

RİSK TOPLUMUNUN CEZA HUKUKU ALANINDA ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR



Editor
Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ



TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ
TURKISH ACADEMY OF SCIENCES



TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ
TURKISH ACADEMY OF SCIENCES

RİSK TOPLUMUNUN CEZA HUKUKU ALANINDA ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR

Aralık, 2025

Risk Toplumunun Ceza Hukuku Alanında Ortaya Çıkardığı Sorunlar

The New Challenge for Criminal Law in the Risk Society

© Türkiye Bilimler Akademisi Yayınları, 2025

© Turkish Academy of Sciences Publication, 2025

Bilim ve Düşünce Serisi No: 62

Science and Thought Series No: 62

ISBN: 978-625-6110-52-6

DOI: 10.53478/TUBA.978-625-6110-52-6

Bu çalışma, TÜBA yayını olarak Die neue Herausforderung für Strafrecht in der Risikogesellschaft / The New Challenge for Criminal Law in the Risk Society başlığıyla ve ISBN: 978-625-6110-51-9 numarasıyla yayımlanan eserin Türkçe çevirisidir.

Bu kitapta yer alan tüm yazıların dil, bilim, etik ve hukuk açısından bilimsel sorumluluğu yazarlarına aittir. Editörlerin ve Türkiye Bilimler Akademisi'nin sorumluluğu bulunmamaktadır.

The scientific responsibility for the language, scientific, ethical and legal aspects of all the articles included in the book belongs to the authors. Turkish Academy of Sciences and the editors have no responsibility.

Editör / Editor

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
oezgenc[at]gmail.com | ORCID: 0000-0002-1805-8572

Akademik Sekreteryâ/Academic Secretariat

Dr. Ahmet ÖZGÜLTEKİN

Grafik Tasarım / Graphic Designer

Mustafa ALTINTEPE

Baskı Yeri - Tarihi - Sayısı / Publication Place - Date - Pcs.

Tek Ses Ofset Matbaacılık Yayıncılık (S.N.: 44186) • Aralık 2025 • 500

Türkiye Bilimler Akademisi / Turkish Academy of Sciences

Vedat Dalokay Cad. No: 112 06670 Çankaya - Ankara

Tel: +90 312 442 29 03 • www.tuba.gov.tr

Risk Toplumunun Ceza Hukuku Alanında Ortaya Çıkardığı Sorunlar / ed. İzzet Özgenç. -- Ankara : Türkiye Bilimler Akademisi, 2025.

727 s. ; 21 x 29,7 sm. – (Bilim ve Düşün Serisi No; 62)

Bibliyografya içerir.

ISBN 978-625-6110-52-6

1. Ceza hukuku. 2. Criminal law . 3. Risk toplumu. 4. Risk society. 5. Hukuki sorumluluk. 6. Legal liability.

K5014.8 R57 2025

345



This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative (BY-NC-ND) 4.0 International License.

İÇİNDEKİLER

Table of Contents

TAKDİM / FOREWORD

Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER

ix

SUNUŞ / PREFACE

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

xiii

KORE PERSPEKTİFİNDEN RİSK TOPLUMUNDA CEZA HUKUKUNUN ROLÜ VE FONKSİYONU

THE ROLE AND FUNCTION OF CRIMINAL LAW IN THE RISK SOCIETY FROM
A KOREAN PERSPECTIVE

Prof. Dr. Byung-Sun CHO

Çev.: Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA

1

RİSK TOPLUMUNDA CEZA HUKUKUNUN ROLÜ VE FONKSİYONU

THE ROLE AND FUNCTION OF CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETY

Prof. Dr. Adem SÖZÜER, Esmâ Nur TURHAN

11

KORE CEZA HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN DE LEGE LATA VE DE LEGE FERENDA CEZA SORUMLULUĞU

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN KOREAN CRIMINAL LAW: DE LEGE LATA
AND DE LEGE FERENDA

Prof. Dr. Chen- Chel RYU

Çev.: Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ

43

YÖNETİCİ PERSONELİN İŞLETME BÜNYESİNDE İŞLENEN SUÇLARLA İLGİLİ ORGANİZASYONEL TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

DETERMINATION OF THE SCOPE OF MANAGING DIRECTORS ORGANISATIONAL MONITORING
DUTIES AND CRIMINAL LIABILITY FOR OFFENCES WITHIN THE COMPANY

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ

63

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM ORGANLARINDA GÖREV YAPAN KİŞİLERİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

CRIMINAL LIABILITY OF INDIVIDUALS SERVING
ON THE MANAGEMENT BODIES OF JOINT STOCK COMPANIES

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

91

“COMPLIANCE” KAVRAMI VE ŞİRKETLERDE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU
COMPLIANCE AND CORPORATE CRIMINAL RESPONSIBILITY
Arş. Gör. Efe Can KARABULAT
115

DÖRDÜNCÜ SANAYİ DEVRİMİ ÇAĞINDA SUÇ ÖNLEMENİN İMKÂNI VE SINIRLARI:
KORE PERSPEKTİFİ
POSSIBILITY AND LIMITS OF CRIME PREVENTION IN THE FOURTH INDUSTRIAL
REVOLUTION ERA: A KOREAN PERSPECTIVE
Prof. Dr. Won-Sang LEE
Çev.: Arş. Gör. Muteber Dilasa CİNGİ
137

RİSK TOPLUMLARINDA SUÇUN ÖNLENMESİ VE YAPAY ZEKÂ: TÜRKİYE PERSPEKTİFİ
AI AND CRIME PREVENTION IN RISK SOCIETIES: TÜRKİYE PERSPECTIVE
Dr. Öğr. Üyesi Buket ABANOZ ÖZTÜRK
147

GÜNEY KORE CEZA HUKUKU’NDA RİSK TOPLUMUNDA OTONOM ARAÇLAR
THE SOUTH KOREAN CRIMINAL LAW SYSTEM ON AUTONOMOUS VEHICLES
IN THE RISK SOCIETY
Prof. Dr. Moon-Ho SONG
Çev.: Arş. Gör. Eren AKPINAR
173

RİSK TOPLUMUNDA OTONOM ARAÇLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER
REGULATIONS ON AUTONOMOUS VEHICLES IN RISK SOCIETY
Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN, Dr. Öğr. Üyesi Hazal Algan CANSEVEN
193

CEZA YARGILAMALARINDA MAĞDUR HAKLARININ GÜÇLENDİRİLMESİ
STRENGTHENING VICTIMS’ RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS
Prof. Dr. Yumi JEE
Çev.: Arş. Gör., Mehmet Nuri TEKE
205

TÜRK CEZA MUHALEMESİNDE MAĞDUR HAKLARI –
YASAL DÜZENLEMELERİN ELEŞTİREL BİR İNCELEMESİ
THE RIGHTS OF THE VICTIM IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE –
A CRITICAL REVIEW OF THE LEGAL REGULATIONS
Prof. Dr. Faruk TURHAN
221

ALMAN HUKUKUNDA DİJİTAL VERİ İNCELEMESİ VE BU AMAÇLA VERİ TAŞIYICISINA
“GEÇİCİ ELKOYMA” (StPO 110)
DIGITAL DATA EXAMINATION AND “TEMPORARY SEIZURE”
OF THE DATA CARRIER FOR THIS PURPOSE UNDER GERMAN LAW (StPO 110)
Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN
261

**ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA MAĞDURUN
BEDEN MUAYENESİNİN AYNI CİNSİYETTEN KİŞİ TARAFINDAN YAPILMASINA İLİŞKİN
CMK M. 77’NİN İNCELENMESİ**

REVIEW OF ART. 77 OF THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE REGARDING THE
EXAMINATION OF THE BODY OF THE VICTIM BY A PERSON OF THE SAME SEX IN TURKISH LAW IN
COMPARISON WITH GERMAN LAW

Arş. Gör. Ayşen ALAN

277

**KORE HUKUK DÜZENİNDE İŞ GÜVENLİĞİ HUKUKUNA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR
CRIMES AGAINST THE OCCUPATIONAL SAFETY LAW IN THE KOREAN LEGAL SYSTEM**

Prof. Dr. Jinkuk LEE

Çev.: Arş. Gör. Elif KURT KILIÇ

313

**RİSK TOPLUMUNDA İŞ KAZALARINDAN KAYNAKLANAN
CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU**

CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE LABOR PROTECTION LAW IN THE RISK SOCIETY

Doç. Dr. Reşit KARAASLAN

327

**SOMA MADEN FACİASINA İLİŞKİN CEZA KOVUŞTURMASI SÜRECİ ÜZERİNE
BİR DEĞERLENDİRME**

AN ASSESSMENT OF THE CRIMINAL TRIAL IN CONNECTION WITH
THE SOMA MINING DISASTER

Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA

357

**TAKSİRLE SEBEBİYET VERİLEN ÇOKLU ÖLÜMLÜ İŞ KAZASINA
İLİŞKİN KARAR İNCELEMESİ**

REVIEW OF THE DECISION ON MULTIPLE FATAL OCCUPATIONAL ACCIDENTS CAUSED
BY NEGLIGENCE

Arş. Gör. Esra BULUT

379

**SORUŞTURMA SÜRECİNDE BİLGİSAYAR İÇERİK VERİLERİNDE ARAMA VE
EL KOYMAYA İLİŞKİN KORE DÜZENLEMESİ**

THE KOREAN REGULATION OF SEARCH AND SEIZURE ON COMPUTER CONTENT DATA
IN THE INVESTIGATION PROCEDURE

Prof. Dr. Seong-Do MUN

Çev.: Arş. Gör. Elif ALKAN

413

**BİLİŞİM SİSTEMLERİNDE UYGULANAN KORUMA TEDBİRLERİNİN KAPSAMI
THE SCOPE OF THE PROTECTION MEASURES APPLIED IN INFORMATION SYSTEMS**

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL

445

**DİJİTAL DELİLLERİN CEZA MUHALEMESİ HUKUKU VE REKABET HUKUKUNDAKİ
ARAŞTIRILMA USULLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI**

COMPARISON OF DIGITAL EVIDENCE INVESTIGATION PROCEDURES IN CRIMINAL PROCEDURE
LAW AND COMPETITION LAW

Arş. Gör. Eda TAŞTEMÜR

481

**VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN ÖNLENMESİNDE DİJİTAL EKONOMİNİN ULUSLARARASI
DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE VERGİLENDİRİLMESİ**

TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY WITHIN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL
REGULATIONS FOR PREVENTING TAX EVASION CRIME

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Kübra ÖZEROL

509

RİSK TOPLUMU AÇISINDAN KORE'DE TAKSİR DÜZENLENMESİ

THE REGULATION OF NEGLIGENCE IN KOREA IN THE CONTEXT OF THE RISK SOCIETY

Prof. Dr. Myoungsu KO

Çev.: Arş. Gör. Başar PANCAROĞLU

527

**OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER ÖZELİNDE
BAYRAM OTEL DAVASI**

EVALUATIONS ON THE OBJECTIVE DUTY OF CARE IN THE BAYRAM HOTEL CASE

Doç. Dr. M. Emre TULAY

541

**TÜRK HUKUKUNDA TAKSİRLİ SUÇ: ALMAN HUKUKUNDAKİ GELİŞME İŞİĞİNDA
KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ**

NEGLIGENCE OFFENSE IN TURKISH LAW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF ITS
DEVELOPMENT IN GERMAN LAW

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL

559

PAMUKOVA TREN KAZASI OLAYINA İLİŞKİN YARGI KARARLARININ ANALİZİ

ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS REGARDING THE PAMUKOVA TRAIN ACCIDENT

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL

587

**DÖKME LPG TESİSATINDA GAZ KAÇAĞI KAYNAKLI PATLAMA:
YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ'NİN 29.06.2022 TARİHLİ E. 2019/345 K. 2022/5272
SAYILI KARARININ İNCELENMESİ**

EXPLOSION DUE TO GAS LEAKAGE IN A BULK LPG INSTALLATION: ANALYSIS OF THE JUDGMENT
OF THE 12TH CRIMINAL CHAMBER OF THE TURKISH COURT OF CASSATION DATED 29.06.2022
WITH CASE NUMBERS 2019/345-2022/5272

Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ

625

KORE CEZA HUKUKUNDA YAPTIRIM SİSTEMİ REFORMU
REFORM OF THE SANCTIONS SYSTEM IN KOREAN CRIMINAL LAW

Dr. Jinhwan CHANG

Çev.: Arş. Gör. Yusuf MİNEZ

647

CEZA HUKUKUNDAN ÖNLEYİCİ GÜVENLİK MİMARİSİNE RİSK TOPLUMUNDA
TEHLİKENİN ÖNLENMESİNİN GELİŞİMİ

FROM CRİMİNAL LAW TO THE NEW PREVENTİVE SECURITY ARCHİTECTURE –
THE DEVELOPMENT OF DANGER PREVENTİON İN THE RİSK SOCIETY

Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU

675

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ
CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİ, YAPAY ZEKÂ VE CEZA SORUMLULUĞU,
COMPLIANCE, İMAR UYGULAMALARI VE CEZA SORUMLULUĞU, BİRDEN FAZLA
KİŞİNİN TAKSİRE DAYALI SORUMLULUĞU

EVALUATION AND CONCLUSION

ANTICIPATORY CRIMINAL LIABILITY, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CRIMINAL RESPONSIBILITY,
COMPLIANCE, CONSTRUCTION LAW AND CRIMINAL LIABILITY, JOINT NEGLIGENT LIABILITY

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

695

DİZİN

INDEX

707

TAKDİM

Bilim ve teknoloji, insanlığın ilerlemesinde belirleyici bir konumda yer almaktadır. Günümüzde teknolojik gelişmeler, insan hayatına kolaylık ve refah kazandırmanın yanında yeni toplumsal, etik ve hukuki sorumlulukları da beraberinde getirmektedir. İlkel toplumlarda tehlike doğrudan doğadan veya insandan kaynaklanırken modern toplumlarda tehlike büyük ölçüde teknolojik gelişmelerin karmaşık yapısından doğmaktadır. Bu durum, hukuk düzenlerinin, insan haklarının ve toplumsal kurumların bu yeni koşullara uyum sağlamasını zorunlu hale getirmektedir.

Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), tüm bilim disiplinlerinde akademik düşüncüyü, bilimsel yaklaşımı ve araştırma kültürünü desteklemeyi temel görevlerinden biri olarak görmektedir. Akademimiz, doğa bilimlerinden sosyal bilimlere, mühendislikten sağlık alanlarına kadar geniş bir yelpazede tematik odaklı çalışmalar yürütmekte ve bilimin gelişimini çok yönlü olarak teşvik etmektedir. TÜBA, bilimsel mükemmeliyeti yalnızca ulusal ölçekte değil, aynı zamanda uluslararası ölçekte de güçlendirmeyi hedeflemekte; bu kapsamda farklı ülkelerde görev yapan araştırmacıların katkılarıyla disiplinlerarası bir etkileşim alanı oluşturmaktadır.

Dijitalleşme, yapay zekâ ve etik alanlar gibi tematik konular, çağımızın bilimsel ve hukuki gündemini şekillendirmektedir. Bu alanlarda yaşanan dönüşümler yalnızca teknolojik boyutlarıyla değil, aynı zamanda toplumsal, hukuki ve insani yönleriyle de ele alınmalıdır. TÜBA, bu dönüşümlere bilimsel titizlikle yaklaşmakta; tematik çalışma grupları ve yayınları aracılığıyla derinlemesine analiz ve tartışma ortamları sunmaktadır.

Bu kitapta yer alan bilimsel çalışmalar, teknolojik gelişmelerin hukukla, özellikle ceza hukuku sorumluluğu ile kesiştiği alanlarda önemli değerlendirmeler içermektedir. Farklı ülkelerden araştırmacıların katkılarıyla hazırlanan bölümler Türkçe, İngilizce ve Almanca olarak yayımlanmış, böylece eserin evrensel bir bilim diliyle buluşması sağlanmıştır. Bu çalışma, disiplinlerarası bakış açısıyla hukuk, teknoloji ve etik alanlarında geleceğe ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Bu yayına katkı sunan, başta eserin editörü olmak üzere tüm bilim insanlarına ve paydaşlara teşekkür eder, eserin bilim dünyasına ve akademik düşünceye kalıcı katkılar sağlamasını dilerim.

Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
Türkiye Bilimler Akademisi Başkanı
ORCID: 0000-0002-7829-3937

FOREWORD

Science and technology occupy a decisive role in advancing humanity. Today, technological developments not only bring convenience and prosperity to human life but also introduce new social, ethical, and legal responsibilities. While in primitive societies danger arose directly from nature or human beings, in modern societies danger largely emerges from the complex structure of technological advancements. This situation requires legal systems, human rights frameworks, and social institutions to adapt to these new conditions.

The Turkish Academy of Sciences (TÜBA) regards supporting academic thought, scientific approaches, and a culture of research across all scientific disciplines as one of its fundamental duties. Our Academy conducts thematically focused studies across a broad spectrum-from natural sciences to social sciences, from engineering to health sciences-and promotes scientific development in a multidimensional manner. TÜBA aims to strengthen scientific excellence not only at the national level but also internationally, creating an interdisciplinary area of interaction with contributions from researchers working in different countries.

Thematic topics such as digitalization, artificial intelligence, and ethics shape today's scientific and legal agenda. Transformations in these fields must be examined not only in their technological dimensions, but also in their social, legal, and human aspects. TÜBA approaches these transformations with scientific rigor, providing environments for in-depth analysis and discussion through thematic working groups and publications.

The scientific studies included in this book contain significant assessments in areas where technological developments intersect with law, particularly criminal liability. The chapters, prepared with contributions from researchers from various countries, have been published in Turkish, English, and German, thus enabling the work to be presented in a universal scientific language. This study aims to shed light on the future of law, technology, and ethics through an interdisciplinary perspective.

I would like to thank all the scientists and stakeholders who contributed to this publication, especially the editor of the work, and I hope that it will make lasting contributions to the scientific community and academic thought.

Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER
President, Turkish Academy of Sciences
ORCID: 0000-0002-7829-3937

SUNUŞ

“Kore Ceza Hukuku Birliği” (Korean Criminal Law Association) ile Türk ceza hukukçularının müstereken gerçekleştirdikleri “Türk – Kore Ceza Hukuku Günleri” adlı akademik etkinliklerin altıncısı olarak, “Die neue Herausforderung für Strafrecht in der Risikogesellschaft - The new challenge for criminal law in the risk society” konulu Sempozyum, 23 ve 27 Eylül 2024 tarihlerinde Güney Kore’nin Cheonju ve Suwon kentlerinde, Jeonbuk Milli Üniversitesi’nin ve Ajou Üniveritesi’nin ev sahipliğinde gerçekleştirilmiştir.

Bu Sempozyum programı kapsamında, Jeonbuk Milli Üniversitesi Kuzeydoğu Asya Hukuku Enstitüsü Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku Merkezi ile Ankara HBV Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi ve Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Vakfı arasında Akademik İşbirliği Protokolü 25.9.2024 tarihinde imzalanmıştır.

Temennimiz, bu toplantıların bilimsel içeriğinin daha da zenginleşerek devam etmesini sağlamaktır. Bu toplantıları online olarak değil yüz yüze yapmayı tercih ettik. Bu suretle, her iki ülkenin ceza hukukçularının karşılıklı olarak birbirlerini, ülkelerini ve kültürlerini tanımaları amaçlanmıştır.

Bu toplantılarda sunulan bildirilerin yayımlanması suretiyle, karşılıklı olarak hukuk sistemlerimiz hakkında bilgi sahibi olmamız ve birbirimizin tecrübelerinden yararlanmamız mümkün olmaktadır.

Ancak bu toplantıları üçüncü bir dille, Almanca veya İngilizce ile yapmak ihtiyacını hissetmekteyiz. Bu toplantıların kendi ana dillerimizle yapılabilmesini sağlamak için karşılıklı işbirliklerimizi geliştirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Bilimsel toplantılar vesilesiyle bir araya gelmenin yanı sıra, özellikle genç öğretim elemanlarının karşılıklı olarak daha uzun süreyle misafir edilmesini sağlayacak akademik işbirliğine ihtiyacımız bulunmaktadır.

Bu suretle genç akademisyenler karşılıklı olarak ana dillerini öğrenebilecekler ve misafir olarak bulundukları ülkede yapılan bilimsel çalışmalardan yararlanabileceklerdir.

Bu akademik işbirlikleri, her iki ülke hukukçularının ortak yayın yapmasına da imkan sağlayacaktır.

Bu kitap, söz konusu Sempozyumda Türk ve Koreli ceza hukukçularının sunduğu bildirilerin yanı sıra, Türk ceza hukukçularının bu Sempozyumda sunulmak üzere hazırladıkları ve fakat sunulacak bildiri sayısının sınırlı tutulması sebebiyle Sempozyum programı çerçevesinde sunulamamış olan bildiri metinlerinden oluşmaktadır.

Bildiriler, Almanca veya İngilizce olarak sunulmuştur. Kitapta bütün bildirilerin Almanca veya İngilizce metinlerinin yanı sıra Türkçe metinlerine de yer verilmiştir. Koreli bilim insanlarının sundukları Almanca veya İngilizce bildiri metinleri, genç Türk ceza hukukçularına tercüme ettirilmiştir.

Türk ve Koreli ceza hukukçularının katılımıyla düzenlenen akademik etkinliklerin altıncısının gerçekleştiriliş sürecindeki ev sahipliği ve misafirperverliği için Sayın Prof. Dr. Byung-Sun CHO’ya ve Sayın Prof. Dr. Moon-Ho SONG’a çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Yönetici,Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi

TÜBA Asli Üyesi

ORCID: 0000-0002-1805-8572

PREFACE

The 6th edition of the academic event “Turkish – Korean Criminal Law Days” was jointly organized by the Korean Criminal Law Association and Turkish criminal law scholars under the theme “Die neue Herausforderung für Strafrecht in der Risikogesellschaft – The New Challenge for Criminal Law in the Risk Society”. The Symposium was held from September 23 to September 27, 2024, in the South Korean cities of Cheongju and Suwon, with Jeonbuk National University and Ajou University serving as the hosts.

As part of the Symposium program, an Academic Cooperation Protocol was signed on September 25, 2024, between the Intellectual Property Rights Centre of the Northeast Asia Law Institute of Jeonbuk National University, the Turkish Criminal Law Implementation and Research Center of Ankara HBV University, and the Foundation for Criminal Law and Forensic Sciences.

Our objective is to ensure that these gatherings continue to evolve, and their scientific content continues to expand. We opted to conduct these meetings face-to-face, rather than online, with the aim of fostering mutual understanding among criminal law scholars from both countries, enabling them to learn more about each other’s countries and cultures.

Through the publication of the papers presented at these meetings, we are provided with an opportunity to deepen our understanding of each other’s legal systems and benefit from the shared experiences of our colleagues.

However, we are feeling a need to conduct these events in a third language, such as German or English. In order to conduct these meetings in our native languages, it is essential that we enhance our mutual collaborations. In addition to gathering for academic meetings, there is a strong need for academic cooperation that allows young faculty members to be hosted by the counterpart institutions for longer periods.

Such initiatives will not only allow these young scholars to learn each other’s native languages but also offer them the chance to benefit from the scientific work being conducted in the host countries.

These academic collaborations will also provide opportunities for joint publications between legal scholars from both countries.

This book contains the papers presented by Turkish and Korean criminal law scholars at the Symposium, as well as those prepared by Turkish scholars for the event but unable to be presented due to the limited number of available slots in the program.

The papers have been presented in either German or English. In this book, both the German or English versions of the papers, as well as their Turkish translations, are included. The German or English-language papers presented by Korean scholars have been translated into Turkish by young Turkish criminal law scholars.

I would like to express my deepest gratitude to Prof. Dr. Byung-Sun CHO and Prof. Dr. Moon-Ho SONG for their hospitality and support in hosting this 6th academic event, which took place with the participation of Turkish and Korean criminal law scholars.

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli University

Director, Turkish Criminal Law Application and Research Center

TÜBA Full Member

ORCID: 0000-0002-1805-8572

KORE PERSPEKTİFİNDEN RİSK TOPLUMUNDA CEZA HUKUKUNUN ROLÜ VE FONKSİYONU

-KORE'DE MODERN CEZA HUKUKUNUN GELİŞİMİ ÇERÇEVESİNDE "DÜŞMAN CEZA HUKUKUNA" ELEŞTİREL BİR BAKIŞ-¹

Prof. Dr. Byung-Sun CHO
Chongju Üniversitesi

Özet

Düşüncemize göre ceza hukukunun bölünmesi kaçınılmazdır. Zira artan otoriterlik geleneksel ceza hukukunda gerilimler ve bölünmeler meydana getirmektedir. Bu sebeple düşman ceza hukuku anlayışının üzerine düşen en önemli görev, düşman ceza hukuku müstakil alanının bütüncül, olgusal ve mantıksal olarak izah edilmesidir. Bu, ceza hukuku öğretisinin sadece uygulama ve teori için değil, aynı zamanda ceza hukukunun tüm bölümleri için tek kılavuz olarak kendini göstermesi gerektiği anlamına gelir. Bunun için düşman ceza hukukunun temellendirilmesinde düşman-vatandaş, kişi-kişi olmayan veya kişiliksizleştirme kavramlarının açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Düşman ceza hukuku kavramı kendi içinde eski Kore Ceza Hukuku düşüncesine tamamen benzer şekilde şu soruyu barındırmaktadır: Düşman ceza hukuku, ceza hukukunun son çaresinin (ultima ratio) son çaresi olabilir mi? Başka bir deyişle düşman ceza hukuku, ceza hukukunu daha derli toplu hale getirecek bir pencere açabilir mi?

Anahtar Kelimeler

Düşman Ceza Hukuku, Eski Kore Ceza Hukuku Düşüncesi, Ceza Hukukunun Ultima Ratio'su (Son Çare), Kişi Olmayan, Kişiliksizleştirme

¹ Tercüme Eden: Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA | Necmettin Erbakan Üniversitesi | bboga[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0894-8969

THE ROLE AND FUNCTION OF CRIMINAL LAW IN THE RISK SOCIETY FROM A KOREAN PERSPECTIVE

**- AT THE SAME TIME, A CRITICAL OVERVIEW OF THE "ENEMY CRIMINAL LAW" IN
THE DEVELOPMENT OF MODERN CRIMINAL LAW IN KOREA**

Prof. Dr. Byung-Sun CHO
Chongju University

Abstract

In the author's view, the division of criminal law is unavoidable because increasing powers are creating tensions and divisions in conventional criminal law. The important task of the enemy criminal law approach therefore lies in providing a unified, factually logical explanation of the autonomous area of enemy criminal law. This means that criminal law scholarship must assert itself as the sole guideline not only for practice and theory, but also for all aspects of criminal law. To this end, terms such as "enemy-citizen," "person-nonperson," and "depersonalization" should be clearly defined in the argumentation of enemy criminal law. The concept of enemy criminal law encompasses the question - just as in the case of ancient Korean criminal law thought - whether enemy criminal law could be the ultima ratio of the ultima ratio of criminal law, in other words, whether it could be a valve through which criminal law achieves better stabilization.

Keywords

Enemy Criminal Law, Ancient Korean Criminal Law Thought, Ultima Ration of Criminal Law, Nonperson, Depersonalization

Daha önce beş kez yapılan “Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri” Türk Ceza Hukuku ile Kore Ceza Hukuku arasında fikir teatisine büyük katkı sağlamıştır. Koreli bir profesör olarak Kore Ceza Hukuku günlerine risk toplumunda ceza hukukunun rolü ve fonksiyonuna ilişkin kısa bir değerlendirme ile katkı sunmak istiyorum. Kore ve Türk Ceza Hukuku uzun bir tarihe sahip olmasına karşılık modern çağda Kıta Avrupası’nın, özellikle Alman Hukukunun takip edilmesi ve benimsenmesi ile geliştirilmeleri nedeniyle ortak bir zemine sahiptirler. Alman kökenli düşman ceza hukuku ve risk toplumu kavramları son zamanlarda Kore’de de dikkatleri üzerlerine çektiklerinden, ilk olarak eski Kore Ceza Hukuku düşüncesinde (A başlığı) daha sonra modern Kore Ceza Hukukunda (B başlığı) bu kavramları ele almak istiyorum. Hukuk teorileri ve uygulamasının terkihi çabasıdan zuhur eden bütünleştirici bir anlayış karşısında, düşman ceza hukukuna ilişkin Alman yaklaşımı, teorisinin uygulamadan uzaklaşması sorunun çözülmesi bakımından önem arz etmektedir (C başlığı). Son olarak önem arz eden bu durumla ilgili olarak ceza hukuku biliminin hangi görevleri üstlenmesi gerektiğine ilişkin temel sorun ele alınmaktadır (D başlığı).

1. Eski Kore Ceza Hukukunun Düşünce Dünyasına Giriş

Jakobs Günther’in vatandaş ceza hukukunun karşısına düşman ceza hukukunu yerleştirmesine ilişkin anlayışı Kore’de diğer ülkelere nazaran daha az tartışılmıştır.² Ancak son zamanlarda yürürlüğe giren mevzuat incelendiğinde özellikle organize işlenen suçlar alanında düşman ceza hukuku karakterini yansıtan şedit bir cezalandırma sistemine (Punitivität) eğilimin bulunduğu görülecektir. Düşman ceza hukuku anlayışı, bu yeni şiddetli cezalandırma sisteminin ceza hukuku biliminin teorik temelleri üzerinde izah edilebilmesini sağlayan bir araç olarak biz Korelilere hizmet etmektedir. Bu itibarla ceza hukuku bakımından daha şedit bir mevzuat, risk toplumunun bir özelliği haline gelmiştir.

1953 yılında Japonya üzerinden hemen hemen tamamiyle benimsenen Alman Ceza Hukuku ile geleneksel Kore Ceza Hukuku arasında bir yakınlık bulunmamaktaydı. Daha sonraki yaklaşım sadece kanunların ve akademik kavramların değil, Alman Ceza Hukuku dogmatığının ve Alman Ceza Hukuku düşüncesinin Kore tarafından ithal edilmesi şeklinde zuhur etmiştir. Ancak eski ceza hukuku geleneği karşısındaki bu kat’i yaklaşım, özellikle Kore ve batı anlayışı olarak çift başlı hukuk kültürü gibi bir beklenmedik sonuca neden olmuştur. Resepsiyon sürecini asimilasyon sürecinden ayrı tutarsak ilave olarak Kore’deki ceza hukuku sistematığı ve kavram inşasının tamamen Alman Ceza Hukuku dogmatığına dayandığı söylenmelidir. Asimilasyon çabalarına rağmen halen kendi hukuk düşüncemiz ile ithal hukuk düşüncesi farklılık göstermektedir.³

² Bkz. Byung-Sun Cho, “Die Rolle des Strafrechts in der modernen Risikogesellschaft – zugleich eine kritische Würdigung zur Debatte des sog. Feindstrafrechts” (in Korean), *Koreanische Zeitschrift der Sozialwissenschaften* 33, no. 2 (2011): 1 ff.; ders., “Ein kurzer Überblick zum ‘Feindstrafrecht’ aus der Sicht des altkoreanischen Rechtsdenkens,” in *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag* (2017), 661 ff.

³ Bkz. Zong Uk Tjong, “Traditionelles und Modernes Strafrecht in Korea,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1976, 261 ff. (auch in *Korean Journal of Comparative Law* 4 [1976]: 193); Byung-Sun Cho, “Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea,” *Zeitschrift der Deutsch-Koreanischen Juristengesellschaft e.V.* 2 (1999): 197 ff.; ders., “Konkretisierungen der deutschen Strafrechtsdogmatik in Korea – Grenzen und Fortentwicklungen der Rezeption,” in *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, hrsg. von Franz Streng und Gabrielle Kett-Straub (2012), 75 ff.

Çin hukuku temelli olan eski Kore Ceza Hukuku, toplumu şekillendirici bir ıslah aracı olma karakterine sahipti. Eski ceza hukukunun temeli, bir kötülüğün cezalandırılması ile ıslahı zor kötü kişilik için kefaret sağlayan anlayışta bulunmaktaydı. Eski Kore anlayışına göre hukuk cezadır ve failin içinde yer alan ıslah edilerek yok edilmesi gereken - kötülüğe karşı uygulanır. Kanun ve ceza neredeyse eş anlamlıdır. Bu itibarla Kore'deki modern dönem öncesi hukuk, devletin dayatmış olduğu ahlaki normların cezalandırma ve hakimiyet aracıydı. Bütün bu açıklamalardan Korelilerin hukuku, ahlak ve faziletin ikamesini sağlama amacı olan bir enstrüman olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanun tarafından yasaklanan her şey, ahlaki normlar bakımından da uygunsuzdur; ahlaki normlar bakımından izin verilen hiçbir şey, kanun tarafından da yasaklanmamıştır.⁴ Şu halde Kore düşüncesi suçun esasını belirli bir amaca sahip kamusal hukuk düzenlemelerinin ihlali değil, ahlakın esaslarının ihlali görmektedir. Cezanın infazı, insanların şahsi fazilet ve değere ilişkin emre riayet etmediği vakıalarla sınırlı uygulanan kaçınılmaz kötülük icrası olarak görülüyordu. Ceza hukuku, cahil halkın eğitilmesi görevini de üstlenmekteydi. Hukukun bireysel özgürlüğü sağlama düşüncesi ise bilinmemekteydi. Günlük ticaret, sayısız sözleşmeyle münhasıran yerleşim yeri hukuku temelli icra ediliyordu ve çok fazla yerel farklılıklar bulunmaktaydı. Devlet, politik olmayan küçük suçların özellikle aile birlikleri tarafından kabul edilmesine ve cezalandırılmasına müsaade etmekteydi. Bu sebeple uyuşmazlıkların mahkemeye taşınması toplumsal bir uygunsuzluk olarak görülmekteydi. Zira bu durumun toplumsal ahengi bozacağına inanılıyordu. Uyuşmazlıkların mahkeme dışı iyilikle gerçekleştirilen uzlaşma yöntemi ile çözülmesi tercih ediliyordu. Mahkemeye başvuru, daha ziyade kişisel ilişkileri hedef alan bir savaş ilanı olarak anlaşılmaktaydı. Mahkemeye başvurmayla karar verilmesi durumunda dahi çok sayıda dava hüküm ile değil; uzlaşma, vazgeçme, tanıma veya davayı geri çekme gibi farklı yollarla çözümleniyordu.⁵

Buraya kadar yapılan kısa açıklamalar, eski Kore Hukukuna hâkim düşüncenin Konfüçyanizm tarafından belirlendiğini başka bir deyişle ahlakın önceliği ilkesinin etkili olduğunu göstermektedir. Konfüçyanizm, insanlığın faziletini esas alıp, insanlar arasındaki dayanışmayı ve sosyal dokuyu sağlamak için bunları yeterli görürken hiçbir zaman politik bir yapıya ilişkin bir düşünceye sahip olmamıştır. Konfüçyanizm bir taraftan “örf ve âdet sadece ahlakın toplumsal bir redaksiyonudur” derken, diğer taraftan “normlar (cezalar ve ödüller) yöneticilerin elinde hakimiyeti sağlayan bir araçtır” düşüncesini ileri sürmektedir. Aslında bu ikisi arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu itibarla ne yasalar ne de kurumlar gerçek bir anlama sahiptir, bunlar sadece gücün sistematize edilmesini sağlamaktadır (devlet makinesi). Normlar ile örf ve âdet arasındaki teorik boşluk bugün halen tespit

⁴ Bu cümle veya düşünce öğretisi eski Kore Ceza Hukuku düzenlemelerinin kaynağını oluşturan Çinli filozof Konfüçyüs'e (M. Ö. 551-479) dayanmaktadır. Çin'de ve Kore'de modern bilim, Konfüçyüs'ün hukuk felsefesinin “doğal hukuk” tasavvuruna uygun olarak şekillendirildiğini kabul etmektedir. Almanca literatürde Çin bilimsel yorumları için bkz. Su Jyun-hsyong, *Das chinesische Rechtsdenken im Licht der Naturrechtslehre* (Diss., Freiburg, 1966), 123 ff.; Robert Heuser, “Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung,” *JuristenZeitung (JZ)*, 1988, 893 f.

⁵ Bkz. Zong Uk Tjong, “Traditionelles und Modernes Strafrecht in Korea,” *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1976, 261 ff. (auch in *Korean Journal of Comparative Law* 4 [1976]: 193); Byung-Sun Cho, “Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea,” *Zeitschrift der Deutsch-Koreanischen Juristengesellschaft* 2 (1999): 197 ff.; ders., “Konkretisierungen der deutschen Strafrechtsdogmatik in Korea – Grenzen und Fortentwicklungen der Rezeption,” in *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, hrsg. von Franz Streng und Gabrielle Kett-Straub (2012), 75 ff.

edilebilir durumdadır. Buna karşılık Avrupa'da ahlak, hayatın özel alanıyla sınırlıdır ve bunu telafi etmek için, kamu düzeni (bir sözleşme temelinde) yapılandırılmıştır. Bu durum politik araçların, kanunlar ve kurumlar düzeyinde tasarlanmasını gerektirmiştir.

Sonuç olarak Kore'de eski zamanlarda, batılı kavramlar olan kanun ve hukuk ile hemen hemen karşılaştırılabilir hiçbir konsept bulunmadığından ahlaki kefarete prensibi, geleceğe yönelik bir amacı olmayan ceza anlayışı olarak ayakta kalmıştır.

2. Kore'de Modern Ceza Hukukunun İçsel Çatışması

Alman Ceza Hukuku teorisinden etkilenen Kore Ceza Hukuku öğretisi kamusal cezalara karşı cezalandırmanın alanını olabildiğince dar tutmak isteyen çekingen bir temel anlayışla özdeşleştirilmişti. Ultima Ratio olarak adlandırılan bu ilkenin uygulamada da ciddi bir karşılığı bulunmaktaydı. Zira bu ilke sadece o zaman geçerli olan hukuk için değil, aynı zamanda Kore toplumunun halen bozulmamış gayri resmi kontrolüne dayanan ve kamusal cezalara uygun mütevazı bir rol tahsis edebilen yargı uygulaması için de elverişliydi.

Ancak Kore'deki toplumsal değişim karşısında ceza hukuku bilimi, kırkıyama bohçaya dönmüştür⁶. Somut olaylar ve kati toplumsal değişimden kaynaklanan problemlere sistematik bağlamları ve bütüncül bir olgusal mantık dikkate alınmaksızın yargı uygulaması tarafından vakıya özel çözümler geliştirilmiştir. Bunda bir denge kurma düşüncesi de önemli bir rol oynamıştır: Kusurla orantılı bir ceza, her şeyden önce ihlal edilen değer ile failin iradi olarak gerçekleştirdiği haksızlığın kınanabilirliği arasındaki dengeye göre takdir edilmelidir. Fakat bu dengenin kurulmasına ilişkin yorum, ortalama bir kişinin bakış açısına bağlı olup bu yorumun biçimi toplumsal tasavvurun değişimine göre farklılaşacaktır. Bu noktada karşımıza anayasal bir ilke olan orantılılığın dikkate alınmasının gerekli olup olmadığı sorusu çıkacaktır.⁷ Fakat bu ilke yorum kriteri olmak için oldukça soyuttur.

Cezalandırmanın öne çekilmesi durumunda eylem açıkça hukuki yararı ihlal edici bir nitelik taşııyorsa hukuki yararları koruma prensibine dayanmak mümkün olmayacaktır. Modern risk toplumunda ceza hukuku, hukuki yararların etkili bir şekilde korunması için daha erken bir aşamada devreye girme eğilimindedir. Ceza hukukunun meşruiyetini hukuki yararların korunmasında gören anlayış, sıklıkla neticenin haksızlığı teorisi ile ilişkilendirilir. Organize suçluluğa ilişkin mevzuatta bu bakış açısı hemen hemen hiçbir anlam ifade etmez. Zira bu düzenlemelerde hukuki değerlerin korunması kavramının bir fonksiyonu bulunmamaktadır. Bu nedenle cezalandırmada dikkatlerin yeniden yararlılık değerlendirmesine yöneltmesi gerekir. Ancak mevcut yasal durumun yararlı olduğuna dair ampirik kesin bilimsel kanıtlar sunmak çok zordur.

1990'lardan bu yana suç oranlarındaki ciddi artış kamuoyu tarafından bir tehdit olarak algılanmaktadır. Aynı zamanda, failin rehabilitasyonuna ilişkin iyimser bakış açısı da ortadan kalkmıştır. Pozitif genel önleme teorisi ceza hukukçularının dikkatini çekmektedir. Kant ve Hegel'in ceza hukuku teorileri yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Fakat yargı uygulaması

⁶ Bkz. Byung-Sun Cho, "Die präventiv-orientierte Tendenz der Strafrechtsgesetzgebung im gesellschaftlichen Wandel in Korea – insbesondere bei Novellierungen von Strafgesetzen, Strafverfahrensgesetzen und Ordnungswidrigkeitsgesetzen" (in Japanese), *Zeitschrift der Rechtswissenschaften an der Universität Hokkaido in Japan* 62, no. 6 (2012): 289 ff.

⁷ Özellikle Kore Anayasa Mahkemesinin 28. 04. 1992 Tarihli, 90 Numaralı Kararı "Heon Ba" 24.

denge oluşturma çabasını veya eyleme göre cezalandırmayı temel prensip olarak görmeye devam etmiş, cezanın önleyiciliğine ilişkin düşünceleri ön plana çıkarmamıştır. Bununla birlikte o zamanlar siyasi suçlar dışında cezanın tayininde yumuşak bir tavır sergileniyordu. Kovuşturmadan vazgeçilmesi ve denetimli serbestlikle cezanın infazı gibi seçenekler de sıklıkla kullanılıyordu. Şedit olmayan yargı uygulaması karşısında mevzuat çalışmalarında ceza yaptırımlarının güçlendirilmesine ilişkin yaklaşım dikkat çekiyordu. Suç politikasının devlet tarafından belirlenmesinde çok önemli bir rolü olan ve akademik bilgi ile donatılmamış bazı kişilerce yönetilen Kore Adalet Bakanlığı suçla mücadele için kesin bir çözüm bulmaya çalıştı. Vatandaşların suç mağdurlarının taleplerinin dikkate alınması ile şekillendirilen ve toplumun ceza hukuku tarafından korunmasına ilişkin olan talepler (medya tarafından da güçlendirilen), doğal olarak devlete yöneltildi. Geleneksel yargı uygulaması medya ve politikacılar tarafından suç mağdurunun yararlarını çok az gözetttiği için sert bir şekilde eleştirilmişti. Ceza hukukçularının yalnızca failin menfaatlerini ve haklarını gözettileri, mağduru düşünmedikleri söylemi hâkim hale gelmişti. Bu eleştirel tepkiler cezanın tayininde mahkemeleri etkilemiş ve ceza miktarlarının yükseltilmesine katkıda bulunmuştur. Ayrıca Amerikan Ceza Hukukunu temel alan cezanın belirlenmesi rehberleri (Sentencing Guideline) devreye sokulmuştur.⁸

Sonuç olarak Kore’de özellikle Alman Ceza Hukuku öğretisinin etkisi altında geliştirilen modern ceza hukuku ile ahlaki kefarete veya korkutucu genel önlemeye dayanan yargı uygulaması arasında bir farklılık bulunmaktadır. Böylelikle Kore’de neticeye dayanan kefarete prensibi ile önleyicilik ilkesine dayanan cezalandırmanın öne çekilmesi gibi birbirine zıt iki esas birlikte bulunmaktadır. Bütün bunların dışında teori ve uygulama arasındaki karşıtlığın yanı sıra uygulanan teorilerin çokluğunun ceza hukukunun, hukuk düzenindeki önemli rolü ile bağdaşmadığı da ifade edilmelidir.

3. Ceza Hukukunun Bölünmesi

Günümüzde ileri derecede sanayileşmiş ve makineleşmiş toplum, birey için tanımlanamayan bir korku ve güvensizlik duygusunun sebebi haline gelmiştir. Hareket halinde olan bir kişi için dünya, içinde ancak el yordamıyla ilerleyebildiğimiz karanlık bir tünel gibidir. Kişinin öngörebileceği somut nedensel sürecin kapsamı giderek daralmaktadır. Bir kişinin basit bir suçu oluşturduğu düşünülen eylemi, bir faciaya sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeple ceza hukuku cezalandırmayı öne çekerek bu tehlikenin önlenmesine yardımcı olma görevini yüklenmektedir. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi ötesinde suçluluğun yeni görünüm biçimlerine karşı mücadele etmek için ceza tehdidinin katı bir şekilde sınırlandırılmasına ilişkin geleneksel anlayıştan sapılıp sapılamayacağı veya ne ölçüde sapılabileceği de tartışılmaktadır. Bu istisnalar, genel ceza hukukunun bir erozyona uğramaması için ceza hukukunun ikiye bölünmesini gerektirmektedir. Aynı ceza hukuku sistemi içinde bir kısım hükümler normal vatandaşlara yönelik iken diğer bazı hükümler organize olarak işlenen istisnai suçlara yönelik olacaktır.

⁸ Kore’de şedit cezalar ve cezaların şiddetlendirilmesine ilişkin mevzuatla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz. Byung-Sun Cho, *Konkretisierungen* (Fn. 2), 87 ff. Byung-Sun Cho, “Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen – Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts,” in *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen – Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, hrsg. von Eric Hilgendorf (Baden-Baden: Nomos, 2019), 41 ff., 53.

Kore’de olgusal olarak düşman ceza hukukuna ait bir alanın varlığı kabul edilebilir. Örnek olarak kara paranın aklanmasına ilişkin birçok suç tipi 27 Eylül 2001 tarihli organize işlenen suçlarla ilgili özel bir kanunda⁹ tanımlanmaktadır. Bu suçlara ilişkin düzenlemelerin uygulandığı vakılarda cezalandırma alanı orantısız bir şekilde genişletilmektedir. Yine başka bir örnek, 15 Kasım 2000 tarihli Birleşmiş Milletler Sınır Aşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesinin gereklerini yerine getirmek için kabul edilmiş kanunda bulunmaktadır. Buna göre “belirli ağır suçların organize olarak işlenmesi için anlaşma yapma” fiili cezalandırılmaktadır. Ekonomi alanında; bilişim alanında, biyoetik ve çevreye karşı işlenen suçlarla mücadelede de öne çekilen cezalandırma örneklerine rastlanmaktadır. Önleyici ve iyileştirici tedbirler alanında da ciddi reformların yapıldığı görülmektedir. Kore kanun koyucusunun daha önce yürürlükten kaldırdığı koruma altına alma tedbirini ceza kanuna tekrar yerleştirme için birçok deneme yapılmıştır. Ancak bu çabalar hukukçular ve kamuoyu tarafından ciddi bir eleştiriye maruz kalmış ve nihayetinde başarısız olmuştur. Fakat 2011 yılındaki hükümet tasarısında ceza kanunun 83. maddesi ve devamında üç farklı güvenlik tedbiri düzenlemesine yer verildiği görülmektedir. Bunlar koruma altına alma (güvenlik muhafazası), tedavi etme ve koruma gözetimidir (iyileştirme yardımı). Güvenlik muhafazası Kore tarihinde ilk defa 1980 Sosyal Koruma Kanununda¹⁰ düzenlenmiş fakat kötüye kullanılma ihtimalinin yüksekliği sebebi ile 2005 yılında bu düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır. İyileştirici ve önleyici nitelikteki güvenlik tedbirlerinin, elektronik kelepçe ile ağır suç faillerinin belirli bölgelerde takip edilmesi¹¹, cinsel suç faillerinin kimyasal kastrasyonu¹² ve cinsel suç faillerinin kişisel bilgilerinin ifşası¹³ gibi birçok yeni tür yürürlüğe girmiştir. Şu anda Kore’de rönesans devrinin güvenlik tedbirleri uygulanmaktadır.¹⁴ Fakat bu durumu izah edebilmek için ceza hukukunun bölünmesinden öte olgusal ve sistematik olarak bütün ceza hukuku bakımından geçerli bir öğreti bulmak oldukça güçtür. Eğer düşman ceza hukuku saf bir fenomen olarak ele alınırsa, düşman ceza hukukunun empirik bir temelini bulduğu söylenebilir. Fakat bu durumda da düşman ceza hukukunun etkili bir hukuk kurumu olarak meşru olup olmadığı tartışılabilecektir.

Sonuç olarak düşman ceza hukuku kavramının bir düşman ceza hukuku alanı oluşturamayacağı, bilakis vatandaş ceza hukuku ile düşman ceza hukuku arasındaki sınırın açık bir şekilde tespit edilebilmesi için daha önceden olgusal olarak inşa edilmiş düşman ceza hukuku alanını gösterebileceği söylenmelidir.

⁹ 27 Eylül 2001 Tarihli 6517 sayılı Kanunun, 12842 sayılı 19 Kasım 2014 Tarihli Kanunda değiştirilmiş hali.

¹⁰ 5175 sayılı Kanun.

¹¹ 10257 sayılı 16 Haziran 2010 Tarihli, Belirli Suçlara Karşı Elektronik İzleme Kelepçesi Takılmasına İlişkin Kanun

¹² 11005 sayılı 11 Ağustos 2011 tarihli Cinsel Suçluların Cinsel Dürtülerinin Tıbbi Tedavisine (İlaçla) İlişkin Kanun

¹³ 11047 sayılı, 15 Eylül 2011 Tarihli, Çocukların ve Gençlerin Cinsel İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Kanun. 2000’li yıllardan önce çocukların ve gençlerin korunması amacı için kurulan bir komisyon cinsel suçlardan hüküm giyen kişilerin internet ortamında kişisel verilerinin ifşa edilmesini önermişti. 2005 yılında Kore Devlet İdaresi, cinsel suçlulardan hüküm giyen kişilerin bilgilerini idari belgeler olarak kabul etmiş ve başvuru üzerine (internet haricinde) erişimini mümkün kılmıştır. Ancak bu sistemin Anayasaya uygunluğu şüphelidir. 2006 yılında bu sistem hukuka uygun bir güvenlik tedbirine dönüştürülerek tadil edilmiştir. Sadece mahkeme bu tedbire karar verebilmektedir. 2010 yılında bu sistem çocuklara ve gençlere karşı cinsel suçlarla ilgili kovuşturmanın aleniliği çerçevesinde mağdurlar için geçerli olmayacak şekilde genişletilmiştir. 15 Nisan 2010 tarihli Cinsel Suçlarının Cezalandırılmasına İlişkin Kanunda 11162 sayılı 17 Ocak 2012 tarihinde yapılan değişiklikle bu düzenleme bütün cinsel suçlar bakımından geçerli olmuştur.

¹⁴ Detaylı bilgi için bkz. Cho, Fn. 5, 289 ff.

4. Sonuç

Giderek karmaşılaşan bir toplum, değerlerin çok başlılığı, karar verme yetkisindeki ademi merkezileşme ve geleneksel ceza hukukunda bulunan gerilimler ve bölünmelerden dolayı görüşümüze göre ceza hukukunun bölünmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple düşman ceza hukuku anlayışının üzerine düşen görevin ağırlık noktası, düşman ceza hukuku müstakil alanının bütüncül ve olgusal olarak aydınlatılmasında bulunmaktadır. Bu, ceza hukuku öğretisinin sadece uygulama ve teori için değil, aynı zamanda ceza hukukunun tüm bölümleri için tek kılavuz olarak kendini göstermesi gerektiği anlamına gelir. Bunun için düşman ceza hukukunun temellendirilmesinde düşman-vatandaş, kişi-kişi olmayan veya kişiliğini kaybetmiş kavramlarının açık bir şekilde tanımlanması gerekmektedir. Sözcüklerin, retorik yaklaşımların ve felsefi gerekçelerin çeşitliliğinin üstünde bulunduğu ortak zemin, bir temel kaide olarak ceza hukukunun tüm bölümlerinin sadece birer varyasyon olduğunu kabul eden ortak bir kimlik fikridir. Bu itibarla ceza hukukunun tüm bölümleri aynı resmin görünen parçaları niteliğindedir. Yine de bu noktada bütüncül bir teorik düşünce olmaksızın ceza kanununda yapılacak değişikliklerle cezaların artırılacak olması tehlikesi bulunmaktadır. Dogmatik olmayan düşman ceza hukuku fenomeni eski Kore Ceza Hukuku düşüncesi ile kıyaslanabilir; zira yukarıda izah edildiği üzere Kore’de eski zamanlarda batılı kanun ve hukuk kavramları ile kıyaslanabilecek bir konsept bulunmamaktadır ve ahlaki kefarete prensibi geleceğe yönelik bir amacı olmayan cezalandırma anlayışının devamını sağlamaktadır. Ahlak kurallarının hakimiyet alanının sınırlandırılması gerektiğinden Kore Ceza Hukukunda ahlaki kefarete ilkesinin genişletilmesi ile ilgili olarak biri pozitif biri de negatif olmak üzere iki zıt kutbun bulunduğu kabul edilmelidir. Bu vesileyle ahlaki kefarete prensibinin daraltıcı ve genişletici uygulaması arasında kızgınlaştırılan kavganın portresi ve bu ilkenin genişletici yorumuna ilişkin eğilim doğru bir şekilde anlaşılabilir. Düşman ceza hukuku kavramı kendi içinde eski Kore Ceza Hukuku düşüncesine tamamen benzer şekilde şu soruyu barındırmaktadır: Düşman ceza hukuku, ceza hukukunun son çaresinin (ultima ratio) son çaresi olabilir mi? Başka bir deyişle düşman ceza hukuku, ceza hukukunu daha derli toplu hale getirecek bir pencere açabilir mi?

Kaynaklar / References

- Cho, Byung-Sun. "Byung-Sun Cho." In *Die ausländische Strafrechtswissenschaft in Selbstdarstellungen – Die internationale Rezeption des deutschen Strafrechts*, edited by Eric Hilgendorf, 2019.
- . "Die präventiv-orientierte Tendenz der Strafrechtsgesetzgebung im gesellschaftlichen Wandel in Korea – insbesondere bei Novellierungen von Strafgesetzen, Strafverfahrensgesetzen und Ordnungswidrigkeitsgesetzen" (in Japanese). *Zeitschrift der Rechtswissenschaften an der Universität Hokkaido in Japan* 62, no. 6 (2012).
- . "Die Rezeption des Europäischen Strafrechts in Korea." *Zeitschrift der Deutsch-Koreanischen Juristengesellschaft e.V.* 2 (1999).
- . "Die Rolle des Strafrechts in der modernen Risikogesellschaft – zugleich eine kritische Würdigung zur Debatte des sog. Feindstrafrechts" (in Korean). *Koreanische Zeitschrift der Sozialwissenschaften* 33, no. 2 (2011).
- . "Ein kurzer Überblick zum 'Feindstrafrecht' aus der Sicht des altkoreanischen Rechtsdenkens." In *Festschrift für Franz Streng zum 70. Geburtstag*, 2017.
- . "Konkretisierungen der deutschen Strafrechtsdogmatik in Korea – Grenzen und Fortentwicklungen der Rezeption." In *Strafrechtsvergleichung als Kulturvergleich*, edited by Franz Streng and Gabrielle Kett-Straub, 2012.
- Heuser, Robert. "Chinas Weg in eine neue Rechtsordnung." *Juristenzeitung (JZ)*, 1988.
- Su, Jyun-hsyong. *Das chinesische Rechtsdenken im Licht der Naturrechtslehre*. Dissertation, Universität Freiburg, 1966.
- Tjong, Zong Uk. "Traditionelles und Modernes Strafrecht in Korea." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1976, 261 ff. (also in *Korean Journal of Comparative Law* 4 [1976]: 193).

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Byung-Sun CHO | Chongju Üniversitesi

Profesör Cho Byeong-Sun 1959 yılında Seul’de dünyaya geldi. Hukuk alanında yüksek lisansını Sung-Sung-Kyun-KwanS Üniversitesinde tamamladı. Hukuk alanında (yan dalı Müzikoloji) doktor unvanını Almanya’da Freiburg Üniversitesinden aldı. 1990 yılından beri Cheongju Üniversitesi Hukuk ve Müzikoloji bölümünde Profesör olarak çalışmaktadır. 1991 yılında BM çevre ceza kanunu taslağına uzman olarak katkı sağlamıştır. 2000 yılından beri Amerika Birleşik Devletleri’nde St. Louis Hukuk Fakültesi davetli okutmanlığı, Japonya’da Kansai Üniversitesi misafir Profesörlüğü, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programının Vietnam Ceza Adaleti Projesi’nde Davetli Baş Araştırmacılığı görevlerini yapmıştır. Alexander von Humboldt Vakfı Misafir Araştırmacısı ve Almanya’da DAAD Misafir Profesörü’dür. 2013 yılından beri müzik eleştirmeni ve KBS FM klasik müzik yayını sunucusudur. 2025 yılından bu yana Passau Üniversitesi’nde (Almanya) Misafir Profesör, Kansai Üniversitesi “Japonya ve Kore Arasında Karşılaştırmalı Ceza Muhakemesi” Projesi Eş Araştırmacı görevlerini yürütmektedir.

Prof. Dr. Byung-Sun CHO | Chongju University

Professor Cho Byeong-Sun was born in Seoul in 1959. He completed his master's degree in law at Sung-Sung-Kyun-Kwan University. He received his doctorate in law (with a minor in Musicology) from the University of Freiburg, Germany. He has been a professor in the Department of Law and Musicology at Cheongju University since 1990. He contributed as an expert to the draft UN environmental criminal law in 1991. Since 2000, he has served as an invited lecturer at St. Louis University of Law in the United States, a visiting professor at Kansai University in Japan, and an invited principal investigator for the United Nations Development Program's Vietnam Criminal Justice Project. He is a Visiting Scholar of the Alexander von Humboldt Foundation and a Visiting Professor of the DAAD in Germany. Since 2013, he has been a music critic and host of KBS FM classical music broadcasts. Since 2025, he has been a Visiting Professor at the University of Passau (Germany) and a Co-Researcher of the Kansai University Project “Comparative Criminal Procedure Between Japan and Korea”.

RİSK TOPLUMUNDA CEZA HUKUKUNUN ROLÜ VE FONKSİYONU

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Bilgi Üniversitesi

Esmâ Nur TURHAN, LL.M.
Doktora Öğrencisi/ Tübingen Üniversitesi

Özet

Modern dünyanın bir risk toplumu haline gelmesiyle birlikte, hızla gelişen yeni teknolojiler ve küreselleşme, yeni yaşam koşulları ve tehlikeler doğurarak bazı riskler ortaya çıkarmıştır. Devletler, toplumun artan güvenlik ihtiyacı dolayısıyla ceza hukukunu giderek daha fazla bir müdahale ve önleme aracı olarak kullanmaktadır. Küreselleşme ve teknolojik gelişmeler, ceza hukukunun etkinliği açısından birçok zorluğu beraberinde getirmektedir. Uluslararası terörizm ağları, çevre suçları ve göçmen kaçakçılığı gibi tehditlerle mücadelede ceza hukukunun sınırları genişlemektedir. Dijitalleşme de ceza hukuku açısından bir takım yeni zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Bunların yanında deprem gibi geniş çaplı afetler sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan sorumlu tutulacak kişilerin tespiti konusunda klasik ceza hukuku yaklaşımının yeterli olup olmadığı hususu da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Yeni riskler karşısında ceza hukukunun işlevselliği, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi ve hazırlık hareketlerinin suç hâline getirilmesiyle genişletilmektedir. Bu çalışmada klasik ceza hukuku kavramlarının yeni risk yapıları karşısında yeterli olup olmadığı ve ceza hukukunun “ultima ratio” ilkesi ile orantılılık sınırlarının gözetilip gözetilmediği ele alınmıştır. Ceza hukukunun hukuk devleti sınırları içinde bu zorluklara etkin bir cevap verip veremeyeceği, bir “risk toplumu ceza hukuku”ndan söz edilip edilemeyeceği ve etkili veya gerekli bir koruma aracı olarak görülüp görülemeyeceği sorularına da çalışma kapsamında değinilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Önleyici Ceza Hukuku, Küreselleşme, Ultima Ratio, Örgütlü Suçlar, Deprem

THE ROLE AND FUNCTION OF CRIMINAL LAW IN RISK SOCIETY

Prof. Dr. Adem SÖZÜER
İstanbul Bilgi University

Esmâ Nur TURHAN, LL.M.
Phd Candidate /The University of Tübingen

Abstract

With the transformation of the modern world into a risk society, rapidly advancing innovative technologies and globalization have generated new living conditions and dangers, giving rise to new types of risks. In response to the growing demand for security within society, states have increasingly begun to use criminal law as a tool for intervention and prevention. Globalization and technological developments bring new challenges to the effectiveness of criminal law. In the fight against threats such as international terrorism networks, environmental crimes, and human smuggling, the boundaries of criminal law are expanding. Digitalization also introduces a range of new challenges in the field of criminal law. Moreover, determining the responsibility of individuals in cases of death and injury caused by large-scale disasters, such as earthquakes, raises the question of whether traditional approaches in criminal law are sufficient. The functionality of criminal law in the face of new risks is being expanded by shifting punishability to earlier stages and criminalizing preparatory acts. This study addresses whether traditional concepts of criminal law are adequate in light of new risk structures and whether the principles of “ultima ratio” and proportionality are being upheld. It also examines whether criminal law can provide an effective response to these challenges within the framework of the rule of law, whether a concept of “risk society criminal law” can be discussed, and whether criminal law can be seen as an effective or necessary means of protection.

Keywords

Preventive Criminal Law, Globalization, Ultima Ratio, Organized Crime, Earthquake

1. Giriş ve Sosyolojik Açıdan “Risk Toplumu” Kavramı

Dünya bir risk toplumu haline gelmiştir.¹ İçinde yaşadığımız modern dünya giderek daha karmaşık hale gelmektedir. Özellikle günden güne hızlanan teknik gelişmeler ile küreselleşme, tamamen yeni yaşam koşulları ve tehlikeler yaratmış, bu da farklı sorunları beraberinde getirmiştir. Bu durum, özellikle hukuku yeni zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Günümüz insanı, geçmiş dönemlere kıyasla tamamen farklı tehlikelere maruz kalmaktadır. Hukuk da bu değişikliklere tepki vermek zorunda kalmıştır ve kalmaktadır.²

“Risk toplumu” kavramı Alman sosyolog Beck tarafından ortaya atılmıştır.³ Bu konudaki bilimsel değerlendirmeler sadece sosyologlar arasında değil, tüm dünyada büyük ilgi görmüştür.⁴ Bununla birlikte Beck, araştırmalarında istikrarlı bir risk toplumu tanımında bulunmamıştır. Durum böyle olmakla birlikte tanımlamaya yönelik çeşitli yaklaşımlar birbirleriyle çelişmemekte, aksine birbirlerini belirginleştirmekte ve tamamlamaktadır. Bu sebeple bir tanım yerine, Beck’in risk toplumu anlayışını oluşturan ve özellikleri ortaya koyan hususları belirlemek daha faydalı olacaktır.⁵ “Risk toplumu” kavramı altında Beck, modern hayatın fenomenlerini bir araya getirmiştir. Beck, “modern riskler” ve bu risklerin hukuki yollarla çözümü ile yakından ilgilenmiştir. Beck’in görüşleri hukuk doktrininde de yer bulmuştur. Özellikle ceza hukukunda, cezanın risk toplumunda güvenliğe bir katkı sağlayıp sağlamayacağı ve ne şekilde katkı sağlayacağı konusunda bir tartışma başlamıştır.⁶ Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Nasıl ki modernleşme 19. yüzyılda katı tarım toplumunun yerini alarak sanayi toplumunun yapısını ortaya çıkardıysa, günümüzde de modernleşme sanayi toplumunun hatlarını (konturlarını) çözmekte ve modernitenin devamı olarak başka bir toplum biçimi ortaya çıkmaktadır. Beck’e göre bu “başka toplum biçimi” “risk toplumu”dur. Beck, içinde bulunduğumuz bu dönemi sanayi toplumunun yerini alacak yeni bir makro-sosyal tip olarak “risk toplumu”nun ortaya çıkışı olarak tanımlamaktadır. Daha sonra, risk toplumunu, “ilerlemenin gölgede kalan taraflarının toplumsal tartışmaları belirlemeye başladığı bir çağ” olarak -daha net bir şekilde- tanımlamıştır.⁷

Beck’in endüstriyel kendi kendini imha tehlikeleri olarak da adlandırdığı yeni tehlikeler ortaya çıkmaktadır. Bu tehlikelerin belirleyici özelliği, yer, zaman ve etkilenen kişiler

¹ Bkz. Ulrich Beck, *World Risk Society*, (Cambridge: Polity Publ. 1999).

² Katharina Reus, *Das Recht in der Risikogesellschaft: Der Beitrag des Strafrechts zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, (Berlin: Duncker & Humblot Yay., 2010), 17.

³ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft- Die organisierte Unverantwortlichkeit*, (St. Gallen: Ostschweizer Yay., 1986), 35 vd. Bu kavramın Alman ceza hukuku literatüründeki yansıması için bkz. Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, (Frankfurt am Main: Klostermann Yay., 1993).

⁴ Ayrıca bkz. Aysu Çuhacı, Aysu Çuhacı, “Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı”, *Sosyoloji Dergisi*, sy. 14 (2007): 130 vd.

⁵ Anna Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht: Eine Darstellung der Begriffe und Methoden unter besonderer Berücksichtigung von Risikoklasse*, (Baden-Baden: Nomos Verl. 2023), 42..

⁶ Reus, *Der Beitrag des Strafrecht zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, 17; ayrıca bkz. Eric Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1993): 10 vd.

⁷ Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, (Berlin: Suhrkamp Verl., 1986), 14; Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 10 vd.

bakımından sınırlandırılacaklarıdır. Ayrıca bu tehlikeler için ne sorumluluk, nedensellik ve kusur isnat edilebilmekte ne de bu tehlikeler için bir tazminat veya sigorta mümkün olmaktadır.⁸ Beck, bu yeni tehlikeleri içme suyundaki nitrat, nükleer ve kimyasal kirlenme veya ozon deliğinin sonuçları gibi örneklerle somutlaştırmaktadır.⁹

Beck'in çağ değişim tezi Lau tarafından daha da geliştirilmiştir. Lau tarafından geliştirilen - ve daha sonra Beck tarafından da benimsenen- riskler ideal olarak üç türe ayrılabilir: "geleneksel riskler", "endüstriyel refah devleti riskleri" ve "yeni riskler".¹⁰

İlk tür, geleneksel, bireysel olarak atfedilebilen ve zamanla sınırlı risklerdir. Bu riskler, gönüllü olarak üstlenilen ve topluluk oluşturunca bir ahlak anlayışıyla desteklenir. Buna örnek olarak, erken kapitalist bir girişimcinin maruz kalacağı riskler, bir doğa bilimcisinin riskleri ya da günümüzdeki heyecan verici dağ tırmanışları veya tehlikeli macera seyahatleri verilebilir.¹¹

İkinci sırada geçmişten farklı olarak artık bireysel değil „toplumlaşmış” bir şekilde üstlenilen endüstriyel refah riskleri yer almaktadır. Ancak bu riskler, hâlâ bireyler veya belirlenebilir kişi grupları tarafından oluşturulmaktadır. Yeni sigorta kurumu sayesinde, riskler “bireysel, kurumsal ve devlet hesaplamalarının maliyet faktörlerine” ve “çatışma ve müzakere süreçlerinin nesnelerine” dönüşmektedir. Ancak risklerin nedenleri ve sonuçları hâlâ temel olarak zaman ve mekân açısından sınırlandırılabilir durumdadır.¹²

Son olarak, yeni riskler¹³ artık gönüllü olarak üstlenilmeyen, aksine doğal afetler gibi insanları etkileyendir. Bununla birlikte, bu riskler bireylerin ya da kurumların kararları ve eylemlerine dayanır.

Sonuç olarak, yeni riskler ve dolayısıyla risk toplumu aşağıdaki özelliklerle karakterize edilebilir: yeni riskler, etkilenenler bakımından yer, zaman ve kapsam açısından sınırlandırılmaz; yeni riskler, mevcut nedensellik, suçluluk ve sorumluluk kurallarına göre isnat edilemez ve yeni riskler sigortalanamaz.¹⁴ Özellikle nükleer, kimyasal, ekolojik ve genetik tehlikeler bu tür “yeni risklerin” temel türleri olarak sayılmaktadır.¹⁵ Beck ve Lau, risk toplumu kavramını, bir risk algısı ya da risklerle başa çıkma olarak değil, belirli tehlikelerin ve risklerin gerçek varlığına işaret etmek için kullanmaktadır.¹⁶

Beck'in analizine karşı ise sanayi ülkelerinde yaşanan teknik ve sosyal ilerlemenin her şeyden önce daha fazla güvenlik ve daha yüksek bir yaşam standardı getirdiği savunulmaktadır. Birçok

⁸ Ulrich Beck, *Politik in der Gesellschaft: Essays und Analysen*, (Berlin: Suhrkamp Verl., 1991), 10.

⁹ Beck, *Risikogesellschaft*, 4. Tehlikelerin sınırlandırılmaması eleştirilmektedir: Bknz. Schömig, Anna, *Gefahren und Risiken im Strafrecht- Eine Darstellung der Begriffe und Methoden unter besonderer Berücksichtigung von Risikoklassen*, Diss 2022, Baden Baden, S. 42.

¹⁰ Christoph Lau, “Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken”, *Soziale Welt* 40, sy. 3 (1989): 418 vd.; vgl. Ulrich Beck, *Politik in der Gesellschaft: Essays und Analysen*, (1991), 248 vd.

¹¹ Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 11.

¹² Lau, “Risikodiskurse”, 426 vd.; ayrıca bkz. Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 11.

¹³ Lau, bu riskleri bireysel-refah devleti riskleri ile risk olarak görülmemeyen genel yaşam tehlikelerinin bir karışımı olarak tanımlamaktadır: Bkz. Lau, “Risikodiskurse”, 423.

¹⁴ Lau, “Risikodiskurse”, 422. Hilgendorf “risk toplumu” teriminin daha netleştirilmeye ihtiyacı olduğunu ileri sürmektedir: Bkz. Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 11.

¹⁵ Lau, “Risikodiskurse”, 423 vd.; vgl. Beck, *Politik in der Gesellschaft*, 1 vd.

¹⁶ Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 61; Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41.

tehlike potansiyelinin modern gelişmeler sayesinde ortadan kaldırıldığı veya azaltıldığı belirtilmektedir. Örnek olarak, trafikte artan güvenlik ortamı veya tıptaki ilerlemeler verilebilir.¹⁷ Ancak, toplumsal ve teknik gelişmelerle birlikte gelen yeni tehlikeler de ortaya çıkmıştır. Bu yeni tehlikeler, geleneksel risklerden belirgin bir şekilde ayrılmaktadır. Geleneksel riskler, etkileri bakımından mekânsal ve kişisel olarak sınırlı, neden-etki açısından kolay belirlenebilir ve doğrudan bir sorumluya isnat edilebiliyorken; modern riskler, oldukça karmaşıktır ve toplumsal etkileri bakımından yapısal olarak artmıştır.¹⁸

Bunlara ek olarak, uluslararası terörizm gibi riskler, bireylerin güvenliğini tehdit etmektedir.¹⁹ Günümüzde riskleri gerçekleşmeden önce öngörmek pek de mümkün değildir. Bu nedenle, bu risklere karşı önlemler almak zorlaşmaktadır. Böylece sanayileşmenin ileri aşamalarında belirsizlik ve kontrol edilemezlik gibi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Risklerin öngörülemezliği ve fark edilemezliği “sigortalanamazlık” kavramını doğurmaktadır. Tıbbi tedbirler alınması da zorlaşmıştır. Nükleer riskler ve kazalar aslında kaza tanımına girmediği için “sigortalanabilir” de değildir. Günümüzde riskler belirli bir coğrafi alanda ortaya çıkmakla birlikte tüm dünyayı etkileyebilmektedir.²⁰ Pek çok risk, öngörülemeyen yollarla yayılmaktadır. Yeni risklerin sonuçları son derece ciddi olmasına rağmen, insan kararlarına dayandıkları için kontrol edilebilir.²¹

2. Risk Toplumunun Ceza Hukuku

Küreselleşme, dijitalleşme ve değişen riskler, bugün bizi klasik ceza hukuku yaklaşımının ötesine geçen yeni ve karmaşık hukuki-siyasi zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Yeni riskler²² ve subjektif güvensizliklerle birlikte toplumda kaçınılmaz olarak artan bir güvenlik ihtiyacı ortaya çıkmakta ve bu durumda toplum öncelikli olarak devlete yönelmektedir.²³ Böylece risk toplumu, diğer hususların yanında temelindeki karmaşık süreçlerin küresel kontrol yolu ile yeni tehlike ve hissedilen güvensizlikleri azaltmaya yönelik bir baskı oluşturur.²⁴ Bu sorunlarla başa çıkmak için devletler bilhassa ceza hukukuna

¹⁷ Prittwitz risk araştırmacılarının sonuçlarına atıfta bulunmaktadır: Bkz. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 1993, S. 65 vd., 314 vd. ve StV 1991, 435, 438; ayrıca bkz. Bernd Schünemann, “Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (1995): 201, 211.

¹⁸ Reus, *Der Beitrag des Strafrecht zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, 18. Prittwitz (*Strafrecht und Risiko*, 306) ise bunu “teknolojinin Janus yüzü” olarak tanımlamaktadır. Bu ifade, teknolojinin hem faydalı hem de zararlı etkilerini aynı anda taşıdığını vurgulayan bir metaforudur.

¹⁹ Reus, *Der Beitrag des Strafrecht zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, 18.

²⁰ Vgl. Ulrich Beck, *World Risk Society* (Cambridge: Polity Publ.), 21 vd.

²¹ Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft” 1993, 12; Lothar Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (1994): 347.

²² Risk toplumu üzerine yapılan tartışmalar, çoktan ceza hukukuna ulaşmış olmasına rağmen, ne Alman ne de Türk ceza hukukunda tek tip bir risk tanımı bulunmamaktadır. Bu durum risk kavramı ile “tehlike” kavramı arasındaki sınırın da belirsiz olarak kalmasına yol açmıştır. Ceza hukukundaki “risk” ile ilgili çoğu soru, bir istinad problemi olarak ele alınmaktadır. Daha detaylı bilgi için Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 49; risk kavramının ayrıntılı incelenmesi için ayrıca bkz. Hasan Çataklı, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive*, (Hamburg: Dr. Kovac Verl., 2020), 170 vd.; Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 37 vd.

²³ Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41; Rolf-Peter Callies, “40 Jahre Grundgesetz-Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?”, *Neue Juristische Wochenschrift* sy. 21 (1989): 1338.

²⁴ Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41; Winfried Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1989): 438.

başvurmaktadır.²⁵ Ancak, ceza hukukunun hukuk devleti ilkesinden kaynaklanan sınırları dolayısıyla bu zorluklara etkili bir şekilde cevap verip veremeyeceği belirsizdir.²⁶

Bu bağlamda bir “risk toplumu ceza hukukundan”²⁷ söz edilip edilemeyeceği ve ceza hukukunun yeni risklerin bertaraf edilmesinde etkili veya gerekli bir koruma aracı olarak görülüp görülemeyeceği de tartışmalıdır.²⁸ Konu ile ilgili olarak *Sieber* geleneksel ceza hukukunun, küresel risk toplumundaki paradigma değişimiyle başa çıkmakta zorlandığını ifade etmiştir.²⁹

Toplumsal değişimlerin ve bunların suçluluk, ceza hukuku ve ceza politikası üzerindeki etkilerinin yanı sıra bu değişimlerin beraberinde getirdiği temel sorunları incelemek büyük önem taşımaktadır. Ceza hukukundaki en önemli değişimlerden biri, sınır ötesi suçların işlenmesi için yeni imkânlar sunan ve ceza hukukunu ulusal sınırların ötesine taşıyarak “sınır aşan etki”ye sahip bir ceza hukuku modeline zemin hazırlayan “küreselleşme” olgusudur.³⁰ Bu bağlamda, bu yeni risk toplumunda ceza hukukunun ulusal çerçevede ele alınmaması, aksine ceza hukukunun küresel suçlulukla mücadele alanı olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmektedir.³¹

Bilgi ve risk toplumundaki gelişmeler yeni risklerin ve karmaşık suç türlerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu durum, dünya çapında suçların küreselleşmesine yol açmış ve ceza hukukunu yapısal sınırlarını zorlamış aynı zamanda ceza hukukunun bir görevi olarak toplum ile bireylerin özgürlük haklarının korunmasına ilişkin yeni sorunlar ortaya çıkarmıştır.³² Bunların yanında dijitalleşme de ceza hukuku için bir takım yeni zorlukları beraberinde getirmiştir.

Küresel risk toplumunda dikkat çeken unsurlar arasında küresel çevre felaketleri ve tehlikeleri de bulunmaktadır. Teknolojik gelişmelerden kaynaklanan başka bir tehdit de kitle

²⁵ Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41.

²⁶ So Seung-Hee Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, (Doktora tezi, Universität Konstanz, 2002), 54.

²⁷ Bu noktada Alman ceza hukuku doktrininde sıklıkla “Risk Ceza Hukuku (Riskostrafrecht)” (Prittwitz, *Risiko und Strafrecht*, 261), “Sınır aşan Ceza Hukuku (transnationales Strafrecht)” (Johannes Feest, “Globalisierung und Rechtskulturen am Beispiel des Strafrechts und der Strafjustiz”, *Globalisierung des Rechts*, (Baden-Baden: Nomos Verl. 1999/2000), 347 vd.), “Sembolik Ceza Hukuku (symbolisches Strafrecht)” (Prittwitz, *Risiko und Strafrecht*, S. 253), “Önleyici Ceza Hukuku (Präventionsstrafrecht)” (Prittwitz, *Risiko und Strafrecht*, S. 242 vd.) ve “Modern Ceza Hukuku (modernes Strafrecht)” (Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 53 vd.) gibi çeşitli terimlerin kullanıldığını belirtmek gerekir. Ancak, bu terimler yazarına ve ele alınan konuya bağlı olarak farklı şekillerde anlaşılmaktadır. Bu çalışmada, ele alınan konuya göre terimler kullanılacak olup, tek bir terime bağlı kalınmayacaktır. Bu konuda genel bir bakış ve ek literatür önerileri için bkz. Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 53 vd.

²⁸ Hilgendorf, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 12.

²⁹ Bkz. Ulrich Sieber, “Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht”, in *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Erinnerung an Joachim Vogel*, Hrsg. Klaus Tiedemann, Ulrich Sieber, Helmut Satzger, Christoph Burchard und Dominik Brodowski, (Baden-Baden: Nomos Verl. 2016): 351 vd.

³⁰ Ulrich Sieber, “Ceza Hukukunun Sınırları”, in: Alman Ceza Hukukuna Giriş, trc. Feridun Yenisey (İstanbul: Beta Yay. 2007), 174 vd.

³¹ Elvan Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, in *Provd. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Yay. 2015): 630.

³² Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 174 vd.

imha silahlarının terörist örgütlerin eline geçme tehlikesidir. Kimyasal silahların terörist örgütlerin eline geçme olasılığı günümüzde önemli bir güvenlik riski teşkil etmektedir. Terörist örgütler, modern teknolojinin sunduğu imkânlar doğrultusunda bu tür kimyasal silahları laboratuvar ortamında kolayca üretebilme kapasitesine sahiptir. Tüm bunlar, ciddi ve yeni güvenlik risklerine yol açmaktadır.³³

Yeni modern dünya birçok riski ve ceza hukuku açısından önemli değişikliği beraberinde getirmektedir. Bunların hepsini bu çalışmamızda ele almamız mümkün değildir. Bu sebeple çalışmamızın ilerleyen kısmında bazı seçilmiş suç tipleri daha yakından incelenecektir.

2.1. Risk Toplumunda Yeni Zorluklar ve Ceza Hukukunda Riskin Önlemesi

Toplumsal değişimler suç oranında artışa yol açmış ve ceza hukukunda değişikliklere sebebiyet vermiştir.³⁴ Risk toplumunun getirdiği özel zorluklar, ceza hukuku alanında belirli uyarlamaları gerektirmektedir. Bu nedenle, büyük riskler “büyük ölçekli düzenlemeler” gerektirdiğinden, yeni tehlikelerle birlikte ceza hukukunun koruması da yeni suç tipleri oluşturularak genişletilmektedir.³⁵ Bu yeni suç tipleri genellikle evrensel hukuki değerlerin korunmasına hizmet etmektedir. Ceza hukukunun genişletilmesi “güvensiz topluma” verilen bir taviz olarak da görülebilir. Zira bazı tedbirler daha sembolik nitelikte olsa dahi devlet aktif olarak toplumun güvenliğini sağlamaya yönelik çalışmaktadır.³⁶ Bu bağlamda 2022 yılında Türk Ceza Kanunu’na eklenen yeni suç tipleri TCK m. 217/A’da düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma ve TCK m. 123/A’ya eklenen ısrarlı takip suçları örnek olarak gösterilebilir.

Yeni risklerin beraberinde getirdiği tehlikeler, modern ceza hukukunda değişimlere yol açmaktadır. Bu durum özellikle çevre ceza hukuku ve ekonomik ceza hukuku gibi alanlarda kendini göstermektedir. Risk toplumunda ceza hukukunun görevi sadece suçla mücadele (ya da suçluluğun ele alınması) değil, aynı zamanda siyasette karşılaşılan sorunların üstesinden gelinmesine yardımcı olmak ve kapsamlı önlem almak gibi destekleyici hususları da içermektedir.³⁷

Yeni riskler, ceza hukuku açısından çeşitli sonuçlar doğurmaktadır. Bunlar, kriminal politika üzerindeki etkiler, suç oranlarındaki artış ve ceza hukukunun temel ilkelerindeki değişikliklerdir. Bu bağlamda hazırlık hareketlerinin cezalandırılması ve cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi sayılabilir. Daha köklü değişiklikler ise terörle mücadelede geleneksel yaklaşımı yansıtan siyasi

³³ Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, 629.

³⁴ Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 174 vd.

³⁵ Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41; Callies, “40 Jahre Grundgesetz- Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat”, 1340; Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, 357 vd.; Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 245.

³⁶ Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 41; Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, 357 vd. siehe auch Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 237 vd.

³⁷ Hassemer, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 558; aynı yönde bkz. so auch Schömig, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 46. Çevre ceza hukuku gibi yeni ceza hukuku alanları da giderek önem kazanmaktadır. Çevre ve iklim ceza hukuku ile ilgili sorunlar için ayrıca bkz. Helmut Satzger, “Umwelt- und Klimastrafrecht in Europa – die mögliche Rolle des Strafrechts angesichts des ‘Green Deal’ der Europäischen Union” in *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2022): 1277 vd.

ve hukuki yöntemlerden uzaklaşılmasında görülmektedir. Suç politikasının sorgulandığı alanlarda, yeni çözüm yollarının bulunması gerekmektedir.³⁸

Özellikle risklerin zaman ve mekândan bağımsızlaşması ve bu yeni riskler karşısında “nedensellik bağı”, “kusur” ve “sorumluluk” gibi ceza hukuku kavramlarının bu yeni riskler açısından yetersiz kalması, risk toplumu kavramını ceza hukukunda önemli bir tartışma konusu haline getirmiştir.³⁹ Büyük risklerin karmaşık neden-sonuç ilişkileri ve bireylere isnadının zorluğu göz önüne alındığında, ceza hukukunda bu eğilimlerde bir tür işlevselleştirme (Funktionalisierung) ve esneklik sağlama çabası (Flexibilisierung) gözlenmektedir.⁴⁰

Önleyici yaklaşımlar esas olarak ağır sonuçlar doğurabilecek tehlikelerin önceden engellenmesine odaklandığı için kefarete teorisine dayanan yaklaşımlarına kıyasla daha fazla önem kazanmıştır. Geçmişte daha çok tepkisel ve seçici bir etkiye sahip olan ceza hukuku, tehlike suçlarının giderek artan bir şekilde kabul edilmesi, evrensel hukuki menfaatlerin korunması ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılması nedeniyle geleceğe dönük önleyici bir hukuka (Präventionsrecht) dönüşmektedir.⁴¹ Bu bağlamda isabetle ifade edildiği üzere, ceza hukukunun suçların önlenmesine yönelik önleyici görevler üstlenmek için bir araç olarak kullanılmaması, tersine esasen tepkisel (repressif) niteliğini koruması gerektiği belirtilmektedir.⁴²

Modern risk durumlarının karmaşıklığı, neticeli suçların cezalandırmasını büyük ölçüde zorlaştırmaktadır.⁴³ Risk toplumunda belirsizlikleri en aza indirme ihtiyacı, belirli tehlikelerin ortaya çıkmasını daha erken bir aşamalarda önlenmesi eğilimini giderek güçlendirmektedir. Ceza hukukunda bu gelişme, esas olarak ağırlığın zarar suçlarından tehlike suçlarına doğru kaymasıyla şekillenmektedir. Tehlikeye yol açabilecek davranışlar daha önceden önlenmelidir. Bu ön alan suçları ile, meydana gelebilecek netice ve nedensellik bağına ilişkin şartlar hafifletilmektedir. Ayrıca, teşebbüs ve taksirli suçlara ilişkin ceza boşlukları, yani cezasız kalan durumlar kapsam dışı bırakılmak istenmektedir. Bunun yerine, failin fiilinin neticeyi gerçekleşmesine bakılmaksızın tehlikeli olabilecek fiiller cezalandırılmaktadır.⁴⁴

³⁸ Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 173. Bkz. örneğin, modern toplumun ceza hukuku üzerindeki etkisi için özellikle bilgisayar ceza hukuku bağlamında Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 1 vd.

³⁹ Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, 629.

⁴⁰ Schömitz, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 46; siehe hierzu auch Callies, “40 Jahre Grundgesetz-Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?”, 1340; Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, 348; Prittwitz, “Funktionalisierung des Strafrechts”, 438 vd.

⁴¹ Schömitz, *Gefahren und Risiken im Strafrecht*, 45 vd.; Callies, “40 Jahre Grundgesetz-Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?”, 1340; Hassemer, “Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft”, 558; Kuhlen, “Zum Strafrecht der Risikogesellschaft”, 357 vd.; Prittwitz, “Funktionalisierung des Strafrechts”, 438. Ayrıca, risk toplumunda cezanın amacına ilişkin genel bir bakış için bkz. Prittwitz, *Strafrecht und Risiko*, 199 vd.

