa etmesini talep etmemiş ya da işçinin kendisine ve kişisel eşyalarına bir müdahalede bulunmamıştır. Ayrıca şirketin kendi e-posta sistemi üzerinden yapılan uygunsuz ve profesyonellik dışı yorumları ya da illegal faaliyetleri önlemedeki menfaatinin bu e-postaları yazan işçinin mahremiyet menfaatinden daha ağır basacağı sonucuna ulaşmıştır.<sup>67</sup>

### **Amerikan Yaklaşımının Değerlendirilmesi**

Özel yaşam hakkına ve işyerindeki mahremiyete dair yaklaşım yönünden Amerikan ve Avrupa uygulamasının birbirinden önemli ölçüde ayrıldığı görülmektedir. Bununla birlikte dağınık bir görünümdeki Amerikan Anayasal, kanuni ve içtihadı koruma mekanizmalarının kendi aralarında birtakım ortak noktalarda birleştiği görülmektedir.

Amerika yargı organları, işçilerin mahremiyet iddialarını içeren davalarda ilk olarak subjektif ve objektif mahremiyet beklentisinin varlığını belirlemeye çalışmaktadır. Bu belirlemeyi yaparken öncelikle kişinin subjektif mahremiyet iddiasını tespit eden mahkemeler, bu beklentinin toplum tarafından makul görülebilecek bir beklenti olup olmadığını her somut olayın koşullarına göre değerlendirmektedir.<sup>68</sup> İş için tah-

---

Ayrıca bkz. *Borse v. Piece Goods Shop Inc.*, Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 3. Daire, No: 13.05.1992, <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/963/611/243552/> (Erişim tarihi: 24.02.2018).

67 *Smyth v. The Pillsbury Company.*

68 Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'nin kişilerin işveren tarafından tahsis edilen elektronik iletişim cihazlarıyla yaptıkları kişisel mesajlaşmalarda mahremiyet beklentilerinin bulunup bulunmadığı konusundaki yaklaşımı çelişkilidir. Mahkeme, Quon kararında iletişimin içeriği bakımından mahremiyet beklentisinin varlığını, aksi yönde bir işyeri düzenlemesinin varlığına rağmen, önce kabul etmiştir. Buna rağmen daha sonra müdahalenin makullüğünü incelerken, mesajların denetleneceğine dair işveren duyurusunu dikkate alarak, Quon'un mesajlaşmaların içeriğinin denetlenebileceğini öngörmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Halbuki bu husus, kanımızca, müdahalenin makullüğü gerekçesi yerine ancak mahremiyet beklentisinin varlığı ile ilgili bir değerlendirmenin gerekçesi olabilir.

sis edilen ekipmanların kişisel amaçlarla kullanılmayacağı konusunda işçilere imzalatılan ya da duyurulan işyeri düzenlemeleri mahkemeler tarafından kıstas alınmakta ve işveren lehine verilen yargı kararların dayanağını oluşturabilmektedir. Bu düzenlemelerde mahkemeler, iletişimin hangi amaçlarla ne zaman ve nasıl izleneceğine dair uyarıların yer alıp almadığı ve imzalayan işçinin rızasının özgür iradeye dayanıp dayanmadığı hususlarını incelememekte, özel amaçlı kullanımın yasaklandığının duyurulmuş olmasını yeterli görmektedir. İşçinin kullandığı ekipmanın veya çalışma alanının mülkiyetinin işverene ait olması da mahremiyet beklentisi tespit edilirken dikkate alınmaktadır.

Objektif mahremiyet beklentisinin ortaya konulduğu durumlarda bahse konu mahremiyet hakkına yapılan müdahalenin amaç ve kapsamının makul olup olmadığı araştırılmaktadır. Müdahale işverenin meşru bir amacına dayanmalı ve kişinin mahremiyetine aşırı derecede müdahale edilmemelidir. İşverenin; disiplin, işin yürütümü ve işçilerin performansının denetimi ile ilgili meşru amaçları çoğunlukla kabul edilmektedir. “Müdahalenin aşırı olup olmadığı” incelemesi ise her ne kadar ölçülülük incelemesini andırsa da mahremiyete en az müdahale eden aracın seçilmesi şeklindeki “gerekliklik” kriteri Yüksek Mahkeme tarafından açıkça reddedilmektedir. Bu yönleriyle mahkemelerin yaklaşımı, işçilerin mahremiyet haklarını işveren menfaatleri lehine oldukça daraltmaktadır.<sup>69</sup>

Lewis’e göre, mevcut yaklaşım, mahremiyeti herkese karşı ileri sürülebilecek bir temel hak olarak değil, iş ilişkisi kurulması karşılığında pazarlık konusu yapılan ve çoğunlukla da feragat edilen bir kişisel mülkiyet unsuru olarak konumlandırmaktadır.<sup>70</sup> Lewis, çalışmasında Avrupa Birliği düzenlemelerinin Birleşik Krallık hukukundaki yansıması olan Veri Koruma Kanunu’nu (Data Protection Act) Amerikan hukukundaki ECPA ile karşılaştırmakta ve ECPA’nın yerine Veri Koruma Kanunu gibi bir kanunun getirilmesini önermektedir. Bu da aslında Avrupa Birliği standartlarının önerildiği anlamına gelmekte olup çalışmanın izleyen bölümünde bahse konu standartlara ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaklaşımına yer verilecektir.

69 Benzer yönde bir görüş için bkz. Mehmet Tekergül, İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, s. 43.

70 Lewis, “Employee E-mail Privacy (...)”, s. 979.

### III. AVRUPA BİRLİĞİ MEVZUATI

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesi<sup>71</sup> uyarınca “Herkes, kendisine ilişkin kişisel bilgilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir”. Bu madde çerçevesinde genel hatlarıyla düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin “95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi”<sup>72</sup> ve 25 Mayıs 2018 tarihinde bu Direktifi ilga ederek yürürlüğe girecek olan “2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü”<sup>73</sup> uygulanacak temel kanuni çerçeveyi sunmaktadır.

AB mevzuatı kapsamında iş yerinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak spesifik bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Ancak iş ilişkisi çerçevesindeki kişisel verilerin işlenmesi bakımından yaygın sorunlara ilişkin olarak, 95/46/EC sayılı Direktifin 29. maddesi çerçevesinde kurulan ve bağımsız bir danışma kurulu niteliğinde faaliyet gösteren “Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu”, işyerinde işveren ve çalışan arasındaki ilişkiye dair birtakım esaslar belirlemiştir.<sup>74</sup>

“Madde 29 Çalışma Grubu” tarafından belirtilen esaslara göre öncelikle işyerindeki veri işleme faaliyetlerinin çoğunluğu için kanuni dayanak, işveren ile çalışan arasındaki ilişkinin doğası nedeniyle, çalışanların rızası olmamalıdır.<sup>75</sup> 95/46/EC sayılı Direktife göre rıza; özgür irade çerçevesinde verilmiş, belirli bir konuya ilişkin ve bilgilendirmeye dayalı olmalıdır. Ayrıca rızanın geçerli kabul edilmesi için geri alınabilir olması da gerekmektedir.<sup>76</sup> İşçi-işveren ilişkisinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda veri işleme faaliyetinin işçinin rızasına dayanarak meşrulaştırılması doğru olmayacaktır. Özellikle rızanın gerekli olduğu ve bu rızanın verilmemesi halinde işçinin aleyhine birtakım sonuçların doğma ihtimali olduğu hallerde bu rızanın geçerli bir rıza olduğun-

71 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, C 326/391, 26.10.2012.

72 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi, 95/46/EC, 24 Ekim 1995

73 Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü, 2016/679, 27 Nisan 2016.

74 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, Brussels, 08.06.2017.

75 Madde 7 (a); Article 29 Working Party, Opinion 08/2001 on the processing of personal data in the employment context, WP 48, 13.09.2001.

76 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, Brussels, 08.06.2017, s.6.

dan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Nitekim iş ilişkisinin niteliği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu durumun sıklıkla ortaya çıkması mümkün olacaktır. Bu nedenle işverenin izleme faaliyetleri bakımından işçinin rızasından başka kanuni dayanaklar mevcut olmalıdır.<sup>77</sup>

İşçinin rızasının işleme faaliyeti bakımından kanuni dayanak oluşturduğu hallerde dahi işçinin taleplerinin aktif şekilde uygulanabilir olması gerekmektedir. Örneğin, işçinin kullanımına sunulan aygıtların varsayılan ayarlarının izlemeye ayarlı olması ve işçinin bu ayarları kapatma imkanına sahip olması dahi uygun bir yöntem olmayacaktır. Çünkü rıza; aktif bir eylemi içermelidir ve işçinin izleme faaliyetini kendi eylemi ile aktifleştirmesi daha uygun olacaktır.<sup>78</sup> Dolayısıyla işveren tarafından verilen aygıtlarda, ilk etapta izleme seçeneği devre dışı olmalıdır ve işçi rızası dahilinde kendi eylemiyle bu seçeneği aktif hale getirmelidir.

95/46/EC sayılı Direktifin 7 (f) maddesine<sup>79</sup> göre, işverenlerin işleme faaliyetlerini meşru menfaatlerine dayandırmaları söz konusu olabilecektir. Ancak bu durumda işleme faaliyeti meşru bir amaca sahip olmalıdır ve işleme yöntemi ile bunun için kullanılacak teknoloji, işverenin meşru menfaatinin gerçekleşmesi için gerekli olmalıdır. Ayrıca söz konusu işleme faaliyeti iş gerekleri bakımından da orantılı olmalıdır. Dolayısıyla işleme faaliyeti, işveren tarafından mümkün olan en az müdahaleci yöntemle gerçekleştirilmelidir.<sup>80</sup>

Ancak işverenin meşru menfaati kavramına kanuni gerekçe olarak dayanabilmek için söz konusu meşru menfaatler ile çalışanların temel hak ve özgürlükleri arasında uygun bir dengenin sağlanması adına özel tedbirlerin alınması zorunludur. İzleme biçimine bağlı olarak çeşitlendirilebilecek olan bu tedbirler, çalışanların gizliliğini ihlal etmemek amacıyla izlemeyle ilgili birtakım sınırlamaları içermelidir. Söz konusu tedbirler, üç şekilde sınıflandırılabilir: Coğrafi, veri odaklı ve zamanla

77 A.g.e., s.7.

78 A.g.e.

79 Madde 7(f): “İşleme, bu tür menfaatlerin, madde 1 (1) kapsamında koruma gerektiren veri öznesinin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili menfaatleri çiğnemesi baricinde, verilerin açıklandığı üçüncü şahıs veya şahıslar tarafından ya da denetleyici tarafından takip edilen meşru menfaatlerin amaçları için gerektiyse”, 95/46/EC, 24 Ekim 1995.

80 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017, s.7.

ilgili tedbirler. İlk olarak coğrafi bakımdan izleme faaliyetleri sadece belirli alanlar bakımından mevcut olmalı ve dinlenme ve ibadet alanları gibi hassas yerlerdeki izleme faaliyetleri yasaklanmalıdır. İkinci olarak, işçilerin kişisel elektronik dosyaları ve şahsi haberleşmeleri izlenmemelidir. Üçüncü olarak ise sürekli bir izleme faaliyeti yerine örnekleme yöntemi benimsenmelidir.<sup>81</sup>

İzleme faaliyetleri esnasında işveren tarafından şeffaflık gereklerinin de önemle yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda çalışanların herhangi bir izleme faaliyetinin varlığı, amaçları ve bu izleme faaliyetinin orantılılığına ilişkin tüm konularda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Özellikle teknolojinin gelişimi ve çok daha spesifik izleme faaliyetlerinin ortaya çıkması şeffaflık ilkesinin uygulanmasını daha fazla gerekli kılmaktadır.<sup>82</sup>

95/46/EC sayılı Direktif'in yerine yürürlüğe girecek olan 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü ise Direktif'le getirilen bu esasları korumakla birlikte Kişisel Veri Etki Değerlendirmesi<sup>83</sup> gibi ek birtakım korumalar öngörmektedir. Tüzük'ün 88. maddesi<sup>84</sup> özel olarak iş ilişkisi kapsamında kişisel verilerin işlenmesi düzenlemektedir. Ayrıca bu Tüzük kapsamında Madde 29 Çalışma Grubu tarafından yeni bir rapor hazırlanmış<sup>85</sup> ve işyerinde yeni teknolojinin kullanıldığı bazı örnek

81 A.g.e., s.8.

82 A.g.e.

83 A.g.e.

84 "Madde 88: 1. *Member States may, by law or by collective agreements, provide for more specific rules to ensure the protection of the rights and freedoms in respect of the processing of employees' personal data in the employment context, in particular for the purposes of the recruitment, the performance of the contract of employment, including discharge of obligations laid down by law or by collective agreements, management, planning and organisation of work, equality and diversity in the workplace, health and safety at work, protection of employer's or customer's property and for the purposes of the exercise and enjoyment, on an individual or collective basis, of rights and benefits related to employment, and for the purpose of the termination of the employment relationship.*

2. *Those rules shall include suitable and specific measures to safeguard the data subject's human dignity, legitimate interests and fundamental rights, with particular regard to the transparency of processing, the transfer of personal data within a group of undertakings, or a group of enterprises engaged in a joint economic activity and monitoring systems at the work place.*

3. *Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it adopts pursuant to paragraph 1, by 25 May 2018 and, without delay, any subsequent amendment affecting them."*

85 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017, a.g.e.

durumlar üzerinde durulmuş ve bu spesifik durumlara ilişkin olarak insan onuru, meşru menfaat ve çalışanların temel haklarını koruma amacı sağlayan birtakım tedbirler vurgulanmıştır.

Bu kapsamda, çalışanın elektronik iletişiminin takip edilmesi, çalışanların mahremiyetine müdahalenin en yaygın örneklerinden birisini teşkil etmektedir. Bu çerçevede; işyerinde kullanılan ağın korunması ve çalışanlar ile müşterilere ait kişisel verilerin yetkisiz üçüncü kişiler tarafından erişiminin engellenmesi adına alınacak tedbirleri, işverenlerin meşru menfaati kapsamında yorumlamak mümkün olacaktır. Bununla birlikte çalışanların elektronik iletişiminin bütünüyle izlenmesi, iletişimin gizliliği hakkı ile çatışan orantısız bir tedbir olacaktır. İşveren, verilerin gizliliğini ve ağın güvenliğini korumak için öncelikle daha az müdahale içeren araçları araştırmalıdır. Bu kapsamda Madde 29 Çalışma Grubu iyi bir uygulama örneği olarak, işverenlerin çalışanlar için takip edilmeyen erişim imkanları sunabileceğini belirtmektedir. Zira çalışanların işyerinde kendi özel ihtiyaçları için kullanabileceği meşru birtakım olanaklara sahip olma hakkı mevcuttur. Bu doğrultuda işverenler; ücretsiz WiFi, bağımsız aygıtlar veya gizliliğinin sağlanması için uygun güvenlik tedbirlerine sahip bazı bölümler oluşturarak işçilerin bu meşru beklentisini karşılayabilirler. Bunun yanı sıra, işverenler tarafından izleme yerine önleme politikasının benimsenmesi tavsiye edilmektedir. Örneğin çalışanın sürekli olarak iletişiminin izlenmesinden ziyade belirli internet sitelerine girişinin engellenmesi yoluyla işverenin menfaatlerinin korunması daha uygun bir tedbir olarak görülmektedir.<sup>86</sup>

Klasik çalışma düzenlerinin değişmesi ile birlikte işyeri kavramı da nitelik değiştirmekte ve çalışanların sabit bir ofisten ziyade uzaktan çalışabilme imkanları ortaya çıkmaktadır. Kimi durumlarda çalışanların kendilerine ait mekanlarda ve kişisel cihazlarını kullanarak işlerini yerine getirmeleri söz konusu olmaktadır. Bu durumlarda çalışanların takip edilmesi konusunda işverenlerin daha dikkatli olmaları ve cihazların özel ve iş amaçlı kullanımının ayırt edilmesini sağlayacak uygun tedbirlerin alınması gerekmektedir.<sup>87</sup>

86 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017, a.g.e., s.15.

87 A.g.e. s.17.

Çalışanların mahremiyetine ilişkin olarak Madde 29 Çalışma Grubu tarafından hazırlanan görüşte öne çıkan bir diğer önemli konu da çalışanların kullandığı işverene ait araçların izlenmesidir. Bu durumda işverenin, kullandığı aracın izlendiği ve hareketlerinin kaydedildiği konusunda çalışanını açıkça uyarması gerekmektedir. İşverene ait araçların çalışanların kişisel kullanımına da sunulabileceği durumlarda ise izleme faaliyetinin geçici olarak kapatılabileceği bir sistemin (opt-out) mevcut olması gerekmektedir.<sup>88</sup> Böylece çalışan; aracı kişisel amaçları için kullanmaya başladığı zamanlarda izleme faaliyetini kapatabilecek ve özel yaşamına ilişkin bir takip söz konusu olmayacaktır.

Görüldüğü üzere, özellikle Amerika ile karşılaştırıldığında, Avrupa Birliği'nde konuyla ilgili oldukça ileri düzenlemeler yapılmıştır. İlk olarak, rızaya ilişkin ABD sisteminde bulunmayan önemli kriterler getirilmiş, işçi-işveren ilişkisindeki rıza olgusunun sorunlu olması nedeniyle izleme uygulamalarında rızanın dışında başka bir kanuni dayanağın da aranması gerektiği belirtilmiştir. İşverenin meşru menfaati ve izleme faaliyeti arasında ölçülülük ilişkisi bulunması gerektiği öngörülmüş, ABD Yüksek Mahkemesi'nin içtihadının aksine, mahremiyete en az müdahale eden aracın seçilmesi tavsiye edilmiştir. İzleme uygulamasında şeffaflık ilkesi ifade edilmiştir. Çalışanların işyerinde de mahremiyet beklentilerinin bulunduğu ve bu beklentinin karşılanması amacıyla işyerinde özel ihtiyaçlar için kullanılacak olanakların sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Yine de bu ileri koruma sistemine karşın Avrupa Birliği ülkelerinde işçilerin kişisel verilerinin korunması noktasında yeknesak bir anlayışın söz konusu olduğu söylenemez.<sup>89</sup>

#### **IV. AVRUPA KONSEYİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**

İş ilişkisi kapsamında özel yaşama saygı hakkının korunması konusunda Avrupa Konseyi standartları ve özel olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AIHM", "Mahkeme") uygulamaları büyük önem taşımaktadır.

Kişisel verilerin korunması konusunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleş-

88 Article 29 Working Party, Opinion 2/2017, a.g.e., s.20.

89 Bkz. "Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Uluslararası Düzenlemeler" başlığı.

mesi'nin ("AİHS", "Sözleşme") 8. maddesinde<sup>90</sup> düzenlenen özel yaşama saygı hakkı kapsamında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından geliştirilen içtihat oldukça önemli bir yere sahiptir. Bununla birlikte 28.01.1981 tarihli "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi" ile "İş Kapsamında Kişisel Verilen İşlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı"<sup>91</sup> bu konuya ilişkin kriterlerin belirlenmesi anlamında tamamlayıcı bir rol oynamaktadır.

AİHM'in işyerinde çalışanların izlenmesine ilişkin kararları belirtildiği üzere Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede; çalışanın mahremiyetine ilişkin müdahalenin kanun kapsamında öngörülüp öngörülmediği, meşru bir amaca sahip olup olmadığı ve bu amaçla orantılı bir tedbirin uygulanıp uygulanmadığı incelenmektedir.

İlk olarak Halford v. Birleşik Krallık<sup>92</sup> davasında çalışanın izlenmesi konusu gündeme gelmiştir. Söz konusu davada, terfi talepleri reddedilen bir kadın polis memuru olan başvuru, hakkında bilgi toplamak amacıyla evinde ve ofisinde yaptığı telefon görüşmelerinin dinlendiğini iddia etmiştir. Mahkeme bu telefon görüşmelerinin Sözleşme'nin 8.maddesinde düzenlenen "özel yaşam" ve "haberleşme" kavramlarına bağlı olduğuna hükmederek uyuşmazlığı bu madde çerçevesinde incelemiştir. Zira Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede başvurunun ofisinde iki adet telefon bulunduğu ve bunlardan birisinin özel olarak kişisel görüşmelere tahsis edildiği belirtilerek başvurunun 8. maddedeki koruma kapsamında makul beklentiye sahip olduğu ifade edilmiştir.<sup>93</sup> Mahkeme iç hukuktaki "İletişimin Dinlenmesi hakkında Kanun"un, mevcut olaya uygulanamayacağını ve dolayısıyla iç hukukta bu tür bir müdahaleye temel teşkil edecek kanuni bir düzenlemenin

90 Madde 8: "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir 2. Bu bakım kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin kanunla 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."

91 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, CM/Rec(2015)5, 1 Nisan 2015.

92 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 20605/92, 25.06.1992, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58039> .

93 A.g.e., par. 45.



olmadığına karar vermiştir. Bu nedenle bu tür bir faaliyetin kanun kapsamında düzenlenmiş olmadığı ve başvurucuya hiçbir uygun koruma sağlanmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>94</sup> Benzer şekilde Copland v. Birleşik Krallık<sup>95</sup> davasında da devlete ait bir eğitim kurumunda görev yapan başvurucunun telefon, e-posta ve internet kullanımının izlenmesi, özel yaşama saygı ve haberleşmenin gizliliği kapsamında incelenmiş ve yine orantılılık denetimine ihtiyaç duyulmadan tedbirin kanuni temeli olmadığı gerekçesiyle 8. maddenin ihlali kararı verilmiştir. Kararda dikkat çeken bir başka husus da; AİHM'in sonraki içtihatlarında önemli bir yer tutacak olan ön bildirim konusudur. Bu noktada Mahkeme; başvurucuya görüşmelerinin izleneceğine ilişkin olarak önceden herhangi bir bildirim yapılmadığına dikkat çekmiştir.<sup>96</sup>

AİHM, çalışanların işyerinde video ile gözetlenmesine ilişkin olarak da bir dizi karar vermiştir. İlk olarak Köpke v. Almanya<sup>97</sup> davasında bir süpermarket kasiyerinin hırsızlık yaptığından şüphelenen işverenin; dedektif firmasıyla anlaşarak yerleştiği kamera sayesinde çalışanın hırsızlık yaptığını tespit etmesi ve bu gerekçeyle görevine son vermesi konusu ele alınmıştır. Mahkeme, çalışanın özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkı ile işverenin menfaati kapsamında mülkiyetine saygı gösterilmesi hakkı arasında ulusal mahkemeler tarafından adil bir denge kurulduğunu belirtmiştir ve başvurucunun ihlal iddiasını kabul edilemez bulmuştur. Kararda söz konusu takibin iki haftalık kısa bir süre ile sınırlandırılmış olması, yalnızca kamuya açık ve kasayı gören bir kapsama alanında uygulanması ve görüntülerin yalnızca işten çıkarma ve iş mahkemesindeki yargılamalar esnasında kullanılması Mahkeme tarafından özellikle vurgulanmıştır.<sup>98</sup> Öte yandan Lopez Ribalda ve Diğerleri v. İspanya<sup>99</sup> kararında ise hırsızlık şüphesi üzerine bir süpermarket zincirindeki çalışanların kamera ile izlenmesi ele alınmış ve Mahkeme

94 Factsheet-Surveillance at Workplace, European Court of Human Rights, 2018, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Workplace\\_surveillance\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_ENG.pdf), p. 1.