⁴² Bernd Heinrich, “Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 121, Heft 1 (2009): 123.

⁴³ Bkz. Reus, *Der Beitrag des Strafrecht zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, 104 vd.

⁴⁴ Young-Whan Kim, *Die Rolle des Rechts unter dem Aspekt des Verantwortungsdiskurses in der Risikogesellschaft*, in *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-*

Türk ceza hukuku doktrinde, tehlike suçlarının hukuksal değerleri etkin bir şekilde korunmasına hizmet ettiği görüşü savunulmaktadır.⁴⁵ Koca/Üzülmez belirli hukuki değerlerin daha iyi korunabilmesi amacıyla, tehlike suçlarının, failin gerçekleştirdiği fiilin suç konusu üzerinde bir zarar tehlikesi oluşturmamasının yeterli görüleceği şekilde düzenlendiğini ifade etmektedirler.⁴⁶

Ceza hukukunda ceza hukukunun koruma alanının öne çekilmesi, özellikle teşebbüs ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliğinde kendini göstermektedir.⁴⁷ Böylece kanun koyucu, yeni suç tipleri ihdas ederek teşebbüs aşamasındaki fiilleri (sanki tamamlanmış gibi) veya hazırlık aşamasındaki fiilleri cezalandırmak suretiyle ceza hukuku korumasını genişletmektedir.⁴⁸ Ceza hukukunun hukuki değerleri koruma amacına uygun olarak, hazırlık hareketleri herhangi bir hukuki değere ihlal etmediği veya tehlikeye atmadığı için genellikle suçun koruma kapsamına dahil edilmez. Ancak, toplumsal düzeni ve hukuki değerleri daha iyi koruyabilmek amacıyla, hazırlık hareketleri ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmekte ve cezalandırılmaktadır. Ancak bu durumda, teşebbüs için aranan “doğrudan doğruya icraya başlama” kriteri göz ardı edilmektedir.⁴⁹ Türk hukukuna ilişkin bir örnek olarak burada 2022 yılında 7418 sayılı Kanun ile getirilen ve TCK m. 217/A’da düzenlenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu gösterilebilir.⁵⁰

Önemle belirtilmesi gerekir ki bu süreçte, modern ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan “ultima ratio”, yani ceza hukukunun son çare olduğu ilkesinden sapılmaması gerektiği unutulmamalıdır. Devletin iç güvenliğini sağlanması amaçlansa bile, bu ilke göz ardı edilerek ceza hukuku kötüye kullanılmamalı ya da bir istisna olmaktan çıkarılıp bir kurala dönüştürülmelidir. Bu bağlamda, ceza hukukunun toplumun güvenlik ihtiyaçlarını karşılamaya hizmet eden bir araç haline gelmemesi gerekir; ancak günümüzde, önalın ve tehlike suçlarının giderek daha fazla kabul edilmesiyle bu durumun yaygınlaştığı

koreanischen Seminars, 5, Son güncelleme 4 Ekim, 2024, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-237093>; ayrıca bkz. Soner Demirtaş, *Tehlike Suçları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), S. 52 vd.; Reus, *Der Beitrag des Strafrecht zum Schutz vor modernen Produktgefahren*, S. 140. Bu durum, Alman ceza hukuku doktrinde kavramsal olarak farklı şekillerde, “cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi (Vorverlagerung der Strafbarkeit)” (Sinn), “ceza hukuku korumasının/ceza hukukunun öne çekilmesi Vorverlegung des Strafrechtsschutzes /Strafrechts)” (Weber) veya “önalın suçluluğu (Vorfeldkriminalität)” (Kindhäuser) olarak adlandırılmaktadır. Ayrıca “önalın suçları” kavramı için bkz. Fatih Yurtlu, “Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları – BGH Kararları Işığında Almanya Örneği, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 29/3 (2021): 2183 vd.

⁴⁵ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 55.

⁴⁶ Mahmut Koca und İlhan Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay. 2023), 120; so auch YCGK, 2012/6-1490, 2013/59.

⁴⁷ Bkz. Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 57 vd.; ayrıca suça teşebbüs için bkz. Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, (İstanbul: Kazancı Yay.), 45 vd.; Çataklı, *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht*, 1 vd.

⁴⁸ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 58.

⁴⁹ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 58; ayrıca bkz. Zafer İçer, Suça Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2021), 46 vd.

⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz. Cem Şenol, “Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)”, *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 50, (Aralık 2022): 331 vd. Alman hukukunda da terör suçlarıyla veya insan ticareti suçlarıyla bağlantılı hazırlık hareketlerini cezalandıran pek çok örnek bulunmaktadır; örneğin, § 89a Alman StGB ve § 233 Alman StGB. Bu konuda özellikle tartışmalı olan § 89a StGB’ye dair ayrıntılı bilgi için bkz. Anneke Petzsche, “Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen- Abschied vom Tatstrafrecht?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 131, sy. 3 (2019): 587 ff; Wolfgang Frisch, “Terrorismus und präventives Strafrecht: Zu den Möglichkeiten und Problemen eines sogenannten präventiven Strafrechts gegen Straftaten”, in *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2022): 905 vd.

gözlemlenmektedir. Ceza hukuku kural haline geldiği takdirde, mevcut adaletsizliği son çare olarak cezalandırmak yerine, öncelikle gelecekteki toplumsal ihtiyaçlara ve olası suiistimallerin önlenmesine yönelik esnek bir araç haline gelme riski taşır.⁵¹

2.2. Küreselleşmenin Getirdiği Zorluklar ve Riski Önleme

Beck, “küreselleşme” kavramını, “ulusal devletin aşılması ve ulusüstü bir devlete dönüşüm”⁵² olarak tanımlamaktadır.⁵³ Beck’e göre, küreselleşme, özellikle ekolojik alanda giderek daha fazla ulusal riskler yerine küresel riskler üreten bir “dünya risk toplumu (Weltrisikogesellschaft)”nın oluşumunda merkezi bir faktördür.⁵⁴ Ekonomi ve toplumun küreselleşmesiyle birlikte, riskler de küresel boyut kazanmaktadır.⁵⁵

İlk olarak, hukukun küreselleşmesi bir hukuk sisteminin transnasyonal (sınır aşan) genişlemesini ifade eder. İkinci olarak, hukuk sisteminin diğer sosyal sistemler üzerindeki kontrol kabiliyetinin kullanılmasını ifade eder ki bu durum “küresel veya uluslararası hukukileştirme (Verrechtlichung)” olarak da adlandırılır.⁵⁶

Küreselleşme, ceza hukukunda da değişikliklere yol açmış ve giderek küreselleşen bir suç politikası gelişmesine yol açmıştır. Bu değişikliklerin merkezinde, klasik ceza hukukunun sınırlarını aşan ve yeni temel sorunların ortaya çıkmasına neden olan transnasyonal suçlar ve bunların başlıca sebepleri yer almaktadır.⁵⁷ Özellikle internet suçları alanında suç işlenmesinin kolaylaşmasıyla birlikte sınır aşan sorunlar daha fazla önem kazanmaktadır.

Küreselleşen toplumda, insanların serbestçe hareket edebilmesi, malların sınırlar arasında kolaylıkla taşınabilmesinin yanı sıra hizmetlerin ve bilgisayar verilerinin sınır ötesi akışının sağlanabilmesi, sınır aşan suçların hızla artmasına neden olmuştur.

Küreselleşme ile birlikte gelen teknik gelişmeler, dünya çapındaki veri ağlarının suç işlemek amacıyla kullanılmasını mümkün kılmıştır. Veri ağları, özellikle suç örgütlerinin oluşumunu kolaylaştırmaktadır. Bu imkânlar sayesinde, başka bir ülkedeki bir bilgisayar sisteminde veri değişikliği yapmak mümkün hale gelmiştir. Bir devletin, sınır ötesinden erişilebilen bu verileri kendi toprakları üzerinde kontrol edebilmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Öte yandan, ulaşım alanındaki teknolojik değişiklikler, özellikle de bir ülkeden diğerine neredeyse kitlesel olarak seyahat etme imkanının artması ve mal ile hizmet akışları, sınır ötesi suçlarda artışa yol açmıştır.⁵⁸

⁵¹ Bkz. Gözde Kazaker Bozkurt, Cezalandırılabilirlik in Öne Çekilmesi - Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku İle Karşılaştırmalı Bir İnceleme), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, Heft 1, (2022): 279; Heinrich, “Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefährprävention”, 123.

⁵² Ulrich Beck, *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus- Antworten auf Globalisierung*, (Berlin: Suhrkamp Verl. 1998), 34.

⁵³ Ayrıca denationalizasyon ve küreselleşme için bkz. Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 42 vd.

⁵⁴ Beck’ten aktaran, Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 43.

⁵⁵ Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 44.

⁵⁶ Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 50.

⁵⁷ Bkz. Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 176. Suç politikasının globalleşmesi için ayrıca bkz. Kriminalpolitik Hans-Jörg Albrecht, “Der Wandel im Konzept der Sicherheit und seine Folgen für die europäische Innen- und Rechtspolitik”, *Jura* 11 (2005): 7 vd.

⁵⁸ Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 176.

Küreselleşme, bireysel güvenliği tehdit eden yeni riskler doğururken aynı zamanda sınır aşan suçlar için yeni imkânlar sunmakta ve bu durum, ceza hukukunun ulusal sınırlarını zorlanmasına yol açmaktadır. Böylece ceza hukukunun uygulama alanı ulusal sınırlarla sınırlandırılmayan küresel bir nitelik kazanmaktadır. Örnek olarak modern (uluslararası) terörizm, nükleer suçlar, uyuşturucu ticareti, suç örgütleri, insan ticareti, göçmen kaçakçılığı ve bilişim suçları gösterilebilir.⁵⁹

Küreselleşme, transnasyonal suçların doğrudan artışına yol açmıştır. Küreselleşme süreciyle birlikte ceza hukuku, birçok yeni beklentiyle karşı karşıya kalmaktadır. Ancak her şeyden önce, modern toplumda hukuk, küreselleşme süreçleri çerçevesinde yeni tür düzenleme görevleri üstlenmekte ve bir denetim aracı olarak öne çıkmaktadır. Hukuk aynı zamanda risk yönetiminin, diğer bir deyişle modern risklerin uyumlaştırılması ve sınırlandırılmasının bir aracı haline gelmektedir.⁶⁰

Küreselleşmeden kaynaklanan ekonomik değişimler, dünya çapında gelişmekte olan piyasalarda sınır ötesi suçların işlenmesi için yeni fırsatlar yaratmıştır. Örneğin, günümüzde kara para aklama suçu, hızla değişen transnasyonal ekonomik piyasalarda işlenmekte ve ilgili devletlerin denetiminden kaçmaktadır.⁶¹

Bu nedenle ceza hukuku, küresel sorunları çözmeye ve böylece ortaya çıkan “küresel toplumu” uyumlaştırma (yeni) görevine sahiptir.⁶² Uluslararası toplumun ceza hukuku aracılığıyla uyumlaştırılması, aynı zamanda ceza hukukunun kendisinin de uluslararası düzeyde uyumlaştırılmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte, ceza hukukunun küreselleşmesi aynı zamanda çoğunlukla ceza hukukunun da genişletilmesi anlamına gelecektir.⁶³ Ceza hukukuna yüklenen bu yeni görev, ceza hukukunun genişlemesinin yanında aynı zamanda etkinliğini de azaltmaktadır.⁶⁴ Bu bağlamda, hukukun üstünlüğüne dayalı sınır ötesi etkili bir ceza hukukunun mümkün olup olmayacağı tartışılmaktadır. Küresel olarak geçerli/etkili normlar oluşturmak amacıyla yeni uluslararası işbirliği mekanizmaları, uluslar üstü ceza hukuku gibi diğer kavramlar tartışılmaktadır.⁶⁵

Modern toplumda ceza hukuku, yalnızca ulusal bağlamda değil, aynı zamanda küresel suçların önlenmesi amacıyla da önemli hale gelmiştir ve gitgide küresel bir boyut kazanmaktadır. Küreselleşme, klasik ceza hukukunun sınırlarını, özellikle sınır aşan veya yurt dışında işlenen suçlar açısından sorgulanmasını gerektirmektedir. Bu yeni sorunların

⁵⁹ Ayrıca bkz. Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, 630; Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 175.

⁶⁰ Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 50; vgl. dazu Klaus F. Röhl, “Das Recht im Zeichen der Globalisierung der Medien”, *Globalisierung des Rechts*, (Baden-Baden: Nomos Verl. 1999/2000), 93 vd. Ayrıca bilgisayar ceza hukuku için bkz. Feridun Yenisey, “Elektronische Beweismittel im türkischen Strafprozess”, in *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2022): 667 vd.; Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 93 vd.

⁶¹ Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 176.

⁶² Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 51.

⁶³ Bkz. Mark Pieth, “Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalität”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 109, (1997): 758.

⁶⁴ Hong, “Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts”, 51.

⁶⁵ Bkz. Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 178 vd.

çözümü için ceza hukukunun küreselleşmesi gerekmektedir. Mülkîlik ilkesi geçerliliğini korurken ve ceza hukuku temelde devletin ülke sınırları içinde geçerliyen evrensellik ilkesi ulusal ceza hukukunun sınır aşan şekilde genişletilmesini mümkün kılmaktadır.⁶⁶ TCK'nın 13. maddesinde düzenlenmiş olan evrensellik ilkesi, devlete belirli suçları işleyen failleri suçun işlendiği yerden bağımsız olarak kovuşturma ve cezalandırma yetkisi vermektedir.

Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu'nda soykırım (TCK m. 76), insanlığa karşı suçlar (TCK m. 77), göçmen kaçakçılığı (TCK m. 79) ve insan ticareti (TCK m. 80), işkence (TCK m. 94, 95), çevrenin kasten kirletilmesi (TCK m. 181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188) evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlardan başlıcalarıdır.⁶⁷ 2005 yılında yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Kanunu m. 13'te bir çok yeni suç tipi evrensellik ilkesi kapsamına dahil edilmiş; böylece Türk mahkemelerinin yargısı yetkisi oldukça fazla genişlemiştir.⁶⁸

TCK'nın 13. maddesi bazı hususlar açısından öğretilerde eleştirilmektedir. Bunlardan birisi TCK m. 13/1-b'de sayılan suçlara ilişkindir. Bu fıkra da yer alan suçlar devlete karşı işlenen suçlardan olup, evrensellik ilkesi değil, esasen koruma ilkesi kapsamında yer almaktadır. Bu suçların kovuşturulması sayılan diğer suçlardan farklı olarak yargılama yapılması Adalet Bakanlığı'nın talebi şartına bağlı değildir. Madde 13/1-b'de düzenlenen suçlar açısından korunan hukuki menfaatler devletin varlık ve devamına ilişkin olduğundan bahisle farklı olduğu için farklı kovuşturma şartlarına tabi tutulması yerinde görülebileceği belirtilmektedir. Ayrıca bu suçlar çoğu zaman işlendikleri ülkelerde ceza kovuşturmasına tabi tutulmamaları hususu da bu durumu destekler niteliktedir.⁶⁹

2.3. Dijitalleşmenin Getirdiği Zorluklar ve Riski Önleme

Yeni teknolojilerin gelişmesiyle birlikte, yapay zekâ çok çeşitli alanlarda hayatımızı giderek daha fazla etkilemektedir.⁷⁰ Yapay zekâ, sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesine olanak tanımakta (örneğin, cerrahi robotlar ve "klinik karar destek sistemleri"⁷¹ gibi tıbbi faaliyetleri destekleyen yapay zekâ tabanlı sistemler) ve ulaşım araçlarını daha güvenli hale getirmekte ve kişiye özel, daha ucuz ve dayanıklı ürün ve hizmetlerin sunulmasını sağlamaktadır. Bilgiye erişim ile eğitim olanakları da yapay zekânın katkısıyla kolaylaşmaktadır. Yapay zekâ ayrıca tehlikeli faaliyetler için robotların kullanılması yoluyla

⁶⁶ Hong, "Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts", 51; ayrıca bkz. Sieber, *Ceza Hukukunun Sınırları*, 178.

⁶⁷ Bkz. Faruk Turhan, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, sy. 4 (Ağustos 2005): 197.

⁶⁸ Türk mevzuatıyla ilgili eleştiriler için bkz. Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", 635.

⁶⁹ Turhan, "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi", 200 vd.

⁷⁰ Yapay zekâ için detaylı bilgi için bkz. Anna Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz* (Baden-Baden: Nomos Verl. 2021), 27 vd.

⁷¹ Alman Federal Tabipler Birliği Etik Kurulu, yapay zekâ tabanlı Klinik Karar Destek Sistemleri (CDSS)'nin terapi alanında kullanıma ilişkin fayda ve risklere dikkat çekmiş ve bunların kullanımına dair tavsiyelerde bulunmuştur. Federal Tabipler Birliği Etik Kurulunu görüşü için bkz. *Deutsches Ärzteblatt*, Jg. 118, sy. 33-34, 23. August 2021; türkçe çevirisi için bkz. Esma Nur Turhan, "Hekim Faaliyetlerinde Yapay Zeka Tarafından Karar Desteği" Federal Tabipler Birliği Etik Kurulunun Tıp ve Sınır Alanlarında Etik İlkelerin Korunmasına İlişkin (Merkezi Etik Kurulu) Görüşü", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12, sy. 2 (2022): 1413 vd.

işyerinde güvenliğe katkıda bulunabilmektedir.⁷² Yapay zekânın ceza soruşturmasında kullanımı ise çeşitli uygulama alanlarını kapsamaktadır. Algoritmik yöntemler öncelikli olarak vergi suçları ve kara para aklama gibi alanlarda öne çıkarken, günümüzde sosyal ağlardaki nefret suçlarıyla mücadele ve çocuk pornografisi içeriklerinin tespiti için yapay zekânın kullanımının önemi de tartışılmaktadır.⁷³

Yukarıda bahsedilen avantajların yanı sıra, bu yeni teknolojiler sadece imkanları değil aynı zamanda potansiyel riskleri de beraberinde getirmektedir. Hukuk düzeni ve dolayısıyla ceza hukuku, dijitalleşme ile birlikte önemli zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır.⁷⁴ Bu bağlamda, ceza hukukunun dijitalleşmenin getirdiği yeni tehlikelere karşı ne ölçüde kullanılabileceği sorusu gündeme gelmektedir.

Özellikle otonom ve yapay zekâ destekli sistemlerin kullanımı, cezai sorumlulukla ilgili soruları gündeme getirmektedir. Sorumluluk açısından özellikle üç ana sorun öne çıkmaktadır bunlar: nedensellik, risk kontrolü ve ispat soruları.⁷⁵ Özellikle otonom araçlar ve bunların kullanımından doğan ceza hukuku sorumluluğu, ceza hukuku alanında yoğun bir şekilde tartışılmaktadır.⁷⁶ Yapay zekâ kullanımında, üretici ve programcılar gibi farklı aktörlerin cezai sorumluluğu konusu gündeme gelmektedir. Otonom sistemler ve yapay zekânın piyasaya girişi, her ürünün piyasaya sürülmesinde olduğu gibi çeşitli aktörlerin katılımını gerektirir. Bu aktörler üreticiden tedarikçilere ve nihai tüketicilere kadar uzanır. Bu bağlamda, özellikle bir üreticinin piyasaya sürdüğü otonom bir sistem (örneğin araç) veya yapay zekâ sistemi hatalı olduğunda, bu üreticinin cezai sorumluluğuna nasıl gidilebileceği sorusu öne çıkmaktadır. Özellikle yapay zekâ sistemlerinde, sistemin riskli hareketler öğrenmesi ve bunun sonucunda zarara yol açması durumunda da bu kişilere cezai sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği sorusu dikkatle incelenmelidir.⁷⁷

Programcılarla ilgili olarak tartışılan bir diğer aktör de kara kutu sorunudur. Örneğin yapay zekânın sistemin programcısının bile nasıl bir sonuca varacağını öngörememesi halinde ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, bu geriye izlenebilirliğin eksikliğinin cezai sorumluluğa yönelik ithamlara etkisi olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.⁷⁸

Gelecekte otonom bir sistemin ceza hukuku açısından zarara sebep olabileceği ancak bu nedenle kimsenin cezai sorumluluğa çekilemeyeceği durumlar mümkündür ki bunun tatmin edici olmayan sonuçlara yol açacağı aşıkardır. Bu bağlamda, teknolojinin ilerlemesi ve

⁷² Bkz. "Künstliche Intelligenz: Chancen und Risiken", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.europarl.europa.eu/topics/de/article/20200918ST087404/kunstliche-intelligenz-chancen-und-risiken>.

⁷³ Golla, Sebastian ve Charlotte Korenke, "Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht", in *Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht*, Hrsg. Martin Ebers und Björn Steinrötter, (Baden-Baden: Nomos Verl., 2021), 263 vd.

⁷⁴ Özellikle otonom araçlarda karşılaşılan ikilem (dilemma) sorunları için bkz. Eric Hilgendorf, "Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren: Ein Beitrag zum Problem des Verrechnungsverbots im Zeitalter der Digitalisierung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, sy.3 (2018), S. 674 vd.

⁷⁵ Yapay zekâ ile ilgili riskler, zorluklar ve sorumluluk konuları için bkz. Hebert Zech, "Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen", *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, sy. 2 (2019): 204 vd.

⁷⁶ Bkz. Tuba Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, sy. 2 (2018), 173 vd.

⁷⁷ Bkz. Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz*, 88 vd., 144 vd.

⁷⁸ Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz*, 88.

makine öğrenimi (machine learning) ile kendi kendine öğrenmeye devam eden yapay zekâ ile birlikte gelecekte “robot ceza hukuku” ve insanın yanında yeni bir ceza hukuku süjesi olarak yapay zekâdan daha doğrusu yapay zekânın cezai sorumluluğundan bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışılmaktadır.⁷⁹ Bu tartışma kapsamında, nedensellik bağı, kusur gibi klasik ceza hukuku kavramları göz önüne alınmakta ve bu da klasik ceza hukuku yaklaşımının yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır. Sonuç olarak doktrinde yapay zekânın cezai sorumluluğu reddedilmekte ve yapay zekânın (aynı zamanda) ahlaki bir ajan haline gelmediği sürece (yani en azından kendi davranışını “ahlaki” olarak değerlendirmek için benzer bir yetenek), yapay zekânın cezai sorumluluğunun öngörülebilir gelecekte haklı gösterilemeyeceği savunulmaktadır.⁸⁰

Birkaç yıl öncesine kadar “Bitcoin”, “kripto para birimi” veya “blokzincir” terimleri bilinmiyordu. Dijitalleşmenin yeni bir fenomeni olarak kripto paralar ve bunların ceza hukukuna etkileri oldukça yenidir.⁸¹ Suç ve ceza hukuku değişmekte, kripto paralar modern toplumun yeni risklerini ortaya çıkarmakta ve “kripto para suçluluğu (Kryptowährungskriminalität)” olarak nitelendirilebilecek yeni bir suç türü olarak görülebilir. Kripto para suçluluğu, blokzincir tabanlı kripto paraların bulundurulması, edinilmesi ve ticareti ile bağlantılı olarak ortaya çıkan yeni suç türlerini incelemektedir. Bu bağlamda yeni teknolojilerin ortaya çıkışının mevcut ceza hukuku açısından hangi zorlukları beraberinde getirdiği incelenmelidir.⁸²

Bu bağlamda yakın zamanda gerçekleşen TerraUSD sabit kripto para birimi ve Luna kripto parasının ana şirketi olan Terraform Labs'ın kurucu ortağı ve CEO'su Do Kwon ile ilgili olay örnek verilebilir. Terra blokzincirinin arkasındaki şirket olan Terraform Labs, Terra sabit kripto parası ve ilişkili LUNA tokeni ile tanınmaktadır. Her ikisi de Mayıs 2022'de dolandırıcılık iddiaları nedeniyle çökmüş ve bu durum, kripto para piyasasında üç haneli milyar dolar düzeyinde kayıplara yol açmıştır. ABD Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (SEC), Güney Koreli kripto para geliştiricisini ve Singapur merkezli şirketini “milyar dolarlık dolandırıcılık” ile suçlamaktadır. Do Kwon hakkında ABD makamları tarafından dava açılmıştır. Terraform Labs'ın çöküşüyle birlikte yatırımcılar toplamda 40 milyar ABD doları kaybetmiştir. Bu olayların ardından Do Kwon izini kaybettirmiştir. Mart 2023'te Karadağ polisi tarafından sahte pasaport kullanmaktan tutuklanmış ve şu anda hem ABD hem de Güney Kore vatandaşlığına sahip olduğu için iadesi konusunda tartışmalar sürmektedir.⁸³

⁷⁹ Bkz. Lohmann, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz*, 91 vd.; Ceren Özbek und Veli Özer Özbek, “Yapay Zekanın Dahil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi* 12, sy. 41 (2019): 603 vd.

⁸⁰ Sabine Gleß ve Thomas Weigend, “Intelligente Agenten und das Strafrecht”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, sy. 3 (2014): 579, 589.

⁸¹ Kripto para biriminin temel kavramları ve prensipleri için bkz. Leon Böhm, *Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2024), 25.

⁸² Ayrıca bkz. Böhm, *Der strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten*, 125 vd.

⁸³ “Terraform Labs' Crypto Collapse”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/01/terraform-labs-crypto-luna/>; “Do Kwon nach Südkorea ausgeliefert”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.btc-echo.de/schlagzeilen/auslieferung-von-do-kwon-nach-suedkorea-181068/>; “Terra-Gründer Do Kwon wegen Betrugs verurteilt”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.btc-echo.de/news/terra-gruender-do-kwon-wegen-betrugs-verurteilt-182017/>.

2.4. Toplumun Güvenliğinin Sağlamak Adına Ceza Hukukunun Araç Olarak Kullanılması

Bu bölüme kadar modern toplumun ceza hukukuna ilişkin karşılaştığı zorluklar küreselleşme ve dijitalleşme bağlamında ele alınmıştır. Aşağıda, şimdiye kadar belirtilen hususlar ve sorunlar bazı suç tipleri temelinde daha ayrıntılı incelenecek ve ceza hukukunun toplumun korunmasına yönelik bir araç olarak rolü ele alınacaktır. İlk olarak, göçmen kaçakçılığı suçu detaylandırılacak, ardından terör suçları ve örgütlü suçlar ele alınacak, son olarak da Türkiye'de son dönemde büyük bir sorun haline gelen depreme karşı önlem olarak ceza hukukunun ne ölçüde bir araç olarak kullanılabileceği tartışılacaktır.

2.4.1. Göçmen Kaçakçılığı Suçu

Küreselleşen dünyada göç, önemli bir konu haline gelmiştir. Bu bağlamda, yasal ve yasadışı göç arasında bir ayırım yapılmaktadır. Ceza hukuku açısından yasadışı göçtür.⁸⁴

Son yıllarda artan savaşlar, diğer çatışmalar, şiddet kullanımı, insan hakları ihlalleri, iklim değişikliği ve çevresel felaketler gibi pek çok neden büyük göç akımlarına yol açmıştır.⁸⁵

Yasadışı göç, küresel dünyanın modern risklerinden biridir. Kontrolsüz yasadışı (kitlese) göç, birçok açıdan topluma tehlikeler getirir. Bunlar arasında kayıt dışı çalışmanın artması, sosyal huzursuzluklar ve yabancı düşmanlığı gibi sorunlar bulunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı yapan örgütler giderek uluslararası düzeyde faaliyet göstermekte ve birbirleriyle uluslararası işbirliği yapmaktadırlar.⁸⁶ Dolayısıyla işledikleri suçlar sınır ötesi bir nitelik taşımaktadır. Bu örgütlenmeler terör örgütleri ve uyuşturucu şebekeleri gibi çeşitli yasadışı örgütlerle sürekli temas halindedir.⁸⁷ Göçmen kaçakçılığı, kârlı olmasının yanı sıra düşük riskli bir faaliyet olup, süregelen küresel krizler ve mevcut refah dengesizlikleri göz önünde bulundurulduğunda sürdürülebilir ve geleceğe yönelik güvenli bir iş alanı olarak değerlendirilmektedir.⁸⁸ Küreselleşmenin de etkisiyle kaçakçılık yöntemlerinin çok yönlülüğü ve yaratıcılığının herhangi bir sınırı olmayıp ve göçmen kaçakçılığının dinamik yapısı nedeniyle kaçakçılık biçimleri zaman içinde değişmekte ve yeni biçimler ortaya çıkmaktadır.⁸⁹

⁸⁴ Bkz. M. Emin Artuk u. andere, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 69.

⁸⁵ BM Mülteci Ajansı'na göre 2024 yılı ortalarında zulüm, çatışma, şiddet, insan hakları ihlalleri veya kamu düzenini ciddi şekilde bozan olayların bir sonucu olarak Dünya çapında zorla yerinden edilen kişi sayısı 122,6 milyondur detaylı bilgi için bkz. <https://www.unhcr.org/refugee-statistics>, (Erişim Tarihi: 04.11.2024).

⁸⁶ Constantin Cantzler, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit* (Aachen: Shaker Yay., 2004), 27 vd.; Oğuzhan Ömer Demir u. andere, "The Social Organisation of Migrant Smugglers in Turkey: Roles and Functions", *European Journal on Criminal Policy and Research* (2017): 379.

⁸⁷ Oğuz Öcal ve Bülent Atasever, "Düzensiz Göçün Karanlık Yüzü: Göçmen Kaçakçılığı", *Kapadokya Akademik Bakış* 5, sy. 1 (2021): 43.

⁸⁸ Yusuf Halit Çaykara, "İtalya ve Türkiye'de Göçmen Kaçakçılığı" (Masterarbeit, 2019), 47. Kara para aklama ile mücadelede en üst uluslararası organ olan Financial Action Task Force (FATF)'in verilerine göre uluslararası suç örgütleri göçmen kaçakçılığından her yıl milyarlarca euro kazanmaktadır: "Schleuserkriminalität: Menschenschmuggel, Flüchtlinge, Migranten, Geldwäsche", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.sueddeutsche.de/politik/schleuserkriminalitaet-menschenschmuggel-fluechtlinge-migranten-geldwaesche-1.5686390>.

⁸⁹ Jürgen Kepura v.d.ğr., *Schleuserkriminalität- Grundlagen zur Phänomenologie, Ätiologie und polizeilichen Intervention*, (Frankfurt: Verl. Für Polizeiwissenschaft 2015), 93.

Sınır ötesi kaçakçılık yeni teknolojiler, basitleştirilmiş ulaşım imkanları ve küreselleşme sayesinde kolaylaşmaktadır. Instagram ve Facebook gibi sosyal medya platformları kaçakçılığın reklamını yapmak için sıklıkla kullanılmakta ve sahte pasaport ve kimlikler bu platformlar aracılığıyla sunulmaktadır. Telegram ve WhatsApp gibi mesajlaşma uygulamalarında olası bir kaçakçılık için iletişim bilgileri paylaşılmakta ve detaylar görüşülmektedir. Bu durum, kaçakçılıkla mücadeleyi daha karmaşık hale getirmektedir.⁹⁰

Göçmen kaçakçılığı, özellikle Türkiye'de daha çok bireysel bir suç faaliyeti olarak algılanmaktadır. Ancak bunun arkasında genellikle karmaşık ve sınır ötesi olarak organize edilmiş bir yapı bulunmaktadır.⁹¹ İstisnai durumlarda, göçmen kaçakçılığı faaliyeti bireysel olarak veya küçük gruplar tarafından gerçekleştirilmektedir. Hem göçmenlerin göç ettikleri ülkelerde hem de hedef ülkelerde, gerekirse transit ülkelerde, kaçakçılık ağlarında çeşitli aktörleri bulunmaktadır. Göçmen kaçakçılığı faaliyetinde bulunan örgütler bir araya gelerek uluslararası kaçakçılık zincirleri oluşturabilirler.⁹²

“Hawala” sistemi, genellikle sınır ötesi organize suçların, özellikle insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı gibi suçların işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla para transferlerini gerçekleştirmek için kullanılmaktadır.⁹³ Kaçakçılar uluslararası kuruluşların aldığı siyasi önlemler ve değişen önleyici politikalara rağmen son derece esnek davranmakta ve sürekli olarak profesyonelleşmektedir.⁹⁴

Göçmen kaçakçılığı suçunun ve yasadışı göçün tehlikelerine karşı koymak için Türk kanun koyucusu, Türkiye'nin de önemli bir hedef ve transit ülke olması nedeniyle ceza hukukuna da başvurmuştur.⁹⁵ Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinde düzenlenen göçmen kaçakçılığı, Türk kanun koyucusu tarafından o kadar önemli ve tehlikeli olarak sınıflandırılmıştır ki, ceza kanununun 13. maddesinde sayılan evrensellik ilkesinin uygulanacağı suçlar arasında sayılmıştır. Göçmen kaçakçılığı suçu bir Türk vatandaşı ya da yabancı tarafından yurtdışında işlenmiş olsa dahi Türk kanunları uygulanabilir. Bu, evrensel hukuki konularda cezalandırmaya bir örnektir.

22 Temmuz 2010 tarihli 6008 sayılı Kanun ile göçmen kaçakçılığı suçu, bir “teşebbüs suçu” haline getirilmiştir.⁹⁶ Bu düzenlemeyle birlikte, bu suçun işlenmesine teşebbüs edilmesi, suçu tamamlamış gibi cezalandırılmaktadır. Bu değişikliğin arka planında, Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinin daha etkili ve verimli bir şekilde uygulanmasının sağlanması

⁹⁰ “Türkiye üzerinden Avrupa’ya gitmek isteyen kaçak göçmenlere sosyal medyada tuzak”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://tr.euronews.com/2020/01/24/turkiye-uzerinden-avrupa-ya-gitmek-isteyen-kacak-gocmenlere-sosyal-medyada-tuzak>.

⁹¹ Katharina Aurnhammer, *Spezielles Ausländerrecht: Die Straftatbestände des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetzes* (Baden-Baden: Nomos Verl. 1996), 54; Cantzler, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, S. 17; Oğuz Öcal ve Bülent Atasever, “Düzensiz Göçün Karanlık Yüzü”, *Kapadokya Akademik Bakış* 5, sy. 1 (2021): 48; Sieber, *Internationale Organisierte Kriminalität*, 75.

⁹² Cantzler, *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*, S. 15 vd.

⁹³ Bkz. “Statistiken”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.unodc.org/e4j/en/tip-and-som/module-3/key-issues/financial-investigations.html>.

⁹⁴ Yavuz Kahya, “Sınır aşan Organize Suç Tipi Olarak Göçmen Kaçakçılığı: Türkiye’deki Kaçakçı Profili ve Organizasyonları” (Doktora Tezi, Polis Akademisi, 2012), 247 vd.; ayrıca bkz. Bundeslagebild Schleusungskriminalität 2016, 23.

⁹⁵ Eleştiriler için bkz. Keçelioğlu, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, 634.

⁹⁶ Resmi Gazete: 22.07.2010-7652.

hedeflenmiştir. Kanun tasarısının gerekçesinde, göçmen kaçakçılığı fiilinin Türkiye sınırları içinde gerçekleştiği, ancak göçmenlerin henüz Türkiye sınırını geçmemiş olduğu durumlarda yakalanmaları halinde, mahkemelerin bu durumu sadece bir teşebbüs olarak değerlendirip cezada indirimine gittiği belirtilmiştir. Yargılamalarda göçmen kaçakçılar tutuksuz olarak yargılanmış ancak kısa bir süre sonra bu kişiler (aynı kaçakçılar) aynı suçtan dolayı tekrar yakalanmıştır. Kanun koyucuya göre bu değişiklikte göçmen kaçakçılığı suçu ile etkin mücadele etmek ve göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen kişilerin en az üç yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasını amaçlanmaktadır.⁹⁷

Buna ek olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 79. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, göçmen kaçakçılığı suçunun bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi, bir nitelikli hal olarak kabul edilmektedir. Bu durumda cezanın yarısından bir katına kadar artırılması öngörülmektedir. Göçmen kaçakçılığı suçu organize bir yapı altında daha sistematik ve tehlikeli bir şekilde gerçekleştirildiğinden kanun koyucu bu durumu daha tehlikeli addedip nitelikli hal olarak düzenlemiştir.

28 Mart 2023 tarihli 7445 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklikle, göçmen kaçakçılığı suçunun alt sınırı üç yıldan beş yıla çıkarılmıştır. Ancak, bu cezanın alt sınırındaki bu artışının göçmen kaçakçılığıyla mücadelede etkili olup olmayacağı, ultima ratio ilkesi ve orantılılık ilkesi açısından dikkatle değerlendirilmelidir.⁹⁸ Değişikliğin gerekçesinde ise Türkiye'nin coğrafi konumu nedeniyle bir transit veya hedef ülke olarak göçmen kaçakçılığı suçundan doğrudan etkilendiği belirtilmiş ve bu suçla daha etkili bir şekilde mücadele edebilmek ve caydırıcı bir etki yaratmak amacıyla ceza sınırında bir artırım yapıldığı ifade edilmiştir.⁹⁹

2.4.2. Terör Suçları

Günümüz modern toplumlarının, özellikle de Türkiye'nin karşı karşıya olduğu en ciddi sorunlardan biri, terörle mücadeledir. Son zamanlarda devletler ceza hukukunu terörle mücadelede bir araç olarak giderek daha fazla kullanmaktadır. Terörle mücadelede yasama organları, sıklıkla ceza hukuku önlemlerine başvurmaktadır. Bu önlemler arasında, cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi veya terör eylemlerinin tehlike suçu olarak düzenlenmesi yer almaktadır.¹⁰⁰

Ceza hukukunun tercih edildiği önemli durumlardan biri, terörist suçlar veya organize suçlarla mücadeleye yönelik düzenlemelerdir. Türkiye'nin uzun yıllardır terör eylemleri ve saldırılarla sıkça karşı karşıya kalması, bu tür eylemlerin gerçekleştirilmeden önce mümkün olan en erken aşamada engellenmesi ve böylece toplum güvenliğinin sağlanması gerekliliğini doğurmuştur.¹⁰¹

⁹⁷ TBMM, Dönem 23, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı 526. Kanun değişikliğine eleştirel bir bakış için bkz. Asuman İnceoğlu Aytekin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 (2019): 406 vd.

⁹⁸ Bkz. Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", 633 vd.

⁹⁹ Bkz. TBMM, Dönem 27, Yasama Yılı 6, Sıra Sayısı 435.

¹⁰⁰ Kazaker Bozkurt, "Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi" 279.

¹⁰¹ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 62.

Terörist eylemler, hedeflerinin genellikle belirsiz ve karmaşık olması ve rastgele kurbanların öldürülmesi veya yaralanması şeklinde tezahür edebilmesi nedeniyle, önceki saldırılardan çok daha fazla korku ve dehşet yaymaktadır. Bu durum, esasen herkesin bu tür eylemlerin mağduru olabileceği anlamına gelir ki bu da toplumda genel bir güvensizlik ortamına yol açar. Halkın devletten beklentileri bu açıdan oldukça yüksektir. Devletin ve organlarının, halka yönelik potansiyel tehlikeleri önlemek için önlemler alması beklenmektedir.¹⁰²

Ceza hukuku, ceza ile birlikte önleyici hedefler de gütmektedir. Ceza veya ceza tehdidi, potansiyel failleri suçu işlemekten alıkoymayı amaçlamaktadır; bu da önleme odaklı bir ceza hukukuna işaret etmektedir. Failin fiilinden dolayı cezalandırılması yalnızca failin kusurunu karşılayabilecek bir ceza değil, aynı zamanda hukukun geçerliliği ve değişmezliğinin onaylanması açısından da önemlidir. Bu sayede ceza hukukunun genel önleyici etkisi korunmaktadır. Bu bağlamda, terör suçları açısından ceza hukukunun genel önleyici işlevi hakkında, bu önleyici ceza düzenlemelerin terör suçları açısından somut nedenlerden ötürü etkili olup olmadığı, hatta gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Ceza hukukunun ve cezanın terör eylemine karar vermiş hatta kendi ölümünü bile göze almış bir faili suçu işlemekten caydırıp caydırmayacağı şüphelidir.¹⁰³

Terörizm modern risk toplumunda yeni ve kompleks (ve önemli) riskler yarattığından, devletler terör eylemlerinin yarattığı tehditleri mümkün olduğunca erken önlemek için potansiyel riskleri önceden, herhangi bir zarar meydana gelmeden cezalandırmayı tercih etmektedir. Bu durum, Türk kanun koyucusunu da bu alanda daha savunmacı bir politika izlemeye sevk etmiştir. Cezalandırmanın temeli, gerçekleşmiş bir haksız fiil değil, gerçekleşmesi muhtemel bir haksız fiil olup gelecek cezalandırmanın esasını oluşturmaktadır.¹⁰⁴

Türk Ceza Kanunun 220. maddesinde suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu düzenlenirken 314. maddede silahlı örgüt kurma suçu düzenlenmiştir. Bununla birlikte 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu (TMK) ise doğrudan bir örgüt tanımı yapmamakta, ancak terör eylemlerini düzenlemektedir ve TCK m. 200'ye atıfta bulunmaktadır. Böylece, kanunun suç saydığı fiilleri planlama, hazırlama ve icra etme amacı taşıyan bir örgütün kurulması, yönetilmesi veya böyle bir örgüte üyelik cezalandırılarak, örgüte katılan kişilerin erken kovuşturulabilmesi ve bu şekilde planlanmış suçların işlenmesinin önlenmesi amacı güdülmüştür (TCK m. 220). Bu düzenlemelerle kanun koyucu terörle mücadeleyi amaçlamaktadır. Bu hükümlerde, hazırlık eylemleri niteliğine sahip olan fiiller suç olarak düzenlenmiştir.¹⁰⁵

¹⁰² Bkz. Frisch, "Terrorismus und präventives Strafrecht", 906 vd.; vgl. hierzu Hans-Joachim Rudolph, "Zur Kritik der Strafrechtspflege", *Zeitschrift für Rechtspolitik* 12 (1979): 214.

¹⁰³ Bkz. Frisch, "Terrorismus und präventives Strafrecht", 909 vd.

¹⁰⁴ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 62; ayrıca bkz. Hassemer, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", 555.

¹⁰⁵ Kazaker Bozkurt, "Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi", 279 vd.; İzzet Özgenç, *Suç Örgütleri*, (Ankara: Seçkin Yay. 2022), 19; Aykut Ersan, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu (TCK md. 220)", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, sy. 1 (2013): 385; Bilal Osmanoğlu ve Fahrettin Kızıl, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 21 (2019): 1141 vd.; Muhammed Emre Tulay, *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, (Holzkirchen: Felix Verl. 2018), 1 vd.

Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesine örnek olarak Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesi gösterilebilir.¹⁰⁶ Türk doktrinde, TCK m. 220'nin somut veya soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmesi konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Ancak öğretilerdeki hâkim görüş kanun gerekçesinden de hareketle bu hükmü somut tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Kanun gerekçesinde, suç işlemek amacıyla örgüt kurmanın toplumsal düzeni tehlikeye soktuğu ve amaçlanan suçların işlenmesini kolaylaştırdığı vurgulanmaktadır. Bu nedenlerle, amaçlanan suçlara hazırlık niteliğindeki bu eylemler, bağımsız suç tipleri olarak belirlenmiştir. Ayrıca, her örgütlenme girişiminin somut bir tehlike oluşturmayacağı gerekçesiyle, örgütün, amacını gerçekleştirebilecek bir yapıya, üye sayısına, araç ve gerece sahip olması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁰⁸

Amaçlanan suçların işlenmesi açısından hazırlık hareketi olarak nitelendirilebilecek bu husus, bağımsız bir suç tipi olarak tanımlanmıştır. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmayacağına dair genel ilkeye bir istisna getirilerek, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu barışına yönelik özel ve somut bir tehlike oluşturması nedeniyle, işlenmesi planlanan suçlarla bağlantılı tehlike suçu niteliğindeki hazırlık hareketleri toplum yararı gözetilerek bağımsız bir suç olarak cezalandırılmaktadır. Bu bağımsız suç tipi bir anlaşma yoluyla oluşmakta, suç işlemek amacıyla anlaşmaya varan kişiler bu konudaki anlaşmaları dolayısıyla cezalandırılmaktadır. Bu bağlamda, kurulmuş bir örgütün faaliyeti kapsamında henüz bir suç işlenmemiş olması, TCK m. 220'de tanımlanan suçların oluşumuna engel teşkil etmemekte, failin cezai sorumluluğu yine de doğmaktadır. Kanun koyucu, suç işleme yönündeki açık ve somut iradeyi cezalandırmayı tercih etmiştir.¹⁰⁹ Tüm bunlar, Türk kanun koyucusunun terörle mücadeleye atfettiği önemi göstermektedir.

Terör suçlarına karşı daha önleyici ve etkili bir ceza hukuku yönündeki arayışın, ceza hukuku ve cezanın özünden temel bir sapma anlamına gelmediği kabul edilmelidir.¹¹⁰

02.03.2024 tarihli 7499 sayılı Kanun ile Türk Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına dayanarak, TCK'nın 220. maddesinin 6. fıkrası değiştirilmiştir. Yapılan değişiklik öncesi TCK m. 220 ve 3713 sayılı TMK m. 2 uyarınca örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılmaktaydı. Ancak bu durum, uygulamada ciddi sonuçlara yol açmış ve hüküm eleştirilmiştir.¹¹¹ Yargıtay, uygulamadaki bu durumun hafifletilmesi amacıyla, hükmün uygulanabilmesi için suçun işlenmesinin örgüt tarafından istenmesini suçun örgütün talimatı doğrultusunda, örgütün bilgi ve rızası dahilinde işlenmiş olmasını şart koşmuştur.¹¹²

¹⁰⁶ Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 64.

¹⁰⁷ Ersan, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", 384.

¹⁰⁸ Bu konuda eleştiriler için bkz. Demirtaş, *Tehlike Suçları*, 63, 185 vd.; Demirtaş'a göre, bu suç tipi kanun gerekçesine rağmen somut tehlike suçu olarak değerlendirilemez. Zira bunun kanun metninde belirtilmesi gerekir.

¹⁰⁹ Ersan, "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu", 384; ayrıca bkz. Özgenç, *Suç Örgütleri*, 14.

¹¹⁰ Frisch, "Terrorismus und präventives Strafrecht", 909.

¹¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararında söz konusu hükmün söz konusu düzenlemenin mevcut durumda hem terör örgütünün propagandası suçundan hem de terör örgütü üyelikten dolayı cezalandırılmasını işlenen suçla kıyasla cezanın çok ağır olduğuna karar vererek bir hak ihlali teşkil ettiğine hükmetmiştir. Bkz. EGMR, Işıkırık/Türkei, 14.11.2017, 41226/09.

¹¹² Bkz. Yargıtay CGK, 04.03.2008, E. 2007/282, K. 2008/44; Yargıtay CGK, 02.07.2019, E. 2019/312, K. 2019/514; Yargıtay 16. CD, 05.07.2019, E. 2019/521, K. 2019/4749.

Türk Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu düzenleme, son derece ağır bir itham ve ceza öngören bir suçun kapsamını ölçütleri belirsiz olacak biçimde genişletmektedir. Böylece, itiraz konusu düzenleme ile kişinin örgüt üyeliğine dair herhangi bir somut delil bulunmadan ve işlenen suçun niteliği ve ağırlığı itibarıyla örgütün amacına ne surette katkıda bulunduğu da dikkate alınmadan örgüte üyelikten cezalandırılabilecektir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarını önleyecek şekilde belirli ve öngörülebilir nitelikte olmadığı ve bu yönüyle kanunilik şartını taşımadığı sonucuna varmıştır.¹¹³ Yapılan değişiklik ile beraber örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca iki yıl altı aydan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2.4.3. Depremi Önleme ve Deprem Sonrası Sonuçlarla Mücadele Aracı Olarak Ceza Hukuku

Deprem, şüphesiz en ağır doğal afetlerden biridir. Türkiye önemli fay hatlarının üzerinde bulunmakta ve bu sebeple depremler ciddi bir tehlike arz etmektedir. Afet ve afet koruma hukuku ceza hukukundan ziyade idare hukukunun bir konusudur. Depremleri önlemek veya boyutlarını azaltmak için hangi araçların kullanılabileceği sorusu merkezi bir öneme sahiptir. Bu bağlamda deprem açısından riskli bölgelerde ilk öncelikle yapı tekniklerine ilişkin mevzuata uyulması gerekmektedir. Bunun yanında ayrıca gerçekleşmiş depremlerle nasıl mücadele edilebileceği de büyük önem arz etmektedir.¹¹⁴

İdare ve imar hukukunda deprem önlemleri alınarak özellikle deprem bölgesindeki yerleşim yerlerinin imar tekniğine (deprem yönetmeliklerine) uygun inşaat yapılmasını öngörülmektedir. Bu bağlamda afet idare hukuku afet önleme, afet hazırlığı ve afet yönetimi olarak ayrılmaktadır.¹¹⁵ Afet idare hukukunu imar ceza hukuku takip etmektedir. Zira idare hukuku açısından gerekli imar önlemleri alınmaz ve bu nedenle olası bir depremin sonuçları önlenemez veya hafifletilemezse, bu durumda ceza hukuku kapsamında kimlerin sorumlu tutulabileceği sorusu gündeme gelmektedir.¹¹⁶

6 Şubat 2023'te Türkiye'de meydana gelen yıkıcı deprem sonucunda 50.000'den fazla kişi hayatını kaybetmiş, 100.000'den fazla kişi ise yaralanmıştır.¹¹⁷ Bu depremde binaların yıkılması, yalnızca depremin şiddetiyle açıklanamayacak bir durum olup; imar yönetmeliklerine uyulmaması, gerekli önlemlerin alınmaması, kalitesiz veya eksik malzeme kullanılarak

¹¹³ Anayasa Mahkemesi, 26.10.2023, E.2023/132, k.2023/183, Kn. 28, 34; kararın eleştirisi için ayrıca bkz. (Erişim Tarihi: 04.11.2024), "Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku Sempozyumu", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://izzetozgenc.com/makale/terorizm-teror-suclari-ve-infaz-hukuku-sempozyumu-genel-degerlendirme-ve-sonuc-raporunun-tck-m-220-f-6-ile-ilgili-kismi->.

¹¹⁴ Kanunda düzenlenen idari yaptırımlar için bkz. Yapı Denetimi Hakkında Kanunu 8. Madde ve İmar Kanunu 42. Madde.

¹¹⁵ Bir afet ceza hukukundan bahsetmek hem Alman hem de Türk hukuku açısından oldukça zordur. Bu konu için ayrıca bkz. Rudolf Rengier, "Die Rolle des Rechts unter dem Aspekt des Verantwortungsdiskurses in der Risikogesellschaft", *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars*, Son güncelleme 4 Ekim, 2024, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-237093>, 131.

¹¹⁶ "Strafrecht als Mittel der Erdbebenprävention und Folgenbewältigung", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/professuren/eicker-andreas/forschung/strafrecht-als-mittel-der-erdbebenpraevention-und-folgenbewaeltigung/>.

¹¹⁷ "Opferzahlen des Erdbebens Türkei-Syrien", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.zdvd.de/nachrichten/panorama/opfer-tote-erdbeben-tuerkei-syrien-100.html>; "6 Şubat Depremi: Kaç Kişi Kayıp, Kaç Kişi Hayatını Kaybetti?", son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.haberler.com/haberler/6-subat-depremi-kac-kisi-kayip-kac-kisi-16819166-haberi/>.

denetimsiz yapılaşma, fay hatlarına yakın alanlarda denetimsiz ve plansız şehirleşmeye izin verilmesi gibi imar ve inşaat alanındaki ihmallere de dayanmaktadır.¹¹⁸ Depremden sonra “deprem değil; bina öldürür” sloganı medyada uzunca bir süre tartışılmıştır.¹¹⁹ İmar ve inşaatlardaki hatalar ve deprem karşı önlemler yoğun siyasi tartışmalara konu olmuştur. Ayrıca depremten etkilenen bölgelerdeki imar afları da bu tartışmalar içinde yer almıştır. Depremler her ne kadar önlenemese de deprem riskinin dikkate alınması suretiyle deprem öncesi önlemler ve olası sonuçlarla başa çıkmak devletin sorumluluğundadır.

Bir yapı ruhsatının hukuka aykırılığının değerlendirilmesi ve bundan kaynaklanan özen yükümlülüğünün ihlali, idare hukukuna ilişkin düzenlemelere göre belirlenmelidir. Bu bağlamda belirli kişilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğu sorusu ortaya çıkmaktadır.¹²⁰ İlk olarak, taksirden doğan sorumluluğun (TCK m. 22, 85 ve 86 kapsamında) değerlendirilmesi gereklidir.¹²¹ Taksirden doğan sorumluluk kişinin objektif özen yükümlülüğünden kaynaklanan neticenin kişiye objektif olarak isnat edilebilir şeklinde ihlal etmesi durumunda gündeme gelecektir. İdare hukukuna ilişkin düzenlemelere göre yapı ruhsatının hukuka aykırı olup olmadığı ve dolayısıyla yapı ruhsatının verilmesinin bir özen yükümlülüğü ihlali oluşturup oluşturmadığı belirlenecektir. Ceza hukuku açısından yalnızca objektif özen yükümlülüğe aykırı olan ve deprem veya netice açısından nedensel ve objektif isnat edilebilir fiiller önem taşır. İdare hukukuna ilişkin düzenlemelere göre yapı ruhsatının hukuka aykırı olup olmadığı ve dolayısıyla verilmesinin bir özen yükümlülüğü ihlali oluşturup oluşturmadığı belirlenecektir.¹²² Ruhsat bu açıdan hukuka aykırıysa, taksirli davranış için bir başlangıç noktası olarak değerlendirilebilir. Depremler konusunda sorun teşkil eden esas husus, binanın inşasından ruhsatlandırılmasına kadar çeşitli bireysel kişilerin sürece dahil olmuş olmasıdır.¹²³ Bu nedenle her somut olayda neticenin ilgili kişilere objektif olarak istinadı kolay değildir.

¹¹⁸ Ayrıca bkz. “Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ceza-sorumlulugu>.

¹¹⁹ Bu ifade, 1999 yılında meydana gelen depremde (İzmit Depremi) de kullanılmıştır. Bu depremde 17.000'den fazla insan hayatını kaybetmiştir. Ayrıca bkz. “Deprem Değil Bina Öldürür”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.gzt.com/arkitekt/deprem-degil-bina-oldurur-3712332>.

¹²⁰ Depremler nedeniyle gerçekleşen ölüm ve yaralanmalarla ilgili cezaî sorumlulukların genel bir değerlendirmesi için Berrin Akbulut, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler,” *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 31, no. 2 (2023): 569.vd. Geçmişteki büyük depremlerden sorumlu kişilerin cezalandırılmalarının başarılı olduğunu söylemek oldukça zordur. Bu bağlamda, 1999 Marmara Depremi sonrası bina müteahhitlerine inşaat hataları nedeniyle meydana gelen ölümler ve yaralanmalarla ilgili toplam 2.100 dava açılmıştır. Bu davaların neredeyse tamamı (sadece 300 dava dışında) zaman aşımı ve 23 Nisan 1999 Tarihine Kadar İşlenen Suçlardan Dolayı Şartla Salıverilmeye, Dava ve Cezaların Ertelenmesine Dair Kanunun nedeniyle cezasız kalmıştır. Kalan davaların birçoğunda, 98 kişinin binanın çökmesi sonucu hayatını kaybettiği Yalova Ceylankent Apartmanları örneğinde olduğu gibi, verilen hapis cezaları çoğu zaman ertelenmiştir. Bu bağlamda Veli Göçer'e hakkında açılan 173 dava sonucunda 18 yıl 9 ay hapis cezasına mahkum edilmiştir. Ancak Göçer, 2004 yılında 7,5 yıl ceza çekmesinin ardından cezaevinden salıverilmiştir. Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Akbulut, S. 574 vd.

¹²¹ Ayrıca bkz. Akbulut, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler”, 581 vd.

¹²² Bkz. Rengier, “Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen, in Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen”, 115; ayrıca bkz. Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, (Stuttgart: Kohlhammer Verl. 2022), § 28, Kn. 972 vd.

¹²³ Detaylı bilgi için bkz. Akbulut, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler”, 575 vd.

Tipikliğin manevi unsuru açısından kast ile taksir ayrımı oldukça tartışmalıdır.¹²⁴ Bu bağlamda kişinin binanın yapımında yükümlülüklerine aykırı davrandığını biliyorsa ve bunun binanın dayanıklılığını etkilediğini biliyorsa bilinçli taksir veya olası kastı üzerinde durulması gerektiği savunulmaktadır. Öğretide, bir kişinin, deprem mevzuatına aykırılığın bir depremde binanın çökmesine yol açacağını bilmesi durumunda kişinin kasten hareket ettiği kabul edilmektedir.¹²⁵ Ancak neticenin öngörülebilir olduğu kabul edilse dahi, kastın isteme unsurunu, yani failin neticeyi kabullenmiş olduğunu tespit etmek oldukça zordur.¹²⁶ Yargıtay'ın son yıllardaki kararlarında daha çok bilinçli taksiri kabul ettiği görülmektedir.¹²⁷ Her somut olay açısından durumun ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, kolonların tadilat veya kullanım alanını genişletmek amacıyla kesilmesi ve daha sonra binanın depremin etkisiyle birlikte çökmesi sonucu meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan dolayı ceza sorumluluğu durumu ayrı bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bina kolonlarının kesilmesinde kesilen kolonların ana kolon olarak tabir edilen kolonlardan olması veya perde duvar olması halinde olası kastın varlığı gündeme gelmektedir. Zira bu kolonların kesilmesi sonucu binanın yıkılması kuvvetle muhtemel hale geldiğinden kişinin neticenin gerçekleşebileceğini "ciddi olarak mümkün gördüğü"nün kabul edilmesi gerekir. Böyle durumlarda, failin binanın yıkılabileceğini öngörmesine rağmen, zaten deprem bölgesi olan bir yerde sonucun gerçekleşmeyeceğine ciddi biçimde güvendiğini (festes Vertrauen) söylemek güçtür. Böyle bir durumda binanın yıkılması adeta tesadüfe veya şansa bırakılmış olduğundan bilinçli taksir yerine olası kastın varlığı gündeme gelir.¹²⁸

Burada ihmâl suretiyle cezai sorumluluk da gündeme gelmektedir. Yargıtay'a ihmali hareketi bulunanların sorumlu tutulabilmesi için kişinin belli bir icrai davranışta bulunma hukuki yükümlülüğüne uygun davransaydı dahi kanuni tanımda belirtilen neticenin gerçekleşmesini kesin önleyecek olması halinde nedensellik bağı bulunmaktadır.¹²⁹ Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtayın bu kriteri deprem sonucu sorumluluğun belirlenmesi açısından zor bir ölçüttür. Şüphe bulunan durumlarda in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır) ilkesi kişi sorumlu tutulamayacaktır.¹³⁰

¹²⁴ Olası kast ve bilinçli taksir ayrımı için bkz. Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukunda Olası Kast Kavramı*, (Ankara: Yetkin Yay., 2018); Reşit Karaarslan, *Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019), 203 vd.

¹²⁵ Akbulut, "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler", 589 vd.

¹²⁶ Bkz. Esmâ Nur Turhan, "Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 3 (2020): 499 vd.

¹²⁷ Bkz. BGHSt 36, 1, 10; BGH, Strafverteidiger (1982), 509.

¹²⁸ Y. 12. CD, 06.10.2022, E. 2020/9591, K. 2022/6292, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.11.2024); Y. 12. CD, 13.06.2022, E. 2020/3974, K. 2022/4602, (Legalbank, Erişim Tarihi: 04.11.2024); Y. 12. CD, 06.06.2022, 2020/12146, K. 2022/4386, (Lexpera, Erişim Tarihi: 04.11.2024).

¹²⁹ Aynı yönde bkz. Mahmut Kaplan, "Binalarda Kolon Kesme Eylemlerinin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Terazi Hukuk Dergisi* (THD) sy. 204, (Ağustos 2023), 26 vd.; olası kast bilinçli taksir ayrımı için bkz. Turhan, "Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı", 457 vd.

¹³⁰ CGK, 16.05.2017, E. 2017/12-271, K. 2017/278; Y. 12. CD, 25.2.2020, E. 2019/5235, K. 2020/1973

Aynı yönde bkz. Akbulut, "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler", 582 vd.

Depremler sonucunda gerçekleşen yaralanma ve ölümler açısından ceza hukuku bağlamında taksirli suçun zayıf bir araç olduğunu kabul etmek gerekir. Zira in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır) ilkesine göre hareket edildiğinde, birçok kişinin yükümlülüklerini ihlal etmiş olması durumunda, yükümlülüklerle uygun davranılmış olsaydı yaralanma veya ölümün meydana gelmeyeceğinin kesin olarak tespit edilmesinin zor olduğu görülmektedir.¹³¹ Nihayetinde, ceza hukukunun deprem öncesi tedbirler ve sonuçların yönetimi için bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Bu nedenle, ceza hukukunun sınırlarını aşmak yerine, deprem öncesi önlemler ve sonuçların yönetimi için imar ceza hukukunun bir araç olarak kullanılıp kullanılmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.¹³² Bu bağlamda İsviçre Ceza Kanunu'nun 229. maddesi¹³³ bir yapının inşası veya yıkımı sırasında inşaat ve yapı biliminin kurallarını göz ardı edilmesi suretiyle kişilerin vücut bütünlüğü ve hayatlarının tehlikeye atılması halinde durumunda cezai yaptırımı öngören bir tehlike suçu düzenlemektedir. Cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi ve cezai sorumluluk açısından üçüncü bir kişinin taksirle tehlikeye atılması yeterlidir. Failin kasten hareket etmesine veya hukuki değer ihlal edilmesine (burada vücut bütünlüğü veya kişinin hayatı açısından) gerek yoktur.¹³⁴ İsviçre Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemede de inşaat ve yapıdan kaynaklanan tehlikeleri önlemek amacıyla kanun koyucunun ceza hukukuna başvurduğu görülmektedir.

Yapılan incelemeler, geniş çaplı afetler olarak depremler sonrasında meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan sorumlu tutulacak kişilerin tespiti konusunda klasik ceza hukuku yaklaşımının yetersiz kaldığını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, İsviçre Ceza Kanunu'nun 229. maddesinde yer alan ve yapı yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle kişilerin yaşamını veya vücut bütünlüğünü tehlikeye atanların cezalandırılmasını öngören düzenleme benzeri bir hükmün Türk hukukuna da kazandırılmasının, ceza hukukunun sınırlarını zorlamak yerine daha etkin bir çözüm sunacağı kanaatindeyiz.

3. Sonuç

“Risk toplumu” kavramı Alman sosyolog Beck tarafından ortaya atılmıştır. Bu bilimsel analiz sadece sosyologlar arasında değil, tüm dünyada büyük ilgi görmüştür. Küreselleşme, dijitalleşme ve değişen riskler, klasik ceza hukuku yaklaşımlarının ötesine geçen karmaşık hukuki ve siyasi zorluklar doğurmaktadır. Toplumun artan güvenlik ihtiyacı, risk toplumunda devlete yönelik bir beklenti baskısı oluşturmaktadır. Devlet bu sorunlarla başa

¹³¹ Bkz. Rengier, “Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen, in Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen”, 140.

¹³² Ayrıca bkz. “Strafrecht als Mittel der Erdbebenprävention und Folgenbewältigung”, son güncelleme 04. Ekim, 2024, <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/professuren/eicker-andreas/forschung/strafrecht-als-mittel-der-erdbebenpraevention-und-folgenbewaeltigung/>.

¹³³ İsviçre Ceza Kanunundaki düzenleme şu şekildedir: “1. Bir yapının inşası, yönetimi veya yıkımı sırasında inşaat ve yapı biliminin kabul görmüş kurallarını bilerek göz ardı edilmesi sonucu başkalarının vücut bütünlüğü ve hayatını tehlikeye atan kişi, beş yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılır. Hapis cezası ayrıca para cezası ile birleştirilebilir. 2. Fail, inşaat ve yapı biliminin kabul görmüş kurallarını taksir ile göz ardı ederse, cezası üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

¹³⁴ Ayrıca bkz. Roman Wyrsh, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Bau”, Baurecht Kompakt, Newsletter 3, (Mrz 2017) 6 vd.; ayrıca Türk ceza mevzuatı açısından binalardaki kolonların kesilmesinin genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçları bakımından incelenmesi için bkz. Kaplan, “Binalarda Kolon Kesme Eylemlerinin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 24 vd.

çıkma için özellikle ceza hukukunu bir araç olarak kullanmaktadır. Ancak, ceza hukukunun hukuk devleti sınırları içerisinde bu zorluklara etkin bir yanıt verip veremeyeceği tartışma konusudur. Bu bağlamda bir “risk toplumu ceza hukuku”ndan söz edilip edilemeyeceği ve ceza hukukunun yeni risklerin bertaraf edilmesinde etkili veya gerekli bir koruma aracı olarak görülüp görülemeyeceği de tartışmalıdır.

Küreselleşme ve teknolojik gelişmeler ceza hukukunun rolü ve etkinliği açısından önemli bir zorluk teşkil etmektedir. Hukukun küreselleşmesiyle birlikte, uluslararası terörizm ağları, çevre suçları ve göçmen kaçakçılığı gibi risk ve tehditleri kontrol altına almak için ceza hukukunun etki alanı ulusal sınırların ötesine geçmektedir. Bunların yanında dijitalleşme de ceza hukuku için bir takım yeni zorlukları beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda, ceza hukukunun dijitalleşmenin getirdiği yeni tehlikelere karşı ne ölçüde kullanılabileceği sorusu gündeme gelmektedir. Özellikle otonom ve yapay zekâ destekli sistemlerin kullanımı, cezai sorumlulukla ilgili soruları gündeme getirmektedir.

Yasadışı göç, küresel dünyanın modern risklerinden biridir. Kontrolsüz yasadışı (kitlese) göç, birçok açıdan topluma tehlikeler getirir. Sınır ötesi kaçakçılık yeni teknolojiler, basitleştirilmiş ulaşım imkanları ve küreselleşme sayesinde kolaylaşmaktadır. Göçmen kaçakçılığı suçunun ve yasadışı göçün tehlikelerine karşı koymak için Türk kanun koyucu, Türkiye'nin de önemli bir hedef ve transit ülke olması nedeniyle ceza hukukuna başvurmaktadır.

Günümüz modern toplumlarının karşı karşıya olduğu en ciddi diğer sorunlardan biri, terörle mücadeledir. Toplumun devletten beklentileri bu açıdan oldukça yüksektir. Devletin ve organlarının, halka yönelik potansiyel tehlikeleri önlemek için önlemler alması beklenmektedir. Son zamanlarda devletler ceza hukukunu terörle mücadelede bir araç olarak giderek daha fazla başvurmaktadır.

Yakın zamanda Türkiye’de gerçekleşen şiddetli deprem, imar yönetmeliklerine uyulmaması, gerekli önlemlerin alınmaması, kalitesiz veya eksik malzeme kullanılarak denetimsiz yapılaşma, fay hatlarına yakın alanlarda denetimsiz ve plansız şehirleşmeye izin verilmesi gibi imar ve inşaat alanındaki birçok ihmallerle birleşerek birçok kişinin ölümü ve yaralanmasına yol açmıştır. İdare hukuku açısından gerekli olan (inşaat) önlemleri alınmaz ve bu nedenle bir depremin sonuçları önlenmez veya en azından hafifletilmezse, bu durumdan cezai sorumluluğu kimlerin üstleneceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Depremler sonucunda gerçekleşen yaralanma ve ölümler açısından ceza hukuku bağlamında taksirli suçun zayıf bir araç olduğunu kabul etmek gerekir. Zira in dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır) ilkesine göre hareket edildiğinde, birçok kişinin yükümlülüklerini ihlal etmiş olması durumunda, yükümlülüklerle uygun davranılmış olsaydı yaralanma veya ölümün meydana gelmeyeceğinin kesin olarak tespit edilmesinin zor olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, ceza hukukunun amacı toplumun güvenlik ihtiyacını karşılamak olmamalıdır. Risk toplumunda yeni risklerle mücadele ederken veya bunları önlerken, ceza hukukunun son çare olduğunu belirten ultima ratio ilkesi göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda, ceza hukuku ne istismar edilmeli ne de bir istisna olmaktan çıkarılıp bir kurala dönüştürülmelidir. Aksi takdirde ceza hukuku, mevcut adaletsizliği son çare olarak cezalandırmak yerine, öncelikle gelecekteki toplumsal ihtiyaçlara ve olası suiistimallerin önlenmesine yönelik esnek bir araç haline gelme riski taşır.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, sy. 2 (2023): 569–628.
- Albrecht, Hans-Jörg. "Der Wandel im Konzept der Sicherheit und seine Folgen für die europäische Innen- und Rechtspolitik". *Jura. A Pécsi Tudományegyetem Állam- És Jogtudományi Karának Tudományos Lapja* 11 (2005.): 7–19.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, ve Kerim Çakır. *Ceza Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2021.
- Aurnhammer, Katharina. *Spezielles Ausländerstrafrecht: Die Straftatbestände des Ausländergesetzes und des Asylverfahrensgesetze*. Baden-Baden: Nomos Verlag 1996.
- Beck, Ulrich. *Politik in der Risikogesellschaft: Essays und Analysen*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1991.
- . *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Berlin: Suhrkamp Verlag, 1986.
- . *World Risk Society*. Cambridge: Polity Verlag, 1999.
- . *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus- Antworten auf Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp Verlag 1998.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukunda Olası Kast Kavramı*. Ankara: Yetkin Yayınları 2018.
- Böhm, Leon. *Der Strafrechtliche Schutz der Inhaberschaft von Kryptowährungseinheiten*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2024.
- Callies, Rolf-Peter. "40 Jahre Grundgesetz- Entwicklungstendenzen vom freiheitlichen zum sozial-autoritären Rechtsstaat?". *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* sy. 21 (1989), 1338–1343.
- Cantzler, Constantin. *Das Schleusen von Ausländern und seine Strafbarkeit*. Aachen: Shaker Verlag 2004.
- Çataklı, Hasan. *Der Versuch im deutschen und türkischen Strafrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung des Versuchsunrechts unter besonderer Berücksichtigung der personalen Unrechtslehre und der rechtshistorischen Perspektive*. Hamburg: Dr. Kovac Verlag, 2020.
- Çaykara, Yusuf Halit. "İtalya ve Türkiye’de Göçmen Kaçakçılığı". Master tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2019.
- Çuhacı, Aysu. "Ulrich Beck’in Risk Toplumu Kuramı." *Sosyoloji Dergisi* 3, sy. 14 (2007): 130–157.
- Demir, Oğuzhan Ömer, Murat Sever ve Yavuz Kahya. "The Social Organisation of Migrant Smugglers in Turkey: Roles and Functions." *European Journal on Criminal Policy and Research* (2017): 371–391.
- Demirel, Muhammed. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Demirtaş, Soner. *Tehlike Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Ersan, Aykut, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 71, sy. 1 (2013): 381- 407.

- Feest, Johannes. "Globalisierung und Rechtskulturen am Beispiel des Strafrechts und der Strafjustiz." içinde, Globalisierung des Rechts, Hrsg. Rüdiger Voigt, 341-359. Baden-Baden: Nomos Verl. 1999/2000.
- Frisch, Wolfgang. "Terrorismus und präventives Strafrecht: Zu den Möglichkeiten und Problemen eines sogenannten präventiven Strafrechts". In *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, 905-929. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2022.
- Gleß, Sabine ve Thomas Weigend. "Intelligente Agenten und das Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 126, sy. 3 (2014): 561-591.
- Golla, Sebastian, ve Charlotte Korenke. "Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht", in *Künstliche Intelligenz und smarte Robotik im IT-Sicherheitsrecht*, Hrsg. Martin Ebers und Björn Steinrötter, 263-273. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2021.
- Hassemer, Winfried, Winfried Hassemer, "Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz", *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1989): 553- 559.
- Heinrich, Bernd, "Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“?". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 121, Heft 1 (2009), 95- 130.
- . *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer Verlag 2022.
- Hilgendorf, Eric. "Dilemma-Probleme beim automatisierten Fahren: Ein Beitrag zum Problem des Verrechnungsverbots im Zeitalter der Digitalisierung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 130, sy. 3 (2018): 674-703.
- . "Gibt es ein 'Strafrecht der Risikogesellschaft?' – Ein Überblick." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1993): 10-16.
- Hong, Seung-Hee. "Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und des Computerstrafrechts", Doktora tezi, Universität Konstanz, 2002.
- İçer, Zafer. *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- İnceoğlu AYTEKİN, Asuman. "Göçmen Kaçakçılığı Suçu." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14 (2019): 387-432.
- Kahya, Yavuz. "Sınıraşan Organize Suç Tipi Olarak Göçmen Kaçakçılığı: Türkiye'deki Kaçakçı Profili ve Organizasyonları". Doktora Tezi, Polis Akademisi, 2012.
- Kaplan, Mahmut. "Binalarda Kolon Kesme Eylemlerinin Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi". *Terazi Hukuk Dergisi* sy. 204 (Ağustos 2023): 19-31.
- Karaaslan, Reşit. "Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019): 203-272.
- Keçelioğlu, Elvan. "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü". *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, Cilt- I, 627-639. Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Kelep Pekmez Tuba, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 6, sy. 2 (2018), 173-195.

- Kepura, Jürgen, Frank Niechziol ve Pfau Markus, *Schleusungskriminalität- Grundlagen zur Phänomenologie, Ätiologie und polizeilichen Intervention*, Frankfurt: Verlag Für Polizeiwissenschaft, 2015
- Kim, Young-Whan, "Die Rolle des Rechts unter dem Aspekt des Verantwortungsdiskurses in der Risikogesellschaft". In *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars* Herausgeber Rudolf Rengier, Juli 2012 in Kontanz, 1- 12, Son güncelleme 4 Ekim, 2024, <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-237093>.
- Koca, Mahmut, ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2023.
- Kuhlen, Lothar, "Zum Strafrecht der Risikogesellschaft", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1994): 347- 367.
- Lau, Christoph. "Risikodiskurse: Gesellschaftliche Auseinandersetzungen um die Definition von Risiken." *Soziale Welt* 40, sy. 3 (1989): 418-436.
- Lohmann, Anna, *Strafrecht im Zeitalter von Künstlicher Intelligenz*. Baden-Baden: Nomos Verlag 2021.
- Osmanoğlu Bilal ve Kızıl Fahrettin, "Türk Ceza Hukukunda Terör Örgütü ve Terör Suçu Kavramları Üzerine Bir İnceleme". *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi* 21 (2019):1141-1177.
- Öcal, Oğuz, ve Bülent Atasever. "Düzensiz Göçün Karanlık Yüzü: Göçmen Kaçakçılığı". *Kapadokya Akademik Bakış* 5, sy. 1 2021: 41-65.
- Özbek, Ceren, ve Veli Özer Özbek. "Yapay Zekânın Dahil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi". *Ceza Hukuku Dergisi* 12, sy. 41 (2019): 603-622.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık 2022.
- Petzsche, Anneke. "Die Kriminalisierung von Vorbereitungshandlungen- Abschied vom Tatstrafrecht?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 131, sy. 3 (2019): 576-594.
- Pieth, Mark. Internationale Harmonisierung von Strafrecht als Antwort auf transnationale Wirtschaftskriminalitaet, *ZStW* 109, (1997): 756- 776.
- Prittwitz, Cornelius. *Strafrecht und Risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann Verlag, 1993
- . "Funktionalisierung des Strafrechts." *Strafverteidiger* 9, (1991): 435- 441.
- Rengier, Rudolf. "Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen." In *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars* Herausgeber Rudolf Rengier, Juli 2012 in Kontanz, 1- 12, Son güncelleme 4. Ekim, 2024. <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:bsz:352-237093>.
- Reus, Katharina. *Das Recht in der Risikogesellschaft: Der Beitrag des Strafrechts zum Schutz vor modernen Produktgefahren*. Berlin: Duncker & Humblot Verlag, 2010.
- Röhl, Klaus F., "Globalisierung und Rechtskulturen am Beispiel des Strafrechts und der Strafjustiz." In *Globalisierung des Rechts*, Hrsg. Rüdiger Voigt, 93-115. Baden-Baden: Nomos Verlag 1999/2000.

- Rudolphi, Hans-Joachim. "Zur Kritik der Strafrechtspflege." *Zeitschrift für Rechtspolitik* 12 (1979): 214–221.
- Satzger, Helmut. "Umwelt- und Klimastrafrecht in Europa – die mögliche Rolle des Strafrechts angesichts des 'Green Deal' der Europäischen Union." In *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, 1267-1281. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- Schömig, Anna. *Gefahren und Risiken im Strafrecht: Eine Darstellung der Begriffe und Methoden unter besonderer Berücksichtigung von Risikoklassen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2023.
- Schünemann, Bernd. "Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft." *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1995): 201–229.
- Sieber, Ulrich. "Der Paradigmenwechsel vom Strafrecht zum Sicherheitsrecht", in *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, Erinnerung an Joachim Vogel*, Hrsg. Klaus Tiedemann, Ulrich Sieber, Helmut Satzger, Christoph Burchard und Dominik Brodowski, 351-372. Baden-Baden: Nomos Verlag 2016.
- , ve Hans Heinrich Jescheck. *Alman Ceza Hukukuna Giriş: Ceza Hukukunun Sınırları*. trc. Feridun Yenisey. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2007.
- Sözüer, Adem. *Suçta Teşebbüs*. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1994.
- Şenol Cem. "Halkı Yanıltıcı Bilgiyi Alenen Yayma Suçu (TCK m. 217/A)", *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 50, (Aralık 2022): 331- 352.
- Tulay, Muhammed Emre. *Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik*, Holzkirchen: Felix Verlag 2018
- Turhan, Esma Nur. "Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 3 (2020): 447–500.
- . "'Hekim Faaliyetlerinde Yapay Zekâ Tarafından Karar Desteği': Federal Tabipler Birliği Etik Kurulunun Görüşü." *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, sy. 2 (2022): 1413–47.
- Turhan, Faruk. "Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (md. 13)". *Hukuki Perspektifler Dergisi*, sy. 4 (2005): 197–202.
- Wyrsh, Roman, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Bau", *Baurecht Kompakt*, Newsletter 3, (März 2017): 6-8.
- Yenisey, Feridun. "Elektronische Beweismittel im türkischen Strafprozess." In *Digitalisierung, Globalisierung und Risikoprävention: Festschrift für Ulrich Sieber zum 70. Geburtstag*, 667-681. Berlin: Duncker & Humblot, 2022.
- Yurtlu, Fatih, "Terör Suçlarıyla Mücadelede Yeni Konsept: Önalın Suçları – BGH Kararları Işığında Almanya Örneği, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 29, sy. 3 (2021): 2169-2208.
- Zech, Hebert. "Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen." *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, sy. 2 (2019): 198–219.
- "Künstliche Intelligenz: Chancen und Risiken." *Europaeisches Parlamet*, Son güncelleme 4 Ekim, 2024.

- <https://www.europarl.europa.eu/topics/de/article/20200918STO87404/kunstliche-intelligenz-chancen-und-risiken>
- “Terraform Labs’ Crypto Collapse.” *Washington Post*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/06/01/terraform-labs-crypto-luna/>.
- “Do Kwon nach Südkorea ausgeliefert.” *BTC-Echo*. <https://www.btc-echo.de/schlagzeilen/auslieferung-von-do-kwon-nach-suedkorea-181068/>.
- “Terra-Gründer Do Kwon wegen Betrugs verurteilt.” *BTC-Echo*. <https://www.btc-echo.de/news/terra-gruender-do-kwon-wegen-betrugs-verurteilt-182017/>.
- “Statistiken.” *UNHCR*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.unhcr.org/dach/de/services/statistiken>.
- “Schleuserkriminalität: Menschenschmuggel, Flüchtlinge, Migranten, Geldwäsche.” *Süddeutsche Zeitung*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.sueddeutsche.de/politik/schleuserkriminalitaet-menschenschmuggel-fluechtlinge-migrantengeldwaesche-1.5686390>.
- “Türkiye üzerinden Avrupa’ya gitmek isteyen kaçak göçmenlere sosyal medyada tuzak.” *Euronews Türkçe*. January 24, 2020. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://tr.euronews.com/2020/01/24/turkiye-uzerinden-avrupa-ya-gitmek-isteyen-kacak-gocmenlere-sosyal-medyada-tuzak>.
- “Financial Investigations.” *UNODC*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.unodc.org/e4j/en/tip-and-som/module-3/key-issues/financial-investigations.html>.
- “Strafrecht als Mittel der Erdbebenprävention und Folgenbewältigung.” *Universität Luzern*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.unilu.ch/fakultaeten/rf/professuren/eicker-andreas/forschung/strafrecht-als-mittel-der-erdbebenpraevention-und-folgenbewaeltigung/>.
- İzzet Özgenç. “Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku Sempozyumu.” Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://izzetozgenc.com/makale/terorizm-teror-suclari-ve-infaz-hukuku-sempozyumu-genel-degerlendirme-ve-sonuc-raporunun-tck-m-220-f-6-ile-ilgili-kismi->.
- “Opferzahlen des Erdbebens Türkei-Syrien.” *ZDF*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.zdf.de/nachrichten/panorama/opfer-tote-erdbeben-tuerkei-syrien-100.html>.
- “6 Şubat Depremi: Kaç Kişi Kayıp, Kaç Kişi Hayatını Kaybetti?” *Haberler*. Son güncelleme 4 Ekim, 2024. <https://www.haberler.com/haberler/6-subat-depremi-kac-kisi-kayip-kac-kisi-16819166-haberi/>.
- “Deprem Değil Bina Öldürür.” *GZT*. Son güncelleme 4 Ekim, 2014. <https://www.gzt.com/arkitekt/deprem-degil-bina-oldurur-3712332>.
- “Depremlerde Yıkılan Binalardan Doğan Ceza Sorumluluğu.” *Şen Hukuk Bürosu*. Son güncelleme 4 Ekim, 2014. <https://sen.av.tr/tr/makale/depremlerde-yikilan-binalardan-dogan-ce>

Yazarlar Hakkında / About the Authors

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER | İstanbul Bilgi Üniversitesi |
adem.sozuer[at]bilgi.edu.tr | ORCID: 0000-0001-8863-2747**

Prof. Dr. Adem Sözüer, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 1986'da İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda "Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu" başlıklı teziyle yüksek lisansını, 1993'te yine aynı enstitüde "Suça Teşebbüs" konulu teziyle doktorasını tamamlamıştır. 1994 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda yardımcı doçentlik görevine başlayan Sözüer, 2000 yılında "Organize Suçlulukla Mücadelede Ceza Hukuku Tedbirleri" çalışmasıyla doçent unvanını almıştır. 2008 yılında ise "Die Reform des türkischen Strafrechts" başlıklı çalışmasıyla profesörlüğe yükselmiştir.

**Esma Nur TURHAN | Eberhard Karls University of Tübingen |
esmaturhan32[at]gmail.com | ORCID: 0000-0002-6237-0272**

Yazar Esma Nur Turhan, hukuk eğitime 2013 yılında Selçuk Üniversitesi'nde (Konya) başlamış, 2014 yılında Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne (Isparta) geçiş yaparak 2017 yılında mezun olmuştur. Aynı yıl Almanya'daki Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi'nde ceza hukuku alanında yüksek lisans eğitime başlamış ve bu programı 2019 yılında başarıyla tamamlamıştır. 2020 yılından bu yana Tübingen Eberhard-Karls Üniversitesi'nde, Prof. Dr. Bernd Heinrich'in danışmanlığında ceza hukuku alanında doktora çalışmalarını sürdürmektedir.

**Prof. Dr. Adem SÖZÜER | Istanbul Bilgi University |
adem.sozuer[at]bilgi.edu.tr | ORCID: 0000-0001-8863-2747.**

Prof. Dr. Adem Sözüer graduated from Istanbul University Faculty of Law in 1983. He completed his master's degree in 1986 with a thesis titled "Criminal Liability for Press Crimes" at the Istanbul University Institute of Social Sciences, Department of Public Law, and his doctorate in 1993 with a thesis titled "Attempted Crime." Sözüer began his career as an assistant professor in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Istanbul University Faculty of Law in 1994. He became an associate professor in 2000 with his study "Criminal Law Measures in the Combat against Organized Crime." He was promoted to full professor in 2008 with his study "The Reform of Turkish Strategies."

**Esma Nur TURHAN | Eberhard Karls University of Tübingen |
esmaturhan32[at]gmail.com | ORCID: 0000-0002-6237-0272**

Author Esma Nur Turhan began her law education at Selçuk University in Konya in 2013. She transferred to Süleyman Demirel University's Faculty of Law in Isparta in 2014 and graduated in 2017. That same year, she began her master's degree in criminal law at Albert-Ludwigs University of Freiburg in Germany, successfully completing the program in 2019. Since 2020, she has been pursuing her doctorate in criminal law at Eberhard Karls University of Tübingen under the supervision of Prof. Dr. Bernd Heinrich.

KORE CEZA HUKUKUNDA ŞİRKETLERİN *DE LEGE LATA* VE *DE LEGE FERENDA* CEZA SORUMLULUĞU¹

Prof. Dr. Chen-Chel RYU
Chonnam Ulusal Üniversitesi

Özet

Bu çalışma, Kore’de tartışmalı olan, şirketlerin cezalandırılmasına ilişkin mevcut ceza hukukunu, ilgili yorum teorisini ve yasama teorisine ilişkin tartışmayı kısaca ortaya koymaktadır. Bu tebliğin temel içeriği, tartışmalı bir konu olarak şirketin suç özneliliğinin tanınması, bir şirketin cezai yaptırımının ceza kanununda belirlenmesi yerine alternatif bir yöntem olarak iki taraflı cezalandırma hükmü aracılığıyla gerçekleştirilmesine ilişkin akademideki ve uygulamadaki tartışmalar ile karşılaştırmalı hukuk araştırmaları sonucunda ortaya konulan şirketlerin cezalandırılmasına ilişkin yabancı mevzuat örnekleri üzerine önerilen kanun yapma teorisi önerisidir. Bu çalışma, şirketlerin ceza hukuku bağlamında cezalandırılması sorununun basitçe şirketlere cezai yaptırım uygulanıp uygulanamayacağı sorusu olmadığını, sorunun ancak mevcut ceza hukuku düşünce çerçevesinden uzaklaşarak çözülebileceğini ve geleneksel ceza hukuku sisteminin iç tartışma sürecinin sınırlamaları olduğunu, bu nedenle tüm ceza hukuku sisteminin yeniden inşa edilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu yeniden yapılandırma çalışmasının başlangıç noktası, şirketlere hukuki sonuç yüklenmesi perspektifinden olmamalıdır, şirketlerin ontolojik varlığı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, şirketin kendisi mevcut haliyle ontik bir varlık olarak anlaşılabilir ceza hukuku alanında şirketlerin suç teşkil eden eylemlerinin tanımlanması ve bir cezai sorumluluk teorisi inşa edilmesi önerilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Şirketlerin Cezai Sorumluluğu, Şirketlerin Hareket ve Suç İşleme Kabiliyeti, İki Taraflı Cezalandırma Hükümleri, Tanımlama Teorisi, Ceza Hukukunun Yorumlama Teorisi

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ | Necmettin Erbakan Üniversitesi |
ocavavuz[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0139-3999

CORPORATE CRIMINAL LIABILITY IN KOREAN CRIMINAL LAW: DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA

Prof. Dr. Chen- Chel RYU
Chonnam National University

Abstract

This paper briefly introduces the current criminal law regarding the criminal punishment of corporations discussed in Korea, the related interpretation theory, and the discussion on the legislative theory. The main contents of this presentation are the recognition of the criminal act subjectivity of corporations discussed in the traditional criminal law dogmatics, the discussion in academia and practice on the criminal punishment of corporations through the so-called dual punishment provision as an alternative measure instead of stipulating the criminal punishment of corporations in the criminal code, and the legislative theory proposed through comparative legal research results on foreign legislative examples on the criminal punishment of corporations. This paper emphasizes that the problem of the criminal punishment of corporations is not simply a question of whether corporations can be criminally punished, but that it can only be solved by breaking away from the framework of existing criminal law thinking, and that the internal discussion process of the traditional criminal law system has limitations, so the entire criminal law system needs to be reconstructed. The starting point of this reconstructive work should be from the ontological entity of corporations, not from the perspective of attribution of legal effects to corporations. In other words, in the realm of criminal law, it is proposed to identify the criminal acts of corporations and construct a theory of criminal responsibility by understanding the corporation itself as an existential entity in its current state.

Keywords

Criminal Responsibility of Corporations, Capacity to Act and Capacity Commit Crimes, Dual Punishment Provisions, Identification Theory, Theory of Interpretation of Criminal Law

1. Giriş

Bugün tartışmakta olduğumuz şirketlerin cezalandırılabilirliği konusunun² sembolik bir anlam taşıdığı söylenebilir, zira ceza hukuku dogmatığının ana akımı “tüzel kişiyi” henüz teorik olarak bir fiil veya sorumluluk öznesi olarak konumlandırmamaktadır. Bilindiği üzere, geleneksel ceza hukuku teorisinde suç, “suçun unsurlarının gerçekleştiği hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil” (ya da suçun unsurlarına karşılık gelen bir fiil) olarak tanımlanır ve bu durumda, eğer suç insan iradesine dayalı harici bir fiil olarak anlaşılıyorsa, suçun öznesi de elbette bir gerçek kişi olmalıdır. Kuşkusuz suçun her bir unsuru, suçun gerçek bir kişi tarafından işlendiğinden yola çıkmaktadır ve tüzel kişiler de dahil olmak üzere kuruluşlar ancak suçun unsurlarını karşılayan bir hareketi gerçekleştiren gerçek bir kişiyle bir şekilde doğrudan bağlantılı olmaları hâlinde cezai sorumluluğun doğmasına neden olabilir.

Şirketlerin toplumsal etkisinin henüz asgari düzeyde olduğu zamanlarda, özel bir problem farkındalığı yoktu. Şirketlerin neden olduğu toplumsal zarar ve bunun boyutu arttıkça, şirketlere karşı yaptırım ihtiyacı uygulamada bir ceza politikası sorunu hâline geldi. Kore’nin yürürlükteki kanunlarında -özellikle idari ceza hukuku alanında- sadece gerçek kişileri değil şirketleri de belirli ihlallerden dolayı cezalandıran “iki taraflı cezalandırma hükmü”³ bulunmaktadır.⁴

Kore ceza hukuku dogmatığında hâkim görüş, şirketlerin suç işleme kabiliyetini kabul etmemekte ve onları uygulamada açıkça suç öznesi olarak tanımamaktadır. Ancak, şirketlerin söz konusu iki taraflı cezalandırma hükümleri kapsamında cezai takibata tabi tutulduğu normatif gerçeklik nasıl yorumlanmalıdır? Bir kez daha, bir şirketin kendi başına bir suçun öznesi olup olamayacağı tartışmasıyla karşılaşmaktayız.

Bu bildiri şu şekilde planlanmıştır: Geleneksel ceza hukuku dogmatığında tartışmalı bir konu olarak şirketin suç özneliğinin tanınmasına ilişkin doktrindeki ve uygulamadaki tartışmalar, bir şirketin cezai yaptırımının ceza kanununda belirlenmesi yerine alternatif bir yöntem olarak geliştirilen iki taraflı cezalandırma hükmü aracılığıyla bir şirketin ceza hukuku bağlamında cezalandırılması ve karşılaştırmalı hukuk araştırmaları sonucunda ortaya konulan şirketlerin cezalandırılmasına ilişkin yabancı mevzuat örnekleri üzerine önerilen kanun yapma teorisi önerisi.

² Bildirinin başlığı “Şirketlerin Ceza Sorumluluğu” olmakla birlikte, Kore’de şirketler “tüzel kişi” kavramına dahildir ve bu itibarla “tüzel kişi” kavramının kullanımı yaygındır, “tüzel kişi” kavramı şimdiye kadar esas olarak suç işleme niteliği ve müspet hukuk kapsamındaki iki yönlü cezalandırılma bağlamında kullanılmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu başlık sadece şirketlerin “tüzel kişi”nin merkezinde yer aldığı için değil, aynı zamanda ekonomi alanında işlenen suçların da çekirdeğinde yer aldığı için başlık olarak kullanılmıştır. Bu çalışmada “tüzel kişi” ve şirket terimleri aynı anlamda kullanılmıştır.

³ 양벌규정 (yangbeolgyujeong) ile ilgili olarak, mevcut literatürde Almanca çeviriyle ilişkili olarak üç şey ortaya çıkmaktadır. *Doppelbestrafungsvorschrift* (çifte cezalandırma hükmü), *zweiseitige Bestrafungsvorschrift* (iki taraflı cezalandırma hükmü) ve *beiderseitige Bestrafungsvorschrift* (her iki taraflı cezalandırma hükmü) olmak üzere, burada *zweiseitige Bestrafungsvorschrift* (iki taraflı cezalandırma hükmü) kullanılmıştır.

⁴ Haziran 2023’te yayınlanan en yeni literatür, şu anda yürürlükte olan toplam 1.601 kanundan 583’ünün kanunun ana metninde “iki taraflı ceza hükümleri” içerdiğini belirtmektedir. Woongjae Kim, Corporate Criminal Liability in South Korea: Doctrinal Analysis of Joint Penalty Provisions, Seoul National University Law Band 64, Nr. 2(2023), s. 35.

2. Şirketlerin Cezalandırılmasına İlişkin Tartışmaların Güncel Durumu ve Meri Hukukta Belirlenen Cezalar

2.1. Şirketlerin Suç İşleme Kabiliyeti Hakkında Tartışma

Şirketin suç işleme kabiliyeti, şirketin suç öznesi olma durumunu ifade eder. Suç öznesi olmanın kabul edilebilmesi için öncelikle kendi başına hareket edebilme ve kendi eylemlerinin sorumluluğunu üstlenebilme kabiliyetinin tanınması gerekir. Bu nedenle, suç işleme kabiliyeti, hem hareket kabiliyetini hem de sorumluluk üstlenme kabiliyetini kapsayan bir kavram olarak anlaşılmaktadır.⁵

2.1.1. Negatif Teori

Şirketlerin suç işleme kabiliyetini reddeden görüşe göre; 1) Şirketlerin hareket kabiliyeti bulunmaz, çünkü bunu yapabilecek zihin ve bedene sahip değildirler. 2) Şirketleri cezalandırmak, suçla hiçbir ilgisi olmayan mensupları da cezalandırmak anlamına gelir. Bu bireysel sorumluluk ve sorumluluğun şahsiliği ilkelerini ihlal eder. 3) Şirketler, neyin hukuki neyin hukuk dışı olduğunu muhakeme etmek ve hukuka aykırılıktan kaçınmak için düşünce özgürlüğüne sahip değildir. Bu nedenle, düşünce özgürlüğünden ileri gelen bir sorumlu tutulabilirlik bulunmadığından sorumluluk da atfedilemez. 4) Şirketler, kanuni düzenlemelere uygun olarak esas sözleşmede tanımlanan amaç kapsamında hak ve yükümlülüklerle tabidir, ancak suç teşkil eden eylemler şirketin amacı kapsamında dahi değildir. 5) Bir şirkete karşı ceza hukuku kapsamında ölüm cezası ve hapis cezası uygulanamaz. 6) Şirketler üzerindeki ceza hukuku etkisi cezalandırma dışındaki çarelerle gerçekleştirilebilse bile, mevcut veriler şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin tanınmasının ceza hukukunun son çare olmasıyla ters düştüğünü göstermektedir.⁶

2.1.2. Pozitif Teori

Şirketlerin suç işleme kabiliyeti bulunduğunu savunan görüşe göre, modern toplumda şirketlerin sosyal faaliyetleri arttıkça, toplum düzenine uymayan faaliyetleri de artmaktadır. Bu sebeple, gerekli önemlerin alınabilmesi için şirketlerin suç işleme kabiliyeti bulunduğunun kabul edilmesine ihtiyaç duyulur. Ekonomi alanında işlenen suçlara karşı ceza politikası müdahaleleri olduğu ifade edilmektedir. Bu görüş özellikle, 1) şirketlerin suç işleme kabiliyeti, şirketlerin oluşu teorisi bağlamında gerçeklik teorisine göre kabul edilebilir. 2) Şirketler iradelerini organları aracılığıyla şekillendirirler ve bu şekilde oluşan irade mensupların iradesinden farklı olarak şirketlerin kendilerine özgü iradesidir. Dolayısıyla şirketlerin de karar verme ve hareket etme kabiliyetine sahip olduğu ifade edilebilir. 3) Hareket, şirketin bir organı tarafından gerçekleştirilse bile, bu aynı zamanda şirketin hareketi olması gibi bir ikiliğe sahiptir; aynı şekilde, bir şirketin cezalandırılması çifte cezalandırmaya yol açmaz. 4) Sorumluluk, cezaya adapte olabilme yeteneği olarak değerlendirilmektedir. Öyleyse, bir şirketin sorumluluk alma kabiliyetine de sahip olduğu ifade edilebilir. 5) Sosyal bir yapı olarak bir şirketin hareketleri, şirketin amacı kapsamında

⁵ Woongjae Kim, "Corporate Criminal Liability in South Korea: Doctrinal Analysis of Joint Penalty Provisions," *Seoul National University Law* 64, no. 2 (2023): 35.

⁶ Seongdon Kim, a.a.O., 172; Sang-gi Park und Ji-yeon Jeon, *Criminal Law*, 4. Aufl. (Seoul: Jiphyeonjae, 2019), 45–46; Bae Jong-dae, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 15. Aufl. (Seoul: Hongmunsa, 2021), 142–145; Jaesang Lee, Youngmin Jang und Dongbeom Kang, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 10. Aufl. (Seoul: Parkyoungsa, 2020), 106.

yer alır, bu nedenle bir şirket aynı zamanda suç da işleyebilir. 6) Cezalar arasında malvarlığına yönelik cezalar ve yeterliliğe ilişkin cezalar da şirketler için etkili cezalardır. 7) Bir şirketin feshedilmesi ve ticari faaliyetlerinin durdurulmasının, gerçek kişiler için müebbet hapis veya hapis cezasına eşdeğer bir ceza olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁷

2.1.3. Kısmi Pozitif Teori

Şirketlerin kısmi olarak suç işleme kabiliyeti bulunduğunu savunan yaklaşım kendi içinde iki görüşe ayrılmaktadır: Birinci görüş, cezai ve idari suçlar arasında ayırım yapılması gerektiğini savunur. Cezai suçlarla ilgili olarak, şirketlerin suç işleme kabiliyetinin bulunmadığı kabul edilir. İdari suçlar bakımından ise şirketlerin suç işleme kabiliyeti tanınmaktadır.⁸ İdari suçlar etik açıdan zayıfsa da hedef odaklı ve teknik bir renklendirmeye sahip oldukları için şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin idari suçlarda kabul edilmesi gerekir. İkinci olarak, sadece iki taraflı cezalandırma hükümleri söz konusu olduğunda olumlu bir görüş vardır. Ceza Kanunu'ndaki suçlarla ilgili olarak şirketlerin suç işleme kabiliyeti reddedilmektedir. Şirketlerin hem gerçek kişileri hem de şirketleri cezalandıran iki taraflı cezalandırma hükümleri nedeniyle suç işleme kabiliyetine sahip olduğu kabul edilmektedir.⁹ Kore Ceza Kanunu'nun 8'inci maddesi uyarınca, diğer kanunlarda "özel düzenlemeler" bulunduğu takdirde, bu diğer kanunların istisnai olarak uygulanabileceği ve bu nedenle iki taraflı cezalandırma hükümlerinde istisnai olarak şirketlerin suç işleme ehliyetlerinin kabul edilebileceği öne sürülmektedir.

2.1.4. Yüksek Mahkemenin Görüşü

Kore Yüksek Mahkemesi, şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin bulunduğunu kabul etmemektedir.¹⁰ Yüksek Mahkeme, başkasının işlerini yürüten bir kişinin, bu görevlerini ihlal eden bir eylemde bulunması durumunda işlenen güveni kötüye kullanma suçunu bağlamında bir şirketin cezalandırılabilir olup olmadığını şu şekilde karara bağlamıştır: Bir şirket, özel hukuk yükümlülüklerinin öznesi olabilir. Ancak, bu özel hukuk yükümlülüklerini yerine getiren kişi, şirket adına işleri yöneten gerçek bir kişi olan temsil organıdır. Dolayısıyla şirketler bu tür yükümlülük ihlallerinin (suçların) öznesi değildir, bu da şirketlerin cezalandırılabilmesini engeller ve suçu gerçek kişilerle sınırlandırır.¹¹

2.1.5. Görüşümüz

Şirketlerin suç işleme kabiliyetine ilişkin tartışmayı analiz edersek, argümanların temelini ve yönteminin çelişkili olduğunu fark edebiliriz. Negatif teori gerçeklik teorisine dayanıp argümanları sosyal olarak gerçekçi iken pozitif teori ise kurgu teorisinden gelmektedir fakat

⁷ Il-soo Kim und Bo-hak Seo, *Neue Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 12. Aufl. (Seoul: Parkyoungsa, 2014), 88–90; Seonggeun Jeong und Gwangmin Park, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 3. Aufl. (Seoul: Sungkyunkwan University Press, 2020), 86–89.

⁸ Woong Lim, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 13. Aufl. (Seoul: Beopmunsa, 2022), 106–108.

⁹ Shin Dong-woon, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 14. Aufl. (Seoul: Beopmunsa, 2022), 133.

¹⁰ Yüksek Mahkeme'nin 08.10.1985 tarihli (83Do1375) kararı; Yüksek Mahkeme'nin 02.08.1994 tarihli (93Do1483) kararı. Bununla birlikte, içtihadın kısmi pozitif bir teori benimsediği, çifte cezalandırmanın öngörüldüğü durumlarda bir şirketin suç işleme kabiliyeti olduğunu kabul ettiği ve iki taraflı cezalandırma hükümlerinin öngörülmediği durumlarda bunu reddettiği görüşü de mevcuttur. Younggeun Oh, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 6. Aufl. (Seoul: Parkyoungsa, 2021), 97–98.

¹¹ Yüksek Mahkeme'nin 10.10.1984 tarihli (82do2595) kararı.

argümanları normatif olarak ispatlanabilir. Metodolojik olarak, bir şirketin bir suç öznesi olup olamayacağı meselesinin, yeni bir ceza hukuku teorisi inşa etme imkânına ve bunu izleyen yasama kararına bağlı olduğu ifade edilebilir. Şirketlerin ceza hukuku bağlamında şimdiye kadarki hareket kabiliyetlerine ilişkin en büyük sorun, gerçek kişilerin iradesine dayanan geleneksel ceza hukuku çerçevesinden çıkılamamasıdır. Çerçeve teori açısından (*frame theory*), mevcut ceza hukuku bağlamında hareketin çerçevesi esasen şirketleri dikkate almaz. Bu sebeple şirketlerin suç işleme kabiliyeti meselesine girildiğinde esas ve belirleyici bir karşı görüş zaten bertaraf edilmiş olmaktadır.

Bir tüzel kişinin kurulması, onun özel hukuk hak ve yükümlülüklerinin öznesi olarak belirlenmesi gerekliliğinden kaynaklanmaktaydı ve o dönemde bir tüzel kişinin toplumda barış içinde bir arada yaşama düzenine zarar verebileceği düşünülmemiştir. Zamanla değişen koşullarla birlikte, tüzel kişilerin sosyal işlevleri genişledi ve gerçekten toplumsal olarak zararlı sonuçlar doğuran olaylar meydana geldiğinde, uygun bir şekilde reaksiyon gösterme ihtiyacı hasıl oldu. Karşı önlem olarak idari yaptırımlar ve bazı ceza hukuku yaptırımları ihdas edildi. Kapitalizmin doruk noktasına ulaşma sürecinde, şirketlerin gerçek kişilere nispetle üstün toplumsal etkisi dolayısıyla, ceza hukuku bağlamında cezalandırılmalarının kaçınılmaz olduğu görüşü yaygınlık kazandı. Mamafih, şirketlerin ceza hukuku bağlamında cezalandırılmasının mümkün olup olmadığına ilişkin tartışmalar, şirketlerin ortaya çıkış süreci ve geleneksel ceza hukuku teorisi çerçevelerinin dışına çıkamaz. Bu bağlamda, şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin bulunup bulunmadığı meselesinin geleneksel ceza hukukunda bir paradigma değişikliği gerektirdiği ifade edilebilir.

2.2. Alternatif Bir Önlem Olarak İki Taraflı Ceza Hükümleri Problematiği ve Anlamı

Geleneksel ceza hukukuna şirketlerin suçluluğu konusunu dahil edebilecek bir ceza hukuku teorisi inşa etmekten vazgeçtiğimizde, şirketlerin cezalandırılmasını kanunlaştırma ve buna uygun bir teorik yapı geliştirmeye yönelik realistik bir problemle karşılaşılır. Kore mer'î hukukunda, şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin mevcut ceza hukuku dogmatikliğinde reddedilmesi dolayısıyla bu şirketlere cezai sorumluluk yüklemeye yönelik meşru ihtiyaç, mevcut ceza hukuku doktrinine gerçek kişilerin de dahil edilmesiyle iki taraflı cezalandırma hükmü usulüyle çözümlenmiştir.

2.2.1. İki Taraflı Cezalandırma Hükümünün Anlamı

İki taraflı cezalandırma hükmü, sadece doğrudan bir ceza kanununu ihlal eden gerçek kişiyi değil, aynı zamanda bu kişiyle belirli bir ilişki içinde bulunan şirketi de cezalandıran bir düzenlemeyi ifade eder. Özellikle, bir tüzel kişilik temsilcisi veya vekilinin, tacirin veya başka bir çalışanın tüzel kişiliğin işiyle bağlantılı bir ihlal gerçekleştirdiğinde, özel kanunun ceza hükümleri doğrudan gerçek kişiyi cezalandırır ve ayrıca tüzel kişilere de ceza uygular. Buna çifte cezalandırma kuralı denir¹² Literatürde ve hukuk uygulamasında suç işleme kabiliyeti tartışmalı olan şirket, Ceza Kanunu kapsamındaki suçlar ile bağlantılı olarak cezalandırılmamaktadır. Ancak istisna olarak, şirketlerin cezalandırılması, suç içeren

¹² Seongdon Kim, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 2022, 174.

normlar¹³ şeklinde iki taraflı cezalandırma hükümleri aracılığıyla uygulanmaktadır. Bu nedenle, güncel Kore hukukunda, şirketlerin cezalandırılmasında her biri farklı teorik ve hukuki temellere sahip iki sistem bir arada bulunmaktadır: Ceza Kanunu'nun sistemi ve iki taraflı cezalandırma hükmü sistemi.

Şirketlerin suç işleyebilme ve kusur kabiliyetleri üzerindeki teorik tartışmalardan bağımsız olarak, mer'i hukuk, şirketin (veya bireysel bir tacirin); temsilcilerinin, işverenlerinin, vekillerinin, çalışanlarının vb. denetimlerini kasten veya taksirli olarak ihmal etmesi hâlinde cezalandırılmasını öngörmektedir. Şirketlerin cezalandırılması iki taraflı cezalandırma hükmü ile sağlanmaktadır.¹⁴ Yürürlükteki iki taraflı cezalandırma hükümleri ilk olarak 1949 tarihli Gümrük Kanunu'nda yer almış olup, Kore'ye ait şirketlerin ayrı kanunlara yayılmış şekilde iki taraflı cezalandırma hükümleriyle cezalandırıldığı Japon ceza hukuku teori ve emsal kararlarından etkilenildiği düşünülmektedir.¹⁵

Anayasa Mahkemesi'nin 2007 yılında iki taraflı cezalandırma hükümlerini anayasaya aykırı bulmasından önce, iki taraflı cezalandırmayı düzenleyen hukuki metinler genellikle şu şekildedeydi: Bir tüzel kişinin temsilcisi veya vekili, tacir veya diğer bir çalışan, şirketin veya işletmenin işiyle bağlantılı olarak ilgili kanun ve kuralları ihlal ederse, sadece fail değil, aynı zamanda şirket veya işletmeci de cezalandırılır. İlgili düzenlemeler uyarınca şirket veya işletmeci de idari para cezasına çarptırılır.

Spesifik olarak, iki taraflı cezalara ilişkin düzenlemeler esasen; gerçek kişiler (özellikle çalışanlar) tarafından gerçekleştirilen hukuka karşı hareketleri önlemek için hiçbir önlem alınmaması hâlinde hem failin hem şirketin cezalandırılması (tip 1) ve bir şirketin üyeleri ile çalışanlarının faille birlikte şirketin de cezalandırıldığı biçim de dahil olmak üzere (tip 2) çeşitli şekillerde işledikleri suçların mutlak surette cezalandırılması olmak üzere ayrılmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı olduğuna karar vermesinin ardından Adalet Bakanlığı tarafından iki taraflı cezalandırma hükümlerinde yapılan değişiklik sırasında, neredeyse tüm iki taraflı cezalandırma hükümlerine bir istisna hükmü eklenmiştir: Bir tüzel kişinin temsilcisi veya vekili, tacir veya diğer bir çalışan, şirketin veya işletmenin çalışmasıyla bağlantılı olarak ilgili kanun ve kuralları ihlal ederse, yalnızca fail değil, aynı zamanda şirket veya birey de cezalandırılır. İlgili düzenlemeler uyarınca şirket veya ilgili kişi idari para cezasına çarptırılır. Ancak, şirket veya işletmecinin ihlali önlemek için söz konusu işte gerekli özen ve dikkati gösterdiği durumlarda, bu hüküm uygulanmaz.

Anayasa Mahkemesi, 2007 yılında iki taraflı cezalandırma hükmünün anayasaya aykırı olduğuna karar vermesinin ardından, gerçek kişilerin ihlallerini önlemek için özen ve dikkat yükümlülüklerini ihmal eden şirketleri (veya işletmecileri) cezalandırmıştır. Bu format, (Tip

¹³ İki taraflı cezalandırma hükmü oluştururken kanun koyucu, Ceza Kanunu'ndan farklı olarak bir davranış normu şeklinde değil, gerçek kişilerin eylemlerini ve sorumluluklarını şirkete atfeden bir isnat normu şeklinde, bağımsız bir ceza oluşturmuştur. Ayrıca bkz. Seongdon Kim, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 2022, 173.

¹⁴ Seongryong Kim und Changguk Kwon, „Possibility and Necessity of Introducing Criminal Liability Legislation for Corporate Corporations,” *New Trends in Criminal Law*, Nr. 46 (März 2015), 116.

¹⁵ Japonya örneğinde, bu durum ilk olarak 1900 yılında "Şirket İşleri ile İlgili Yaprak Tütünün Vergilendirilmesi ve Tekeli Hakkında Kanun" ile düzenlenmiştir. Japonya'nın iki taraflı cezalandırma hükümlerine ilişkin bir tartışma için bkz. Seongryong Kim und Changguk Kwon, „Possibility and Necessity of Introducing Criminal Liability Legislation for Corporate Corporations,” *New Trends in Criminal Law*, Nr. 46 (März 2015), 116–118.

1'e) benzer bir biçimde, olarak şirketlerin cezalandırılması için yaklaşık 500 yasada bir tür "genel kural" olarak benimsenmiştir.¹⁶

2.2.2. İki Taraflı Cezalandırma Hükümlerinin Hukuki Dayanağı

2.2.2.1. 2007 yılından önce, gerçek kişilerin yanı sıra şirketleri de cezalandıran iki taraflı cezalandırma hükmü kapsamında şirketlerin cezalandırılmasının dayanağı konusunda aşağıdaki görüşler ileri sürülmüştür.¹⁷

a. Kusursuz sorumluluk teorisi (Theorie der verschuldensunabhängigen Haftung)

İki taraflı cezalandırma hükmü, kusur ilkesinin bir istisnasıdır ve idare hukuku bağlamında mücadele amacıyla kusur olmaksızın ceza sorumluluğunu benimsemektedir.¹⁸ Diğer bir ifadeyle, idari düzenlemelerin amacına ulaşması için başka bir çalışanın eylemlerinin sorumluluğu işverene sirayet etmektedir ve şirketin ya da işverenin taksiri veya kastı olması şartı aranmamaktadır. Bunun arkasında, şirketin veya işverenin hukuka aykırı ticari faaliyetlerinin kural olarak hukuka aykırı kabul edilmesi yatar. Bu hareketler şirket veya işletmecinin menfaati için gerçekleştirilir ve temelde yatan düşünce, bu tür fiillerin fayda ve zararlarının şirket veya işletmeciye yüklenmesinin uygun olduğudur. Bu görüş, başkalarının eylemlerinden dolayı cezalandırılmanın söz konusu olmasından dolayı, geniş anlamda icraya yardım etme sorumluluğu veya isnat ettirme sorumluluğu teorisi olduğu ifade edilebilir. Burada,, suçun öznesinin gerçek kişilerle sınırlı olduğunu ve şirketlerin suç işleme kabiliyetinin hukuki kabuller nedeniyle tanınamayacağını varsaymaktadır. Şirketlerin suç işleme kabiliyeti reddedildiği sürece, sorumluluk ilkesi kast veya taksir aranarak uygulanamaz ve bunu gerekli kabul etmek için hiçbir neden yoktur.

b. Taksirli sorumluluk teorisi (Theorie der Fahrlässigkeitshaftung)

İki taraflı cezalandırma hükmü, bir şirketin cezalandırılmasının sorumluluğun devredilmesi meselesiyle ilgili olmadığını, daha ziyade şirketi faili denetlemedeki ihmalden dolayı sorumlu tutmakla ilgili olduğunu kabul etmektedir. Diğer bir ifadeyle, şirketin, suç teşkil eden hareketler gerçekleştirmemelerini sağlamak için çalışanlarını şirketin sorumlusu olarak denetleme görevi vardır ve bu gerekçeyle taksirli davranışından sorumludur. Başka bir ifadeyle: şirketlerin cezalandırılmasının temelinde, şirketin suç teşkil eden hareketlerinden kendisinin sorumlu olduğu görüşü yatmaktadır. Ceza hukuku yaptırımının her zaman kusurlu davranışı gerektirdiği göz önünde bulundurulduğunda, kusur sorumluluğu doktrininin ceza hukukunun temel ilkelerine uygun bir yorum olduğu düşünülebilir, ancak kusurun somut değerlendirmesi konusunda görüşler farklılık gösterir.

Taksir karinesi görüşüne göre, iki taraflı cezalandırma hükmü, bir çalışan suç işlediğinde şirketin atama ve denetimden sorumlu olduğunu belirten karine niteliğinde bir düzenleme olarak yorumlanmaktadır.¹⁹ Bu görüşe göre, ispat yükümlülüğü altındaki savcının taksiri

¹⁶ Kim, *Grundfragen*, 174.

¹⁷ Jaeyoon Kim, *Corporate Criminal Responsibility* (Boston: MindTap, 2015), 112 ff.

¹⁸ Bae Jong-dae, *Allgemeiner Teil des Strafrechts* (15. Auflage) (Hongmunsu, 2021), s. 146–147; Lee Jaesang, Jang Young-min und Kang Dong-beom, a.g.e., s. 110. Kusursuz sorumluluğun tanınması anayasayı ihlal ettiğinden, kusur sorumluluğu teorisini benimsemekten başka seçeneğimiz yoktur, ancak bunu reddeden bir tutumdan, şirketlerin suç işleme kabiliyeti nedeniyle, başkalarının veya üçüncü tarafların eylemlerinden sorumluluk esas itibarıyla sınırlı olmaktadır. Bu nedenle, kaçınılmaz olduğu için bir kusursuz sorumluluk durumu olarak kategorize edilebilir.

¹⁹ Dong-kwon Son, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 2., überarb. Aufl. (Seoul: Yulgok Publishing, 2005), 110.

kanıtlaması zorunlu değildir, çünkü şirketin taksiri karine olarak kabul edilmektedir. Ancak şirket, taksiri olmadığını kanıtlarsa, taksir karinesi ortadan kalkar ve sorumluluktan kaçınabilir. Yukarıda bahsedilen taksirin varlığı karine olarak kabul edilir ve şirketin taksiri olmadığını kanıtlamadığı sürece sorumluluktan kurtulamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, bir şirketin bir suçu söz konusuysa taksirinin olmadığını kanıtlamak pratikte zordur. Bu, sonucun, taksirin doğal olduğunu savunan taksir argümanı ile tutarlı olması eleştirilmektedir.

2.2.2.2. 2007'den itibaren Yüksek Mahkemenin ve doktrinin yaklaşımları

2007 yılında Anayasa Mahkemesi, çalışanın ihlali dışında başka bir cezalandırma gerekçesi olmaksızın bireysel işletmecileri cezalandıran iki taraflı cezalandırma hükmünün anayasal kusur ilkesine uyum arz etmediği gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir. Daha sonra Anayasa Mahkemesi şirketlerle ilgili olarak da benzer bir karar vermiş ve böylece şirket suçları bakımından iki taraflı cezalandırma hükmü çerçevesinde, şirketler için müstakil cezalandırma dayanaklarının tesis edilmesi imkânı ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda kanun koyucu, tüm iki taraflı cezalandırma hükümlerinde şirketler için ilave ve müstakil cezalandırma dayanakları gerektirecek şekilde kapsamlı bir değişikliğe gitmiştir. Bu kapsamda, şirketler için müstakil ceza çerçevesi, iki taraflı ceza hükmüne getirilen istisna ile şu şekilde sınırlandırılmıştır: Ancak bu düzenleme, söz konusu faaliyeti yürüten şirketin bunu önlemek için özen ve denetim yükümlülüğünü ihmal etmemiş olması hâlinde geçerli değildir. Bu bir dizi değişiklik temelinde, iki taraflı cezalandırma hükümleri çerçevesinde şirketlerin cezalandırılmasına ilişkin ilkelerin yorumlanmasında yeni bir dönüm noktası yaratılmıştır.

a. Doktrinin yaklaşımı

Şirketlerin özen ve denetim yükümlülüklerinin ihlalinin, yürürlükteki iki taraflı cezalandırma hükümlerine bağlı olarak şirketlerin cezalandırılması için temel teşkil ettiği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Görüşler, yükümlülük ihlalinin somut detayları konusunda farklılık arz etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bunun taksir karinesi teorisinin benimsenmesinden öteye geçmediği görüşü, bu durumun taksirli sorumluluk teorisinin doğrudan bir ifadesi olduğu görüşü, bir şirketin taksirli suçu için bir taksirli suç ihdas edilmesi gerektiğini kabul eden görüş ve sorumluluk teorisini tanıyan ancak şirketin kastını önceden kabul eden görüş savunulmuştur. Kasıtlı bir suçun bulunduğu da kabul edilebileceğini savunanlar ve ihmalkâr bir yöneticinin sorumluluğunun kasıtlı sorumluluğu da içerdiğini savunanlar gibi çelişkili görüşler de bulunmaktadır.

a) Gerçek taksire dayanan sorumluluk teorisi (Theorie der Haftung für echte Fahrlässigkeit)

Ağır taksire dayanan sorumluluk teorisi, iki taraflı cezalandırma hükmünün yeni düzenlemesiyle eklenen istisna olan “söz konusu işte kanuna aykırı davranılmasını önlemek için gerekli özen ve denetimin ihmal edilmesi” şartını açıkça aradığından, şirketin çalışana karşı özen yükümlülüğü reddedilemez.²⁰ Bu bir ihlalden kaynaklanan gerçek bir taksir olarak kabul edilmektedir.

²⁰ Shin Dong-woon, *Allgemeine Theorie des Strafrechts*, 14. Aufl. (Seoul: Beopmunsu, 2022), 122; Younggeun Oh, *Allgemeine Theorie des Strafrechts*, 2. Aufl. (Seoul: Parkyoungsa, 2009), 145; Cho Kuk, „Criminal Liability of Corporations and the Legal Character of the Double Punishment Provision,” *Seoul National University Law* 48, Nr. 3 (September 2007): 67–70.

Başka bir deyişle: sorumluluk, bir şirketin veya bireysel işletmecinin yöneticisi pozisyonunda olduğu çalışanların tüm çalışmalarının sonuçlarını öngörme ve bunlardan kaçınma yükümlülüğünün ihlaline dayanır. Bu şirketin bunu yaptığına veya bireysel işletmecinin taksirle sorumlu olduğuna dair kanıtlara karşılık olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu ilkeleri uyarınca ispat yükünün savcıya ait olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda, yasal sorumluluk çoğunlukla taksire dayanmaktadır, ancak şirketlerin veya bireysel işletmecilerin kasıtlı olduğu durumlar da vardır, bu nedenle somut koşullar incelenmeden taksir sorumluluğunun genel olarak kabul edilemeyeceği eleştirisi getirilmektedir. Taksirli sorumluluğunun genellikle istisnai olduğu kabul edilmektedir. Karşı argüman olarak, ilkenin, sadece taksir olduğunda sorumluluğun tanınacağı anlamına gelmeyip kast veya taksir olduğunda sorumluluğun tanınacağı anlamına geldiği ileri sürülmüştür.

b) Denetlemenin ihmeline dayanan sorumluluk teorisi (*Theorie der Verantwortung für die Unterlassungsüberwachung*)

İhmali sorumluluk teorisi temel olarak, bir şirketin veya işletme faaliyetlerini kontrol eden ve yönlendiren işletmecinin, yükümlülük ihlali nedeniyle çalışanlar açısından risklerin ve sonuçların ortaya çıkmasını önleyebilecek durumda olduğunu kabul eder. Bu görüşe göre sorumluluk üstlenilmektedir²¹ Bu görüş ayrıca “denetim yükümlülüklerinin kast veya taksire dayalı yerine getirilmemesine ilişkin sorumluluk teorisi”²² (*die Theorie der Haftung für die Nichterfüllung von Aufsichtspflichten aufgrund von Vorsatz oder Fahrlässigkeit*) ve “kast veya salt denetim yükümlülüğüne dayanan fail sorumluluğu teorisi”²³ (*die Theorie der Handelndenverantwortung aufgrund von Vorsatz oder reiner Aufsichtsverantwortung*) olarak alt kategorilerde ayrılmaktadır.

İlk görüşe göre, bir şirket veya bir işletmeci, çalışanların hukuka aykırı eylemlerini kasten ihmal edebilir, bu durumda denetim yükümlülüğü kasten ihlal edilmiştir ve denetim yükümlülüğünün salt ihmal edilmesi durumunda ise denetim yükümlülüğünün taksirle ihlali söz konusudur. Öte yandan, ikincisine göre, yeniden düzenlenen iki taraflı ceza hükümleriyle getirilen muafiyet hükmünün “gerekli özen ve denetimin ihmali hâlinde” ifadesi, taksir karinesine ilişkin bir düzenleme olarak yanlış anlaşılabilir, ancak bu maddenin ihlali çoğunlukla bir soyut tehlike suçudur. Bu, kasten işlenen bir suç olduğundan, iş sahibi en başından itibaren ve münferit durumlarda özen yükümlülüğünün ihlali biçiminde taksirli bir suç işleyemez. Geriye dönük uygulama durumları olarak adlandırılan halde , şirket veya işletmeci sorumlu taraftır ve eylemin doğrudan sorumluluğunu taşır; diğer durumlarda, işletmecinin sorumluluğu salt denetim sorumluluğu olarak değerlendirilmektedir. Bir şirketin yükümlülüklerini ihlal etmesinin taksirli veya kasıtlı olarak nitelendirilip nitelendirilmediğinden bağımsız olarak, hareket kabiliyeti tanınmayan bir şirketin nasıl kasıtlı veya taksirli bir davranışta bulunabileceğine ilişkin hukuki arka plan veya teorik temel etkin olarak araştırılmamıştır.

²¹ Kim, *Corporate Criminal Responsibility*, 114.

²² Kim Il-soo und Seo Bo-hak, *Neue Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 90–91; Kim, *Corporate Criminal Responsibility*, 117–20; Lim, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 90; Lee Joo-hee, *Consideration on the Improvement Legislative of the Dual Punishment Provisions*, 160; Jeong und Park, *Allgemeine Theorie des Strafrechts*, 114.

²³ Cho, *Unternehmensstrafrechtliche Haftung nach den überarbeiteten zweiseitigen Bestrafungsvorschriften*, 362–64.

b. İctihatların durumu

Yüksek Mahkeme ve Anayasa Mahkemesi, ihlalin doğal öznesinin kim olduğuna bağlı olarak, iki taraflı cezalandırma hükümlerinde şirketlerin cezalandırılmasının temeline ilişkin farklı yorumlar da geliştirmektedir.²⁴

İlk olarak, ihlalden sorumlu gerçek kişinin şirketin temsilcisi olduğu durumlarda, organizasyon 2007 senesinden önce de temsilcisinin hareketlerinden zaten doğrudan sorumludur, zira temsilci sadece işle ilgili gereklilikleri yerine getirmektedir. Böyle bir durumda, şirketin yükümlülüklerini ihlal etmesi için başkaca bir şart olmaksızın şirkete cezai sorumluluk yüklenebilir, ki bu da istisnanın gereğidir.²⁵

Diğer taraftan, ihlalden sorumlu olan gerçek kişi bir çalışan vb. ise, Yüksek Mahkeme kusurluluk karinesi yaklaşımını, kusursuz sorumluluk veya ispat yükünün tersine çevrilmesi temeline terk etmekte²⁶ ve “şirketin özen veya denetim yükümlülüğünün ihlali” istisnasının içeriğinin anlam ve amacını araştırmaya yoğunlaştırmaktadır. Diğer bir ifadeyle, bir çalışan bir ihlalde bulunduğu zaman şirketin cezalandırılabilmesi için çalışanın işle ilgili ihlaline vs. ek olarak şirketin bağımsız bir hata yapmış olması gerekmektedir (ki bu istisnanın bir parçası olarak şirketin yükümlülük ihlali yapması anlamına gelmektedir) ve bu şirketin bağımsız bir kusurudur. Görüldüğü üzere, “özen yükümlülüğünün veya denetimin ihlali” bir şirketin “taksirliliği” olarak anlaşılmaktadır.

2.2.3. İki Taraflı Cezalandırma Hükümüyle İle İlgili Problemler

2.2.3.1. İki taraflı cezalandırma hükmüne tabi kişilerin heterojenliği

İki taraflı cezalandırma hükmü, gerçek kişilerin hareketleri için ceza sorumluluğu tanımak bakımından hukuki bir zemin oluşturmaz, ancak bir gerçek kişinin ihlaline dayalı bir şekilde isnadiyet şartları temeline bir şirkete ceza sorumluluğu yüklenmesine hizmet eder. Ancak, iki taraflı cezalandırma hükümlerine sadece şirketler tabi değildir. İki taraflı cezalandırma hükümleri, şirketlere paralel olarak, işletmecilerin de şirketlerle aynı isnadiyet şartlarına dayalı şekilde cezai takibatı yapılabilen failler olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak, şirketlerin aksine, genel ceza düzeninde fail olarak tanımlanan bireysel işletmeciler gerçek kişidir.

Bu doğrultuda, özünde homojen öznelere olmayan şirketleri ve işletmecileri (gerçek kişiler) faillerle aynı statüye koyan ve cezai sorumluluğu buna göre şekillendiren normlar belirlemesi dolayısıyla iki taraflı cezalandırma hükmünün yaklaşımında bir problem bulunmaktadır. Ayrıca, şirketlerin yanı sıra bireysel işletmecilerin de iki taraflı cezalandırma hükmünün muhatabı olarak tanımlanması, faillerin hukuki konumları

²⁴ Görüşe göre, iki taraflı cezalandırma hükmü, suçun öznesini, suçun öznesinin şirketin çalışanı olduğu durumlar ve şirketin temsilcisi olduğu durumlar olarak ayırmaktadır (Kim, *Allgemeiner Teil des Strafrechts*, 177), bu tanım bu ayrıma binaen oluşturulmuştur. Bu anlamda, Hye-Kyung Kim, *Reflections on Criminal Law Intervention in Corporate-Related Crimes*, 54, ihlallerin temsilciler ve çalışanlar olarak ayrıldığı görüşünü savunmaktadır; Soon-Wook Lee, *Studie zu Vorschriften zur zweiseitigen Bestrafungsvorschrift von Unternehmen*, 3. Yorumlama teorisine istinat eden bir ayrımın mümkün olduğu yönünde bkz. Kim, *Corporate Criminal Liability in South Korea*, 52; Lee, *Studie zu Vorschriften zur zweiseitigen Bestrafungsvorschrift von Unternehmen*, 3.

²⁵ Yüksek Mahkeme'nin 30.09.2010 tarihli (2009Do3876) kararı.

²⁶ Yüksek Mahkeme'nin 08.07.2010 tarihli (2009Do6968) kararı.

konusunda karışıklığa yol açmaktadır. Bu karışıklık, şirketlerin yanı sıra tüzel kişiliği olmayan kuruluşları da fail olarak tanımlayan yeni iki taraflı cezalandırma hükümleri dolayısıyla daha da artacaktır.²⁷

2.2.3.2. İki taraflı cezalandırma hükümleri ve özel statüsü olmayanların cezalandırılması: geriye dönük uygulama durumları

Prensip olarak, iki taraflı cezalandırma hükmünde fail, suçu işleyen gerçek kişi değildir; bir şirket veya bireydir (işletmeci). Bunun nedeni, suçu işleyen gerçek kişinin iki taraflı cezalandırma hükümlerine göre değil, iki taraflı cezalandırma hükmü içeren özel kanunun ceza hükümlerine göre cezalandırılmasıdır. Problem şu ki, bu iki taraflı cezalandırma hükmüne sahip özel kanun sadece belirli bir özel statüye sahip kişilere (işveren) hitap ediyorsa, bu özel statüye sahip olmayan gerçek kişiler ne ceza hükmü ile ne de iki taraflı cezalandırma hükmü ile cezalandırılabilir. Zira iki taraflı cezalandırma hükmü, failin yanı sıra şirketin veya bireyin (işletmeci) de cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu gerekçeyle, bu düzenlemede özel statüsü olmayan gerçek bir kişinin cezalandırılması için bir zemin bulunmamaktadır.

Dolayısıyla bu durumda, iki taraflı cezalandırma hükmünün özel statüsü olmayan doğal failleri suç faili kapsamına alıp alamayacağı ve onları özgü suçların faili hâline getirip getiremeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, idari yükümlülüğün sadece işverene (statü sahibi) yüklendiği ve çalışanlara (statü sahibi olmayan) uygulanmadığı durumlarda, iki taraflı cezalandırma hükmünün çalışanların cezalandırılması için hukuki bir dayanak teşkil edip edemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu kapsamdaki hâkim olan görüş, iki taraflı cezalandırma hükmünün faillik hareket alanını genişletmeye hizmet edemeyeceği ve statü sahibi olmayan failleri cezalandıramayacağı yönündedir. Aksi yöndeki görüşe göre ise iki taraflı cezalandırma hükmünde failin cezalandırılacağı ifadesi, fail çemberini genişletici bir fonksiyona sahiptir. Bu görüşe göre, bir şirketi iki taraflı cezalandırma hükmü ile cezalandırmak ancak şirket adına fiilen suç işleyenleri cezalandırmamak teorik olarak çelişkilidir.

Yüksek Mahkeme, statüsü bulunmayan kişilerin de her bir maddenin ceza düzenlemelerine ve iki taraflı ceza hükümlerine dayanılarak cezalandırılacağını söyleyerek, suçlular için iki taraflı cezalandırma hükümlerinin kapsam genişletme fonksiyonunu kabul etmektedir. Özellikle, İmar Kanunu'nun ihlal edildiği durumlarda, İmar Kanunu'nun iki taraflı cezalandırma hükümleri ile failliğin kapsamını genişletme fonksiyonunu reddetmekteydi, ancak Yüksek Mahkeme 1999 yılında²⁸ görüşünü değiştirdikten sonra, yakın zamana kadar faillerin kapsamını genişletme fonksiyonunu kabul etmektedir.²⁹

²⁷ İki taraflı cezalandırma hükmünün yeniden gözden geçirilmesi suretiyle kuruluşların eklenmesinin nedenleri şöyledir: Mevcut iki taraflı cezalandırma hükmünün norm muhatabı olarak şirketlerle sınırlı olması ve bu nedenle tüzel kişiliği olmayan kuruluşların, *nulla poena sine lege* ilkesi bağlamında cezalandırılmaları gerekse bile, cezalandırılmalarının çoğu zaman imkânsız olması nedeniyle ortaya çıkan sınırlamanın üstesinden gelmek.

²⁸ Yüksek Mahkeme'nin 15.07.1999 tarihli (95Do2870) oybirliği ile alınmış kararı.

²⁹ Yüksek Mahkeme'nin 05.12.2017 tarihli (2017Do11564) kararı; Yüksek Mahkeme'nin 28.10.2021 tarihli (2020Do1942) kararı.

3. Şirketlerin Cezalandırılabilirliğine İlişkin Kanun Yapma Teorisi

3.1. Şirketlerin Cezalandırılabilirliğine İlişkin Kanun Yapma Modeli

Kanun yapma bakımından, şirketlerin disipline edilme ve ceza hukuku kapsamında cezalandırılma türleri ve şekilleri tartışılmaktadır. Şirket cezalarının ana modeli, bir şirketi, örneğin şirketin bir temsilcisi veya çalışanı gibi gerçek bir kişinin suç işlemesi şartıyla cezalandırılan bağlı modeldir. Buna ek olarak, temsilci veya çalışan tarafından bir suçun işlenip işlenmediğinden bağımsız olarak, bir şirketi kendi kusurluluğuna göre cezalandırılan bağımsız bir model de (kurumsal model) bulunmaktadır. Bu ayrım Almanya'da kullanılan sınıflandırma yöntemi gibi görünmektedir ve Japonya'da bireysel caydırıcılık modeli ve kurumsal caydırıcılık modeli kavramları buna paralel olarak kullanılmaktadır.³⁰ Bağlılık modeli ayrıca, tanımlama teorisi modeli ve icraya yardım edenin sorumluluğu teorisi modeli olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

3.1.1. Bağlılık Modeli (Abhängigkeitsmodell)

3.1.1.1. Tanımlama teorisi (Identifikationstheorie)

Bu teori, “şirketin ruhunun ve iradesinin” temsilcileri olarak belirli bir yüksek kademedeki karar alıcı personel çevresinin, örneğin temsilci kuruluşların, işlediği suçların şirket suçu olarak tanımlamak suretiyle şirkete cezai sorumluluk yükleyen bir yöntemdir. İngiltere'nin, kanun kapsamındaki suçlar için değil, teamül hukuku (*common law*) kapsamındaki suçlar için şirketlerin cezalandırılması yöntemi olarak tanımlama teorisinin benimsenmesinin temsilcisi olduğu genel olarak bilinmektedir.³¹

Bu teoriye göre, şirketin temsilcisi şirketin iradesini oluşturduğu ve şirketi içeride ve dışarıda temsil ettiği için, temsilcinin eylemleri şirketin eylemleri olarak kabul edilir. Temsilcilerin ihlalleri söz konusu olduğunda, “tanımlama teorisi” olarak adlandırılan teori, tek başına temsilcinin mesleki ihlalinin cezalandırmanın ön koşulu olduğu durumlarda, şirketin bağımsız bir kusurunun (istisna gereği) gerekmediği görüşüne dayanmaktadır. Bu teoriye göre, şirket sadece temsilcinin haksızlığını değil, aynı zamanda sorumluluğunu da taşımaktadır. Ancak, cezalandırılabilirlikte sorumluluğun izafesini kabul etme yaklaşımı, sorumluluğun şahsiliği ilkesiyle çelişebilir, dolayısıyla kusur ilkesiyle de uyum sorunu teşkil etmeye devam edebilir.

3.1.1.2. İcraya yardım edenin sorumluluğu teorisi (Theorie der Erfüllungsgehilfenhaftung)

İcraya yardım edenin sorumluluğu teorisi özellikle Birleşik Devletler'de, bir şirket mensubunun idari bir suç hâlinde sorumluluğun şirkete yüklenmesine ilişkin bir teori olarak bilinmektedir. Bu teori, şirket mensuplarının eylemlerine odaklandığı için bireysel caydırıcılık modelinin bir parçası olarak görülebilir.³² İdari suçların çoğunda kusursuz sorumluluk öngörüldüğü için, şirket, icraya yardım edenin sorumluluğu teorisi kapsamında kusursuz sorumluluk altındadır. Burada söz konusu idari suçun şirketin bir mensubu tarafından işlenip işlenmediği herhangi bir rol oynamamaktadır. Bu mantık, şirketin, mensuplarının hareketlerinden bir fayda sağladığına göre, zararlarına da katlanması

³⁰ Kim Jae-bong, *Binational Punishment Regulations and the Basis of Corporate Punishment*, 8; Kim Yu-geun, *Unternehmensstrafrechtliche Haftung – Probleme der Verantwortungszuweisung –*, 71–79; Kim, *Rechtliches Verständnis der Unternehmensstrafe nach der Überarbeitung der Doppelstrafenvorschriften*, 161–62.

³¹ W. Kim, *Corporate Criminal Liability in South Korea*, 45.

³² Kim, *Rechtsgrundsätze und Regulierungsformen der Unternehmensstrafe*, 127.

gerektiğini ifade eden ve sadece medeni hukukta değil, aynı zamanda ceza hukukunda da benimsenmiş olan zarara katlanma yükümlülüğü ilkesinden (*Grundsatz der Schadensersatzhaftung*) kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, icraya yardım edenin sorumluluğu teorisi adeta, bir şirketin ceza sorumluluğunu adalet kapsamında değerlendiren bir teoridir.

3.1.2. Bağımsız Model (Unabhängiges Modell)

Bağımsız model, bir gerçek kişinin eylemlerinden farklı olarak şirketin “organizasyon yapısındaki bir eksiklikten” veya “organizasyonel taksirinden” kaynaklı olarak cezai takibata tabi tutulmasına dayanan yöntemdir. Bağımsız kurumsal sorumluluk teorisi (*unabhängigen Organisationshaftungstheorie*) (birincil kurumsal kusurluluk doktrini) olarak adlandırılan teori, alışlagelmiş işveren sorumluluğu teorisinin aksine, çalışanın kusuruna ek olarak şirketin kendi hatası nedeniyle de kusurlu olması temelinde ceza sorumluluğunu gerektiren bir teoridir. Örneğin, bir şirket çalışanı bir ihlalde bulunursa, bağımsız kurumsal sorumluluk teorisi, çalışanın işle ilgili ihlaline ek olarak, şirketin kendi kusurundan sorumlu olmasının da şirkete ceza verilmesi için şart olduğu görüşüne dayanmaktadır. Bunun haklı gerekçelere dayandığı düşünülebilir. İki taraflı cezalandırma hükmünün “kusur ilkesi” kapsamında değerlendirilebilmesi, şirketlerin bağımsız olarak cezalandırılabilmesinin temelini bu teoriye dayanan istisna hükmünde düzenlenmiş olmasından kaynaklandığı ifade edilebilir. Bu modele dayanan bir mevzuat örneği olarak, İsviçre Ceza Kanunu, şirketin belirli suçları önlemek için gerekli ve beklenen tüm organizasyonel önlemleri almaması halinde, gerçek kişilerin cezalandırılmasından bağımsız olarak şirketlerin belirli suçlardan cezalandırılmasını öngörmektedir.

3.2. Şirketlerin Cezalandırılabilirliğine İlişkin Kanun Önerisi

3.2.1. Mer’i Hukuk Kapsamında İki Taraflı Cezalandırma Hükmünün İyileştirilmesi

Kore Adalet Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi’nin 2007 yılında verdiği, iki taraflı cezalandırma hükmünün uygulanmasının kast veya taksirden bağımsız olarak kusurluluk ilkesini ihlal ettiği yönündeki kararını kullanmaktadır. 1) Çalışanların suç teşkil eden eylemlerini önlemeye yönelik yönetim ve denetim yükümlülüğü yerine getirilmişse, şirketler ve bireysel işletmeciler ceza sorumluluğundan muaftır. 2) Sadece işletme yönetimi ve denetimindeki ihmaller için hapis cezası öngören iki taraflı cezalandırma hükümlerinin kaldırılması 3) “İşletme ile ilgili” ihlallere yönelik iki taraflı cezalandırma hükümlerinin uygulama alanının kısıtlanması.

Kore Adalet Bakanlığı 2008 yılından bu yana yaklaşık 400 ilgili kanunu yeniden düzenlemekte ve böylece işletme sahiplerinin çalışanların işle bağlantılı olmayan hareketlerinden sorumlu tutulmamasını sağlamaya çalışmaktadır. Bununla birlikte, iki taraflı cezalandırma hükümlerinin iyileştirilmesi suretiyle şirketlerin cezalandırılabilirliğinin rasyonelleştirilmesinin, kusur ilkesiyle bir dereceye kadar uyumlu olduğu, ancak şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin reddedilmesiyle suç işleme kabiliyetlerinin münhasıran kabul edilmesi arasındaki teorik çelişkiyi çözemediği eleştirisi getirilmiştir.³³

³³ Kim, *Corporate Criminal Responsibility*, 381.

3.2.2. Düzene Aykırılıkların Tanzimine İlişkin Kanun Uyarınca Şirketlerin Cezalandırılmasına Yönelik Tedbirler

İki taraflı cezalandırma hükmünde şirketlere karşı bir yaptırım aracı olarak öngörülen adli para cezası, taksire dayanan idari para cezasına çevrilmiştir. Bu bağlamda, 22 Haziran 2008 tarihinde yürürlüğe giren Düzene Aykırılıkların Tanzimine İlişkin Kanun kapsamındaki düzenlemeyi göz önünde bulundurabiliriz. Halihazırda, Düzene Aykırılıklar Kanunu kapsamında idari para cezası verilebilecek suçlar bu Kanun kapsamındaki idari yükümlülüklerin ihlali ve ayrıca da hukuka aykırılık derecesi ile sorumluluğun ceza hukuku kapsamındaki suçlardan daha az ciddi olduğu hukuki değerlerin ihlali ile sınırlıdır.³⁴

Düzene Aykırılıkların Tanzimine İlişkin Kanun'un 11'inci maddesi mevcut durumda şöyle öngörmektedir: "Bir şirketin veya bireyin (işletmecinin) temsilcisi, çalışanı veya diğer bir görevlisi, işle ilgili olarak şirkete veya bireye (işletmeciye) yüklenen kanuni bir yükümlülüğü ihlal ederse şirkete veya bireye (işletmeciye) taksiri dolayısıyla idari para cezası verilir, zira bu durum, şirketin cezalandırılmasının temelini oluşturmaktadır." Bu uygulama, şirketlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılmasına ilişkin uzun bir tartışmanın ardından Almanya'nın Düzene Aykırılıklar Kanunu'nun 30'uncu maddesi uyarınca idari suçlar için şirketlere idari para cezası uygulamasına benzemektedir.

3.2.3. Şirketlerin Ceza Hukuku Kapsamında Cezalandırılması İçin Özel Kanunların Çıkarılması

Avusturya Kolektif Sorumluluk Kanunu gibi, şirketlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılmasının zeminini ortaya koyacak müstakil bir özel kanunun kabul edilmesi düşünülebilir. Bu kanun yapma yöntemi, şirketlerin cezalandırılabilirliğini ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmediği için hâlâ tartışmalıdır, ancak şirketlerin cezalandırılabilirliğinin muhtevasını maddi hukuk içeriği ve usul hukuku içeriği olarak ayırarak gerektiğinde derhal yeniden gözden geçirilebilme avantajına sahip şekilde sistematik bir şekilde kontrol altına alabilir.

3.2.4. Şirket Suçlarının Cezalandırılmasına İlişkin Hükümlerin Ceza Kanunu'na Dahil Edilmesi Yöntemi

Örneğin Fransa ve İsviçre'de Ceza Kanunu'nda şirketlerin cezalandırılmasına ilişkin hükümleri düzenleyen bir kanun yapma usulü bulunmaktadır. Gerekli olan, şirketlerin suç işleme kabiliyetini tam suretle kabul etmek, ceza hukukunun genel hükümlerine şirketlerin ceza sorumluluğuna ve cezalandırılmalarına ilişkin açık hükümler koymak ve şirketlerin suç faili hâline gelebileceği münferit suç türlerine "şirket" ifadesini eklemektir.³⁵

Bu yöntem, şirketlerin suç işleme kabiliyetlerini tanıdığı ve adli para cezası ve erteleme gibi çeşitli ceza hukuku yaptırımları uygulayabildiği için, önceki üç yöntemle göre mantıklı açıdan daha tutarlı ve yeknesak olma avantajına sahiptir. Öte yandan, şirketlerin suç işleme kabiliyetine ilişkin teorik bir görüş birliği dahi bulunmadığından, bu tür bir kanuni düzenleme yapılmasının erken olduğu eleştirisi getirilmektedir. Bu nedenle kanun

³⁴ Lee Joo-hee, *Possibility and Means of Sanctions Against Companies*, 434-; Cho, *Studie über das Gesetz, das die Ordnung verletzt*, 50-.

³⁵ Park, *Probleme mit der zweiseitigen Bestrafungsvorschrift und der neuen Zusammensetzung der Unternehmenskriminalität*, 131; Lee, *Criminal Capacity and Criminal Responsibility of Corporations*, 70-77

koyucunun ceza politikası kararı, şirketlerin suç işleme kabiliyetlerinin kabul edilip edilmediğini belirlemek için gereklidir. Bu aynı zamanda örneğin şirketlerin suç işleme ve sorumluluk kabiliyetleri, şirketin cezalandırıldığı suçun türü, özel ceza gereklilikleri ve ceza hukuku yaptırımlarının içeriği gibi pek çok zor meseleyi de içermektedir. Ancak, sadece çözülmesi gereken birçok problem olduğu gerekçesiyle, bunun henüz erken olduğu argümanı ile süresiz olarak kaçınılamayacağından, bu geçerli bir nokta olarak kabul edilemez.

4. Sonuç

Kore mer'î hukukunda, şirket cezaları iki taraflı cezalandırma hükümleri aracılığıyla bir ceza politikası işlevini yerine getirmekte ve mevzuat, şirketlerin kısmen kendi başına ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin tartışmalar, şirketlerin cezalandırılması modellerine ilişkin tartışmalar ve yabancı kanun örneklerinin kullanılması yoluyla yürürlüğe konmuştur. Teorik önerinin etkili olduğu söylenemez.

Şirketlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılması için seçenek olarak üç yöntem bulunmaktadır. Birinci olarak, şirketlerin problemini gerçek kişi merkezli ceza hukuku sisteminden sapmayacak şekilde çözmek için bir metodoloji. İkinci olarak, şirketleri gerçek kişi merkezli ceza hukuku sistemine dahil etmek için hukuk teorisinin karşılaştırmalı inşasına yönelik bir metodoloji. Son olarak, şirketlerin ve gerçek kişilerin tek bir ceza hukuku sisteminde nasıl birleştirileceğine dair radikal bir metodolojidir.

Şirketlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılması problemi sadece şirketlerin ceza hukuku kapsamında cezalandırılması sorunu değildir; bu sorun ancak ceza hukuku düşüncesinin mevcut çerçevesinin kırılmasıyla çözülebilir. Geleneksel ceza hukuku sisteminin iç tartışma sürecinin sınırları olduğundan, tüm ceza hukuku sisteminin yeniden yapılanmasına ihtiyaç vardır. Bu yeniden yapılanmanın başlangıç noktası, tüzel kişiye hukuki sonuç yüklenmesi perspektifinden ziyade, tüzel kişinin ontolojik özü olmalıdır.³⁶

Diğer bir ifadeyle: Ceza hukuku alanında, şirketleri veya kuruluşları kendi başlarına mevcut olan varlıklar olarak kabul etmek gerekir. (Burada “varoluşsal varlık” (*existentielle Existenz*) bir şeyin özü olarak değil, nesnenin kendisinin varlığı anlamında kullanılmıştır). Gerçek dünyada aslen var olan tüzel kişiliğin kendisi, olduğu gibi kabul edilmelidir. Buna dayanarak, şirketlerin suç teşkil eden eylemlerinin belirlenmesi ve şirketlerin ceza hukuku bağlamındaki sorumlulukları için teori geliştirilmesi önerilmektedir.

³⁶ Ryu, *Ein Versuch einer neuen Interpretation der strafrechtlichen Haftung von Unternehmen*, 78

Kaynaklar / References

- Bae, Jong-dae. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 15. Aufl. Hongmunsa, 2021.
- Cho, Byeong-seon. "Unternehmensstrafrechtliche Haftung nach den überarbeiteten zweiseitigen Bestrafungsvorschriften: Eine Widerlegung der Schuldvermutungstheorie." *Criminal Policy* 21, no. 1 (2009).
- . "Studie über das Gesetz, das die Ordnung verletzt." *Law Journal* 9. Cheongju University Law Research Institute, 2007.
- Cho, Kuk. "Criminal Liability of Corporations and the Legal Character of the Double Punishment Provision." *Seoul National University Law* 48, no. 3 (September 2007).
- Jeong, Seong-geun, and Gwang-min Park. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 3. Aufl. Sungkyunkwan University Press, 2020.
- . *Allgemeine Theorie des Strafrechts (Jeongjeong-Ausgabe)*. Sungkyunkwan University Press, 2012.
- Kim, Hye-Kyung. "Reflections on Criminal Law Intervention in Corporate-Related Crimes." *Journal of Criminal Law* 27, no. 3 (September 2015).
- Kim, Il-soo, and Bo-hak Seo. *Neue Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 12. Aufl. Parkyoungsa, 2014.
- Kim, Jae-bong. "Binational Punishment Regulations and the Basis of Corporate Punishment." *Hanyang University Law Journal* 24, no. 3 (September 2007).
- Kim, Jae-yoon. *Corporate Criminal Responsibility*. MindTap, 2015.
- Kim, Seong-don. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 8. Aufl. Sungkyunkwan University Press, 2022.
- Kim, Seong-gyu. "Rechtsgrundsätze und Regulierungsformen der Unternehmensstrafe." *Rechtsartikel* no. 578 (November 2004).
- . "Rechtliches Verständnis der Unternehmensstrafe nach der Überarbeitung der Doppelstrafenvorschriften." *Journal of Foreign Law* 35, no. 1 (February 2011).
- Kim, Seong-ryong, and Chang-guk Kwon. "Possibility and Necessity of Introducing Criminal Liability Legislation for Corporate Corporations." *New Trends in Criminal Law* no. 46 (March 2015).
- Kim, Woongjae. "Corporate Criminal Liability in South Korea: Doctrinal Analysis of Joint Penalty Provisions." *Seoul National University Law* 64, no. 2 (2023).
- Kim, Yu-geun. "Unternehmensstrafrechtliche Haftung – Probleme der Verantwortungszuweisung –." *Hanyang Law Studies* 24, no. 3 (August 2013).
- Lee, Cheon-hyeon. "Criminal Capacity and Criminal Responsibility of Corporations." *Criminal Law Research* no. 22 (February 2004).
- Lee, Jae-sang, Young-min Jang, and Dong-beom Kang. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 10. Aufl. Parkyoungsa, 2020.
- Lee, Joo-hee. "Possibility and Means of Sanctions Against Companies." *Hanyang Law Studies* 23 (June 2008).
- . "Consideration on the Improvement Legislative of the Dual Punishment Provisions."

Hanyang Law Studies 20, no. 4 (2009).

Lee, Soon-Wook. *Studie zu Vorschriften zur zweiseitigen Bestrafungsvorschrift von Unternehmen*. Diss., Seoul National University, 2016.

Lim, Woong. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 5. Gesamtausgabe. Beopmunsa, 2013.

———. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 13. Aufl. Beopmunsa, 2022.

Oh, Younggeun. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 6. Aufl. Parkyoungsa, 2021.

Park, Ki-seok. “Probleme mit der zweiseitigen Bestrafungsvorschrift und der neuen Zusammensetzung der Unternehmenskriminalität.” *Criminal Policy* no. 10 (September 1998).

Park, Sang-gi, and Ji-yeon Jeon. *Criminal Law*. 4. Aufl. Jiphyeonjae, 2019.

Shin, Dong-woon. *Allgemeine Theorie des Strafrechts*. 14. Aufl. Beopmunsa, 2022.

Son, Dong-kwon. *Allgemeiner Teil des Strafrechts*. 2., überarb. Aufl. Yulgok Publishing, 2005.

Yazar Hakkında / About the Author

**Prof. Dr. Chen-Chel RYU | Chonnam National University |
ccryu[at]jnu.ac.kr**

Prof. Dr. Chen-Chel Ryu, Chonnam Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesördür. 1997 yılında Almanya, Freiburg Üniversitesi'nden Prof. Dr. h.c. mult. Wolfgang Frisch danışmanlığında Hukuk Doktoru (Dr. iur.) derecesini almıştır. 2019 yılında Kore Ceza Hukuku Derneği Başkanlığı görevini yürütmüş ve 2023 yılında Kore Ceza Hukuku Derneği Akademik Ödülü'ne layık görülmüştür.

**Prof. Dr. Chen-Chel RYU | Chonnam National University |
ccryu[at]jnu.ac.kr**

Prof. Dr. Chen-Chel Ryu is a professor at the Faculty of Law at Chonnam National University. He received his Doctor of Laws (Dr. iur.) degree from the University of Freiburg, Germany, in 1997 under the supervision of Prof. Dr. h.c. mult. Wolfgang Frisch. He served as President of the Korean Criminal Law Association in 2019 and was awarded the Academic Award of the Korean Criminal Law Association in 2023.

YÖNETİCİ PERSONELİN İŞLETME BÜNYESİNDE İŞLENEN SUÇLARLA İLGİLİ ORGANİZASYONEL TEMİNAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Bir işletmede yönetici sıfatıyla görev alan kişilerin, işletme çalışanlarının işledikleri suçlardan belirli koşullar altında sorumlu tutulmaları Alman ceza hukuku doktrininde genel olarak kabul görmekte ve Alman Federal Mahkemesi (BGH) tarafından da bu isnadiyet modeli çerçevesinde yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi mümkün addedilmektedir. Bu kapsamda klasik olarak, işletme çalışanı tarafından işletme bünyesindeki faaliyetler sırasında üçüncü kişilere karşı dolandırıcılık veya güveni kötüye kullanma suçlarının işlenmesi halinde; çalışanın davranışlarını gözetmekle yükümlü olan yönetici personelin de bu suçlar dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun bulunduğu dair genel nitelikte bir kabul mevcuttur. Bununla birlikte, bir başkasının kasten işlediği bir suçtan dolayı yönetici sıfatına sahip olan kişinin ceza hukuku sorumluluğunun bulunduğu kabulü dogmatik olarak bazı isnadiyet sorunlarının cevaplanmasını ve sorumluluğun kapsamının sınırlarının net bir şekilde belirlenmesini gerektirir. Alman ceza hukuku uygulamasında işletme yöneticisinin, işletme bünyesinde işlenen suçlardan dolayı ihmali davranışla fail olarak sorumlu tutulmasına imkân tanıyan kanuni bir düzenleme mevcut bulunmasına karşın Türk Ceza Hukukunda da bu yönde bir hükmün bulunmaması, söz konusu sorumluluk modelinin Türk hukuku bakımından ne suretle gerekçelendirebileceği tartışmasını da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada, bir işletmenin faaliyetleri kapsamında işlenen suçlar dolayısıyla kimlerin hangi argümanlar çerçevesinde sorumlu tutulabilecekleri ele alınarak, cezai uyum programının sahip olduğu özelliklerle bağlantılı olarak söz konusu sorumluluk mekanizmasının esasları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler

İşletme Bünyesinde İşlenen Suç, İşletme Yöneticisinin Sorumluluğu, Cezai Uyum, İhmal, Garantör

DETERMINATION OF THE SCOPE OF MANAGING DIRECTORS ORGANISATIONAL MONITORING DUTIES AND CRIMINAL LIABILITY FOR OFFENCES WITHIN THE COMPANY

Asst. Prof. Dr. Gökhan ÖLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

In German criminal law doctrine, it is generally accepted that persons acting in a managerial capacity within an enterprise can, under certain conditions, be held liable for crimes committed by the enterprise's employees. This attribution model is also recognised by the German Federal Court of Justice (BGH), which allows the criminal liability of managers within this framework. Traditionally, in cases where employees commit crimes such as fraud or breach of trust against third parties in the course of their work for the company, it is generally accepted that the managers who are responsible for supervising the conduct of these employees can also be held criminally liable for such crimes. However, holding a person in a managerial role criminally liable for an offence intentionally committed by another person raises dogmatic issues of attribution. It requires a clear delineation of the scope and limits of such liability. While there is a legal provision in German criminal law that allows a manager to be held liable as a perpetrator by omission for offences committed within the company, there is no equivalent provision in Turkish criminal law. This absence prompts a discussion on how such a liability model could be justified within the framework of Turkish law. This study examines who can be held liable for crimes committed within a company and on what grounds, with particular emphasis on the basic principles of this liability mechanism in relation to the characteristics of compliance programmes.

Keywords

Corporate Crime, Managerial Liability, Corporate Compliance, Omission, Warranter

1. Giriş

İş bölümüne dayalı bir organizasyonda yöneticiler; işletme bünyesinde faaliyet gösteren çalışanların görevlerinin belirlenmesi ve bu kapsamda sahip oldukları yetkilerin kullanılmasına dair işleyiş süreçlerini oluşturma, talimat verme ve iş akışı süreçlerini oluşturarak organizasyonel yapıyı belirleme yetkilerine sahiptir. Söz konusu organizasyon yetkisinin sorumluluk yansımasını ise; her bir organizasyonel yapının kendine özgü özellikleri çerçevesinde -faaliyet alanının objektif koşulları, somut işletmenin kendine özgü şartları, çalışanların kişisel özellikleri- kurumsal risk kaynaklarının belirlenmesi, yönetimi ve icabında güncellenmesi yükümlülüğünün doğrudan yönetici konumunda bulunan kişilere terettüp etmesi oluşturur.

İşletme bünyesinde mevcut risk kaynaklarına yönelik güvenlik önlemlerinin alınması ve faaliyet standartlarına uyumdan sorumlu olan; bu kapsamda talimat verme, organizasyonel yapıyı oluşturma ve denetim yetkisini haiz yöneticinin; verdiği talimatların gereğinin yerine getirilip getirilmediği başta olmak üzere işletmedeki genel risk faktörlerini sürekli gözden geçirmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, günümüz kurumsal işletmelerinin işlevsel olarak farklılaşmış örgüt yapıları gereği yöneticinin hiyerarşik etkisi de bu organizasyon modelinde gittikçe azalmaktadır. Birbiriyle bağdaşmayan bu iki durum kapsamında; söz konusu organizasyon modelinde yöneticinin var olan örgütsel kontrol mekanizması dolayısıyla, işletme bünyesinde işlenen suçlarla bağlantılı olarak teminat yükümlülüğünün kapsamının doğru belirlenmesi gerekir. Bir başka ifadeyle, örgütsel yapıdaki fiili aksaklıkların ve süregelen suiistimallerin anlaşılması ve bunların ortadan kaldırılması bakımından yöneticinin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesine dair argümanların gözden geçirilmesi zorunluluk arz eder.

Organizasyon şemasının halihazırda belirli bir çerçeveye kavuşturulduğu faaliyet alanlarında yöneticilerin kurum içerisinde işlenen suçlarla ilgili sorumluluğunun kapsamı bu şema üzerinden belirlenir. Bir başka anlatımla, işletme bünyesinde faaliyet alanı kapsamında işlenen suçları önlemeye yönelik bir teminat yükümlülüğü bulunan yöneticinin bu yükümlülüğünün genel çerçevesi fonksiyonel olarak belirlidir. Bununla birlikte, suçun işlenmesine doğrudan katkı sunmayan ancak suça ortam hazırlayan hususların mevcudiyetinin bilincinde olan veya olması gereken yöneticinin somut olarak teminat yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmediğine dair yapılacak belirlemede, yöneticiye teminat yükümlüsü sıfatını veren işlevsel pozisyonun net bir şekilde tespit edilmesi gerekir. İşletme bünyesinde işlenen suçun türü, suçun işlenmesinin önlenmesine dair bir teminat yükümlülüğünün bulunup bulunmadığına dair yapılacak belirlemenin ilk basamağını oluşturur. Yöneticinin fonksiyonel sorumluluk alanının kapsamı ile işletme bünyesinde işlenen suçun ilgili faaliyet alanından kaynaklanması halinde ortada bir teminat yükümlülüğü ihlalinin bulunduğu bahsedilebilir.

2. İşletme Yöneticisinin Gözetimden Kaynaklanan Sorumluluğu ve Cezai Uyuma (*Criminal Compliance*) Dair Temel Esaslar

2016 yılında *Schünemann* tarafından ceza hukukunun tekrar *primitifleşmesi* riskine işaret etmek için gösterilen örneklerden biri, hiyerarşik olarak yapılanmış organizasyonlar bünyesinde işlenen suçların doğrudan bu organizasyonun yöneticisine, şirketlerde yönetim

kuruluna isnat edilmesine yönelik yargı uygulamasının eğilimine ilişkindir¹. Yine *Momsen*, uyum görevlisinin teminat yükümlüsü olarak sorumlu tutulmasına imkân tanıyan isnadiyet modelinin, isnadiyet parametrelerini *buharlaştırma*, teminat yükümlülüğünün sınırlarının ölçüsüz bir biçimde elastikleştirilmesi riskinin varlığından bahseder². Bu eğilimin, işletmeler bünyesinde organizasyon yapısının gerektirdiği cezalandırma sisteminin tesisine ilişkin modern ceza hukukunun ihtiyaçlarının gereklerinin karşılanması amacıyla meşru addedilebilmesi; onun ceza hukukunun başta objektif isnadiyet, belirlilik (bu kapsamda spesifik olarak görünüşte ihmali suçlarda teminat yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi) ve kusur (beklenebilirlik) ilkeleri olmak üzere normatif esaslarının içinin boşaltılması riskini de taşıdığının bilincinde olunmasını engellemez.

Almanya’da (henüz) doğrudan işletmelere yönelik ceza hukuku yaptırımlarının uygulanabilmesine imkân tanıyan normatif bir konsept benimsenmemiştir³. Ancak şirketler bünyesinde işlenen suçlarla (*Unternehmenskriminalität*)⁴ ilgili ceza hukuku sorumluluğu konsepti, birçok ülkenin hukuk sistemi tarafından benimsenen ve Alman hukuk sistemini de doğrudan etkileyen Amerika Birleşik Devletleri menşeli *Compliance* sisteminin etkisi altında şekillenmiştir. Organizasyonel olarak uyum konseptinin esası; işletmeler bünyesinde suç işlenmesini önleyici etkilerin oluşmasını sağlayan mekanizmaların devreye girmesini sağlayan formel yapıların oluşturulmasıdır⁵. Bu bağlamda yalnızca yasal yükümlülüklerinin yerine getirilmesini izleyen bir departman kurulması ve yetkililerin görevlendirilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda engellenmesi amaçlanan davranışlara yönelik caydırıcı etki doğuran çerçeve nitelikteki sistemsel koşulların da oluşturulması gerekir.

Bu alanda oluşturulan ceza hukuku sorumluluğu metodolojisi, modelin doğduğu ceza hukuku sorumluluğu düşüncesinin önemli yansımalarını barındırır. Bu itibarla söz konusu alanda başta bireysel sorumluluk esası ve kusur ilkesi olmak üzere bazı temel prensiplerin tamamen pragmatist ve sonuç odaklı gerekçelerle esnetilmesine yol açar. Dolayısıyla bu alanda ceza hukukunun teorik ilkelerinden ziyade; Amerikan pragmatizminin şekillendirdiği etkililik odaklı bir yapı hâkim durumdadır.

¹ Bernd Schünemann, “Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, no. 10 (2016), 656. 656. Primitif ceza hukuku; faille suç oluşturan olay arasında doğa üstü bir ilişkinin bulunduğu dair bir belirlemede bulunularak sorumluluğun varlığının kabul edildiği dönem uygulamasını ifade eder. Öyle ki bu dönemde kişinin davranışı ile sorumluluğunun esasını oluşturan olay arasından bir nedensellik ilişkisi bulunması gerekmeyişi gibi kişinin sosyal statüsü gereği suçtan dolayı sorumlu tutulmasını sağlayan normatif esaslar da bulunmaz, Schünemann, “Über Strafrecht”, 655.

² Carsten Momsen, “Der ‘Compliance-Officer’ als Unterlassensgarant. Ein neues Zurechnungsmodell oder ein weiterer Schritt auf dem Weg der Evaporation von Zurechnungsparametern?” In *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), 758-759.

³ Bu konuda bkz. Marc Engelhart, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. Aufl. (Duncker & Humblot: Berlin, 2012), 749-750. Bu yönde Avrupa örneği için bkz. Avusturya’da 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren yürürlükte olan “*Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*” <https://www.jusline.at/gesetz/vbvg> (E.T. 24.06.2024).

⁴ Genel olarak işletme ifadesine karşılık gelen *Betrieb* ifadesi, *Unternehmen* (şirket) kavramından daha geniş nitelikte olup esasen *Betriebskriminalität* kavramı daha kapsayıcı niteliktedir. Nitekim ticaret hukuku anlamında işletme bir gerçek kişiye de ait olabilir ve mutlaka bir şirketin bünyesinde faaliyet göstermesi gerekmez.

⁵ Gerhard Dannecker, “Compliance – Domestic and International Good Practices: Tendenzen zur Verrechtlichung ethischer und unternehmensinterner Regeln” In *Die Kriminalwissenschaften als Teil der Humanwissenschaften: Festschrift für Dieter Dölling zum 70. Geburtstag*. (Baden-Baden: Nomos, 2023), 140.

Modern ceza hukuku sistemleri tarafından kabul edilen veya sistemselsel olarak tartışılan işletmelerin ceza hukuku sorumluluğu (*Verbandsstrafrecht*) modelinde esas olarak; birliğin yöneticisi veya çalışanı tarafından bir suç işlenmiş olması halinde, bu kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun yanında aynı zamanda bizzat işletmenin de ceza hukuku sorumluluğuna gidilebilmesi söz konusudur⁶. Bir ticari işletmenin (*Wirtschaftsunternehmen*) ceza sorumluluğunun bulunabilmesi için, işletme lehine bir suç işlenmiş olması veya suçun işletme bünyesinde öngörülen yükümlülükler ihlal edilerek işlenmiş olması gerekir. Buna ek olarak, bir karar verici (genel müdür, yönetim kurulu üyesi veya denetleme kurulu üyesi gibi) veya çalışan suçu işlemiş olmalıdır. Çalışanlar tarafından işlenen suçlar söz konusu olduğunda, karar vericilerin koşulların gerektirdiği gerekli ve makul özeni göstermemeleri, özellikle de bu tür suçları önlemek için gerekli teknik, organizasyonel veya personel önlemlerini almamaları nedeniyle suçun mümkün kılınmış veya önemli ölçüde kolaylaştırılmış olması da gerekir.

İşletmeler bünyesinde çalışanlar tarafından işlenen suçların *yönetici personel veya uyum görevlisine yükümlülük ihmali dolayısıyla izafe edilebilmesinin* temelinde ise işletmeler bünyesinde ceza hukuku bakımından ortaya çıkan “organize sorumsuzluk (= *organisierte Unverantwortlichkeit*)” olgusuyla mücadele gelir. Bu bağlamda geliştirilen isnadiyet modelinin esası gözetim yükümlülüğü bulunan yönetici personelin, maiyeti altında çalışan personel tarafından işlenen suçlardan ihmali suretle sorumlu tutulmasıdır⁷.

Bu tebliğde işletmenin ceza hukuku sorumluluğuna gidilebilip gidilemeyeceği sorunu ele alınmamakta; işletme yöneticilerinin (*Leitungsperson – Geschäftsführer*) işletme bünyesinde çalışan personel tarafından işlenen suçlar dolayısıyla sorumluluklarının belirlenmesine ilişkin Alman ve Türk ceza hukuku sistemlerinde benimsenen normatif esaslar tartışılmaktadır. Dolayısıyla ele alınan konu kapsamında amaçlanan doğrudan işletmelerin ceza hukuku sorumluluğunun bulunmasına yönelik bir tartışma yürütmek değildir; bununla birlikte, işletmenin ceza hukuku sorumluluğunun doğması için söz konusu olabilecek ihtimallerden biri de yöneticinin denetim ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla işletme bünyesinde bir suç işlenmiş olmasıdır. Bu itibarla her iki konu arasında doğrudan bir irtibat bulunduğu yadsınamaz.

Ceza hukukunun geleneksel haksızlık modeli ve yaptırım sistemi dikkate alındığında; esasen cezai uyum (*Criminal Compliance*) programı kendine özgü bir yere sahip olup bu kapsamda klasik ceza hukuku müesseselerinin ancak uyum programının özel gereklilikleri ve bu programın kendine özgü niteliği dikkate alınarak anlamlandırılabilmesi mümkün olabilir⁸. Bu noktada birkaç örnek gösterilmesi gerekirse; uyum programı sadece normatif kurallara bağlılıkla içeriği doldurulmayan ve salt yazılı kurallara uyulmasının ötesinde işletmenin başta uluslararası “iyi uygulama (= *Good Practices*)” modellerine yönelimini gerektirir. Bu kapsamda ceza hukuku sorumluluğunun dayanağını oluşturan “*kural ihlallerinin*” gerek bizzat işletmenin kendi iç düzenlemeleri gerekse bahsedilen iyi uygulama teamülleriyle

⁶ Dannecker, “Compliance”, 135.

⁷ Alman ceza hukukunda, işletme faaliyetleri sırasında işlenen suçlar dolayısıyla teminat yükümlüsünün ceza hukuku sorumluluğunun esasını oluşturan hukuki enstrüman olarak cezai uyumun hukuki temellerinin atıldığı *BGH* kararı için bkz. *BGH, Urteil vom 17. 7. 2009 - 5 StR 394/08, Neue Juristische Wochenschrift* 62, no. 43 (2009), 3173 vd.

⁸ Thomas Rotsch, *Criminal Compliance Handbuch* (Baden-Baden: Nomos, 2015), 5. Uyum müessesesinin iç dinamiklerine dair bilgi için bkz. Dannecker, “Compliance”, 137-139.

oluşturabilmesi mümkün hale gelir. Zira uyum süreçlerine dahil olan kişilerin yükümlülükleri bütünlüklü bir biçimde tüm sayılan hususlar dikkate alınarak değerlendirilir. İlgili işletmenin faaliyet alanındaki iyi uygulama örneklerinin o işletme tarafından uygulanması gereken özen kurallarının kapsamının belirlenmesinde rol oynaması söz konusudur. Her ne kadar Avrupa Birliği çatısı altında gerek direktiflerle gerekse de tüzükler vasıtasıyla kararlaştırılan standartların üye ülkeler ve bu ülkelerle iş yapacak işletmeler tarafından benimsenmesine dair süreç çoğunlukla kodifikasyon vasıtasıyla gerçekleşmekteyse de özellikle Amerika Birleşik Devletleri ile bağlantılı olan yabancı şirketlerin bu ülke düzenlemelerini daima dikkate almaları gerekir. Amerikan uyum sisteminde ise yazılı hukuk kuralları haline getirilmemiş iyi uygulama beklentileri en üst düzey uyum standartlarının mevcut bulunduğu faaliyet alanlarında önemli bir rol oynamaktadır⁹. İkinci bir nokta olarak ise uyum süreçlerinde kurala uygun davranma motivasyonunun kaynağını bizzat kişinin normatif-etik haksızlık bilinci oluşturmaz. Zira organizasyon esaslı uyum programı dahilinde riayet edilmesi gereken kurallar bütününe büyük bir kısmını etik açıdan *nötr* içeriğe sahip hususlar oluşturur. Bu süreçte ilgililerin kurallara uymalarını sağlamak için onların ödüllendirilmesi yöntemine başvurulması pratiğine rastlanmaktadır. Dolayısıyla kurala uygun davranma motivasyonunun sağlanması ilgili kuralın içeriğinin de etkisiyle tamamen pragmatist bir biçimde ele alınmaktadır¹⁰.