95 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 62617/00, 03.07.2007. [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-79996"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

96 Factsheet-Surveillance at Workplace, a.g.e., p.2.

97 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 420/27, 05.10.2010, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["002-782"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

98 Factsheet-Surveillance at Workplace, a.g.e., p.3.

99 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 1874/13, 09.01.2018, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-179881"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

tarafından özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda özellikle İspanya kanunlarına göre gözetim altındaki başvuru sahiplerinin önceden, net ve şüpheye yer bırakmayacak bir biçimde bilgilendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir. Köpke kararından farklı olarak bu kararda gözetim altındaki işçilerin doğrudan şüpheli olduklarını ayrıca İspanya kanunlarının böyle bir tedbire ilişkin olarak uyulması gereken kriterleri net bir biçimde düzenlediği belirtilmiştir.<sup>100</sup> Dolayısıyla Mahkeme'nin özel yaşama saygı hakkı ile işverenin menfaatleri arasındaki dengeyi incelerken iç hukuktaki mevcut korumanın koşullarını sıkı bir şekilde değerlendirdiği söylenebilecektir. Nitekim bu doğrultuda, ders verdikleri salonlardaki video gözetiminin mahremiyet hakkına aykırı olduğu iddiasında bulunan iki profesörün başvurusuna ilişkin Antonovic ve Mirkovic v. Karadağ<sup>101</sup> kararında, Mahkeme iç hukuktaki düzenlemelerin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Söz konusu kararda özellikle Mahkeme tarafından ele alınan husus; ulusal makamların bu gözetimi mahremiyet hakkı kapsamında değerlendirmemesi olmuştur. Zira iç hukukta yapılan değerlendirmede, gözetim altındaki yerin kamusal bir iş alanı olduğu ve özel yaşama ilişkin herhangi bir incelemenin mevcut olamayacağı belirtilmiştir. Ancak AİHM, özel yaşamın iş hayatı faaliyetleri çerçevesinde de söz konusu olabileceğine ilişkin önceki tespitlerini hatırlatarak böyle bir yaklaşımın 8. madde çerçevesinde uygun olmayacağına hükmetmiştir.<sup>102</sup>

AİHM, çalışanların iş bilgisayarlarının kontrol edilmesine ilişkin olarak yakın zamanda iki önemli karar vermiştir. Bu kararlar, Halford ve Köpke kararlarının tamamlayıcısı olması bakımından önemli olmakla birlikte aynı zamanda çalışanların işveren tarafından izlenmesine ilişkin kriterlerin somutlaştırılması bakımından önem taşımaktadır. İlk olarak Büyük Daire tarafından ele alınan Bărbulescu v. Romanya<sup>103</sup> kararı çerçevesinde AİHM ilk defa bir çalışanın elektronik haberleşmesinin özel bir işveren tarafından izlenmesine ilişkin bir davayı incelemiştir.<sup>104</sup> An-

100 Ag.e., par 67, 68.

101 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 70838/13, 28.11.2017, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-178904"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

102 Factsheet-Surveillance at Workplace, a.g.e., p.4.

103 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. 61496/08 (Büyük Daire), 05.09.2017, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-178904"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

104 Q & A Grand Chamber Judgment in the case of Bărbulescu v. Romania, Press Unit (ECHR), 05.09.2017, p.2.

cak bu durumda da Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin korunması bakımından üye devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğundan bahsetmiştir. Her ne kadar çalışanın özel yaşamına müdahale doğrudan devlet organları tarafından yapılmasa da ulusal mahkemelerin çalışanın bu hakkının korunmasına ilişkin yükümlülükleri devam etmektedir.<sup>105</sup> Mahkeme; üye devletlerin Sözleşme kapsamındaki negatif ve pozitif yükümlülükleri arasındaki sınırlar net olmasa da, her iki durum bakımından uygulanabilir ilkelerin yine de benzer olduğunu vurgulamıştır.<sup>106</sup> Nitekim bu konu daha sonra Lopez Ribalda ve Diğerleri davasında da gündeme gelmiş ve İspanya Devleti davaya konu uyuşmazlıktaki müdahalenin özel bir işveren tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle sorumlu olmadığını savunmuştur. Ancak AİHM; üye devletlerin Sözleşme gereğince özel yaşama saygı gösterilmesini öngören tedbirleri alma konusunda pozitif bir yükümlülüğünün olduğunu ve bu nedenle devletin başvuranların hakları ile işverenin hakları arasında adil bir denge olup olmadığını incelemek zorunda olduğunu yinelemiştir.<sup>107</sup>

Karara konu olan olayda başvurucu, özel bir şirkette satıştan sorumlu mühendistir. Başvurucu işverenin isteği üzerine müşterilerin sorularına yanıt vermek amacıyla bir Yahoo Messenger hesabı oluşturmuştur.<sup>108</sup> Başvurucu işe başladığında, ofis kullanımına tahsis edilmiş aletlerin şahsi amaçlarla kullanılmasının yasak olduğuna dair yönergeyi kabul etmiştir. Ancak bu yönergede haberleşmelerinin izlenebileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>109</sup> Sonrasında ise kendisine çalıştığı şirket tarafından; internet, telefon ve fotokopi makinesini kişisel amaçlarla kullanan bir çalışanın görevden alındığına ve işverenin çalışanları izleme yükümlülüğü bulunduğuna ilişkin bir yazı gelmiş ve bu da çalışan tarafından imzalanmıştır.<sup>110</sup> Daha sonra başvurucu, Messenger mesajlaşmalarının izlendiği ve interneti kişisel amaçlarla kullandığı gerekçesiyle, işvereni tarafından çağırılmıştır. Kanıt olarak ise kardeşi ve nişanlısı ile arasındaki kişisel mesajlarını da içeren haberleşmelerinin 45

105 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. 61496/08 (Büyük Daire), ag.e., par. 110.

106 A.g.e., par. 112.

107 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 1874/13, a.g.e., par. 60.

108 A.g.e. par. 12.

109 A.g.e. par. 13.

110 A.g.e. par. 15.

sayfalık bir kopyası sunulmuştur. En nihayetinde şirket kurallarını ihlal ettiği gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir.<sup>111</sup>

İç hukuk mahkemeleri tarafından şikayetleri reddedilen başvuru, AİHM önüne gelmiş ve burada da Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede başvuruçunun özel yaşama saygı hakkı ile işverenin menfaatleri arasında adil bir denge kurulduğu gerekçesiyle ihlal sonucuna varılmamış ve uyuşmazlık AİHM Büyük Dairesi önüne gelmiştir. Büyük Daire, şirketin düzgün işlemesi adına işverenin gerekli önlemler alma hakkına sahip olduğunu belirtirken, çalışanın haklarına ilişkin müdahalenin orantılı olup olmadığının belirlenmesi adına aşağıdaki esasların yetkili organlarca değerlendirilmesini istemiştir:<sup>112</sup>

i) Çalışanın haberleşmeleri ve diğer iletişimini izlemek için işveren tarafından kendisine bir ön bildirim yapıp yapılmadığı. Mahkemeye göre her ne kadar bildirim şekli çeşitlilik gösterebilse de bildirim önceden yapılmalı ve izleme faaliyetinin mahiyetini net bir şekilde belirtmelidir.

ii) İletişimin denetlenmesinin kapsamı ve çalışanın hakkına müdahalenin derecesi. Bu bağlamda, haberleşmenin akışının takibi ile içeriğinin denetlenmesi arasında farklılık olduğu Mahkeme tarafından vurgulanmıştır.

iii) Haberleşmenin denetlenmesi ve içeriğine erişilmesi konusunda işveren tarafından meşru gerekçelerin sunulup sunulmadığı.

iv) Çalışanın yazışmalarının içeriğine erişmek yerine daha az müdahaleci yöntem ve tedbirlerin mevcut olup olmadığı.

v) İzleme faaliyetinin sonuçlarının ne olduğu ve bunların işveren tarafından ne şekilde kullanıldığı

vi) İşverenin izleme faaliyetleri karşısında, çalışanın yeterli koruyucu önlemlere sahip olup olmadığı. Bu kapsamda söz konusu önlemler, çalışanın önceden bilgilendirilmediği durumda, haberleşmelerin içeriğine erişiminin engellenmesini sağlamalıdır.

AİHM, bu kriterler doğrultusunda denetimini yaparken başvuruçunun, izlemenin niteliği ya da kapsamı özellikle de işverenin mesajlarının içe-

111 A.g.e. par. 21, 23.

112 A.g.e. par. 121.

riğine erişebilme ihtimali hakkında bilgilendirilmediğini vurgulamıştır.<sup>113</sup> Ayrıca ulusal mahkemelerin, çalışanın özel yaşamına daha az müdahale öngören tedbirlerin varlığını yeterince tartışmadığını ve izleme faaliyetinin sonuçlarını da göz önünde bulundurmadığını belirtmiştir. Nitekim çalışanın işine son verilmesi en ciddi idari tedbir olarak görünmektedir. Bununla birlikte işverenin çalışanın yazışmalarının içeriğine hangi aşamada eriştiği, bu erişimin yalnızca kendisine yönelik uyarıdan sonra mı gerçekleştiği konusu da iç hukukta yeterince incelenmemiştir. Bu nedenle AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkının yeterince korunmayarak ihlal edildiğine ve ulusal mahkemelerin yarışan çıkarlar arasında adil bir denge kuramadığına karar vermiştir.<sup>114</sup>

Barbulescu kararında izleme faaliyetlerine ilişkin olarak öne çıkan en önemli hususlardan birisi ön bildirim yükümlülüğü olmuştur. AİHM bu kararla birlikte bu yükümlüğün ön koşul niteliğinde olacağını vurgulamıştır. Ancak yalnızca bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi dahi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlamamakta yukarıda belirtilen 6 esas çerçevesinde bir değerlendirmenin yapılması zorunluluk arz etmektedir.<sup>115</sup> Bu değerlendirme sonucunda özel yaşama saygı hakkı ve haberleşmenin gizliliğine yönelik tedbirlere karşı, çalışanlar bakımından bu tedbirlerin işveren tarafından kötüye kullanılmasını engelleyici güvencelerin varlığı araştırılacaktır.

Yazışmaların denetlenmesine ilişkin Barbulescu kararının ardından yakın tarihli *Libert v. Fransa*<sup>116</sup> kararında ise iş bilgisayarlarındaki kişisel dosyaların işveren tarafından incelenmesi konusu ele alınmıştır. Mahkeme bu davayı karara bağlamadan önce Barbulescu kararının Bü-

113 Ancak karşı oy bildiren 6 yargıç, Mahkeme'nin ön bildirim konusundaki tespitlerine katılmamıştır. Bu konuda Mahkeme'nin takdir yetkisini aştığını savunurken, çalışanın bu konuda yeterince uyarıldığına ilişkin yerel mahkemelerin tespitlerine katıldıklarını belirtmişlerdir. Özellikle çalışanın, kendi faaliyetleri konusunda yeterince uyarı aldıktan sonra haberleşmelerinin izleneceği konusunda makul bir beklentisinin olması gerektiği vurgulanmıştır. (Joint Dissenting Opinion of Judges Raimondi, Dedov, Kjølbrot, Mits, Mourou-Vikström And Eicke, par. 20.)

114 A.g.e., par. 124-141.

115 H. Burak Gemalmaz, Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Midir?: AİHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı, 09.09.2017, <http://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>.

116 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 588/13, 22.02.2018, [https://hudoc.echr.coe.int/eng-pres-s#{"itemid":\["003-6014614-7713110"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-pres-s#{).

yük Daire tarafından sonuçlandırılmasını beklemiştir.<sup>117</sup> Dolayısıyla bu karar, Barbulescu kararından sonra Mahkeme'nin yaklaşımını görmek açısından son derece önemlidir.