3. İşletme Bünyesinde Çalışan Kişinin Suç İşlemesinin Engellenmesi Yükümlülüğünün Kaynağı

Almanya’da işletme bünyesinde çalışan kişi (veya kişiler) tarafından organizasyonel yapının sağladığı imkanlardan faydalanılarak bir suç işlenmesi ve yönetici personelin suçu önleme yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemiş olmasının bu suçun işlenmesinde rol oynadığı hallerde, yöneticinin de ceza hukuku sorumluluğunun varlığı kabul edilir. Bu kapsamda işletme organizasyonunun doğru tesis edilmemesi, izlenmemesi, talimat ve direktif verme yetkisinin kullanılmamasından kaynaklı olarak çalışanların işletmenin faaliyeti kapsamında işledikleri suçlar yöneticinin de sorumluluğunu gerektirir. Ancak bu sorumluluğun esası, salt çalışanın işletme faaliyetiyle ilgili bir suç işlemesi olmayıp davranışın meydana geldiği tehlike kaynağı üzerindeki hakimiyet ve bundan kaynaklı olarak ihlal edilen suçu engellemeye dair gözetim yükümlülüğüdür (*Überwachungspflicht-Verhinderungspflicht*)¹¹. Yöneticinin işletme faaliyetlerini organize etme ve çalışanlara talimat verme yetkisinden doğan sorumluluğundan bu alanda işlenebilecek suçları önleme yükümlülüğü türetilmektedir.

Buna göre yöneticiler, gözetim yükümlülükleri çerçevesinde personelin işletme faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri işlemlerin hukuka uygunluğunu denetleyecek organizasyonel tedbirleri almakla ve bu tedbirlerin fonksiyonel olarak gereklerinin yerine getirilmesini

⁹ Dannecker, “Compliance”, 141-143.

¹⁰ Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri uyum programı modeline dair kılavuz hükümleri hakkında bilgi için bkz. Dannecker, “Compliance”, 150.

¹¹ Héctor Hernández Basualto. “Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen im Unternehmen.” In *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch*. (Berlin: Duncker & Humblot, 2013), 336.

sağlamakla yükümlüdür¹². Yöneticinin, işletme faaliyetini bizzat kendi eliyle yürütmesi halinde başkalarının menfaatlerine zarar verilmemesi için uyması gereken yükümlülükler, faaliyetin personel olarak çalışan kişiler tarafından yürütülmesi halinde de aynı şekilde riayet edilmesine yönelik esastan tezahür eden bu sorumluluk tarzı uyarınca; yönetici personelin çalışan kişilere faaliyetin ifasını devretmiş olması onu sorumluluktan kurtarmaz. Aynı zamanda yürütülen faaliyet kapsamında suç işlenmemesini sağlayacak olan kurumsal tedbirlerin alınması; kontrol ve müdahale imkânı veren operasyonel tedbirlerin hayata geçirilmesi gerekir¹³. Bu isnadiyet modelinin temel karakteristiği işletme bünyesindeki faaliyetin ifasının ehil nitelikteki personele bırakılmasının ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmamasıdır. Dolayısıyla bu konseptte bir başkasının kasten suç işlemeyeceğine yönelik “güven ilkesi” uygulama alanı bulmaz.

Alman ceza hukukunda işletme yöneticisinin çalışanlar üzerinde işletmenin faaliyet alanıyla ilgili olarak işlenmesi mümkün olan suçları engellemeye yönelik gözetim yükümlülüğünün kaynağı StGB § 13 düzenlemesinden hareketle gerekçelendirilir¹⁴. Bu bağlamda genel hükümlerde yer alan bu düzenleme uyarınca; gözetim yükümlülüğü kapsamında başkasının işlediği bir suçu önlemek hususunda hukuken yükümlülük altında bulunan kişinin bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde ihmali suçtan dolayı sorumluluğu söz konusu olur. StGB’de genel hükümler kısmında yer alan bu düzenleme vasıtasıyla, yönetici personelin gözetim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde işletme faaliyetiyle ilgili işlenen herhangi bir suçtan dolayı sorumlu tutulması hukuken mümkün addedilir. Söz konusu yükümlülüğün formel kaynağı olarak kanundan doğan yükümlülük¹⁵ veya sözleşme ilişkisi¹⁶; maddi-fonksiyonel esası ise tehlike kaynağı üzerindeki hakimiyet olarak kabul edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla, işletme çalışanlarının faaliyetlerinin gözetimi, tıpkı tehlikeli bir eşyanın kontrolünde olduğu gibi, onların işleyebileceği suçların normatif olarak ceza hukuku sistemi bakımından tehlike kaynağı olarak addedilmesinden ileri gelir¹⁸.

¹² Gözetim yükümlülüğünden kaynaklı teminat yükümlülüğü (*Überwachergarantenstellung*); işletme yöneticisinin kendi maiyetinde çalışan kişilerin gerçekleştirdiği davranışlardan kaynaklanan suçları önleme yükümlülüğü barındıran bir teminat yükümlülüğü türüdür.

¹³ Wolfgang Frisch, “Zur Verantwortlichkeit von Unternehmern und Unternehmensorganen für Straftaten ihrer Mitarbeiter: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft.” In *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2018), 138.

¹⁴ StGB § 13 (*Begehung durch Unterlassen*): “Wer es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört, ist nach diesem Gesetz nur dann strafbar, wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht.”

Frisch’e göre; bu kapsamda sorumluluk için mutlaka çalışan tarafından icrai bir suç (*Begehungsdelikt*) işlenmiş olması gerekir, Frisch, “Zur Verantwortlichkeit”, 123.

¹⁵ Örneğin bir anonim şirket bakımından yönetim kurulunun görevleri ilgili kanunda açıkça düzenlenmiştir.

¹⁶ Bir işletmede yönetici olarak atanan kişinin bu görevinin kaynağı sözleşme ilişkisi çerçevesinde görevlendirilmesidir.

¹⁷ Thomas Weigend, “StGB § 13 Begehen durch Unterlassen”. In *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 13. Aufl. (Berlin/Boston: De Gruyter, 2020), kn. 55-56; Nikolaus Bosch, StGB “§ 13 Begehen durch Unterlassen”. In *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Aufl. (München: C.H. Beck, 2019), § 13 kn. 53a.

¹⁸ Bu çerçevede olgusal bir tehlikelilik kaynağından ziyade, suç işlenmesine zemin hazırlayan bir organizasyon yapısının mevcudiyeti bağlamında, normatif nitelikte, kendine özgü bir tehlikelilikten bahsedilebilir, Karsten Gaede, “StGB § 13 Begehen durch Unterlassen”, In *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 6. Aufl. (Nomos, 2023), kn. 53 Bu kendine özgü nitelikteki normatif tehlike kaynağı üzerindeki hakimiyetin sınırını da işletmenin tipik-spesifik faaliyetiyle sınırlı olarak işlenmesi mümkün suçların önlenmesi oluşturur. Çalışanlar tarafından

4. Uyum Yönetimi ve Uyum Görevlisi

Uyum programının ekonomik ve normatif boyutunun şekillendirilmesi sürecindeki ilk aşamada işletmenin ekonomik motivasyonlarının, kazancını maksimize etmeye yönelik eğiliminin ve dolayısıyla hizmet üretme, ürün pazarlama, reklam gibi işletme hedeflerine ulaşılmasındaki süreçlerde ortaya çıkan rizikoların doğru belirlenmesini gerektirir¹⁹. Bir işletme bünyesinde izlenen sıkı zamansal programlar, yüksek satış ve kâr hedefleri, yıl sonu başarı beklentileri işletme çalışanının üçüncü kişilerin zararına dolandırıcılık veya topluma yönelik rüşvet gibi suçları işletme faaliyetinin sürdürülmesi kapsamında işlemesinin en önde gelen sebepleridir. Yöneticilerin işletme faaliyetlerinden kaynaklı suçları engellemeye yönelik ceza hukuku sorumluluklarının esasını oluşturan gözetim yükümlülüğü de esasen bu bahsedilen hususlara ilişkindir.

Yönetici tarafından gözetim yükümlülüğünün devredebilmesi, işletme bünyesinde bir uyum yönetim sistemi tesis etmek suretiyle mümkündür. Bu durumda görev alanının kapsamıyla sınırlı olarak; uyum görevlisinin işletme faaliyetlerindeki sorunları denetlemesi ve suç işlenmesine yönelik riskli uygulamaları ortadan kaldırması söz konusu olur. Bu bağlamda işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların engellenmesine yönelik asli yükümlülük; bu yükümlülüğün gerekliliklerini sağlayabilmeye muktedir ve organizasyonel olarak uygun bir uyum yönetimi sisteminin (*Compliance Management System*) oluşturulması suretiyle de yerine getirilebilir²⁰. İşletmeler bünyesinde gerçekleşen suçlulukla mücadele parolası altında şekillenen yeni bir teminat yükümlülüğü biçimi olarak ortaya çıkan “Uyum Görevlisi (= *Compliance Beauftragte*)” müessesesi kapsamında; uyum görevlisine yetkililer tarafından genel olarak işletme çalışanlarının faaliyet alanında öngörülen kural ve iyi uygulama örneklerine riayet edip etmediklerini denetleme görevi verilir.

Özellikle uluslararası alanda birçok farklı ülkede faaliyet gösteren işletmeler bakımından uyum yönetim sisteminin oluşturulması bir hukuki yükümlülük olarak öngörülmektedir. Yine bu bağlamda faaliyet gösterilen yabancı ülkenin hukuk sistemine uyum sağlanmasına yönelik olarak etkili bir uyum departmanının oluşturulmasının daha sonra işlenen suçlar

işletmenin faaliyetinin yürütülmesi kapsamındaki spesifik davranışlar dışında kalan süreçler dahilinde işlenen suçlar teminat yükümlülüğünün dışındadır.

¹⁹ Christine Parker und Vibeke Lehmann Nielsen. “Compliance: 14 Questions.” In *Regulatory Theory Foundations and Applications*, (ANU Press: Australia, 2017), 222. Bu bağlamda bütünlükçü bir uyum programında esas olan, işletme faaliyetinin ve iş modelinin odağında bulunduğu sosyal, ekonomik ve politik faktörler dikkate alınarak normatif bir konsept oluşturulmasıdır. Dolayısıyla, iş modeli diğer tüm uyum boyutlarıyla etkileşim halindedir. Bir işletmenin düzenleyici yükümlülükleri iş modeliyle ilgisizse, her zaman uyum sağlanamama riski daha yüksektir, Parker/Nielsen, 225.

Bu süreçlerin bizzat işletme tarafından belirlenmesi ve belirlenen yükümlülüklerle aykırılıkların ceza hukuku sorumluluğuna esas olması ceza hukukunun özelleştirilmesi (= *Privatisierung des Strafrechts*) olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda bkz. Dannecker, “Compliance”, 134; Momsen, “Compliance Officer”, 754 (*Selbstregulierung*). Devlet tarafından ihdas edilen kuralların birçok faaliyet alanının karmaşıklık seviyesine uygun düzenlemeleri barındırmasının mümkün olmaması, risk kaynağı oluşturma potansiyeline sahip olan tüm olay kurgularının detaylarıyla düzenlemeyeceği, hukuki düzenlemelerle gerçekleştirilen normlaştırma faaliyetinin prensiplerin belirtilmesi düzeyinde kaldığı ve her bir işletmenin kendi faaliyet alanının özelliklerine göre bu normları somutlaştırması söz konusu olur.

²⁰ Hans-Lucas Bauer und Anke C. Wißmann, “Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen.” In *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag*. (Baden-Baden: Nomos, 2014), 23.

dolayısıyla işletme sorumlularının ceza hukuku sorumluluklarını hafifletici etki doğurduğu belirtilmektedir.^{21,22}

İşletme faaliyetlerinin kurallara uygunluğunu denetlemek hususunda görevlendirilen uyum görevlisinin aktüel olarak suçu engelleme yükümlülüğü ancak işlenmekte olan suça etkili bir şekilde müdahale etme imkanına sahip olması halinde mevcuttur. Şayet bu konuda görevlendirilen kişinin işlenmekte olan suça müdahale etme hususunda yeterli imkânı yoksa yalnızca işletme sorumlusuna çalışanların suç işlemekte olduğuna dair bilgi verilmesiyle yükümlülüğünün gerekleri yerine getirilmiş olur. Bu husus özellikle uyum görevlisinin yetkilerinin kapsamı ve iç denetim organı olarak görevlendirilen kişi veya kurulların yükümlülüklerinin sınırının belirlenmesi çerçevesinde önem arz eder²³. Uyum görevlisinin gerçekleştireceği denetimin kapsamı; ilgili spesifik işletmenin faaliyet ve organizasyon yapısıyla doğrudan bağlantılıdır. Uyum görevlisine tanınan yetkinin kapsamının işletme bünyesinde işlenen suçlarla ilgili olarak sorumluluk mekanizmasının işletilmesi bakımından büyük önemi vardır. Şayet uyum görevlisi yalnızca işletmenin iç işleyişine dair faaliyetleri denetleyerek karşılaşılan aksaklıkları yetkili kişilere raporlamakla yetkiliyse bu durumda uyum görevlisinin işletme bünyesinde işlenen suçlar dolayısıyla sorumluluğu yalnızca “bildirim” yükümlülüğünün ihlaliyle ilişkilendirilebilir²⁴ ve yönetici personelin şirket çalışanları üzerinde gözetim yükümlülüğü devam eder²⁵. Çünkü burada, çalışanlar üzerinde onlar tarafından işlenen suçları önleme yükümlülüğünü doğuran bir hakimiyet yetkisi, uyum görevlisi nezdinde bulunmaz.²⁶

²¹ Amerika Birleşik Devletleri, Fransa ve İspanya’da bu yönde düzenlemeler bulunduğu dair bkz. Dannecker, “Compliance”, 146.

²² Şirket faaliyetlerinin uluslararasılaşması ve suç işlenmesi riskinin iş ilişkilerinin kapsamıyla birlikte genişlemesine dair kanaatimizce şöyle bir örnek gösterilebilir: Bir hazır giyim firmasının merkezinin bulunduğu ülkeden başka bir ülkede bu firma adına taşeron üretim yapan şirketin, söz konusu üretim sürecinde “çocuk işçi” çalıştırdığı ve bu kişilere kayıt dışı nitelikte çok cüzi bir ödemede bulunduğu tespit edilir. Esasen söz konusu giyim firmasının taşeron olarak üretim yaptırdığı şirketin ürünleri üretirken, esas firmanın kayıtlı olduğu ülkenin hukuki standartlarını benimsemesi zorunludur. Firmada, taşeron şirketler tarafından bu hukuki yükümlülükler uygun hareket edildiğini denetleme ve olası bir yükümlülüğe aykırılık halinde derhal bu aykırılığı menetme yetkisi bulunan departman yöneticileri bulunmaktadır. Buna rağmen söz konusu yöneticiler tarafından taşeron şirketin çalışma koşullarının denetlenmesine dair hiçbir girişimde bulunulmaz, bu yönde önemli risklerin varlığının bilincinde olunmasına rağmen söz konusu operasyonel uygunsuzlukların giderilmesi bakımından herhangi bir önlem alınmaz.

StGB § 232 kapsamında insan ticareti suçu düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca; on sekiz yaşından küçük bir kimsenin -çocuğun- çaresizliğinden faydalanılarak ekonomik açıdan sömürülmesi, bu bağlamda çalıştırılmak amacıyla bir yerde bulundurulması söz konusu suça vücut verir. Çocuğun bu şekilde çalıştırılması ise StGB § 232b hükmü çerçevesinde zorla çalıştırma suçunu oluşturur. Bu bağlamda ihmali davranışla işlenen suçun Almanya’da işlendiğinin kabulü gerekir.

²³ Weigend tarafından Ticari işletmelerde genel olarak uyum görevlilerine işletme çalışanları tarafından işlenmekte olan suçları engelleme yetkisi tanınmadığı ve yalnızca bunların tespit edilerek raporlanması yetkisi verildiği belirtilmektedir, Weigend, „StGB § 13“, kn. 56.

²⁴ Bosch, StGB § 13, kn. 53a.

²⁵ Gerhard Dannecker und Christoph Dannecker. “Die Verteilung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen.” *Juristen Zeitung* 65, no. 20 (2010), 990.

²⁶ Bosch, StGB § 13, kn. 53a: “Uyum görevlisi tarafından işletme çalışanlarının üçüncü kişilere karşı işleyebilecekleri potansiyel suçların önlenmesi konusundaki görev kapsamında teminat yükümlülüğünün yalnızca kâğıt üzerinde üstlenilmesi yeterli olmayıp aynı zamanda bu yükümlülüğün gereklerinin fiilen yerine getirilebilmesine imkân tanıyan koşulların bulunması gerekir”.

Bunun aksine, görev tanımı itibarıyla uyum görevlisinin aynı zamanda işletme çalışanları tarafından bulunulan sapma niteliğindeki davranışları önleme ve bu yönde girişimde bulunma, talimat verme, inceleme ve gerektiğinde personeli ilgili faaliyeti gerçekleştirmekten menetme yetkisinin söz konusu olduğu hallerde artık “gözetim yükümlülüğü” uyum görevlisinde bulunur²⁷. Dolayısıyla uyum görevlisinin teminat yükümlülüğünün formel kaynağını tamamen işletme yöneticileriyle arasındaki sözleşme ilişkisi oluşturur²⁸. Bu noktada yalnızca, uyum görevlisinin üstlendiği gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirecek donanımına sahip olmamasına rağmen görevlendirilmiş olduğunun tespiti halinde artık “yetkin personel görevlendirme yükümlülüğünü (=Auswahlpflicht)” ihlal eden yöneticinin ihmali suretle gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olur.

Genel olarak Alman ceza hukukunda uyum görevlisinin ceza hukuku sorumluluğunun dayanağı StGB § 14 çerçevesinde “Başkasına Adına Hareket Etme (= *Handeln für einen anderen*)” kurumu çerçevesinde gerekçelendirilmektedir. Buna göre, StGB § 14, Abs. 2 kapsamında; işletme yöneticisi tarafından belirli bazı görevleri yerine getirmekle görevlendirilen kişinin, görev alanı çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilebilmesi mümkündür.

Son olarak vurgulamak gerekir ki, işletme yönetim organının uyum görevlisi istihdam etmesi halinde, uyum görevlisi üzerindeki denetim ve gözetim yükümlülüğü devam eder. Yine uyum görevlisinin seçilmesi ve görevlendirilmesi sürecinde dikkat edilmesi gereken hususlar kapsamında; uyum görevlisinin üstlendiği yükümlülükleri yerine getirebilecek profesyonel ve kişisel özelliklere sahip olup olmadığına yönelik yükümlülük (*Auswahlpflicht*) işletme yöneticisinin uhdesindedir.

5. Gözetim Yükümlülüğünün Kapsamı

Gözetim kavram olarak, bir kimsenin davranışlarının ve etkileşimlerinin onun kurala aykırı davranışlarda bulunmakta olup olmadığının tespiti amacıyla izlenmesi ve şayet bu yönde bir belirlemede bulunuluyorsa ilgili aykırılığın önlenmesini ifade eder. Günümüzde işletmeler bünyesinde gözetim yükümlülüğü; işletmenin amacı ve faaliyet alanı kapsamında yapılandırılan, sadece kağıt üzerinde hesapların denetiminin ötesine geçerek etkin bir iç denetim sisteminin tesis edilmesini gerektirir. Bu bağlamda işletme içi süreçlerin optimizasyonu, ihlallerin ortaya çıkarılması ve organizasyonel risk kaynakları üzerinde hakimiyet oluşturularak gelecekteki potansiyel ihlallerin önlenmesi, işletmelerin iç denetim paradigmasının esasını oluşturur²⁹. Bu kapsamda gerek bizzat işletmenin veya toplumun zarar gördüğü gerekse de münferit üçüncü kişilere yönelen ihlallerin tespiti genel anlamda işletme bünyesinde ilgili yönetici veya uyum sorumlusunun organizasyonel gözetim yükümlülüğünün kapsamı dahilindedir³⁰.

²⁷ Dannecker/Dannecker, “Geschäftsherrenhaftung”, 990. Uyum görevlisinin büyük işletmelerde bütün çalışanların faaliyetlerini ve hizmetlerin yerine getiriliş biçimini gözetlemesinin yerine getirilmesi imkânsız bir yükümlülük olarak nitelendirilmesi hususunda bkz. Momsen, „Compliance Officer“, 762. Bu bağlamda faaliyet alanının niteliği ve kapsamı uyarınca işletmelerin “yeterli sayıda uyum görevlisi” istihdam etme yükümlülüğünün bulunduğu söylenebilir.

²⁸ Bauer/Wißmann, “Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung”, 26.

²⁹ Momsen, “Compliance Officer”, 753.

³⁰ Momsen, işletmelerin iç denetim süreçlerinin şirketin zarar gördüğü ihlallerin ortaya çıkarılmasına yönelik olarak gerçekleştirildiği, uyum programının ise öncelikli olarak işletme çalışanları tarafından üçüncü kişilere

Bir yönetici personel (veya yönetim organı) kendi sorumluluk alanında bulunan bir çalışanın işletmenin faaliyetiyle ilgili olarak suç işlemeye eğilimi olduğunu fark etmesi halinde işlenmesi olası addedilen suçun önlenmesi için derhal müdahalede bulunmalıdır. Söz konusu müdahalenin, somut durumun özelliklerine uygun ve gerekli yöntemlere başvurulmasını temin edecek kapsamda olması gerekir. Bu bağlamda örneğin; şirketin satış departmanında görevlendirilen ve müşterilerle doğrudan irtibat kurarak onlara mal satışında bulunan personelin daha fazla kâr elde etmek amacıyla bir takım hileli yollara başvurma girişiminde bulunduğundan haberdar olan yöneticinin derhal o personelin bu tarz faaliyetlerde bulunmasını engelleyen önlemler alması zorunludur. Bu tarz bir girişimin salt ilgili personelin bireysel özelliklerinden kaynaklanmadığı; bu durumun bizzat işletmenin organizasyon yapısındaki problemten kaynaklandığı anlaşılıyorsa artık somut olay odaklı bir çözüm yerine mutlaka ilgili yapısal sorunun ortadan kaldırılmasının sağlanması, bu çerçevede gerekli organizasyonel değişikliklerin yapılması gerekir. Bu bağlamda gelecekte ispat sorunlarının yaşanmaması adına başvurulacak önleyici tedbirlerin kayıt altına alınması da önem arz eder³¹.

Gözetim yükümlülüğünün çerçevesi bu şekilde çizilen işletmeler bünyesinde bizzat bir çalışan tarafından (veya çalışanlar tarafından birlikte) gerçekleştirilen kasıtlı suçlar dolayısıyla gözetim yükümlülüğünün ihlalden bahisle yönetici personelin veya uyum görevlisinin ceza hukuku sorumluluğuna gidilebilir ve şayet bu tarz bir sorumluluk türü kabul edilecekse bunun sınırlarının nasıl belirleneceği sorunu bu çalışmanın temel sorusunu oluşturmaktadır.

5.1. Gözetim Yükümlülüğünün İhlalden Kaynaklı Ceza Hukuku Sorumluluğunu Reddeden Görüş

Alman doktrinde bir görüşe göre; işletme yöneticisinin, işletme çalışanı tarafından kasten işlenen suçları önlemeye dair teminat yükümlülüğü bulunmaz. Bu anlayışın temelinde kişilerin kendi davranışlarından dolayı sorumluluk esası (*Eigenverantwortlichkeit* - *Selbstverantwortlichkeit*) bulunur ve bu kapsamda işletme sahibi ve/veya yöneticisinin işletme bünyesinde işlenen suçları engellemeye dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun bulunduğunu söyleyebilmek mümkün değildir³². Aksi kabul, ceza hukuku isnadiyetinin şahsiliği prensibinin aşındırılması ve bir başkasının kasten gerçekleştirdiği haksızlıktan dolayı sorumlu tutulmama kuralına³³ aykırılık anlamına gelir. Halihazırda suçu işleyen

yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerin önlenmesi yönelik olduğunu, bu çerçevede ikisi arasında bir farklılıktan bahsedilebileceğini belirtmektedir, Momsen, "Compliance Officer", 753.

³¹ Bauer/Wiřmann, "Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung", 22.

³² Hans-Heinrich Jescheck, "StGB § 13 Begehen durch Unterlassen". In *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 11. Aufl. (De Gruyter: Berlin, 2003), § 13 kn. 45; Günter Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. (Nomos: Baden-Baden, 1995), 116.

Bu bağlamda ayrıca organizasyonel nitelikte özel gözetim yükümlülüğünün gerekçelendirilmesinin yetersizliği hakkında bkz. Michael Köhler. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*, (Springer: Berlin, 1997), 224. Köhler'e göre; yöneticinin talimat verme yetkisinin (*Weisungsrecht*) gözetime dair teminat yükümlülüğünün bağlantı noktası olarak kabul edilmesi son derece soyuttur. Ayrıca yöneticinin sorumluluğunu yalnızca işletme bünyesinde görülen faaliyetin tehlikeliliğiyle açıklayan görüşler de ikna edici değildir.

³³ Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında; *ceza sorumluluğu şahsidir, kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz*.

çalışanın cezalandırılması söz konusu olacağı için işletme sahibi veya yöneticisinin de ihmali davranışından dolayı cezalandırılmasının gerektiği de söylenemez

Otonomi prensibi ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesinde esas olup kendi davranışlarından sorumlu olan bir kişinin (şirket çalışanının) kasten işlediği suç dolayısıyla başka bir kişinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira otonomi sahibi olan herkes kendi davranışını hukuka uygun olarak yönlendirmek hususunda yükümlülük altındadır ve bu yükümlülüğün kasten ihlal edilmesi dolayısıyla bir üçüncü kişinin ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemez. Bu prensibin yegâne istisnalarını çocukların veya akıl hastalarının davranışlarından kaynaklanan teminat yükümlülüğünün ihlali oluşturur. Ancak bu örneklerde ortada tam anlamıyla otonom, özgür iradesiyle aldığı kararların sorumluluğunu hukuken ferdi olarak üstlenmesi beklenen kişiler bulunmaz. Dolayısıyla bir personelin kasten gerçekleştirdiği haksızlıkların yönetici personele isnadı, objektif- normatif isnadiyet bakımından sorunludur³⁴. Bu kapsamda yalnızca işletmenin organizasyonu çerçevesinde ortaya çıkan fiili tehlikelere yönelik risklerin üstlenilmesi ve üçüncü kişilere zarar verilmesinin engellenmesi bağlamında çalışanın gerçekleştirdiği davranış dolayısıyla yöneticinin sorumluluğu söz konusu olabilir. Ancak bu sorumluluk yalnızca faaliyetin niteliği uyarınca çalışanın doğrudan üçüncü kişilerin (müşterilerin) sağlığı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından tehlike yaratmasının mutad olduğu işlerle ilgili tehlikeliliğin önlenmesi için tedbirler alınması ve aksi halde işlenen suçlardan sorumluluğunun doğmasıyla bağlantılı olarak kabul edilmektedir³⁵.

Bu çerçevede gözetim yükümlülüğünün ihlali ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilebilmesine imkân tanıyan anlayışın, Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu (*Ordnungswidrigkeitsgesetz* = OWIG) § 130'da benimsenen esasa da aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Buna göre; ilgili düzenlemede yönetici personelin denetim ve kontrol faaliyetini yerine getirmemesi bir düzene aykırılık olarak nitelendirilmiştir³⁶.

³⁴ Bu konuda argümanlara dair genel bilgi için bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. (C.H. Beck: München, 2003), § 32, kn. 134-136.

³⁵ İşletme yöneticisinin teminat yükümlüsü pozisyonunu tamamen reddetmemekle birlikte; bu yükümlülüğün yalnızca tehlikeli faaliyetlerle iştigal eden işletmelerde; tehlikeli nesnelerin bulundurulması, devredilmesi veya teslim edilmesi veya tehlikeli faaliyetlerin gerçekleştirilmesi ile ilişkilendirmesine ve içerik açısından bu tehlike kaynaklarından ileri gelen olayların engellenmesi ile sınırlandırmaya yönelik görüş hakkında bkz. Ulrich Stein, "StGB § 13 Begehen durch Unterlassen". In *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Aufl. 2017, kn. 35a, 43-44.

Jakobs genel olarak işletme yöneticisinin organizasyon alanını oluşturma yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte gösterdiği örnekler başkalarına yaşam veya vücut bütünlüğü bakımından zarar verme potansiyeli bulunan faaliyetlerle ilgilidir, Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. Aufl. (Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1991), 67.. Bu bağlamda *Jakobs*, işletmenin faaliyetinin doğasında bulunan ampirik tehlikeliliğin önlenmesi hususunda gerekli organizasyon yapısının tesis edilmesi yükümlülüğünü kabul etmekle birlikte; hukuk düzeni açısından normatif tehlikelilik olarak nitelendirilebilecek suç işlenmesini önleme yükümlülüğünden açıkça bahsetmez.

Genel olarak işletmelerde gözetimden kaynaklanan teminat yükümlülüğünün yalnızca faaliyetin kendinde "tehlikeliliği" ile ilişkilendirilmesinin hatalı olduğuna dair, Frisch, "Zur Verantwortlichkeit", 137-138. Çalışanların müşterilerden hileli bir şekilde fazla ücret tahsil etmeleri veya işletme bünyesinde suç işlenmesi suretiyle elde edilen malların ticaret konu edilmesi gibi durumlarda da gözetim yükümlülüğüne aykırılık mevcuttur.

³⁶ Kristian F. Stoffers, „Anmerkung von BGH Urteil vom 17. 7. 2009- 5 StR 394/08 (LG Berlin)“, *Neue Juristische Wochenschrift* 62, no. 43 (2009), 3176.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda sorumluluğun *esasını* yönetici personelin gözetim yükümlülüğünü ihlal etmesi, organizasyonel olarak sahip olunan garantörlük pozisyonunun gereklerinin yerine getirilmesinin ihmal edilmiş olması bulunur. Dolayısıyla bu durumda sorumluluğun kaynağı üçüncü kişinin davranışı değil, suç teşkil eden bu davranışın engellenmemiş olmasıdır³⁷. Bu bağlamda işletme yöneticisinin sahip olduğu; çalışanlara yönelik emir verme yetkisi (*Befehlsgewalt*) ve işletme üzerindeki organizasyon hakimiyeti (*Organisationsherrschaft*), söz konusu sorumluluğunun esasını oluşturur³⁸.

5.2. İşletmenin Faaliyet Alanıyla Bağlantı:

İşletme bünyesinde yönetici personelin gözetim yükümlülüğünün mevcudiyeti ve kapsamı; işletmenin faaliyet alanı ve amacıyla bağlantılı olarak (*Betriebsbezogenheit*) belirlenebilir³⁹. Bir başka anlatımla, yönetici personelin gözetim yükümlülüğünün içeriği ilgili işletmenin faaliyeti çerçevesinde kurumsal olarak yapılan işlemlerle ilgilidir. Zira bu kapsamda organizasyonel sorumluluğun esasını; bizzat işletmenin organizasyon yapısından kaynaklanan hukuka aykırılıklar oluşturur. Bu yapının rol oynamadığı suçlar bağlamında söz konusu organizasyonel ihlal momenti bulunmaz. Nitekim uyum sistemi; işletme yapısının iç organizasyonu vasıtasıyla hukuk düzeniyle çelişkilerin giderilmesi, alınan sistemsel tedbirler vasıtasıyla hukuka uygun hareket eden bir yapının oluşturulması ve sürdürülmesidir. Bu kapsamda örneğin, faaliyet alanıyla ilgili olarak müşterileri veya muhataplarıyla doğrudan ticari bir ilişki tesis eden işletmenin bünyesinde bu kapsamda işlenen dolandırıcılık suçu dolayısıyla yönetici personelin sorumluluğu cihetine gidilebilmesi mümkündür. Dolayısıyla, işletmenin *görev ve amaçlarıyla bağlantı olarak işletme faaliyetleri sırasında gerçekleştirilen* suçlar bu kapsamda yer alır⁴⁰.

BGH tarafından bir işletmede belli bir pozisyonunun sorumluluğunun üstlenilmesiyle maiyetinde görev yapan kişilerin işlediği suçların önlenmesine dair teminat yükümlülüğünün StGB § 13 kapsamında üstlenilmesinin söz konusu olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Zira belli bir faaliyetin yürütülmesi sorumluluğu, o alanın barındırdığı tehlikelere karşı gözetim yükümlülüğünün de üstlenilmesini kapsayan özel bir sorumluluk türüdür⁴². Dolayısıyla işletme bünyesinde üçüncü kişilere ait olan veya toplumsal menfaatlara yönelik bir tehlike kaynağı teşkil eden işletme faaliyetiyle ilgili olarak (*Betriebsbezogenheit*), mevcut tehlikeliğin işletme yönetimi ve sorumluları tarafından bertaraf edilmesi gerekir⁴³. Nitekim sadece yönetici personel, talimatlara bağlı olan astlar üzerinde emir verme ve organizasyonel kontrole sahip olup işletmenin faaliyeti dolayısıyla ortaya çıkan tehlike kaynakları için güvenlik yükümlülüklerine uymak zorundadır.

³⁷ Roxin, *Band II*, § 32 kn. 137; Gaede, „StGB § 13“, kn. 53.

³⁸ Bernd Schünemann, StGB § 14: Handeln für einen anderen. In: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 13. Aufl. (De Gruyter: Berlin, 2020), kn. 72-73.

³⁹ Köhler, *Strafrecht*, 223.

⁴⁰ Basualto, „Die Betriebsbezogenheit“, 345-346.

⁴¹ BGHSt 54, 44 vd. (Uyum Görevlisi Kararı).

⁴² Basualto, „Die Betriebsbezogenheit“, 333.

⁴³ Héctor Hernández Basualto, „Reichweite der Garantenpflichten bei der Geschäftsherrenhaftung.“ In *Strafrecht als Risiko: Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag*, (Nomos: Baden-Baden, 2023), 210.

a. Almanya’da 2009 yılında BGH verdiği “*Berliner Straßenreinigung*” kararında⁴⁴; sokak temizliği alanında faaliyet gösteren bir kamu kurumunun hukuk departmanı ve iç denetim başkanının, maiyeti altında çalışan personel tarafından dolandırıcılık amaçlı sahte fatura düzenlenmesini engellememesine ilişkin ceza hukuku sorumluluğunu kabul etmiştir. Doktrinde bu kararla BGH’nin, büyük işletmelerin “Uyum Görevlisi” müessesesini organizasyon yapısına yerleştirmeleri hususuna dair hukuki sorumluluğu işaret ettiği belirtilmektedir. Kararda, StGB § 13 hükmü kapsamında, işletmenin faaliyet alanıyla ilgili olarak işletme çalışanları işlenen suçların engellenmesini sağlamak amacıyla matuf düzenli görev yapan bir departmanın tesis edilmesi yükümlülüğüne – *obiter dictum* nitelikte de olsa – değinilmektedir. Uyum görevlilerinin bu yöndeki teminat yükümlülüğü, şirket tüzel kişiliğine ve yöneticilerine karşı üstlenilen görev kapsamında, faaliyet kapsamındaki suçların engellenmesi yükümlülüğünden türetilmektedir. Dolayısıyla uyum görevlisi bulunmayan işletmelerde bu yöndeki görev ve sorumluluk, esasen şirket yöneticilerine terettüp etmektedir. Uyuşmazlık kapsamında suça konu olan eylemin dolandırıcılık fiiliyle ilgili olması dolayısıyla; yönetici personel nezdindeki suçun engellenmesi yükümlülüğünün bağlantı noktası “tehlikeli faaliyetlerin gözetimi” ile ilişkili olmayıp, bizzat işletmenin faaliyetinin ilişkili olduğu spesifik suç rizikolarıyla bağlantılı kurularak kabul edilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu kararda BGH tarafından yetkilileri dolandırıcılık suçuna ihmali davranışla yardım (*Beihilfe durch Unterlassen zum Betrug*) dolayısıyla sorumlu tutmuştur. Söz konusu sorumluluk tarzı, çalışan personel tarafından işlenen suçların belli bir amaçla hareket edilmesinin gerektirmesi ve ihmali davranışta bulunan yetkilinin bünyesinde bu amaçlılığın bulunmamasıyla açıklanmaktadır⁴⁵. İlgili sübjektif unsur bünyesinde barındırmayan kişinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, icrai suçun tipikliğinin oluşması için özel bir faillik sıfatı veya kastın dışında başka bir sübjektif unsurun aranmadığı durumlarda; gerçekleştirilen yükümlülük ihlali dolayısıyla sorumluluk, ihmal suretiyle faillik kapsamında söz konusu olur. Bu suçlarda, icrai suretle gerçekleştirilen suçun tüm unsurları yöneticinin yükümlülüğe aykırı nitelikteki ihmaliyle ikame edilebilir^{46,47}.

b. BGH’nin 2011 tarihli “*Mobbing*” kararında⁴⁸ ise; bu kez gözetim yükümlülüğü kapsamında teminat yükümlülüğü konumunun gerekçelendirilmesinde belirleyici olanın; fiili koşullara bakılmaksızın, *işletmenin faaliyetiyle ilgili suçların* önlenmesiyle sınırlı olduğu ve çalışanın yalnızca işletme bünyesinde sürdürdüğü iş sırasında işlediği suçların önlenmesini kapsamadığına hükmetmiştir⁴⁹.

⁴⁴ BGH, Urteil vom 17. 7. 2009- 5 StR 394/08 (LG Berlin), *Neue Juristische Wochenschrift* 62, no. 43 (2009), 3173 vd.

⁴⁵ Frisch, “Zur Verantwortlichkeit”, 140. Alman ceza hukukunda StGB § 263 hükmünde dolandırıcılık bir amaç suç olarak düzenlenmiştir. “*Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird ... bestraft.*”

Çalışan personel tarafından işlenen suçun bir özgü suç olması halinde de gözetim yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklı ceza hukuku sorumluluğu ancak ihmali davranışla yardım dolayısıyla söz konusu olabilir.

⁴⁶ “Eşdeğerlilik Koşulu” hakkında bkz. Hans-Heinrich Jescheck und Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. (Duncker & Humblot: Berlin, 1996) 629 vd.

⁴⁷ Roxin, *Band II*, § 32 kn. 133; Frisch, “Zur Verantwortlichkeit”, 140.

⁴⁸ BGH, Urteil vom 20. 10. 2011- 4 StR 71/11, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (32), no. 3 (2012), 142 vd.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11, kn. 13

Uyuşmazlık konusu olay kapsamında BGH, işveren tarafından işçilerin birbirlerine yönelik olarak gerçekleştirdikleri *mobbing* fiillerinin işlenmesinin, esasen bu fiillere muttali olunmasına rağmen engellenmemesini bu durumda ortada şirkette çalışılması dolayısıyla ortaya çıkan bir suç bulunduğu ve fakat şirketin faaliyet alanıyla ilgili bir suç işlenmesinden bahsedilemeyeceği gerekçesiyle kabul etmemiştir⁵⁰. BGH kararında, işletmenin spesifik faaliyet alanının barındırdığı risklerin ötesine geçerek, yöneticiye adeta genel nitelikte bir suç önleme yükümlülüğü yüklenmesi anlamına gelecek şekilde - çalışanların iş tanımlarına ve işletmenin faaliyet alanına (*entweder der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder der Art des Betriebs*) özgü tehlikelerin sonucu olmayan- ancak işinin dışında da meydana gelebilecek eylemlerini önlemek için özel bir yükümlülük altına girmesini haklı gösterecek hiçbir gerekçe yoktur.

Dolayısıyla işletme yöneticisinin çalışanlar tarafından işlenen suçları önlemeye yönelik teminat yükümlülüğü bulunmaktaysa da doğrudan işletmenin faaliyet alanına ve bu kapsamda çalışanların iş tanımından kaynaklı spesifik etkinliklerine ilişkin (*Betriebsbezogenheit*) olmayan, çalışanların işletme bünyesinde işledikleri şahsi suçlar dolayısıyla yönetici personelin suçu önleme yükümlülüğünden bahsedilemez. Bu çerçevede kasten yaralama, hakaret, cinsel saldırı, cinsel taciz, tehdit gibi suçların işlenmesinin önlenmesine yönelik genel bir gözetim yükümlülüğü söz konusu değildir⁵¹. Zira suçun; fiilen işletme faaliyeti sırasında işlenmiş olması yeterli olmayıp çalışan tarafından bizzat işletme bünyesinde üstlenilen pozisyonunun kapsamındaki görev ve kendisine tanınan yetkilerin kullanımı sürecinde işlenmesi gerekir.

c. BGH 2018 tarihli kararında⁵²; T'nin sahibi ve işletmecisi olduğu ve mutad olarak gece vakti de faaliyet gösteren (*Spätkauf*) bir internet kafede T'nin kardeşi G istihdam edilmektedir. G tarafından internet kafede, işletmenin düzenli müşterileriyle kurduğu iletişim olanaklarından faydalanılarak uyuşturucu madde satılmaya başlanır; 2016 yılının sonbaharında toplam 500 gram marihuana ile 30 gram kokain internet kafede çalışmakta olduğu süreçte G tarafından satılır. Ocak 2017'den itibaren G, dükkânda çalışmakta olan bir diğer personel E'yi de satış faaliyetine dâhil eder ve ona gönderdiği müşterilere satması için uyuşturucu madde stoğundan peyderpey uyuşturucu madde verir. Dükkânda satılmaya hazır bulundurulan uyuşturucu maddeler satış tezgahının altında depolanmıştır ve bu yerin hemen yakınında, G'nin kolayca ulaşabileceği bir beyzbol sopası ve tezgâhın üzerinde

⁵⁰ Kararda yöneticinin; genel olarak mobbing olarak nitelendirilen her bir kasten yaralama fiili işlendiği sırada bu fiillerin icrasına aktif bir katılımının bulunmadığı ve salt olay yerinde hazır bulunmasının davranışı gerçekleştiren çalışanlara yönelik psikoloji yardımıyla bulunulması olarak da nitelendirilemeyeceği belirlemelerinde bulunulmuştur. Yine BGH tarafından; çalışanların korunmasına yönelik gözetim yükümlülüğü, işlenen suçun mağduru bakımından söz konusu olabilir de, faillerin işlemekte olduğu suçun önlenmesine yönelik teminat yükümlülüğü bu kapsamda gerekçelendirilemez. Koruma yükümlülüğünün kapsamı, başkalarının kasten işlediği suçlarla ilişkilendirilemez.

Bu bağlamda bir iş hukuku fenomeni olarak mobbing ilgili konteks dahilinde yanıltıcı bir mahiyet arz etmektedir. Zira mobbing fiilinin ilk bakışta ancak bir işletme bünyesinde işlenebilmesi mümkündür. Ancak BGH tarafından uyuşmazlık, mobbing oluşturan yaralama eylemlerinin izole yapısı uyarınca "işletmenin faaliyetiyle doğrudan ilgili" olmaması çerçevesinde ele alınmıştır. Ancak işletmenin, mobbinge uğrayan çalışanın bu fiillere maruz kalmaktan kurtulmasını sağlayacak önlemlerin alınmamasının -her durumda iş hukuku açısından- bir haksızlık oluşturduğu şüphe götürmez.

⁵¹ Basualto, "Die Betriebsbezogenheit", 337. Bu gibi suçların işlenmesi dolayısıyla herkese terettüp eden "yardım ve bildirim yükümlülüğünün" ortaya çıkması ise söz konusu olabilir.

⁵² BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 38, no. 11 (2018), 648.

katlanabilir bir cop bulunmaktadır. Bu eşyalar gece geç saatlere kadar açık olan dükkânı korumak ve gerektiğinde uyuşturucu ticaretini güvence altına almak ya da savunma amacıyla kullanabilmek için hazır bulundurulmaktadır.

BGH kararında; internet kafede görülen hizmetin sunulması sırasında satışa sunulan malların yanı sıra uyuşturucu maddenin de satılmasını bu işletmenin spesifik yapısı dolayısıyla faaliyetle bağlı (*Betriebsbezogen*) olarak nitelendirmiştir⁵³. Buna göre; G, yasal ticari faaliyetlerinin bir uzantısı olarak satış ve depo odalarını kullanarak dükkân müşterilerine uyuşturucu satmıştır. Söz konusu suçlar, kardeşinin dükkânında satış elemanı olarak yaptığı ticari faaliyetin bir sonucu olup işletmenin yapısı ve bu kapsamda düzenli müşterilerinin bulunması uyuşturucu ticaretinin yapılmasını mümkün kılmıştır. İşyerinin donanımı (maskeli pencereler) ve işletmenin çalışma şekli (yüksek frekans, kısa çalışma saatleri) de yasadışı işlemlerin yapılmasını kolaylaştırmıştır.

T'nin G tarafından işlenen uyuşturucu madde ticareti suçunu önlemeye yönelik olarak gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemesi dolayısıyla işlenen suçlardan ihmali suretle sorumlu olduğuna hükmedilmiştir.

BGH'nin bu kararındaki en büyük sorun ise, maddi vakıa tespitleri kapsamında T'nin halihazırda G tarafından işlenen suçtan haberdar olduğunun ve buna rağmen G'nin faaliyetlerine devam etmesine müsaade ettiğinin belirlenmiş olmasıdır. Dolayısıyla kanaatimizce artık böyle bir durumda T'nin gerçekleştirdiği ceza hukuku haksızlığının esasını gözetim yükümlülüğünün ihlali değil, bizzat haberdar olduğu ve işlenmekte olduğunu bildiği suçun işlenmesine imkân tanınmasıdır. Bu durumda T'nin icrai davranışıyla G tarafından işlenmekte olan uyuşturucu ticareti suçuna yardım etmesi dolayısıyla sorumlu tutulması gerekirdi. Ancak BGH'ye göre; *bu koşullar ışığında, T'nin kardeşi G'nin ticari faaliyetlerini dükkân anahtarlarını teslim etmek gibi aktif eylemler veya diğer eylemler yoluyla bilinçli olarak destekleyip desteklemediğini daha ayrıntılı olarak tartışmaya gerek yoktur*⁵⁴. BGH'nin, kişinin gerçekleştirdiği davranışın haksızlık niteliğini -bilinçli olarak- doğru belirlemekten kaçındığı ve kendi içerisinde çelişkiye düştüğü bu karar, bahsedilen yönü itibarıyla ciddi bir eleştiriyeye açıktır.

5.3. Kapsam

Denetim yetkisi bulunmasına rağmen talimat verme yetkisi bulunmayan ve bu itibarla organizasyonel müdahalede bulunma yetkisi olmayan kişilerin suçu önleme yükümlülükleri bulunmaz. Bu bağlamda bir anonim şirketin denetim kurulunu oluşturan kişilerin herhangi bir konuda talimat verme yetkileri bulunmadığı için şirket bünyesinde işlenen suçları önleme yükümlülüklerinin bulunduğundan da bahsedilemez. Görevlendirilen uyum görevlisinin de yalnızca denetim yetkisinin bulunması ve talimat verme yetkisinin bulunmaması halinde teminat yükümlüsü sıfatına sahip olmadığı belirtilmektedir⁵⁵. Nitekim salt denetim yükümlülüğü bulunan yetkilinin bu yükümlülüğü işlenmekte olan suçların

⁵³ BGH, Beschl. v. 6.2.2018 – 5 StR 629/17, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 38, no. 11 (2018), 648.

⁵⁴ *“Angesichts dieser Umstände bedarf es keiner näheren Erörterung, ob T die Handelsaktivitäten seines Bruders G nicht vielmehr bewusst durch aktives Tun wie etwa die Übergabe der Ladenschlüssel oder sonstige Handlungen unterstützt hat.”*

⁵⁵ Momsen, “Compliance Officer”, 756-757.

engellenmesine yönelik olmayıp geçmişte işlenen suçların tespitine ilişkin bulunduğundan bu kişilerin şirket personeli tarafından işlenen suçları ihmali suretle gerçekleştirdikleri söylenemez.

Gözetim yükümlülüğünden kaynaklı teminat yükümlülüğünün bulunduğunu söyleyebilmek için bu kapsamda yöneticiye tahmil edilen suçu önleme yükümlülüğünün gerekliliklerinin yerine getirilebilmesinin “mümkün” olması gerekir. Şayet kişinin suçu önlemeye yönelik girişimde bulunması hukuken imkân dahilinde değilse ortada ihmali suretle gerçekleştirilen bir davranışın bulunduğu söylenemez. Bu bağlamda özellikle yöneticinin, şirket bünyesinde işlenen ve kendi sorumlu olduğu faaliyet alanıyla ilgili bir suça dair bilgi sahibi olabilmesi için hukuka aykırı nitelikte davranmasının zorunlu olduğu hallerde artık hukuken imkansızlığın varlığı kabul edilmelidir. Örneğin, yöneticinin şirket personeli tarafından işlenmesi planlanan bir dolandırıcılık suçuna dair bilgiyi ancak bu kişilerin özel iletişim cihazlarını kontrol ederek öğrenebileceği anlaşılmışsa; hiç kimsenin hukuka aykırı bir davranışta bulunmakla yükümlendirilebilmesi mümkün olmadığı için yöneticiye izafe edilebilecek bir yükümlülük ihlali de bulunmaz⁵⁶.

Son olarak teminat yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklı ceza hukuku sorumluluğunun bulunduğundan bahsedilebilmesi için, genel olarak yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmesinin beklenebilir olması (*Zumutbarkeit*) gerekir. Bu çerçevede özellikle *en son çare* olarak, işletme bünyesinde işlenen suçların, söz konusu davranışların kamuya veya soruşturma otoriteleriyle paylaşılması (*Whistleblowing*) halinde de suçu önleme yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesi söz konusu olur⁵⁷. Söz konusu bildirimde bulunulmasına imkân tanıyan; bildirimde bulunanın anonim kalmasını ve iş güvenliğinin zarar görmemesini sağlayan mekanizmalar oluşturulması, genel olarak uyum programlarının en önemli bileşenlerinden biri şeklinde nitelendirilmektedir⁵⁸. Ancak bu kapsamda bir suçun işlenmesini önlemek için müdahalede bulunulmasını sağlamaya yönelik girişimde bulunma yükümlülüğü; kendi departmanı ile ilgili alanda ve talimat verme yetkisi olan yöneticiler bakımından söz konusudur. Dolayısıyla her ne kadar *BGH* kararlarında aksine bir eğilim bulunsada işletmenin iç işleyişine dair yapısal özellikleri suçun işlenmesini önleme hususundaki gözetim yükümlülüğünün mevcudiyetinin ve kapsamının belirlenmesinde önemli rol oynar.

⁵⁶ Basualto, “Reichweite der Garantenpflichten”, 211.

⁵⁷ Basualto, „Reichweite der Garantenpflichten“ 216-217. Bu yönde görev alanı işletme bünyesinde spesifik olarak belirlenmiş olan yöneticinin kendi faaliyet kapsamı dışında işlenmekte olan suçlara dair bilgi sahibi olması halinde böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığına, ancak *BGH*’nin “*Lederspray-Fall*” kararında özel bazı durumlarda işletmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve iç organizasyon yapısındaki teşkilatlanma türü dikkate alınmaksızın, tüm yöneticilerin departman sınırlaması olmaksızın suçu önleme yükümlülüğü bulunduğuna hükmettiğine (*BGHSt* 37, 124) dair bkz. 217. Esasen böylece *BGH* tarafından, işletme bünyesinde yöneticilerin teminat yükümlülüğü, şirketler hukukuna yönelik hukuki sorumluluk yapısının ötesine geçilerek, ceza hukuku sorumluluğu alanına ilişkin olarak şirketler hukukuna dayandığı ve şirket yönetiminin esaslarını içeren yönetsel yetkilerin sınırlarının ötesine geçen özel bir sorumluluk türü benimsenmiştir. Bu itibarla söz konusu karar eleştirilere maruz kalmaktadır.

⁵⁸ Dannecker, “Compliance”, 149.

6. Yükümlülüğe Aykırılık Bağlantısı

Yükümlülük ihlali dolayısıyla kişinin sorumluluğu cihetine gidilebilmesinin temel şartı; ortaya çıkan sonucun söz konusu yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmemiş olmasıyla açıklanabilmesidir. Dolayısıyla somut olarak gözetim yükümlülüğünün ihlali ile işlenen suçun engellenmemesi arasında normatif bir irtibat⁵⁹ bulunması gerekir.

1. Bu tespitte bulunabilmenin ilk şartı ise ilgili yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesidir. Dolayısıyla somut olarak yetkilendirilen yöneticinin veya uyum görevlisinin üstlendikleri görevin kapsamı, gündeme gelebilecek ceza hukuku sorumluluğun esasını somutlaştırır. Bu çerçevede örneğin bir inşaat şirketinde; işletmenin finans departmanının yönetici pozisyonunda olan bir kişinin ceza hukuku sorumluluğu malvarlığına karşı işlenen suçlarla (dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma) söz konusu olabileceksen bu işletmenin yapım faaliyetleri kapsamında sahada görevli olan yönetici personelin sorumluluğu ilgili faaliyetin mevzuata aykırı olarak yürütülmesi dolayısıyla meydana gelebilecek taksirle öldürme veya yaralama suçları kapsamında söz konusu olabilir.

2. İşletme bünyesinde bir suç işlenmesini engellemeye yönelik her türlü tedbir alınmasına ve yönetici personelin gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmiş olmasına rağmen yine de çalışanlar tarafından suç işlenmiş olması halinde, artık işlenen suçun gözetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemesiyle bir bağlantısı kurulamaz ve yönetici personel ya da uyum görevlisinin ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemez. Yönetici personelin sorumluluk alanının içeriği; işletme bünyesinde, işletme faaliyetiyle ilgili olan alanlarda, *gözetim yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemiş olması dolayısıyla* işlenen suçların engellenmemesinden kaynaklanır. Dolayısıyla teminat yükümlüsü tarafından mevcut durumu önlemek için mümkün olan en optimal yola başvurulmasına; gereken tüm tedbirler alınmasına ve talimatlarda bulunulmasına rağmen çalışan tarafından işletme faaliyeti kapsamında bir suç yine de işlenmişse artık ortada ceza hukuku sorumluluğun esasını oluşturan herhangi bir ihmalin bulunduğundan bahsedilemez⁶⁰.

3. Yöneticinin işletme bünyesinde işlenen suçla ilgili olarak, bu suçun organizasyon alanı çerçevesinde kaldığı belirlenmiş olmasına rağmen, *gerekli önlemleri alsaydı bile bu suçun işlenmesini önlemesi mümkün olmazdı* şeklinde bir gerekçeyle sorumsuzluğu cihetine gidilmesinin mümkün olup olmadığı, teminat yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen ihmali suçların genel isnadiyet koşullarından hareketle ortaya koyulmalıdır. Genel olarak ihmali davranışla işlenen suçlarda, ortaya çıkan netice ile ihmali davranış arasında doğal anlamda bir nedensel ilişki bulunmaz. Bununla birlikte, ihmali davranışın gereklerinin yerine getirilmemesiyle suç kapsamında ortaya çıkan netice arasında doğrudan normatif nitelikte bir isnadiyet tesis edilir: Söz konusu isnadiyetin esası, yükümlülüğe uygun hareket edilseydi ilgili suç tipinin (kesinliğe yakın bir ihtimalle) gerçekleşmeyeceğine yönelik belirlemeye dayanır. Şayet gözetim yükümlülüğüne uygun hareket edilseydi bile çalışanların işlediği suçların engellenmesinin mümkün olmayacağına ilişkin ikna edici bir belirlemede bulunulabiliyorsa artık bu durumda gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmeyen kişi veya kişilerin ihmallerinden kaynaklı olarak ceza hukuku sorumlulukları cihetine

⁵⁹ Bu irtibat somut olarak “Yükümlülük yerine getirilseydi bu suç işlenmezdi.” şeklinde çok yüksek seviyede normatif nitelikte bir belirlemede bulunulabilmesini gerektirir.

⁶⁰ Bauer/Wißmann, „Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung“, 21-22.

gidilemez. Çünkü bu durumda işlenen suçlarla gerekleri yerine getirilmeyen gözetim yükümlülüğü arasında normatif nitelikteki “yükümlülüğe aykırılık bağlantısı” tesis edilemez.

4. Yine bu kapsamda vurgulanması gereken bir diğer husus; işletmedeki pozisyonu dolayısıyla çalışanlar üzerinde gözetimden kaynaklı teminat yükümlüsü sıfatına sahip olan yöneticinin, doğrudan kendi fonksiyonel alanıyla ilgili bir tedbir alınmak suretiyle ortaya çıkarılması mümkün olmayan ancak kendi *özel bilgisi* çerçevesinde işlenmekte olduğundan haberdar olduğu suçlar dolayısıyla sorumluluğu kabul edilemez. Zira bu kapsamda ele alınan isnadiyet modelinin esası *gözetim yükümlülüğünün* ihlali bağlamında söz konusu olabilir; bahsedilen durumda ise unsurlarının varlığı halinde “suçu bildirmeme” suçundan dolayı failin sorumluluğu söz konusu olur.

5. Yöneticinin bir çalışan üzerinde organizasyon yapısının sağladığı nüfuzu kullanarak ve bu suretle üzerinde hakimiyet tesis ederek onu suç işlemek için araç (*Machtapparat*) olarak kullanması halinde, işlenen suç dolayısıyla dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olur. Söz konusu isnadiyet modelinin esası hiyerarşik pozisyonunun ast üzerinde onun iradesini tamamen yönlendirici bir güce sahip olmasıyla açıklanabilir. Bu tarz bir hakimiyet ilişkisine dayalı yapı içerisinde fail tarafından işlenen suçun arka plandaki organizasyon sorumlusuna dolaylı fail olarak isnat ettirilebilmesi için ise organizasyonun faaliyetlerinin tamamen *hukuk dışı alana* kaymış olmasına bağlı olup suç örgütü tarzı bir yapılanma kapsamında söz konusu olabilir. Bir diğer ifadeyle, böyle bir durumda artık yönetici personelin sorumluluğunun esasını gözetim yükümlülüğünün ihlalinin oluşturduğu söylenemez⁶¹.

İşletme bünyesinde organizasyon yapısından kaynaklı bağıllık ilişkisinin, bir kişiyi araç konumuna irca edecek düzeyde sömürülmesi söz konusu olmaz. Esasını suç örgütü tipi yapılanmalarda bulan, hukuk dışı eylemlerin gerçekleştirilmesi amaçlarına özgülenen ve hiyerarşik yapısının sağladığı imkanlar vasıtasıyla üst konumda bulunan kişinin astın iradesi üzerinde hakimiyet tesis etmesine olanak tanıyan yapıdan farklı olarak, kendi sorumluluk alanı çerçevesinde hareket eden işletme personelinin iradesi üzerinde yöneticinin bu tür güce dayalı bir hâkimiyetinden bahsedilemez. Bir diğer ifadeyle, işletme bünyesinde çalışanın iradesi üzerinde; mevcut organizasyon yapısının sağladığı cebir veya tehdit benzeri etki doğuran nitelikte bir hakimiyet tesis edilmesi ve böylece onun araç konumuna getirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla suç örgütü konseptinin organizasyonel yapısından hareketle türetilen “*Örgütsel Organizasyon Hakimiyeti*” kriteri ticari işletmeler bünyesine işlenen suçlar bakımından uygulanamaz⁶². Bunun dışındaki hallerde, örneğin çalışanın hataya sevk edilerek, yanıltılarak ona suç işlettirilmesi halinde ise dolaylı faillik sebebiyle sorumluluğun oluşması mümkündür.

⁶¹ Bu iki durumun önemli ölçüde paralellik arz ettiğine dair görüş için bkz. Bosch, StGB § 13 kn. 53. “*Die so genannte Geschäftsherrenhaftung weist deutliche Parallelen zu einer mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf, da dem Geschäftsherren letztlich die Errichtung bzw. Beherrschung einer Organisation zur Last gelegt wird*”.

⁶² Frisch, “Zur Verantwortlichkeit”, 126-127, 145-146. 126-127, 145-146. Türk doktrininde tamamen farklı yönde görüş için bkz. Reşit Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*. 2. Baskı. (Seçkin: Ankara, 2023). 339-351, 398-399.

7. Türk Hukukundaki Mevcut Yapı ve Güncel Gelişmeler

7.1. Genel Olarak

Türk ceza hukukunda bir başkasının işlediği suçtan dolayı, denetim veya gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla ceza sorumluluğu ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır.

Öncelikle yetişkin, hukuken kendi sorumluluğunun bilincinde olduğu kabul edilen bir kişinin tamamen kendi sorumluluğunda gerçekleştirdiği davranışlarla kasten işlediği suçlar dolayısıyla, kural olarak tehlike kaynakları üzerinde hakimiyetten doğan teminat (gözetim) yükümlülüğünün ihlalden bahisle ihmali suçtan dolayı sorumluluk gündeme gelmez. Ancak Türk hukukunda kurumsal çerçevede kamusal statüyle bağlantılı olarak bir kamu görevlisinin üçüncü kişi konumundaki diğer kamu görevlileri tarafından gerçekleştirilen bazı kasıtlı suçlardan dolayı, bu fiilleri engellememesi dolayısıyla sorumluluğu cihetine gidilebilmesi mümkündür.

Bu bağlamda TCK m. 251’de düzenlenen “Denetim Görevinin İhmali” başlıklı maddede bahsedilen suç tiplerinden bahsedilmesi gerekir. Maddenin 1. fıkrasında bulunan hükme göre; *zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur*. Bu suç bakımından belirtilmesi gereken hususların başında, failin bilerek işlenmekte olan bir zimmet veya irtikap suçuna göz yumması gerekmesidir. Buna göre; zimmet veya irtikap suçunun işlenmekte olduğunu bilen gözetim yükümlüsü, bu davranışları önlemeye yönelik kasten hareket geçmemekte ve bu suçların işlenmesini mümkün kılmaktadır. Türk hukukunda, ilgili kamusal faaliyetleri denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunan kamu görevlisi işlenen suçtan *müşterek fail* sıfatıyla sorumlu olur. Dolayısıyla burada dogmatik olarak sorumluluk “ihmali suretle işlenen suç” dolayısıyla değil bizzat zimmet veya irtikap suçunu gerçekleştiren faillerin icrai davranışlarıyla işledikleri suça ihmali suretteki davranışla müşterek fail sıfatıyla katılmaktan kaynaklı şekilde kurgulanmıştır. Türk hukukunda kanun koyucu, StGB § 13’te öngörülen bir hükme genel hükümler kısmında yer vermediğinden bu tarz bir hükmün bulunmaması halinde denetim yükümlülüğünün kasten ihmal eden kişinin, işlenen zimmet veya irtikap suçundan dolayı fail sıfatıyla sorumluluğu cihetine gidilebilmesi mümkün olmazdı.

Yine ilgili maddenin 2. fıkrası kapsamında; *denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkân sağlayan kamu görevlisi ... cezalandırılır*. Bu hüküm kapsamında denetim görevini ihmal eden kamu görevlisi tarafından halihazırda zimmet veya irtikap suçunun işlendiği bilinmez. Aksi halde failin 251. maddenin 1. fıkrasında tanımlanan suç dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelir. Bu suçta fail kendisine terettüp eden denetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmediği için zimmet veya irtikap suçlarının işlenmesi mümkün olmuştur ve bu sebeple failin ihmali dolayısıyla cezalandırılması öngörülmüştür⁶³.

Söz konusu madde kapsamında cezalandırmaya konu fiiller ancak bir kamu kurumu bünyesinde gerçekleştirilen faaliyetlerle bağlantılı olarak ve yalnızca zimmet ya da irtikap suçlarının işlenmesi çerçevesinde söz konusu olabilir. Belirtmek gerekir ki, bugün itibarıyla

⁶³ İzzet Özgenç, “İhmali Suç Teorisi” *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021), 354-356.

Alman hukukunda işletme sorumlularının ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilebilmesine imkân tanınan birçok durum bakımından Türk hukukunda herhangi bir ceza hukuku sorumluluğu mekanizması işletilebilmesi mümkün değildir. Bunun nedeni Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinde ihmali davranıştan kaynaklı ceza hukuku sorumluluğunu düzenleyen bir hükme yer verilmemesi; ihmali suç dolayısıyla sorumluluğun ilgili bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmesi veya bir suç tanımıyla bağlantılı olarak ayrıca öngörülmesi halinde mümkün olmasından kaynaklanır⁶⁴.

7.2. Türk Hukukunda Uyum Görevlisi

Türk Hukukunda “Uyum Görevlisi” müessesesini düzenleyen ilk kanuni düzenleme 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’dur. Bu Kanun’un 5. maddesi uyarınca; Kanun kapsamında sayılan yükümlüler tarafından bu Kanunla getirilen yükümlülüklerle, *yükümlü ve finansal grup seviyesinde uyumu sağlamak üzere, gerekli yetki ile donatılmış idarî düzeyde görevli tayin edilmesi* gerekmektedir.

Bu çerçevede çıkarılan 16.09.2008 tarih ve 26999 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle **Uyum Programı** Hakkında Yönetmelik kapsamında ise; suç gelirlerinin aklanmasının ve terörün finansmanının önlenmesi amacıyla yükümlülerin uyum programı oluşturmaları ve uyum görevlisi atamalarına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 3. maddesinde yer verilen tanıma göre uyum görevlisi; Kanun ve Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatla getirilen yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla istihdam edilen ve gerekli yetkiyle donatılmış görevliyi ifade eder.

Yönetmelik kapsamında uyum programı oluşturmakla yükümlü tutulan yükümlülerin yönetim kurulu; *uyum görevlisi ve uyum görevlisi yardımcısı atamak, uyum görevlisinin ve uyum biriminin yetki ve sorumluluklarını açık bir şekilde ve yazılı olarak belirlemek, kurum politikalarını, yıllık eğitim programlarını ve gelişmelere göre bunlarda yapılacak değişiklikleri onaylamak, uyum programı kapsamında yürütülen risk yönetimi, izleme ve kontrol ile iç denetim faaliyetlerinin sonuçlarını değerlendirmek, tespit edilen hata ve eksikliklerin zamanında giderilmesi için gerekli tedbirleri almak ve uyum programı kapsamındaki tüm faaliyetlerin etkin bir şekilde ve koordinasyon içerisinde yürütülmesini sağlamakla yetkili ve sorumludur.*

Yönetmeliğin 16. maddesi kapsamında; yükümlüler, faaliyet izninin alınmasını müteakip otuz gün içinde uyum programının yürütülmesi amacıyla uyum görevlisi atarlar. Uyum görevlisi, yönetim kuruluna veya yönetim kurulunun yetkisini devrettiği bir veya birden fazla üyeye bağlı olacak şekilde, münhasıran kurum personeli olarak atanır.

Yükümlüler, uyum programının yürütülmesi amacıyla uyum görevlisi için aranan şartları ve nitelikleri taşıyan bir uyum görevlisi yardımcısı atarlar. Uyum görevlisi yardımcısı, uyum görevlisine bağlı olacak şekilde münhasıran kurum personeli olarak atanır. Uyum görevlisi yardımcısı, uyum görevlisiyle aynı süre ve usulde atanır.

⁶⁴ Bu konuda ayrıca bkz. İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. 19. Baskı. (Seçkin: Ankara, 2023). 434 vd.

Yapılan bu temel açıklamalar ışığında Türk hukukunda uyum yönetim sisteminin kurulması ve uyum görevlisi istihdamı, spesifik olarak suçtan elde edilen gelirlerin aklanması ve terörizmin finansmanının önlenmesi kapsamında kanuni bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bu sayılanlar hususlar dışında, işletme bünyesinde işletmenin faaliyeti kapsamında işlenebilmesi mümkün olan suçların engellenmesi bakımından gözetim yükümlülüğünün gereklerinin yerine getirilmesine yönelik olarak uyum görevlisi görevlendirilmesine dair herhangi bir kanuni yükümlülük bulunmaz.

7.3. Türk Hukukunda Mevcut Bulunan Düzenleme Örnekleri

4571 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesinin 3. fıkrasında kooperatif yönetim kurulu üyeleri ve kooperatif memurlarının ceza hukuku sorumluluğuna dair hüküm şu şekildedir: "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. *Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.*"

Bu hüküm kapsamında; bir kooperatif memurunun çeşitli sahte belge tanzimleri ve hesap hileleriyle kooperatif üyeleri ve kooperatifin zararına menfaat elde etmesi halinde, bu üyenin faaliyetlerinin denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla zamanında anlaşılamamış olması durumunda kooperatif yönetiminin ihmali suretle davranışları dolayısıyla sorumlu tutulabilmeleri mümkün değildir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 62. maddesinin 1. fıkrasının d bendi uyarınca; "*Çalıştıranlar veya müvekkillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler ... cezalandırılırlar.*" İlgili düzenleme kapsamında ticaret hukuku kapsamında, haksız rekabet fiilinin engellenmesine yönelik girişimde bulunulmaması özel bir suç tipi olarak düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında, Ticaret Kanunu çerçevesinde haksız rekabet yasağına tabi işletmeler bağlamında, gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi bağımsız bir suç tipi olarak düzenlenmiştir.

3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 45. maddesine göre; "*Birden çok meslek mensubu çalışmalarını; serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik ortaklık bürosu veya şirket şeklinde birleştirebilirler. Bu bürolarda yapılan faaliyetler ticari faaliyet sayılmaz. Şirket şeklinde çalışılması halinde, yapılan işlerden doğacak cezai sorumluluk işi yapan meslek mensubuna aittir.*"

Söz konusu düzenlemeye göre, mali müşavirlik hizmetine dair faaliyetin bir şirket şeklinde birleştirilerek gösterilmesi halinde, yapılan işten kaynaklı ceza hukuku sorumluluğunun yalnızca işi yapan meslek mensubuna ait olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu mesleki alana dair kanun koyucu, şirket şeklinde bir yapılanma olsa bile, şirket yöneticisinin çalışan kişilerin işlediği suçlar kapsamında sorumlu tutulmasını, bu hususta açık hüküm sevk etmek suretiyle engellemiştir.

7.4. Genel Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'nda, Alman Ceza Kanunu'nun aksine, tüm suç tipleri bakımından kişilerin teminat yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemeleri dolayısıyla sorumlu tutulmasına imkân sağlayan genel nitelikte hüküm bulunmaz. Bundan dolayı, işletme bünyesinde kasten işlenen suçları dolayısıyla yönetici personelin sorumlu tutulabilmesine yönelik Türk hukuku bakımından şu tespitlerde bulunulabilir:

İlk olarak, Türk ceza hukuku sisteminde bir çalışana yönelik gözetim yükümlülüğü bulunan ve bu gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmekte ihmali bulunan yöneticinin söz konusu ihmali dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklanması halinde ceza hukuku sorumluluğu doğmaz. Zira bu durumda çalışanın kasten işlediği suçun yöneticinin ihmaline izafe edilebilmesi mümkün olmadığı gibi söz konusu taksirli ihmal bağımsız bir suç tipi olarak da öngörülmemiştir. Dolayısıyla işletme bünyesinde işlenmekte olan somut suçla dair bilgisi olmayan yöneticinin salt gözetim yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmemesi suç teşkil etmez. Bu kapsamda Türk hukukunda yalnızca tüzel kişi bünyesinde faaliyet üstlenen kişilerin bu faaliyetleri kapsamında *tüzel kişi yararına suç işlemleri* halinde uygulama alanı bulması mümkün olan Kabahatler Kanunu m. 43/A kapsamında tüzel kişi hakkında idari para cezası uygulanır.

Yöneticinin, gözetimi kapsamında kendisine emir ve direktif verme yetkisine sahip olduğu çalışan tarafından işletme bünyesinde işlenen kasten işlenen bir suçla göz yumması halinde ise, Alman hukukunun aksine Türk hukukunda bu ihmalden dolayı fail olarak sorumlu tutulmasını sağlayan bir mekanizma bulunmaz. Bunun nedeni ise, Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde buna imkân veren bir hükmün yokluğudur. Bu bağlamda yalnızca, çalışan personel tarafından işlenen ilgili *spesifik suç tipi* bakımından, suçun işlenmesini engellemeye yönelik bir teminat yükümlülüğünün öngörülmüş olması halinde ihmali davranışın da cezalandırılabilmesi mümkündür. Dolayısıyla Türk hukuku bakımından işletme yöneticilerinin sorumluluğu bu konuda öngörülen münferit düzenlemeler kapsamında ele alınabilir.

Mevcut kanuni yapı dolayısıyla Alman hukukunun aksine Türk hukukunda yöneticinin işletme bünyesinde işlenen dolandırıcılık⁶⁵, güveni kötüye kullanma, kaçakçılık gibi suçları engellememesi dolayısıyla fail olarak sorumluluğu söz konusu olmaz. Çünkü bu suçlar bakımından suçun ihmali davranışla işlenmesine yönelik bir hüküm Türk Ceza Kanunu'nda bulunmamaktadır. Yöneticinin maiyeti altında çalışan kişinin işletme faaliyeti bünyesinde bir suç işlemekte olduğunu *bilmesine* rağmen bu duruma göz yumması halinde, onun işlenen suçla "yardım eden" olarak sorumlu tutulmasının önünde ise Türk ceza hukuku bakımından

⁶⁵ Bir yatırım danışmanlık firmasında görev yapan yönetici A, bu firmada müşterilerle ilgilenen B'nin bazı müşterilere yanıltıcı nitelikte bilgiler vererek onların portföyleri üzerinden kazanç sağlamak için birkaç sonuçsuz girişimde bulunduğunu, bu kapsamda B'nin dolandırıcılığa meyilli olduğunu bilir. Ancak A, B'nin bu tarz davranışlarda bulunmasını engellemeye yönelik herhangi bir girişimde bulunmaz, onun doğrudan müşterilerle ilgilenmesini önlemeyi sağlayacak bir karar almaz. Bilahare söz konusu şirketin ilgili departmanında faaliyette bulunmaya devam eden B müşteri C ile iletişime geçer; B'nin ısrarı ve yönlendirmeleri sonucunda C ikna edilerek bir miktar parayı B'nin bahsettiği şekilde yatırım yapmasını sağlamak üzere ona aktarır. Ancak B bu parayı başka amaçlarla kullanır. Bu olayda B'nin dolandırıcılık suçundan dolayı sorumluluğu söz konusudur. Yönetici A'nın ceza hukuku sorumluluğu bakımından ise, kanaatimizce, doğrudan B'nin C ile münasebetine dair bilgi sahibi olmaması dolayısıyla B'nin işlediği dolandırıcılık suçuna yardım eden olarak sorumluluğu cihetine gidilemez. Türk hukuku bakımından bu tarz olay kurgularının dikkate alınarak konunun değerlendirilmesi gerekir. (Olay Frisch, "Zur Verantwortlichkeit", 129'dan iktibas edilmiştir.)

bir engel bulunmaz. Buna göre, şayet yönetici tarafından gözetimi altındaki personelin kasten bir suç işlemekte olduğu biliniyor ve buna rağmen onu engellemeye yönelik girişimde bulunulmuyorsa, bu durumda her ne kadar yöneticinin kendi ihmali suçu dolayısıyla sorumluluğu söz konusu olamayacaksa da personelin işlediği suça “yardım eden” sıfatıyla iştirakten sorumlu olur. Bu durumda yöneticinin, personelin suç işlemekte olduğunu *bilmesi* gerekir. Bu yönde kesine yakın bir bilgisi bulunmayan ve yalnızca personel tarafından suç işleniyor olabileceğine dair bir öngörüsü bulunan yöneticinin, işlenmekte olan suça yardım eden olarak sorumlu tutulması mümkün olmaz⁶⁶. Zira bu durumda yöneticinin somut bir fail tarafından işlenmekte olan suça yardım kastının bulunduğu bahsedilemez⁶⁷.

Bu bağlamda Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümlerinde, niteliği uygun olan tüm suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesine imkân tanıyan bir düzenleme öngörülmesi ve mevzuatta bulunan cezai hükümlerin bu anlayış çerçevesinde revize edilmesi, özellikle ticari işletmeler bünyesinde işlenen suçlar bakımından sorumluluk mekanizmasının daha efektif işletilmesini sağlar.

8. Sonuç

Şu an itibarıyla gerek Türk ceza hukuku sisteminde gerekse de Alman ceza hukukunda işletmelerin *doğrudan*, kendi faaliyetleri kapsamında işlenen suçlar dolayısıyla ceza hukuku sorumlulukları cihetine gidilmez. Ancak işletme bünyesinde yönetici personelin veya uyum görevlisinin kendilerine terettüp eden gözetim yükümlülüğüne aykırı hareket etmeleri işletme bünyesinde işlenen suçların önlenememesi dolayısıyla ceza hukuku sorumluluklarının tartışıldığı normatif sistem, aynı zamanda işletmelerin ceza hukuku sorumluluğunun da gündemde kalmasını sağlayan bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla işletmelerin ceza hukuku sorumluluğu konsepti, tıpkı işletme yöneticilerinin ceza hukuku sorumluluklarında olduğu gibi çalışanların işlediği suçlar dolayısıyla sorumluluğun bu kapsamda isnadıyla ilgili olması bakımından özdeş bir temele sahiptir.

Türk hukukunun aksine, Almanya’da işletme yöneticilerinin çalışanlar tarafından spesifik olarak ilgili işletmenin faaliyet alanında bulunan gerçekleştirilen ve suç teşkil eden eylemleri engellemeye yönelik bir teminat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.

İşletme yöneticisinin, dahil olduğu ortaklık esaslı topluluğun organizasyonel yapısı kapsamında bulunan faaliyetlerin hukuka uygun olarak yürütülmesini sağlamak hususunda hukuki nitelikte yükümlülüğü mevcuttur. Buna göre, işletme yöneticisi organizasyonel olarak sahip olduğu yetki ve sorumlulukları dolayısıyla; işletme faaliyetleri bünyesinde kriminojen bir yapının oluşmasını engellemelidir. İşletmeye ait tesislerin işletilmesi, yetkin personellerin görevlendirilmesi ve organizasyon şemasının oluşturulması süreçlerine dair kullanılan yetkiler aynı zamanda beraberinde özel birtakım yükümlülükleri de getirir. Bu kapsamda işletme personelinin bir suç işlemesine uygun nitelikte organizasyon yapısının varlığına dair bilgisi olan yönetici suç işlenmesine zemin hazırlayan rizikoların derhal ortadan kaldırılması için harekete geçmelidir. Bu yükümlülüğün kaynağı, ilgili faaliyetin bünyesinde barındırdığı normatif tehlikelilik olarak kabul edilir ve *StGB* § 13 çerçevesinde gerekçelendirilir.

⁶⁶ Bu konuda tartışma ve farklı görüşler hakkında bilgi için bkz. Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 383-387.

⁶⁷ Bu durumda Alman ceza hukukunda ihmali suç faili olarak, suçun olası kastla işlenmesi kapsamında sorumluluk cihetine gidilebilir.

Yönetici personelin yalnızca işletmenin faaliyeti kapsamında olan işi yapabilecek çalışanları belirlemesi ve onları görevlendirmesi organizasyonel sorumluluğunun sona ermesini sağlamaz. Çalışanların görevlerini yürütürken de onların işletme faaliyetleri kapsamında suç işlememelerini sağlayacak kurumsal tedbirlerin alınması yükümlülüğü devam eder. Zira işletmenin sorumlularının faaliyeti bizzat kendileri yürüttükleri takdirde söz konusu yükümlülüğe uygun hareket etmeleri gerekmektedir ve faaliyetin çalışanlar aracılığıyla yürütülmesi durumunda da bu yükümlülük, çalışanların kontrol ve müdahale suretiyle gözetilmesi formuna dönüşür. Bir diğer ifadeyle, sahip olunan organizasyon yetkileri beraberinde eş zamanlı olarak organizasyonun üçüncü kişilerin menfaatleri açısından bir risk oluşturmamasını sağlamaya yönelik belirli yükümlülükler doğurur. Bu yükümlülüğün gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, işletme bünyesinde işlenen suçun ihmali davranışla işlenmesi dolayısıyla yöneticini ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilebilir.

Alman hukukunda bu konsept, işletmeler bünyesinde işlenen suçlarla ilgili yerleşik *dikey sorumsuzluk* algısıyla mücadelede hukuki bir enstrüman işlevi görür. İşletme yönetiminden sorumlu olan kişi veya organ; işletme bünyesinde işlenebilmesi mümkün olan suçları önlemeye yönelik olarak; görev ve sorumluluk dağılımını esas alan bir iç izleme ve kontrol sistemi tesis etmekle yükümlüdür. Bu isnadiyet modelinde; bir sürecin sonucu olarak çalışan personel tarafından işlenen suçun bu sürecin yaşanmasına zemin hazırlayan koşullar üzerinde hakimiyeti bulunan kişilerin de sorumlu tutulmasını sağlar.

Kanaatimizce gözetim yükümlülüğünün kapsamına dair bu konsept farklılığı, Türk sistemi ile Alman sistemi arasındaki farklılığın maddi esasını oluşturur. Türk anlayışında genel olarak bir faaliyetin yürütülmesi kapsamında görevlendirilen ehil kişilerin bu faaliyetleri sırasında işledikleri suçlar dolayısıyla yöneticilerine doğrudan bir isnatta bulunulması kabul edilmemektedir. Ayrıca mevcut kanuni düzenleme kapsamında da Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerinde *StGB* § 13 hükmüne benzer genel nitelikte ihmal suçlardan dolayı sorumluluğa cevaz veren bir düzenleme bulunmaz.

Kaynaklar / References

- Basualto, Héctor Hernández. "Reichweite der Garantenpflichten bei der Geschäftsherrenhaftung." In *Strafrecht als Risiko: Festschrift für Cornelius Prittwitz zum 70. Geburtstag*, 209–218. Nomos: Baden-Baden, 2023.
- . "Die Betriebsbezogenheit der Garantenstellung von Leitungspersonen im Unternehmen." In *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch*, 333–348. Berlin, 2013.
- Bauer, Hans-Lucas, and Anke C. Wißmann. "Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen." In *Festschrift für Wolf Schiller zum 65. Geburtstag*, 15–26. Baden-Baden: Nomos, 2014.
- Bosch, Nikolaus. „StGB § 13: Begehen durch Unterlassen“. In *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. 30. Aufl. München: C.H. Beck, 2019.
- Dannecker, Gerhard. "Compliance – Domestic and International Good Practices: Tendenzen zur Verrechtlichung ethischer und unternehmensinterner Regeln." In *Die Kriminalwissenschaften als Teil der Humanwissenschaften: Festschrift für Dieter Dölling zum 70. Geburtstag*, 131–156. Baden-Baden, 2023.
- Dannecker, Gerhard und Christoph Dannecker. "Die Verteilung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung im Unternehmen." in *Juristen Zeitung* 65, no. 20 (2010), 981–992.
- Engelhart, Marc. *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance: Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*. 2. Aufl. Duncker & Humblot: Berlin, 2012.
- Frisch, Wolfgang. "Zur Verantwortlichkeit von Unternehmen und Unternehmensorganen für Straftaten ihrer Mitarbeiter: Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Täterschaft." In *Systematik in Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Klaus Rogall zum 70. Geburtstag am 10. August 2018*, 121–146. Duncker & Humblot: Berlin, 2018.
- Gaede, Karsten. *StGB § 13 Begehen durch Unterlassen*. In *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch*. 6. Aufl., Nomos, 2023.
- Heine, Günter. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Nomos: Baden-Baden, 1995.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*. 2. Aufl. Walter De Gruyter: Berlin-New York 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich. „StGB § 13 Begehen durch Unterlassen“. In *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 11. Aufl. De Gruyter: Berlin, 2003.
- Jescheck, Hans-Heinrich, und Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. 5. Aufl. Duncker & Humblot: Berlin, 1996.
- Karaaslan, Reşit. *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*. 2. Baskı. Seçkin: Ankara, 2023.
- Köhler, Michael. *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. Springer: Berlin, 1997.

- Momsen, Carsten. "Der ‚Compliance-Officer‘ als Unterlassensgarant. Ein neues Zurechnungsmodell oder ein weiterer Schritt auf dem Weg der Evaporation von Zurechnungsparametern?" In *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 751–766, Berlin: Duncker & Humblot, 2011.
- Özgenç, İzzet. "İhmali Suç Teorisi." *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (2021). 303–378.
- . *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı. Seçkin: Ankara, 2023.
- Parker, Christine, und Vibeke Lehmann Nielsen. "Compliance: 14 Questions." In *Regulatory Theory Foundations and Applications*, 217–232. ANU Press: Australia, 2017.
- Rotsch, Thomas. *Criminal Compliance Handbuch*. Nomos: Baden-Baden, 2015.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil – Band II – Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. C.H. Beck: München, 2003.
- Schünemann, Bernd. "Über Strafrecht im demokratischen Rechtsstaat, das unverzichtbare Rationalitätsniveau seiner Dogmatik und die vorgeblich progressive Rückschrittspropaganda." *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, no. 10 (2016), 654–671.
- . „StGB § 14: Handeln für einen anderen“. In: *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 13. Aufl. De Gruyter: Berlin, 2020.
- Stein, Ulrich. StGB § 13 Begehen durch Unterlassen. In *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 9. Aufl. 2017.
- Stoffers, Kristian F. "Anmerkung von BGH, Urteil vom 17. 7. 2009–5 StR 394/08." *Neue Juristische Wochenschrift* 62, no. 43 (2009). 3176–3177.
- Weigend, Thomas. StGB § 13 Begehen durch Unterlassen. In *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar: Erster Band Einleitung, §§ 1 bis 18*. 13. Aufl. Berlin/Boston: De Gruyter, 2020.

Yazar Hakkında / About the Author

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ÖLMEZ | Ankara Hacı Bayram Veli University |
gokhan.olmez[at]hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0555-7866

Gökhan Ölmez 2009 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2013 yılında Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku yüksek lisans programını, 2020 yılında ise Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü bünyesinde Kamu Hukuku doktora programını tamamladı. 2011 yılında Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı, 2012-2020 yılları arasında Gazi Üniversitesi ve Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi, 2020-2022 yılları arasında ise Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nda öğretim görevlisi olarak görev yaptı. Halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak çalışmaktadır.

Asst. Prof. Dr. Gökhan ÖLMEZ | Ankara Hacı Bayram Veli University |
gokhan.olmez[at]hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0555-7866

Gökhan Ölmez graduated from Selçuk University Faculty of Law in 2009. He completed his master's degree in Criminal and Criminal Procedure Law at Gazi University Institute of Social Sciences in 2013 and PhD programme in Public Law at Ankara Hacı Bayram Veli University Institute of Graduate Education in 2020. He began working as a research assistant at the Yalova University Faculty of Law in 2011. He served as a research assistant at the Gazi University and Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law from 2012 to 2020, and as a lecturer at the Ankara Hacı Bayram Veli University School of Justice from 2020 to 2022. He currently works as *an Assistant Professor at* at Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law.

ANONİM ŞİRKET YÖNETİM ORGANLARINDA GÖREV YAPAN KİŞİLERİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Türk Ticaret Kanunu'na göre, bir anonim şirketin yönetim organı ve yasal temsilcisi yönetim kuruludur. Yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu yönetim ve temsil yetkisinin kullanımına bağlıdır. Bu yetki, yönetim kurulunda en az bir kişiye veya birden fazla kişiye verilebilir. Bir anonim şirket bünyesi altında ve şirket faaliyetleri çerçevesinde bu yetkilerini kullanan yönetim kurulu üyelerinin suç işleme durumunda kural olarak ceza hukuku sorumluluğu doğmaktadır. Ancak yönetim kurulu kararlarının alınması ve icrası kapsamındaki bazı özellikli durumlar, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından hazırlık hareketleri, nedensellik bağı ve müşterek faillik çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Çalışma kapsamında yönetim organlarında görev yapan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde mevcut Türk Hukuk sistemi (de lege lata) ele alınmıştır. Tespit edilen sorunların çözümü için olması gereken hukuk (de lege ferenda) yönünden değerlendirmelerde bulunulmuştur. Yönetim organlarında görev yapan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde özellik ve zorluk arz eden hususlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler

Yönetim Organı, Ceza Sorumluluğu, Nedensellik Bağı, Müşterek Fail, Lege Lata-Lege Ferenda

CRIMINAL LIABILITY OF INDIVIDUALS SERVING ON THE MANAGEMENT BODIES OF JOINT STOCK COMPANIES

Ress. Asst. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ

Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

According to the Turkish Commercial Code, the board of directors is the management body and legal representative of a joint-stock company. The criminal liability of board members depends on the exercise of their management and representation authority. This authority can be granted to at least one or multiple individuals within the board. In principle, if board members commit a crime while exercising their authority within the scope of the company's activities, criminal liability arises. However, certain specific situations regarding the decision-making and execution of board resolutions necessitate an evaluation within the framework of preparatory acts, causality, and joint perpetrator in the context of determining criminal liability. This study examines the current Turkish legal system (*de lege lata*) in determining the criminal liability of individuals serving in management bodies. Evaluations are made from the perspective of the law that should be (*de lege ferenda*) to address the identified issues. The study highlights the distinctive and challenging aspects of determining the criminal liability of individuals serving in management bodies.

Keywords

Management Body, Criminal Liability, Causality, Joint Perpetrator, De Lege Lata-De Lege Ferenda

1. Giriş

Şirket yapılanması üzerinden işlenen özellikle ekonomik suçlar gün geçtikçe artmaktadır. Aynı zamanda şirketlerin ulus üstü yapılar haline gelmesi ile suçların etki alanı da genişlemektedir. Bu doğrultuda şirket faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlar hususunun incelenmesi daha da önemli hale gelmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 20. maddesinin ikinci fıkrasında; tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamayacağı ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların saklı olduğu ifade edilmiştir. Bu kapsamda tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Tüzel kişinin organ ya da temsilcilerinin gerçekleştirdikleri suç teşkil eden fiiller sebebiyle tüzel kişi hakkında ceza yaptırımına hükmedilmesi halinde, tüzel kişinin hiç kusuru olmayanlar dahil olmak üzere bütün üyelerinin/ortaklarının cezalandırılmış olacağı ve ceza hukukundan temel prensiplerinden olan ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinin ihlal edileceği ifade edilmektedir¹.

Ancak yukarıda ifade edilen bu husus, tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanmasına mâni değildir. Nitekim TCK'nın 60. maddesinden, tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı şekilde faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilebilmektedir². İkinci olarak suçun, tüzel kişinin yararına işlenmesi halinde TCK'nın 54. maddesinde düzenlenen eşya müsadere ve 55. maddesinde düzenlenen kazanç müsadere hükümlerinin uygulanması mümkündür. Son olarak ise tüzel kişiler hakkında, ilgili kanunlarda düzenlenen idari para cezalarının uygulanması söz konusu olabilmektedir. Örneğin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 43/A maddesine göre; bir tüzel kişinin organ ya da temsilcisi ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte bu tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen bir kişi tarafından, hükümde katalog olarak sayılan suçların, tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde idari para cezası sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, tüzel kişi bir suçun faili olamamakla birlikte, suçun tüzel kişinin yararına olacak şekilde ve faaliyetleri kapsamında işlenmesi mümkündür. Bu gibi hallerde suçun faili; tüzel kişinin organlarında görev yapan, tüzel kişinin temsilcisi sıfatını taşıyan veya tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde herhangi bir şekilde görevlendirilmiş olan kişi ya da kişilerdir³. Buradan hareketle çalışma kapsamında, anonim şirketin yönetimi ve idaresinden sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinin, şirket faaliyetlerinden kaynaklanan ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesi amacıyla Türk hukuk düzenindeki mevcut durum ve sorunlar ele alınmıştır.

¹ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 1030.

² Faaliyet izninin iptali, ilgili tüzel kişinin varlığını sona erdirmemekte olup iznin konusuyla ilgili faaliyette bulunmasına engel olmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca verilen bir faaliyet izni kapsamında faaliyet gösterilirken suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçunun işlenmesi halinde faaliyet izninin iptaline hükmedilmesi mümkündür. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1031.

³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1032.

Türk Ticaret Kanunu'na göre, bir anonim şirketin yönetim organı ve yasal temsilcisi yönetim kuruludur. Yönetim kurulu; şirketin yönetimi ve idaresi, mali tabloların hazırlanması, genel kurul kararlarının uygulanması ve şirketin temsili gibi görev ve yetkilerinin yanı sıra anonim şirketin günlük işleyişine ilişkin bazı faaliyetleri yürütmektedir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu yönetim ve temsil yetkisinin kullanımına bağlıdır. Bu yetki, yönetim kurulunda en az bir kişiye veya birden fazla kişiye verilebilir. Bir anonim şirket bünyesi altında ve şirket faaliyetleri çerçevesinde bu yetkilerini kullanan yönetim kurulu üyelerinin suç işlemesi durumunda kural olarak ceza hukuku sorumluluğu doğmaktadır. Ancak şirketlerin yapıları gereği karar alma ve/veya temsil mekanizmasında belirlenen karmaşık yapılar suç genel teorisi üzerinden failin belirlenmesi ve hatta suçun gerçek failinin cezasız kalması sorununa neden olabilmektedir. Bu sorunların aşılması için ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi uyarınca suçun failini belirlemek için şirket yapısı içinde yönetim kurulu üyelerinin görev tanımlarının iyi yapılması gerekmektedir. Ayrıca üyeler arasındaki sorumluluk paylaşımı her somut olay açısından ayrı ayrı dikkate alınmalıdır.

Anonim şirketlerde ceza hukuku sorumluluğunu gerektirecek fiiller yönetim kurulu tarafından alınan kararlar vasıtasıyla ortaya çıkabileceği gibi yönetim kurulu üyelerinden emir ve talimat alan ya da yetkinin devredildiği diğer şirket çalışanları tarafından gerçekleştirilen fiiller kapsamında da ortaya çıkabilir. Fakat yatay iş ilişkisi⁴ içerisinde bulunan kişiler ile dikey iş ilişkisi⁵ içerisinde bulunan kişilerin sorumluluğu farklı değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir⁶. Zira yatay iş ilişkisine yönelik değerlendirme iş bölümü esasına dayanırken dikey iş ilişkisine yönelik değerlendirme hiyerarşi esasına dayanmaktadır. Bu çalışma, yatay iş ilişkisi içerisinde bulunan yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğuna odaklanmakta olup dikey iş ilişkisi ya da hiyerarşik ilişki kapsamında ortaya çıkması muhtemel ceza hukuku meselelerine odaklanmamaktadır.

Yönetim kurulunun birden fazla kişiden müteşekkil olması, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesinde zorluklara neden olabilmektedir. Özellikle yönetim kurulunun karar alması için gereken nisaptan fazla oyla karar alınması ve bu kararın icrasının bir suç teşkil etmesi halinde illiyet ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Ayrıca nedensellik bağı çerçevesinde ortaya çıkan tartışmalı hususların önüne geçilebilmesi için müşterek faillik kurumunun bir enstrüman olarak kullanılıp kullanılmayacağı ele alınmalıdır. İlave olarak taksirle işlenen suçlar bakımından müşterek failliğin mümkün olup olmadığı hususu tartışmalı olduğundan yönetim kurulu kararları kapsamında manevi unsurun taksir olması halinde nasıl hareket edileceğinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu aynı zamanda taksirle işlenen suçlar dolayısıyla ortaya çıkan ceza hukuku sorumluluğu için bir bakış açısı sağlayacaktır.

⁴ Yatay iş paylaşımı, aralarında hiyerarşik iş ilişkisi bulunmayan aynı düzeydeki kişilere yönelik iş paylaşımını odağına almaktadır. Bkz. Veli Özer Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku Birinci Kitap Genel Hükümler*, 3. Baskı, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 85. (Ekonomi Ceza Hukuku)

⁵ Dikey iş paylaşımı, hiyerarşi ilişkisinin var olduğu durumlarda emir ya da talimat alan kişinin hukuka aykırı fiilinden, ona emir ve talimat alanın hangi durumlarda sorumlu olacağını odağına almaktadır. Bkz. Özbek, *Ekonomi Ceza Hukuku*, 87.

⁶ Klaus Tiedemann, *Ekonomi Ceza Hukuku*, Çev. Ayşe Nuhoglu, (Ankara: Seçkin Yay., 2017), 235; Serkan Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlardan Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 281.

Diğer taraftan nedensellik bağına ilişkin teorik tartışmalara geçmeden evvel, yönetim kurulu üyesi tarafından suça yönelik olarak oy kullanılması ancak çoğunluk sağlanamadığı için karar alınamaması yahut alınsa dahi icra edilememesi halinde, bu minvalde oy kullanan yönetim kurulu üyesinin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bu nitelikteki fiillerin suç yolundaki (*iter criminis*) konumu belirlenmelidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında çalışmada; yönetim organlarında görev yapan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde mevcut Türk Hukuk sistemi ve suç teorisi (de lege lata) ele alınmıştır. Tespit edilen sorunların çözümü için olması gereken hukuk (de lege ferenda) yönünden değerlendirmelerde bulunulmuştur. Yönetim organlarında görev yapan kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde özellik ve zorluk arz eden hususlara değinilmiştir.

2. Anonim Şirket Yönetim Organları

2.1. Genel Açıklamalar

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 49. maddesi uyarınca tüzel kişilerin medeni haklarını kullanabilmesi, fiil ehliyeti kazanabilmesi için kanun ve kuruluş belgelerinde belirlenmiş gerekli organlara sahip olmalarına bağlıdır. İlgili kanunun 50. maddesinde belirtildiği üzere tüzel kişiler iradesini bu organlar vasıtasıyla açıklamaktadır.

Anonim şirketin zorunlu organları “Genel Kurul” ve “Yönetim Kurulu”dur⁷. Pay sahibi ortaklardan oluşan genel kurul karar organıdır. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 365. maddesi uyarınca şirketin, idare ve temsil organı ise yönetim kuruludur.

TTK'nın 407. maddesi uyarınca pay sahipleri şirket işlerine ilişkin haklarını genel kurulda kullanırlar. Aynı Kanunun 408. maddesinin birinci fıkrası uyarınca genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülen hallerde karar almaktadır. Ayrıca 408/2, 145, 178 vb. birçok madde de genel kurula ait devredilemez görev ve yetkilerin düzenlendiği görülmektedir. Kural olarak genel kurulun yönetim ve temsil yetkisi ile görevi söz konusu değildir.

Bu açıklamalar ışığında anonim şirketler temsil, karar alma vb. iş ve işlemleri genel kurul ve yönetim kurulu vasıtası ile yaparlar. Ayrıca 6102 sayılı TTK ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) temsil hükümleri çerçevesinde işlem yapıp borç altına girebilirler⁸. Diğer bir ifade ile sadece organlar vasıtası ile iş ve işlem yapılmaz, gerçek kişilerde olduğu gibi temsilci belirlenmesi de mümkündür.

⁷ Denetçinin 6102 sayılı TTK'ya göre “organ”, “zorunlu bir organ” olup olmadığı tartışmalıdır. Denetçinin zorunlu bir organ olduğu yönündeki görüş için bkz. İbrahim Kaplan, “6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, sy. 4, (Aralık 2016): 3498. Denetçinin organ niteliğini haiz olmadığı yönündeki görüş için bkz. Aytaç Köksal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan Cilt I* içinde, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2010), 1406-1408.

⁸ TTK m. 368, 371/7, TBK m. 40 vd.

2.2. Anonim Şirkette Yönetim Kurulunun Görev, Yetki ve Organizasyonu

TTK'nın 359. maddesine göre anonim şirketin, esas sözleşmeyle atanmış veya genel kurul tarafından seçilmiş, bir ya da daha fazla kişiden oluşan yönetim kurulu bulunur. Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyi temsil etmek üzere gerçek kişi belirlenerek tescil ve ilan olunur.

Kanundaki istisnai haller saklı olmak üzere yönetim ve temsil görev ve yetkisi yönetim kuruluna aittir (TTK m. 365). Buna göre, ortaklık adına imza yetkisi de yönetim kurulunda demektir. Ayrıca TTK'nın 374. maddesi "*Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir.*" şeklindedir. İlgili düzenleme uyarınca, işletme konusu çerçevesinde kalmak koşuluyla, esas sözleşme ile genel kurula verilen ve münhasıran genel kurula ait olan yetki ve görevler dışında kalan⁹ yönetime ilişkin tüm yetkiler yönetim kuruluna aittir. TTK'daki ilgili düzenlemeler uyarınca yönetim kurulu ayrıca genel kurulu olağan veya olağanüstü toplantıya çağırarak, toplantı gündemini hazırlamak, genel kurul kararlarına karşı gerekli durumlarda iptal davası açmak, genel kurulun almış olduğu kararları uygulamak gibi birçok konuda görevli ve yetkilidir. Çalışma konusu kapsamında yönetim kurulunun tüm görev ve yetkileri üzerinde ayrıntılı açıklamalarda bulunulmayacak, yönetim görevi ve yetkisi üzerinde durularak açıklamalara devam edilecektir.

Diğer taraftan TTK'nın 375. maddesinde devredilemez görev ve yetkileri düzenlenmiştir¹⁰. TTK'nın 367. maddesine göre ise yönetim kurulu tarafından bazı yetkilerin devredilmesi mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, yetki devri yapılmadığı takdirde yönetim yetkisinin yönetim kurulunun tüm üyelerine ait olduğu belirtilmiştir. Devredilemez görev ve yetkilerin kapsamına bakıldığında ise diğer bentlerin yanı sıra (e) bendinde; yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetiminin devredilmez bir görev ve yetki olarak belirlendiği görülmektedir. Bu kapsamda yetki devrinin mevcut olduğu durumda, yetkiyi devreden kişinin sorumluluktan kurtulacağı şeklinde bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Yetkiyi devreden kişinin, yetki devrinden sonra bahsi geçen

⁹ Yönetim ve denetim kurulunun seçimi ve azli, ortaklık sözleşmesinde değişiklik yapılması vb.

¹⁰ TTK m. 375 - Devredilemez görev ve yetkiler

(1) Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır:

a) Şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi.

b) Şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi.

c) Muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması.

d) Müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları.

e) Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi.

f) Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi.

g) Borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.

hüküm kapsamında ortaya çıkan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir¹¹.

Özetle yönetim kurulu; geniş anlamda yönetim organizasyonun yapılması ile işletme konusundaki genel iş ve işlemlerin yapılmasından sorumludur. Ancak istisnai olarak yönetim yetkisi üyeler arasında bölünebilmekte veya üçüncü bir kişiye bırakılabilmektedir.

2.3. Yetki Devri

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun yönetim ve temsil yetki ile görevi yukarıda açıklandığı gibi olup bazı hallerde söz konusu yetkinin devredilmesi de mümkündür. Yukarıda açıklandığı üzere, TTK'nın 375'inci maddesinde belirtilmiş olan yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri dışında kalan hususlarda yetki devri mümkündür.

Kural olarak anonim şirket yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil olunur. Ancak devredilemez yetkiler dışında kalan yetkilerde ise, TTK'nın 367. maddesinde de belirtildiği üzere, yönetim, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle; yönetim kurulunun yönetim yetkisi kanundan ve/veya şirket esas sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Yönetim kurulu dışında kalan yönetici ve müdürler açısından ise görev, yetki ve sorumluluk yetki devri ile ortaya çıkmaktadır.

Anonim şirket tüzel kişiliğinin irade açıklamasında yetkili olan kişiler, esas itibarıyla yönetim kuruludur. Ayrıca bu yetkinin devredildiği kişiler de belirli şartlar altında bu yetkiyi kullanabilirler. Uygulamada *compliance officer* olarak görev alan kişilerin birimlerine yetkinin devredilmesi de mümkündür¹². Yönetim kurulu dışında kalan yönetici ve müdürlerin, tüzel kişinin iradesinin açıklanmasında doğrudan doğruya bir etkileri bulunmadığı; bu kişilerin ancak yönetim kurulu kararlarının alınmasında "danışman" olarak etkilerinin söz konusu olduğu ifade edilmektedir¹³.

Yetki devrinin yapıldığı durumlarda yönetim kurulunun denetim ve gözetim yükümlülüğünün ve bu yükümlülüğün ihlalinin doğan sorumluluklarının devam ettiği ifade edilmektedir¹⁴. Yönetim kurulunun, yetkilerini devrettiği kişi/kişilerin faaliyetlerini izleme ve gerektiğinde müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sorumluluk, yönetim kurulunun şirkete karşı olan genel özen yükümlülüğünün bir parçasıdır¹⁵. Yönetim kurulu üyeleri, şirketin menfaatlerini korumak amacıyla devredilen yetkilerin nasıl kullanıldığını yakından takip etmek ve gerektiğinde düzeltici önlemler almak zorundadır. Bu kapsamda yetki devri yapılan bir durumda ceza hukuku sorumluluğu açısından öncelikle devredilen

¹¹ Reha Poroy v.dğr. *Ortaklıklar Hukuku I*, (İstanbul: Vedat Kit., 2021); Reşit Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 44.

¹² Erhan Temel ve Adem Sözüer, "Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme Tartışmaları" *Türk Alman Hukuku Sempozyumu*, (Ankara: Adalet Yay., 2013), 1 vd.; Zeynel T. Kangal, "Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance" *Türk Alman Hukuk Sempozyumu Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları*, Editör Erhan Temel ve Adem Sözüer, (Ankara: Adalet Yay., 2013), 73.

¹³ Kaplan, "6102 sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu", 3497.

¹⁴ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 44.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Kürşat Göktürk, "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu", *TBB* 114, (2014), 186-187.

yetkinin, devredilebilir nitelikte olup olmadığı, eğer bu nitelikte ise denetim ve gözetim yükümlüğünün yerine getirilip getirilmediği incelenmelidir. Gereği gibi yerine getirilmediğinin tespit edilmesi halinde ise yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olacaktır.

3. Yönetim Kurulu Üyelerinin Ceza Hukuku Sorumluluğu

3.1. Genel Açıklamalar

Kural olarak şirket tüzel kişiliği altında gerçekleştirilen iş ve işlemlerden dolayı şirket tüzel kişiliğinin sorumluluğu doğmaktadır. Ancak yönetim kurulu üyeleri kanunda ve şirket esas sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerine aykırı hareket ettikleri durumlarda verdikleri zarardan şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına karşı sorumlu olmaktadır¹⁶. Yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması da mümkün olduğundan bu durumda ilgili zarardan üye olan tüzel kişi sorumludur.

Diğer bir ifadeyle temsile veya yönetime yetkili olan kişilerin görevlerini yaptıkları sırada işledikleri haksız fiillerden şirket sorumludur. Hukuki sorumluluğa ek olarak yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu da doğabilmektedir. Bu kapsamda çeşitli kanunlar uyarınca idari ve adli para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezalar verilebilmektedir. TTK'nın 562. maddesinde ceza hukuku sorumluluğu gerektiren fiiller bentler halinde belirlenmiştir. Bu fiilleri işleyen yönetim kurulu üyeleri hakkında idari ve adli para cezaları, hürriyeti bağlayıcı cezalar uygulanacaktır¹⁷. TCK'da da kurul üyelerinin ceza hukuku sorumluluğuna ilişkin çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır¹⁸. Bu kanunlara; TTK ve TCK'ya ek olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nu, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu örnek verilebilir¹⁹.

¹⁶ Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hallerinden biri olan kanundan ve şirket esas sözleşmesinde belirtilen yükümlülüklerine aykırı hareket edilmesi durumuna ek olarak şirketin kamu borçlarının şirketten tahsil edilememesi halinde de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Sorumluluk için hukuka aykırı fiil ve zarar doğmasının yanında hukuka aykırı fiil ile zarar arasında illiyet bağı ve kusur olmalıdır.

¹⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Özgür Küçüktaşdemir, *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*, (Ankara: Seçkin Yay., 2018), 141-144.

¹⁸ TCK m. 158, f.1 b. (h); şirket yöneticisi olan ya da şirket adına hareket eden kişilerin ticari faaliyetleri sırasında nitelikli dolandırıcılık suçunu işlemeleri durumunda ilgili kurul üyesi/üyeleri hakkında adli para cezası ve hapis cezası uygulanır.

TCK m. 164; şirket yöneticilerinin ilgililerini zarara uğratacak şekilde gerçeğe aykırı beyanda bulunmaları halinde adli para cezası ve hapis cezası uygulanır.

Şirket yöneticilerinin sorumluluğunun açıkça düzenlendiği hükümlere ek olarak suç sayılan fiili gerçekleştiren kurul üyelerinin sorumluluğuna gidilebildiği diğer suç tiplerine örnek olarak da TCK m. 239'daki yöneticisi olması sayesinde edindiği ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden yönetim kurulu üyesi hakkında da adli para cezası ve hapis cezası uygulanır.

¹⁹ 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde düzenlenen vergi kaçakçılığı suçunun anonim şirket bünyesinde işlenmesi durumunda öngörülmüş olan hürriyeti bağlayıcı cezalar yönetim kurulu üyelerine uygulanır. Aynı şekilde TCK m. 135 uyarınca hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden yönetim kurulu üyesi kimse de hapis cezası ile cezalandırılır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "İdari Para Cezası Gerektiren Fiiller ve Sermaye Piyasası Suçları" başlıklı bölümü altında, 103. maddede; kanuna ve Sermaye Piyasası kurulunca alınan kararlara aykırı davranan kurul üyeleri hakkında idari para cezası öngörülmüştür.

Yukarıda izah edildiği üzere; tüzel kişiliğe haiz olan anonim şirket, haklara ehil olup sorumluluk altına girebilse de ceza sorumluluğu bulunmamaktadır²⁰. TCK'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tüzel kişilere ceza yaptırımını uygulanamamaktadır. Bununla birlikte tüzel kişiliğe sahip şirket hakkında güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir.

Şirket tüzel kişiliğinin kendisine ait bir iradesi olamayacağından yöneticilerin iradesi yansıtılmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere, anonim şirketlerde yönetim ve temsil yetkisi yönetim kurulundadır. Bu sebeple yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku anlamında sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu sorumluluğun belirlenmesi esnasında cezaların şahsiliği ilkesi göz önünde bulundurulmalı ve yönetim kurulundaki görev ve yetki paylaşımı dikkate alınarak sorumluluk belirlenmelidir.

Anonim şirketler, günümüz ekonomik sistemi içerisinde her türlü faaliyetin içerisinde yer almaktadır. Anonim şirketlerin yönetiminde görev alan yönetim kurulu üyeleri, şirketin stratejik kararlarını alır ve günlük işleyişini denetler. Bu stratejik kararlar; bütçe ve işletme planının hazırlanması, üst düzey yönetici atanması ve önemli yatırımlar gibi konulara yönelik olabilmektedir. Bahsi geçen kararların alınması ya da icrası ile, aynen gerçek kişilerde olduğu gibi toplumsal hayattaki bazı davranış normlarının ihlal edilmesi söz konusu olabilir. Meydana gelen hukuki değer ihlaline neden olan fiilin suç olarak düzenlenmesi halinde ceza hukuku normları devreye girmektedir.

Çalışma kapsamında konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bazı fiktif örneklere yer verilmesinde fayda görülmektedir:

- i. Yönetim kurulu üyelerinin, şirketin mali tablolarını yanıltıcı şekilde düzenlemeleri, hileli işlemler yapmaları veya sahte belgeler kullanmaları dolandırıcılık ve sahtecilik suçları kapsamında değerlendirilebilir. Örneğin, şirketin gerçek mali durumunu gizleyerek yatırımcıları yanıltmak veya kredi almak için sahte belgeler düzenlemek bu suçlara örnek teşkil eder. Bir anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin, şirketin mali durumunu olduğundan daha iyi göstermek amacıyla sahte bilanço düzenleyip bankalardan kredi almaları halinde, yönetim kurulu üyeleri dolandırıcılık ve sahtecilik suçlarından sorumlu tutulabilirler.
- ii. Şirket yönetim kurulu üyelerinin kamuya yaptıkları beyanlarda veya genel kurula sundukları raporlarda veya önerilerde ilgililerin zarara uğramasına neden olabilecek nitelikte gerçeğe aykırı önemli bilgiler vermeleri TCK'nın 164. maddesi uyarınca suç teşkil eder²¹.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 345/a düzenlemesi gereğince borca batık anonim şirketin iflasını istemeyen yönetim kurulu üyeleri hakkında -alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine- hapis cezası uygulanabilecektir.

²⁰ Tüzel kişilerin ceza hukuku sorumluluğu ve fail olup olamayacağına ilişkin görüşler için bkz. Hakan Kızılarşan, *Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*, (Ankara: Seçkin Yay., 2020), 106 vd.; Gözde Kaçmaz Keskin, *Türk ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Hukuku Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yay., 2024), 74 vd.

²¹ TCK m.157'de düzenlenen dolandırıcılık suçunu, TCK'nın 164. maddesinde düzenlenen bu suçtan ayıran unsur; hileli davranışlarla failin şirkete ya da kooperatife yarar sağlamış olmasıdır. Bu halde dolandırıcılık suçu kapsamında ceza hukuku sorumluluğu tayin edilmesi gerekmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Can Canpolat, "Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi – Verme - Suçu" *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy.1, (Haziran 2021), 181.

- iii. Şirketin vergi yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi, sahte fatura düzenlenmesi veya vergi beyannamelerinde yanıltıcı bilgiler verilmesi durumunda, yönetim kurulu üyeleri vergi kaçakçılığı suçuyla karşı karşıya kalabilirler.
- iv. Şirketin faaliyeti çerçevesinde bir eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın ülkeye sokulması halinde, yönetim kurulu üyelerinin gümrük kaçakçılığı suçu nedeniyle ceza hukuku sorumluluğu söz konusu olabilir.
- v. Şirket faaliyetleri sırasında çevreye zarar verilmesi, çevre koruma mevzuatına aykırı davranılması durumunda, yönetim kurulu üyeleri çevre suçlarından sorumlu tutulabilirler. Çevreye verilen zararlar, hem doğrudan hem de dolaylı olarak insan sağlığını etkileyebilir ve ceza hukuku sorumluluğu gerektirebilir.

3.2. Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi Bağlamında Öne Çıkan Sorunlar

Çalışma kapsamında incelenmesi gereken tartışmalı alanlar, yukarıda işaret edilen haksızlıkların ortaya çıkmasına sebebiyet veren yönetim kurulu kararları çerçevesinde meydana gelmektedir. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi esnasında en önemli sorun, artık/fazlalık oyların mevcudiyeti kapsamında ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle kararın alınabilmesi için yeterli olandan daha fazla oy kullanılması durumunda, bu yönde oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin her birine ilgili suçun isnadı tartışma oluşturmaktadır. Zira bu durumda nedensellik bağının belirlenmesi zorluk arz etmekte ve bir dizi teorik tartışmayı beraberinde getirmektedir. Diğer yandan söz konusu teorik tartışmaların etrafından dolanmak ya da üstesinden gelmek amacıyla müşterek failliğin bir enstrüman olarak kullanılıp kullanılmayacağının da değerlendirilmesi gerekmektedir.

Buna karşın nedensellik bağı bağlamında yapılması gereken teorik tartışmalara geçmeden evvel, yönetim kurulu tarafından alınan karar üzerine icra edilen fiil kapsamında ortaya çıkan suçun ne zaman tamamlanacağı ve hazırlık hareketlerinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu çerçevede açıklığa kavuşturulması hedeflenen husus, icraya başlanmasa dahi hukuka aykırı bir kurul kararı alınmış olmasının ceza hukuku sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğidir²². Benzer şekilde hukuka aykırı yönde oy kullanmasına rağmen nisabın sağlanamaması nedeniyle aksi yönde karar alınması durumunda, hukuka aykırı oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğunun mevzubahis olup olmadığı belirlenmelidir.

Sonuç olarak anonim şirketlerde yönetim kurulu kararları kapsamında; ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken suç yolunda dış dünyaya yansıyan hangi hareketlerin cezalandırılabilceği, yönetim kurulu üyeleri tarafından kullanılan oy ile ortaya çıkan yönetim kurulu kararı ve yönetim kurulu kararı ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik ilişkisi ve nedensellik bağlamında ortaya çıkan sorunların müşterek failliğin nedenselliği ikame edici etkisi vasıtasıyla üstesinden gelinip gelinemeyeceği incelenecektir.

²² Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 169.

3.2.1. Suça Sebebiyet Veren Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararları Hazırlık ve İcra Hareketlerinin Belirlenmesi Sorunu

Suçtan bahsedilebilmesi için öncelikle fiilin varlığı gerekmektedir. Fiil dış dünyada tezahürü olan bir insan davranışdır. Fiilden bahsedebilmek için insan davranışının olması gerekmektedir. Bu nedenle tüzel kişilerin fiilden bahsedemeyiz. Tüzel kişiler hukuki işlem ve fiilleri, organları aracılığıyla yapar ve gerçekleştirirler. Bu durumda fiilin izafe edilebildiği gerçek kişi olan kurul üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Fiil, icrai veya ihmali olabilmektedir. Bu kapsamda kurul kararlarının icrai ve ihmali suçlar açısından değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

Yukarıda ifade edildiği üzere bu başlık altında; (i) anonim şirket yönetim kurulu kararının alınması ancak icraya konulamaması durumunda yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluklarının söz konusu olup olmayacağı ve (ii) yönetim kurulu üyesi tarafından hukuka aykırı neticeyi gerçekleştirmek üzere oy verilmesi ancak nisabın sağlanmaması nedeniyle kararın alınamaması halinde, bu yönde oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluklarının söz konusu olup olmayacağı meseleleri irdelenecektir. Bu kapsamda örneğin (i) TTK'daki nisaplar uyarınca toplanan ve karar alan üç üyeli bir yönetim kurulu tarafından, kredi almak için şirketin mali durumunu gösterir belgelerin sahte olarak düzenlenmesi ancak bu kararın icra edilmemesi halinde ceza hukuku sorumluluğunun olup olmayacağı irdelenmelidir. (ii) İlave olarak bahsi geçen şekilde teşekkül eden yönetim kurulu toplantısında, bir yönetim kurulu üyesinin ilgili suça yönelik oy kullanması ancak çoğunluk sağlanamaması sebebiyle karar alınamaması halinde de ceza hukuku sorumluluğunun mevcut olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

Bilindiği üzere suç bir süreçtir. Bu sürece ise suç yolu (*iter criminis*) denilmektedir²³. Eğer bir tipiklikte neticeye ayrıca bir unsur olarak yer verilmişse, sürecin tamamlanması için neticenin de gerçekleşmesi gerekir. Ceza hukukunun müdahalesi bakımından, kişinin suç işleme bilinci ve iradesiyle herhangi bir biçimde faal hale gelmesinin yeterli olmadığı, bunun belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması gerektiği ifade edilmektedir²⁴.

Suç teorisinde hazırlık hareketleri kural olarak cezalandırılmaz. Kasten işlenen suçlarda teşebbüsten bahsedilebilmesi için gerçekleştirilen fiillerin icra hareketi niteliğinde olması, diğer bir ifadeyle suçun icrasına doğrudan doğruya başlanmış olması gerekir²⁵. Ancak hazırlık hareketi teşkil eden bir fiilin, kanunda bağımsız bir suçun tipikliğini oluşturması mümkündür. Anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından kararlara yönelik olarak yönetim kurulu üyelerinin kullandıkları oyların, yukarıda suç yoluna ilişkin açıklamalar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

Salt düşünce ceza hukukunun konusu olmadığından, düşünce nedeniyle ceza hukuku sorumluluğu da doğmayacaktır. Fiil bir insan hareketi şeklinde olabileceği gibi bir düşüncenin sözlü ya da başka şekilde açıklanması da fiil olarak kabul edilmektedir²⁶. Bu kapsamda tüzel kişilerin hareketleri yönetim kurulu kararının uygulanmasıdır. Şirket

²³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 557.

²⁴ Kaçmaz Keskin, *Türk ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Hukuku Sorumluluğu*, 144; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 557.

²⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 562.

²⁶ Ibid., 185.

yönetim kurulunda kararlar oylama ile alınmaktadır²⁷. Alınan kararın uygulanması ile hukuka uygun ya da hukuka aykırı sonuç doğmaktadır. Ceza hukuku sorumluluğundan bahsedilebilmesi için ise alınan karar doğrultusunda icraya başlanmış olması ve bu kararın uygulanmasıyla hukuka aykırılığın oluşması gerekmektedir. Alınan kararın henüz uygulanmamış olduğu aşama hazırlık hareketi aşamasıdır. Salt karar alınması hazırlık hareketi olarak kabul edilmekte olup ceza hukuku hazırlık hareketleriyle ilgilenmemektedir. Oy kullanılmış olması TCK'nın 35. maddesi kapsamında suçun icrası olarak kabul edilmemektedir²⁸. Suça teşebbüs çerçevesinde sorumluluğa gidilmesi ve cezalandırma da mümkün değildir. Sorumluluk en erken kararın uygulanması ile başlayacaktır.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu toplantıları belirli gündem maddelerini görüşmek üzere yapılmaktadır. TTK'nın 390. maddesine göre esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üyeleri üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve kararlarını toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile almaktadır. Alınan kararın suç teşkil eden nitelikte olması ve hukuka aykırı bir neticeye sebebiyet vermesi halinde ise ceza hukuku normları devreye girmektedir. Ancak yönetim kurulu üyeleri tarafından bu yönde oy kullanılması ya da bu yönde bir yönetim kurulu kararı alınması şeklindeki hareketlerin, suç genel teorisindeki, diğer bir ifadeyle suç yolundaki konumları belirlenmelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere; kurul halinde alınan kararlar bakımından, sırf oylamaya katılmanın ceza hukuku sorumluluğu meydana getirmeyeceği ifade edilmektedir²⁹. Buna göre kararın hukuki anlamda mevcut olacağı ana kadar gerçekleştirilen hareketlerin hazırlık hareketi olduğu TCK'nın 35. maddesi kapsamında doğrudan doğruya elverişli hareketlerle icraya başlandığı manasına gelmeyeceği belirtilmektedir³⁰. Buradan hareketle yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğu, alınan kurul kararının icrası ile başlayacaktır. Bu anlamda suçun neticeli ya da sırf hareket suçu olup olmadığının veya icrai ya da ihmali hareketle işlenmesinin değerlendirilmeyi değiştirmeyeceği ifade edilmiştir³¹.

İhmali suç açısından da sonuç değişmemekte olup teşebbüs hükümleri çerçevesinde sorumluluğun doğması ve cezalandırma mümkün değildir. İhmal suretiyle suça sebep olabilecek yöndeki azınlık oylar için sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Örneğin, azınlık olan, hukuka uygun sonucun doğmasına engel olacak davranışta bulunulmaması yönünde kullanılan oylar elverişli hareket sayılmamaktadır. Çoğunluğun aksi yönde oy kullanması ile alınan karar hukuka uygun olduğundan zararın/suçun doğmasına neden olabilecek şekilde oy kullanan kişi/kişiler hakkında sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ceza hukuku sorumluluğundan bahsedilebilmesi için kararın icrası gerekmele birlikte alınan karar, kullanılan oylar açısından da hukuka aykırılık arasındaki bağlantının kurulması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile illiyet bağının varlığı da şarttır.

Sonuç olarak; (i) anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından hukuka aykırı bir kararın alınması, ancak bu kararın icraya konulmaması durumunda ceza hukuku sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır. Benzer şekilde (ii) hukuka aykırı yönde fakat çoğunluğu sağlamaya yetmeyen

²⁷ TTK m. 390 uyarınca sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile karar alır.

²⁸ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 168

²⁹ Ibid., 70.

³⁰ Ibid., 170.

³¹ Ibid.

oy, doğrudan doğruya icraya başlamak adına elverişli hareket olarak değerlendirilemez. Bu nitelikteki hareketler hazırlık hareketi olup cezalandırılabilir nitelikte değildir. Nitekim bu aşamada yönetim kurulu üyesinin kullandığı oy, suç ile korunan hukuki değer bakımından ciddi bir tehlike teşkil etmemektedir.

3.2.2. Yönetim Kurulu Kararlarına İlişkin Nedensellik Bağı Değerlendirilmesi

Hiç kimse, kendi hareketinin nedeni olmadığı ya da sonucu olmayan neticeden sorumlu tutulmayacaktır³². Bu kapsamda kanuni tarifinde neticenin bir unsur olarak yer verildiği suçlarda, netice ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması gerekir³³. Sırf hareket suçlarında ise suçun oluşumu için hareket yeterlidir. Bu nedenle bu tip suçlarda nedensellik bağı sorunu ortaya çıkmaz³⁴.

İllyet bağı, neden ve sonuç arasındaki bağlantıyı ifade etmektedir. Suç genel teorisi açısından sorumluluk doğabilmesi için illyet bağının kurulması gerekmektedir. İllyet bağı; fail ve fiili ile gerçekleşen netice arasında objektif ilişkinin kurulmasıdır³⁵. İllyet bağının kurulduğu durumlarda sorumluluk açısından suçun unsurlarından olan hukuka aykırılık ve kusurun varlığına da bakmak gerekmektedir. İllyet bağının kurulamadığı durumda, diğer bir ifade ile netice, failin fiilinin sonucu değil ise kişi oluşan sonuçtan sorumlu olmayacaktır.

Bilindiği üzere öğretilde, hareketin suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin oluşumu bakımından nedensellik teşkil edip etmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur³⁶. Nedensellik bağına açıklayan teorilerden şart teorisi, hareket ile netice arasındaki nedensellik bağına tamamen doğal bir olgu ve tabii bir vaka olarak görmektedir³⁷. Bu teoriye göre neticeye katkı sağlayan her şey nedensel³⁸ olup her bir şart ortaya çıkan netice bakımından zorunludur. Diğer bir ifadeyle şartlardan birinin ortadan kalkması halinde netice meydana gelmemektedir³⁹.

Şart teorisine taraftar olan yazarların, yukarıda izah edilen sonuca iki farklı bakış açısı ile ulaştığı izah edilmektedir. Buna göre bahsi geçen sonuca “*conditio sine qua non*” formülü ya da “kanuna uygun şart” formülü çerçevesinde ulaşılabilmektedir⁴⁰.

Conditio sine qua non formülüne göre şart olarak ifade edilen nedenlerden birinin olmaması durumunda netice meydana gelmiyorsa, o şart nedensel değildir⁴¹. Kanuna uygun şart formülüne göre ise doğa olayları, diğer bir ifadeyle insanoğlunun iradesiyle yönlendiremeyeceği gerçekliklerle bağlantılı olan şart nedenseldir⁴². Her iki bakış açısı da

³² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 132.

³³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 194.

³⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 132.

³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 194vd.

³⁶ Nur Centel v.dgr., *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2006), 263vd.

³⁷ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 195; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 135.

³⁸ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 64.

³⁹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 135.

⁴⁰ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 64; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s.135.

⁴¹ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 65.

⁴² Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 70.

tüm davranışları eşdeğer görmekle⁴³ birlikte kanuna uygun şart formülü *conditio sine qua non* formülündeki varsayımsal değerlendirmeyi gerekçelendirmeyi amaçlamaktadır⁴⁴.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeleri tarafından kullanılan oy ile kararın hukuka aykırılığı ve yönetim kurulunun aldığı karar ile ortaya çıkan netice bakımından bir sebep-sonuç ilişkisi kurulması gerekmektedir. Aksi takdirde yönetim kurulunda haksız karara ya da neticeye yönelik oy kullanan yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulması söz konusu olmaz. Karaaslan'a göre kurul halinde alınan kararların kendine has özelliği çerçevesinde, neticenin tipiklikte bir unsur olarak düzenlenmemesi sebebiyle, nedensellik bağı incelemesinin yapılmadığı salt hareket suçlarında dahi nedensellik bağı sorgulanmalıdır⁴⁵. Bunun tabii sonucu olarak anonim şirketlerde yönetim kurulunun aldığı kararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu tespit edilirken iki aşamalı bir değerlendirme yapılmalıdır. İlk olarak yönetim kurulu üyesi tarafından kullanılan oyun, yönetim kurulunun kararının hukuka aykırı olması bakımından nedensel olup olmadığı değerlendirilmelidir. İkinci olarak ise neticede suçlar bakımından hukuka aykırı karar ile meydana gelen neticenin nedensel olup olmadığı incelenmelidir⁴⁶.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu kararının, kararın alınması için gereken nisapla alınması durumunda nedensellik bağlamında herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Zira hukuka aykırı kararın alınması yönünde oy kullanan her yönetim kurulu üyesinin oyu ile hukuka aykırı karar arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcuttur. Bu halde yukarıda izah edilen *conditio sine qua non* formülüne göre nedenlerden birinin olmaması durumunda, hukuka aykırı karar var olmayacağından kullanılan oylarla hukuka aykırı karar arasında mevcut olan nedensellik açısından şüphe bulunmamaktadır.

Bu çerçevede örneğin, bir anonim şirketin TTK'daki nisaplara uygun olarak toplanan ve karar alan beş üyeli yönetim kurulu tarafından, üyelerin tamamının katıldığı bir toplantıda, üç yönetim kurulu üyesi tarafından olumlu oy kullanılarak alınan karar uyarınca bir eşyanın gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın ülkeye sokulması halinde, hukuka aykırı karara yönelik oy kullanan yönetim kurulu üyelerine gümrük kaçakçılığı suçunun isnadı bakımından sorun olmadığı düşünülmektedir. Zira hukuka aykırı karara yönelik oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin herhangi biri tarafından, kendi oyunun olmadığı ihtimalde de haksızlığın ortaya çıkacağı şeklinde savunma yapılması mümkün değildir. Hukuka aykırı karara yönelik kullanılan her oy ile karar arasında ve karar ile netice arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcuttur. İlave olarak yapılan bu değerlendirme, tek üyeli yönetim kuruluna sahip anonim şirketler bakımından da geçerlidir.

Anonim şirketlerde yönetim kurulu üyesinin kullandığı oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar arasında nedensellik bağının şart teorisi çerçevesinde belirlenmesi, kararın alınması için gereken nisaptan fazla oy kullanılması halinde sorun teşkil etmektedir⁴⁷. Örneğin bir anonim şirketin TTK'daki nisaplara uygun olarak toplanan ve karar alan beş üyeli yönetim kurulu tarafından, üyelerin tamamının katıldığı bir toplantıda dört üye tarafından olumlu oy kullanılarak alınan karar uyarınca vergi beyannamelerinde yanıltıcı bilgi verilmesi

⁴³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 195; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 135.

⁴⁴ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 70.

⁴⁵ Ibid., 171.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ Tiedemann, 36; Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 172.

halinde, oy kullanan her bir yönetim kurulu üyesine ilgili suçun isnadı bakımından nedensellik bağının belirlenmesi zorluk arz edebilecektir. Bu durumda oy kullanan her bir kurul üyesi, oyu olmasaydı dahi yönetim kurulu kararının hukuken var olacağını ifade ederek kullandığı oy ile hukuka aykırı kurul kararı arasında nedensellik olmadığını ileri sürebilir. Nitekim *conditio sine qua non* formülüne göre bir şart olmasaydı netice yine de meydana geliyor ise o şart nedensel değildir.

Bu durum *conditio sine qua non* formülünün tatmin edici sonuçlara götürmediği ve özel problemlere⁴⁸ yol açtı hallere örnektir. Bu hallerden olan alternatif nedensellik ya da kümülatif nedensellik bağlamında değerlendirme yapılsa dahi⁴⁹ yönetim kurulu üyelerinin oyları ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar arasındaki nedensellik doğrudan izah edilememektedir⁵⁰.

Alternatif nedensellik, birbirinden bağımsız olarak birden çok şartın aynı zamanda bulunması ve bunlardan her birinin tek başına neticeyi meydana getirmeye yeterli olması olarak ifade edilmektedir⁵¹. Ancak yönetim kurulu tarafından nisaptan fazla oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar alınması halinde, her bir yönetim kurulu üyesinin oyu, kararı tek başına hukuka aykırı hale getirmemektedir.

Kümülatif nedenselliğin bulunduğu hallerde ise birbirinden bağımsız birden fazla şart, neticeyi meydana getirmektedir⁵². Alternatif nedensellikten farkı ise şartlardan her biri tek başına neticeyi ortaya çıkarmamaktadır. Ancak anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından nisaptan fazla oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar alınması halinde, fazlalık nitelikteki oylara ihtiyaç duyulmamaktadır. Diğer bir ifadeyle farklı kombinasyonlarla gerçekleşmesi mümkün olan karar yeter sayısı ile fazlalık oylar birbiri ile kümülatif görülemeyecektir.

⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 136.

⁴⁹ Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlardan Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, 389-390.

⁵⁰ Karaaslan tarafından; üç üyeli yönetim kurulunun oy birliği ile almış olduğu kararın incelendiği somut olay için "oy kombinasyonları" ile bu kombinasyonlardaki "oyların birbiri ile ikame edilebilirliği" açısından farklı değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir. Bkz. Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 171:

"... icra edilebilir bir karar olması için kararın 3-0 değil, yalnızca 2-1 alınmış olması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle "üç oyun karar için yeterli ikili kombinasyonlarının" her biri, kararın alınması için yeterlidir. Buna göre "(A)+(B)", "(B)+(C)" ve "(A)+(C)" kombinasyonlarının her biri, tek başına kararın çoğunluk ile alınmasına yeterlidir; öyleyse bu kombinasyonların her biri alternatif nedenseldir. Ancak dikkat edilecek olursa her kombinasyondaki "oy", "bir başka oya" muhtaçtır; öyleyse her bir kombinasyonda yer alan "oy", kümülatif nedenseldir. Örneğin "(A)+(B)" şeklindeki birinci kombinasyon ele alındığında kombinasyonun bizzat kendisi kararın gerekli çoğunlukla alınmasını sağladığından dolayı

"(B)+(C)" ve "(A)+(C)" kombinasyonlarının yanında alternatif nedenseldir. Ayrıca (A), (B)'nin, (B) de (A)'nın oyuna muhtaç olduğundan, her bir oy, bu kombinasyon içerisinde kümülatif nedenseldir. Alternatif ve kümülatif nedenselliğin birlikteliğinden yola çıkarak, artık/fazlalık oyun nedenselliğini açıklamayı başaran bu yöntem, "kümülatif nedenlerin alternatifliği" ya da "alternatif ve kümülatif nedensellik kombinasyonu" olarak adlandırılabilir."

Benzer açıklamalar için bkz. Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlardan Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, 274.

⁵¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 136.

⁵² Ibid., 137.

Conditio sine qua non formülünün bu yetersizlikleri sebebiyle yeni bir çözüm olarak “alternatif olan fakat kümülatif olmayan birden çok şarttan birisinin yokluğu varsayıldığında dahi netice meydana gelecek idiyse her koşul netice bakımından nedenseldir” çözümü ileri sürülmüştür⁵³. Fakat anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından nisaptan fazla oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar alınması halinde, kullanılan oylar bakımından hem alternatif hem kümülatif nedensellik tespiti yapılışının mümkün olması nedeniyle bu çözüme de itibar edilemeyecektir.

Yukarıda yer verilen ve Karaaslan tarafından “kümülatif nedenlerin alternatifliği” ya da “alternatif ve kümülatif nedensellik kombinasyonu” olarak adlandırılan çözümün ise ihmal suretiyle kasten işlenen suçlara aktarılmasında sebebiyle etkin olmayacağı söylenebilir. Zira yazar tarafından da ifade edildiği üzere “ihmal suretiyle kasten işlenen suçlarda garantörün kendisinden beklenen eylemi gerçekleştirmesi yetmez; söz konusu eylem sonucu neticenin önlenmesinin “kesinlik sınırında” olması” gerekir⁵⁴.

Sonuç olarak; yönetim kurulu üyesinin kullandığı oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar arasında nedensellik bağının şart teorisi çerçevesinde belirlenmesinin belirlilik sağlamayan teorik tartışmalar ihtiva ettiği tespit edilmiştir.

Daha önce izah edildiği üzere anonim şirketlerde yönetim kurulunun aldığı karar ile ortaya çıkan netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi, nedensellik bağının tespiti bakımından bir diğer aşamayı oluşturmaktadır. Bu durumda salt hareket suçlarında netice bir unsur olarak yer almadığından nedensellik bağı değerlendirmesi yapılmayacaktır. Yönetim kurulu kararının hukuken geçerli olduğu anda kurul üyelerinin sorumluluğunun doğacağı ifade edilmektedir⁵⁵. Neticenin kanuni tarifte bir unsur olarak yer alması halinde ise kurul kararı ile bağlantısı tespit edilmelidir.

İlave olarak objektif isnadiyet kapsamında açıklama yapılmasında fayda görülmektedir. Isnadiyet bir fiilin failine yüklenebilmesi anlamına gelmektedir. Objektif isnadiyet teorisinde sonucun faille yüklenebilirliği incelenmektedir⁵⁶. Nedensellik ve isnadiyet birbirleri ile ilişkili kavramlardır⁵⁷. Sonuç ile nedensellik ilişkisinin kurulamadığı fiil, o fiilin failine isnat da edilemez. Diğer bir ifade ile isnadiyetin sağlandığı durumda nedensellik ilişkisi de bulunmaktadır. Ancak nedensellik ilişkisinin kurulduğu her durumda isnadiyet sağlanmayabilir. Ancak bazı durumlarda failin fiili ile sonuç arasındaki illiyet bağı devam etmekle birlikte sonucun oluşmasında başka bir sebep de etkilidir. Bu durumda objektif isnadiyet bulunmamaktadır. Özetle, sorumluluk için sadece illiyet bağının varlığı yeterli değildir, sonucun failin fiiline objektif olarak atfedilebilmesi de gerekmektedir.

⁵³ Veli Özer Özbeke, *Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu Anlamı*, (Ankara: Seçkin Yay., 2006), 319.

⁵⁴ Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlardan Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, 80-81; Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 174.

⁵⁵ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 174.

⁵⁶ Hans Kelsen, Nedensellik ve Isnadiyet, (Çeviren: Zeki Hafızogulları), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 35, sy. 1-4, (1978): 221.

⁵⁷ Öğretide bazı yazarlar objektif isnadiyet teorisini nedensellik teorileri arasında kabul etmektedir. Bkz. Özgenc *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 194vd. Yargıtay’ın kabul ettiği görüş de bu yöndedir. Bkz. YCGK E. 2017/271, K. 2017/278, 16.05.2017. Değerlendirme teorisi olarak kabul eden görüş için bkz. Özbeke, *Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu Anlamı*, 321. Şart teorisine göre nedensel eylemlerin belirlenmesinin ardından normatif değerlendirmeye eylemin faille yüklenebilirliğine bakılması gerektiği görüşü için bkz. Murat Volkan Dülger v.dğr., “Ceza Hukukunda Objektif Isnadiyet”, *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 44 (2020): 747vd.

Sonuç olarak: anonim şirketlerde yönetim kurulu tarafından alınan kararların, kararın alınması için gereken nisapla alınması durumunda nedensellik bağlamında herhangi bir sorun ortaya çıkmaz. Zira hukuka aykırı kararın alınması yönünde oy kullanan her yönetim kurulu üyesinin oyu ile hukuka aykırı karar arasında sebep-sonuç ilişkisi mevcuttur. Diğer taraftan kararın alınması için gereken nisaptan fazla oy kullanılması halinde nedensellik bağının tespiti güçlük arz etmektedir. Yapılacak iki aşamaları değerlendirmenin ilk aşamasında, yönetim kurulu üyesinin kullandığı oy ile korunan hukuki değeri ihlal eden karar arasında nedensellik ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespitin ise şart teorisi kapsamında yer verilen teorik açıklamalar çerçevesinde gerçekleştirilmesi güçlük arz etmektedir. Her ne kadar ikinci aşamada yapılması gereken hukuka aykırı kurul kararı ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik ilişkisinin tespiti mümkün olsa da ilk aşamada zorluk ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi bakımından sorun oluşturmaktadır. Bahsi geçen sorunun, yönetim kurulu üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi halinde ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağı aşağıda incelenmektedir.

3.2.3. Yönetim Kurulu Kararları Bakımından Müşterek Failliğin Nedenselliği İkame Edici Etkisi

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından kullanılan oyun, yönetim kurulu kararının hukuka aykırı olması bakımından nedensel olup olmadığı değerlendirmesi bağlamında kararın alınması için yeterli olan nisaptan fazla oy kullanılması durumunda nedensellik bağının tespitinin sorun teşkil ettiği yukarıda izah edilmiştir. Bu sorunun kurul üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi durumunda ortadan kalkabileceği ifade edilmektedir⁵⁸. Bu sayede yukarıda izah edilen nedensellik değerlendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın kurul kararıyla meydana gelen netice arasındaki nedenselliğin tespiti yeterli olacaktır⁵⁹. Aşağıda bu minvaldeki açıklamalara yer verilmektedir.

TCK'nın 37. maddesine göre suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olmaktadır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurulmaktadır⁶⁰. Yönetim kurulunda karar alınması için gerekli nisaptan fazla oy kullanılması durumunda, oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilebilmesi için birlikte suç işleme kararı ile fiil üzerinde ortak hakimiyet unsurlarının varlığı gerekmektedir.

Kurul üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi hususu, ilk olarak kasten işlenen suçlar bakımından ele alınmalıdır. Fiil hakimiyeti teorisine göre suç teşkil eden fiili biriyle veya birden fazla kişiyle müştereken gerçekleştiren fonksiyonel hakimiyete sahiptir⁶¹. Bu fonksiyonel hakimiyet ise suç ortaklarının önemli katkısına işaret etmektedir. Suçun icrasına bulunulan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zorunluluk arz ediyorsa bu suç ortağı müşterek faildir. Ancak bu durum, suçun işlenişine yapılan katkının meydana gelen netice

⁵⁸ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 177.

⁵⁹ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 178.

⁶⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 601.

⁶¹ Mustafa Ruhan Erdem, "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı." *Hukuk ve Politika Dergisi (HPD)*, sy. 5, (2005): 204-215.; Muhammed Demirel, *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*, (İstanbul: On İki Levha Yay., 2017), 45.

açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediği hususunun müşterek failliğin tayininde esas alındığı şeklinde bir sonuç çıkarılmamalıdır⁶². Diğer bir ifadeyle müşterek faillik kurumu suç ortağının katkısının, ortaya çıkan netice için zorunlu olup olmadığı ile ilgilenmez⁶³. Burada önemli olan katkı sağlanan eylemin, netice bakımından nedensel olup olmadığıdır. Nitekim Özgenç'e göre *“ex post bir araştırmayla suçun işlenişine bulunulan katkının, meydana gelen netice açısından illiyet bağı itibarıyla zorunluluk arz edip etmediğini reel olarak belirlemeye çalışmak”* isabetli değildir⁶⁴.

Tüm bu açıklamalardan hareketle, karar yeter sayısından fazla oy kullanılarak alınan bir yönetim kurulu kararında, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı karar yönünde kullandıkları oylar ile meydana çıkan netice arasında illiyet bağı itibarıyla zorunluluk aranmamalı, suçun başarıya ulaşmasındaki rolü dikkate alınmalıdır. Buna göre başarıya ulaşma şansını arttırıyorsa müşterek failliğin şart koştuğu *“önemli katkı”* olarak değerlendirilmelidir⁶⁵. Kararın alınması için gerekli olandan fazla oy kullanan her yönetim kurulu üyesi hukuka aykırı yönde oy kullanmış ve diğerlerinin oyundan bağımsız olarak hukuka aykırı karara katkı sağlamıştır⁶⁶.

Sonuç olarak; yönetim kurulu üyeleri tarafından kullanılan her oyun, suça yönelik riski artırdığı ve müşterek faillerin sağlaması gereken katkıya işaret ettiği ve fonksiyonel hakimiyet kapsamında fiili hakimiyet unsurunun mevcut olduğu düşünülmektedir. Diğer taraftan müşterek failliğin diğer unsuru olan birlikte suç işleme kararının da yönetim kurulu kararının alındığı anda, diğer bir ifadeyle katkının sağlandığı anda mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla kasten işlenen suçlar bakımından müşterek failliğin nedenselliği ikame edici etkisinin söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

İkinci olarak anonim şirket kurul üyelerinin taksirle işlenen suçlar bakımından müşterek fail olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği önem arz etmektedir. Öğretideki hâkim görüşe göre taksirli suçlarda müşterek faillik olmaz⁶⁷. Ancak bunun aksini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁶⁸. Ayrıca Özgenç tarafından; TCK'nın suça iştirake ilişkin hükümlerinin taksirli suçlar bakımından uygulanamamasının, taksirle işlenen fiilin iştirak halinde işlenemeyeceği manasına gelmediği belirtilmektedir⁶⁹.

⁶² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 604.

⁶³ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 287.

⁶⁴ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 604.

⁶⁵ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 287.

⁶⁶ Karaaslan tarafından additif müşterek faillik ve artık/fazlalık oyun mevcut olduğu kurul kararının oldukça yakın iki konu olduğu ifade edilmektedir. Her ikisinde de *“artık/fazlalık”*, gereksiz ya da *“zorunlu olmayan”* bir suç ortağının mevcut olduğu, additif müşterek faillikte, faillerden her birinin tipiklikteki unsurların tamamını yerine getirdiği ve suç ortaklarından biri ya da birkaçı suç işlemekten geri kalsaydı dahi başarıya ulaşacağı belirtilmektedir. Bkz. Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 287.

⁶⁷ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 625; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 223.

⁶⁸ Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yay., 1967), 174.

⁶⁹ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1087.

Karaaslan'a göre TCK'nın 22. maddesinin beşinci fıkrası kapsamında; birden fazla kişinin işlediği taksirli bir suç söz konusu olduğunda, bunlardan her birinin işlediği rol diğerlerinden bağımsız olarak ele alınabilmektedir. Dolayısıyla taksirli suçlarda müşterek failliğin sınırlı bir uygulama alanı olan kurul hâlinde alınan kararlar bakımından, TCK'nın 22 inci maddesinin beşinci fıkrasında yer alan düzenlemeden ayrılmaya gerek bulunmamaktadır⁷⁰.

Diğer taraftan taksirli suçlarda müşterek failliğin, TCK'nın 22. maddesinin beşinci fıkrasından bağımsız olarak kendine özgü bir uygulama alanı bulması için farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre neticeye sebep olan bütün eylem bakımından, suç ortakları tarafından sunulan kısmi katkının birlikteliğine işaret edilmiş olup (i) subjektif unsur olarak "ortak hareket edildiğine dair şuurdan", (ii) objektif unsur olarak "iş bölümüne dayalı iş birliğinden" ve (iii) ihlal edilen dikkat ve özen yükümlülüğünün aynı olmasından bahsedilmiştir⁷¹. Anonim şirketlerde hukuka aykırı karara yönelik olarak oy kullanan üyelerin, sadece kendi oyları vasıtasıyla karar alınamayacağını bildikleri için iş birliği içerisinde hareket ettiklerinin bilincinde olduğu ileri sürülmektedir⁷².

Ancak anonim şirketlerde kurul üyelerinin taksirle işledikleri suçlar bakımından müşterek fail olarak değerlendirilemeyeceği düşünülmektedir. Çünkü yönetim kurulu üyelerinin iş bölümüne dayalı iş birliği içinde hareket etmekten ziyade yapacakları irade açıklamasının sağladığı kabiliyet ölçüsünde, hukuka aykırı karara katılmalarının söz konusu olduğu düşünülmektedir. Bu durumda yönetim kurulu üyelerinin, doğrudan bilinçli ve irade etkileşim içinde olduklarını söylemek mümkün değildir⁷³. Sonuç olarak alınan yönetim kurulu kararının taksirli bir suça sebebiyet vermesi halinde yan yana faillik durumunun söz konusu olduğu ve TCK'nın 22.maddesinin beşinci fıkrası bağlamında değerlendirme yapılması gerektiği düşünülmektedir.

4. Sonuç

Anonim şirketlerde yönetim kurulu kararlarının bir suça sebebiyet vermesi halinde, hukuk dünyasında meydana gelen tahribat, her zaman yalnızca belirli bir kişinin fiilinden kaynaklanmamaktadır. Bu durumda suç geniş bir sürece yayılmakta ve birden fazla kişi bu sürece katılmaktadır. Bu kapsamda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi özellik arz etmekte, kimin sürece hangi şekilde katıldığını belirlemek amacıyla bazı teorik tartışmalar yapılması zaruri hale gelmektedir.

Bu kapsamda ilk olarak anonim şirket yönetim kurulu kararının alınması ancak icraya konulamaması durumunda yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluklarının söz konusu olup olmayacağı ve yönetim kurulu üyesi tarafından hukuka aykırı neticeyi gerçekleştirmek üzere oy verilmesi ancak nisabın sağlanmaması nedeniyle kararın alınamaması halinde, bu yönde oy kullanan yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluklarının söz konusu olup olmayacağı meseleleri irdelenmiştir. Sonuç olarak yönetim kurulunda alınan kararlar bakımından sırf oylamaya katılmanın ceza hukuku

⁷⁰ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*, 289.

⁷¹ Ibid., 289-290.

⁷² Ibid., 290.

⁷³ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 481.

sorumluluğu meydana getirmeyeceği tespit edilmiştir. Diğer taraftan karar alınmasına rağmen, diğer bir ifadeyle hukuki anlamda var olmasına rağmen, icra edilmediği bir ihtimalde de doğrudan doğruya elverişli hareketlerle icraya başlandığının söylenmesi mümkün değildir. Netice itibarıyla bu nitelikteki hareketler, hazırlık hareketi niteliğinde olup ceza hukuku sorumluluğu gerektirmemektedir.

İkinci olarak anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin ceza hukuku sorumluluklarının olup olmadığını tespit edebilmek için sebep-sonuç ilişkisinin ortaya konulmuştur. Bu inceleme iki aşamalı bir nedensellik tespitini gerektirmiştir. İlk aşamada sırf hareket suçları ve neticeli suçlar bakımından yönetim kurulu üyesi tarafından kullanılan oyun, yönetim kurulunun kararının hukuka aykırı olması bakımından nedensel olup olmadığı, ikinci aşamada ise neticede suçlar bakımından hukuka aykırı karar ile meydana gelen neticenin nedensel olup olmadığı hususları değerlendirilmiştir. Yönetim kurulu kararının, kararın alınması için gereken nisaptan fazla oyla alınması durumunda, ilk aşamadaki nedensellik değerlendirmesinin önemli teorik tartışmalar ihtiva ettiği tespit edilmiştir. Bu halde şart teorisinin yetersiz kaldığı anlaşılmıştır. Alternatif nedensellik, kümülatif nedensellik ya da ikisinin kombinasyonu ile ortaya çıkan formüller ise çözüm sağlamamıştır. Bahsi geçen sorunun, yönetim kurulu üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi halinde ortadan kalkıp kalkmayacağının incelenmesi gerektiğine karar verilmiştir. Diğer bir ifadeyle irdelenen tartışma kapsamında, müşterek failliğin ilk aşamadaki nedenselliği ikame edici bir etkisinin var olup olmadığı ele alınmıştır.

Son olarak anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin müşterek fail olarak değerlendirilmesi durumunda, yukarıda izah edilen nedensellik değerlendirmesine ihtiyaç duyulmaksızın kurul kararıyla meydana gelen netice arasındaki nedenselliğin tespitinin yeterli olup olmayacağı incelenmiştir. Buna göre kasten işlenen suçlar bakımından, yönetim kurulu üyesinin kullandığı oyun, riskin yükseltilmesi teorisi çerçevesinde, suçun başarıya ulaşma şansını artırdığı değerlendirmesi yapılarak önemli katkı olarak ele alınabileceği ve fonksiyonel hakimiyet kapsamında fiili hakimiyet unsurunun mevcut olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıca müşterek failliğin diğer unsuru olan birlikte suç işleme kararının da yönetim kurulu kararının alındığı anda, diğer bir ifadeyle katkının sağlandığı anda mevcut olduğu değerlendirilmektedir. Dolayısıyla kasten işlenen suçlar bakımından müşterek failliğin nedenselliği ikame edici etkisinin söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.

Buna karşın anonim şirketlerde kurul üyelerinin taksirle işledikleri suçlar bakımından müşterek fail olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmiştir. Netice itibarıyla, alınan yönetim kurulu kararının taksirli bir suça sebebiyet vermesi halinde yan yana faillik durumunun söz konusu olduğu ve TCK'nın 22.maddesinin beşinci fıkrası bağlamında değerlendirme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Kaynaklar / References

- Canpolat, Can. "Ekonomik Suçluluk Bağlamında Şirket veya Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi Verme Suçu." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, sy. 1 (2021): 154–187.
- Centel, Nur, Hamide Zafer, ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. 4. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 2006.
- Demirel, Muhammed. *Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2017.
- Dülger, Murat Volkan, Merve Bakdur, ve Onur Özkan. "Ceza Hukukunda Objektif İsnadiyet." *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 44 (2020): 747–787.
- Erdem, Mustafa Ruhan. "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı." *Hukuk ve Politika Dergisi (HPD)*, sy. 5 (2005): 204–215.
- Göktürk, Kürşat. "Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Özellikle Yetki Devri Halinde Gözetim Sorumluluğu ve Hukuki Belirlilik Sorunu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBBD)*, sy. 114 (2014): 179–200.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Subjektif Sorumluluk*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.
- Kaçmaz Keskin, Gözde. *Türk ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Hukuku Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Kangal, Zeynel T. "Türk Ceza Hukuku Açısından Compliance." In *Discussions on Acting in Compliance with Legal Rules in Businesses (Compliance): Turkish-German Law Symposium Theory and Practice*, Editörler Erhan Temel ve Adem Sözüer, 73–87. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.
- Kaplan, İbrahim. "6102 Sayılı YTTK Hükümlerine Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri ve Diğer Üst Yöneticilerin, Şirkete, Ortaklara ve Şirket Alacaklılarına Karşı Hukuki Sorumluluğu." *Ankara University Faculty of Law Journal* 65, sy. 4 (2016): 3493–3510.
- Karaaslan, Reşit. *Şirket Yöneticilerinin Suç Genel Teorisi Çerçevesinde Ceza Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Kelsen, Hans. "Nedensellik ve İsnadiyet." Çeviren: Zeki Hafızoğulları. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 35, sy. 1–4 (1978): 219–233.
- Kızılarıslan, Hakan. *Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Tüzel Kişilere Özgü Koruma ve Güvenlik Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Koca, Mahmut, ve İlhan Üzülmmez. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Köksal, Aytaç. "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu." *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Cilt I* içinde, —. Ankara: Turhan Kitabevi, 2010.
- Küçüktaşdemir, Özgür. *Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Meraklı, Serkan. *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlardan Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Özbek, Veli Özer. *Türk Ceza Kanunu İzmir Şerhi, Yeni Türk Ceza Kanunu Anlamı*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

———. *Ekonomi Ceza Hukuku. Birinci Kitap: Genel Hükümler*. 3. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Poroy, Reha, Ünal Tekinalp, ve Ersin Çamoğlu. *Ortaklıklar Hukuku I*. 15. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2021.

Temel, Erhan, ve Adem Sözüer. “Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme Tartışmaları.” In *Turkish-German Law Symposium*, —. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Tiedemann, Klaus. *Ekonomi Ceza Hukuku*. Çeviren Ayşe Nuhoglu. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.

Yazar Hakkında / About the Author

**Arş. Gör. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ | Ankara Hacı Bayram Veli Üni Üniversitesi |
hanne.ozgenc[at]hbu.edu.tr | ORCID:0000-0002-0462-0317**

Hanne Özgenç Yılmaz, lisans eğitimini 2012-2017 yılları arasında TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde tamamlamıştır. 2020 yılından itibaren Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü'nde ikinci lisans eğitimine devam etmektedir. 2018-2021 yılları arasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Mali Hukuk Yüksek Lisans Programı'nı tamamlamış ve yüksek lisans tezini "Vergi Hukukunda Non Bis In Idem İlkesinin Uygulanması" başlığıyla sunmuştur. 2021 yılından itibaren Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı'na devam etmektedir. 2019 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Araştırma Görevlisi olarak görev yapmaktadır. Ayrıca 2021-2023 yılları arasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde editör yardımcılığı görevini yürütmüş, 2023 yılından itibaren ise aynı dergide yayın editörü olarak görev almaktadır. 2022 yılında kurucuları arasında yer aldığı Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Vakfı'nın hâlen Yönetim Kurulu Başkanlığı görevini sürdürmektedir.

**Ress. Asst. Hanne ÖZGENÇ YILMAZ | Ankara Hacı Bayram Veli University |
hanneozgenc[at]gmail.com | ORCID:0000-0002-0462-0317**

Hanne Özgenç Yılmaz completed her undergraduate education at the Faculty of Law at TOBB University of Economics and Technology between 2012 and 2017. Since 2020, she has been pursuing a second undergraduate degree in the Department of Finance at the Faculty of Economics and Administrative Sciences, Ankara Hacı Bayram Veli University. Between 2018 and 2021, she completed the Master's Program in Financial Law at the Ankara Hacı Bayram Veli University Institute of Graduate Program where she submitted her thesis titled "Application of the Non Bis In Idem Principle in Tax Law." Since 2021, she has been pursuing a PhD in Public Law at the same institution. She has been working as a Research Assistant at the Faculty of Law of Ankara Hacı Bayram Veli University since 2019. From 2021 to 2023, she served as Assistant Editor of the Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law Review and has been serving as Publications Editor since 2023. She currently serves as the Chairman of the Board of Directors of the Criminal Law and Forensic Sciences Foundation, of which she was one of the founders in 2022.

“COMPLIANCE” KAVRAMI VE ŞİRKETLERDE CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Bu çalışmada “compliance” kavramı bağlamında gerçek ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğu meselesi ele alınmıştır. Kaynağını ABD hukukundan alan bu kavram, bir yapılanmanın ulusal ve uluslararası normlara uygun hareket etmesini ve böylelikle eylemlerinden dolayı hukuki ve cezai sorumlulukla karşılaşmamasını ifade eder. Tüzel kişiler, sahip oldukları yapılanmanın ve kaynakların bir sonucu olarak, rüşvet, dolandırıcılık, madde ticareti, terörizmin finansmanı gibi çeşitli suçların işlenebilmesi için de uygun bir ortam yaratabilmektedir. Compliance programları, ihtiva ettikleri risk değerlendirmesi, kural koyma, eğitim, gözetim ve iç disiplin yaptırımları ile bu riskleri asgariye indirmeyi amaçlar. Bu çalışmada, karşılaştırmalı hukukta tüzel kişilerin ceza sorumluluğu, Türkiye ve Almanya gibi gerçek kişilerin sorumlu olduğu sistemlerle ABD ve Birleşik Krallık gibi şirketlerin de ceza sorumluluğunun bulunduğu örneklerin karşılaştırılması suretiyle incelenmiştir. Bu hususta özellikle, tüzel kişilerin yöneticilerinin seçim ve yönetim mekanizmaları, tüzel kişinin faaliyeti sırasında işlenen suçlardan dolayı sorumluluğun belli bir gerçek kişiye isnat edilebilmesi bakımından incelenmiştir. Etkin bir compliance sistemi, yalnızca yazılı kuralların mevcut olması değil, aynı zamanda pratikte de bu kuralların uygulanması, tüzel kişinin bütün unsurlarının görev ve yetkilerinin açıkça belirlenmiş olması, gözetim ve denetim görevlilerinin dikkatle seçilmesi ve bütün bu kuralların sıkı bir biçimde uygulanması anlamına gelmektedir.

Anahtar Kelimeler

Compliance, Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, Risk Yönetimi, İhmal, İç Denetim

COMPLIANCE AND CORPORATE CRIMINAL RESPONSIBILITY

Ress. Asst. Efe Can KARABULAT
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

This paper explores the concept of "compliance" within corporate law and its intersection with criminal liability for both individuals and companies. Originating in the US, compliance refers to an organization adhering to national and international norms and implementing measures to prevent illegal acts, thereby avoiding legal liability and reputational damage. Companies, with their resources and structures, can inadvertently create environments where crimes like fraud, trafficking, or financing terrorism might occur. Compliance programs, involving risk assessment, rule-making, training, auditing, and internal discipline, aim to mitigate these risks. The paper discusses different legal approaches internationally regarding corporate criminal liability, contrasting systems like the US and UK where companies can be held liable, with systems like Turkey and Germany where typically only individuals face criminal charges. It examines the complexities of assigning responsibility to company directors for crimes committed within the organization, especially concerning intent or negligence. Effective compliance requires more than written rules; it demands practical implementation, clear delegation of authority, careful selection of supervisors, and consistent enforcement.

Keywords

Compliance, Corporate Criminal Responsibility, Risk Management, Negligence, Internal Auditing

1. Giriş

Compliance kavramının, özellikle şirketler hukuku bakımından önemi ve konunun hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bağlamında ceza hukukunun da konusunu oluşturuyor olması, bu alanda zengin bir literatürün oluşmasına neden olmuştur¹. Buna karşılık, Türkiye’de ceza hukuku alanında bu hususta özel bir çalışma bulunmadığını müşahade etmekteyiz. Her ne kadar konuyu belli yönleriyle ele alan eserler kaleme alınmış ise de bu çalışmalar ya ceza hukuku alanında değildir ya da farklı bir dilde kaleme alınmışlardır². Meselenin giderek artan önemi göz önüne alındığında, bu konuda özel bir çalışma yapma gereği hasıl olmuştur.

Compliance çok geniş bir alana tekabül ettiğinden, bildiri mahiyetindeki bu çalışmada konunun büyük ölçüde sınırlandırılması icap etmektedir. Bu bağlamda, gerek kamu kurum ve kuruluşları gerek özel hukuk tüzel kişileri gerekse şirketleri kapsayan bu yükümlülükler, çalışmada yalnızca şirketler bakımından ele alınacaktır. Bunun yanında, bir şirkette ya da şirket faaliyeti sırasında ortaya çıkabilecek olan suçların niteliği ve bu bağlamda şirket yöneticilerinin ceza sorumluluğu bakımından irdelenmesi gereken birçok kategori mevcuttur. Bunlar ismen zikredilecek olmakla birlikte, çalışmada yalnızca bir şirketin faaliyeti sırasında, ilgililerin compliance yükümlülüklerini ihmal ve bu nedenle ortaya çıkan suçlara ağırlık verilecektir.

Çalışmanın gayesi compliance kavramına ilişkin genel açıklamalarda bulunulması ve bu kapsamda ceza hukuku sorumluluğuna yol açabilecek meselelerin ortaya konulmasıdır. Bu nedenle hem uluslararası metinlere hem de karşılaştırmalı hukuk düzenlemelerine ve bu esnada Türk hukukundaki düzenlemelere ilişkin açıklamalarda bulunulacak olmakla birlikte, Türk hukukundaki düzenlemelerin müşahhas bir analizi yapılması yoluna gidilmeyecektir. Zira bu neviden bir inceleme suç teorisine, özellikle manevi unsur ve iştirak kurallarına ilişkin geniş açıklamaları gerektirecek ve böyle bir çalışmanın kapsamını çok aşacaktır.

2. Compliance Kavramı ve Hukuki Mahiyeti

“Compliance” kelimesi, İngilizce uymak anlamına gelen “to comply (with)” kökünden gelmektedir. Bu anlamda compliance, *uyumlu olma* halini ifade eder. Compliance kelimesinin ceza hukukunda birden fazla kullanımı mevcut olup, söz gelimi bunlardan biri bireylerin, normların ahlaki mesajını benimseme ve bu anlamda kanuna uyma iradesini ifade eden “criminal/legal compliance”dir³. Bu çalışma bağlamında ele alınacak olan compliance ise, esasen tam ismi “regulatory compliance” olan⁴; bir kuruluşun, kendisiyle ilgili ulusal ve uluslararası normlara uygun hareket etmesi ve bunun için gerekli tedbirleri alması anlamına

¹ Çok detaylı bir yabancı literatür analizi için bkz. Hasan Pulaşlı, “Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* XXXV, no. 2 (2019): 28-29, dn. 1.

² Osman İsfen, „Strafrechtliche "Selbstreinigung" am Beispiel der Compliance-Regelung im Geplanten Unternehmensstrafrecht“, *Süleyman Demirel University Journal of Law Faculty* 5, no. 1 (2015).

³ Bu bağlamda örneğin Jonathan Jackson et. al., “Why do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions”, *The British Journal of Criminology* 52, no. 6, (2012): 1051-1071.

⁴ Kavramsallaştırma için bkz. Ali Paşlı, ““Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXXI, no. 2 (2013): 317. Ayrıca bkz. Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 31 vd.

gelmektedir⁵. İlk kez 1960lı yıllarda ABD’de ortaya çıkan bu mekanizma, zaman içerisinde benimsenmiş ve şirketler hukukunun önemli bir parçası haline gelmiştir⁶. Bu kavram, aşağıda örnekleneyeği üzere Türk hukukuna “uyum” olarak girmiştir.

“Compliance”ın amacı, ilgili şirketin⁷, hukuka aykırı fiillerin olabildiğince engellenerek gerek hukuki gerek cezai sorumluluktan kurtulabilmesinin sağlanması ve halk nezdinde itibar kaybına uğramasından sakınılmasıdır⁸. Bu bağlamda modern bir kavram olarak compliance; şirketlerin, kendi kendini gözlemleyen, hata ve eksiklerini tespit ederek onları düzelten, suç işlenmesini önleyen ve işlenmiş olan suçlara hemen reaksiyon gösteren yapılar haline getirilmesi anlamına bürünmüştür⁹. Bu yapılanmaların, çalışanlar üzerinde -o devletin ceza adaleti sistemine eklenen- ikincil bir denetim mekanizması oluşturarak, onları hukuka uygun davranmaya teşvik eden bir alt-kültür yaratması hasebiyle yararlı olduğu öne sürülmektedir¹⁰.

Çok sayıda insanın bir araya gelmesi ile oluşan, kendine ait araçları, yerleşkeleri, mali gücü ve ilişkileri bulunan şirket veya kuruluşlar; belli suçların kasten işlenmesi için uygun bir ekosistem oluşturmaktadır. Bir kişinin, kendi başına işleminin mümkün olmayacağı bir suçu, bir şirket yöneticisi olduğu için ve şirketin imkanlarından yararlanarak işleyebilmesi mümkün hale gelmektedir. Söz gelimi, bir kişinin ya da kişilerin, uyuşturucu madde imali için gerekli hammaddeyi temin etmeleri, bir kimya veya ecza şirketi bünyesindeki görevleri nedeniyle çok daha kolay hale gelebilir. Aynı şekilde, şirket cirolarının büyüklüğü, yasa dışı para transferlerinin gizlenmesini kolaylaştırmakta ve bilhassa terörizmin finansmanı bakımından büyük kolaylıklar sağlamaktadır¹¹. Birçok şirket halihazırda büyük bir lojistik ağına da sahip olduğundan, şirketin faaliyeti sırasında, insan ticareti veya uyuşturucu madde ticareti gibi suçların da işlenmesi de mümkün hale gelmektedir¹².

Büyük şirketlerin yıllık cirolarının, kimi zaman bazı ülkelerin gayrisafi milli hasılasından bile daha yüksek olduğu göz önüne alındığında¹³, bu şirketlerin yöneticilerinin ellerinde bulundurdukları gücün kontrol altında tutulmasının ne denli önemli olduğu da açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu maksatla, compliance kavramına kanunlarında yer veren devletlerin sayısı giderek artmakta, compliance yükümlülükleri de giderek genişlemektedir. Bu noktada

⁵ Todd Haugh “The Criminalization of Compliance”, *Notre Dame Law Review* 92, no. 3 (2017): 1220.

⁶ Kurumun tarihsel gelişimine dair bkz. Haugh, “Criminalization,” 1219 vd.; Miriam Hechler Baer, “Governing Corporate Compliance”, *Boston College Law Review* 50, no. 4 (2009): 961 vd.

⁷ Compliance kavramı, çalışmada da değinileceği üzere, gerek şirketleri gerekse kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve diğer girişimleri kapsamakta olup; çalışmada şirketlere ağırlık verileceği için, özel bir gereksinim olmadıkça, okuma kolaylığı açısından “şirketler, kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ve girişimler” gibi uzun bir kullanım yerine yalnızca “şirketler” lafzı ile yetinilecektir.

⁸ Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 34. Ayrıca bkz. Philip A. Wellner, “Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions”, *Cardozo Law Review* 27, no. 1 (2005): 498. Yazar, bizatihi ceza hukukunun konusunu oluşturan suç işlenmesinin önlenmesi amacının zaman içinde şirketlerin iç denetim mekanizmalarına yüklenmesini ilginç bir dönüşüm olarak vurgulamaktadır.

⁹ Yilin Han, “The Paper on China’s Criminal Compliance Review of Multinational Corporations”, *BCP Social Sciences & Humanities* 21 (2023): 385.

¹⁰ Baer, “Governing Corporate Compliance,” 960.

¹¹ Ferenc David, “Criminal Compliance and Sanctions of Terrorist Financing in Hungary”, *Journal of Eastern-European Criminal Law* 2 (2022): 103 vd.

¹² David, “Sanctions of Terrorist Financing,” 103.

¹³ Santiago Wortman Jofre, “Corporate Criminal Liability and Compliance Management Systems: A Case Paper of Spain”, *Transnational Crime* 2 no. 3 (2018): 2.

belirtmek gerekir ki günümüzde compliance kavramı ve bu kapsamda yer alan yükümlülükler giderek önemli hale gelmekle birlikte, uygulamada şirket veya kuruluşlar bu yükümlülükleri yerine getirmekte halen isteksiz davranmaktadır¹⁴. Zira bu yükümlülükler, aşağıda da değinileceği üzere; zaman, kaynak ve işgücü gerektirmekte, dolayısıyla karlılığı azaltmaktadır¹⁵.

Şirketlerde, meydana gelebilecek olan suçların önlenmesi ve eğer işlenmiş bir suç söz konusu ise bu durumun derhal ortaya çıkarılabilmesi ve hem şirket içi yaptırım hem de ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasının temini için gerekli adımların atılmasını sağlamak amacıyla oluşturulan bu düzen “compliance programı” olarak ifade edilmektedir¹⁶. Compliance programını kuran veya yürüten kişi veya kişiler “compliance görevlisi”, eğer kurul halinde çalışmakta iseler “compliance kurulu” veya “compliance komitesi” gibi isimlerle anılabilmektedirler. Esasen görevi doğrudan bu işi yürütmek olan kişilerin yanında, şirket veya kurumda belli bir hususta denetim ve gözetimin parçası olan her birey, compliance programının da doğal bir unsurunu oluşturmaktadır.

Kasten işlenen bu neviden suçlar, şirket faaliyeti kapsamında veya şirketin lehine işlenmiş olabileceği gibi, şirketin faaliyetiyle ilgisiz de olabilir. Bu bağlamda, özellikle şirketin çalışma koşulları gereğince bir arada bulunan insanlar arasında işlenen özellikle cinsel nitelikli suçlar, şirketin sağladığı araç, düzenek, insan kaynağı, müşteri portföyü gibi imkanlardan yararlanarak işlenen ve şirketin faaliyetiyle ilişkisi bulunmayan suçlar bu kapsamda ele alınabilir.

Günümüzde compliance kavramı ve şirket yöneticilerinin ceza sorumluluğu, birkaç farklı temel mesele üzerinden ele alınmaktadır. Bunlardan ilki, şirket (veya kimi durumlarda kamu kuruluşu) yönetici ve sorumlularının, *tefessühten* (corruption) korunması amacıyla yapılması öngörülen düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler genellikle rüşvet, irtikap, zimmet gibi suçların önlenmesine yönelik olarak ihdas edilmektedir¹⁷.