Başvurucu Fransız Ulusal Demiryolu Şirketinde şef yardımcısı olarak çalışmaktadır. Kendisine yönelik bir soruşturma sebebiyle bir süre işinden uzaklaştırılan başvurucu, görevine tekrar geri döndüğünde iş bilgisayarına el konulduğunu fark etmiştir. Sonrasında ise kendisine bilgisayarının hard diskinin incelendiği ve içerisinde içeriğiyle oynanmış sahtecilik yapılmış birtakım resmi evraklar ile çok sayıda pornografik içeriğe sahip fotoğraf ve video bulunduğu belirtilerek işine son verilmiştir.<sup>118</sup> Bilgisayarındaki incelemenin, habersiz şekilde kendisinin yokluğunda gerçekleştirildiği gerekçesiyle başvurucu tarafından özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddia edilmiştir ancak bu şikayeti Fransız mahkemeleri tarafından reddedilmiştir. İstinaf mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede başvurucuya ait belgelerin "D:/kişisel veriler" adlı klasörün içerisinde bulunduğu belirtilmiştir. Bu klasör ise bu işyerindeki çalışanların işe ait dosyalarını saklamak için kullandıkları "D:/veri" adlı başka klasörün içerisinde yer almaktadır. İstinaf mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmede, bu klasörün kişisel klasör olarak değerlendirilemeyeceği çünkü iş yönergesinde açık bir şekilde kişisel dosyaların "özel" şeklinde nitelendirilerek saklanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla dosyanın isminin "kişisel veriler" şeklinde kaydedilmiş olmasının iş yönergesi kapsamında bunun kişisel olarak kabul edileceği anlamına gelmediği; nitekim aynı klasörün içerisinde işe ilişkin başka dosyaların da mevcut olduğu vurgulanmıştır.<sup>119</sup> Ayrıca başvurucunun kendisine yalnızca iş amaçlı tahsis edilen imkanları sahte belge üretmek gibi amaçlarla kullandığı ifade edilmiştir. Bununla beraber, başvurucunun iş yerindeki konumu sebebiyle örnek teşkil etmesi gerektiğine de vurgu yapılarak kendisi hakkındaki tedbirin meşru ve orantılı olduğuna hükmetmiştir.<sup>120</sup>

Bu kapsamda olay tarihindeki Fransa'daki yerleşik içtihadı göre; işverenler, çalışanlarının iş bilgisayarlarındaki dosyaları, eğer bu dosya-

117 A.g.e., par. 4.

118 A.g.e., par. 7,8,9.

119 A.g.e., par. 14.

120 A.g.e., par. 15.

ların kişisel olduğu özellikle belirtilmemiş ise, açabilme hakkına sahiptir. Kişisel dosyaları ise ancak ciddi bir tehlike ya da istisnai koşulların varlığı halinde açabilmektedirler. Aksi takdirde çalışana ait bu kişisel dosyaların açılması; ancak çalışanın huzurunda ya da çalışan bu konuda uygun şekilde bilgilendirildikten sonra söz konusu olabilmektedir.<sup>121</sup>

Ulusal mahkemelerin bu yaklaşımı çerçevesinde AİHM tarafından olaya ilişkin yapılan değerlendirmede, başvuruçunun bilgisayarının denetlenmesi tedbirinin meşru bir amaca sahip olduğu ifade edilmiştir. Nitekim işverenler; işe ait bilgisayarların işyeri yönergesi ve sözleşmesel yükümlülüklerine uygun olarak kullanılmasını sağlamak hakkına sahiptir.<sup>122</sup> Bununla birlikte, bilgisayardaki dosyalara habersiz olarak erişilmesinin ve buna bağlı olarak çalışanın işine son verilmesinin orantılı bir tedbir olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunu ele alan Mahkeme bu devletlerin takdir yetkisinin hesaba katılması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak bu takdir yetkisinin denetimi kapsamında Barbulesscu kararında da değinildiği gibi başvuruçunun özel yaşamına yönelik tedbirin kapsamı ve süresi ile bu müdahalenin kötüye kullanımını önleyecek uygun ve yeterli önlemlerin alınıp alınmadığına bakmıştır.<sup>123</sup> AİHM normal şartlarda “özel” ifadesi yerine “kişisel” ifadesinin kullanılmasının bu klasörün kişisel unsurlar içermediği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Ancak olaydaki şirketin yönergesinde spesifik olarak “özel” nitelendirmesinin yapılması istenildiği için Fransız mahkemelerinin bu değerlendirmesini haksız bulmamıştır. Dolayısıyla ulusal mahkemelerin takdir yetkisini aşacak bir müdahalenin mevcut olmadığına ve Sözleşme'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM işyerinde izleme uygulamalarını özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirmekte olup bu konudaki en ileri güvenceleri belirlediği karar Barbulesscu kararı olmuştur. Barbulesscu kararı izleme uygulamaları kapsamındaki en güncel kriterleri içermekle birlikte, kararda Avrupa Birliği düzenlemelerinde de bulunan bazı noktalara işaret edilmektedir. Bunlardan ilki izleme uygulaması öncesi işçiye açık bir ön bildirimde bulunulması ve işçiye bildirimde bulunulmadığı durumlarda işverenin

121 A.g.e., par. 18.

122 A.g.e., par. 46.

123 A.g.e., par. 47.

haberleşmelerin içeriğine erişimini engelleyecek nitelikte koruyucu güvencelerin öngörülmesidir.

İşverenin meşru menfaati ile izleme uygulaması arasında bulunması gereken ölçülülük ilişkisi açısından, özellikle “amaç için hakka en az müdahale eden aracın seçilmesi” önemli bir kriter oluşturmaktadır. Öte yandan, Mahkeme’nin işçiye yapılacak ön bildirimle işaret etmekle birlikte, bu bildirim çalışan tarafından kabulü hususunu işçi-işveren arasındaki ilişkinin doğası bakımından yeterince değerlendirmemesi bir eksiklik olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, işçi-işveren ilişkisi kapsamında çalışan tarafından verilen rızanın ne derecede özgür olabileceği konusunda AB düzenlemeleri çerçevesinde öne sürülen tartışmalara yer verilmesi yerinde olacaktır. Fakat Barbulescu kararında değinilen ilkeler, özellikle de meşru amaç ile araç arasında bulunması gereken ölçülülük ilişkisi, bu hususun önemli bir sorun haline gelmesini engelleyebilecek derecede etkili güvenceler öngörmektedir. İşverenler yalnızca rızaya ya da bildirimle dayanmamakta, izleme uygulaması için somut olgulara dayanan meşru amaçlar ve bu amaçlarla orantılı tedbirler göstermek zorundadır.

Mahkeme, konuya ilişkin yayımlanan en son kararı olan Libert kararında ise bildirim konusunda ilgili devletin iç hukukunu dikkate alan bir yaklaşım izlemiştir. Bu kapsamda Mahkeme, iş bilgisayarlarında bulunan ve kişisel olduğu özellikle belirtilen dosyaların işveren tarafından açılması için işçiye özel bir ön bildirim yapılmasını gerekli kılan Fransa’daki yerleşik içtihadı ve aynı yöndeki işyeri yönergesine atıf yapmıştır.<sup>124</sup>

AİHM’in başta Barbulescu kararı olmak üzere söz konusu kararlarında yer alan ilkeler, Türk hukuku uygulaması için yol gösterici ve bağlayıcı nitelikte olup bu bağlamda Türk hukukundaki mevcut yaklaşım bir sonraki başlıkta detaylı olarak ele alınacaktır.

124 Belirtilmesi gerekir ki yalnızca bahse konu dosyanın -iş yönergesinde yer alan- “özel” kavramına çok yakın bir anlama sahip “kişisel” ifadesiyle adlandırılması nedeniyle özel bildirim yükümlülüğünün ortadan kalktığı yönündeki gerekçenin yerinde olup olmadığı tartışmaya açıktır.



## V. TÜRK HUKUKUNDAKİ GÜNCEL DURUM

### a) Anayasal Düzenlemeler

İşyerinde gözetim uygulamalarının çalışanın haberleşmesinin gizliliği, özel yaşam hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı ile işverenin işin yürütümüne ilişkin meşru çıkarları arasında bir çatışma yarattığına daha önce değinilmişti. Bu çatışmanın çözümüne dair referans normların başında Anayasal normlar gelmektedir.

İşyerinde gözetimin özel yaşam hakkını kamu ve özel sektör çalışanları için aynı anda gündeme getirdiği hatırlanmalıdır. Fakat devletin bu hak kapsamındaki yükümlülükleri özel sektör iş ilişkilerinde genellikle “yatay etki”<sup>125</sup> ve “pozitif yükümlülükler” temelinde değerlendirilirken, kamu sektöründe işveren statüsündeki kamu makamları için ek olarak negatif yükümlülükler söz konusu olmaktadır.<sup>126</sup>

İlk olarak, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanmasına ilişkin genel rejimi ortaya koyan Anayasanın 13. maddesi, işçinin mahremiyet hakkına yönelik izleme şeklindeki müdahaleleri inceleyen bu çalışmanın konusu bakımından da temel bir role sahiptir. Buna göre hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar öncelikle kanunla öngörülmeli, sınırlamada ilgili Anayasa maddesinde yer alan meşru amaçlar izlenmeli, sınırlama hakkın özüne dokunmamalı, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun, demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır.<sup>127</sup>

Haberleşme özgürlüğü, Anayasa'nın 22. maddesinde düzenlenmiştir. Maddede haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrada haberleşmenin engellenmesi ve gizliliğine dokunulmasını mümkün kılan sınırlama sebeplerine ve istisnai kriterlere yer verilmiştir. Buna göre milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel

125 Yatay etkinin ve iş ilişkilerindeki yansımalarının değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Ozan Ergül, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine”, Erdal Onar Armağanı, AÜHF Yayınları, Cilt: 1, 2013, s. 433-488.

126 Pozitif yükümlülük ve yatay etki hakkında bkz. Oya Boyar, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013, s. 53-81.

127 Anayasa md. 13 hakkında bkz. Sibel İnceoğlu, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013, s. 23-53, s. 23-47.

sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne uygun verilmiş hakim kararı ya da -gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin emri- olmadıkça haberleşme özgürlüğü sınırlanamayacak, haberleşmenin gizliliğine dokunulamayacaktır. Maddede yetkili merciin kararının 24 saat içinde görevli hakimın onayına sunulacağı ve hakimın 48 saat içinde kararını açıklayacağı, aksi durumda kararın kendiliğinden ortadan kalkacağı öngörülmüştür.

Özel yaşama saygı hakkı Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenmiş olup maddenin son fıkrası kişisel verilerin korunması hakkına yer verilmiştir. Buna göre herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak kişinin kişisel verileriyle ilgili bilgilendirilme, bu verilere erişme, düzeltilmesini ya da silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi kapsamaktadır. Kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından işlenmesi bu hakka müdahale oluşturmaktadır. Anayasa hükmünde böyle bir müdahalenin/sınırlamanın ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla gerçekleştirilebileceği öngörülmüştür. Diğer bir ifadeyle kişisel verilerin korunması hakkına yönelik her sınırlama bakımından kişinin açık rızasının varlığı kuraldır. Açık rızanın mevcut olmadığı durumlarda kişisel veriler kural olarak işlenemez. Bu kuralın istisnası ise müdahalenin kanunlarda öngörülmüş olmasıdır.