Meselenin ikinci boyutunu, yukarıda da örneklendiği üzere, bir şirketin sahip olduğu imkanlardan yararlanmak suretiyle işlenen suçlar ve bu suçların önlenmesine yönelik olarak alınması gereken tedbirler oluşturmaktadır. Bu kapsamda her neviden suçun işlenmesi mümkün olmakla birlikte, uyuşturucu ve uyarıcı madde imal ve ticareti, insan ticareti, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, terörizmin finansmanı gibi suçların nispeten önemli bir yer tuttuğunun ifade edilmesi gerekir.

Nihayet meselenin üçüncü boyutunu teşkil eden husus ise, sorumluların ihmali veya taksirli davranışları sonucunda, şirket faaliyeti kapsamında meydana gelen suç fiilleridir. Söz gelimi, 2024 yılında İzmir’de iki kişinin sağanak yağmurdan korunmaya çalışırken açıkta duran elektrik kablolarının yaydığı elektrik akımına kapılan iki kişinin hayatını kaybetmesi, bu bağlamda Türkiye’de gündem olmuş önemli örneklerdendir¹⁸.

¹⁴ Fabian Teichmann, Chiara Witmann, and Sonia Boticiu. “Compliance as a Form of Defense Against Corporate Criminal Liability”, *Journal of Economic Criminology* 1 (2003): 1.

¹⁵ Teichmann et. al. “Compliance as a Form of Defense,” 1.

¹⁶ Wellner, “Effective Compliance Programs,” 497.

¹⁷ Ursula Cassani, “Corporate Responsibility and Compliance Programs in Switzerland.” In *Preventing Corporate Corruption: The Anti-bribery Compliance Model*, edited by Stefano Manacorda, Francesco Centonze, and Gabrio Forti. Cham: Springer, 2014, 492.

¹⁸ <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/izmirde-2-kisinin-akima-kapilarak-olumune-iliskin-10-zanli-adliyede/3285961>, E.T: 22.10.2024.

Şirket yönetimi, şirketin faaliyetlerinin yürütülmesinden, denetim ve gözetiminden sorumlu olduğu için; bir şirket içerisinde işlenmiş olan her türlü suçtan dolayı yöneticilerin de sorumlu olması gerektiği düşünülebilir. Buna karşılık, özellikle büyük şirketlerde, yöneticilerin, bütün çalışanların iş ve eylemlerine hâkim olabilmesi, onları tek tek denetleyebilmesi ve talimat verebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, hem şirkette veya şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı hesap verilebilirliğin sağlanması için yöneticilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmesi hem de bu sorumluluğun ceza hukukunun temel prensipleriyle çelişmeyecek şekilde sınırlandırılması için bir yaklaşım geliştirilmesi gerekliliği hasıl olmuştur.

3. Şirketlerin ve Şirket Yöneticilerinin Sorumlulukları

Yukarıda ele alınan izahlar çerçevesinde, bir şirkette işlenen suçlar bakımından, şirketin veya şirket yöneticilerinin ceza sorumluluğunun tayini hususunda farklı yaklaşımların geliştirildiğini müşahade etmekteyiz. Hemen aşağıda daha geniş olarak ele alınacağı üzere, bu meselenin halli için, bizatihi şirketlerin ceza sorumluluğunun bulunduğu kabulü, hem şirketin hem de bireylerin birlikte ceza sorumluluğunun bulunduğu kabulü ve her birinin ayrı koşullara bağlanması gibi farklı çözümlere başvurulmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, şirketlerin veya genel olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunup bulunmadığı tartışmalı bir mesele olup¹⁹, farklı devletlerin ceza hukuku uygulamalarında bu hususta farklı uygulamalara gidildiği müşahade edilmektedir. Bazı devletlerde şirketlerin ceza sorumluluğu bulunduğu kabul edilmekte ve şirketlere ceza verilebilmektedir²⁰. ABD, Birleşik Krallık, Hindistan, Hollanda ve Danimarka gibi örneklerde bu uygulamaya rastlanmaktadır²¹. Şirketlerin hangi durumlarda ceza sorumluluğunun bulunduğu ve bu sorumluluğun teorik temellendirmesinin ne şekilde yapılacağı konusunda genel olarak dolaylı sorumluluk (*vicarious liability*), kimliklenme (*identification*) ve organizasyon kusuru (*organizational fault*) olmak üzere üç farklı düşünce okulunun bulunduğu söylenebilir²².

Buna karşılık, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu hukuk sistemlerinde şirketlerin ceza sorumluluğu bulunmamakta olup (TCK m. 20, f. 2), şirketler bakımından ancak güvenlik tedbiri uygulanabilmektedir (TCK m. 60). Bir şirkette veya şirketin faaliyeti esnasında işlenen suçlar bakımından ise, genel hükümlere göre tespit edilecek olan ceza sorumluluğu uyarınca yalnızca gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Şirket yöneticilerinin (ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde şirketlerin) ceza sorumluluğu, geleneksel anlamda bireylerin ceza sorumluluğunun tayininden farklı bir alana tekabül etmektedir. Cezaların şahsiliği ilkesi uyarınca, kişilerin ceza sorumluluğu yalnızca kendi davranışlarından dolayı ortaya çıkabilecek olmakla birlikte, bir şirkette yöneticinin ceza sorumluluğu, onun gözetim ve

¹⁹ Bu hususta bkz. Jofre, “Corporate Criminal Liability,” 3; Vikrant Sopan Yadav, “Corporate Criminal Liability: A Comparative Analysis of Judicial Trend”, *International Journal of Applied Research* 1, no. 10 (2015): 756 vd.

²⁰ İsviçre örneği bakımından açıklamalar için bkz. Cassani, “Corporate Responsibility”, 496 vd.

²¹ Daha geniş bilgi için bkz. Yadav, “Corporate Criminal Liability,” 756 vd.

²² Türkiye’de tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun bulunmaması nedeniyle, bu düşünce okullarının ve aralarındaki farkların açıklanmasının bu çalışmanın amaçları bakımından özel bir değeri bulunmamaktadır. Konuya ilişkin daha detaylı incelemeler için bkz.; Jofre, “Corporate Criminal Liability,” 26 vd.; Wellner, “Effective Compliance Programs,” 501 vd.

denetimi altındaki çok sayıda çalışandan birinin fiili nedeniyle de gündeme gelebilir²³. Bu durum, özellikle işlenen suç ile fail arasında psikolojik bir bağ kurulması, diğer bir deyişle manevi unsurun ortaya konulması bakımından güçlükler yol açmaktadır²⁴. Bu nedenle, “şirket yöneticisinin ceza sorumluluğundan kurtulması için ne yapması gerekir?” sorusunun yanıtı oldukça karmaşıktır ve her durum için geçerli genel bir cevap verilebilmesinin de mümkün olmadığı savunulmaktadır²⁵.

Hiç şüphesiz, bu durum ceza sorumluluğunun tayininde ceza hukukunun temel prensiplerinden ayrılacağı anlamına gelmemektedir. Şirket yöneticisinin ceza sorumluluğuna ancak eğer kasten veya taksirle hareket etmiş ise gidilebilecektir. Buna karşılık, eğer şirket yöneticisinin öngörmesinin mümkün olmadığı bir durum nedeniyle suç meydana gelmiş ise veya şirket yöneticisi gerekli bütün tedbirleri aldığı halde bir suç oluşmuş ise, bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi mümkün olamamalıdır. Bununla birlikte, şirket yöneticilerinin, yalnızca bizatihi hukuka uygun davranıyor olmaları yeterli olmayıp, şirketin unsurlarının da bir bütün halinde hukuka uygun davranmasını temin edecek yapılanmayı oluşturmakla yükümlü olduklarının kabulü gerekir²⁶.

Şirketlerin, bu bağlamda, ikili bir risk yönetimi faaliyeti icra etmesi gerekmektedir. Ticari faaliyetlerin tanzimi ve bu konudaki risklerin yönetilmesinin yanında; şirketin faaliyetleri dolayısıyla ortaya çıkabilecek maddi ve manevi zararların ve bu zararların meydana getirebileceği suçların gözetilerek, bu suçların ortaya çıkmasının önlenmesi, şirketin risk yönetimi politikalarının içinde yer almalıdır²⁷.

Şirket yöneticilerinin ve onlar tarafından yetkilendirilerek denetim ve gözetim görevini yüklenen kişilerin ceza sorumluluğunun kaynağı çeşitli görüşlere dayandırılmaktadır. Bu hususta, bir tehlike kaynağını kontrol etmeye dayanan garantörlük yükümlülüğü, denetlenen kişilerin fiilleri üzerinde potansiyel (müşterek) hakimiyet gibi çeşitli görüşler ifade edilmektedir²⁸. Çalışmanın konusu, meselenin suç teorisi cihetinden izahı olmadığı için bu husus üzerinde durulmayacaktır.

Bu noktada ortaya çıkan ve çalışmanın temel araştırma sorununu oluşturan mesele, şirket yöneticisinin, şirkette veya şirketin faaliyeti kapsamında işlenen suçları önlemek için ne gibi tedbirler almasının gerekli olduğu ve hangi durumlarda işlenen suçlar bakımından kasten veya taksirle hareket etmiş sayılacağıdır. Bu tartışma yapılmadan önce, gerek uluslararası belgelerin gerekse Türkiye’deki ve diğer devletlerdeki compliance düzenlemelerinin ifade edilmesi yoluna gidilerek, mevcut hukuki durumun ortaya konulması yoluna gidilecektir. Bu yöntem takip edilmekle, compliance yükümlülüklerine ilişkin mevcut anlayışa ilişkin zeminin oluşturulması sağlanacak ve böylelikle yükümlülüklerin kapsamı daha net bir biçimde ortaya konulabilecektir.

²³ Steven M. Kowal, “Corporate Compliance Programs: A Shield against Criminal Liability”, *Food and Drug Law Journal* 53, no. 3 (1998): 517.

²⁴ Jofre, “Corporate Criminal Liability,” 23.

²⁵ Kowal, “Corporate Compliance Programs,” 517.

²⁶ Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 36.

²⁷ Jofre, “Corporate Criminal Liability,” 24.

²⁸ Detaylı bilgi için bkz. Victor Gomez Martin, “The Criminal Liability of the Compliance Officer: An Approach Through Several Hard Cases”, *Journal of Penal Law and Criminology* 8, no. 1, (2020): 65 vd.

4. Karşılaştırmalı Hukukta ve Türkiye’de Hukuki Düzenlemeler

Yukarıda da ifade edildiği üzere, compliance kavramı ilk kez 1960lı yıllarda ortaya çıkmış olup, günümüzde hem şirketler hukuku hem de ceza hukuku bakımından önemsenen bir kavram haline gelmiştir. Bu durum, compliance kavramının ve compliance yükümlülüklerinin kapsamının hem uluslararası metinlerde hem de yasal düzenlemelerde yer almasına neden olmuştur. Çalışmada bunların bütünü zikretmek şüphesiz mümkün olmamakla birlikte, bunlar arasındaki en önemlilere kısaca değinilecektir.

Şirketlerde compliance yükümlülüğüne hususuna yönelik olarak, uluslararası kuruluşlar tarafından vücuda getirilmiş olan çok sayıda düzenleme veya standart önerileri mevcuttur. Bunlar arasında ISO tarafından 2021 yılında yayımlanmış olan ISO 37301:2021 sayılı *Compliance Management Systems*²⁹, en önemlilerindendir. 2021 yılından önce de, ISO’nun 2014 yılında yayımladığı ISO 19600:2014 sayılı ve aynı isimli metin kullanılmakta idi. Yeni metnin yayımlanmasıyla bu metin geri çekilmiştir³⁰.

Bankacılık alanında ise Basel Komitesi (*Basel Committee on Banking Supervision*) tarafından 2005 yılında yayımlanmış olan *Compliance and the Compliance Function in Banks*³¹ isimli metin, compliance programlarının kuruluş ve işleyişi bakımından önemli standartlar vücuda getirmektedir³².

OECD tarafından 2023 yılında yayımlanmış olan *G20/OECD Principles of Corporate Governance*³³ isimli belgede, şirketlerde yasal düzenlemelere uyumun sağlanması ve bu durumun yetkili makamlarca denetiminin mümkün kılınması için alınması gereken tedbirler, bu bağlamda yönetim kurulundaki kişilerin sorumlulukları gibi hususların da detaylı bir biçimde açıklandığı müşahade edilmektedir.

Avrupa Birliği tarafından ise 1995 yılında hazırlanan ve 2002 yılında yürürlüğe giren *Convention on the Protection of the European Communities’ Financial Interests*³⁴ ve özellikle bu konvansiyona ek 2 no.lu Protokol³⁵ önemli düzenlemeler içermektedir. 2 no.lu Protokol’ün *Tüzel Kişilerin Sorumluluğu* başlıklı 3. maddesinde, taraf devletler, dolandırıcılık, suçtan elde edilen malvarlığı değerlerinin aklanması ve rüşvet suçları bakımından; şirketlerin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmıştır.

Karşılaştırmalı hukukta da birçok devletin compliance düzenlemelerinin mevcut olduğu görülmektedir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, compliance düzenlemelerinin ikili bir

²⁹ <https://www.iso.org/standard/62342.html>, E.T: 24.10.2024.

³⁰ Bu hususta bkz. <https://www.iso.org/standard/62342.html>, E.T: 24.10.2024.

³¹ Basel Committee on Banking Supervision, *Compliance and the Compliance Function in Banks*, 2005, <https://www.bis.org/publ/bcb113.pdf>.

³² Basel Komitesi ve düzenlemeleri hakkında daha geniş bilgi için ayrıca bkz. Ali Erdoğan, “Basel Kriterlerinin Bankacılık Sektörüne Etkisi ve Türkiye’de Bankacılık Sektörünün Basel Kriterlerine Uyum Süreci”, *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no 1 (2016): 141-182.

³³ OECD, *G20/OECD Principles of Corporate Governance*, OECD Publishing, Paris, 2023. https://www.oecd.org/en/publications/2023/09/g20-oecd-principles-of-corporate-governance-2023_60836fcb.html, E.T: 24.10.2024.

³⁴ [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/AUTO/?uri=celex:31995F1127\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/AUTO/?uri=celex:31995F1127(03)), E.T: 24.10.2024.

³⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A41997A0719%2802%29>, E.T: 24.10.2024.

mahiyeti söz konusudur. Bunlardan bir kısmı şirketler hukukuna, diğerleri ise ceza hukukuna ilişkindir. Şüphesiz her ikisini birbirinden ayıran kesin çizgiler olmayıp, bir düzenleme diğer alan bakımından da sonuçlarını doğurabilmektedir.

Compliance düzenlemelerinin ilk kez ortaya çıktığı ABD hukukunda, *dolaylı sorumluluk* ilkesi gereğince şirketlerin ceza sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmekte³⁶ ve şirketlere para cezası uygulanabilmektedir. Tarihsel olarak şirketlerin ceza hukuku sorumluluğunun bulunmadığının kabul edildiği ABD’de, dolaylı sorumluluk ilkesi, büyük ölçüde Yüksek Mahkeme içtihadı ile gelişmiştir³⁷.

Günümüzde, ABD’de compliance ve etik programlarının, bir şirkette meydana gelen suçların önlenmesindeki önemli etkisini göz önünde bulunduran Yaptırım Komisyonu (USSC), 1992 yılından 2022 yılına kadarki süreçte cezalandırılan şirketlerin **%89.6**’sının compliance ve etik programlarına sahip olmadığını rapor etmektedir³⁸. Bu nedenle şirketlerin compliance programlarına sahip olması cezayı azaltan bir neden olarak kabul edilmekte ve uygulanacak para cezası önemli ölçüde azaltılabilmektedir. Bu husus hem *Şirketler İçin Yaptırım Rehberi*’nde³⁹ hem de mahkeme kararlarında açıkça görülebilmektedir⁴⁰.

Birleşik Krallık ve Fransa’da da *kimliklenme* ilkesi uyarınca şirketler, şirketi yöneten kişilerin fiilleri dolayısıyla cezalandırılabilir. Kimliklenme ilkesinin bir gereği olarak, bir şirketin faaliyeti sırasında gerçekleşen bütün suçlardan değil, o şirketin kimliği ile özdeşleşen ve o şirketin “iradesi” olarak kabul edilebilecek olan üst kademe yöneticilerin fiilleri şirketin ceza sorumluluğunu gerektirir⁴¹. Birleşik Krallık’ta ayrıca, yalnızca şirket veya kurum faaliyetleri esnasında ortaya çıkan ölümlere ilişkin olarak ceza sorumluluğunu düzenleyen 2007 tarihli *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act*⁴² hususi olarak anılmalıdır.

İsviçre hukukunda şirketlerin ceza sorumluluğu bakımından ikili bir model uygulandığı görülmektedir. İsviçre Ceza Kanunu’nun, girişimlerin (*Unternehmen*) ceza sorumluluğunu düzenleyen 102. maddesinin 1. fıkrasında, eğer bir girişimin faaliyeti esnasında bir suç işlenmiş ve bu suçun organizasyonun yetersizliği hasebiyle belli bir gerçek kişiye isnat edilememiş ise, bu durumda işlenen suç girişime isnat edilecek ve hakkında para cezasına hükmedilebilecektir. Görüldüğü üzere, bu modelde, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu bulunmakla birlikte, şirketin ceza sorumluluğu ikincil konumdadır. Bununla birlikte, eğer girişimin faaliyeti sırasında 102. maddenin 2. fıkrasında sayılan suçlardan biri işlenmiş ise, bu suçtan dolayı gerçek kişilerin cezalandırılıp cezalandırılmadığı göz önünde bulundurulmaksızın, doğrudan şirketin de ceza sorumluluğuna gidilebilecektir. Girişim kavramından ne anlaşılması gerektiği de 4. fıkarda tanımlanarak, kamu hukuku ve özel hukuk tüzel kişileri ile şirketlerin bu kapsamda olduğu kabul edilmiştir.

³⁶ Detaylı açıklama ve tarihsel gelişim için bkz. Gustavo A. Jimenez, “Corporate Criminal Liability: Toward a Compliance-Oriented Approach”, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 26, no. 1 (2019): 355 vd.

³⁷ Jimenez, “Corporate Criminal Liability,” 355.

³⁸ United States Sentencing Commission, *Sentencing Guidelines for Organizations*, Washington, 2022, 25.

³⁹ United States Sentencing Commission, 33.

⁴⁰ Karar örnekleri için bkz. Kowal, “Corporate Compliance Programs,” 519 vd.

⁴¹ Teichmann et. al. “Compliance as a Form of Defense,” 2.

⁴² <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/contents>, E.T: 29.10.2024.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, İsviçre hukukunda, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar bakımından gerçek kişilerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususu Türk hukuku ile oldukça benzerdir. Tüzel kişinin yöneticisi konumunda bulunan kişinin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi, işlenmiş olan müşahhas suça ilişkin olarak, kastının veya taksirinin bulunmasına bağlıdır⁴³.

Alman hukukunda ise, Türk hukuku ile benzer şekilde, şirketlerin ceza sorumluluğunun bulunmadığı kabul etmekte ve şirketlere ceza verilememektedir⁴⁴. Bu durum; şirketlerin ceza sorumluluğunun bulunduğu kabulünün, şirketlerin ceza hukuku bağlamında fiil işleyememeleri ile ve tüzel kişinin ceza sorumluluğunun bulunmasının kusur ilkesiyle bağdaşmamasıyla açıklanmaktadır⁴⁵. Compliance kavramı ve compliance yükümlülüğünün kapsamı ise hem Alman Anonim Şirketler Kanunu⁴⁶ (*Aktiengesetz*) hem de Alman Şirket Yönetim Kodeksi'nde⁴⁷ (*Deutscher Corporate Governance Codex*) açıklanmıştır⁴⁸.

Nihayet Türk hukukunda, şirketlerin compliance yükümlülüğüne dair genel nitelikte herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır⁴⁹. Bununla birlikte, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun'da, “compliance” lafzı zikredilmemekle birlikte, compliance görevlisi tayini yükümlülüğüne ilk kez açıkça yer verilmiştir.

(1) Bakanlık; bu Kanunun amacına uygun olarak risk temelli yaklaşımla, eğitim, iç denetim, kontrol ve risk yönetim sistemleri oluşturulması ve bu Kanunla getirilen yükümlülüklerle, yükümlü ve finansal grup seviyesinde uyumu sağlamak üzere, gerekli yetki ile donatılmış idarî düzeyde görevli tayin edilmesi de dahil, gereken tedbirlerin alınması konusunda, işletme büyüklükleri ve iş hacimlerini de dikkate alarak yükümlülükleri ve uygulamaya ilişkin usûl ve esasları belirlemeye yetkilidir.

Bilahare, 26999 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik ihdas edilerek, “uyum görevlisi” (m. 3, bent h) ve “uyum programı” (m. 3, bent ı) tanımlanmış, yükümlülere bir uyum programı oluşturma yükümlülüğü tahmil edilmiştir (m. 5).

İlgili yönetmelikte, uyum programının bütününe, yükümlünün faaliyetlerinin kapsamı ve özelliklerine uygun bir biçimde, yeterli ve etkin bir şekilde yürütülmesinden, nihai olarak yönetim kurulunun sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır (m. 6, f. 1). Yönetim kurulu, bu kapsamdaki yetkilerini kısmen veya tamamen devredebilecek olmakla birlikte, yetki devri yönetim kurulunun bu konudaki sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır (m. 6, f. 3).

TCK m. 251 hükmünün, bu bağlamda yalnızca kamu görevlilerine yönelik ve çok dar kapsamlı bir compliance hükmü olduğunu söylemek mümkündür. İlgili hükme göre;

⁴³ Cassani, “Corporate Responsibility”, 495.

⁴⁴ Detaylı bilgi ve tarihsel gelişim için bkz. Markus Dubber and Tatjana Hörnle, *Criminal Law A Comparative Approach*, Oxford: Oxford University Press, 2016, 329 vd. Ayrıca bkz. İsfen, “Compliance-regelung”, 5 vd.

⁴⁵ Dubber ve Hörnle, *Criminal Law A Comparative Approach*, 335.

⁴⁶ <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/>, E.T: 28.10.2024.

⁴⁷ <https://www.dcgk.de/en/home.html>, E.T: 28.10.2024

⁴⁸ Detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 41 vd.

⁴⁹ Bu hususta bkz. Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 48.

- 1) *Zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.*
- 2) *Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlayan kamu görevlisi, üç aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

Mezkûr hükümde iki farklı fiilin düzenlendiği ve bu fiillerin karşılığında ceza sorumluluğunun tayin edildiği müşahade edilmektedir. Bunlardan ilki, kamu kurumundaki görevi dolayısıyla ilgili personeli denetimle yükümlü olan kişinin, bu personelin zimmet veya irtikap suçunu işlemesine kasten göz yumması halidir. Bu duruma ilişkin olarak kanun koyucu, özel bir iştirak düzenlemesi ihdas etmiş ve zimmet ve irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman failin de işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulacağını öngörmüştür.

İkinci fıkrada ise, zimmet ve irtikap suçunun işlendiği hakkında doğrudan bilgi sahibi olmamakla birlikte, denetim görevini ihmal etmesi dolayısıyla, denetimle yükümlü olduğu kimselerin zimmet veya irtikap suçunu işlemesine imkan sağlayan kamu görevlisinin cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır⁵⁰.

Esasen çok sayıda başka devletin de gerek şirketlerin compliance yükümlülüklerini düzenleyen gerekse şirketlerin veya şirket yöneticilerinin ceza sorumluluğunun tayinini hükme bağlayan düzenlemeleri bulunmakla birlikte, çalışmanın boyutlarını ölçüsüzle genişletmemek amacıyla bunların izah edilmesinden sakınılarak, yalnızca bu hususta ilgili kaynakların belirtilmesiyle iktifa edilecektir⁵¹.

5. Compliance Tedbirleri

Compliance kavramının ve bu husustaki hukuki düzenlemelerin kısaca ifade edilmesinden sonra, compliance yükümlülüğünün ve bu bağlamda doğacak hukuki ve cezai sorumluluğun tartışılabilmesi amacıyla, bir compliance programı çerçevesinde alınması gereken tedbirlerin neler olduğu ve bu noktada ilgililerin ceza sorumluluğunun ne şekilde ortaya çıkabileceğinin tartışılması gerekmektedir.

Esasen compliance tedbirlerinin kapsayıcı bir mahiyette, her duruma ve şirkete uyacak biçimde sayılabilesine imkân yoktur⁵². Alınması gereken tedbirler; şirketin yapısı, yapılmakta olan işin mahiyeti, şirketin faaliyet sahası, faaliyet gösterilen devletlerin ülkelerindeki mevzuat gibi çok sayıda unsura göre değişkenlik gösterecektir⁵³.

⁵⁰ Konuya ilişkin müşahhas bir çalışma için bkz. Bilgehan Savaşçı Temiz, "Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK m. 251)", *Adalet Dergisi* 1 (2024).

⁵¹ Bu kapsamda Latin Amerika ülkelerinde compliance düzenlemelerinin değerlendirilmesine ilişkin olarak bkz. Jimenez, "Corporate Criminal Liability," 367 vd. Çin hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Han, "Compliance," 385 vd. Macar hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. David, "Sanctions of Terrorist Financing," 102 vd. Hint hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Yadav, "Corporate Criminal Liability," 757 vd. İspanyol hukukuna ilişkin değerlendirmeler için bkz. Martin, "The Criminal Liability of the Compliance Officer," 59 vd. Bu çalışmaların yanında, detaylı bilgi edinmek için, çok sayıda ülke raporunun yer aldığı *Preventing Corporate Corruption* eseri incelenmelidir. Stefano Manacorda et al. *Preventing Corporate Corruption*, 2014, Cham: Springer.

⁵² Aynı yönde Teichmann et. al. "Compliance as a Form of Defense," 2; İsfen, "Compliance-regelung," 29.

⁵³ İsfen, "Compliance-regelung," 29.

Hiç şüphesiz, şirketin kendine özgü gereksinimlerine göre inşa edilecek olan bu mekanizmalar, özünde ortak bir temele dayanmaktadır. *Wellner*’in veciz ifadesiyle, *bir compliance programı en basit haliyle; resmi davranış kuralları, compliance bürosu ve çalışanlar için bir telefon hattından meydana gelir*⁵⁴. Bu ortak temelden yola çıkarak, ilke düzeyinde bazı genel unsurların ortaya konulması mümkündür. Bunları kısaca ifade edildikten sonra, ardından bu yükümlülüklerin her biri bakımından şirket yöneticilerinin sorumluluğu meselesini tartışılacaktır.

Her bir unsurun tartışılmasından evvel önemle altı çizilmelidir ki, bizatihi şirketlerin ceza sorumluluğunun kabul edilmediği Türk hukukunda, şirket yöneticisinin sorumluluğu ancak **meydana gelen müşahhas suç bakımından kastının veya taksirinin bulunması halinde** söz konusu olabilir. Bir başka deyişle, şirket organizasyonundaki her eksiklik, meydana gelen her suçtan dolayı şirket yöneticilerinin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Yöneticinin sorumluluğuna gidilebilmesi için şirket organizasyonundaki eksiklik ile meydana gelen suç arasında doğrudan bir ilişki bulunması ve somut olayda hâkimin bu ilişkiyi deliller üzerinden kurabiliyor olması gerekir.

Bir şirkette compliance programları kapsamında yürütülmesi gereken faaliyetler şu başlıklar altında sayılabilir:

Risk değerlendirme faaliyetleri, bir şirketin faaliyeti kapsamında oluşabilecek olan mali veya sosyal zararların incelenmesi, oluşabilecek suçların değerlendirilmesi ve bu risklerin asgariye indirilmesi için alınması gereken tedbirlerin belirlenmesi anlamına gelmektedir⁵⁵. Bu kapsamda şirket yöneticilerinin, şirketin hem kuruluş aşamasında hem de faaliyetlerinde herhangi bir değişiklik ya da büyüme olduğu her safhada, risk değerlendirmeleri yapması veya yaptırmayı ve bu değerlendirmelerin sonuçlarını yazılı olarak paydaşlarına sunması gerekir. Risklerin doğru bir şekilde değerlendirilmesi, daha sonra alınacak bütün tedbirlerin de kapsamını belirleyeceğinden, compliance sürecinin ilk ve en önemli adımıdır.

Kural oluşturma faaliyetleri, gerek şirketin faaliyet alanına ilişkin genel tecrübelerden elde edilen bilgi ve “iyi uygulama” pratikleri gerekse müşahhas risk değerlendirmesi sonucunda sahip olunan bilgiler ile o şirketin faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin her neviden hususun bir kurallar bütünü halinde düzenlenmesi gerekmektedir. Böylelikle, bireylerin şirket faaliyetini yürütürken hangi davranış kurallarına uymaları gerektiği konusunda bir tereddüt kalmayacağı gibi, onların bu kurallar doğrultusunda denetlenebilir ve hesap verilebilir olması da sağlanmış olacaktır. Bu cümleden olarak, kuralların yalnızca bir teamül olarak varlığı yetmez; yazılı hale getirilmeleri, tüm paydaşlara açık bir şekilde yayımlanmaları ve çalışanlara eğitim ve oryantasyon faaliyeti çerçevesinde benimsetilmeleri de gerekmektedir⁵⁶.

Eğitim faaliyetleri, bir şirketin compliance yükümlülüklerinin önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Eğer şirket çalışanlarının görevlerini gereği gibi yerine getirmeleri ve bu esnada çeşitli suçların oluşumuna sebebiyet vermemeleri için, özellikle de risk ihtiva eden

⁵⁴ Wellner, “Effective Compliance Programs,” 497.

⁵⁵ Han, “Compliance,” 386.

⁵⁶ Kowal, “Corporate Compliance Programs,” 524.

veya uzmanlık gerektiren konularda eğitilmeleri gerekir. Bu eğitimler, yapılacak işin mahiyetine göre, radyoaktif atıkların depolanma prosedüründen anti-tröst fiyatlama eğitimlerine kadar geniş bir yelpaze teşkil eder⁵⁷. Şirket yöneticilerinin bu noktada sorumluluğu, yapılacak olan faaliyetin mahiyetine göre hangi konularda eğitim verilmesi gerektiğini tespit etmek veya bu tespiti konunun uzmanlarına yaptırmak ve ilgili personelin gerekli eğitimleri almasını temin etmektir. Bu husustaki bir eksikliğin mevcudiyeti halinde, eğer meydana gelen suç ilgili personelin eğitim eksikliğinden ileri geliyorsa, şirket yöneticilerine isnat edilebilecektir.

Denetim faaliyetleri, şirketin işleyişinin mevzuata uygun bir biçimde yürütülüp yürütülmediğinin tespit ve rapor edilmesini ve bu bağlamda olası sorunların giderilmesini sağlaması bakımından önemli bir yükümlülüktür. Denetim faaliyetinin kim tarafından yürütüleceği hususu ülke mevzuatına göre değişiklik gösterebilecek olmakla birlikte, tercihen hem şirketin kendi faaliyetlerini hiyerarşik yapı uyarınca denetlemesi şeklinde gerçekleşen iç denetimin hem de şirketle bir ilişkisi bulunmayan uzmanlarca yapılacak dış denetimin birlikte bulunması gerekir. Böylelikle çıkar çatışmalarından ve şirketteki sorunların hasır altı edilmesine yönelik risklerden de kurtulunmuş olunacaktır.

Bazı örneklerde bizatihi “compliance komitesi” adı altında denetim mekanizmalarının da oluşturulabildiği⁵⁸ veya bir kişinin sürekli olarak “compliance görevlisi” adı altında bu işle görevlendirilebildiği⁵⁹ müşahade edilmektedir. Şirket yöneticilerinin sorumluluğu, denetim mekanizmalarının oluşturulmasını sağlamak ve onların sağlıklı çalışma koşullarını oluşturmaktır. Bir başka deyişle, denetçilerin görevlerini yerine getirmesine engel olmamak, personeli onlara yardımcı olmaya teşvik etmek, tespit edilen aksaklıkların rapor edilmemesi konusunda baskı yapmamak gibi hususların yerine getirilmesi gerekir.

Bu noktada, compliance görevlisinin ya da görevlilerinin ceza sorumluluğundan da söz etmek yerinde olacaktır. Compliance görevlisinin, şirketin organizasyonundaki eksiklikler ve compliance tedbirlerini yerine getirmemesi dolayısıyla ceza sorumluluğuna gidilebilmesi mümkündür⁶⁰. Altı çizilmelidir ki, hemen aşağıda da değinileceği gibi bu sorumluluğun mevcut olabilmesi, compliance görevlisinin gerçekten de bu suçların işlenişini önleyebilecek yetkilerle donatılmış olmasını gerektirmektedir.

Hiç şüphesiz, bir şirkette suç teşkil edebilecek bütün fiillerin işlenmesine yönelik tedbirlerin compliance görevlisi tarafından alınmasını beklemek ve onu işlenen suçlardan dolayı sorumlu tutmak makul değildir. Compliance görevlisi, yalnızca genel düzenin işleyişinden ve bu düzendeki eksikliklerden sorumludur. Bu itibarla compliance görevlisi de yetki devri yapabilir ve şirketin belli departmanlarındaki kişileri belli hususları denetlemekten sorumlu kılabilir⁶¹. Compliance görevlisinin, her konuda uzmanlık sahibi olmayacağı ve şirketteki bütün akışı tek başına denetleyemeyeceği göz önüne alındığında, esasen bu yetki devrini yapmamış olması dahi bizatihi görevini gereği gibi yerine getirmedişine işaret etmektedir.

⁵⁷ Örnekler için bkz. Kowal, “Corporate Compliance Programs,” 518.

⁵⁸ Bu hususta bkz. Kowal, “Corporate Compliance Programs,” 519.

⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. Paslı, “Anonim Ortaklıklar,” 328 vd.

⁶⁰ Martin, “The Criminal Liability of the Compliance Officer,” 62.

⁶¹ Daha geniş bilgi için bkz. Martin, “The Criminal Liability of the Compliance Officer,” 63.

Şayet gerekli denetim ve gözetim mekanizmaları oluşturulmuş, denetim ve gözetimden sorumlu olan kişiler özenli bir biçimde bu görevlerini yerine getirmiş iseler, bu takdirde işlenen suçlardan dolayı denetim ve gözetim yükümlülerinin sorumluluğuna gidilebilmesi mümkün değildir⁶². Meğerki bu suçların gelecekte yeniden işlenmemesi için daha sıkı tedbirler alınmamış olsun.

Kanaatimizce, her ne kadar bu kapsamda mütalaa edilmesi gereken fiiller genellikle şirket faaliyeti kapsamında kalan fiiller olup, şirket faaliyeti kapsamı dışındaki fiiller genellikle şirket yöneticileri ve compliance görevlisi tarafından önlenebilir nitelikte değil iseler de; bir fiilin şirket faaliyeti kapsamında olmaması bu fiilden dolayı compliance görevlisinin veya şirket yöneticilerinin hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağı anlamına gelmemelidir. Söz gelimi, işyerinde cinsel taciz veya cinsel saldırı suçlarının belli bir kişi tarafından işlendiğine dair iddiaların şirket içi disiplin mekanizmalarınca araştırılmaması veya bu iddiaların muhatabı olan çalışanın bir nedenle yöneticiler tarafından korunması nedeniyle tekrarlanması halinde, tedbir almayı reddeden kişilerin de bu suça ihmal suretiyle iştirak ettikleri kabul edilmeli ve en azından yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmeleri gündeme gelmelidir.

Şirket içi disiplin faaliyetleri, bir şirkette, gerek suç teşkil eden gerekse etmeyen etik dışı fiiller bakımından, bu davranışları soruşturan ve gerektiğinde sorumlulara yaptırım uygulayan bir mekanizmanın kurulması anlamına gelmektedir. Şirket içi disiplinin sağlanması, öncelikle şirketin bir etik kurallar bütününe sahip olmasını gerektirmektedir. Bu kurallar şirketin bütün çalışanlarına benimsetildikten sonra, bunların uygulanıp uygulanmadığı şirketin disiplin kurullarınca takip edilecektir. Etik dışı eylemlere, şirket kurallarında öngörülen yaptırımlar tatbik edilecek, eğer konusu suç teşkil eden bir fiil söz konusu ise bu durum derhal yetkili mercilere bildirilecektir. Şirket yöneticileri ve disiplin soruşturmasını yürütenler, eğer bu sorumluluklarını yerine getirmez iseler, çeşitli şekillerde ceza sorumlulukları gündeme gelebilir. Bunların üzerinde kısaca durmakta yarar bulunmaktadır:

Bir suçun işlendiğinin ortaya çıkarılması halinde, bu suçun bildirilmemesi Türk hukukunda bizzatı suç teşkil etmektedir (TCK m. 278). Bunun yanında, eğer mütemadi veya zincirleme suç söz konusu ise veya başkaca bir şekilde bu suçun yeniden işleneceği anlaşıyor ise, bu duruma müdahale etmeyen ve suçun işlenişine göz yuman yöneticiler, icrai suça ihmal suretiyle iştirak kurallarına göre sorumlu tutulacaklardır.

6. Compliance Tedbirlerinin Etkinliği Sorunu

Yukarıda zikredilmiş olan compliance tedbirlerinin kâğıt üzerinde mevcut olması, şirket yöneticilerinin veya onlar tarafından göreve getirilmiş denetçilerin ceza sorumluluğundan kurtulması için yeterli değildir. Bu tedbirlerin gerçekten de uygulamaya yansıyan, suçların meydana gelmesine engel olacak etkin tedbirler halini alması gerekir⁶³. Bunun için yapılması gerekenlerin de kısaca ortaya konulması yararlı olacaktır.

⁶² Savaşçı Temiz, “Denetim Görevini İhmal Suçu,” 196.

⁶³ Jimenez, “Corporate Criminal Liability,” 358.

Öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere, mevzuata uygunluğun ve suç işlenmesinin önlenmesinin sağlanması için, bir kurallar bütünü meydana getirilmelidir. Bu kuralların, pratikte gerçekten de suç işlenmesinin önlenmesini sağlayabilecek nitelikte olması gerekir⁶⁴. Bu kurallarda bir eksikliğin mevcut olup olmadığının ve bu durumun belli bir suçun oluşumundaki etkisinin somut olay hakimince denetlenmesi gerekir. Şirket yöneticileri, bu kurallardaki eksikliklerden dolayı sorumlu tutulabilirler ise de, eğer bu hususta ellerinden gelen azami gayreti göstermişler ise (kuralların uzmanlara danışılarak oluşturulması, güncelliğinin sağlanması, bağımsız kişilerce gözden geçirilmesi gibi) kurallardaki eksiklikler dolayısıyla ceza sorumluluklarına gidilemeyecektir.

İkinci olarak, şirket yöneticilerinin, gözetim ve denetimle ilgili yetki devri yaparken belli hususları gözetmesi gerekir. Bunlardan ilki, herhangi bir karışıklığa mahal vermeyecek surette, her denetim ve gözetim göreviyle ilgili olarak, *belli bir kişinin* görevlendirilmesi ve bu kişinin bu görevi yerine getirebilecek yetkiyle mücehhez kılınmasıdır⁶⁵. Bu bağlamda denetim ve gözetim görevini yapan kişinin, personelin iş koşullarını değiştirme, disiplin yaptırımı uygulayabilme, hatta gerekirse sorumlu personeli işten çıkarabilme yetkisinin bulunması yerinde olur. Bu nedenle, denetim ve gözetim görevini yerine getirecek kimselerin, şirkette üst kademe yönetici olması uygun olacaktır⁶⁶. Eğer sorumluluğun bu şekilde bireyselleştirilmesi ve göreve uygun yetkinin de devredilmesi hususları yerine getirilmez ise, etkin bir compliance mekanizmasının kurulduğu söylenemeyeceği için şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Kanaatimizce burada somut olay hakiminin dikkate alması gereken ölçüt, işlenen suçun meydana gelmesine neden olan araç, personel veya prosedürden sorumlu olan **bireysel** bir denetim ve gözetim sorumlusunun mevcut olup olmadığıdır. Eğer böyle bir kişi tespit edilemiyorsa bu sorumluyu tayin etme görevini yerine getirmeyen bir üst sorumluya gidilmelidir. Eğer sorumlu tespit edilmiş ise bu takdirde bu kişinin pratikte denetim ve gözetim görevini yerine getirebilecek imkanlarının bulunup bulunmadığı denetlenmelidir. Bu anlamda şirketin genel uygulamalarına yönelik kayıtlar ve tanık beyanları değerlendirilmeli, bu kişinin uyarı ve raporlarının dikkate alınıp alınmadığı gözetilmelidir. Eğer bu kişi yalnızca kâğıt üzerinde denetim ve gözetim ile yükümlü kılınmış ve pratikte çalışmasına izin verilmemiş ise, bu takdirde böyle bir sorumlu mevcut değilmiş gibi hareket edilerek bir üst kademedeki kişinin ceza sorumluluğuna gidilmelidir. Kanaatimizce, bir şirketin faaliyeti sırasında meydana gelen suçlar bakımından, bu yöntem hiç uygulanmaksızın doğrudan şirket sahibinin veya yöneticilerinin sorumluluğuna gidilmesi uygun bir çözüm yöntemi değildir ve ceza hukukunun temel prensipleriyle bağdaşmamaktadır.

Bu noktada, denetim ve gözetimle yükümlü kılınan kişilerin *karakterinin* bu göreve uygun olup olmadığı meselesi de irdelenmelidir. Eğer denetim ve gözetimle yükümlü kılınan kişi, bu göreve uygun değilse, bu durumdan şirket yöneticileri sorumlu tutulabilmeli midir? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir.

⁶⁴ Kowal, "Corporate Compliance Programs," 523-524; Wellner, "Effective Compliance Programs," 500.

⁶⁵ Bu hususta Alman içtihadı için bkz. Pulaşlı, "Compliance Kavramı," 37; Ayrıca bkz. Kowal, "Corporate Compliance Programs," 524.

⁶⁶ Aynı yönde Martin, "The Criminal Liability of the Compliance Officer," 60-61; Wellner, "Effective Compliance Programs," 501.

Bu hususta örneğin Alman Düzene Aykırılıklar Kanunu’nun (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) 130. maddesine şu hükme yer verilmektedir: “*Bir şirketin ya da girişimin sahibi olup da, uygun bir gözetim ve denetim ile işlenmesi önlenebilecek ya da fevkalade güçleştirilebilecek ve adli veya idari yaptırım ile cezalandırılabilir hukuku aykırılıkların önlenmesi için, şirket veya girişimin sahibinin görevi icabı alması gereken tedbirleri almayan kişi, bir kabahat işlemiş olur. Bu denetim ve gözetim görevi, denetçilerin özenle seçilmesini ve izlenmesini de kapsamaktadır.*” Nitekim Münih Federal Mahkemesi, Siemens kararında, diğer hususlar yanında, denetim ve gözetim yükümlülerinin güvenilirliğine yönelik eksiklikler bakımından da şirket yöneticilerinin sorumlu olduğu yönünde karar vermiştir⁶⁷.

ABD Yaptırım Komisyonu, bu hususta, yetki devrinin, hukuka aykırı davranışlara meyilli olduğu bilinen ya da titiz bir araştırma yapılsaydı bilinebilecek olan kimselere yapılmamasını, etkin bir compliance mekanizmasının gereği olarak görmektedir⁶⁸. Kanaatimizce burada kişinin daha önce işlediği bir suçtan dolayı hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının aranması yerine, “hukuka aykırı davranışlara meyil” kriterine başvurulması, uygulamada güçlüklerle sebep olabilecek niteliktedir. Zira bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği ve bunun kim tarafından nasıl tespit edilebileceği belirsizdir. Kaldı ki denetim ve gözetim görevini gereği gibi yerine getirmenin tek kıstası da hukuka aykırı davranışlara meyilli olmamak değildir.

Kanaatimizce böyle olumsuz bir kavram yerine, Alman hukukundaki kabule benzer şekilde “denetim görevine uygunluk” şeklinde olumlu ve kapsayıcı bir kriter kullanılması daha yerinde olur. Denetim görevine uygunluk, hem o kişiyi tanıyan kişiler arasında dürüstlüğü ve görev etiği konusundaki bilinci ile tanınmayı (ve bunun bir uzantısı olarak daha önce suç işlememiş olmayı) hem de bir hukuka aykırılık ile karşılaştığında bunu bildirebilecek ve gerekirse buna neden olan kişilerle mücadele edebilecek cesareti gerektirmektedir. Şüphesiz bunlar subjektif değerlendirmeler olduğundan, bu kişilerin kolektif bir iradeyle ve demokratik yöntemlerle denetim ve gözetim görevine getirilmeleri gerekir. Aksi halde, denetim ve gözetim görevini yerine getiren kişideki açık bir karakter zafiyetinden, onu göreve getiren kimse de sorumlu olacaktır. Bunun müşahhas olarak bir suçun işlenmesi bakımından kast veya taksir olarak zuhur edip etmeyeceği ise olayın koşulları bağlamında somut olay hâkimi bakımından takdir edilmelidir.

Üçüncü olarak, şirket içi kuralların gerçekten de uygulanması ve disiplin mekanizmalarının işletiliyor olması gerekir⁶⁹. Bu kapsamda, yine şirketin kayıtları ve tanık beyanları değerlendirilerek, kuralların uygulanması konusunda ne derece titiz olduğu, kuralları ihlal edenlere tolerans gösterilip gösterilmediği gibi hususlar değerlendirilmelidir.

⁶⁷ Bu hususta bkz. Pulaşlı, “Compliance Kavramı,” 37.

⁶⁸ United States Sentencing Commission, Amendment 673, <https://www.ussc.gov/guidelines/amendment/673>, E.T: 26.10.2024.

⁶⁹ Teichmann et. al. “Compliance as a Form of Defense,” 4.

Nihayet, eğer daha önce belli bir suç meydana gelmiş ise, bu suçun meydana gelmesinden sonra şirketin iç disiplin mekanizmalarınca bu konunun irdelenmiş ve gerekli tedbirlerin alınmış olması gerekir⁷⁰. Bu hususta, Boeing'in, birtakım etik ve hukuki sorunları müteakiben, müteaddit defalar compliance kural ve uygulamalarını güncellemesi örnek verilmektedir⁷¹.

Eğer aynı veya benzer bir suç, aynı eksiklik veya soruna dayalı olarak yeniden meydana gelmiş ise, şirketin etkili bir compliance mekanizması yoktur. Bu takdirde, bu mekanizmanın oluşturulmamasından dolayı şirket yöneticilerinin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu bağlamda somut olay hâkimi, yalnızca dava konusu olan suç ile ilişkili olarak inceleme yapmakla yetinmemeli, daha önce işlenmiş olan suçlar karşısında şirketin ilgili birimlerinin ne gibi bir tepki gösterdiğini de inceleyerek, şirketin disiplin sorumlularının ve yöneticilerinin ihmali veya taksirli sorumluluğunu değerlendirmelidir.

7. Sonuç

Kendine ait önemli kaynaklara sahip olan şirketler, gerek suç işlenmesini kolaylaştırma gerekse çok sayıda insanın hayatını etkileyen geniş ölçekli faaliyetleri sırasında belli suçlara neden olma gibi riskleri haizdir. Bu kapsamda compliance programları, bu riskin azaltılması bakımından önemli bir rol oynamaktadır.

Compliance programları, şirket içinde bir kurallar bütünü oluşturulması, bunların çalışanlara benimsetilmesi, gerekli eğitimlerin verilmesi, faaliyetlerin takip edilmesi ve denetlenmesi, eğer bu kuralların dışına çıkılır ya da hukuka aykırı bir eylemde bulunulur ise disiplin süreçlerinin işletilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu programların yürütülmesinden ise hem özel compliance görevlileri hem de şirketin değişik kademelerinde bulunan yöneticiler sorumlu olacaktır.

Compliance programlarının mevcudiyeti, bir şirketin faaliyeti esnasında ortaya çıkan suçlar bakımından, bu suçları önleme işlevine sahip olduğu gibi, hem şirket yöneticilerine ceza hukuku sorumluluğundan kurtulma imkanı vermekte hem de soruşturma ve kovuşturma makamlarına büyük şirket yapısı içerisinde sorumluluğun kime ait olduğunun anlaşılması hususunda yardımcı olmaktadır. Programın içeriği ve pratiği takip edilerek, kasten veya taksirli davranışı ile suçun meydana gelmesine sebebiyet veren kişinin de tespit edilebilmesi mümkün hale gelmektedir.

Kanaatimizce, şirketlerde işlenen suçlar bakımından yöneticilerin sorumluluğuna gidilebilmesinde, suç teorisi bakımından bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu sorumluluğun ölçüsüzce genişletilmemesi, her vakada şirket sahibi veya yöneticilerinin de fail olarak sorumlu tutulmaması gerekir. Bu kapsamda sorumluların belirlenmesine yardımcı olarak bazı kriterleri yukarıda zikretmiş bulunuyoruz. Her halükarda, compliance programlarının teşvik edilmesi ve yaygınlaştırılması, bu tür durumlarda ceza sorumluluğunun belirlenmesini de kolaylaştıracaktır.

⁷⁰ United States Sentencing Commission, Amendment 673, <https://www.ussc.gov/guidelines/amendment/673>, E.T: 26.10.2024; Martin, "The Criminal Liability of the Compliance Officer," 64.

⁷¹ Wellner, "Effective Compliance Programs," 502.

Türk hukukunda gerek compliance yükümlülüğünün şirketler bakımından kapsamı hem de şirketlerde işlenen suçlar bakımından ceza sorumluluğunun belirlenmesi hususunda yasal düzenlemeler bulunmadığı anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, şüpheyi yer bırakmamak açısından, bu konularda 5549 sayılı Kanun’da yer alan düzenlemelere benzer düzenlemelerin ihdas edilmesi yerinde olacaktır. Aynı şekilde TCK m. 251 hükmünün varlığı karşısında, şirketlerde de yöneticilerin sorumluluğunun tayini bakımından benzer bir hükmün varlığının yararlı olabileceği kanaatindeyiz. Buna karşılık, önemle belirtilmelidir ki, şirket yöneticilerinin ya da compliance görevlilerinin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için özel bir düzenleme şart değildir. Mevcut hükümler uyarınca da bu kişilerin, işlenen suçlara ilişkin olarak, kast veya taksirlerinin bulunduğu tespit edilebilmekte ise ceza sorumluluğu cihetine gidilebilmelidir.

Kaynaklar / References

- Baer, Miriam Hechler. "Governing Corporate Compliance." *Boston College Law Review* 50, no. 4 (2009): 494–1018.
- Basel Committee on Banking Supervision. *Compliance and the Compliance Function in Banks*. Basel, 2005. <https://www.bis.org/publ/bcbs113.pdf>.
- Cassani, Ursula. "Corporate Responsibility and Compliance Programs in Switzerland." In *Preventing Corporate Corruption: The Anti-bribery Compliance Model*, edited by Stefano Manacorda, Francesco Centonze, and Gabrio Forti. Cham: Springer, 2014.
- David, Ferenc. "Criminal Compliance and Sanctions of Terrorist Financing in Hungary." *Journal of Eastern-European Criminal Law* 2 (2022): 102–8.
- Dubber, Markus, and Tatjana Hörnle. *Criminal Law: A Comparative Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- Erdoğan, Ali. "Basel Kriterlerinin Bankacılık Sektörüne Etkisi ve Türkiye’de Bankacılık Sektörünün Basel Kriterlerine Uyum Süreci." *Trakya Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16, no. 1 (2016): 141–82.
- Han, Yilin. "The Paper on China's Criminal Compliance Review of Multinational Corporations." *BCP Social Sciences & Humanities* 21 (2023): 385–93.
- Haugh, Todd. "The Criminalization of Compliance." *Notre Dame Law Review* 92, no. 3 (2017): 1215–70.
- İsfen, Osman. "Strafrechtliche 'Selbstreinigung' am Beispiel der Compliance-Regelung im Geplanten Unternehmensstrafrecht." *Süleyman Demirel University Journal of Law Faculty* 5, no. 1 (2015): 1–32.
- Jackson, Jonathan, Ben Bradford, Mike Hough, Andy Myhill, Paul Quinton, and Tom Tyler. "Why Do People Comply with the Law? Legitimacy and the Influence of Legal Institutions." *The British Journal of Criminology* 52, no. 6 (2012): 1051–71.
- Jimenez, Gustavo A. "Corporate Criminal Liability: Toward a Compliance-Oriented Approach." *Indiana Journal of Global Legal Studies* 26, no. 1 (2019): 353–80.
- Jofre, Santiago Wortman. "Corporate Criminal Liability and Compliance Management Systems: A Case Paper of Spain." *Transnational Crime* 2, no. 3 (2018): 1–63.
- Kowal, Steven M. "Corporate Compliance Programs: A Shield against Criminal Liability." *Food and Drug Law Journal* 53, no. 3 (1998): 517–26.
- Manacorda, Stefano, Francesco Centonze, and Gabrio Forti, eds. *Preventing Corporate Corruption*. Cham: Springer, 2014.
- Martin, Victor Gomez. "The Criminal Liability of the Compliance Officer: An Approach Through Several Hard Cases." *Journal of Penal Law and Criminology* 8, no. 1 (2020): 59–71.
- OECD. *G20/OECD Principles of Corporate Governance*. Paris: OECD Publishing, 2023.
- Paslı, Ali. "'Compliance' Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 71, no. 2 (2013): 317–34.

Pulaşlı, Hasan. “Compliance Kavramı ve Yönetim Organının Compliance Sorumluluğu.” *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* 35, no. 2 (2019): 27–59.

Savaşçı Temiz, Bilgehan. “Denetim Görevini İhmal Suçu (TCK m. 251).” *Adalet Dergisi* 1 (2024): 179–208.

Teichmann, Fabian, Chiara Witmann, and Sonia Boticiu. “Compliance as a Form of Defense Against Corporate Criminal Liability.” *Journal of Economic Criminology* 1 (2003): 1–4.

United States Sentencing Commission. *Sentencing Guidelines for Organizations*. Washington, D.C., 2022.

Wellner, Philip A. “Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions.” *Cardozo Law Review* 27, no. 1 (2005): 497–528.

Yadav, Vikrant Sopan. “Corporate Criminal Liability: A Comparative Analysis of Judicial Trend.” *International Journal of Applied Research* 1, no. 10 (2015): 756–60.

Yazar Hakkında / About the Author

**Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
efe.karabulat[at]hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0002-2181-1692**

2011 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2016 yılında yüksek lisans, 2023 yılında doktora derecelerini almıştır. 2020 yılında Hacettepe Üniversitesi Psikoloji Bölümü'nden mezun olmuştur. 2013 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır ve bu görevini halen sürdürmektedir.

**Ress. Asst.Dr. Efe Can KARABULAT | Ankara Hacı Bayram Veli University |
efe.karabulat[at]hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0002-2181-1692**

He graduated from Ankara University Faculty of Law in 2011. He received his master's degree in 2016 and his doctorate in 2023. He graduated from the Department of Psychology at Hacettepe University in 2020. He began working as a research assistant at Gazi University Faculty of Law in 2013, a position he continues to hold.

DÖRDÜNCÜ SANAYİ DEVRİMİ ÇAĞINDA SUÇ ÖNLEMENİN İMKÂNI VE SINIRLARI: KORE PERSPEKTİFİ¹

Prof. Dr. Won-Sang LEE
Chosun Üniversitesi

Özet

Dördüncü Sanayi Devrimi'nin dördüncü dalgası günümüzde deneyimlenmektedir. Üçüncü dalgayla birlikte gelen bilgi çağı, ceza politikası, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda önemli değişikliklere yol açmıştır. Bununla birlikte, Dördüncü Sanayi Devrimi'nin temel kavramı "yıkıcı yenilik"tir. Yapay zekâ, robotik ve nesnelerin interneti gibi yeni teknolojilerin bu dördüncü dalgası, mevcut ceza adaleti sistemini tamamen dönüştürebilecek büyüklükte bir paradigma değişimini beraberinde getirme potansiyeline sahiptir. Siber âlemin ortaya çıkışı, önceden yalnızca insanları, nesneleri ve çevreyi düzenlemekte kullanılan ceza hukukunun bu yeni alana da müdahale etmesine neden olmuştur. Dahası, siber suç ile gerçeklik arasındaki çizgiler giderek bulanıklaşmaktadır. Ceza politikası alanı, tamamen yeni, keşfedilmemiş ve eşi benzeri olmayan bir ortama uyum sağlama gibi zorlu bir görevle karşı karşıyadır. Dördüncü Sanayi Devrimi'nin etkisinde açıkça ezilmemek için ceza politikasının açıkça tanımlanmış normatif standartlara dayanması gerekmektedir. Geleneksel ceza politikasının, Dördüncü Sanayi Devrimi'nin getirdiği zorlukları karşılamada yetersiz kaldığı açıkça kanıtlanmıştır. Sonuç olarak, mevcut ceza politikalarının sınırlarını kabul etme ve daha etkili olabilecek alternatif yaklaşımları keşfetme ihtiyacı vardır.

Anahtar Kelimeler

Dördüncü Sanayi Devrimi'nin Dördüncü Dalgası, 5. Nesil Mobil İletişim, Yapay Zekâ, Robotlar, Akıllı Şehirler, Lawrence Lessig'in Modeli

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Muteber Dilasa CİNGİ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi | cingi.muteberdilasa[at]hbv.edu.tr

POSSIBILITY AND LIMITS OF CRIME PREVENTION IN THE FOURTH INDUSTRIAL REVOLUTION ERA: A KOREAN PERSPECTIVE

Prof. Dr. Won-Sang LEE
Chosun University

Abstract

The fourth wave of the Fourth Industrial Revolution is now being experienced. Significant changes in criminal policy, criminal law and criminal procedure law are already being experienced, due to the informationisation that accompanied the third wave. Nevertheless, the pivotal term for the fourth industrial revolution is "disruptive innovation". The advent of the fourth wave of new technologies, including artificial intelligence, robotics and the Internet of Things, has the potential to engender a paradigm shift of such magnitude that it may completely transform the current criminal justice system. The advent of cyberspace has precipitated an intervention by criminal law, which was formerly employed to regulate human beings, objects, and the environment, into this domain. Moreover, the lines between cybercrime and reality are becoming increasingly blurred. The criminal policy landscape is confronted with the formidable task of adapting to an entirely novel environment, one which is entirely uncharted and unprecedented. In order to avoid being overwhelmed by the Fourth Industrial Revolution, criminal policy must be grounded in clearly defined normative standards. Conventional criminal policy has proven to be inadequate in addressing the challenges posed by the Fourth Industrial Revolution. Consequently, there is a necessity to acknowledge the limitations of prevailing criminal policies and to explore alternative approaches that may prove more efficacious.

Keywords

The Fourth Wave of the Fourth Industrial Revolution, 5th Generation Mobile Communications, Artificial Intelligence, Robots, Smart Cities, Lawrence Lessig's Model

1. Giriş

Makineleşmeyi merkeze alan birinci sanayi devrimi, seri üretimi getiren ikinci sanayi devrimi ve bilgi çağını getiren üçüncü sanayi devriminden sonra, şimdi dördüncü sanayi devrimini yaşamaktayız. Dördüncü Sanayi Devrimi'nin temel teknolojileri, Yapay Zekâ (artificial intelligence/AI), nesnelerin interneti (the Internet of Things/IoT), büyük veri (big data), bulut bilişim (cloud computing) ve robotlardır ki bunlar toplumumuzun her köşesinde kullanılmaya başlanmıştır. Dahası, Dördüncü Sanayi Devrimi küresel manzarayı da şekillendiriyor. Dördüncü Sanayi Devrimi kavramı İsviçre'deki Davos Forumu'nda tanıtıldı. 2016 yılında İsviçre'de düzenlenen Davos Forumu'nda Dördüncü Sanayi Devrimi'nin temel hedefi "dijital, fiziksel ve biyolojik alanlar arasındaki sınırları bulanıklaştıran teknolojilerin yakınsaması" olarak belirlenmiştir. 2017 Davos Forumu'nda Dördüncü Sanayi Devrimi'nin tanımı daha da geliştirilmiş ve 2018 Davos Forumu'nda gelecekteki sanayi ekosisteminin Dördüncü Sanayi Devrimi'ne nasıl hazırlanacağı tartışılmıştır.

Ancak, Dördüncü Sanayi Devrimi giderek daha sofistike bir aşamaya girerken, normlar değişikliklere henüz ayak uyduramamıştır. Yeni teknolojilerin yol açacağı dünyanın bir ütopya olduğunu düşünmek güzel olabilirdi, ancak şimdiden her yerde distopya belirtileri görüyoruz. Bunun nedeni, yeni teknolojilerin sadece iyilik için değil, aynı zamanda suç aracı olarak da kullanılmasıdır. Özellikle de ceza adaleti sistemi henüz daha üçüncü sanayi devrimine uyum sağlayabilmiş değilken. İleri teknolojiyle donatılmış suçlular siber ve gerçek uzayda özgürce suç işlerken, kanun koyucu gerçekliğin ağırlığına hapsolmuş durumda ve uygun şekilde yanıt veremiyor. Bununla birlikte, yapay zekâ teknolojisinin son zamanlarda gelişmesiyle birlikte, yapay zekâdan yararlanılarak suçun önlenmesi için çaba sarf edilmektedir. Bu nedenle, bu makale Dördüncü Sanayi Devrimi çağında suç önleme olanaklarını ve sınırlamalarını incelemektedir. Bunun için öncelikle Dördüncü Sanayi Devrimi ve başlıca teknolojileri ele alınacak, somutlaştırılmış siber uzayda bir davranışsal düzenleme modeli oluşturulacak ve ardından Dördüncü Sanayi Devrimi'nde davranışsal düzenleme yoluyla suç önlemenin imkânları ve sınırlılıkları hakkındaki görüşlerimiz sunulacaktır.

2. Endüstri 4.0 ve Temel Teknolojileri

2.1. Dördüncü Sanayi Devrimi Kavramları

Alvin Toffler birinci dalgayı Tarım Devrimi, ikinci dalgayı Sanayi Devrimi, üçüncü dalgayı ise Bilgi Devrimi olarak adlandırmıştır. Modern toplumu ise "bilgi toplumu" olarak adlandırmıştır. Ancak son zamanlarda Dördüncü Sanayi Devrimi olarak adlandırılan yeni bir kavram kullanılmaktadır. Birinci Sanayi Devrimi, buharlı makinelerle bağlantının güçlendirilmesi, limanlar, köprüler ve tüneller gibi ulusal altyapının genişletilmesi ve erken otomasyon ile karakterize edilir. İkinci Sanayi Devrimi, tam ölçekli otomasyon, uluslararası şirketlerin büyümesi ve üretken ve verimli işgücü yoluyla ürünlerin standartlaştırılması ve seri üretimi ile karakterize edilirken; üçüncü Sanayi Devrimi, dijital ve bilgi ve iletişim teknolojileri, insandan insana iletişim ve insandan makineye iletişim yoluyla sofistike otomasyon olarak anlaşılır ve dördüncü sanayi devrimi, Yapay Zekâ, büyük veri ve nesnelerin interneti gibi yeni teknolojilerin kullanımı yoluyla otomasyon ve bağlanabilirliğin en üst düzeye çıkarılması ile karakterize edilir. "Dördüncü Sanayi Devrimi" terimi Kore'de

bilinmekle birlikte, Dördüncü Sanayi Devrimi kavramı küresel olarak yaygın biçimde kabul görmemektedir. Kavram ulusal düzeyde, bir ülkenin geleceğine yönelik stratejik hedefleri ifade eden bir terim olarak kullanılmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri “Gelişmiş Üretim Ortaklığı” veya “Gelişmiş Üretim Ortaklığı 2.0” kavramını kullanırken; Almanya “Endüstri 4.0” veya “Platform Endüstri 4.0” kavramını kullanmaktadır. Japonya “Japonya Yeniden Canlandırma Stratejisi 2016” ya da “Dördüncü Sanayi Devrimi için Öncü Strateji” derken, Çin “Çin İmalat 2025” ya da “Internet Plus” gibi kavramları kullanmaktadır. Ancak bu ülkelerin kavramlarıyla karşılaştırıldığında, Kore'nin Dördüncü Sanayi Devrimi kavramı mevcut ve gelecekteki endüstrilerin değerini yansıtmaktadır.

Dördüncü Sanayi Devrimi'nin özü, yeni bilgisayar, bilgi ve iletişim teknolojilerinin ortaya çıkmasına bağlı olarak endüstriyel ekosistemde ve hayatımızda “yıkıcı yeniliklerin” ortaya çıkmasıdır. Ancak son zamanlarda bazı akademisyenler “dördüncü sanayi devrimi” terimini kullanırken temkinli olmamız gerektiğini öne sürmektedir. Zira Dördüncü Sanayi Devrimi'nin herhangi bir özü olmayabilir ve sadece yeni teknolojilerin bir toplamı ya da bir politika sloganı olabilir. Dördüncü Sanayi Devrimi'ni nasıl anlarsak anlayalım, getirdiği değişikliklerle toplumumuzun dönüşmekte olduğu yadsınamaz bir gerçektir.

2.2. Endüstri 4.0 İçin Temel Teknolojiler

Dördüncü Sanayi Devrimini yönlendiren çok sayıda teknoloji arasında birkaç kilit teknoloji bulunmaktadır: İlki, Dördüncü Sanayi Devrimi toplumunun kanı ve damarları olan 5. nesil mobil iletişim ve sinirleri ile hücreleri olan bulut uç bilişim ve nesnelerin internetidir. 1 Aralık 2018'de Güney Kore'nin üç mobil operatörü dünyanın ilk beşinci nesil mobil iletişim hizmetini başlattı. Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) tanımına göre, beşinci nesil mobil iletişim hizmetleri 20 Gbps'ye kadar indirme hızına sahip, bir kilometre kare içinde bir milyon IoT(nesnelerin interneti) hizmeti sağlıyor ve 500 kilometrelik yüksek hızlı trenlerde bile serbestçe iletişim kurabiliyor. Bu hizmetler, dördüncü sanayi devrimini karakterize eden hiper-bağlantılı toplumun can damarıdır. Buna ek olarak, bulut uç bilişim, verileri fiziksel olarak uzak bir konumda toplayan ve depolayan mevcut merkezi bulut bilişim teknolojisinin aksine, verileri yakın mesafedeki küçük sunuculara dağıtan ve işleyen bir teknolojidir. Sonuç olarak, veri yanıt süresi merkezi bulut bilişimden çok daha hızlıdır ve çeşitli teknolojilerle kolayca entegre edilebilir. Kevin Ashton tarafından 1999 yılında önerilen bir kavram olan Nesnelerin İnterneti, her nesneye sensörler ve iletişim işlevleri yerleştiren, insanların ve nesnelerin birbirinden bilgi toplamasının yanı sıra nesnelerin birbirlerinden bilgi toplamasına ve üretmesine olanak tanıyan bir teknolojidir. Her yerde bilişimi gerçekleştirmenin yollarından ve Dördüncü Sanayi Devrimi'nin altında yatan teknolojilerden biridir.

İkincisi, Dördüncü Sanayi Devrimi'nin beyinleri Yapay Zekâ ve büyük veridir. Yapay Zekâ kavramı ilk olarak John McCarthy, Marvin Minsky, Allen Newell, Herbert Simon ve diğerleri tarafından 1956 yazında Dartmouth College'da düzenlenen bir çalıştayda kullanılmıştır. Genellikle henüz insan aklına sahip olmayan ve insan zekasını sınırlı bir alanda taklit eden ve tekillikten oldukça uzak bir Yapay Zekâ olan zayıf Yapay Zekâ; kendi adına düşünebilen, kendini geliştirebilen, sürekli bilgi öğrenebilen (derin öğrenme) ve kendisine verilen kuralları bile değiştirebilen aktif ve otonom bir Yapay Zekâ olan güçlü Yapay Zekâ ile; tekilliği aşarak insan yeteneklerinin ötesinde insanüstü güçlere sahip bir Yapay Zekâ olan yapay süper zeka olarak kategorize edilir. Büyük veride, veri üretiminin miktarı, sıklığı ve biçimi

mevcut verilere kıyasla çok büyük olduğu için mevcut sistemlerin toplama, depolama, geri getirme ve analiz etme kapasitesinin ötesinde olan büyük miktarda veridir. Muazzam hacim, çok hızlı veri üretimi ve akış hızı, hız, sabit bir türde olmayan veri çeşitliliği ve karmaşıklığı özelliklerine sahiptir.

Üçüncü olarak, Dördüncü Sanayi Devrimi'nin fiziksel teknolojileri arasında 3D yazıcılar, dronlar, sürücüsüz arabalar, robotlar ve akıllı şehirler yer almaktadır. 3D yazıcı, kullanıcıların dijitalleştirilmiş bir dosya göndererek üç boyutlu nesneler oluşturmaya olanak tanıyan bir cihazdır. Drone, üzerinde bir pilot olmadan telsiz iletim rehberliği ile uçurulan ve kontrol edilebilen uçak veya helikopter şeklindeki insansız hava aracıdır; Havacılık Güvenliği Yasası ise ultra hafif uçan cihazları, havanın reaksiyonu ile yüzebilen ve öz ağırlık, koltuk sayısı gibi Arazi, Altyapı ve Ulaştırma Bakanlığı (MOLIT) tarafından belirlenen standartları karşılayan uçak ve hafif hava araçları dışındaki cihazlar olarak tanımlamaktadır. Otonom araç, konum bilgi sistemi, gelişmiş sensör sistemi ve Yapay Zekâ sisteminin bir araya gelmesiyle çevredeki ortamı tanıyıp riskleri değerlendirirken sürücünün sürüş manevralarını en aza indirerek kendisini planlanan bir hedefe götürebilen insan dostu bir araçtır. Otonom araçlar genel olarak beş aşamada kategorize edilmektedir. Robotlar, kendi yeteneklerine dayalı görevleri otomatik olarak işleyen veya gerçekleştiren makinelerdir ve Yapay Zekâ ile birlikte yeni bir yapay yaşam türüne dönüşmektedirler. Son olarak akıllı şehir (smart city), Dördüncü Sanayi Devrimi teknolojilerinin bir araya getirildiği bir şehir türüdür. "Akıllı Şehirlerin Yaratılması ve Sanayinin Teşvik Edilmesi Yasası"na göre akıllı şehir, 'şehrin rekabet gücünü ve yaşam kalitesini artırmak için inşaat ile bilgi ve iletişim teknolojilerini birleştirip yakınlaştırarak inşa edilen kentsel altyapıya dayalı çeşitli kentsel hizmetler sunan sürdürülebilir bir şehirdir' (Yasa Madde 2, No. 1). Kore'de 20 yıl öncesinden bu yana akıllı şehirler inşa etmek için çaba gösterilmektedir ve Hwaseong'daki "Dongtan New City" ve Paju'daki "Unsung City" temsili akıllı şehirlerdir.

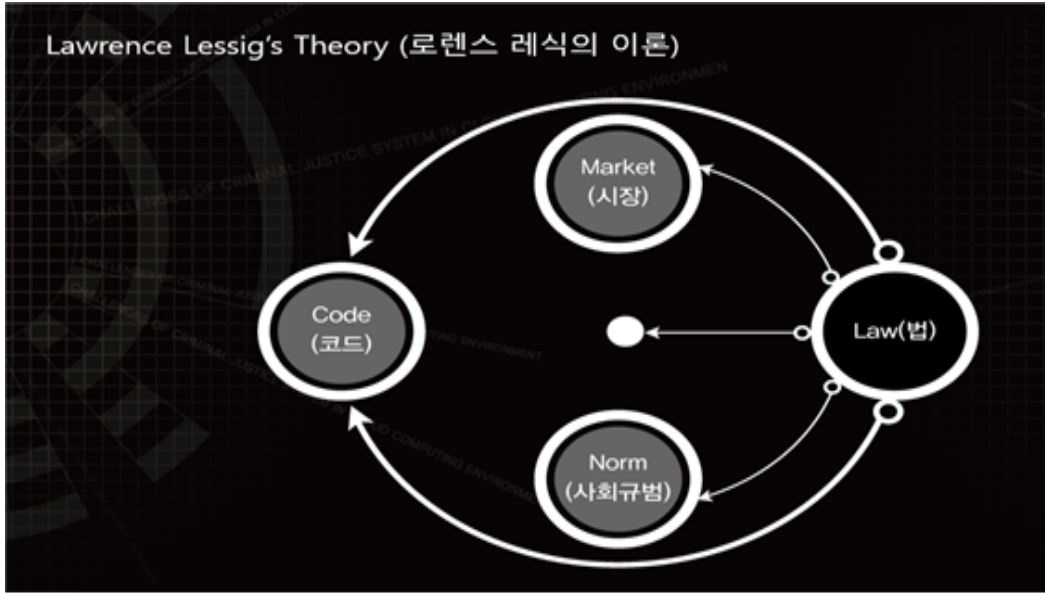
3. Dördüncü Sanayi Devrimi'ne Yanıt Olarak Ceza Politikası Değişikliği İhtiyacı

3.1. Lawrence Lessig'in Davranışsal Düzenleme Modeli

Dördüncü Sanayi Devrimi toplumunda bilgi ve iletişim teknolojisi ile geleneksel sanayi teknolojisi bütünleşmektedir. Siber uzaydaki bilgi ve iletişim teknolojisi Yapay Zekâ teknolojisi ile bütünleşmekte ve sadece siber uzayda var olan Yapay Zekâ giderek somutlaşmaktadır. Başlangıçta siber suçlar siber uzayla sınırlı olduğu için sadece siber uzayın engellenmesi gerçek uzayı etkileyemezdi. Ancak artık siber uzayın ötesinde gerçek uzayı da doğrudan etkilemek mümkündür. Somutlaştırılmış siber suç, eskiden sadece siber uzayda gerçekleşen siber suçun robotlar, dronlar ve otonom araçlar gibi endüstriyel teknolojilerle birleşerek gerçek uzayı etkilemesi anlamına gelmekteydi. Artık siber suç davranışlarını düzenleme yöntemleri gerçek uzayı da etkileyebiliyor. Siber uzayda davranışsal düzenleme için klasik bir teori olan Lawrence Lessig modeline bakmamız gerekir. Siber uzayda davranışları düzenleyen birçok faktör vardır, ancak Lawrence Lessig en önemli faktörlerin piyasa, sosyal normlar, hukuk ve kod olduğunu öne sürmektedir.

Şekil 1

Lawrence Lessig' in Kuramı/ Lawrence Lessig' s Theory



Birincisi, kapitalizasyonun yaygınlaşması nedeniyle piyasalar giderek daha kontrol edici hale gelmektedir. Örneğin, Trump yönetiminin ağ tarafsızlığını terk etmesi, ağ operatörlerinin kontrolünü güçlendirmiştir. Buna ek olarak, Microsoft, Apple ve Meta gibi ulusötesi şirketlerin artan etkisi, siber uzayın davranışını tek tek ülkelerden daha fazla etkilemiştir. Örneğin, iPhone kullanıcıları cihazlarını yalnızca Apple'ın uygulama mağazası ve iOS gibi politikalar kapsamında kullanabilmektedir. İkinci olarak, sosyal normlar, kullanıcılardan gelen eleştiri veya talepler ve siber etik gibi davranışları kontrol etme yeteneğine sahiptir. Geçmişte clairvoyance², high-tel ve netiquette³ PC iletişim ortamlarında, siber uzaydaki kaba davranışları kontrol etmek için kullanılıyordu. Ancak internetin küresel bir ortam haline gelmesi ve yasaklanan kullanıcıların yeni bir hesapla istedikleri zaman yeniden bağlanabilmeleri nedeniyle bu kontrol zayıflamıştır. Fakat son yıllarda kimlik hırsızlığı olarak adlandırılan pek çok vaka yaşanmış ve bilgi etiği eğitimi vurgulandıkça sosyal normlarla kontrol ortaya çıkmıştır. Üçüncü olarak, yasalarla kontrol doğrudan kontrol ve dolaylı kontrol olarak ikiye ayrılmıştır. Gerçek alanda, yasalarla doğrudan kontrol çok güçlü bir davranış kontrolü aracıdır. Ancak siber uzayda yasal normları pratikte uygulamak kolay değildir. Bu nedenle, diğer düzenleyici faktörleri kontrol eden dolaylı davranışsal kontrol yöntemleri, doğrudan davranışsal kontrolden daha etkili olabilir. Buna ek olarak, sınır aşan siber suçlarla mücadele etmek için usul yasalarının güçlendirilmesi sıklıkla vurgulanmaktadır. Dördüncüsü, kodlama yoluyla kontrol veri ve algoritmalar aracılığıyla sağlanabilir. Siber uzay, davranışsal düzenlemenin en önemli unsuru olan kod ile programlanmıştır. Ancak, kodu oluşturan programcıların özgürlüğüne saygı gösterilmelidir, bu nedenle kodu kontrol etmek dahi dikkatli bir şekilde yapılmalıdır.

² İnternette engellen sitelerinin listesinin çıkarılması

³ İnternet etiği ("net" ve "etiquette" kelimelerinin birleştirilmesiyle oluşturulmuştur)

Bu, siber uzay için klasik kontrol modelidir, ancak Dördüncü Sanayi Devrimi'ne de uygulanabilir. Buna ek olarak, Klaus Schwab'ın Dördüncü Sanayi Devrimi için ilke olarak önerdiklerini de dikkate almakta fayda var. Klaus Schwab, Dördüncü Sanayi Devrimi'nin dört ilkesini özetliyor. Birincisi, teknolojinin değil sosyal sistemlerin çalışmasını sağlamalıyız. İkincisi, teknoloji belirleyici değil güçlendirici olmalıdır. Üçüncüsü, insan merkezli düşünme becerilerini geliştirmemiz gerekiyor. Ve dördüncüsü, değersiz teknoloji değil, değer odaklı teknoloji geliştirmeliyiz. Klaus Schwab ve Lawrence Lessig'in davranışsal düzenleme modelinin bu ilkelerini uygulayarak, Dördüncü Sanayi Devrimi'nde suçu önlemek için ceza politikasının nasıl tepki vermesi gerektiğini inceleyeceğiz.

3.2. Piyasalar Aracılığıyla Ceza Politikası

1990'ların sonlarında, toplumsal sorunların çözümünde devlet öncülüğünde ve dışlayıcı yönetimden, çeşitli paydaşları içeren işbirlikçi bir yönetime geçilmeye başlanmıştır. Siber uzayda, devlet kurumları, seçilmiş yetkililer ve halk arasında politika perspektifinden ilişkiler kurmak için bilgi ve iletişim teknolojilerinden yararlanan e-devlet kavramı da ortaya çıkmıştır. Uluslararası alanda, devletler ve uluslararası örgütler merkezli uluslararası düzenin ötesinde, sivil toplum kuruluşları (STK'lar) ve çok uluslu şirketler gibi çeşitli paydaşları içeren uluslararası yönetim ortaya çıkmıştır. Ceza adaletinde polis suçu önlemek için yerel yönetimi uygulamakta, ıslah ve denetimli serbestlikte ise çeşitli paydaşlar yer almaktadır. Gerçek uzayda devlet mutlak zorlayıcı güce sahiptir, ancak siber uzayda devletin gücü sınırlıdır. Dolayısıyla devletin münhasır ceza politikası siber uzaydaki sınırlılıklarını ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, Dördüncü Sanayi Devrimi çağında yönetimden yönetime geçiş teşvik edilmektedir. Bununla birlikte, siber suçların öğretmeni ve kolaylaştırıcısı olmalarını önlemek için ulusötesi şirketlerin ceza politikasında sıkı bir şekilde kontrol edilmesi gerekmektedir. Microsoft, Meta, Apple, Google ve Amazon gibi ulusötesi şirketlerin siber uzay davranışları üzerindeki etkisi önemlidir. Ulusötesi şirketleri kontrol etmenin yanı sıra, ulusötesi şirketleri kontrol etmek de gereklidir. Çin, güçlü devlet gücü nedeniyle ulusötesi şirketler üzerinde güçlü bir kontrole sahiptir. Amerika Birleşik Devletleri de çoğu Amerikan şirketi olduğu için ulusötesi şirketleri etkileyebilir. Avrupa Birliği de ağır para cezaları da dahil olmak üzere ulusötesi şirketler üzerinde güçlü kontrollere sahiptir. Güney Kore ise yerli şirketlere çok güçlü yaptırımlar uygulamakta ancak ulusötesi şirketlere karşı çok az şey yapmaktadır. Bu durum Güney Kore'de iştirakleri olan ulusötesi şirketler için bile geçerlidir. Güney Kore gibi münferit bir ülkenin ulusötesi şirketlerle mücadele etmesi kolay değildir. Ancak, siber suçlarla mücadele etmek için ulusötesi şirketlerle yönetim kurma ihtiyacı, siber uzay pazarına hakim olan ulusötesi şirketler için bir ikilik yaratmaktadır.

3.3. Hukuk Yoluyla Ceza Politikası

Siber suçlarla mücadele etmek için ceza adaleti iki ana politika türüne ihtiyaç duymaktadır. İlk olarak, kolluk kuvvetlerinin sıradan vatandaşlara karşı zorlayıcı gücünü kesin bir şekilde sınırlamak gerekir. Sıradan vatandaşlar siber uzayda hala kolluk kuvvetlerinden daha zayıf bir konumdadır, bu nedenle kolluk kuvvetlerinin zorlayıcı gücü sınırlanmalıdır. Ancak ikinci olarak, bilgisayar korsanlarına, siber terör gruplarına vb. karşı güçlü bir tepkiye ihtiyaç vardır. Bunların eylemleri sadece suç olmanın ötesine geçmekte ve bir ulusu tehlikeye atabilmektedir. Bu nedenle, Dördüncü Sanayi Devrimi için ceza politikasının (1) siber güvenlik yasaları ve politikaları, (2) ceza adaleti için finansman ve (3) Yapay Zekâ ve siber güvenlik için bir araştırma temeli oluşturmaya odaklandığı görüşü vardır. Dördüncü Sanayi

Devrimi daha da geliştikçe, bilgisayar korsanlığı ve kötü amaçlı yazılım dağıtımı gibi siber güvenlikle ilgili suçlar daha ciddi hale gelecektir. Bu nedenle, öncelikle ceza hukuku sisteminin elden geçirilmesi gerekmektedir. Mevcut ceza hukuku sistemi siber suçları tam olarak dikkate alacak şekilde tasarlanmamıştır. Sosyal çevre analogdan dijitale doğru değişiyor ve vatandaşların yaşam tarzı da değişiyor, ancak ceza hukuku sistemi hala geçmişe takılı kalmış durumda. Bu, sadece birkaç yasal hükmü parça parça değiştirerek çözülebilecek bir sorun değildir. Dördüncü Sanayi Devrimi nedeniyle toplumda meydana gelen değişiklikleri analiz etmeli ve sadece Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nu değil, aynı zamanda ceza adalet sistemiyle ilgili çeşitli kanunları da sistematik olarak iyileştirmeliyiz. Dördüncü Sanayi Devriminin bel kemiği olan Yapay Zekâ ve siber güvenlik için kamu-özel sektör ortaklığında bir araştırma sistemi kurulması da önemlidir. Buna ek olarak, yeni teknolojilerin ceza politikasında nasıl kullanılabileceğinin belirlenmesi gerekmektedir. Her şeyden önce Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iyileştirilmesi gerekmektedir. Güney Kore'nin mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu'nda dijital deliller için çok az hüküm bulunmaktadır. Mevcut arama ve el koyma emirleri, bulut bilişim ortamları için uygun olmayan gerçek mekanda zaman ve yer kavramına dayanmaktadır. Buna ek olarak, arama ve el koyma uygulama usullerinin teknolojik değişikliklere uygun olarak geliştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, arama kararlarının verilmesinde mobil teknolojiden yararlanılarak elektronik arama kararlarının mahkeme tarafından hızlı bir şekilde verilebilmesi mümkün olabilir. Örneğin, halihazırda verilmiş bir arama ve el koyma emrinin uygulanması sürecinde bir sorun yaşanması halinde, sahada mobil bir cihaz kullanılarak durumun hakime izah edilmesi ve yeni bir emir alınması mümkündür. Bazı durumlarda, Kore'de henüz uygulamaya konulmamış olan bilgi verme emirleri ve üçüncü taraf iş birliği yükümlülüklerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Ceza usullerinin Dördüncü Sanayi Devrimi çağına uyarlanması gerekmektedir.

3.4. Kodlama Yoluyla Ceza Politikası

Kodlama yoluyla doğrudan suç önlemeye örnek olarak Almanya'daki çevrimiçi arama (Online Durchsuchung) verilebilir. Online Durchsuchung uygulamaya konulduğunda oldukça tartışmalıydı ve uygulamaya konulduğu günden bu yana da tartışmalı olmaya devam ediyor. Bunun temel nedeni kapsamının çok geniş olmasıdır. Başlangıçta, çevrimiçi aramalar Alman Federal Soruşturma Bürosu Yasası'nda düzenlenmiştir. Ancak, çevrimiçi aramaların yürütülmesine ilişkin prosedürler o kadar karmaşık ve katıydı ki, çevrimiçi aramaların yürütüldüğüne dair örnekler bulmak zordu. Ancak 2017'de çevrimiçi aramalar Ceza Muhakemesi Kanunu'na dahil edildi ve giderek daha fazla kullanım örneği görüyoruz. Bununla birlikte, suçun önlenmesi için çevrimiçi aramaların kullanılması soruşturma kurumları için hala bir yükür, bu nedenle aktif olarak kullanılmaya devam edeceği şüphelidir. Bununla birlikte, siber suçların doğası ve siber uzayda devlet gücünün sınırlamaları göz önüne alındığında, çevrimiçi aramalara duyulan ihtiyaç inkar edilemez. Bununla birlikte, çevrimiçi aramalar sivil özgürlükler ve güvenlik arasındaki dengeyi bozabilir ve Almanya'da yeni ilan edilen bilişim teknolojileri temel haklarını ihlal edebilir.

Suçun önlenmesi için öngörücü bir araç olarak üretken Yapay Zekâyı kullanma çabaları da vardır. Bu, reaktif suç bastırma yerine proaktif suç önlemeye odaklanan "öngörücü polislik" bağlamında anlaşılabilir. Öngörülü polislik, belirli suçlara gerçekleştikten sonra tepki vermek yerine, gerçekleşmeden önce önlemeye yönelik teorik ve teknik bir yaklaşımdır.

Suçun önlenmesi için suçun tahmini önemlidir ve 1960'larda bu yönde coğrafi bilgi sistemleri (GIS) kullanılmıştır. 1990'larda akıllı bilgi teknolojisi dahil edilmiş, coğrafi profillemeye sistemi kullanılmış ve 2000'lerin sonlarından itibaren Yapay Zekâ teknolojilerinden yararlanılmaya başlanmıştır. Yapay Zekâ kullanarak suç tahmininde bulunmanın temsili bir örneği, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki birkaç eyalet tarafından kullanılan bir yeniden suç işleme tahmin aracı olan COMPAS'tır (Alternatif Yaptırımlar için Suçlu Düzeltme Yönetimi Profili). Kore Ulusal Polis Teşkilatı da 2019'dan bu yana Yapay Zekâ teknolojisini kullanan bir suç dağılımını anlama aracı olan Crime Layout Understanding Engine (CLUE) ve 2024'ten bu yana bölgelere göre suç riskini tahmin edebilen bir suç risk analiz sistemi olan Predictive Crime Risk Analysis System (Pre-CAS) kullanmaktadır. Bununla birlikte, Yapay Zekâ teknolojisindeki önyargı ve yanılsamalar gibi üstesinden gelinmesi gereken zorluklar vardır ve kod yoluyla müdahale çok çeşitli gizlilik ihlallerine neden olabilir, bu nedenle izin verilebilirliği konusunda geniş bir tartışma ve vatandaş mutabakatı gereklidir.

4. Sonuç

Dördüncü Sanayi Devrimi'nin dördüncü dalgası kapımızdadır. Üçüncü dalga ile gelen enformasyonlaşma nedeniyle ceza politikası, ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda zaten önemli değişiklikler yaşıyoruz. Ancak dördüncü sanayi devrimi için anahtar kelime "yıkıcı yenilik"tir. Yapay Zekâ, robotik ve nesnelerin interneti gibi yeni teknolojilerin dördüncü dalgası, mevcut ceza adaleti sistemini temelden sarsabilecek bir oyun değiştiricidir. Siber uzayın doğuşuyla birlikte, eskiden insanları, nesneleri ve çevreyi düzenleyen ceza hukuku, siber uzaya müdahale eder hale gelmiştir. Dahası, siber suçlar gerçeklikle birleşmektedir. Ceza politikası, geçmişte hiç deneyimlenmemiş tamamen yeni bir ortama uyum sağlama zorluğuyla karşı karşıyadır. Dördüncü Sanayi Devrimi tsunamisi tarafından sürüklenip gitmekten kaçınmak için ceza politikasının net normatif standartlara ihtiyacı vardır. Geleneksel ceza politikası, Dördüncü Sanayi Devrimi çağında suçu önleme görevini yerine getirememektedir. Bu nedenle, mevcut ceza politikalarının sınırlarını kabul etmeli ve başarılı olmak için yeni yollar aramalıyız.

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Won Sang LEE | Chosun Üniversitesi

Chosun Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesördür. Kore Üniversitesi'nde ceza hukuku (siber suçlar) alanında yüksek lisans, Almanya Würzburg Üniversitesi'nde ise ceza hukuku (siber suçlar) alanında doktora derecesi almıştır. Kore Başbakanlık Ofisi'ne bağlı Kore Ceza Adaleti Politikası Araştırma Enstitüsü'nde yardımcı araştırma görevlisi (uluslararası siber suçlar ekibinin başkanı) olarak görev yapmıştır ve halen Kore Karşılaştırmalı Ceza Adaleti Derneği gibi önemli akademik toplulukların yönetim kurulu üyesi ve Adalet Bakanlığı ve Başsavcılık gibi ulusal ve kamu kurumlarının danışma kurulu üyesi olarak görev yapmaktadır. Başlıca araştırma alanları ceza hukuku ve siber suçlardır. 2016 yılında Bilim, Bilişim ve Gelecek Planlama Bakanlığı Ödülü'ne layık görülmüştür. Temel kitapları arasında “Siber Suç Teorisi”, önemli makaleleri arasında ise “Yapay Zekâ Kullanılarak Gerçekleştirilen Bilgisayar Korsanlığı Suçlarının Değerlendirilmesi” yer almaktadır.

Prof. Dr. Lee Won Sang | Chosun University

He is a professor at the Faculty of Law at Chosun University. He received his master's degree in criminal law (cybercrime) from Korea University and his doctorate in criminal law (cybercrime) from the University of Würzburg, Germany. He served as an associate research fellow (head of the international cybercrime team) at the Korea Criminal Justice Policy Research Institute, affiliated with the Korean Prime Minister's Office, and currently serves on the boards of prominent academic societies such as the Korean Comparative Criminal Justice Association and as an advisory board member of national and public institutions such as the Ministry of Justice and the Prosecutor General's Office. His primary research interests are criminal law and cybercrime. In 2016, he was awarded the Ministry of Science, Informatics and Future Planning Award. His key books include “Cybercrime Theory,” and his key articles include “Assessment of Hacking Crimes Using Artificial Intelligence.”

RİSK TOPLUMLARINDA SUÇUN ÖNLENMESİ VE YAPAY ZEKÂ: TÜRKİYE PERSPEKTİFİ¹

Dr. Öğr. Üyesi Buket ABANOZ ÖZTÜRK
İstanbul Ticaret Üniversitesi

Özet

Bu çalışmada, risk toplumlarında suçun önlenmesinde kullanılan yapay zekâ temelli teknolojiler ele alınmaktadır. Risk toplumları, modern endüstriyel toplumların belirli özelliklerinin sonucu olarak, geleceğe dair belirsizliklerin ve tehlikelerin giderek daha fazla hissedildiği toplumlardır ve bu tehlikelerle başa çıkmak için teknoloji yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Suçun önlenmesinde kullanılan yapay zekâ temelli teknolojiler, akıllı gözetim sistemlerinden veri analizi ve öngörücü polislik uygulamalarına kadar çok geniş bir yelpazede uygulama alanına sahiptir. Türkiye’de Kent Güvenlik ve Yönetim Sistemi (KGYS) kapsamında plaka tanıma sistemi ile entegre bir şekilde kullanılan yüz tanıma özelliğine sahip kamera sistemi, başta İstanbul olmak üzere pek çok şehirde kamusal alanlarda kullanılmaktadır. Yüz ve iris taraması da yapabilen vücut kameraları ile dar alanda biyometrik veriler toplanarak merkezi sunuculara aktarılmaktadır. Bunun yanı sıra, polis özellikle büyük etkinliklerde ve toplumsal olaylarda, kalabalığın kontrolü ve suçun önlenmesi amacıyla dronlar, insansız hava araçları ve veri analiz sistemlerini de kullanmaktadır. Bu sistemler, suçları daha etkin bir şekilde önlemeye yönelik olarak veri analizi, büyük veri, gözetim teknolojileri ve çeşitli makine öğrenmesi algoritmalarıyla desteklenmektedir. Tüm bu deneyimler bizi şuraya getirir: Yüz tanıma sistemleri, akıllı kamera sistemleri, akıllı yollar ve otomatik plaka tanıma sistemleri, insansız hava araçları, dronlar, sosyal medya ve internet gibi farklı araçlardan gelen veri akışları düşünüldüğünde, polis çok büyük miktarda veriyle uğraşmak zorundadır. Yapay zekânın, insanlardan çok daha kısa sürede bu verileri sınıflandırabilmesi ve veriler arasında insanların ilk bakışta kuramayacağı bağlantılar kurabilmesi yapay zekâyı suçla mücadelede etkili bir yöntem haline getirmiştir. Fakat diğer taraftan, hatalı eşleştirme yapan yüz tanıma sistemleri, yapay zekâ önyargısı ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması bağlamında ciddi endişeleri de beraberinde getirmektedir. Risk toplumlarında henüz gerçekleşmeden suçların önlenmesi amacı, belirli bir suçla bağlantılı olmasa da ileriye dönük hayali bir suçu önlemek için önleyici gözaltı, önleyici el koyma veya önleyici iletişimin denetlenmesi gibi çeşitli önlemlerin alınmasına kadar uzanmıştır. Bu çalışmada, *I. Türkiye’de suçun önlenmesinde kullanılan yapay zekâ tabanlı teknolojilerin neler olduğu ve nerelerde kullanıldığı, II. Bu sistemlerin kullanımının ortaya çıkardığı sorunlar ve üstesinden gelmemiz gereken hukuki zorluklar ele alınacaktır.*

Anahtar Kelimeler

Yapay Zekâ, Suçun Önlenmesi, Büyük Veri, Kent Güvenlik ve Yönetim Sistemi, Yüz Tanıma Sistemi, Veri Analizi, Öngörücü Polislik, Türkiye

¹ Bu çalışma, VI. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri’nde sunulan “AI and Prevention of Crime: Türkiye’s Perspective” başlıklı tebliğin yeniden gözden geçirilmiş tam metnidir. Bu çalışma, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayın Araştırma Proje Koordinasyon Kurulu tarafından desteklenmiştir.

AI AND CRIME PREVENTION IN RISK SOCIETIES: TÜRKİYE PERSPECTIVE

Asst. Prof. Dr. Buket ABANOZ ÖZTÜRK
İstanbul Ticaret University

Abstract

This study examines artificial intelligence-based technologies used for crime prevention in risk societies. Risk societies are those in which uncertainties and dangers about the future are increasingly felt as a result of certain characteristics of modern industrial societies and technology is used intensively to cope with these dangers. Artificial intelligence-based technologies used in crime prevention have a wide range of applications, from smart surveillance systems to data analysis and predictive policing applications. In Türkiye, the camera system with facial recognition feature, which is integrated with the license plate recognition system within the scope of the Urban Security and Management System, is used in public areas in many cities, especially in Istanbul. Biometric data is collected in a narrow area with body cameras that can also scan faces and irises and transferred to central servers. In addition, the police use drones, unmanned aerial vehicles and data analysis systems, especially in large events and social incidents, for crowd control and crime prevention. These systems are supported by data analysis, big data, surveillance technologies and various machine learning algorithms to prevent crimes more effectively. All these experiences lead to the following observation: Considering the data flows coming from different tools such as facial recognition systems, smart roads and automatic license plate recognition systems, unmanned aerial vehicles, drones, social media and the internet, the police have to deal with a huge amount of data. The fact that artificial intelligence can classify this data much faster than humans and establish connections between the data that humans cannot establish at first glance has made artificial intelligence an effective method in the fight against crime. However, facial recognition systems that make incorrect matches also bring about serious concerns in the context of artificial intelligence bias and the protection of individuals' fundamental rights and freedoms. The aim of preventing crimes before they occur in risk societies has extended to taking various measures such as preventive detention, preventive seizure or preventive communication monitoring in order to prevent a fictitious crime in the future, even if it is not related to a specific crime. In this study, *I.* What are the artificial intelligence-based technologies used in crime prevention in Türkiye and where they are used, *II.* The problems that arise from the use of these systems and the legal difficulties we need to overcome will be discussed.

Keywords

Artificial Intelligence, Crime Prevention, Big Data, Urban Security and Management System, Facial Recognition System, Data Analysis, Predictive Policing, Türkiye

1. Giriş

Risk toplumu (Risikogesellschaft), belirsizliklerin ve tehlikelerin giderek daha fazla hissedildiği bir toplumsal yapıyı ifade eder. 1986 yılında Alman sosyolog *Ulrich Beck* tarafından temelleri atılan bu kavram, modernleşme ile birlikte ele alınmalıdır². *Beck*'e göre, modernleşme ile toplumlar daha önce karşılaşmadıkları problemlerle başa çıkmak zorunda kalmıştır. *Beck*, modernleşme döneminin ilk aşaması olarak gördüğü sanayi devriminde alınan kararları ve gelişmeleri risk toplumunun hazırlık süreci olarak görmektedir³. Risk toplumunu harekete geçiren devinim *korkudur* ve *endişe ortaklığı* hukuka şekil vermektedir⁴. Bu anlayışa göre, ceza hukuku modern toplumlarda ortaya çıkan yeni risklerle ülkesel sınırlar içerisinde kalarak mücadele edemez. Bu nedenle ceza hukuku ulusal çerçevede ele alınmamalı ve küresel suçlulukla mücadele alanı olarak görülmelidir⁵. İklim değişikliği, küresel çevre felaketleri, kimyasal silahlar, sınır aşan suçluluk ve terörizm gibi önemli güvenlik risklerine karşı yeni düzenlemeler yapılmalıdır⁶. Modern toplumlarda ortaya çıkan yeni sorunlarla baş edebilmek, buna uygun bir ceza hukuku anlayışından geçmektedir.

Risk toplumlarında geleneksel ceza hukuku anlayışı yerini, *risk odaklı ceza hukuku* anlayışına bırakır. Bu yaklaşım, riskin önlenmesine yönelik yeni suç tiplerinin ihdas edilmesi, hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, hukuki konunun bir zarar şeklinde ihlal edilmediği veya somut olarak tehlikeye düşürülmediği soyut tehlike suçlarının genişletilmesi gibi ceza hukukunun yapısında önemli değişikliklere neden olmuştur⁷. Bu yeni modelde ceza hukuku,

² Ulrich Beck'in "*Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986" adlı bu eseri, 1992 yılında İngilizce'ye, 2011 yılında ise Türkçe'ye çevrilmiştir. Bkz. Ulrich Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, trans. Mark Rittner (London: Sage, 1992), 45.; *Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru*, Çev. Bülent Doğan ve Kâzım Özdoğan, İstanbul, İthaki, 2011.

³ Beck, *Risk Society, Towards a New Modernity*, s. 1, 21. Ayrıca bkz. Beck, *The Reinvention of Politics, Rethinking Modernity in the Global Social Order*, Cambridge, Polity Press, 1997, s. 42.

⁴ Beck, *Risk Society: Towards a New Modernity*, s. 49; Beck, *Risk Toplumu, Başka Bir Modernliğe Doğru*, s. 71.

⁵ Elvan Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", in Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627-638, s. 630; Ulrich Sieber, "Ceza Hukukunun Sınırları", Çev. Feridun Yenisey, in *Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta, 2007, s. 173-228, s. 178.

⁶ *Beck*'in kitabının yayınlandığı 1986 yılında, Çernobil nükleer felaketi yaşanmıştır ve *Beck* bunu kitabının ikinci baskısının önsözünde "*Risk toplumu [...] hakkındaki konuşmalar ağızda acı bir tat bıraktı. Yazıda tartışılan şeylerin çoğu -tehlikelerin algılanamazlığı, bilgiye bağımlılıkları, uluslar üstü olmaları [...]- Çernobil felaketinden sonra günümüzün düz bir tanımı gibi okunuyor. Ah, keşke bu engellenmesi gereken geleceğe dair bir çağrı olarak kalsaydı!*" sözleriyle ifade etmiştir.

⁷ Frankfurt Okulu'na dahil olan *Hassemer*, *Naucke* ve *Albrecht* gibi yazarlar, böyle bir yeni ceza hukuku anlayışı olmaksızın yapılan müdahalenin *hukuk devleti ilkesini* kurban etmek anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bu nedenle *Hassamer*, ceza hukukunun öze indirgenecek şekilde daraltılarak çevre, ekonomi, internet, uyuşturucu kullanımı, organize suçluluk gibi modern toplumun problemlerinin önlemler hukukuyla çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Ekonomi, çevre veya uyuşturucu maddelere ilişkin suç tiplerinin korundukları bireysel olmayan nitelikteki hukuki değerleri ceza hukuku tarafından korunmadığı takdirde, bunların dolaylı olarak bireylerin yaşamı ve sağlığı gibi değerlere zarar verebileceği kabul edilerek ceza hukukunun koruma alanı hazırlık hareketlerine doğru çekilmektedir. (Bkz. Yener Ünver, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003, s. 721, 722). Buna karşın, her sosyal problemin ceza hukuku aracılığıyla çözümlenmesinin *ultima ratio* ilkesine uygun olmadığı, ceza hukuku alanının çok fazla genişletilmesine karşı çıkan yazarlar da bulunmaktadır (Claus Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Auflage, Münih, 1992, s. 21.) Ayrıca risklerle mücadelede yeni suç tipleri ihdas edilmesi herhangi bir önleyici işlev görmesi beklenmese de suç tiplerini düzenlemekte ve bu şekilde getirilen cezai düzenlemeler *sembolik* bir anlam ifade etmektedir. (R. Barış Erman, "Ceza Hukukunun Dönüşümü", in *Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Dergisi Özel Sayısı*, C. IX, S. 2, 2012, s. 447-480, s. 458.)

suç işlendikten sonra cezalandırmak yerine, suçun işlenmesini önleme *aracı* haline getirilmektedir⁸. Önleyici bu yaklaşımda, suç işleme potansiyeli olan, suç işlemeye yönelik hazırlık hareketlerini gerçekleştiren veya suç işleyeceği yönünde ihbar ya da istihbarı bilgi gelen kişilerin “ön alan soruşturması”⁹ adı altında tespit edilebilmesi hedeflenir¹⁰. Böylece suç davranışı dış dünyaya yansıtılmadan, kişilere müdahale etmek ve gelecekte yol açacakları düşünülen tehlikeleri bugünden önleyebilmek amaçlanmıştır. Bu amaç risk toplumlarında giderek yaygınlaşmış ve ceza hukukunun kefaret amacından uzaklaşarak, *suçun işlenmesini önlemek* ceza hukukunun en temel ve *kutsal amacı* haline gelmiştir¹¹.

Özellikle 11 Eylül saldırıları sonrasında artan güvenlik kaygıları, ABD başta olmak üzere birçok ülkenin güvenlik politikalarını yeniden şekillendirmesine ve YZ tabanlı sistemlerin kullanımının artırmasına neden olmuştur¹². Risk toplumlarında özellikle terör ve siber suçlar gibi ciddi tehditlerle mücadelede risk faktörü olarak görülen kişilere¹³ önleyici güvenlik tedbirlerinin uygulanması ön plana çıkmaktadır¹⁴. Suçun henüz işlenmeden önlenmesi amacı, önleyici polislik ve proaktif güvenlik stratejilerini geliştirmiştir¹⁵. Yapay zekâ (YZ) destekli teknolojiler, suçun öngörülmesi ve potansiyel suçluların belirlenmesi konusunda merkezi bir rol üstlenmiştir. Kameralar, yüz tanıma sistemleri, plaka tanıma

⁸ Erman, *op. cit.*, s. 447-480; Keçelioğlu, *op. cit.*, s. 633; Sieber, *op. cit.*, s. 194.

⁹ Ön alan, soruşturmaya başlamak için gereken suç şüphesinin mevcudiyeti öncesindeki alan olarak tanımlanabilir. Burada önemli bir husus, kolluğa bu alanda sağlanan yetkinin “önleme” niteliğine sahip olmasıdır. Bu bağlamda hazırlık soruşturmasından da farklılık göstermektedir. CMK m. 160 “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar.” diyerek ceza muhakemesinin ne zaman başlayacağını göstermektedir. Dolayısıyla hazırlık soruşturmasının aksine ön alan soruşturmalarında geçmişte işlenmiş bir suç değil; gelecekte işlenebilecek bir suç söz konusudur. Kolluk gelecekteki tehlikeleri önleyebilmek amacıyla veri elde etme, saklama, aktarma ve karşılaştırma yapmaktadır. Kolluk bu görevini özellikle bilgi ve kişisel veri toplamak ve bunları bilgisayarda muhafaza etmek suretiyle yerine getirir. Kolluğun suçun oluşumunu engelleme yetkisine örnek olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ek m. 7 gösterilebilir. Bkz. Feridun Yenisey, *Kolluk Hukuku*, İstanbul, Beta, 2015, s. 129; Veli Özer Özbeke, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, s. 57-89, s. 58, 68.

¹⁰ Zafer İçer ve Elif Dönmez, “Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 15, N. 43, 2020, s. 321-461, s. 447.

¹¹ Erman, *op. cit.*, s. 470; Keçelioğlu, *op. cit.*, s. 633.

¹² Herman Kruegle, *CCTV Surveillance: Analog and Dijital Video Practices and Technology*, Amsterdam, Boston, Elsevier Butterworth-Heinemann, 2007, s. 1; Mehmet Cemil Ozansü, “Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbirlere Geçiş”, in Ozan Değer (Ed.), *Düşmanı Yargılamak*, İstanbul, Zoe Kitap, 2020, s. 106.

¹³ Bu bağlamda ceza hukukunun “düşman ceza hukuku” ve “yurttaş ceza hukuku” şeklinde ikili bir ayrıma gitmesi gerektiğini ifade eden radikal teklifler de ileri sürülmüştür (bkz. *düşman ceza hukuku* (“Das Freindstrafrecht”) kavramı için Günter Jakobs, “Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW*, V. 117, I. 4, 2005, s. 839-851). Bununla birlikte, ceza hukukunda bu tür bir değişikliğe gidilmesinin sakıncalı olacağını ileri sürenlerin olduğu da kaydedilmelidir. Örneğin, bazı yeni suçlara görece hafif nitelikte yaptırımlar uygulanabileceğini ve bunun *sınıf ceza hukukunu* meydana getirme tehlikesi olduğunu ifade ederek Frankfurt Okulu’nun söz konusu önerileri eleştirilmektedir (bkz. Ünver, *op. cit.*, s. 722). Ayrıca insanlık tarihinin, sadece önlemlere ve zararın giderilmesine dayalı bir ceza hukuku anlayışının başarılı olamadığını gösterdiğine de işaret etmektedir. Benzer şekilde *Roxin* de ceza hukuku alanının çok genişletilmesinin ve her sosyal problemin ceza hukukuyla çözülmeye çalışılmasının uygun olmadığını söylemektedir (Roxin, *op. cit.*, s. 22).

¹⁴ Örneğin, İngiltere’de Terörle Mücadele, Suç ve Güvenlik Kanunu kapsamında terör örgütü üyesi olduğundan şüphelenilen kişilere karşı önleyici el koyma ve önleyici tutuklama tedbirleri uygulanabilmektedir. Çeşitli ceza hukuklarından önleyici güvenlik tedbirlerine ilişkin örnekler için bkz. Erman, *op. cit.*, s. 470.

¹⁵ Johanna Sprenger, Dominik Brodowski, “‘Predictive Policing’, ‘Predictive Justice’ and the use of ‘Artificial Intelligence’ in the administration of criminal justice in Germany”, *eRIDP*, s. 5-50, <https://www.penal.org/sites/default/files/files/A-02-23.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

sistemleri, insansız hava araçları ve dronlar suçun önlenmesinde kullanılan temel araçlar haline gelmiştir. Bu araçlarla toplanan büyük veri setleri, YZ ve makine öğrenmesi algoritmaları ile analiz edilerek suçların coğrafi veya zamansal olarak nerede ve ne zaman meydana gelebileceğine dair tahminler yapılır. Bu bağlamda suçla mücadelede, güvenliğin sağlanması ve suçun henüz gerçekleşmeden önlenmesi gibi makro konuların yanı sıra, topluma uyum ve toplum içerisinde nasıl davranıldığı gibi bireyler nezdinde mikro analizlere de odaklanılmıştır¹⁶. Bu yaklaşımda, failin fiilinin bir hukuki değeri ihlal edip etmeyeceğinden ziyade, failin kamu düzenini ne ölçüde ihlale hazırlıklı olduğu tespit edilmeye çalışılmaktadır¹⁷. Çok daha büyük bu veriler üzerinden insanın ilk bakışta kuramayacağı bağlantılar, yapay zekâ ile çok kısa bir sürede kurulabilmektedir.

Bununla beraber, akıllı gözetim sistemlerinden veri analizi ve öngörücü polislik uygulamalarına kadar geniş çaplı yapay zekâ kullanımı, bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde önemli tartışmaları beraberinde getirir. Gözetim teknolojileri aracılığıyla toplanan verilerin geniş ölçekli kullanımı, bireylerin kişisel verilerinin korunması ve özel hayatlarının gizliliğine müdahale olasılığını artırır¹⁸. Suçun önlenmesi amacının kutsallaştırıldığı risk toplumlarında bu amaç, kitlesel bir gözetime yol açarak bireyleri obje konumuna düşürebilir. İnsanın araçsallaştırıldığı ve suçun işlenmesini önlemek amacıyla geniş çaplı bir gözetim ağının oluşturulması insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir.

YZ'nin suç önleme süreçlerindeki etkisi yalnızca mahremiyet sorunları ve kitlesel gözetim riskiyle sınırlı değildir. Bu teknolojiler, benzerlik havuzları üzerinden çıkarımlar yaparak kişinin kusurlu fiilinden ziyade kişisel özelliklerine ve makbul görülmeyen hayat tarzına dayanır. Fail ceza hukukuna yaklaşan bu anlayış, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini zedeler. Üzerinde durulması gereken üçüncü sorun ise yapay zekânın verdiği çıktının doğruluğu, yanlış pozitif ve negatif sonuçların ortaya çıkarabileceği adaletsiz kararlardır. Hatalı veya ön yargılı bir çıktı masum kişilerin haksız yere suçlanmasına ve lekelenmeme hakkının ihlal edilmesine yol açabilir.

Türkiye’de suçla mücadelede YZ temelli sistemlerinin kullanımı yeterince tartışılmamış bir konudur. Kamuoyuyla bu teknolojilerin işleyişi ve uygulama alanları hakkında yeterli bilgi paylaşılmamaktadır. Bunun yanında, veri toplanmasına ve kullanılmasına ilişkin hukuki altyapısındaki eksiklikler, bu sistemlerin şeffaf ve denetlenebilir bir şekilde kullanılmasını zorlaştırmaktadır. Bu çalışmada, Türkiye’de suçun önlenmesi amacıyla kullanılan YZ tabanlı teknolojilerin neler olduğu ve nerelerde kullanıldığı, bu sistemlerin kullanımı için gerekli hukuki koşullar, bu teknolojilerin doğurduğu sorunlar ve bu sorunların üstesinden gelmek için neler yapılabileceği ele alınacaktır.

¹⁶ Ali Rıza Töngür *et al.*, *Önleyici Polislik Tedbirleri*, Polis Akademisi Yayınları: 176, Rapor No: 79, 2022, s. 40.

¹⁷ Erman, *op. cit.*, s. 451.

¹⁸ 2024 yılında Paris’te yapılacak olan Olimpiyat ve Paralimpik Oyunları’nda Fransız Parlamentosu tarafından yapay zekâ kullanabilen kameraların kullanılmasına karar verilmesi kamuoyunda büyük yankı uyandırmıştır. İmzacıların arasında Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi oluşumların da bulunduğu otuz sekiz sivil toplum örgütüne oluşturulan açık mektupta, bahis konusu kamera kullanımının insan haklarına ve Avrupa Parlamentosu tarafından Haziran 2024’te kabul edilen Yapay Zekâ Tüzüğü’ne açıkça aykırı olduğu belirtilmektedir. Bkz. European Center for Not-for-Profit Law, “Civil Society Open Letter On The Proposed French Law On The 2024 Olympic And Paralympic Games” <<https://ecnl.org/news/civil-society-open-letter-proposed-french-law-2024-olympic-and-paralympic-games>>, (Erişim Tarihi: 10.09.2024).

2. Türkiye’de Yapay Zekâ Destekli Suç Önleme

Türkiye’de güvenlik ve suçun önlenmesi amacıyla akıllı video gözetim sistemleri yaygın olarak kullanılmaktadır¹⁹. Bu sistemler, suçları daha etkin bir şekilde önlemeye yönelik olarak veri analizi, büyük veri, gözetim teknolojileri ve çeşitli makine öğrenmesi algoritmalarıyla desteklenmektedir. Aşağıda i) akıllı video gözetim sistemleri ile ii) suç haritalama ve veri analizi ele alınarak Türkiye’de suçun önlenmesi amacıyla hangi yapay zekâ teknolojisinin nerelerde kullanıldığını ortaya koyulacaktır.

2.1. Akıllı Video Gözetim Sistemleri

Akıllı video gözetim sistemleri, suçun tespit edilmesi ve önlenmesinde önemli bir teknolojik araç olarak öne çıkmaktadır. Başlangıçta Amerika’da havaalanları, metrolar, tren istasyonları gibi ulaşım merkezlerinde *kapalı devre televizyon*²⁰ sistemlerinin kullanımı ile başlayan video gözetimi, kısa sürede İngiltere, Almanya, Fransa, İtalya gibi Avrupa ülkelerine ve Çin, Hindistan gibi nüfusu yoğun ülkelere de yayılmıştır. Günümüzde Birleşik Krallık ve Çin, nüfuslarına oranla sahip oldukları kamera sayısının fazlalığı nedeniyle *surveillance society* (gözetim toplumu) olarak anılmaktadır²¹. Meydanlar, alışveriş merkezleri, toplu taşıma araçları gibi kamusal alanlarda başlayan güvenlik kamerası kullanımını, ziyaret edilen siteler ve e-mail taramaları ile dijital alanların da gözetlenmesi takip etmiştir²². 2010’lu yılların başından itibaren de yüz tanıma sistemleri kişilerin göz ve iris taraması yapılarak kimliği belirlenebilmektedir.

Türkiye’de bu sistemler, başlangıçta Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE) adı ile ilk kez 2001 yılında Diyarbakır’da kullanılmıştır²³. Başlangıçta Diyarbakır İl Emniyet Müdürlüğü’nde başlatılan sistemin ilk başta araç takip ve suç analizi uygulamasında kullanıldığı bilinmektedir. Diyarbakır’da *altmış beş* ekip üzerinde denenilen ve suç oranlarını

¹⁹ Suçun önlenmesi, suç henüz meydana gelmeden durdurmak için müdahale etmek anlamına gelir. Bu bakımdan suç önleme, müdahale olmasaydı, suç olayı meydana gelecekti diyebildiğimiz bir müdahaledir. (Eric Pelser, *Crime Prevention Partnerships: Lessons from Practice*, 2002, s. 1-2) Bununla birlikte suç işlendikten sonra şüphelilerin tespitine de imkân veren bu teknoloji, potansiyel suçlular açısından korkutucu ve caydırıcı bir etki doğurmaktadır. Bu bağlamda sistemin genel caydırıcılığa (genel önleme) hizmet ettiği de söylenebilir. Ancak modern anlamda suç önleme, bunun çok daha ötesinde, suç henüz meydana gelmeden risk faktörleri nazara alınarak, çeşitli müdahale ve uygulamalarla gelecekte olası suç davranışlarını önlemeyi hedeflediği söylenebilir. Buket Abanoz, *Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu*, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 39.

²⁰ Closed Circuit Television veya CCTV olarak bilinen kapalı devre kamera sisteminin ilk kez Almanya’da, Nazi ordusu için geliştirilen V2 roketlerinin gelişim sürecini kontrol etmek ve olası teknik sorunları saptamak amacıyla kullanıldığı ifade edilmektedir. Suçla mücadelede ise ilk kez özel sektörde İngiltere’de bir perakendede ve Amerika’da bir bankada kullanılmıştır (Emre Yıldırım, *CCTV: Dünü, Bugünü, Yarını*, Ankara, Arkadaş Basım, 2013, s. 11). Kapalı devre denilmesinin nedeni, televizyon yayınından farklı olarak sinyallerin herkese açık bir biçimde taşınmamasıdır. Bkz. Abanoz, *op. cit.*, s. 25.

²¹ Araştırmalara göre, Londra’da bir kişi günde ortalama 300 kez kapalı devre televizyon kameraları tarafından kaydedilmektedir. Çin’in Tajuan şehrinde ise her bin kişiye 120 kamera düşmektedir. Bkz. Sertaç Aktan, “Dünyada en fazla güvenlik kamerasına sahip şehirler: İstanbul ilk 50’de”, *Euronews*, 2020, <https://tr.euronews.com/2020/07/25/dunyada-en-fazla-guvenlik-kameras-na-sahip-sehirler-istanbul-ilk-50-de>, (Erişim Tarihi: 24.06.2024).

²² Fiziki cihazların ve insan müdahalesinin yetersiz kalabildiği siber suçlarla mücadelede kullanılan yapay zekâ örnekleri için bkz. Erhan Can, “Yapay Zekâ Sistemlerinin Siber Suçlarla Mücadeledeki Rolü: Uluslararası Hukuk İncelemesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVII, 2023, 3, s. 345-382.

²³ Erin Çoban, “Ülkemizin Modern Bilgi ve Güvenlik Konsepti MOBESE”, *Çağın Polisi Dergisi*, Yıl:4, Sayı: 47, Kasım 2005, s. 36-38.

yüzde elli (%50) oranında azalttığı iddia edilen sistemin başarısı, şehirdeki tüm emniyet ekipleri ve araçlarının bulunduğu noktaların sayısal harita üzerinde gösterilmesiyle suçluları takip eden ekiplerin haritadan izlenilmesi ve suçluların kaçması olası tüm yolların hemen kapatılmasına dayanmaktadır²⁴. Başlangıçta Emniyet Genel Müdürlüğü araçları için tasarlanan ve iletişim altyapısı olarak GPRS teknolojisini kullanan bu sistem, yazılım ve mobil donanım birimlerinden oluşmakta ve coğrafi bilgi sistemleri ile bilgi yönetim sistemlerinin entegrasyonu ile çalışmaktadır. Öncelikle büyük şehirlerin ana caddeleri ve meydanlarında kullanılmaya başlanan sistem, zamanla diğer şehirlere ve şehirlerin giriş-çıkışları ile kritik noktalarına da kurulmuştur.

2005 yılından bu yana da İstanbul'da kameralar ile meydanlar, caddeler, parklar, metrolar ve toplu taşıma araçları gibi kamusal alanlar yedi gün yirmi dört saat izlenmektedir. İlerleyen süreçte MOBESE, Kent Güvenlik ve Yönetim Sistemi (KGYS) adını aldı ve Plaka Tanıma Sistemleri (PTS) ile entegre edilmiştir. Böylece kamera üzerinden alınan araç fotoğrafları ve plaka karakterleri tanımlaması, istenildiğinde plakası okunan araçların plaka bilgileri ve fotoğrafları ile beraber sorgulanması ve alarm üretilmesi sağlanabilmektedir²⁵. Başlangıçta araç takip uygulaması olarak geliştirilen bu sistem, İstanbul Emniyet Müdürlüğü bünyesinde kullanılmaya başladıktan sonra komuta kontrol merkezi, araç takip sistemi, mobil araç sorgulama sistemi, bölge görüntüleme sistemi ve emniyet müdürlüğü bilgisayar ağı gibi çeşitli alt birimlerle entegre çalışacak şekilde geliştirilmiştir. Dolayısıyla, sistem sadece şehrin kameralarla izlenmesini değil; muhtarlıklardaki otomasyon sistemlerinden, gezici güvenlik ekiplerinin olay yerinde yaptıkları inceleme ve raporların kaydedilmesine kadar geniş bir takip sürecini kapsamaktadır²⁶. Ayrıca Hudut Kontrol Sistemi (HKS) ile ülkemize giriş ya da ülkemizden çıkış yapmak isteyen kişilerin beyan ettikleri belgelerinin ve biyometrik verilerinin kullanılması suretiyle kimliklendirilmesi, Polis Bilgi Sistemi (PolNet) üzerinden gerekli güvenlik kontrollerinin yapılması ve gerçekleştirilen tüm işlemlerin kayıt altına alınmasını sağlayan veri tabanı yönetim sistemi bulunmaktadır.

Türkiye'de yüz tanıma sistemlerinin kullanımı, kamu güvenliğinin sağlanmasında yaygın olarak kullanılmaktadır. Özellikle havaalanları, sınır kapıları ve büyük şehirlerdeki kritik altyapı tesislerinde bu tür sistemler devreye girmiştir. Yapay zekâ tabanlı bu biyometrik sistemler, insanların yüz hatlarını, irislerini veya parmak izlerini analiz ederek kimlik doğrulama süreçlerinde kullanılır.

2019 yılından bu yana da İstanbul'da bir pilot proje kapsamında trafik polisleri vücut kameralarını kullanmaktadır. Sadece EGM tarafından da değil, aynı zamanda Jandarma Genel Komutanlığına (JGK) bağlı karakol ve trafik birimlerinde, Sahil Güvenlik Komutanlıklarında (SaGK), Belediyelerin Zabıta birimlerinde, Adliye Bakanlığına bağlı Ceza infaz kurumlarında bulunan gardiyanlarda, Kamu ve Özel Güvenlik Birimlerinde de vücut kameraları

²⁴ Ali Temel, *Suçun Önlenmesinde MOBESE Uygulaması*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s. 95.

²⁵ Emniyet Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Daire Başkanlığı, Projeler, KGYS, PTS, <https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojilerivehaberlesme>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

²⁶ Sevgi Kesim, *Gözetim Toplumu ve Toplumsal Meşruiyet*, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007, s. 67.

kullanılmaktadır²⁷. Yüz ve iris taraması yapabilen vücut kameraları ile dar alanda biyometrik veriler de toplanarak merkezi sunuculara aktarılmaktadır. Vücut kameraları özellikle sınırları belirli dar alanlarda kullanılır ve genellikle görüntü ile birlikte ses verileri de merkezi sunuculara aktarılabilir. Bu kameraların açılıp kapanması veya durdurulması genellikle kamerayı kullanan yetkilinin takdirine bağlıdır²⁸. Vücut kameraları ile genellikle acil bir durumda kayıt alınır ve bu esnada kırmızı bir kayıt ışığı yanar²⁹. Bakanlığın yaptığı açıklamada, yüz tanımlama sistemine entegre çalışacak vücut kameralarından gelen görüntülerin komuta merkezinden anbean izlenebileceği ifade edilmiştir.

Türkiye’de 2024 yılı itibariyle sadece İstanbul’da 10 bin MOBESE kamerası, 20 bin vücut kamerası Emniyet Genel Müdürlüğü (EGM) tarafından kullanılmaktadır. Polis, özellikle büyük etkinliklerde ve toplumsal olaylarda, kalabalık kontrolü ve gözetim amacıyla dronlar ve İHA’ları da kullanılmaktadır. Bugünkü örneklerde Türkiye’de şu anda emniyet genel müdürlüğünün veri tabanında 1,5 milyondan fazla fotoğraf bulunduğu tahmin edilmektedir³⁰ ve polis bir şüphelinin görüntüsünü veri tabanına kayıtlı suçluların fotoğrafıyla karşılaştırabilir.

2.2. Suç Haritalama ve Veri Analiz Sistemleri

Yapay zekânın suçun önlenmesindeki bir diğer kullanım alanı suç haritalama, veri analizi veya veri değerlendirmesi yolu ile suçların öngörülmesidir. Suç haritalama sistemleri, suçların mekânsal dağılımını ve yoğunlaştığı bölgeleri tespit ederek önleyici güvenlik tedbirlerinin alınmasına yardımcı olur. Henüz suç teşkil eden davranış dış dünyaya yansıtılmadan, kişilere müdahale edebilmek ve gelecekte yol açacakları düşünülen tehlike ve zararları bugünden önleyebilmek amacıyla yapay zekâ kullanılmaktadır³¹. "Prediktif veya öngörücü polislik" adı verilen bu yöntem, büyük verinin analiz edilmesi yoluyla gelecekteki suç olasılıklarını tahmin etmeyi amaçlar³². Öngörücü polislik, suç işleme potansiyeli taşıyan

²⁷ "Emniyette yeni dönem! Polisler yaka kamerası takılacak", <https://www.ensonhaber.com/gundem/emniyette-yeni-donem-polislere-yaka-kamerasi-takilacak>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

²⁸ Nelson Bunn and Bryan Cunningham, "Which Data Should Police Body Cams Collect?", *The Atlantic* (14 October 2015) <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/which-data-should-police-body-cams-collect/433197/>; Ezgi Turgut Bilgiç, "Halka Açık Alanlarda Video Gözetim Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması: Fransa Örneği, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (2), 2023, s. 414-457, s. 424.

²⁹ Clemens Grünwald, "Vorsicht-die Polizei filmt mit", *Datenschutz*, <https://www.datenschutz-notizen.de/vorsicht-die-polizei-filmt-mit-0910385/>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

³⁰ Türkiye’de Emniyet Genel Müdürlüğü’nün (EGM) suçlu veri tabanında kaç kişinin görüntüsünün bulunduğu konusunda kesin bir rakam vermek zordur, çünkü bu tür bilgiler genellikle kamuya açık değildir ve gizli tutulur. Fakat kabaca bir hesaplama ile 2005-2024 yılları arasında EGM veri tabanında kaç suçlunun görüntüsünün yer aldığı tahmin edilebilir. Yıllık ortalama yeni tutuklu sayısının 100.000 olduğu ülkemizde, bu sayının yaklaşık %20’si yani her beş suçludan biri yeniden tutuklanmaktadır. Bu nedenle; zaman aralığı 19 yıl olarak alınır, toplam yeni tutuklu sayısından (100.000 x 19) tekrarlanan tutuklu sayısı (1.900.000 x 20/100) çıkarılarak net suçlu sayısı bulunur: 1.520.000. Bu basit hesaplama göre, dijital veri tabanının daha yaygın hale geldiği 2005 yılından itibaren EGM veri tabanında yaklaşık 1.520.000 farklı tutuklunun görüntüsü bulunabilir. Elbette bu hesaplama oldukça genel ve varsayımlara dayanmaktadır.

³¹ Örneğin; Compas, Keycrime, Precobs, Hart, Static-99R, Susteem Risico Indicatie, Intrado Beware, Hunclab, Cloud Walk bu yazılımlardan bazılarıdır.

³² Johanna Sprenger ve Dominik Brodowski, "Predictive Policing, Predictive Justice, and the use of Artificial Intelligence in the Administration of Criminal Justice in Germany", *eRIDP*, s. 5-50, <https://www.penal.org/sites/default/files/files/A-02-23.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2024).

kişilerin veya suçun işlenmesi ihtimali olan yerlerin, analitik yöntemlerle tahmin edilmesi suretiyle suç işleme riskinin öngörülmesini sağlayan ve bu çerçevede gerekli önleyici tedbirlerin hayata geçirilmesini ifade eder³³. Örneğin, yapay zekâ, geçmiş suç verilerini analiz ederek gelecekte nerede ne zaman ve ne tür suçların işlenebileceğine dair öngörülerde bulunulabilir. Böylece güvenlik birimleri, suçun henüz gerçekleşmeden tedbir alabilir ve suçun işlenmesini önleyebilir.

Öngörücü polislik uygulamalarında kullanılan yazılımların bazıları mekâna odaklanarak ilgili bölgedeki suç oranı, suçun yayılma etkisi, bölgenin ekonomik ve sosyal yapısı, hatta günün saatleri, mevsimler, bölgenin sakin veya yoğun olduğu zamanlarla suç davranışı arasındaki bağlantıları da dikkate alarak suç işlenecek potansiyel yerleri öngörmeye çalışır. Örneğin; Almanya ve İsviçre'nin çeşitli bölgelerinde kullanılan *precobs* yazılımı hırsızlık, ateşli silahla yaralama gibi bazı suçların zaman ve mekân açısından suçun işlendiği yere yakın alanlarda yeni bir suçun işlenebileceği varsayımından³⁴ hareketle suçun işlenme zamanı, şekli ve hangi tür eşyaların çalındığı gibi geçmiş verilere dayalı analizler yaparak suçun yeniden işleneceği yeri öngörmeye çalışmaktadır³⁵. Bu yazılımların amacının suçun nerede ve ne zaman işleneceğinin haritasını çıkarmak olduğu belirtilmektedir. Bu yazılımlar, ilgili coğrafi bölgede daha önce hangi tip suçların ne zaman işlendiği gibi görece objektif olan verileri dikkate alarak kişilere değil, coğrafi bölgelere yoğunlaşmaktadır³⁶.

Diğer bazıları ise insanlara odaklanarak kişinin yaşı, cinsiyeti, ırkı, dini, eğitimi, ekonomik durumu, iş hayatı, sosyal ve kültürel hayatı gibi pek çok değişkeni de dikkate alarak ilgili kişinin suç işleme potansiyeli tahmin edilmeye çalışılarak henüz tehlike veya zarar, bir fiil ile dış dünyaya yansıtılmadan, kişilere müdahale etmek ve gelecekte yol açacakları tehlike ve zararları bugünden önleyebilmek amaçlanır. Almanya'da Hamburg Polis Kanunu'nun (HmbPolDVG) § 49/1/1'de "veri değerlendirmesi", Hessen Kamu Güvenliği ve Düzeni Kanunu'nun (HSOG) § 25/1/1'de ise "veri analizi" olarak ifade edilen iki düzenleme de polise belirli suçlarında önlenmesinde mevcut veri setlerinin arama işlevlerini kullanarak kişi grupları, kurumlar, kuruluşlar veya nesneler arasında verileri istatistiksel olarak değerlendirerek bağlantılar kurma yetkisi verir. Hessen'de HSOG 25a maddesinin "hessenDATA" analiz platformu aracılığıyla her yıl binlerce kez kullanıldığı, buna karşılık, HmbPolDVG madde 49'un henüz uygulanmadığı belirtilmektedir³⁷. İngiltere bir adım daha

³³ Zafer İçer, "Öngörücü Polislik", in *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, İstanbul Barosu, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler, 2021, s. 33; Walter L. Perry *et al.*, Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting In Law Enforcement Operations, RAND Safety and Justice Program, 2013, s.1; Eren Sözüer, "Öngörücü Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları", in *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, Kasım 2020, s. 4, <https://istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2020kasimbulten.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.12.2021).

³⁴ Bu varsayımın arka planında, kriminoloji teorilerinden *suç mahalline dönüş teorisi (near repeat theory)* ve *kırık camlar teorisi (broken window theory)* yer almaktadır. Teoriler hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Irmak Erdoğan, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri Toplanmasına Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2021, s. 32; Ronald L. Akers, Christine S. Sellers, *Criminological Theories, Introduction, Evaluation and Application*, Oxford University Press, 5. Baskı, 2009.

³⁵ Dominik Gerstner, Predictive Policing in the Context of Residential Burglary: An Empirical Illustration on the Basis of a Pilot Project in BadenWürttemberg, Almanya, European Journal for Security Research, Cilt: 3, Sayı: 2, 2018, s.119, <https://link.springer.com/article/10.1007/s41125-018-0033-0>; İçer, *op. cit.*, s. 39.

³⁶ Erdoğan, *op. cit.*, s. 31.

³⁷ <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-018.html>

ileri giderek, şüpheli kişilerin yüz ifadelerinde insanların tespit edemeyeceği ayrıntıları veri kaynağı olarak kullanarak jest ve mimiklerinden, duygu durumu tespiti yapmak ve niyetlerini okumak amacıyla *WeSee* firmasının yapay zekâ teknolojisini kullanmaya başlamıştır³⁸.

Veri analizi suçun önlenmesi amacıyla kullanılmasının yanı sıra, ceza muhakemesinde karar destek aracı olarak da kullanılmaktadır. Örneğin *Static-99* adlı yazılım, Amerika ve Avrupa'da yetişkin cinsel suçluların yaşı, en son suç işlediği tarihi, suçu tanıdık bir kişiye karşı mı yoksa bir yabancıya karşıya mı işlediği, uzun süreli ilişkisi olup olmadığı gibi birtakım kriterleri dikkate alarak tekrar suç işleme riskini değerlendirmektedir³⁹. Benzer şekilde, *COMPAS* adlı yazılım da *karar destek aracı* olarak kişinin mükerrer suç işleme riskini tahmin etmek için geliştirilmiştir ve Amerika'nın New York, Wisconsin, Kaliforniya, Florida gibi çeşitli eyaletlerinde kullanılmaktadır⁴⁰.

Türkiye'de bu tür sistemler henüz gelişme aşamasında olmakla birlikte, büyük şehirlerde bu tür algoritmaların kullanılmaya başlandığına dair örnekler mevcuttur. İstanbul ve Ankara gibi büyükşehirlerde veri odaklı ve suçların yoğun olduğu bölgelerde analizler yaparak hareket edilmeye başladığına dair bilimsel araştırma proje çağrıları bulunmaktadır⁴¹. Bu alanda kullanılan özel yazılımlar henüz kamuoyu ile paylaşılmamasına rağmen Türkiye'de de pilot uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin, ülkemizde tarama ağı projesi ile yapay zekâ teknolojisi kullanılarak araç veya yükün içerisindeki belirli özelliklere sahip yasa dışı unsurları otomatik tespit edebilecek *X-Ray araç ve konteyner tarama sistemi* kullanılmaktadır⁴². Gümrük kapısı ve limanlara kurulan bu sistemle araç ve konteynerlerin içi otomatik olarak taranarak gümrük kaçakçılığının önlenmesi amaçlanmaktadır.

Türkiye'nin bu alandaki avantajı, sahip olduğu geniş veri yelpazesi ve entegre güvenlik sistemleri olabilir. KGYS, MOBESE ve PTS gibi mevcut gözetim altyapılarıyla toplanan veriler, yapay zekâ destekli suç tahmin modellerinin geliştirilmesine yardımcı olabilir. Örneğin, KGYS'de yapay zekâ ile görüntü işleme ve analiz teknolojileri kullanılarak, şüpheli kişilerin ya da araçların hareketleri takip edilebilir, yüz tanıma ve plaka tanıma sistemleriyle potansiyel suçlular tespit edilebilir. Bu sistemler, kameralardan gelen görüntülerin gerçek zamanlı analizini sağlar. Yapay zekâ, suç paternlerini tanımlayarak, hırsızlık, terör saldırısı veya dolandırıcılık gibi suçların gerçekleşme olasılığını tahmin edebilir.

³⁸ İçer, *op. cit.*, s. 36.

³⁹ Erdoğan, *op. cit.*, s. 38.

⁴⁰ Keith Kirkpatrick, "It's not the algorithm, it's the data", *Communications of the ACM*, C. 60, S. 2, s. 21-23, <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3022181>, (Erişim Tarihi: 28.04.2024).

⁴¹ Emniyet Genel Müdürlüğü, TÜBİTAK aracılığıyla Kent Güvenlik Yönetim Sistemlerinden (KGYS) elde edilen video görüntülerinden anlamlı sonuçlar çıkarmaya yarayacak akıllı destek yazılımları geliştirilmesi için 2013 yılında açık çağrıya çıkmıştır. KGYS operatörlerine destek olacak video analiz sisteminin oluşturulması amacıyla çıkılan çağrıda, davranış analizi yapan bir yazılımın sisteme eklenmesi ile şüpheli araç ve kişilerin tespiti hedeflenmektedir. Bkz. <https://tubitak.gov.tr/sites/default/files/1007-egm-2013-01.pdf>, (Erişim: 27.08.2024)

⁴² İçer, *op. cit.*, s. 39.

3. Suçun Önlenmesinde YZ Teknolojisinin Kullanımı: Hukuki Koşullar, Zorluklar ve Fırsatlar

Yapay zekâ tabanlı suç önleme sistemlerinin kullanımında bazı hukuki zorluklar bulunmaktadır. Bunlardan ilki, suçun önlenmesinde geniş çaplı yapay zekâ teknolojisinin kullanımı, bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerinde önemli tartışmaları beraberinde getirmesidir. Gözetim teknolojileri aracılığıyla bireylere ait her türlü verinin toplanması ve bu verilerin algoritmalar ile değerlendirilmesi, bireylerin kişisel verilerinin korunması ve özel hayatlarının gizliliğine müdahale olasılığını artırır. Suçun önlenmesi amacının kutsallaştırıldığı risk toplumlarında bu amaç, kitlesel bir gözetime yol açarak bireyleri obje konumuna düşürebilir. İnsanın araçsallaştırıldığı ve suçun işlenmesini önlemek amacıyla geniş çaplı bir gözetim ağının oluşturulması insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir.

YZ'nin suç önleme süreçlerindeki etkisi yalnızca kitlesel gözetim ve mahremiyet sorunlarıyla sınırlı değildir. Bu teknolojiler, benzerlik havuzları üzerinden çıkarımlar yaparak kişinin kusurlu fiilinden ziyade kişisel özelliklerine ve makbul görülmeyen hayat tarzına dayanır. Fail ceza hukukuna yaklaşan bu anlayış, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesini zedeler. Üzerinde durulması gereken üçüncü sorun ise doğruluğu, yanlış pozitif ve negatif sonuçların oluşturabileceği adaletsizliklerdir. Hatalı veya ön yargılı bir çıktı masum kişilerin haksız yere suçlanmasına ve lekelenmeme hakkının ihlal edilmesine yol açabilir. Aşağıda bu teknolojilerin doğurduğu hukuki sorunlar ve bu sorunların üstesinden gelmek için neler yapılabileceği ele alınacaktır.

3.1. Kişisel Verilerin Korunması Konusuna İlişkin Endişeler ve Hukuki Düzenlemeler

Akıllı kamera sistemleri ile kişinin görüntüsünün kaydedilmesi kişisel verilerinin işlendiği anlamına gelir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 3'e göre kişisel veri, *kimliği belirli veya belirlenebilecek bir bireye ait her türlü bilgidir*. Kişinin görüntüsünün yanı sıra yüz tanıma sistemi ile yüzünün, vücut kameraları ile de göz ve iris taramasının yapılması ise *biyometrik verilerin* işlendiği anlamına gelir⁴³. Biyometrik veriler *özel nitelikli kişisel verilerdir*⁴⁴. KVKK m. 6/1-e göre, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veri olarak kabul edilmektedir.

Kişisel verilerin korunması hakkı, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen 20. maddesi içerisinde düzenlenmiştir⁴⁵. Kişisel verilerin korunması,

⁴³ Bunlardan bazıları özel nitelikli sağlık verileri de olabilir. Örneğin, hastalıklar yakın gelecekte termal ışık görüntüsünden, IRIS taramasından veya diğer davranış kalıplarından teşhis edilebilecektir. Bkz. Conrad S. Conrad, "Videoüberwachung 2.0- Neue Technik, Neue Probleme?", *Datenschutz Notizen*, 20.02.2017, <https://www.heise.de/news/Deutsche-Bahn-will-intelligente-Videoueberwachung-testen-3631191.html>, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).

⁴⁴ Cemil Kaya, "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", in Prof. Dr. İlhan Özyay'a Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 69, S. 1-2, 2011, s. 318 vd.

⁴⁵ AY m. 20: "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.) (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak

özel hayatın gizliliğinin bir parçasıdır. Kişisel verilerin gizliliği, bu verilerin kaderini tayin etme hakkını da içerir⁴⁶. Bu bağlamda, kişisel verilerin işlenmesi şartlarını düzenleyen KVKK'nun 5. ve 6. maddelerine riayet edilmesi gerekir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır. Ancak düzenlemede belirtilen istisnai durumlarda bu veriler işlenebilir⁴⁷.

13 Haziran 2024 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 51. maddesi uyarınca, bir fotoğrafın kişinin kimliğini teşhis amacıyla teknik araçlarla işlenmesi halinde, basit bir fotoğraftan farklı bir biyometrik veri ortaya çıkar ve bu sistemik risk taşıyan genel amaçlı bir yapay zekâ modeli olarak sınıflandırılır. Bu sistemler, sadece yüz verilerini depolanmakla kalmaz, aynı zamanda yapay zekâ kullanarak veri tabanındaki yüzleri değerlendirip kimlik bilgilerini eşleştirebilir, böylece hakkında yakalama kararı bulunan kişiler ve hatta potansiyel suçlular bile tespit edilebilir⁴⁸. Fakat Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 5. maddesinin 1-d bendinde, bir gerçek kişinin suç işleme riskini değerlendirmek veya tahmin etmek amacıyla profilinin çıkarılmasına veya kişilik özelliklerinin ve niteliklerinin değerlendirilmesine dayalı olarak gerçek kişilerin risk değerlendirmelerini yapmak için bir yapay zekâ sisteminin kullanılması yasaklanmıştır. Dolayısıyla öngörücü polislik uygulaması kapsamında profillemeye yapılması Yapay Zekâ Tüzüğü tarafından yasaklanmış bir yapay zekâ uygulamasıdır.

Yapay Zekâ Tüzüğü'ne göre, CCTV görüntülerinden hedefsiz yüz görüntüleri toplanarak gerçek (eş) zamanlı biyometrik veri tanımlaması yapılması yasaktır (m. 5/1-e). Bu tür sistemler, kitlesel gözetim ve mahremiyet ihlali risklerini arttırdığı için yasaklanmıştır. Ancak

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

⁴⁶ İçer ve Dönmez, *op. cit.*, s. 443.

⁴⁷ KVKK m. 6: Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;

- a) İlgili kişinin açık rızasının olması,
- b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- c) 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,
- ç) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,
- d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,
- e) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,
- f) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,
- g) Siyasi, felsefi, dini veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.

⁴⁸ İçer ve Dönmez, *op. cit.*, s. 429.

i) insan kaçırma, insan ticareti veya cinsel sömürü mağdurlarına yönelik hedefli aramalar ile kayıp kişilerin aranması; *ii)* gerçek kişilerin yaşamına veya fiziksel güvenliğine yönelik belirli, önemli ve yakın bir tehdidin veya gerçek ve mevcut ya da gerçek ve öngörülebilir bir terör saldırısı tehdidinin önlenmesi; *iii)* En az dört yıllık azami bir süre için bir hapis cezası veya tutuklama emri ile cezalandırılabilen suçlar için bir ceza soruşturması veya kovuşturması yürütmek veya bir ceza infazı yapmak amacıyla bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin yerinin belirlenmesi veya kimliğinin belirlenmesi amaçlarıyla polis kamuya açık alanlarda gerçek zamanlı biyometrik tanımlama sistemi kullanabilir (m. 5/1-h). Gerçek zamanlı biyometrik veri tanımlaması sadece bu amaçlar için, özel olarak hedeflenen kişinin kimliğini doğrulamak amacıyla kullanılabilir⁴⁹. Kullanımın gerçekleşeceği üye devlet için bağlayıcı kararı olan bir yargı makamı veya bağımsız idari makam tarafından verilen, gerekçeli bir talep üzerine ulusal hukukun ayrıntılı kurallarına uygun olarak verilen bir ön izne tabidir. Yetkili adli makam veya kararı bağlayıcı olan bağımsız bir idari makam, yalnızca kendisine sunulan somut deliller temelinde, söz konusu 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sisteminin kullanımının, talepte belirtilen 1-h'de yer alan amaçlardan birine ulaşmak için gerekli ve orantılı olduğuna kanaat getirdiğinde ve özellikle zaman dilimi, coğrafi ve kişisel kapsam açısından kesinlikle gerekli olanla sınırlı kaldığında yetkiyi verir. Fakat yalnızca gerçek zamanlı uzaktan biyometrik tanımlama sisteminin çıktısına dayanarak bir kişi üzerinde olumsuz bir hukuki etki yaratan hiçbir karar alınamaz (m. 5/3) Eşleştirme ve tanımlama zamanlarının aynı olmadığı uzaktan biyometrik veri tanımlaması bu yasağın dışında tutulmuştur. Uzaktan biyometrik tanımlama sistemleri "yüksek riskli" yapay zekâ sistemi olarak kabul edilmiştir (m. 6). Bu tür sistemlerin sadece çok sınırlı ve önceden yetkilendirilmiş birimler tarafından kullanılmasına izin verilmiştir⁵⁰.

Bu bağlamda, Türk Hukuku bakımından temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılma usulünü düzenleyen Anayasa m. 13 ile özel hayatın gizliliği hakkını koruma altına alan m. 20'nin yanı sıra, kişisel veriler de dikkate alınarak 6998 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında veri işlemenin şartlarına (KVKK m. 5 ve 6) riayet edilmesi gerekir. Anayasa m. 13'e göre, özgürlükler ancak kanunla, meşru bir nedene dayanarak, hakkın özüne dokunmadan, ölçülü bir şekilde ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadan sınırlandırılabilir. Bireylerin görüntülerinin alınması, doğrudan doğruya temel hak ve

⁴⁹ Yasaklanmış Yapay Zekâ Uygulamaları (m. 5/2): "...kolluk kuvvetleri tarafından kamuya açık alanlarda 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanımı, yalnızca söz konusu bentte belirtilen amaçlar için, özel olarak hedeflenen kişinin kimliğini doğrulamak amacıyla kullanılacak ve aşağıdaki unsurları dikkate alacaktır:

(a) olası kullanıma yol açan durumun niteliği, özellikle sistemin kullanılmaması durumunda ortaya çıkacak zararın ciddiyeti, olasılığı ve ölçeği;

(b) sistemin kullanımının ilgili tüm kişilerin hakları ve özgürlükleri üzerindeki sonuçları, özellikle bu sonuçların ciddiyeti, olasılığı ve ölçeği. Ayrıca, bu maddenin 1. paragrafının birinci alt paragrafının (h) noktasında belirtilen amaçlardan herhangi biri için kolluk kuvvetlerinin amaçları doğrultusunda kamuya açık alanlarda 'gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sistemlerinin kullanımı, özellikle zamansal, coğrafi ve kişisel sınırlamalar açısından, bunların kullanımını yetkilendiren ulusal yasaya uygun olarak kullanımla ilgili olarak gerekli ve orantılı güvencelere ve koşullara uymalıdır. 'Gerçek zamanlı' uzaktan biyometrik tanımlama sisteminin kamuya açık alanlarda kullanımı, yalnızca kolluk kuvveti makamının 27. maddede belirtildiği şekilde temel haklar etki değerlendirmesini tamamlaması ve sistemi 49. maddeye göre AB veri tabanına kaydetmesi halinde yetkilendirilir. Ancak, usulüne uygun olarak gerekçelendirilmiş acil durumlarda, bu tür sistemlerin kullanımı, söz konusu kaydın gereksiz gecikme olmaksızın tamamlanması koşuluyla AB veri tabanına kaydedilmeden başlatılabilir."

⁵⁰ Yüksek riskli yapay zekâ sistemlerinin sağlayıcı ve dağıtıcıları ile kullanıcıların yükümlülükleri Yasa'nın üçüncü bölümünde 6-49. maddeler arasında detaylı olarak düzenlenmektedir.

özgürlükler kapsamında maddi ve manevi bütünlüğün korunması ile ilgili olduğundan ve bu konudaki sınırlama ancak, Anayasa'nın 13. maddesi ile de düzenlendiği üzere, Anayasa'da öngörülen meşru amaca uygun ve kanuni düzenleme ile yapılabileceğinden; kameralar ve yüz tanıma teknolojileri başta olmak üzere suçun önlenmesinde kullanılan akıllı gözetim sistemleri için kanuni bir düzenleme yapılması gerekir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da mesai takibi için yüz tanıma sisteminin kullanılmasının kanunilik ilkesini karşılamadığına kanaat getirmiştir⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de *Glukhin* başvurusunda, Rusya'da arananlar listesinde olan başvurunun polis tarafından Moskova metrosunda bir trende bulunan yüz tanıma kameralarıyla kimliğinin belirlenmesi ve yakalanmasını değerlendirmektedir. AİHM, Rusya hükümetine bildirdiği bu başvuruda, özellikle yüz tanıma sistemlerinin kolluk faaliyetinde kullanılmasına temel teşkil eden mevzuatın kanunilik, meşru amaç ve demokratik toplumda gereklilik kriterlerini taşıyıp taşımadığını incelemektedir. Mahkeme henüz bir karar vermemekle birlikte, Rusya'dan başvurunun arama listesine alınması ve yüz tanıma sisteminin kullanılması suretiyle ekran görüntülerinin ve kayıtlarının saklanması, incelenmesi, aktarılması, işlenmesi, imha edilmesine ilişkin usulî güvencelerin kapsamı ve bu konuda alınmış yargı kararlarını talep ederek ölçülülük testine tabi tutacaktır⁵².

Bununla birlikte, KVKK m. 28'de düzenlenen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında veri işlenmesi, veri koruma kanunu kapsamı dışında tutulmuştur. Düzenlemede kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler veya yargısal süreçler kapsamında veri işlenmesi durumunda veri koruma kanunun dışında tutulduğu görülmektedir. Örneğin, Millî İstihbarat Teşkilâtı (MİT) ve emniyet istihbarat bu düzenlemeyle kanun dışında tutulur⁵³. Bu bağlamda, tam istisnadan yararlanacak faaliyetlerin milli güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni gibi unsurları korumaya yönelik makro ölçekteki süreçleri kapsadığı söylenebilir⁵⁴. Dolayısıyla bireysel ya da doğrudan kamu güvenliğine etki edecek nitelikte olmayan bir suçun önlenmesi kapsamındaki faaliyetler bu hüküm kapsamında değildir. Fakat inceleme konumuzla bağlantılı olarak suçla mücadele kapsamında "önleyici faaliyetler" bu istisna kapsamında sayılmıştır. Önleyici faaliyetlere örnek olarak PVSİ ile polise tanınan kimlik sorma, kimlik tespiti, parmak izi ve fotoğrafların sisteme kaydedilmesi gösterilebilir. Plaka tanıma sistemi, şehir güvenlik kameraları veya vücut kameraları da polis tarafından önleyici kolluk faaliyeti kapsamında kullanılmaktadır. Bu kameralar, üstelendiği fonksiyon itibarıyla "önleyici tedbir"

⁵¹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, 28 Şubat 2018 Tarih ve E. 2015/2958, K. 2018/682 sayılı Kararı, Köksal, *op. cit.*, s. 55.

⁵² AİHM, *Glukhin v. Rusya*, No. 11519/20, 23 Haziran 2021; Köksal, *op. cit.*, s. 58.

⁵³ Bu durum madde gerekçesinde "Millî İstihbarat Teşkilatı ile diğer istihbarat birimlerinin milli savunmayı, milli güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik faaliyetler kapsamında işlendiği veriler Kanun kapsamı dışında tutulmaktadır. Aynı şekilde belirtilen amaçlarla, suç gelirlerinin aklanması, terörizmin finansmanının önlenmesi ve mali suçların araştırılması konusunda; yetkişi birim tarafından yürütülen faaliyetler kapsamında işlenen veriler de bu istisna kapsamındadır. Bu konulardaki yetkili birimin; milli savunmayı, milli güvenliği kamu güvenliğini, kamu düzenini ve ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olmak üzere mali araştırma yapmak, mali istihbarat elde etmek ve üretmek, veri toplamak, şüpheli işlem bildirimleri ve diğer bildirimleri almak, analiz etmek, değerlendirmek, inceleme yapmak ve ilgili kurumlarla paylaşmak suretiyle işlediği veriler de kapsam dışında tutulmaktadır." şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁴ Baran Kızırmak, "Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 7, N. 2, 2019, s. 225-261, s. 254.

niteliğindedir⁵⁵. Her ne kadar suç önleme amacıyla kullanılıyor olsalar da bu faaliyete ilişkin ne PVSK’da ne farklı bir kanunda herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla kamusal alanda kullanılan akıllı kamera sistemleri, yüz tanıma sistemi ve diğer gözetim araçları kanunla düzenlenmediği için kanunla görev ve yetki verilmiş bir kurum tarafından yürütülen faaliyet kapsamında değerlendirilemez. Belirtilen bu nedenlerle, kamusal alanda kullanılan kamera sistemleri veri koruma kanununa uyması gereken faaliyetler kapsamı dışında -kanuni düzenleme yapılarına kadar- tutulamaz. Fakat kanuni düzenleme yapıldığında, önleyici bir tedbir olarak kullanılan akıllı kamera sistemleri ile işlenen kişisel veriler KVKK m. 28 hükmü uyarınca istisna kapsamında olabilir.

3.2. Kitlesel Gözetim Riski ve İnsanların Araçsallaştırılması

Yapay zekâlı suç tahmin modelleri, sosyal medya ve internet izlemeleri, akıllı gözetim sistemleri ve yüz tanıma teknolojileri gibi geniş bir yelpazede uygulama alanına sahiptir. Bu teknolojiler, suçların gerçekleşmeden öngörülmesi ve önlenmesi amacıyla veri analizi ve makine öğrenmesi algoritmalarını kullanarak geniş çaplı bir gözetim ağı oluşturabilir. Uluslararası Af Örgütü de bu teknolojinin *“birey bazında suça ilişkin makul şüphe olmaksızın verilerin yaygın bir biçimde ve toplu halde izlenmesi, toplanması, saklanması, analiz edilmesi ve diğer amaçlarla kullanılmasını ve hassas kişisel bilgilerin (biyometrik bilgiler) toplanmasının kitlesel gözetim”* kapsamına girdiğini ifade etmektedir⁵⁶.

Herhangi bir suç faaliyeti ile ilgili olmasa bile kamusal alanlar yedi gün yirmi dört saat izlenir ve kaydedilir. Gelişmiş akıllı kamera sistemleri, özellikle dronlar gibi uçabilen nesnelerin kullanımı ile çok daha geniş alanlar izlenebilir ve kamera sistemlerine entegre çalışan yüz tanıma teknolojisi ile bölgedeki insanların kimlik tespiti yapılabilir. Veri tabanında eşleşme olduğunda sistem alarm üretebilir ve uyarıyı alan polis, proaktif bir şekilde olaya müdahale edebilir. Almanya’da kullanılan “HesseDATA” gibi YZ destekli otomatik veri analizi yapan sistemler, suçla mücadelede yeni bir dönemin kapısını aralamış olmasına rağmen bu sistemlerin anayasal sınırlara uygunluğu tartışma yaratmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi 16 Şubat 2023 tarihinde otomatik veri analizine ilişkin HSOG §25a/1/1 ve HmbPolDVG § 49/1 düzenlemelerini iptal etmiştir⁵⁷. Mahkeme, bu tür teknolojilerin devlet tarafından kullanılmasının, potansiyel olarak kişisel verilerin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliği hakkına (Alman Anayasası 2. ve 10. madde) müdahale edebileceğini, bu nedenle otomatik veri analizine ilişkin hükümlerin, yeterli yasal güvence ve sınırlamalar içermesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bu düzenlemeleri, polisin tek bir tıkla kapsamlı bir şekilde kişi, grup ve çevre profilleri oluşturmaya ve aynı zamanda yasal olarak olayla ilgili

⁵⁵ Özbek *et al.*, *op. cit.*, 194; Halid Özkan, “MOBESE izleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 30, 2016, s. 63-103, s. 65.

⁵⁶ Uluslararası Af Örgütü, ABD: Yüz tanıma teknolojisinin kitlesel gözetimde kullanılması yasaklansın, 17 Haziran 2020, <https://www.amnesty.org.tr/icerik/abd-yuz-tanima-teknolojisinin-kitlesel-gozetimde-kullanilmasi-yasaklansin>, Erişim Tarihi: 08.12.2021.; Tuğçe Köksal, “Yüz Tanıma Teknolojilerinin Temel Hak ve Özgürlükler Üzerindeki Etkileri”, *in Yapay Zekâ Çağında Hukuk, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler*, İstanbul Barosu Yıllık Rapor, 2021, s. 47-60, s. 52.

⁵⁷ Mahkeme HmbPolDVG §49/1 hükmünü iptal ederken, HSOG Madde 25a/1/1 hükmünün ise yeni bir düzenleme yapılarına kadar en geç 30 Eylül 2023 tarihine kadar sınırlı hükümlerle uygulanmasına karar verdi. Bkz. BVerfG, 16.02.2023-1BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2023/02/rs20230216_1bvr154719.html, (Erişim Tarihi: 18.10.2024).

olmayan ve geride veri bırakan çok sayıda kişinin polis önlemlerine tabi tutulmasına olanak tanır. Her iki düzenlemede de veri analizinde kullanılabilecek verinin türü ve miktarının neredeyse hiç sınırlandırılmadığına işaret eden Mahkeme, bu belirsizliklerin, veri analizinin kötüye kullanılma ve kitlesel gözetim riskini artırdığına, kendi kendine öğrenen sistemlerin kullanımı da dahil olmak üzere veri madenciliğine olanak tanıdığına, bu nedenle bu düzenlemelerin orantılılık ilkesine uygun olmadığına karar vermiştir. Karar, yapay zekâ teknolojisinin suç önlemede kullanımının güçlü denetim mekanizmalarını ve temel hakları koruyacak yasal düzenlemeleri gerektirdiğini vurgulaması yönüyle önem arz eder.

Öngörücü polislikte suç işleme riski bulunan kişilerin tespiti cinsiyet, yaş, dini inanç, milliyet, eğitim durumu, ekonomik durumu gibi birtakım özelliklerden yola çıkılarak bir çeşit kara liste oluşturulmaktadır. Profillemeye yapılarak oluşturulan bu riskli kişi grupları, ceza muhakemesinin konusu haline getirilir. Bu durum ceza muhakemesini suçu aydınlatma, faili tespit etme ve en uygun yaptırıma hükmetme amacından uzaklaştırarak “suç davranışı henüz gerçekleşmeden önleme” yönüyle adeta kolluk hukukuna dönüştürerek “normatif insan yaratma” aracı haline getirmektedir⁵⁸. Bu bakımdan cezanın caydırıcılık amacı da “riskli kişilerin zapturapt altına alınması, tecrit edilmesi ve toplumun korunması” şeklinde 18. yüzyıla hâkim olan suç ve ceza anlayışına yaklaşmaktadır. İnsan onuruyla bağdaşmayan ve etkilenenleri yalnızca devlet müdahalesinin nesnesi haline getiren bu uygulama kitlesel gözetime yol açabilir⁵⁹.

3.3. Hatalı ve Ön Yargılı Çıktılar

3.3.1. Yapay Zekâ Hatası

Yapay zekâ hatası, bir yapay zekâ modelinin hatalı sonuçlar üretmesidir. Bu hatalar, sistemin aldığı girdileri doğru şekilde işlemediğinde, yanlış modellemeler veya veriler kullanıldığında, ya da algoritmaların ve sistemin mimarisinin eksiklikleri veya kusurları olduğunda ortaya çıkabilir. Yapay zekâ modeli, girdiyi yanlış sınıflandırabilir veya yanlış tahmin edebilir. İnsanların aksine, yapay zekâ görüntüyü işlerken detaylarla temel yapıyı eşdeğer önemli kabul edebilmekte, harfleri veya rakamları okumadan sadece görüntüdeki pikseller arasında bağlantı kurmaya çalışmaktadır⁶⁰. Örneğin, bir görüntü tanıma algoritması, bir kediye köpek olarak algılayabilir veya oyuncak bir silahı gerçek silah olarak algılayarak tehlikeli bir durum alarmı verebilir. 2017 yılında İsrail’de yaşanan bir olay, algoritmaya dayalı karar verilmesinin tehlikelerini göstermektedir. Filistinli bir işçi Facebook sayfasında işyerindeki buldozerin yanında çektiği bir fotoğrafı “Günaydın!” notu ile paylaşmıştır. Otomatik bir algoritma tarafından Arap harflerinin transliterasyonunda hata yapılırca “günaydın” anlamına gelen

⁵⁸ Erman, *op. cit.*, s. 451; Erdoğan, *op. cit.*, s. 40.

⁵⁹ Buket Abanoz Öztürk, “Suç Davranışını Öngören Üretken Yapay Zekâ Araçlarının Ceza Muhakemesinin Temel İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi”, in *Yapay Zekâ Çağında Hukuk, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler*, İstanbul Barosu Yıllık Rapor, 2024, s. 12- 31, s. 20.

⁶⁰ Bununla bağlantılı olarak alışılmadık bir olay İskoçya’da yaşanmıştır. İskoç futbol takımı *Inverness Caledonian Thistle*, taraftarlar için maçlarını filme almak ve canlı yayınlamak için yapay zekâ destekli kamera sistemi kullanmıştır. Ancak, AI futbol topu ile çizgi hakeminin kafası arasında ayırım yapmakta zorlanınca canlı yayını takip etmek mümkün olmamıştır. Sonuç olarak, kamera çizgi hakeminin kafasına doğru odaklanmaya devam ettiği için spiker defalarca özür dilemek zorunda kalmıştır. Bkz. Silviu Stahie, “AI-controlled Camera Follow Bald Referee’s Head Instead of the Ball”, *Bitdefender*, 04.11.2020, <https://www.bitdefender.com/blog/hotforsecurity/ai-controlled-camera-follows-bald-referees-head-instead-ball/>, (Erişim Tarihi: 03.09.2024).

“Ysabechhum!” olarak değil “katlet” anlamına gelen “Ydbachhum!” olarak okunmuştur. Masum bir işçi, algoritmanın verdiği alarm sonrası buldozer ile insanları ezmeyi planlayan bir şüpheli olduğu zannedilerek İsrail polisi tarafından gözaltına alınmıştır⁶¹.

Yüz tanıma sistemleri de “yanlış negatif” ve “yanlış pozitif” sonuçlar verebilmektedir. Yanlış negatif, yüzlerin eşleşmesi durumunda sistemin “eşleşmedi” sonucunu vermesi anlamına gelirken, yanlış pozitif ise sistemin algıladığı yüzü, sistemde yer alan ancak başka bir kişiye ait bir yüzle eşleştirmesi durumudur⁶². Alman Federal Polisi tarafından hazırlanan raporda da yüz tanıma sistemlerinin dış faktörlerden etkilenebildiği ve hata payı bulunduğu kabul edilmiştir⁶³. Yüz tanıma sisteminin doğru bir şekilde çalışabilmesi için görüntüdeki konum, çözünürlük, boyut ve dış aydınlatma gibi temel faktörlerin sabit kalması gerekir. Ancak, yaş, ten rengi, cinsiyet, yüz ifadelerindeki değişiklikler ve çeşitli aksesuarların kullanımı, sistemin algılama ve tanıma performansını olumsuz etkileyebilir. Görüntü ön cepheden alınmadığında veya ışık ve hava koşulları gibi dış etkenler yeterli olmadığında sistemdeki hata oranı artabilir. Ayrıca, atkı, fular, ceket yakası veya şapka gibi yüzü kısmen ya da tamamen kapatan aksesuarların kullanımı da tanımayı zorlaştırabilir⁶⁴. Örneğin, 2020 yılında yüz tanıma teknolojisinin beyzbol şapkalı bir hırsızın görüntüsünü, Robert Williams adlı bir vatandaşın ehliyetindeki görüntüsüyle yanlış eşleştirmesi nedeniyle polis tarafından gözaltına alınmıştır⁶⁵.

Yapay zekâ destekli akıllı kamera sisteminin yazılımı, örneğin bir yolcunun trene gecikmesi nedeniyle beklemek zorunda kalması veya trene aceleyle koşması nedeniyle aynı yürüyen merdiveni birkaç kez kullanması gibi durumlarda yanlış alarmı tetikleyebilir. Bu durumda kamera sisteminin çalışmasında teknik bir problem söz konusu olmamasına rağmen hareketlerin yanlış yorumlanması söz konusudur. Örneğin, Almanya’da *Deutsche Bahn*, İçişleri Bakanlığı ve Federal Polis ile birlikte 2017 yılında Berlin’de bir tren istasyonunda akıllı video gözetim projesi başlatmıştır. Bu kapsamda, yapay zekâ ile yüz tanıma özelliğine sahip kameraların tren istasyonunda kullanılarak insanların hareket şekillerini değerlendirmek ve şüpheli bagajları tespit edebilmek amaçlanmıştır. Yazılım, hırsızların tipik hareketlerini tanıyabilecek ve güvenlik güçlerine uyarı gönderebilecek şekilde tasarlanmıştır. Bu sistem, istasyondan geçen kişilerin yüzlerini bazı veri tabanlarıyla (örneğin, Sporda Şiddet Failleri) karşılaştıracak şekilde programlanmıştır. Fakat zayıf aydınlatma gibi teknik sorunlar veya trene gecikmemek için acele eden bir yolcunun davranışlarının yanlış alarmı tetiklemesi eleştirileri nedeniyle proje sonlandırılmıştır⁶⁶.

Sonuç olarak, yapay zekâ araçları suçun önlenmesinde giderek daha fazla kullanılmasına rağmen, bu teknolojilerin hataya açık olması çeşitli riskler doğurur. Bu hatalar, özellikle

⁶¹ Yuval Noah Harari, *21. Yüzyıl İçin 21 Ders*, Çev. Selin Sıral, İstanbul, Kolektif Kitap, 17. Baskı, 2024, s. 74.

⁶² İçer ve Dönmez, *op. cit.*, s. 429.

⁶³ İçer ve Dönmez, *op. cit.*, s. 430.

⁶⁴ İçer ve Dönmez, *op. cit.*, s. 429.

⁶⁵ Robert Williams, “I Did Nothing Wrong. I Was Arrested, Anyway,” *ACLU*, July 17, 2021, <https://www.aclu.org/news/privacy-technology/i-did-nothing-wrong-i-was-arrested-anyway>, accessed September 3, 2024.

⁶⁶ Conrad S. Conrad, “Videoüberwachung 2.0- Neue Technik, Neue Probleme?,” *Datenschutz*, <https://www.datenschutz-notizen.de/datenschutz-bei-der-intelligenten-videoueberwachung-5017416/>, (Erişim Tarihi: 24.06.2024); Axel Kannenberg, “Deutsche Bahn will intelligente Videoüberwachung testen,” *Heise Online*, <https://www.heise.de/news/Deutsche-Bahn-will-intelligente-Videoueberwachung-testen-3631191.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2024).

masum bireylerin haksız yere suçlanmasına veya aslında suç potansiyeli taşıyan kişilerin gözden kaçırılmasına neden olabilir. Yapay zekâ sistemlerinin suç önleme süreçlerinde kullanımında ortaya çıkan bu riski yönetebilmek için yapay zekâ modelinin eğitildiği verilerin çeşitliliği sağlanmalı ve önyargı içeren verilerin sistemden ayıklanması için sürekli denetim yapılmalıdır. Ayrıca YZ araçlarının tamamen bağımsız karar verici olmaması, bunun yerine insan denetimi altında çalışması önemlidir. YZ sistemleri, suçu önlemeye yönelik bir araç olarak kullanılmalı, ancak nihai kararlar insan uzmanlar tarafından verilmelidir.

3.3.2. Ön Yargılı Algoritmalar

YZ modelinin geliştirilmesinde karşılaşılan en büyük zorluklardan biri de önyargının varlığıdır⁶⁷. Algoritmalarda ortaya çıkan önyargılar, ayrımcılık ve eşitlik ilkelerine aykırı sonuçlar doğurabilir. *Yapay zekâ ön yargısı*, modelin geliştirilme sürecinde kullanılan verilerin bütünü yansıtmaması, yanlış etiketlenmesi veya dengesiz dağılım göstermesi gibi nedenlerle ortaya çıkabilir⁶⁸. Dolayısıyla önyargı, veri toplama, algoritma tasarımı ve insan yorumu dahil olmak üzere çeşitli kaynaklardan kaynaklanabilir⁶⁹.

Yapay zekâ modelinin eğitildiği veri setinin yeterince çeşitlilik içermemesi veya bazı sınıfların veya kategorilerin diğerlerinden daha fazla temsil edilmesi nedeniyle kadınlara, siyahilere veya çocuklara karşı ön yargılı sonuçlar verdiği görülmektedir. Örneğin, Amerika'da sanığın yeniden suç işleme riskini değerlendirmek için kullanılan COMPAS yazılımının cinsiyet ve ırk ayrımcılığı yaptığı tespit edilmiştir⁷⁰.

Bununla beraber, YZ kendisine sunulan verileri bağlamı dışına çıkararak ele alır. Kişinin medeni hâli, ekonomik durumu, alkol ve sigara kullanılıp kullanmadığı gibi bir bütünün parçalarını oluşturan özel hayatına ilişkin veriler, doğru ve güncel olsalar dahi, kişilerin hangi bağlamda ne tür davranışlar sergileyeceklerinin gerçek resmini yansıtmayabilirler⁷¹. Bu verileri, belirli bir arka plandan bağımsız olarak kişinin hayatından ayırıp tek başına anlam yüklemek hatalı ve tek yönlü bir profil çıkarılmasına yol açabilir. Örneğin, bir kişinin yirmi beş veya kırk beş yaşında olması, bekar veya çocuk sahibi olması, bankacı veya işsiz olması,

⁶⁷ Emilio Ferrara, *Fairness and Bias in Artificial Intelligence: A Brief Survey of Sources, Impacts, And Mitigation Strategies*, 2023, s. 2.

⁶⁸ Lena Kempe, "Navigating the AI Employment Bias Maze: Legal Compliance Guidelines and Strategies". *American Bar Association*, 10.04.2024, https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2024-april/navigating-ai-employment-bias-maze/, (Erişim Tarihi: 17.08.2024).

⁶⁹ Ferrara yapay zekâ sistemlerindeki ön yargı türlerini; örnekleme ön yargısı, algoritmik ön yargı, temsil ön yargısı, onaylama ön yargısı, ölçüm ön yargısı, etkileşim ön yargısı ve üretken ön yargı olmak üzere yedi farklı şekilde sınıflandırmaktadır. Bkz. Emilio Ferrara, *Fairness and Bias in Artificial Intelligence: A Brief Survey of Sources, Impacts, And Mitigation Strategies*, 2023, p. 4.

⁷⁰ Amerika Birleşik Devletleri'nde kullanılan COMPAS yazılımında risk faktörü olarak; failin yaşı, cinsiyeti, eğitim seviyesi, ailesi, çevresi, adli sicil kaydı, evlilik ve aile ilişkisi, okul ve iş performansı, madde bağımlılığı gibi çeşitli kriterleri dikkate alarak düşük, orta veya yüksek şeklinde yeniden suç işleme ihtimaline karşılık gelen bir puan verilir. Algoritmanın verdiği puan ne kadar yüksekse kişinin yeniden suç işleme riskinin o kadar yüksek olduğu anlamına gelir. Örneğin, YZ bir kişiye 1-5 arasında puan verdiğinde *olası olmayan*, 6-7 arasında *muhtemelen*, 7-10 arasında bir puan verdiğinde ise *kuvvetle muhtemel* bu kişinin yeniden suç işleyeceği öngörülmektedir. COMPAS yazılımı hem dinamik hem statik faktörleri dikkate alarak bir risk değerlendirmesi yapmaktadır. Fakat Compas'ın kullanıldığı *Loomis* davasında algoritmanın siyahilere karşı ayrımcı çıktılar verdiği tespit edilmiştir. Daha detaylı bilgi için bkz. Buket Abanoz Öztürk, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı", in Murat Balci ve Hüseyin Aydın (Ed.), *Yapay Zekanın Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 81-103.