Özel yaşam, haberleşmenin gizliliği ve kişisel verilerin korunmasına dair anılan düzenlemeler, kamu işverenleri için olduğu kadar özel hukuk kişisi işverenler için de bağlayıcı niteliktedir. Bu çerçevede yatay etki yaklaşımının Anayasa'daki dayanaklarına değinmek yeterli olacaktır. Zira 11. madde uyarınca anayasa hükümleri özel hukuk - kamu hukuku kişisi ayrımı yapmaksızın bütün herkes için bağlayıcı kurallardır. Öte yandan 12. maddeye göre temel hak ve özgürlükler kişinin diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını içerir. Son olarak hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımını düzenleyen 14. maddeye göre Anayasa hükümlerinden hiçbiri, kişilerin temel hak ve özgürlükleri yok etmesini ya da Anayasa'da öngörülenden daha geniş şekilde sınırlamasını mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.<sup>128</sup>

128 Bkz. Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", s. 68-69.

Öte yandan Anayasa'nın birçok maddesinde işçi izleme uygulamaları bakımından devletin pozitif yükümlülüğüne işaret eden yol gösterici nitelikte hükümler yer almaktadır. Anayasa'nın 5. maddesi devletin kişilerin hak ve özgürlüklerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan engelleri ortadan kaldırma, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma görevini içermektedir. 5. madde devlete her hak için yüklenen pozitif yükümlülüklerin genel referans maddesi olduğundan, işçinin izlenmesi uygulamalarında hak ve özgürlüklerin korunması bakımından da geçerlidir. Anayasa'nın 48. maddesine göre devlet, özel teşebbüslerin sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür. 49. madde uyarınca devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak, desteklemek ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

## **b) Kanuni Düzenlemeler**

İşçinin mahremiyetinin korunması ile ilgili temel kanuni düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu ("TBK") ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda ("KVKK") yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi uyarınca işveren işçinin kişilik haklarına saygı göstermekle yükümlü olup kişilik haklarına verdiği zararı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlüdür.<sup>129</sup> Kanunun 419. maddesi uyarınca işveren işçinin kişisel verilerini ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Bu madde ile, işverene karşı sosyal ve ekonomik anlamda daha güçsüz konumda bulunan işçinin kişisel verilerinin işveren tarafından sayılan istisnai durumlar dışında kullanılma tehlikesine karşı korunması amaçlanmıştır.<sup>130</sup>

Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nda da kişisel verilerin korunması hakkı, özel yaşamın ve haberleşmenin gizliliği ile ilgili cezai hükümler bulunsa da, bu hükümlerin detaylı bir şekilde değerlendirilmesi bu ça-

129 Bu düzenleme Medeni Kanun'un kişilik hakkı ve bu haka saldırı ile ilgili 23., 24. ve 25. maddeleriyle birlikte okunmalıdır. Ayrıca bkz. Savaş, "İş Hukunda Siber Gözetim", s. 123-124.

130 Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 483-484.

lışmanın kapsamını aşacağından, bu başlık altında esas olarak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu incelenecektir.

Türk hukukundaki önemli bir boşluğu dolduran Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Anayasa'ya kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak 2010 yılında eklenen maddenin uygulanabilirliğinin sağlanması amacıyla çıkarılmıştır.<sup>131</sup> Bu çalışmada da değinilen Avrupa Birliği düzenlemeleri referans alınarak hazırlanan Kanun, bazı tartışmalı düzenlemeler dışında, kişisel verilerin korunması noktasında önemli güvenceler getirmiştir. Kanunla Kişisel Verileri Koruma Kurulu kurulmuş ve kişilere Kurul'a bireysel başvuru yapma imkanı getirilmiş, önemli miktarda ceza ve yaptırımlar öngörülmüştür.

Kanuna göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla kanunda kişisel veri kavramı, olması gerektiği gibi, en geniş şekilde tanımlanmıştır. Kanun koyucu, “özel nitelikli” - “özel nitelikli olmayan” kişisel veriler ayrımı getirmiş, iki kategori için farklı işleme kriterleri öngörmüştür. Kanununun 6. maddesine göre özel nitelikli kişisel veriler; 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 verilerini kapsamaktadır.<sup>132</sup>

Kanun'da yer alan başlıca diğer önemli kavramlar, “kişisel verilerin işlenmesi”, “veri sorumlusu”, “veri işleyen”, “veri kayıt sistemi” ve “açık rıza” gibi kavramlardır.

Kanuna göre, kişisel verilerin 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 kul-

131 Kanun, işçilerin kişisel verilerinin korunması konusundaki kanuni eksikliği önemli ölçüde gidermiştir. Mevzuatın yetersizliği ve özel bir kanunun gerekliliği ile ilgili KVKK'den önceki dönemde yayımlanmış bir çalışma için bkz. Eda Manav, “İş İlişkilerinde İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması”, s. 132-133. Ayrıca bkz. İbrahim Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi (2016) 124, s. 81-152, s. 85.

132 Kanunda ve kaynak Direktif'te sınırlı sayı şeklinde yer verilen kişisel verilerin kapsamının eleştirilmesi hakkında bkz. Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, s. 113-116.

lanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem “kişisel verilerin işlenmesi” anlamına gelmektedir. Veri işlemede kural açık rıza olup belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza açık rıza olarak tanımlanmaktadır.

Çalışanların e-posta yazışmaları, telefon görüşmeleri gibi iletişimleri veya video kamera görüntüleri, parmak izleri gibi kendilerine ait veriler de kişisel veri sayılacağından, bu verilerin elde edilmesi, depolanması, aktarılması gibi her türlü işlem çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi anlamına gelecektir.

Kişisel verilerin işlendiği kayıt sistemine veri kayıt sistemi adı verilmiş olup kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulması ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek ya da tüzel kişi de veri sorumlusu olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre iş ilişkisinde veri sorumlusu işverendir. Veri sorumlusu adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi ise veri işleyen olarak tanımlanmaktadır. Veri sorumlusu olan işveren aynı zamanda veri işleyen konumunda olabileceği gibi veri işlemeyi başka bir gerçek ya da tüzel kişi eliyle de yaptırabilir. Veri sorumluları, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun gözetiminde Başbakanlık tarafından kamuya açık tutulacak Veri Sorumluları Sicili'ne kaydolmak zorundadır. Fakat Kanun, Kurul'a, bu zorunluluğun ortadan kalkacağı istisnai durumlar belirleme yetkisi de vermiştir. Kurula tanınan takdir yetkisinin sınırları bakımından; işlenen verinin niteliği ve sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi objektif kriterlerin dikkate alınması şartı öngörülmüştür.

Kanunda kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bazı genel ilkelere yer verilmiştir. Buna göre kişisel verilerin işlenmesi, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olmalı, doğru ve gerektiğinde güncel olmalı, belirli, açık ve meşru amaçlar için gerçekleştirilmelidir. Öte yandan, kişisel veriler işlendikleri amaçla bağlantılı sınırlı ve ölçülü olarak işlenmelidir. İşlenen kişisel veriler yalnızca ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilmelidir.

Kanununun 11. maddesine göre, herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, işlenmişse bilgi talep etme, işleme amacını ve amaca uygun kullanılıp kullanılmama-

dığını öğrenme, verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, eksik ya da yanlış işlenen kişisel verilerin düzeltilmesini isteme, işlenme sebebinin ortadan kalkması halinde silinmesini<sup>133</sup> ya da yok edilmesini<sup>134</sup> isteme, düzeltme ve silme işlemlerinin verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini istenme, işlenen verilerin analiz edilerek kişinin kendisi aleyhine bir sonuç çıkmasına itiraz etme, kanuna aykırı işlenen veriler için zararların giderilmesini isteme haklarına sahiptir.

Kanununun 10. maddesinde kişisel verisi elde edilen kişiye karşı veri sorumlusu için bazı yükümlülükler öngörülmüştür. Buna göre veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi; kendi kimliği, kişisel verilerin işlenme amacı, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, ve veri sahibi kişinin yukarıda değinilen hakları hakkında bilgi vermekle yükümlüdür.

Anayasa'nın 20. maddesine göre kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak kişinin açık rızasına bağlı olduğuna, istisnaların ise ancak kanunla öngörülebileceğine değinilmişti. Kanunda açık rızanın aranmayacağı istisnalar bakımından özel nitelikli olan ve olmayan kişisel veriler için farklı düzenlemeler getirilmiştir. Özel nitelikli olmayan kişisel verilerin kişinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği durumlar şu şekildedir:

- Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- 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,
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması,
- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması,

133 Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik md. 8: “*Kişisel verilerin silinmesi, kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.*”

134 Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik md. 9: “*Kişisel verilerin yok edilmesi, kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.*”

- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işleminin zorunlu olması,
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

Özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza şartı aranmaksızın işlenebileceği durumların belirlenmesinde kanun koyucu ikili bir ayrıma başvurmuş ve sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verileri diğer özel nitelikli kişisel verilerden ayırmıştır. Buna göre maddede sayılanlardan sağlık ve cinsel hayata ilişkin olanlar dışında kalan kişisel verilerin açık rıza aranmaksızın işlenebilmesi kanunlarla öngörülebilecektir. Buna karşın sağlık ve cinsel hayata ilişkin olan kişisel veriler ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Her halükarda özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için Kurul tarafından belirlenecek önlemler alınmalıdır.

Kişisel verilerin açık rıza ile işlenmesine getirilen söz konusu istisnaların kapsamının belirsiz olduğu, kuralın istisna, istisnanın ise kural haline getirildiği gerekçesiyle açılan iptal davasında Anayasa Mahkemesi 95/46/EC sayılı AB Direktifi'ne ve 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne atıf yaparak, söz konusu kurallar her ne kadar açık rıza kuralına istisna getirmiş olsa da özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme açık rıza şartına istisna getiren hükümlerin söz konusu olduğu durumlarda, Kanunda yer alan bütün ilke, yükümlülük, ceza ve sorumluluklara ilişkin kuralların geçerliliğini koruduğunu vurgulamıştır.<sup>135</sup>

İşçilere yönelik izleme uygulamalarının kişisel veri işleme niteliğinde olduğu, işverenin veri sorumlusu -bazı hallerde aynı zamanda veri işleyen- konumunda olduğu tartışmasızdır. Bu noktada işçilerin iletişim izleme uygulamaları üç halde mümkün olabilir:

<sup>135</sup> E.2016/125 K.2017/143, 28.09.2017, para. 32-48.

- İşçinin açık rızasının bulunması,
- İzleme uygulamasının kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- KVKK md. 5/2-f hükmü uyarınca işçinin hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, işverenin meşru menfaatleri için izlemenin zorunlu olması.

Bu hallerden ikincisi (izleme uygulamasının kanunlarda açıkça öngörülmesi) bakımından, hukukumuzda iş yerinde izleme uygulamalarına açıkça yer veren bir özel kanun hükmü yer almadığından, Türk Borçlar Kanunu'nun 419. maddesinde de izleme uygulamasına açıkça yer verilmediğinden bu çalışmada yalnızca işçinin açık rızası ve KVKK md. 5/2-f hükümleri kapsamında değerlendirmelere yer verilecektir.

### **1. Açık Rıza Kapsamında İzleme Faaliyeti**

Kanunun gerekçesinde açık rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı olarak açıklanmaktadır. Açık rıza kavramının 3 unsuru içerdiği belirtilmektedir. Buna göre rıza (1) belirli bir konuya ilişkin olmalı, (2) bilgilendirmeye dayanmalı ve (3) özgür iradeyle açıklanmalıdır.<sup>136</sup>

Rızanın belirli bir konuya ilişkin olması, Kurum tarafından yayımlanan kitapçığa göre, "açık uçlu ve belirsiz" olmaması anlamına gelmekte olup rıza beyanında hangi konuda hangi verilerin hangi amaçlarla ve hangi yöntemlerle işleneceği hususu açık olmalıdır. İş sözleşmesi ya da eki niteliğindeki belgelerde işverenin işçinin hangi kişisel verilerini iş ile ilgili hangi amaçlarla ve nasıl bir yöntemle işleyeceği, tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmelidir. İşçinin kurumsal e-posta hesabını özel amaçlarla kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesi amacıyla e-posta trafik verilerinin izlenmesi örnek olarak verilebilir.<sup>137</sup>

Rızanın bilgilendirmeye dayanması şartı, Kanunun 10. maddesindeki aydınlatma yükümlülüğü kavramıyla ilgili olup rıza beyanında bulu-

136 Açık Rıza, Kişisel Verileri Koruma Kurumu yayını, s. 4-5. <http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> (Erişim tarihi: 27.02.2018).

137 A.g.e.



nulan konu hakkında, rızanın sonuçları hakkında kişinin her yönüyle bilgilendirilmesi gerekliliği anlamına gelmektedir. Rızanın veri işleme faaliyetinden önce verilmesi zorunludur.<sup>138</sup>

Açık rıza kavramının en önemli unsuru özgür iradedir. Cebir, şiddet, tehdit, hata, hile gibi iradeyi sakatlayan haller açık rızanın geçerliliğini ortadan kaldıracaktır. Öte yandan, tarafların eşit konumda olmadığı durumlarda da rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı tartışılabilir. İşçi-işveren ilişkilerinde işçiye rıza göstermeme imkanının etkin olarak sunulmadığı, rıza göstermemenin işçi hakkında olumsuz sonuçlar doğuracağı durumlarda, işçinin rızasının özgür iradeye dayandığı kabul edilmeyecektir.<sup>139</sup>

Açık rıza beyanı için Kanunda bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bununla birlikte izleme faaliyetine ilişkin hususların iş sözleşmesinde ya da başka bir yazılı belgede düzenlenmesi ve işçi tarafından imzalanması, açık rızaya ilişkin şartların sağlandığının ispatı açısından önemlidir. Öte yandan işçinin iletişiminin ya da işyeri ortamının izlenmesi iş ilişkisi sırasında getirilen bir uygulama ise, bu durum çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik niteliğinde olduğundan, açık rıza şartı İş Kanunu'nun 22. maddesi ile birlikte değerlendirilmeli ve işçinin yazılı rızası aranmalıdır. Bu durumda da rızanın özgür iradeye dayandığının kabul edilmesi zordur. Zira İş Kanunu, çalışma koşullarındaki değişikliğe rıza göstermeyen işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebilmesine izin vermektedir.<sup>140</sup>

Sonuç olarak, işçi-işveren ilişkisinde işçiye yönelik elektronik izleme uygulamalarını içeren sözleşme hükümleri, işçiye rıza göstermeme imkanı sunduğu ve rıza göstermeme olasılığında işten çıkarılma riski söz konusu olduğu takdirde işçinin hukuka uygun açık rızasının alındığı

138 A.g.e., s. 6.

139 A.g.e., s. 7.

140 İş Kanunu'nun 22. maddesi: "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir."

kabul edilebilecektir. Ne var ki bu durumun uygulamada gerçekleşme olasılığı çok güçtür.<sup>141</sup> Örneğin birçok kurumsal işveren önceden hazırlanan ve genel işlem şartları barındıran iş sözleşmelerini ve işyeri politikalarını işçiye imzalatmakta, işçinin bu sözleşmelerde müzakere ya da seçim imkanı olmamakta, rıza beyanları da bu şekilde alınmaktadır. Böyle durumlarda işçinin rızasını geçerli kabul etmek zor görünmektedir.<sup>142</sup>

## 2. İşverenin Meşru Menfaatleri Kapsamında İzleme Faaliyeti

Kanunun 5. maddesinin ikinci fıkrasının (f) bendine göre, kişisel veriler, ilgili kişinin hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması durumunda, kişinin açık rızasına başvurulmaksızın işlenebilir. Açık rıza şartının istisnalarından birini oluşturan bu hal, iş ilişkilerinde özgür iradeye dayalı açık rıza olgusunun kabul edilmediği durumlarda işçilerin kişisel verilerinin işlenebilmesi için önemli bir dayanak niteliği taşımaktadır.

Kanunun gerekçesinde bu hükme ilişkin somut örnekler yer verilmiştir. İşçilerin terfileri, maaş zamları ya da sosyal haklarının düzenlenmesi için kişisel verilerinin işlenmesi,<sup>143</sup> işletmenin yeniden yapılandırılması, şirketin satılması, ortaklık yapısının değişmesi gibi durumlarda kişisel verilerin işlenmesi bahse konu hal için gösterilen örneklerdendir.

Söz konusu istisnanın iş ilişkilerine hangi durumlarda uygulanacağı noktasında, TBK'nin 419. maddesi de göz önünde bulundurulmalıdır. İş ilişkilerine özgü olması nedeniyle, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükmüne göre özel hüküm niteliği taşıyan<sup>144</sup> 419. maddeye

141 İş Kanunundaki düzenleme önemli bir örnektir.

142 Belirtilmesi gerekir ki KVKK geçici 1. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, kanunun yayımı tarihinden önce hukuka uygun olarak alınmış rızalar, bir yıl içinde aksine bir beyanda bulunulmadığı takdirde Kanuna uygun kabul edilmektedir. Kanımızca, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce işçiden alınan rıza beyanları için de "özgür iradeye dayanma" şartı geçerli kabul edilmeli, rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı araştırılarak hukuka uygunluğu belirlenmelidir.

143 Kanımızca, kanun koyucunun görüşünün aksine, bu durum meşru menfaat ile ilgili hüküm yerine 5. maddedeki bir diğer istisnai durum olan "sözleşmenin ifası için gerekli olma" şartı kapsamında verilebilecek bir örnektir.

144 Bkz. K. Ahmet Sevimli, "Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419", Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S: 24, Aralık 2011, s. 120-139, s. 133-134.

göre işveren işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. 419. maddede yer alan “hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olma” şartı KVKK’de açık rızanın istisnası olarak yer alan “bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan ilgili olma” şartı esasen aynı hususa yöneliktir. Dolayısıyla işyerinde izleme uygulaması bakımından 419. maddedeki “hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olma” şartı yerine daha çok “işçinin işe yatkınlığı ile ilgili olma” ölçütü önem taşımaktadır. İşçinin işe yatkınlığıyla ilgili olduğu ölçüde işlenebilecek kişisel veriler, işçinin yeteneği, verimi ve performansı ile ilgili verilerdir.<sup>145</sup>

Veri sorumlusunun meşru menfaati kavramı, Kanun’un amacıyla uyumlu olarak yorumlanması gerekmekte olup hüküm mehzaz 95/46/EC sayılı AB Direktifi’nin 7. maddesi ile benzer içerik taşıdığından, bu Direktif’in amaç ve kapsamı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda işleme faaliyetinin meşru bir menfaati içermesi, meşru menfaat ile işleme faaliyeti arasında bir ölçülülük ilişkisi bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle işçinin özel yaşam, haberleşmenin gizliliği, kişisel verilerin korunması gibi hakları ile işverenin öne sürdüğü meşru menfaat arasında adil bir denge bulunmalı, hakkın özüne dokunulmamalı ve işveren tarafından mümkün olan en az müdahaleci yöntem izlenmelidir.<sup>146</sup> Öte yandan bu hükme açık rızanın bir istisnası olarak yer verilmiş olması, veri işleme faaliyetinin -bu çalışma kapsamında işverenin izleme faaliyetlerinin- gizli olarak yapılabileceği anlamına gelmemektedir.<sup>147</sup> Barbulescu kararında yer alan ilkeler gözetilmeli, kişi izleme hakkında muhakkak önceden bilgilendirilmelidir. Barbulescu kararındaki ilkelerin yanı sıra, KVKK’nin 10. maddesi gereği işverenin işçiyi aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ayrıca Kanun’un genel ilkeleri belirleyen 4. maddesi, kişisel verilerin silinmesi ve yok edilmesi yükümlülüğünü düzenleyen 7. maddesi, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri düzenleyen 12. maddesi, suç ve kabahatleri düzenleyen 17. ve 18. maddeleri de her durumda geçerliliğini korumaktadır.

145 Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri (...)”, s. 134; Manav, “İş İlişkisinde İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması”, s. 104.

146 Bkz. “Avrupa Birliği Mevzuatı” başlığı.

147 Gizli izleme yasağı hakkında bkz. İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında ILO Uygulama Kodu MD. 6/14-2.

Meşru menfaat kavramının belirsiz olduğundan bahisle yapılan Anayasaya aykırılık başvurusunda Anayasa Mahkemesi bu kavramın “*çalışanların temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla gerekçe de ifade edilen temel ilkelere uyulması ve veri sorumlusu ile ilgili kişinin menfaat dengesinin gözetilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak anlaşılması gerektiği*” bu nedenle belirsiz bir kavram olmadığı yorumunda bulunmuştur.<sup>148</sup> Dolayısıyla, meşru menfaat kavramını, Anayasa Mahkemesi’nin de yukarıda değinilen adil denge, hakkın özü ve ölçülülük kriterleri çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir kavram olarak yorumladığı görülmektedir.

### **c) Danıştay ve Yargıtay Kararları**

İşyerinde izleme uygulamaları bugüne kadar birçok Yargıtay ve Danıştay kararına konu olmuştur. Fakat yüksek mahkeme kararlarında bu uygulamaların özel yaşam ve kişisel verilerin korunması haklarıyla olan uyumunun bugüne kadar pek az gündeme geldiği görülmektedir. Uygulamada izleme faaliyetlerinin hukuka uygunluğu tartışılmamış, bunun yerine bu faaliyetler sonucu elde edilen kişisel verilerin iş sözleşmesinin feshi bakımından geçerli ya da haklı sebep oluşturup oluşturmadığı -örneğin işçinin mesai saatleri içerisinde iş bilgisayarını özel amaçlarla kullanmasının işveren için fesih sebebi oluşturup oluşturmayacağı gibi sorunlar- incelenmiştir.<sup>149</sup> Dolayısıyla bu konuda kalabalık bir içtihadi birikimden bahsetmek güçtür.<sup>150</sup> Bu çalışma kapsamında yalnızca izleme uygulamalarının hukukiliğinin tartışıldığı kararlar ele alınacaktır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, bir devlet hastanesinde çalışanların mesai takibi için çalışanlara yönelik işe giriş-çıkışlarda parmak izi tarama sistemi uygulamasının iptali talebiyle açılan davanın incelemesinde, konuyu kişisel veriler ve özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirmiş, temel hak sınırlaması olarak nitelendirdiği uygulamanın kanunilik şartını sağlamadığı gerekçesiyle hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>151</sup> AİHS, Anayasa ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi

148 E.2016/125 K.2017/143, 28.09.2017, para. 47.

149 Örneğin bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/5836, K.2008/29779, 3.11.2008; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2006/32539, K.2007/4328, 19.2.2007; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/36305 K. 2009/12393, 4.5.2009.

150 Aynı yönde bkz. Savaş, “İş Hukukunda Siber Gözetim”, s. 117.

151 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2014/2242 K.2015/4991, 09.12.2015.

Haklar Sözleşmesi'ne atıf yapan Mahkeme, kişisel verilerin korunması hakkının kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olduğunu, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı ifade ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Anayasa'nın 13. ve 20. maddeleri uyarınca söz konusu hak sınırsız ve mutlak olmayıp milli güvenlik, kamu düzeni gibi zorunluluk arz eden belirli koşullarda demokratik toplum düzeni gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak kaydıyla ve ancak kanunla sınırlanabilir. Çalışanın rızası, kanuni dayanaktan yoksun olan söz konusu uygulamayı hukuka uygun hale getirmemektedir.

Danıştay 10. Dairesi, kamu çalışanlarının faaliyet yürüttüğü servis araçlarında kameralı takip sistemi uygulamasını incelediği bir kararda, yine uygulamanın usul ve esaslarını gösteren kanun düzeyinde bir dayanağının bulunmaması gerekçesiyle uygulamanın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.<sup>152</sup> Mahkeme, gelişen teknolojinin kamu hizmetlerinin verimli yürütülmesini kolaylaştırılması amacıyla kamu sektöründe kullanılmasının doğal olduğunu ifade etmiş; fakat bu tür bir uygulamanın kişisel görüntülerin (verilerin) kaydedilmesi yoluyla özel yaşama saygı hakkına müdahale niteliğinde olması nedeniyle Anayasa'nın 13. ve 20/3 maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bu kapsamda Mahkeme konuyla ilgili kanuni düzenleme bulunmadığını, toplanan görüntülerin ileride kötüye kullanılmayacağına dair güvencenin bulunmadığını belirterek uygulamanın hukuka uygun olmadığına karar vermiştir.

Yargıtay, işverenin işçinin iş bilgisayarını ve e-postalarını denetlemesine ilişkin bir kararında, uyuşmazlığı özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmemiştir.<sup>153</sup> Davaya konu olayda, davacının şifresini yalnızca kendisinin bildiği iş e-posta adresinden bahse konu iş yerinde daha önce çalışmış olan bir üçüncü kişiyle yaptığı yazışmalarda işverene hakaret ettiği, işyeri sırrı sayılabilecek bazı konularda yazışmalar yaptığı belirtilmiştir. Yargıtay, işverenin mülkiyeti kendisine ait olan bilgisayar ve e-posta adreslerini her zaman denetleme yetkisinin bulunduğunu belirtmiş, somut olaydaki e-posta adresinin özel yazışmalarda

152 Danıştay 10. Daire, E.2014/3950 K.2015/2774, 08.06.2015.

153 Yargıtay 9. Hukuk Dairesi E.2009/447 K.2010/37516, 13.12.2010.

kullanıldığı ve işverene hakaret edildiği gerekçeleriyle iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığına karar vermiştir.

#### **d) Anayasa Mahkemesi**

Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili bugüne kadar yayımlanmış yalnızca bir kararı bulunmaktadır. Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusunda,<sup>154</sup> aynı işyerinde çalışan başvurucular iş e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri yazışmaların içeriklerine işveren tarafından rızaları olmaksızın ulaşıldığını, bu içerikler gerekçe gösterilerek iş sözleşmelerinin feshedildiğini belirterek özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. Başvuruya konu olayda söz konusu yazışmalar, başvurucuların duygusal ilişki yaşadıkları iddiasıyla, ikinci başvurucunun eşi tarafından işverene sunulmuş ve işveren tarafından başvurucuların e-posta hesapları incelenerek sözleşmeleri İş Kanunu'nun 25. maddesinde yer alan "*ablak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller*" gerekçe gösterilerek feshedilmiştir.

Mesleki hayat çerçevesindeki faaliyetlerin de özel yaşam kapsamında bulunduğu işaret eden Mahkeme, başvuruyu devletin özel yaşam hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülükleri yönünden incelemiştir.<sup>155</sup> Buna göre, derece mahkemeleri özel hukuk kişileri arasındaki insan hakları temelindeki uyuşmazlıkları değerlendirirken, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge kurmalı, özellikle Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerindeki güvenceleri göz önünde bulundurmalıdır.<sup>156</sup> Hak ve menfaatler arasında doğru dengenin kurulması hususunun öncelikle derece mahkemelerinin görev alanında olduğunu belirten Mahkeme, derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin Anayasa ve Sözleşme'de yer alan standartlara uygunluğunu denetleme yetkisinin kendisinde bulunduğunu vurgulamıştır.<sup>157</sup>

Mahkeme, başvurucuların özel yaşamlarına saygı ve haberleşme gizliliği hakları ile işverenin iş yerindeki huzur ve disiplinin devamından elde edeceği menfaatin çatıştığı sonucuna ulaşmış ve incelemesini bu iki çıkar arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı noktasına öz-

154 Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusu, Başvuru No: 2013/4825, 24.03.2016.

155 A.g.e., par. 35.

156 A.g.e., par. 55.

157 A.g.e., par. 55-56, ayrıca par. 63.

gülemiştir. Bu aşamadan itibaren Mahkeme başvuruçuların işyerinde uymayı taahhüt ettikleri işyeri kurallarına değinmiştir. Buna göre başvuruçular, işyerinde başvuruçular için yürürlükte olan içtüzük, temel yönetmelik, bilgi güvenliği taahhütnamesi, oryantasyon kitapçığı, seyahat yönetmeliği, talimatlar ve prosedürlerini iş sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul etmiştir. Bu şekilde başvuruçular, işveren tarafından hazırlanan kuralları ve kısıtlamaları içeren tüm genel düzenlemeleri içeren iş ilişkisi nedeniyle hak ve özgürlüklerine ne derece müdahale edilebileceği konusunda bilgilendirilmiştir. Mahkeme'ye göre, kurumsal e-posta hesaplarının kişisel amaçlar doğrultusunda veya genel ahlaka aykırı şekilde kullanımını yasaklayan ve gerektiğinde yazışmaların takip edilebileceğini öngören işyeri kuralları hakkında bilgilendirilmiş olan başvuruçuların, kurumsal e-posta hesapları üzerinden gerçekleştirdikleri yazışmaların korunması konusunda makul bir beklenti içinde oldukları söylenemez.<sup>158</sup> Öte yandan işveren kendiliğinden değil başvuruçulardan birinin eşi tarafından bilgilendirildikten sonra teyit amacıyla başvuruçuların yazışmalarını incelemiş olup Mahkeme'ye göre bu şekildeki bir müdahale meşru amaçla ölçülüdür.<sup>159</sup>

Derece mahkemelerinin yargılamalarına da değinen Mahkeme, “işverenin sözleşmeye aykırı davranışlardan şüphelendiği için yalnızca ilgili e-posta içeriklerini denetlediği”, “doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan eylemler nedeniyle iş yerinde olumsuzlukların yaşandığı ve bu durumun işveren açısından sözleşmenin sürdürülmesini imkansız hale getirdiği” şeklindeki derece mahkemesi karar gerekçelerini ilgili ve yeterli bulmuştur. Ek olarak, yargılama safhasında yazışmalara ait içeriklerin alenileştirilmediği, başvuruçuların delil sunabildikleri, iddia ve savunma haklarının engellenmediği vurgulanmıştır. Mahkeme bütün bu gerekçeler doğrultusunda başvuruçunun haklarının ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>160</sup>

### e) Değerlendirme

Türk hukukunda işyerinde izleme uygulamaları bakımından gerekli Anayasal ve kanuni çerçeve Anayasa'ya 2010 değişiklikleri ile kişisel

158 para. 64-68.

159 para. 69.

160 para. 70-72.

verilerin korunması hakkının eklenmesi ve yakın zamanda yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile oluşturulmuştur. Bu düzenlemelere, TBK md. 419 hükmü ve ilgili ceza kanunu hükümleri eklenebilir.

Anayasa'nın 20. maddesi uyarınca kişisel veriler ancak kişinin açık rızasıyla ya da kanunda öngörülen hallerde işlenebilecektir. Anayasal korumanın uygulamaya koyulmasını sağlayan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda veri koruma hukukuna ilişkin birçok kavram ve ilkeye yer verilmiştir. Öte yandan kanunda açık rıza kuralının istisnaları, kişilerin veri sorumlularına karşı sahip olduğu haklar, veri sorumlusunun yükümlülükleri ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu ile Kurula ilişkin esaslar düzenlenmiştir.

İşçilerin kişisel verilerinin korunması yönünden Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile bir arada değerlendirilmesi gereken TBK md. 419 hükmüne göre işçilerin kişisel verileri ancak verimlilik ve performans kriterleri dahilinde işlenebilecektir. Öte yandan KVKK md. 5'te yer alan veri sorumlusunun meşru menfaati için zorunlu olan durumlarda da işveren tarafından kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olabilecektir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu işçilerin izlenmesi uygulamaları bakımından AİHM'in Barbulescu kararında yer verilen ilkelerle uyumlu bir niteliğe sahiptir. Kanunda veri sorumlusu olan işverenin aydınlatma yükümlülüğüne, işçinin veri sahibi olarak haklarına yer verilmektedir. Öte yandan izleme uygulamaları büyük oranda Kanunun 5. maddesinde yer alan "veri sorumlusunun meşru menfaati" çerçevesinde gerçekleştirileceğinden, bu hükmün hem AB Direktifi hem de Barbulescu kararındaki ilkeler gözetilerek, ölçülülük kriteri çerçevesinde değerlendirilmesi, meşru menfaat kavramının işverenin izleme faaliyetini gerektiren somut gerekçelerinin bulunması şeklinde yorumlanması gerekmektedir. Belirtilmesi gerekir ki Yargıtay'ın da işçilerin kullanımına tahsis edilen iş bilgisayarları üzerinde işverenin, yalnızca bunlar kendi mülkiyetinde olduğu için, her zaman denetim yetkisinin bulunduğu şeklindeki içtihadını gözden geçirmesi gerekmektedir. Avrupa Birliği düzenlemeleri ve AİHM içtihadıyla uyumlu olmayan söz konusu yaklaşım, Amerikan hukukundaki mülkiyet odaklı özel yaşam konseptini hatırlatmaktadır. Danıştay ve Yargıtay tarafından, Anayasa'nın 13., 20. ve



22. maddesi, KVKK ve AİHM içtihadı çerçevesinde işçinin mahremiyet hakkı ile işverenin somut meşru menfaati arasında ölçülülük ilişkisini barındıran, adil bir denge kurmaya yönelik yeni bir içtihadı yaklaşım geliştirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin Ömür Kara ve Onursal Özbek kararı, AİHM Büyük Daire'nin Barbulescu kararından önce tesis edilmiştir. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin Büyük Daire kararıyla uyumsuz ilkelere ortaya koyduğu söylenemez. İzleme uygulaması hakkında işverenin yaptığı ön bildirim verilen önem,<sup>161</sup> e-posta içeriklerinin izlenmesinin meşru ve somut gerekçelere dayanıp dayanmadığının incelenmesi,<sup>162</sup> ölçülülük incelemesi ve mahremiyetin yargılama safhasında ne oranda korunduğunun araştırılması karardaki bazı olumlu unsurlardır. Bunların yanı sıra Anayasa Mahkemesi, daha ileri bir yaklaşımla, işverenlerin çalışanların haklarına yönelik keyfi müdahalelerine imkan sağlayan işyeri düzenlemelerinin Anayasa'nın 11. ve 12. maddeleri karşısında kabul görmesinin mümkün olmadığını, bildirim bu şekilde anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır.<sup>163</sup>

## SONUÇ

İletişim teknolojilerinin gelişimi birçok alanda olduğu gibi çalışma hayatında da önemli değişimlere yol açmış olup bu değişimlerden en önemlisi işyerinde elektronik izleme uygulamalarının yaygınlaşması olmuştur. Bu uygulamaların yaygınlaşması, aynı zamanda, çözülmesi gereken bir hak ve özgürlük sorununu da ortaya çıkarmıştır.

İzleme uygulamaları işçilerin özel yaşam ve haberleşmenin gizliliği hakları ile işverenlerin birtakım meşru menfaatlerini karşı karşıya getir-

161 Kararda bildirim yanı sıra başvuru sahiplerinin iletişim izlemesi bakımından rızalarının bulunduğu da vurgulanmış olup Mahkeme'nin rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı hususunu tartışması bir eksiklik olarak görülebilir.

162 İşyerinde çalışanların birbirleriyle duygusal ilişki veya samimi arkadaşlık ilişkisi kurmalarının işverenler için haklı veya geçerli bir fesih nedeni olarak kabul edilmesinin özel yaşama saygı hakkı bakımından ne kadar yerinde olduğu konusu, iletişimin izlenmesinden bağımsız ve ayrı bir tartışma konusu olup bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır. Öte yandan halihazırda Yargıtay uygulamasında bu husus işveren için fesih sebebi olarak kabul edilmekte olup yaygın kanaat de bu yönde olduğundan, bu konuda bir değerlendirme yapmaksızın, izleme uygulamasının meşru bir amaca dayandığını varsaymaktayız.

163 65. paragrafta Mahkeme'nin Anayasa'nın 11. ve 12. maddelerine atfı yapması Anayasa'nın doğrudan uygulanabilirliğini ve yatay etki yaklaşımını ortaya koyması bakımından da önemlidir.

mekte olup çatışan bu çıkarların adil bir şekilde dengelenmesi devletin görevidir. Bu dengeleme sürecinde işçilerin mahremiyet haklarının kapsamının nasıl yorumlanacağı kilit bir unsur ifade etmektedir. Amerikan hukukunda işverenin izleme faaliyetleri karşısında işçinin mahremiyet alanının dar yorumlandığı bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Buna karşın Avrupa Birliği'nde 95/46/EC sayılı direktif ve daha sonradan düzenlenen tüzük ile son derece ileri düzenlemeler getirilmiş, işçinin mahremiyet hakkı oldukça geniş yorumlanmıştır.

Türk hukukunda konu yeni gündeme gelmekte ve gelişmekte olan bir alanı oluşturmaktadır. Bu gelişim sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu düzenlenirken Avrupa Birliği normlarının referans alınması ve Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında AİHM içtihadı ile uyum sağlamaya çalışması önemlidir. Son dönemde yayımlanan AİHM'in Barbulescu kararındaki birtakım ilke ve kriterler ise Türk hukukundaki ivme bakımından temel bir çerçeve sunmuştur. Kararda yer verilen, izleme faaliyeti öncesi işçiye bildirimde bulunulması, izlemenin somut bir meşru amacı içermesi, amaç ve izleme uygulaması arasında gereklilik ve ölçülülük ilişkisinin bulunması gibi birtakım asgari kriterler çatışan işçi-işveren menfaatlerinin uzlaştırılmasında önemli rol oynayacaktır.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makaleler

- Burcu Savaş, “İş Hukukunda Siber Gözetim”, Çalışma ve Toplum, Sayı: 2009/3, s. 97-132.
- Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 12. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2013.
- Chris Hunt; Corinn Bell, “Employer Monitoring of Employee Online Activities outside the Workplace: Not Taking Privacy Seriously”, 18 Canadian Lab. & Emp. L.J. 411 2015.
- Eda Manav, “İş İlişkilerinde İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, Yıl: 2015, S: 2, s. 95-136.
- H. Burak Gemalmaz, Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Mıdır?: AİHM Büyük Dairenin 05 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı, 09.09.2017, <http://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>.
- Heumann, Cassak, Kang, Twitchell, “Privacy, Surveillance: Public Attitudes on Cameras on the Street, in the Home and in the Workplace, Rutgers Journal of Law & Public Policy, Vol:14/1, 2006
- İbrahim Korkmaz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi (2016) 124, s. 81-152.
- James Robert Watt, Electronic workplace surveillance and employee privacy - A comparative analysis of privacy protection in Australia and the United States, Queensland University of Technology Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- K. Ahmet Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 6, S: 24, Aralık 2011, s. 120-139.
- Kathleen Carlson, Social Media and the Workplace: How I Learned to Stop Worrying and Love Privacy Settings and the NLRB, 66 Fla. L. Rev. 479, 2014.
- Kim, Jonathan, “Fourth Amendment: An Overview”, Cornell Law School Wex, [https://www.law.cornell.edu/wex/fourth\\_amendment](https://www.law.cornell.edu/wex/fourth_amendment)
- Mehmet Tekergül, İşyerinde Elektronik Gözetim Uygulamaları, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2010.

- Michael J. Garcia - Kate M. Manuel - Andrew Nolan - Meghan Totten, Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation, Document No. 112-9, U.S. Government Publishing Office, Washington, 2016.
- Nathan Watson, "The Private Workplace and the Proposed "Notice of Electronic Monitoring Act": Is "Notice" Enough?", Federal Communications Law Journal, Vol. 54 Iss. 1 Article 5, 2001, s. 80-102.
- Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013, s. 53-81.
- Ozan Ergül, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", Erdal Onar Armağanı, AÜHF Yayınları, Cilt: 1, 2013, s. 433-488.
- Robert Sprague, "Applying the Electronic Communications Privacy Act in the Workplace: Struggling to Keep Pace with Paradigm Shifts in Technology", 2010, s. 6-8, <https://ssrn.com/abstract=1728197>.
- Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Ed. Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, Ekim 2013, s. 23-53
- Will N. Widman, Does My Employer Control My Facebook Account: Emerging Social Media Privacy Concerns in the Workplace, 32 Temp. J. Sci. Tech. & Envtl. L. 211, 2003.

### **Mevzuat ve Diğer Kaynaklar**

- American Association of Law Libraries kuruluşunun Kongre'ye E-Posta Mahremiyeti Kanunu teklifi hakkındaki çağrısı, <https://www.aallnet.org/wp-content/uploads/2017/11/2017-IB-One-Pager-Reforms-to-the-Electronic-Communications-Privacy-Act.pdf> .
- Article 29 Working Party, Opinion 08/2001 on the processing of personal data in the employment context, WP 48, 13.09.2001.
- Article 29 Working Party, Opinion 2/2017 on data processing at work, WP 249, Brussels, 08.06.2017.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı, C 326/391, 26.10.2012.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, CM/Rec(2015)5, 1 Nisan 2015.
- Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi, 95/46/EC, 24 Ekim 1995.
- Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Tüzüğü, 2016/679, 27 Nisan 2016.
- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Dijital Çağda Özel yaşamın Gizliliğinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler (the right to privacy in the digital age), A/RES/68/167, 18 Aralık 2013.

- Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler (Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files), A/RES/45/95, 14Aralık 1990.
- Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, BMGK, 217 A (III), 10 Aralık 1948.
- Factsheet-Surveillance at Workplace, European Court of Human Rights, 2018, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Workplace\\_surveillance\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Workplace_surveillance_ENG.pdf).
- Notice of Elctronic Monitoring Act, 106th Congress 2nd Session, 20.07.2000. <https://www.congress.gov/bill/106th-congress/house-bill/4908/text>.
- Q & A Grand Chamber Judgment in the case of Barbulescu v. Romania, Press Unit (ECHR), 05.09.2017.
- Restatement of the Law, Second, Torts, § 652, The American Law Institute, [http://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy\\_R2d\\_Torts\\_Sections.htm](http://cyber.harvard.edu/privacy/Privacy_R2d_Torts_Sections.htm).
- Uluslararası Çalışma Örgütü, Uygulama Kodu: Çalışanların Kişisel Verileri'nin Korunması, Cenevre, 1997.
- Kişisel Verileri Koruma Kurumu yayımları, Açık Rıza, <http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>.
- Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik , [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr).

## **Kararlar**

- Anayasa Mahkemesi, E.2016/125 K.2017/143, 28.09.2017, para. 47.
- Anayasa Mahkemesi, Ömür Kara ve Onursal Özbek başvurusu, Başvuru No: 2013/4825, 24.03.2016.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 420/27, 05.10.2010.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 62617/00, 03.07.2007
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 70838/13, 28.11.2017
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 20605/92, 25.06.1992.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B. No: 588/13, 22.02.2018.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Barbulescu/Romanya-Büyük Daire (B.No: 61496/08), 05.09.2017.
- Birleşik Devletler Kuzey Iowa Bölge Mahkemesi, O'Bryan v. KTIV Television, No: C 93/4089, 22.11.1994.
- Birleşik Devletler Nevada Bölge Mahkemesi, John Bohach v. The City of Reno, No. CV-N-96-403-ECR, 23.07.1996.

- Birleşik Devletler New Jersey Yüksek Mahkemesi Temyiz Dairesi, Doe v. XYZ Corporation, 27.12.2005.
- Birleşik Devletler Pennsylvania Bölge Mahkemesi, Smyth v. The Pillsbury Company, No: 95-5712, 23.01.1996.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 1. Daire, Vega Rodriguez v. Puerto Rico Telephone Company, No: 96/2061, 08.04.1997.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 11. Daire, Carmie Watkins v. L.M. Berry & Company, No.82-7007, 02.05.1983.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 2. Daire, Sheppard v. Beerman, No: 93/7658, 03.03.1994.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 3. Daire, Borse v. Piece Goods Shop Inc., No: 13.05.1992.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 5. Daire, United States v. Slanina, No: 00/20926, 21.02.2002.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 8. Daire, United States v. Thorn, No: 03/3615, 13.07.2004.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, Quon v. Arch Wireless Operating Co. Inc., No: 07/55282, 18.06.2008.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, United States v. Koyomejian, No. 90/50218, 01.07.1992.
- Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi 9. Daire, United States v. Taketa, No: 88/1022 ve 88/1024, 08.01.1991.
- Birleşik Devletler Texas Temyiz Mahkemesi, McLaren v. Microsoft Corp., No: 05-97-00824-CV, 28.05.1999.
- Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Katz v. United States, No. 35, 18.12.1967.
- Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, O'Connor v. Ortega, No. 86/630, 31.03.1987.
- Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Ontario v. Quon, No. 08/1332, 17.06.2010.
- Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Skinner v. Railway Labor Executives' Association, No. 87/1555, 21.03.1989.
- Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi, Treasury Employees v. Von Raab, No. 86/1879, 21.03.1989.
- Danıştay 10. Daire, E.2014/3950 K.2015/2774, 08.06.2015.
- Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E.2014/2242 K.2015/4991, 09.12.2015.
- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2009/447 K.2010/37516, 13.12.2010.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/36305 K. 2009/12393, 4.5.2009.  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2008/5836, K.2008/29779, 3.11.2008.  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E.2006/32539, K.2007/4328, 19.2.2007.

---

## SUÇ ve CEZA DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

---

Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili Türkçe'dir. Ancak yabancı dilde yazılan yazılar Yayın Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe yazılmış özeti ile birlikte, yayımlanabilir.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hüküm yurtdışında Türkçe'den başka dilde yayımlanmış yazıların tercüme için uygulanmaz.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar bir İngilizce bir de Türkçe yazılmış ve her biri 200 kelimeyi aşmayan özet (abstract) ve ayrıca en az 5 adet anahtar kelime içermek zorundadır.

Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak, bir bütün halinde 10 sayfadan az olmayacak şekilde kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Calibri, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotların şu şekilde olması zorunludur:

**Kitap için:** Yazar soyadı ve adı, eserin adı (italik), eserin yayın yeri ve yılı, sayfa numarası

**Makale için:** Yazar soyadı ve adı, makale adı (italik), derginin adı, cilt, sayı, yıl, sayfa numarası (s.)

İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.



Yazının sonunda “Kaynakça” bölümü bulunmalı ve makalede atıf yapılan eserlerin listesine atıf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

Makalenin hakemli olarak yayımlanması talep edilirse, Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan bu yazılar, yazı sahiplerinin isimleri saklı tutularak hakem incelemesine gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. Hakem incelemesinden geçen yazı “Hakemli” ibaresi eklenerek yayımlanır.

Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.

Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türk Ceza Hukuku Derneği'ne aittir. Yazılar Türk Ceza Hukuku Derneği'nin [www.tchd.org.tr](http://www.tchd.org.tr) adresinde dijital ortamda yayımlanacaktır ve yazar sayısı kadar dergi basımı yapılacaktır. Yazara bir adet dergi gönderilecektir. Yazar kendisine bir telif ücreti ödenmeyeceğini ve bu yazıdan doğan tüm maddi haklarını Türk Ceza Hukuku Derneği'ne devrettiğini kabul etmiştir.

Suç ve Ceza Dergisi'nin Mart sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Şubat; Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Mayıs ; Eylül sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Ağustos ; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayın değerlendirme listesine alınacaktır.

Suç ve Ceza Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, konu kısmına “Suç ve Ceza Dergisi – Makale” yazılmak suretiyle aşağıdaki e-posta adresine yazara ait ORCID numarası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir:

[bilgi@tchd.org.tr](mailto:bilgi@tchd.org.tr)