⁷¹ Erdoğan, *op. cit.*, s. 70.

anti militarist sol bir partiye veya muhafazakar bir partiye oy vermesi, her pazar günü kilise ayinlerine katılması veya her cuma günü camiye gitmesi gibi hayatının farklı alanlarına ilişkin, farklı nedenlerle gerçekleştirdiği etkinlikler; bu kişinin hangi şartlar altında ve hangi nedenlerle bu aktiviteleri gerçekleştirdiği dikkate alınmaksızın salt yaşı, mesleği veya oy kullandığı parti gibi özelliklerine istinaden ait olmadığı bir grupla ilişkilendirilebilecektir⁷². Bu durumda, ilgili kişinin hayatının belirli parçalarından çekilen verilere dayalı olarak ilişkilendirildiği bir grubun gösterdiği davranışları göstereceği gibi mutlak doğru olmayan, eksik ve hatalı olabilecek önyargılı bir sonuca varılacaktır. Örneğin, bir yıl boyunca her gün küçük bir çocuğu istismar eden kişi, bir işte çalıştığı için YZ tarafından düşük riskli olarak sınıflandırılabilirken; alkol bağımlılığı olan bir kişi evsiz olduğu için yüksek riskli olarak tespit edilebilir⁷³.

Avrupa Birliği Yapay Zekâ Tüzüğü'nün 70. maddesinde yapay zekâ sistemlerindeki ön yargıdan kaynaklanabilecek ayrımcılığa karşı başkalarının haklarını korumak için, yapay zekâ sağlayıcılarının belirli nitelikleri haiz kişisel verileri de işleyebilmesinin önünün açılması gerekliliği ifade edilmiştir. Dolayısıyla yapay zekâ modelinin eğitildiği veri setinin, sistemin tasarlandığı amaç açısından yeterli temsil kabiliyetine sahip nitelikte ve mümkün olan en iyi ölçüde hatasız ve eksiksiz olması gerekir.

4. Sonuç

Risk toplumlarında suçun önlenmesi amacıyla akıllı gözetim sistemleri ve yapay zekâ teknolojisi güçlü bir potansiyel sunmaktadır. Kameralar, plaka tanıma sistemleri, yüz tanıma sistemleri, insansız hava araçları, dronlar, sosyal medya ve internet gibi pek çok araçtan gelen veri akışları göz önüne alındığında, polis çok büyük miktarda veriyle başa çıkmak zorundadır. Yapay zekâ, bu verileri insanlardan çok daha hızlı sınıflandırabilme ve veriler arasında ilk bakışta fark edilemeyen bağlantıları kurabilme yeteneğine sahiptir ve bu nedenle suçla mücadelede etkili bir araç haline gelmiştir.

Ancak bu potansiyelin, bireylerin temel hak ve özgürlükleri üzerindeki olası etkileri göz önünde bulundurulmadan, denetimsiz ve hukuki çerçeveden yoksun bir şekilde uygulanması, hukuk devleti ilkesine ve demokrasiye karşı ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Türkiye'de, Anayasa'nın kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği hakkını güvence altına alan hükümleri (AY m. 20), 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nun özel hayatın gizliliğini ve kişisel verileri koruma altına alan suç tipleri (TCK m. 132-138) bireylerin özgürlüklerinin korunması için önemli bir zemin sağlamaktadır. Fakat, gözetim sistemlerinin ve yapay zekâ teknolojinin denetimsiz kullanımı bu kazanımları zayıflatma riski taşımaktadır.

⁷² Erdoğan, *op. cit.*, s. 70; Franck Dumortier, "Facebook and Risks of "De-contextualization" of Information", in Serge Gutwirth, Yves Pouillet, Paul De Hert (Ed.), *Data Protection in a Profiled World*, Springer, Dordrecht, Ağustos 2010.

⁷³ Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu, Lauren Kirchner, "Machine Bias", *ProPublica*, 23 Mayıs 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, (Erişim Tarihi: 28.04.2024).

Akıllı gözetim sistemlerinin toplumda yaygınlaşması ve bu sistemlerin giderek daha fazla veri toplama kapasitesine sahip olması, bireylerin kişisel verilerinin izinsiz ve kontrolsüz bir şekilde işlenmesini mümkün kılmaktadır. Biyoteknoloji alanında yaşanan gelişmeler, sadece kameralar ve yüz tanıma sistemleri gibi araçlarla dışarıdan izlemeyi değil, aynı zamanda iç deneyimimizi de algılamak üzere bedenimizin içine de sirayet etmektedir. Bireylerin yaptıkları ve söylediklerinin yanı sıra kalp atışları, tansiyonları ve beyin faaliyetlerinin takibi mutlak bir gözetim sistemine gebedir. Bu teknoloji aynı zamanda hatalı ve ön yargılı sonuçlar verebilmektedir. Veri setleri iyileştirilse ve daha iyi sonuçlar verebilse dahi kendisini geliştirenlere itaat eden sonuçlar vermeye mahkumdur. Bu teknoloji kullanılarak öngörücü polislik uygulamalarının artırılması, ceza hukukunun temel ilkelerinden sapılarak, suç işleyen değil, suç işleme riski taşıyan bireylerin hedef alınmasına ve toplumun belirli kesimlerinin potansiyel suçlu olarak damgalanmasına yol açabilir. Böyle bir yaklaşım hem masumiyet karinesi hem de suçun kanıta dayalı olarak ispatlanması gerektiği ilkeleriyle çelişmekte ve *hukuk devleti* ilkesini zedelemektedir. Ceza hukuku, suç henüz işlenmeden müdahaleyi değil, işlenen suça adil ve orantılı bir şekilde tepki vermeyi esas almalıdır. Gelecekte gerçekleşeceği düşünülen hayali bir suçun önlenmesi amacıyla, *şüpheden sanık yararlanır*, *cezanın şahsiliği* ve *kanunilik* gibi evrensel ceza hukuku ilkelerinden vazgeçilemez. Aksi halde, güvenliği sağlama amacı, bireylerin özgürlüklerini ve temel haklarını feda eden bir sürece dönüşebilir ve ceza adalet sisteminin ana amacından saparak “riskli kişilerin” tecrit edilmesi ve toplumun normatif insan yaratma çabasına hapsolmasına neden olabilir.

Sonuç olarak, akıllı gözetim ve yapay zekâ teknolojilerinin suçun önlenmesinde etkin bir araç olarak kullanılabilmesi için Türk hukukunda atılması gereken ilk adım, bu teknolojilerin kullanımını şeffaf ve denetlenebilir kılan kanuni düzenlemelerin yapılmasıdır. Türkiye’de suçun önlenmesi amacıyla kamusal alanda kullanılan kameralar, yüz tanıma sistemleri ve diğer gözetim araçlarının usul ve esaslarını düzenleyen bir kanuni düzenleme henüz yapılmamıştır. Ayrıca veri analizi veya veri değerlendirilmesi sürecine ilişkin de bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda çalışmada işaret edilen Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nin veri analizi ve değerlendirmesine ilişkin hükümleri iptal eden kararının gerekçesi Türk kanun koyucu için yol gösterici olabilir. Bununla beraber, Türkiye’nin kendi Yapay Zekâ Kanunu’nu yapması, bu kanunda yasaklı ve yüksek riskli YZ ürünlerinin düzenlenmesi, salt algoritmanın verdiği çıktıya dayalı olarak kişiler aleyhine karar verilmemesi ve karar verici olarak insan faktörünün korunması gerekliliği düzenlenmelidir. Hukuk sistemleri ve demokrasiler mevcut halleriyle yapay zekâ, bilişim ve biyoteknoloji alanındaki gelişmelerin iç içe geçtiği algoritmaya dayalı karar verme sürecini kontrol edemezler. Karar sürecine hâkime yardımcı olması adına dahi olsa algoritmaların dahil edilmesi halinde (pek çok ülkede dahil edildi bile) ya demokrasiler yeniden şekillenecek ya da insanlar *dijital diktatörlük* halinde yaşamaya başlayacaktır.

Kaynaklar / References

- Abanoz, Buket, *Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu*, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Abanoz Öztürk, Buket, "Ceza Muhakemesinde Sanığın Mükerrer Suç İşleme Riskinin Hesaplanması: COMPAS Algoritması ve Adil Yargılanma Hakkı", in Murat Balcı ve Hüseyin Aydın (Ed.), *Yapay Zekânın Cezai Sorumluluğu*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 81-103.
- Abanoz Öztürk, Buket, "Suç Davranışını Öngören Üretken Yapay Zekâ Araçlarının Ceza Muhakemesinin Temel İlkeleri Bağlamında Değerlendirilmesi", in *Yapay Zekâ Çağında Hukuk, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler*, İstanbul Barosu Yıllık Rapor, 2024, s. 12- 31.
- Akers, Ronald L. ve Christine S. Sellers, *Criminological Theories, Introduction, Evaluation and Application*, Oxford University Press, 5. Baskı, 2009.
- Aktan, Sertaç, "Dünyada en fazla güvenlik kamerasına sahip şehirler: İstanbul ilk 50'de", *Euronews*, 2020, <https://tr.euronews.com/2020/07/25/dunyada-en-fazla-guvenlik-kameras-na-sahip-sehirler-istanbul-ilk-50-de>, (Erişim Tarihi: 24.06.2024).
- Angwin, Julia, Jeff Larson, Surya Mattu, Lauren Kirchner, "Machine Bias", *ProPublica*, 23 Mayıs 2016, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing>, (Erişim Tarihi: 28.04.2024).
- Beck, Ulrich, *Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1986
- Beck, Ulrich, *Risk Society, Towards a New Modernity*, London, Sage, 1992.
- Beck, Ulrich, *The Reinvention of Politics, Rethinking Modernity in the Global Social Order*, Cambridge, Polity Press, 1997.
- Bunn Nelson ve Bryan Cunningham, "Which Data Should Police Body Cams Collect?", *The Atlantic* (14 October 2015) <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/which-data-should-police-body-cams-collect/433197/>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).
- Can, Erhan, "Yapay Zekâ Sistemlerinin Siber Suçlarla Mücadeledeki Rolü: Uluslararası Hukuk İncelemesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXVII, 2023, 3, s. 345-382.
- Çoban, Erin, "Ülkemizin Modern Bilgi ve Güvenlik Konsepti MOBESE", *Çağın Polisi Dergisi*, Yıl:4, Sayı: 47, Kasım 2005, s. 36-38.
- Conrad, Conrad S., "Videoüberwachung 2.0- Neue Technik, Neue Probleme?", *Datenschutz Notizen*, 20.02.2017, <https://www.heise.de/news/Deutsche-Bahn-will-intelligente-Videoueberwachung-testen-3631191.html>, (Erişim Tarihi: 27.08.2024).
- Dumortier, Franck, "Facebook and Risks of "De-contextualization" of Information", in Serge Gutwirth, Yves Pouillet, Paul De Hert (Ed.), *Data Protection in a Profiled World*, Springer, Dordrecht, Ağustos 2010.
- Emniyet Genel Müdürlüğü, Bilgi Teknolojileri ve Haberleşme Daire Başkanlığı, Projeler, KGYS, PTS, <https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojilerivehaberlesme>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).

- Erdoğan, Irmak, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Ceza Muhakemesinde Kişisel Veri Toplanmasına Etkileri*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul, 2021.
- Erman, R. Barış, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, in *Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Dergisi Özel Sayısı*, C. IX, S. 2, 2012, s. 447-480.
- European Center for Not-for-Profit Law, “Civil Society Open Letter On The Proposed French Law On The 2024 Olympic And Paralympic Games” <<https://ecnl.org/news/civil-society-open-letter-proposed-french-law-2024-olympic-and-paralympic-games>>, (Erişim Tarihi: 10.09.2024).
- Ferrara, Emilio, *Fairness and Bias in Artificial Intelligence: A Brief Survey of Sources, Impacts, And Mitigation Strategies*, 2023.
- Gerstner, Dominik, Predictive Policing in the Context of Residential Burglary: An Empirical Illustration on the Basis of a Pilot Project in BadenWürttemberg, Almanya, *European Journal for Security Research*, Cilt: 3, Sayı: 2, 2018.
- Grünwald, Clemens, “Vorsicht-die Polizei filmt mit”, *Datenschutz*, <https://www.datenschutz-notizen.de/vorsicht-die-polizei-filmt-mit-0910385/>, (Erişim Tarihi: 30.06.2024).
- Harari, Yuval Noah, *21. Yüzyıl İçin 21 Ders*, Çev. Selin Sıral, İstanbul, Kolektif Kitap, 17. Baskı, 2024.
- İçer, Zafer, “Yapay Zekâ Temelli Önleyici Hukuk Mekanizmaları- Öngörücü Polislik”, in *Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, İstanbul Barosu, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler, 2021, s. 29-47.
- İçer, Zafer ve Elif Dönmez, “Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 15, N. 43, 2020, s. 321-461.
- Jakobs, Günter, “Terroristen als Personen im Recht?”, *ZStW*, V. 117, I. 4, 2005, s. 839-851.
- Kannenber, Axel, “Deutsche Bahn will intelligente Videoüberwachung testen”, *Heise Online*, <https://www.heise.de/news/Deutsche-Bahn-will-intelligente-Videoueberwachung-testen-3631191.html>, (Erişim Tarihi: 24.06.2024).
- Kaya, Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, in Prof. Dr. İlhan Özyay’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 69, S. 1-2, 2011.
- Keçelioğlu, Elvan, “Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü”, in Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara, Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015, s. 627-638.
- Kempe, Lena, “Navigating the AI Employment Bias Maze: Legal Compliance Guidelines and Strategies”. *American Bar Association*, 10.04.2024, https://www.americanbar.org/groups/business_law/resources/business-law-today/2024-april/navigating-ai-employment-bias-maze/, (Erişim Tarihi: 17.08.2024).
- Kesim, Sevgi, *Gözetim Toplumu ve Toplumsal Meşruiyet*, Mimar Sinan Güzel Sanatlar Üniversitesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2007.
- Kızılırmak, Baran, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Adli ve Önleyici Amaçla Öngörülen İstisnaların Ulusal ve Uluslararası Hukuka Göre Değerlendirilmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 7, N. 2, 2019, s. 225-261.

- Kirkpatrick, Keith, "It's not the algorithm, it's the data", *Communications of the ACM*, C. 60, S. 2, s. 21-23, <https://dl.acm.org/doi/10.1145/3022181>, (Erişim Tarihi: 28.04.2024).
- Köksal, Tuğçe, "Yüz Tanıma Teknolojilerinin Temel Hak ve Özgürlükler Üzerindeki Etkileri", *in Yapay Zekâ Çağında Hukuk, Yapay Zekâ Temelli Teknolojiler*, İstanbul Barosu Yıllık Rapor, 2021, s. 47-60.
- Kruegle, Herman, *CCTV Surveillance: Analog and Dijital Video Practices and Technology*, Amsterdam, Boston, Elsevier Butterworth-Heinemann, 2007.
- Ozansü, Mehmet Cemil, "Düşman Ceza Hukuku: Kanundan Tedbirlere Geçiş", *in* Ozan Değer (Ed.), *Düşmanı Yargılamak*, İstanbul, Zoe Kitap, 2020.
- Özbek, Veli Özer, "Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, s. 57-89.
- Özkan, Halid, MOBESE izleme ve Kayıtlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, *Ceza Hukuku Dergisi*, S. 30, 2016, s. 63-103.
- Pelser, Eric, *Crime Prevention Partnerships: Lessons from Practice*, 2002.
- Roxin, Claus, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, Grundlagen Aufbau der Verbrechenslehre, 1. Auflage, Münih, 1992.
- Sieber, Ulrich, "Ceza Hukukunun Sınırları", Çev. Feridun Yenisey, *in Alman Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta, 2007, s. 173-228.
- Sözüer, Eren, "Öngörücü Kolluk Uygulamaları ve İnsan Hakları", *in Yapay Zekâ Çağında Hukuk*, Kasım 2020, <https://istanbulbarosu.org.tr/files/komisyonlar/yzcg/2020kasimbulten.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.12.2021).
- Sprenger, Johanna ve Dominik Brodowski, "'Predictive Policing', 'Predictive Justice' and the use of 'Artificial Intelligence' in the administration of criminal justice in Germany", *eRIDP*, s. 5-50, <https://www.penal.org/sites/default/files/files/A-02-23.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.10.2024).
- Stahie, Silviu, "AI-controlled Camera Follow Bald Referees's Head Instead of the Ball", *Bitdefender*, 04.11.2020, <https://www.bitdefender.com/blog/hotforsecurity/ai-controlled-camera-follows-bald-referees-head-instead-ball/>, (Erişim Tarihi: 03.09.2024).
- Temel, Ali, *Suçun Önlenmesinde MOBESE Uygulaması*, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009.
- Töngür, Ali Rıza *et al.*, *Önleyici Polislik Tedbirleri*, Polis Akademisi Yayınları: 176, Rapor No: 79, 2022.
- Turgut Bilgiç, Ezgi, "Halka Açık Alanlarda Video Gözetim Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması: Fransa Örneği", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13 (2), 2023, s. 414-457.
- Ünver, Yener, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*, Ankara, Seçkin, 2003.
- Walter L. Perry *et al.*, *Predictive Policing: The Role of Crime Forecasting In Law Enforcement Operations*, RAND Safety and Justice Program, 2013.

Williams, Robert, "I did nothing wrong. I was arrested, anyway", *ACLU*, 17.07.2021, <https://www.aclu.org/news/privacy-technology/i-did-nothing-wrong-i-was-arrested-anyway>, (Erişim: 03.09.2024).

Yenisey, Feridun, *Kolluk Hukuku*, İstanbul, Beta, 2015.

Yıldırım, Emre, *CCTV: Dünü, Bugünü, Yarını*, Ankara, Arkadaş Basım, 2013.

Yazar Hakkında / About the Author

**Dr. Öğr. Üyesi Buket ABANOZ ÖZTÜRK | İstanbul Ticaret Üniversitesi |
baozturk[at]ticaret.edu.tr | ORCID: 0000-0002-1886-2595**

Dr. Öğr. Üyesi Buket Abanoz Öztürk, 1991 yılında İstanbul'da doğdu. 2013 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Aynı yıl başladığı İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku yüksek lisans programını, *"Kamusal Alanda Kameralı Gözetlemenin Suçun Önlenmesindeki Etkisi ve Elde Edilen Delillerin Hukuka Uygunluğu Sorunu"* başlıklı teziyle 2015 yılında tamamladı. Bu tez, gözden geçirilmiş haliyle On İki Levha Yayıncılık tarafından kitap olarak yayımlandı. Doktora eğitimini İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı'nda *"Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Hata"* başlıklı teziyle 2022 yılında tamamladı. Yüksek lisans çalışmaları kapsamında, 2014 yılında Erasmus bursu ile Almanya'nın Gießen şehrinde bulunan Justus Liebig Üniversitesi'nde; doktora araştırmaları kapsamında ise 2020 yılında TÜBİTAK bursu ile Almanya'nın Freiburg şehrindeki Max Planck Ceza Hukuku Enstitüsü'nde misafir araştırmacı olarak bulundu. 2023 yılından bu yana, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda doktor öğretim üyesi olarak görev yapmaktadır. Lisans seviyesinde Ceza Hukuku (Özel Hükümler), Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kriminoloji; yüksek lisansta ise Yapay Zekâ ve Ceza Adaleti derslerini vermektedir.

**Asst. Prof. Dr. Buket ABANOZ ÖZTÜRK | Istanbul Commerce University |
baozturk[at]ticaret.edu.tr | ORCID: 0000-0002-1886-2595**

Assistant Professor Buket Abanoz Öztürk was born in Istanbul in 1991. She graduated from Istanbul University Faculty of Law in 2013. She began her master's degree in Public Law at the Istanbul University Institute of Social Sciences in the same year, completing her thesis in 2015, "The Effect of Video Surveillance in Public Spaces on Crime Prevention and the Problem of the Legality of the Obtained Evidence." A revised version of this thesis was published as a book by On İki Levha Publishing. She completed her doctoral studies at the Istanbul University Public Law Doctoral Program in 2022 with her thesis titled "Error in the Material Conditions of Legality Reasons." As part of his master's studies, he was a visiting researcher at Justus Liebig University in Giessen, Germany, on an Erasmus scholarship in 2014. As part of his doctoral research, he was a visiting researcher at the Max Planck Institute for Criminal Law in Freiburg, Germany, on a TÜBİTAK scholarship in 2020. Since 2023, he has been an assistant professor in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Istanbul Commerce University's Faculty of Law. He teaches undergraduate courses in Criminal Law (Special Provisions), Criminal Procedure Law, and Criminology, and graduate courses in Artificial Intelligence and Criminal Justice.

GÜNEY KORE CEZA HUKUKU'NDA RİSK TOPLUMUNDA OTONOM ARAÇLAR¹

Prof. Dr. Moon-Ho SONG

Jeonbuk Ulusal Üniversitesi

Özet

Otonom Araç, “yüksek riskli” yapay zekâ kategorisine giren yeni bir yapay zekâ türüdür ve henüz genel kamuoyu tarafından güvenlik açısından yeterince test edilmemiştir. Bu nedenle tehlike yaratma potansiyeli yüksektir. Bu sebeple, sıradan otomobillerde olduğu gibi, ceza hukuku şartlarını karşılamayan izin verilebilir risk ilkesinin kolayca uygulanması mümkün değildir. Yaptırım aracı olarak devletin en güçlü ceza gücünü kullanan ceza sorumluluğunu tanımanın gerekleri ve önkoşulları, özel hukuk sorumluluğuna kıyasla çok daha katıdır ve ceza hukukunun aceleci şekilde devreye girmesi, otonom araç teknolojisinin ve sektörünün engelleme ihtimali barındırmaktadır. Bununla birlikte, eğer otonom araç işletmecilerinin üstlendiği tazminat maliyetleri, idari kurum tarafından getirilen yönetim ve denetim yükümlülüklerinin maliyetlerinden daha düşük olursa, işletme şirketlerinin yanlış kararlarını engellemenin bir yolu kalmayacaktır. Öncelikle, devletin hukukî menfaatleri koruma misyonu gereğince, idari kurumların otonom araçlarla ilgili aktörlere sıkı yükümlülükler getirmesi ve bu yükümlülüklerle aykırılıklar için yaptırım hükümleri tesis etmesi suretiyle kurumsal güvenliği sağlaması gerekmektedir. Yetkili idari kurumun düzenlemesi gereken ilk genel kural, üreticilere risk yönetimi ve denetim yükümlülükleri getirmektir. Kaza meydana getirme ihtimali yüksek bir kusur tespit edilirse veya güvenliğin tehlikeye girmesi söz konusu olursa, üretimin durdurulması veya geri çağırma gibi gerekli önlemleri almak zorunlu olmalı, bu yükümlülüğe uymamaya ilişkin yaptırım hükmü bulunmalıdır. Bir üretici, riskleri önceden bertaraf etme görevini ihmal eder veya gerekli önlemleri almazsa ve bu nedenle bir kaza meydana gelirse, ihmal yoluyla ceza sorumluluğu tanınabilir. 1981’den bu yana Kore, Trafik Kazalarının İşlenmesi Hakkında Özel Kanun çerçevesinde, trafik kazalarına ilişkin ceza sorumluluğunu büyük ölçüde özel hukuk davasına dönüştürmüş ve sorumluluk sigortası yoluyla çözmüştür. Kanuna göre, tarafların anlaşması veya kapsamlı sigorta poliçesi mevcutsa malvarlığı zararları cezalandırılmamaktadır. Bununla birlikte, kişisel kazalarda taksirle ölüme sebebiyet verilmesi her zaman cezalandırılmaktadır. Ancak, orta şeridi ihlal etme, kırmızı ışık ihlali, kazadan kaçma, alkol testinde başarısız olma, ağır bedensel zarar verme ve sigorta primlerini ödememe gibi 12 rezerv hüküm kapsamında olan durumlarda cezalandırma yapılmaktadır. Ayrıca, kazadan sonra kaçan veya gerekli önlemleri almayan failler her zaman cezalandırılmaktadır. Eğer Trafik Kazalarının İşlenmesi Hakkında Özel Kanun, otonom araç kazalarının özelliklerini yansıtabilecek şekilde revize edilirse, sigorta yoluyla çözümün mümkün olacağı düşünülmektedir. Ancak, otonom araçlara özgü genel bireysel sigorta sistemi henüz oluşturulmadığından, hâlihazırda bu özel hükümler uygulanmamaktadır. Fakat gelecekte, otonom araç kazalarına özgü bireysel sigorta sistemi kurulduğunda, Trafik Kazalarının İşlenmesi Hakkında Özel Kanun’da yapılacak değişikliklerle bu özel hükümlerin otonom araç kazalarına da uygulanması mümkün olacaktır.

Anahtar Kelimeler

Otonom Araç Hukuku, Tam Otonom Sürüş, Yapay Zekâ ve Risk Ceza Hukuku, Risk Yönetimi, Trafik Kazalarının İşlenmesi Hakkında Özel Kanun, Özel Hukuk ve Ceza Sorumluluğu

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Eren AKPINAR | Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

THE SOUTH KOREAN CRIMINAL LAW SYSTEM ON AUTONOMOUS VEHICLES IN THE RISK SOCIETY

Prof. Dr. Moon-Ho SONG
Jeonbuk National University

Abstract

Autonomous Vehicle is a new type of AI that falls under the category of “high-risk” AI and have not yet been sufficiently tested for safety by the general public, so they have a high potential for causing danger. Therefore, it is not possible to easily apply the legal principle of permissible risk, which does not meet the criminal law requirements, as in the case of ordinary cars. The requirements and prerequisites for recognizing criminal responsibility, which uses the strongest state punishment power as a means of sanction, are much more stringent than civil liability, and if criminal law intervenes hastily, there is a possibility that it could hinder autonomous vehicle technology and business. However, if the compensation costs borne by autonomous vehicle operators are lower than the management and supervision costs imposed by the administrative agency, there is no way to prevent wrong decisions by operating companies. First of all, in accordance with the state's mission to protect legal interests, administrative agencies must impose strict obligations on entities related to self-driving cars and establish penalty provisions for violations of these obligations to ensure institutional safety. The first general rule that the competent administrative agency must regulate is to impose risk management and supervision obligations on manufacturers. If a defect with a high probability of causing an accident is discovered or if safety may be threatened, it should be mandatory to take necessary measures such as stopping production or recalling, and there should be a penalty provision for non-compliance with the obligation. If a manufacturer neglects this duty to prevent risks in advance or fails to take necessary measures, resulting in an accident, it may be possible to recognize criminal liability for the omission. Since 1981, Korea has been largely converting criminal liability for traffic accidents into civil cases by resolving them through liability insurance based on the Special Act on the Handling of Traffic Accidents. According to the Act, property damage is not punishable if there is an agreement or comprehensive insurance is subscribed. In the case of negligent homicide in personal accidents, the punishment is always given. However, the following cases are punishable: If it falls under 12 reservation clauses, such as crossing the center line, running a traffic light, etc., fleeing an accident, failing a breathalyzer test, causing serious bodily harm, and failing to pay insurance premiums. In addition, offenders are always punished if they flee after an accident or fail to take the necessary measures. If the Special Act on the Handling of Traffic Accidents is revised to reflect the characteristics of accidents involving autonomous vehicles, it is thought that a solution through insurance will be possible. However, since general personal autonomous vehicle insurance for autonomous vehicles has not yet been launched, the special provisions of the Special Act on the Handling of Traffic Accidents are not currently applicable, but if a personal autonomous vehicle insurance system for autonomous vehicle accidents is established in the future, the special provisions may be applied to autonomous vehicle accidents through revisions to the Special Act on the Handling of Traffic Accidents.

Keywords

Autonomous Vehicle Act, Full Self Driving, Artificial Intelligence and Risk Criminal Law, Risk Management, Special Act on Traffic Accident Handling, Civil and Criminal Liability

1. Giriş

Otonom sürüş, araçların insan müdahalesi olmadan çalışmasını sağlayan teknolojileri ve sistemleri ifade etmektedir. Otonom sürüş, sensörler, kameralar, radar, LiDAR, GPS ve aracın çevresini gerçek zamanlı olarak yorumlayan ve yanıt veren sofistike yapay zekâ (AI) algoritmalarının bir kombinasyonu ile elde edilir². Otonom sürüş, genellikle SAE (Otomotiv Mühendisleri Topluluğu) standartlarına göre seviyelere ayrılmaktadır.

Şekil 1

Araç Otomasyonunun Aşamaları/Stages of Vehicle Automation

			Steering and acceleration/ deceleration	Monitoring of driving environment	Fail-back when automation fails (DDT fail-back)	Operational Design Domain
Human driver monitors the road	0	NO AUTOMATION				LIMITED
	1	DRIVER ASSISTANCE				LIMITED
	2	PARTIAL AUTOMATION				LIMITED
Automated driving system monitors the road	3	CONDITIONAL AUTOMATION				LIMITED
	4	HIGH AUTOMATION				LIMITED
	5	FULL AUTOMATION				UNLIMITED

Kore'de Hyundai Motor Company, LG Electronics, Samsung Electronics, SKT ve Naver Labs gibi şirketler alanlarında otonom araçlar ve otonom sürüş teknolojileri geliştirmişlerdir. 2016'dan itibaren ülke genelinde yaklaşık 440 adet Seviye 3 otonom araç pilot uygulaması gerçekleştirilmiş ancak bu araçlar güvenlik sorunları nedeniyle henüz ticarileştirilmemiştir. Seviye 4-5 otonom sürüş, bir test sürüşü ve güvenlik teşhisinin ardından 10 Haziran 2024 tarihinde ilk kez kamuya açık yollarda faaliyet izni almıştır. Bu otonom sürüş sisteminde, araç acil durumlarda kontrol merkezinden tele-sürüş ile kontrol edilmektedir³.

² Özetle, çevrenin algılanması için sensörler, kameralar, lidar, radar ve ultrasonik sensörler kullanılmaktadır; veri ve GPS ise doğru konum belirleme ve rota planlaması sağlar. Bağlanabilirlik sayesinde araçlar diğer araçlarla, altyapılarla ve yayalarla iletişim kurarak güvenlik ile verimliliği sağlar. Yapay zekâ, sürüş ortamını anlayarak en iyi sürüş rotasını planlar ve kendi yetenekleriyle güvenli bir şekilde aracı kullanır.

³ <https://www.youtube.com/watch?v=RhAW3zmA2v4>

Otonom sürüş teknolojisi, trafik kazalarını azaltma, trafik akışını iyileştirme ve engelliler/yaşlılar gibi araç kullanamayan kişilere hareket özgürlüğü sağlama konusunda trafikte devrim yaratma potansiyeline sahiptir. Ancak otonom araçların geniş ölçekte kullanılabilmesi için teknoloji, hukuk ve etik gibi çözülmesi gereken pek çok sorun bulunmaktadır. Tipik sorunlar arasında teknik açıdan güvenlik, bilgisayar korsanlığı, kazalarda yasal sorumluların tespit edilmesi ve etik açıdan tramvay ikilemi gibi sorunlar yer almaktadır.

Otonom araçlarla bağlantılı ceza hukuku meseleleri, bütün olarak ceza hukuku için temel ve karmaşık zorluklar teşkil etmektedir. Bu bağlamda ele alınması gereken tipik ceza hukuku tartışmaları şunlardır:

- Yürürlükteki karayolu trafik kanunları, farklı motorlu taşıt kanunları ile mevzuat değişiklikleri;
- Risk ceza hukuku ve genel ceza hukuku;
- İzin verilebilir risk;
- Nedensellik ve objektif isnadiyet;
- Otonom araçların işletilmesinde genel ihmal;
- Güven ilkesinin uygulanabilirliği;
- Otonom araçlardaki üretim hatalarından kaynaklanan kazalar için sorumluluk;
- Tüzel kişilik, vekalet doktrini, cezai sorumluluk ve otonom sürüşte Yapay Zekânın kusurluluğu;
- Otonom araç üreticileri için ürün sorumluluğunun ceza hukuku boyutu;
- Uzaktan operatör (Kaliforniya, ABD), teknik denetim (Almanya) ve belirli otomatik operatörler (Japonya) gibi risk kontrol-denetim yükümlülüklerine uyulmaması durumunda cezai sorumluluk;
- Tasarımcı, üretici, satıcı ve işletmecinin garantörsel yükümlülüğü ile ihmali suçun tespiti için gerekenler.

Ayrıca ceza hukukunda etik tramvay ikilemi zorunluluk hali ve hukuka uygunluk nedenleri ekseninde ele alınmış klasik bir konudur.

Özellikle, otonom araçların kaza sorumluluğunun kime atfedileceği meselesinde, araç üreticilerinin ve sürüş programlarının uzaktan işletilmesinden sorumlu kişilerin cezai sorumluluğu yeni bir düzeyde ele alınmalıdır. Bu nedenle, ürün sorumluluğunun hukuki temellerinin sadece medeni hukuk ve ticaret hukukunda değil, aynı zamanda ceza hukukunda da daha fazla geliştirilmesi gerekmektedir. Ancak düzenlemeler sadece üreticilerin kaza anındaki özel hukuk ve ceza hukuku sorumluluğunu vurgulayacak şekilde yapılırsa, otonom araç endüstrisi ve teknolojisi kaçınılmaz olarak küçülecektir. Otonom araç kullanıcıları ile üreticiler arasında yasal sorumluluğun uygun bir şekilde dağıtılmasını sağlamak için her zaman bir denge gözetilmelidir.

2. Kore’de Otonom Araçlarla İlgili Mevcut Yasalar ve Sorunlar

2.1. Otonom Araçlara İlişkin Mevcut Yasa ve Düzenlemelere Genel Bakış

Mevcut yasalar kapsamında, otonom araçlarla ilgili olarak “Otonom Araçların Ticarileştirilmesini Teşvik ve Destekleme Yasası” (bundan böyle “Otonom Araç Yasası” olarak anılacaktır)⁴, “Karayolu Trafik Yasası”, “Motorlu Araç Yönetimi Yasası” ve yakın zamanda yürürlüğe giren “Mobilite İnovasyon ve Canlandırma Destek Yasası” yer almaktadır. Otonom araçlara ilişkin düzenlemeler, motorlu araçlara yönelik güvenlik standartlarını gevşetmekte ve otonom araçların araştırma-deneme amaçlı kullanımını teşvik etmek üzere pilot bölgeler oluşturmaktadır. Karayolu Trafik Yasası, otonom sürüş sistemi, otonom araç tanımını ve otonom araç sürücülerinin uyması gereken gereklilikleri ortaya koyar. Motorlu Araç Yönetimi Yasası, güvenli çalışma gerekliliklerini karşılayarak otonom araçlar için geçici işletme ruhsatı sağlar. “Motorlu Araçlar ve Otomobil Parçalarının Performans ve Standartlarına ilişkin Hükümet Kuralları” (bundan böyle Otomobil Kuralları olarak anılacaktır), yarı otonom sürüş sistemleri (Seviye 3) için güvenlik standartları oluşturarak otonom araçların ticarileştirilmesini hazırlamaktadır.

Düzenlemeler arasında Otonom Araç Yasası, otonom sürüş seviyesini tanımlamış, Motorlu Araç Yönetimi Yasası m. 2/1-3’e göre ise otonom araçlar “sürücü veya yolcuların kullanımı olmaksızın otonom olarak çalıştırılabilen araçlar” olarak belirtilmiştir. Bu araç türleri (m. 2), temelde “yarı otonom araçlar” ve “tam otonom araçlar” olarak ikiye ayrılmaktadır. Yarı otonom araçlar SAE standartlarına göre seviye 3 olup, insan müdahalesine ihtiyaç duyan bir başka ifadeyle sadece otonom araç sistemiyle çalışmayan veya sürücünün devamlı olarak gözetimini gerektiren araçlardır (m. 2/2-1). Tam otonom araçlar ise yalnızca otonom sürüş sistemi ile çalıştırılabilir ve sürücüye ihtiyacı olmadığı gibi, insan müdahalesini de gerektirmez (m. 2/2-2). Bu da SAE standartlarının en az 4-5 seviyesindeki otonom sürüş seviyesine eşdeğer olarak yorumlanmaktadır.

Karayolu Trafik Yasası, ayrıca sürücü veya yolcuların müdahalesine gerek kalmadan çevre ile yol bilgilerini otonom olarak tanıyabilen ve değerlendirebilen otonom sürüş sistemiyle (m. 2/18.3) donatılmış bir aracı da araç olarak tanımlamaktadır. Buna ek olarak, “sürüş” terimi, direksiyon sistemleri veya otonom sürüş sistemlerinin kullanımı da dahil olmak üzere, bir aracın karayolunda orijinal kullanım amacına uygun olarak kullanılmasını ifade etmektedir (m. 2/26). Sürücünün doğrudan araç kullanmasını gerektiren yarı otonom sürüş (Seviye 3) durumunda, sürücü Karayolları Trafik Yasası’nın 50.2. maddesinin 1. paragrafında belirtildiği şekilde otonom bir aracın sürücüsü için öngörülen uyum gereklilikleri de dahil olmak üzere, sürücü olarak özen yükümlülüğünden sorumludur. Sonuç olarak bir kaza meydana gelirse, kişi, kasten veya taksirle işlenmesine bağlı olarak ölüm, yaralama, hasar veya mesleki ihmalden ceza hukuku bakımından sorumlu olabilir.

Şu anda motorlu taşıtlar, yalnızca Motorlu Araç Yönetimi Yasası’nın 5. maddesine göre araç tescil siciline kaydedildikten sonra işletilebilmektedir. Test/araştırma amaçlarıyla otonom araç kullanmak isteyenler, izin konusu, arıza tespit-uyarı cihazı, işlev devre dışı bırakma cihazı ve kullanım alanıyla ilgili güvenli işletim gerekliliklerini karşılayarak Bölge ve Ulaştırma Bakanlığı’ndan aldıkları geçici işletme izniyle otonom bir aracı kullanabilirler (m.

⁴ Yönetmelik, 30 Nisan 2019 tarihinde yayımlanmış ve 1 Mayıs 2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

27/1). Ancak buna ek olarak araçların, otonom sürüş işlev cihazında arıza meydana geldiğinde sürücüyü tanıyan ve uyarıcı cihazla, otonom sürüş işlevinin devre dışı bırakılmasını sağlayan düzenekle, yaşlılar ve trafik açısından risk altındaki kişilerin güvenliğini sağlamak için otonom sürüş işlevlerinin kullanımını yasaklayan düzenlemeyle, sürüş bilgisi kaydedicisiyle, aracın otonom araç olduğunu belirten işaretlerle, güvenlik işleviyle ve aracın güvenli işletimi için gerekli diğer aygıtlarla donatılması gerekir (Motorlu Araç Yönetim Yasası Uygulama Kuralları m. 26/2).

Otomotiv yönetmelikleri, “yarı otonom sürüş sistemleri” için geçerli güvenlik standartlarını ayrı bir ekte belirttiğinden (m. 111/3), otonom sürüş sistemlerinin de güvenlik standartlarına uyması gerekir. Yarı otonom sürüş sistemi, Seviye 3 otonom sürüş karşılık gelmektedir. Bu seviyede araç bakım fonksiyonları, sürücü izleme ve kayıt cihazları için teknik olarak ayrıntılı gereklilikler bulunmaktadır (Ek 27). Ancak sürüş geçişi gereklilikleri için standart olarak Seviye 4’ün üzerindeki otonom sürüş için herhangi bir düzenleme yoktur.

2.2. Otonom Araçlara İlişkin Mevcut Mevzuatla İlgili Sorunlar

Mevcut yasal düzenlemelerin yalnızca 4. seviye otonom araçlar için geliştirilip tamamlanması yeterli değildir. Aynı zamanda gelecekte tamamen otonom araç endüstrisinde ortaya çıkabilecek çeşitli sorunları da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Seviye 4 otonom sürüş sistemi, acil durumlarda bile sürücünün devralmasına gerek kalmadan otonom sürüş modunda minimum risk durumunu kendisinin gerçekleştirdiği seviyedir. Ancak yürürlükteki mevzuatta otonom araç tanımı konusunda bir çelişki bulunmaktadır. Otonom Araç Yasası, Otomobil Kuralları ve alt düzenlemeler, otonom aracı sürücü veya yolcuların müdahalesi olmadan çalışabilen araç olarak tanımlar. Ancak mevcut Karayolu Trafik Yasası, bir otomobil veya tramvay sürücüsünün direksiyon, fren sistemi ve diğer donanımları doğru bir şekilde kullanımını öngörmektedir (m. 48/1). Bu da yukarıda ifade edilen otonom araç tanımıyla çelişmektedir.

Karayolları Trafik Yasası, sürücünün görevlerini Bölüm 4’te düzenlemektedir. Otonom bir aracın sürücüsü dahi belirtilen bu görevlere uymak zorundadır. Ancak otonom sürüş sistemi ile sürüş durumunda, cep telefonu kullanma yasağı (m. 49/10), yayın gibi video görüntüleme cihazlarından görüntü gösterme yasağı (m. 49/11) ve video izleme cihazlarını çalıştırma yasağı (49/11) geçerli değildir. Bununla birlikte, teknik olarak sürücünün müdahalesine ihtiyaç duymayan seviye 4 ve seviye 5 otonom araçlarda insan sürücüsü bulunmaması muhtemeldir. Otonom araçlar da araç niteliğinde olduğundan, mevcut Karayolu Trafik Yasası’ndaki sürücü ve sürüş kavramları kapsamına girmektedirler. İnsan sürücüsü olmadan seviye 4-5 otonom bir aracın çalıştırılmasıyla birlikte trafik kazası meydana gelmesi halinde, Ceza Kanunu’nun 268. Maddesi kapsamındaki taksirle yaralama veya öldürme suçlarını tespit etmek zorluk teşkil edebilir. İnsan sürücü olmasa bile, Karayolları Trafik Yasası’ndaki sürücü ve araç kullanma kavramının korunup korunmayacağı sorusu halen devam etmekte olup, yeni bir tartışma yapılması gerekmektedir.

Seviye 3 ve 4 otonom araçlar, çeşitli işlevsel gereksinimleri yerine getirdikleri sürece her yolda işletilebilir. Bu gereksinimler, Motorlu Taşıt Yönetim Yasası Uygulama Kurallarının 26/2. maddesi ile Bölge ve Ulaştırma Bakanlığı tarafından bildirilen otonom araçların güvenli işletimi ve test sürüşlerine ilişkin kurallarda belirlenmiştir. Ancak Otomobil Kuralları

hükümlerinde seviye 4 otonom araçlar için herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu aşamadaki araçların ticari olarak satılmasına henüz izin verilmemektedir. Buna ek olarak, seviye 3 ve 4 otonom araçların ticarileştirilebilmesi için, Karayolu Trafik Yasası kapsamında her bir otonom sürüş modu için sürücünün özen yükümlülüğünün gevşetilmesi ve otomobil düzenlemelerinde oturma düzenine ilişkin standartların gözden geçirilmesi tartışılmalıdır.

Öte yandan, otonom araçların sorunsuz bir şekilde geliştirilmesi, işletilmesi için büyük miktarda veri toplamak ve bunları analiz etmek gerekir. Bu bağlamda, güncellenmiş Kişisel Verilerin Korunması Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle (kısmen 14 Mart 2023 tarihli 19234 sayılı Yasa ile değiştirildi), veri toplama konusunda ilerlemeler kaydedilmiştir. Bir otonom araç, kamerayla yol bilgilerini toplarken yayanın yüzünü ve plaka numarasını, videosuna anonimleştirmeden (pseudonymization) kaydederse, eski Kişisel Verilerin Korunması Yasası'nın ihlal edilmesi sorunu ortaya çıkabilirdi. Ancak, yeni Kişisel Verilerin Korunması Yasası'na (m. 25/2) göre, otonom araçlar gibi mobil video bilgi-işleme cihazları, ilgili kişinin açık itirazı olmadığı sürece, yol bilgilerini yasal olarak toplayabilir. Bu durumda, kaydedilme durumunun açıkça belirtildiği ve bilgilendirildiği hallerin mevcut olması şarttır. Ayrıca, yeni yasanın gözden geçirilmiş uygulama yönetmeliği, mobil görüntü bilgi işleme cihazının kayıt yönteminin niteliği nedeniyle, video kaydının varlığını bildirmeyi zorlaştıran durumlarda kaydın varlığını web sitesi aracılığıyla duyurmaya da izin vermektedir⁵.

Daha önce belirtildiği gibi, mevcut hukuk sistemi otonom araçlar açısından esasen otonom sürüşün 3. seviyesinde sıkışmış durumdadır. Bu seviyede sürücü ve otonom sürüş sistemi, rolleri paylaşmaktadır. Otonom araçların işletim gereksinimleri açısından 3. seviye otonom sürüşle ilgili düzenlemelerin mevcut yasalar çerçevesinde belirli ölçüde hazırlandığı söylenebilir. Buna rağmen 4. ve 5. seviye otonom sürüş için hukuk sisteminin tamamlanması gerekmektedir. Birçok ülke, SAE seviye 4-5 otonom araçların ticarileştirilmesi amacıyla düzenlemeler hazırlamaktadır. Kore, Bölge ve Ulaştırma Bakanlığı ile Ulusal Polis Teşkilatı'nın "Tam Otonom Sürüş Çağı için Yol Güvenliğini Teşvik Stratejisi"ni duyurarak önümüzdeki birkaç yıl içinde adım adım otonom araçların güvenli çalışması yoluyla yol güvenliğini sağlamaya yönelik bir planı teşvik etmektedir.

3. Seviye 4 ve Seviye 5 Otonom Araçlarla İlgili Ceza Hukuku Meseleleri

Otonom araç, derin öğrenme algoritmasına dayalı otonom sürüş sistemi tarafından kontrol edilen bir otomobildir. Sensörler aracılığıyla dış çevreyi tanımak, derin öğrenme algoritmaları ve takviye öğrenme yoluyla sorunları çözmenin yolunu bulmak için tasarlanmıştır. Otonom araçlar, otomotivle ilgili mevcut hukuk sistemine uymakla birlikte, yapay zekâ tabanlı operasyonlarının doğası gereği yeni bir ceza hukuku perspektifini gerektirmektedir. Otonom araçların neden olduğu kazalar, sürücüler, üreticiler ve satıcılar

⁵ Kişisel Verilerin Korunması Yasası Uygulama Yönetmeliği'nin 27. maddesi 2. fıkrası 1. bendine ve Yasa'nın 25. maddesi 2. fıkrasına göre, bir kişi veya ona bağlı bir nesne, mobil görüntü bilgi işlem cihazıyla görüntülenirse, ilgili kişi ışık, ses, bilgi panoları, rehberler, anonslar veya diğer eşdeğer araçlar/yöntemlerle kolayca çekim yapıldığını fark edebileceği bir şekilde bilgilendirilir. Ancak drone ile hava çekimi gibi çekim yönteminin niteliğinden dolayı ilgili kişiyi çekim hakkında bilgilendirmenin zor olduğu durumlarda, bu durum Koruma Komitesi tarafından oluşturulan internet sitesinde bir bildiri yayınlanarak duyurulabilir (12.09.2023 tarihli yeni düzenleme).

gibi birden fazla kişinin müdahalesinden kaynaklandığından, her bir bileşenden kaynaklanan nedenlere ve sürüş otomasyonunun aşamasına bağlı olarak farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu nedenle, olası her kaza türü için cezai sorumluluğun konusunun, yasal dayanağının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Seviye 4-5 otonom aracın işletilmesi sırasında kaza olması halinde, üreticinin sorumluluğunu tanıyan⁶ veya otonom sürüş sisteminin sorumluluğunu tanıyan⁷ ya da herhangi bir kişiyi cezai olarak sorumlu tutmanın zor olduğu görüşünü savunan⁸ fikirler bulunmaktadır. Yapay Zekânın otonom sürüş sistemi olarak yargılanması durumunda, Yapay Zekânın kişi gibi otonom araçların işleyişine hâkim olup olmadığı ve trafik kazasından sorumlu olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca otonom sürüş sistemlerinde, bunların eylemlerinin anlamını anlayıp anlayamayacağı, eylemlerinin yasal sonuçlarının farkına varıp varamayacağı ve hukuka aykırı davranmayı seçenler için kusurluluğunun kabul edilip edilemeyeceği de tartışmalıdır.

Mevcut Kore Ceza Hukuku sistemine göre, insan sürücü müdahalesi olmaksızın otonom bir yapay zekâ aracının gerçekten sürüşü yönettiğini ve kontrol ettiğini söylemek zordur. Almanya, 2021 yılında Karayolu Trafik Yasası'nı değiştirerek seviye 4 araçların halka açık yollarda kullanımını mümkün kılmış ve teknik bir denetim sistemi getirmiştir. Japonya ise 2022 yılında Karayolu Trafik Yasası'nı değiştirerek, sürücü temel alınarak oluşturulmuş mevcut "sürüş" kavramını "belirli otomatik işletim" kavramıyla değiştirmiştir. Otomatik işletim operatörü, denetleyici ve saha çalışanı için üç aşamalı bir sorumluluk sistemi oluşturmuştur. Ülkeler, seviye 4 otonom sürüş için yasama çalışmalarına başlamış olsalar da, geliştiricilerin özen yükümlülüğünün kapsamı, güven ilkesi ve taksirli suçlular açısından öngörülebilirlik derecesi gibi ayrıntılı konularla birlikte zorunluluk hali gibi hususlar hâlâ tartışılmaktadır. Bu konularda net bir çözüm sunulmamıştır.

Bu nedenle, yeni bir ceza hukuku öğretisi oluşturmak yerine, medeni hukuktaki tazminatın güçlendirilmesi yönünde bir eğilim bulunmaktadır. Aynı zamanda otonom araçların işletiminde trafik güvenliğini sağlamak ve otonom sürüş sistemlerinin kullanımında

⁶ Seyoung Park, "Zuweisung der Verantwortung für Unfälle mit autonomen Fahrzeugen und Verbesserung der Verkehrsgesetzgebung - mit Schwerpunkt auf den Empfehlungen des neuen Autonomous Vehicle Act im Vereinigten Königreich", *Bobhaknonchong* 42, no. 4 (2022): 160; Sangkyun Bae, "Ein Überblick über die zivil- und strafrechtliche Haftung im Zuge der Entwicklung der autonomen Fahrzeugtechnologie - mit Schwerpunkt auf Diskussionen in Japan" *Bobjo*, no. 724 (2017): 33; Han Sunghoon, "A Study on Criminal Liability in the Technology Stage of Autonomous Vehicles", *Criminal Law Review* 32, no. 3 (2020): 292; Üreticinin mevcut yasalara ve teknik standartlara uygun olarak üretim yaptığı durumda taksir nedeniyle sorumlu tutulamayacağı, üreticinin Ceza Kanunu'na göre ürün sorumluluğu düzenlemesi ile sorumlu tutulması gerektiğini ilişkin görüş için bkz. Hyungjoon Kim, "Criminal Liability for Autonomous Vehicle Traffic Accidents", *Central Law Review* 19, no. 4 (2017): 72.

⁷ Seviye 4'ten itibaren sürücünün artık gerçek kişi olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle cezai sorumluluğun yüklenemeyeceği varsayımıyla gelecekte otonom yapay zekâ araçlarının cezai sorumluluğa tabi olabileceği tartışması için bkz. Youngseok Yoon, "Imputed Subject of Criminal Liability Arising from the Operation of Autonomous Vehicles", *Hongik Law Review* 20, no. 1 (2019): 536.

⁸ Jongyoung Lee and Jeongim Kim, "Legal Issues in the Operation of Autonomous Vehicles", *Central Law Review* 17, no. 2 (2015): 167-174. Yazarlar, sürücüler hakkında özen yükümlülüğünden muaf oldukları için Karayolları Trafik Yasası kapsamındaki görev ihlallerine bağlı ceza yaptırımlarının uygulanamayacağını ifade etmektedir. Üreticiler bakımından ise Ürün Sorumluluğu Yasası kapsamında herhangi bir ceza bulunmadığını, (değiştirilse dahi) imalat sürecinin karmaşıklığı göz önüne alındığında imalat hatalarına ilişkin sorumlu belirlenemeyeceğinden kişilere sorumluluk yüklemenin uygun olmadığını savunmaktadırlar.

sürücüyü⁹ sorumluluktan muaf tutmak amacıyla, Almanya ve Japonya'da olduğu gibi otonom sürüş için belirli bir denetçi, teknik denetçi ya da uzaktan operatör gibi yeni kavramların¹⁰ tanıtılması yönünde yasama eğilimleri vardır.

ABD'de, Tek Tip Eyalet Yargı Komisyonu'na ilişkin Araçların Tekdüze Otomatik Çalıştırılması Yasası'nın henüz yürürlüğe girmemiş olması, bağımsız bir cezai sorumluluk makamı bulmanın kolay olmadığını göstermektedir¹¹.

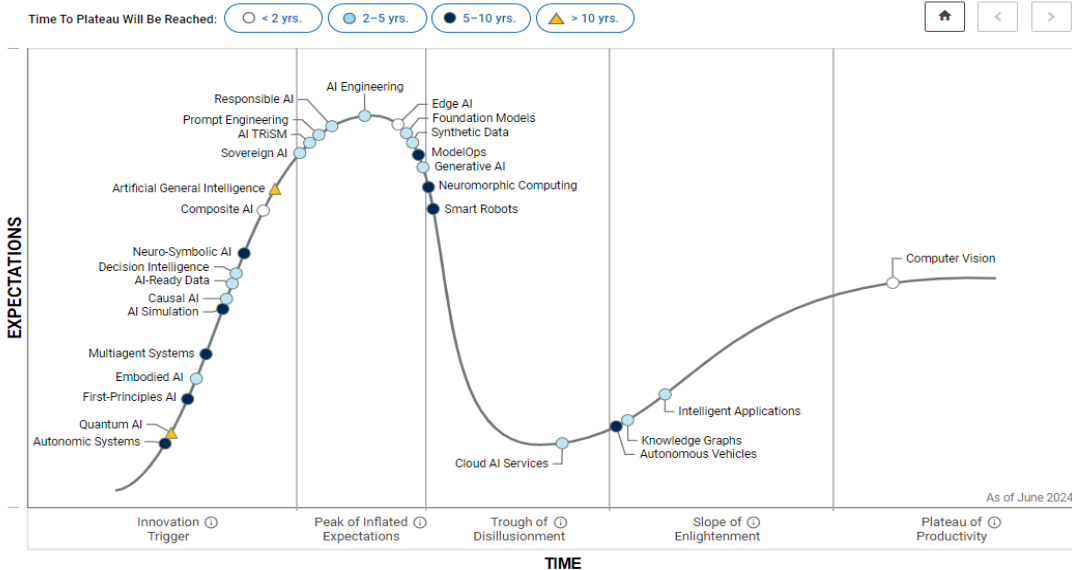
4. Otonom Yapay Zekâlı Araçlar ve Risk Ceza Hukuku

4.1. Yapay Zekâ ve Risk Ceza Hukuku

Diğer otomobil üreticileri araçlarına bilgisayar entegre etme yöntemlerini düşünürken, Tesla lider bir şirket olarak başından beri FSD'ye (tam otonom sürüş) yani tekerleklerdeki yapay zekâ üzerine yoğunlaşmıştır. Tesla'nın bu yaklaşımı daha sonra diğer otonom araç üreticilerinin düşünce biçimini değiştiren bir fırsat haline gelmiştir. Genel olarak herkes yapay zekâ çağının başladığı ve gelecekte de etkileyici bir şekilde gelişmeye devam edeceği konusunda hemfikirdir. Şu anda, küresel büyük teknoloji şirketlerinin yapay zekâyâ, özellikle jeneratif yapay zekâ alanına yönelik rekabetçi-agresif yatırımları yeni zirvelere ulaşsa da, çoğu henüz beklenen ekonomik faydayı sağlayamamıştır.

Şekil 2

Gartner Hype Döngüsü ve Yapay Zeka/*The Gartner Hype Cycle and Artificial Intelligence*



⁹ ABD'nin Kaliforniya eyaletinde uzaktan operatör kavramı yeniden tanımlanmıştır.

¹⁰ Park Junhwan, "Analyse der legislativen Trends und Fragen im Zusammenhang mit autonomen Fahrzeugen in Korea und im Ausland", *NARS Legislative Policy*, no. 127 (2023): 54.

¹¹ Lee Seungjoon, "Ausländische Gesetzgebungstrends und -richtungen zur strafrechtlichen Haftung bei Unfällen autonomer Fahrzeuge der Stufe 4", *Journal of Comparative Criminal Law* 25, no. 2 (2023): 93.

Gartner Hype Döngüsü, teknolojik yeniliklerin gerçek risklerini ve fırsatlarını anlamana yardımcı olmaktadır. Buna göre, her teknolojik devrim döngüsü beş aşamadan oluşur¹². Şu anda Yapay Zekâya yapılan yatırımlar bir silahlanma yarışına benzemektedir. Kriz hazırlığı niteliğindeki teknolojik rekabet, kaçınılmaz olarak hayal kırıklığı aşamasında test edilecektir. Gartner Hype Döngüsü'ne göre, otonom araçlar şu anda "hayal kırıklığı vadisi" aşamasındadır¹³. İnsanlar gibi yorulmadan/sıkılmadan mekanik görevleri sonsuza kadar tekrarlayabilme yeteneği nedeniyle yapay zekâ, robotik gibi modern endüstrilerde çeşitli şekillerde kullanılmak üzere teknolojik gelişime entegre edilmiştir. Bazı insanlar, yeni zirve teknolojileri ve teknokratizm umuduyla dolu parlak bir gelecek hayalini kurmaktadır. Diğerleri ise Yapay Zekânın birçok bilim kurgu filminde olduğu gibi insanları bir gün açacağı ve onlara hâkim olacağı korkusunu dile getirmektedir. Bu çelişkili tutum, Yapay Zekânın yalnızca önceden programlanmış ve otomatik işletim düzeyinin ötesine geçme potansiyeline, insanın içsel özgür iradesine karşılık gelen belirsizlik seviyesine ulaşabileceği korkusundan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle yapay zekâ, yalnızca belirli bir şekilde çalışan kapalı bir sistem değildir; dış bilgileri bağımsız olarak algılayabilen ve kendi yargılarını oluşturabilen açık bir makinedir. Bu, Yapay Zekânın insanın tahmin etmesinin giderek zorlaştığı yönde kararlar alıp hareket edebilmesine imkan tanımasını sağlar.

Günümüzde korkutucu hızla gelişen ve tahmin edilmesi güç olan yapay zekâ sistemleri, dünya genelinde karmaşık, sıkı şekilde birbirine bağlı bir yapı sergilemektedir. Bu bağlamda, küçük hatalar veya arızalar, tahmin edilmesi güç zincirleme kazalara dönüşebilir. Büyük ölçekte zararlar meydana getirebilir. Bu risk, modern toplumun bireysel ya da yerel bir fenomeni olmanın ötesinde, küresel bir kriz niteliğindedir¹⁴.

Yapay zekâ teknolojisi, küresel ölçekte bağlantılı olduğu için, zarar türü ve boyutu tahmin edilmesi güç olan çok çeşitli risklere maruz kalmaktadır. Bu nedenle, durumu "yapay zekâ risk toplumu" olarak nitelendirmek mümkündür¹⁵.

¹² <https://www.seldon.io/the-significance-of-ai-engineering-in-the-gartner-hype-cycle-for-artificial-intelligence-2024-report>.

¹³ 1. İnovasyonun tetikleme aşaması, bir olayın insanların dikkatini çekmesiyle (yeni bir ürünün piyasaya sürülmesi gibi) başlar. ChatGPT buna bir örnektir.

2. Aşırı beklentilerin zirveye ulaştığı aşama, yeni bir ürüne olan ilginin arttığı ancak yeniliğin ihtiyaç duyulanı sunabileceğine dair fazla beklentiyle birlikte kanıtların eksik olduğu bir dönemdir.

3. Hayal kırıklıkları vadisi, başlangıçta yaşanan coşkun azalmasıyla birlikte erken benimseyenlerin performans sorunları ve düşük ROI (Yatırım Getirisi) bildirmeye başladığı aşamadır. Bu aşamada neredeyse tüm inovasyonların başarısı, başarısızlığı ve pratik uygulaması büyük ölçüde belirlenir. Örneğin, 3D yazıcı teknolojisi bu hayal kırıklığı aşamasında zorluklar yaşamaktadır. İlk akıllı telefon olan IBM Simon, 1992'de piyasaya sürülmüştür ancak halk tarafından çok bilinmediğinden ve bir uygulama mağazası olmadığı için satışı düşük kaldı. Bu da ekosisteminin oluşmamasına yol açtı. Daha sonra 1996'da Nokia akıllı bir telefon üretti. 2007'de ise ilk nesil devrim niteliğindeki iPhone, uygulama mağazası (App Store) ve iTunes ekosistemi ile birleşerek akıllı telefon pazarında lider konuma geldi.

4. Aydınlanma aşaması, erken benimseyenlerin ilk avantajları görmeye başladığı ve başkalarının yeniliği işletmelerine nasıl uygulayabileceklerini anlamaya başladığı dönemi ifade eder.

5. Verimlilik platoları, daha fazla kullanıcının gerçek avantajlar gördüğü ve yeniliğin ana akım haline geldiği noktayı işaret eder.

¹⁴ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft – Auf dem Weg zu einer neuen Moderne*, trans. Sungtae Hong (2019), 44-56.

¹⁵ Ulrich Beck'in "Risikogesellschaft" (Risk Society) adlı kitabı, ilk olarak II. Dünya Savaşı sonrası biyokimya ve nükleer enerji risklerini ele alıyordu. Sonrasında küresel finans krizi ve 11 Eylül olaylarının ardından "iklim değişikliği", "küresel risk toplumu" kavramının merkezine yerleştirildi. Beck, 2015 yılında vefat ettiğinde,

Risk ceza hukuku teorisi, ceza hukukunun ikincillik ilkesi olan “nullum crimen, nulla poena sine lege” ilkesinin gözetilmesi gerektiğini belirten geleneksel ceza hukuku görüşünün ötesine geçmekte ve ceza hukukunun rutin-belirsiz risklere modern zamanlardan beri önleyici şekilde yanıt vermesi gerektiğini savunmaktadır¹⁶. Risk ceza hukuku genellikle çevre, uyuşturucu, terörizm ve nükleer enerji gibi geniş yelpazedeki büyük ölçekli riskleri hedef almaktadır. Yapay zekâ tabanlı otonom araçlar da öngörülemeyen çeşitli riskler ve ciddi kaza olasılıkları nedeniyle risk ceza hukukuna tabidir. Risk ceza hukuku, suçun işlenmesinden önceki aşamadaki eylemleri cezalandırarak “korkusuzca hayatta kalma güvenliğini” sağlamaya çalışmaktadır (erken müdahale)¹⁷. Bu çerçevede, risk ceza hukuku şu özelliklerle karakterize edilmektedir: (1) Mağdur olmaksızın suçların kapsamının genişlemesi; (2) Özel ceza hukukunun genişlemesi; (3) Soyut tehlikeli suçların kapsamının genişletilmesi; (4) Ceza hukukunun önceliği¹⁸.

Buna karşın, trafik ceza hukuku alanında, risk toplumunda cezaî sorumlulukların azaltıldığı görülmektedir. Oysaki araç kullanmak oldukça büyük risk taşımaktadır. Buna rağmen günlük yaşamda bu tehlikelere karşı korku duyulmamaktadır. Bireyler bu duruma alıştıkları için tehlike hissi olmaksızın alışkanlık olarak araç kullanmaya devam etmektedirler. Nihayetinde, riske verilen yasal tepki riskin seviyesine değildir. Risk duygusuna dayanmaktadır¹⁹. Toplumun otonom araçlarla ilgili risk duygusu, sürücünün bir insan değil, yapay zekâ olmasındandır. Otonom araçlar, risklerin rasyonel bir şekilde nasıl dağıtılabileceğine dair sosyal ve yasal bir değerlendirme gerektirmektedir.

4.2. İzin Verilen Risk, Risk Yönetimi ve Denetim Görevleri

Risk ceza hukuku, ceza müeyyidelerinin genişletilmesi sonucunu doğurduğundan, mevcut tüm risklerin düzenlenmesi mümkün olmamaktadır. Ceza hukukunun aşırı müdahaleleri, yenilikçi teknolojilerin ve toplumun gelişimini engelleyebilmektedir. Bu nedenle, toplumsal olarak kabul edilebilir risklerin kapsamını mümkün olduğunca net bir şekilde belirlemek ve izin verilen risklerin ötesinde kalan riskler için hukuki bir zemin oluşturmak önemlidir.²⁰ Sosyal yaşamın yasal çıkarlarını ihlal etme riski kaçınılmazdır. Ancak sosyal faydaları nedeniyle böyle bir riske belirli ölçüde izin vermek, izin verilen riskin yasal ilkesidir. Trafik suçları hukuku, izin verilen riskin yasal ilkesinin uygulandığı ve özen yükümlülüğünün kapsamının güven ilkesi ile sınırlandırıldığı temsili bir alandır. Yapay zekâ tabanlı otonom araçlar, her an hataya neden olma riski taşımaktadır. Söz konusu riskin büyüklüğü dikkate alınarak, ne kadar hatanın tolere edilebileceğine ilişkin yasal standartlar oluşturulmalıdır. Bu bağlamda, 2017 yılında Almanya’da Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı’nın Etik

“yapay zekâ” ve “otonom araçlar” gibi riskler henüz gündeme gelmemiştir. Ancak, o, “çalışmadan kaçış” sürecini ve olgusunu risk toplumunun özü olarak gördüğü için, bu görüşü günümüzde yapay zekâ ile daha net bir şekilde anlaşılmaktadır. Bundan dolayı yapay zekâ, “endüstri devrimi” ile değil, “risk toplumunun” daha yüksek bir versiyonu ile ilişkili bir fenomen olarak görülmelidir, <https://www.khan.co.kr/opinion/column/article/201603222107235>.

¹⁶ Byun, Jongpil, “Risk Society, Risk, and Response to Criminal Law – Focusing on the Current Stand and Trends of Domestic and International Debates”, *Journal of Comparative Criminal Law* 14, no. 2 (2012): 540 vd..

¹⁷ Kurt Seelmann, “Risikostrafrecht”, trans. Kim Younghwan, *Journal of Law* (Hanyang Uni.), no. 14 (1997): 346.

¹⁸ Ilsoo Kim and Bohak Seo, *Strafrecht AT*, (2018), 61.

¹⁹ Gilmo Gu, “Strafrechtliche Regelungen zu autonomen Fahrzeugen in einer Risikogesellschaft,” *Journal of Law* (Chosun Uni.) 27, no. 1 (April 2020): 7.

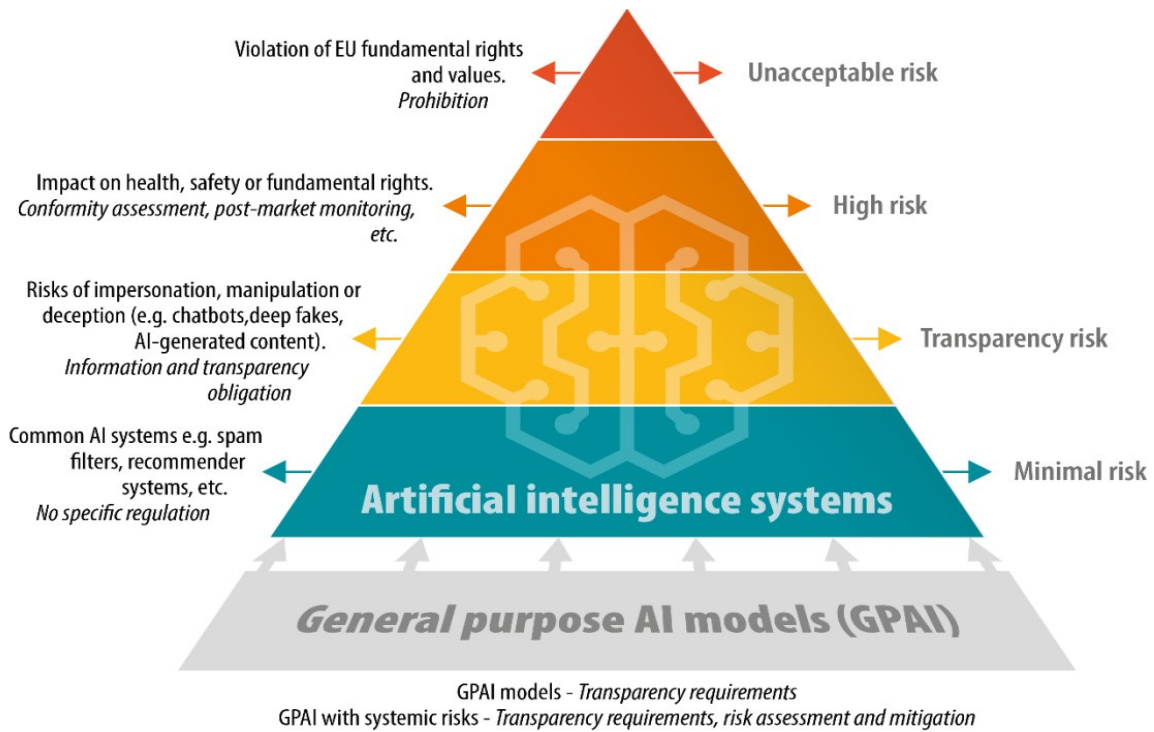
²⁰ İzin verilen risk ilkesinin, risk ceza hukukunun genişlemesini kontrol etmek için bir karşı ağırlık veya tampon görevi görmesi gerektiğine ilişkin görüş için bakınız, Kwanghoon Cho, “Development of the Theory of Allowed Risk in the Criminal Law of Risk”, *Yongsan Law Review* 11, no. 2 (2014): 74 ff.

Komitesi tarafından yayımlanan otonom sürüşe ilişkin 20 etik kuraldan, Kural 3 bu hususa ışık tutmaktadır: “Otomatize-bağılantılı sistemlerin kamu ulaşım alanında tanıtım ve onaylama sorumluluğu kamu otoritesine aittir. Sürüş sistemlerinin bu nedenle resmi onaya ve denetime tabi olması gerekir. Kazaların önlenmesi temel bir hedef iken, otomatik sürüşün benimsenmesi ile olumlu bir risk bilançosunun varlığı durumunda teknik olarak kaçınılmaz kalan kısıtlı riskler uygulamaya engel teşkil etmemektedir.”

Topluma sağlanan fayda ve kolaylıkların, ortaya çıkan riskle orantılılık ilkesini ihlal etmediği doğrulandığı sürece, belirli bir risk derecesinin kabul edilebileceği ve ceza hukuku kapsamında izin verilen risk çerçevesinin bu olduğu belirtilmiştir. Buna ek olarak, otonom sürüş sistemlerinin devlet tarafından yetkilendirilmesi ve denetlenmesi, hukuki koruma işlevinin uygulanmasının sınırlarını sağlamak için temel gereklilikler olarak tanımlanmaktadır.

Şekil 3

AB Yapay Zekâ Yasası'nın Risk Yaklaşımı/*The EU Artificial Intelligence Act's Risk-Based Approach*



13 Mart 2024 tarihinde Avrupa Parlamentosu, dünya çapında ilk kez yapay zekâ konusunda kapsamlı bir yasa olan Avrupa Yapay Zekâ Yasası'nı (EU AI Act) kabul etmiştir. AB Komisyonu, 2020 Beyaz Kitabında olduğu gibi, yapay zekâ sistemleri için dört risk seviyesine risk temelli bir yaklaşım önermektedir. Bunlar: kabul edilemez risk, yüksek risk, düşük risk ve minimum risktir. Her bir risk grubu için farklı yükümlülükler belirlenmiştir. Metinde, kabul edilemez riske sahip yapay zekâ yasaklanmıştır. Yüksek riskli olanlar için katı yükümlülükler getirilirken, düşük riskliler için şeffaflık yükümlülükleri belirlenmiştir. Minimum risklilere ise hiçbir özel yükümlülük öngörülmemiştir.

Otonom araçların işletimi sırasında meydana gelen kazalarda sorumluluk, özel hukuk ve ceza hukuku çerçevesinde araç sahipleri, sürücüler, üreticiler ve işletmeciler gibi birçok bağlı tarafın sorumlulukları nedeniyle oldukça karmaşık hale gelmektedir. Bu durum, konuyla ilgili tüm soruların burada ele alınmasının imkânsız olduğunu göstermektedir.

Özellikle Kore Medeni Kanunu'nun 98.²¹ ve Kore Ceza Kanunu'nun 346.²² maddelerine dayanan (cezai) ürün sorumluluğu, taşınır mal üreticilerini de kapsamaktadır. Ürün Sorumluluğu Kanunu'nun uygulanabilirliği için öncelikle bir ürün gereklidir. Ürün, başka bir taşınabilir veya taşınmaz eşyanın parçası olsa bile, her türlü taşınabilir eşya olarak tanımlanır. Yazılımın da ürün kavramı kapsamına alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bu soru, otomatik ve ağ bağlantılı araçlar bağlamında sorumluluk hukuku açısından büyük önem taşımaktadır. Zira yazılım, aracın elektronik bileşenlerini ve dolayısıyla sürüş süreçlerini de kontrol etmektedir. Otonom araçların işletimi için gerekli olan yazılımları entegre eden yazılım üreticileri ile bu yazılımları kendi bulutlarında sunan yazılım platformu sağlayıcılarının da dahil edilip edilmeyeceği tartışılmalıdır. Şu anda Kore Medeni Kanunu'nun 98. maddesinin revizyonuna ilişkin tartışmalarda, bu konuya ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Yazılım, aracın elektronik bileşenlerini ve dolayısıyla sürüş süreçlerini kontrol ettiğinden, otomatik ve bağlantılı araçlarda çok önemlidir. Yüksek riskli yapay zekâ sistemleri üreticilerinin yükümlülükleri, ürünün piyasaya sürülme zamanına ilişkin tasarım, üretim ve danışmanlık yükümlülükleri ile ürünün piyasaya sürülme zamanının ötesine uzanan ürün izleme yükümlülükleri olarak ikiye ayrılabilir. Özellikle ürün izleme yükümlülüğü, otonom sürüş işlevine sahip araçları da içeren daha büyük bir hasar potansiyeline sahip karmaşık yeni gelişmelerde daha yoğun olacaktır. Hasar potansiyeli geleneksel bir ürünle aynı veya karşılaştırılabilir olsa bile, bağlantılı araçlar ve bunların altyapısı daha yüksek ürün izleme yükümlülüğüne tabi olma eğilimindedir²³.

Otonom araçlar, Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası kapsamında yüksek riskli yapay zekâ sistemleri olarak değerlendirilmektedir. Bunlar geniş kamuoyu tarafından güvenlikleri henüz yeterince test edilmemiş yeni yapay zekâ teknolojileridir. Bu nedenle, ceza hukuku çerçevesinde müsaade edilen risk ilkesi, geleneksel araçlarda olduğu gibi otonom araçlara uygulanamaz. İlk olarak, devletin hukuki menfaatlerin korunması görevine uygun olarak, idari makamların otonom araçlarla ilgili şirketlere sıkı yükümlülükler getirmesi ve bu yükümlülüklerin ihlali durumunda cezai yaptırımlar uygulaması yoluyla kurumsal güvenliği sağlaması gerekmektedir. Yetkili idari makamın düzenlemesi gereken genel içerik, öncelikle üreticilere risk kontrol ve denetim yükümlülükleri getirmektir. Üreticilerin, yapay zekâ algoritmalarına göre değerlendirdikleri otonom araçların operasyonel ilerleyişini sürekli olarak izlemeleri, hasara neden olabilecek kusur/kaza durumunda üretimi askıya alma ve derhal geri çağırma gibi gerekli önlemleri almaları gerekir. Bunlara uyulmaması durumunda cezai yaptırımlar uygulanmalıdır²⁴. Üreticinin, bu tür riskleri baştan önleme görevini ihmal etmesi veya gerekli önlemleri almaması nedeniyle kaza meydana gelirse, bunu yapmadığı

²¹ Bu Yasa kapsamında ürün terimi, kontrol edilebilen fiziksel nesneler, elektrik ve diğer doğa güçlerini ifade etmektedir.

²² Bu bölümde yer alan suçlarda insan kontrolüne tabi enerji, mal olarak kabul edilir.

²³ Sedlmaier and Krzic Bogataj, "Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren", *NJW* 75, no. 41 (2022): 2953.

²⁴ Benzer bir görüş için bkz. Seoksoon Lim, "Attribution of Responsibility for Artificial Intelligence in Criminal Law", *Criminal Policy Research* 27, no. 4 (2016): 81.

için sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte kullanıcıların otonom araçların tüm işletim sistemini düzenli olarak kontrol etmeleri zorunlu hale getirilmelidir. Bu zorunluluğa uyulmaması durumunda da cezai yaptırımlar öngörülerek sürüş güvenliğinin artırılması gerekir.

4.3. Otonom Yapay Zekâlı Araçların Karıştığı Kazalarda Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorumluluğu

Mevcut Karayolu Trafik Yasası'na göre, "sürücü" bir insanı ifade etmektedir. Bu durumda yapay sürüş sistemi sürücü kapsamında değildir. Dolayısıyla yapay zekâ, Karayolu Trafik Yasası kapsamında cezalandırılmaz. Bununla birlikte, mevcut yasa zaten bir insanın yanı sıra tüzel kişinin de hukuki kişiliğini tanımaktadır. Kore'deki hâkim görüşe göre, yürürlükteki ceza kanununun gerçek ve tüzel kişiler için cezai hükümler öngördüğü göz önüne alındığında, şirketlerin ceza hukuku sorumluluğu kabul edilmektedir. Halihazırda, Kore Medeni Kanunu'nun revizyonu, veri gibi elektronik kayıtlar konusunu ve Yapay Zekânın bir e-kşi gibi tüzel kişilik olarak tanınıp tanınamayacağını tartışmaktadır. Avrupa Parlamentosu'nun Robotik Medeni Hukuk Kurallarına ilişkin kararı, robotlara özerk olarak karar verdiklerinde veya başkalarıyla bağımsız olarak etkileşime girdiklerinde e-kşi statüsü verilmesini önermektedir²⁵. E-kşiler, yasal statüye sahip olduklarından, Yapay Zekânın neden olduğu zararları talep etmek mümkündür. E-kşilerin kaydı gibi sistem aracılığıyla sorumluluğun içerik ve prosedürlerini tamamlamak, zararları önemli ölçüde karşılamak amacıyla sorumluluk sigorta sistemi veya fon sistemi işletmek ve hatta bir tüzel kişilik sistemi uygulamak gibi çeşitli seçenekler vardır²⁶. Bununla birlikte yapay zekâ robotlarının bilinç veya duygularının kabulü yerine, robotun eylemleri için yasal ilişkiler kurulması veya tazminat oluşturulması teknik açıdan özel hukuk sorumluluğu oluşturma girişimleri olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu konudaki yenilikçi görüşlere göre, yapay zekâ yargılama yeteneği, duygusal iletişim becerisi, özerkliği, yansıtıcı düşünme kapasitesi ve hatta normatif yargılama yetisiyle birlikte insanlarla aynı zihinsel becerilere sahiptir. Bu nedenle Yapay Zekâya, medeni hukuktaki haklar ve ceza hukukundaki kusur yeteneği tanınabilir.

Ayrıca bu konudaki bir diğer görüşe göre, mevcut biyolojik insan merkezli hukuk teorilerinin kurgusuna işaret eden sistem teorisinin²⁸ veya hukuk kurallarının anlamı zaman içinde değişmektedir. Bu gelişme Yapay Zekânın eylem kapasitesini tanımayı mümkün hale

²⁵ Suwon Baek, "Eine Studie über rechtliche Diskussionen und Implikationen der elektronischen Menschen- und elektronischen Persönlichkeitserkennung", *Journal of Foreign Law* 43, no. 4 (2019): 96.

²⁶ Yonghoon Kim, "Legislative Überlegungen zu Verantwortlichkeiten beim Betrieb autonomer Fahrzeuge – unter Bezugnahme auf schwedischen Vision Zero", *Hongik Law Review* 24, no. 4 (2023): 397.

²⁷ Güney Kore'de 19 Temmuz 2017'de yapay zekaya sahip robotlara elektronik kişilik olarak yasal statü verilmesinin temelini atmayı amaçlayan "Robotlara İlişkin Temel Yasa Tasarısı" teklif edilmiş, ancak 29 Mayıs 2020'de süresinin dolması nedeniyle reddedilmiştir. https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C1Y7K0H7Z1E9L0A9M5H7P0T8V9S7R2.

²⁸ Niklas Luhmann tarafından formüle edilen "Sistem Teorisi", post-antroposentrik bir düşünce yapısı olarak, insanlar gibi iletişim kurabilme yeteneğimizin sadece biyolojik varlıklarla sınırlı olmadığını kabul eder. Yapay zekanın ortaya çıkışı, insan dünyasının iletişimden oluştuğunu ve insan merkezli davranışların değil, sistem merkezli iletişimin modern bilim ve teknolojiye önemli bir çalışma şekli haline geldiğini savunmaktadır. Buna ilişkin detaylı açıklama için bkz. Chunsoo Yang, *The Fourth Industrial Revolution and Law* (Springer, 2017), 104–113.

getirir²⁹. Bu tartışma, Yuval Harari'nin homo sapiensin biyolojik insan olarak sonu ve post-insan kavramı üzerine söylediği argümanını³⁰ yeniden düşünmemize neden olmaktadır.

Otonom araçlar için en güçlü devlet müdahalesi olarak kabul edilen cezai yaptırımların tanınması için gereken koşullar-gereklikler, yalnızca hukuki sorumluluktan daha katı nitelikte değildir. Aynı zamanda ceza hukukunun aceleci müdahalesi, bu teknolojiyi ve otonom araçlarla ilgili ticari faaliyetleri zayıflatma potansiyeli taşımaktadır. Bu nedenle, otonom araçların karıştığı trafik kazası durumunda, cezai sorumluluğun özel hukuk sorumluluğuna dönüştürülmesi gerektiği savunulmaktadır³¹. Bu görüşe göre, bir tür cezai tazminat sisteminin getirilmesi, suçtan sorumlu kişinin geliştirme müdürü mü, üretici mi yoksa bayi mi olduğu belirsiz durumları çözebilir. Hukukî sorumluluğa yönelik gerçekçi çözüm, otonom araç sigortasının geliştirilmesidir. Güney Kore'deki "Otonom Araçların Güvenli Kullanımı, Test Sürüşü için Gereksinimler ve Diğer Düzenlemeler" (Bölge ve Ulaştırma Bakanlığı Tebliğ No. 2021-1532) başlıklı ilgili kurallarda şu ifadeler yer almaktadır: "Otonom bir araca ilişkin araştırma veya test etme amacıyla geçici sürüş izni almak isteyen araç sahibi veya aracı kullanma hakkına sahip kişi, aracın kullanımı nedeniyle meydana gelen trafik kazası hasarlarından dolayı Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Yasası'nın 3. maddesi uyarınca sorumludur." "Otonom araç için geçici işletme izni başvurusunda bulunanlar, trafik kazası hasarlarının uygun şekilde tazmin edilmesini sağlamak amacıyla Motorlu Taşıtlar Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Yasası'nın 5. maddesi 1. ve 2. fıkralarına göre sigorta yaptırmalıdır."

Öte yandan Güney Kore Finansal Hizmetler Komisyonu, yalnızca ticari otonom araçlar için özel bir sigorta ürünü geliştirmiş ve standart özel sözleşmelerini duyurmuştur. Trafik kazaları nedeniyle otonom sürüş modunda oluşabilecek zararların tazmini, sigorta şirketi tarafından önceden yapılacak olup, otonom araçtaki bir arıza nedeniyle meydana gelen durumlarda üreticinin sorumluluğuna ilişkin hususlar genel şartlar içinde belirtilmiştir. Bununla birlikte araç sahibinin kaza sebebinin araştırılması hususunda iş birliği yapma zorunluluğu, genel şartlara dahil edilmiştir. Sistem hatası, siber saldırı gibi yeni risklerin eklenmesi dikkate alınarak sigorta priminin mevcut ticari araç sigorta primine göre %3,7 oranında artırılması kararlaştırılmıştır³².

²⁹ Kişisel bir öznenin haklara sahip olma kapsamı tarihsel süreç içerisinde değiştiği gibi, cezai sorumluluk kavramı ve kategorisi de değişebilir. Bu sayede bir yapay zekâ varlığı fail olarak tanınabilir. Sorumluluk ehliyeti için bir ön koşul olan özgür irade kavramı teorik olarak kanıtlanmamışsa ve özgür irade sadece bir kurgu ise o zaman harekete geçmek mümkün değildir. Sorumluluk gibi hukuki kavramların otonom makinelerle aktarılmasında sorun yoktur. Metafizik soruların, özellikle özgür irade meselesinin, pratikte büyük ölçüde göz ardı edildiği bir ortamda, insanlara ait özgür irade sorunu henüz çözüme kavuşturulmamışken, makineler açısından "özgür irade"nin ne anlama geldiğini sormanın daha da sorgulanabilir bir hâl aldığı söylenebilir. Ayrıca, yapay zekaya eklenen karmaşık hesaplama formüllerinin işlevsel olarak insanın ahlaki öz değerlendirmesi ve öz denetimi ile uyumlu olması halinde yapay zekayı cezai olarak sorumlu tutmak mümkündür. Bu görüş için bkz. Eric Hilgendorf, "Köner Roboter schuldhaft handeln?," in *Jenseits von Mensch und Maschine*, ed. Susanne Beck (Nomos, 2012), 129-132; Gleß and Weigend, "Intelligent Agenten und das Strafrecht," *ZStW* 126 (2014): 576.

³⁰ Yuval Harari, *Sapiens*, trans. Hyunwook Cho (2015); Yuval Harari, *Homo Deus*, trans. Myungjoo Kim (2017).

³¹ Jongseong Eun, Joopyo Kim, and Sieun Kim, "Studie zum Versicherungsantrag nach Unfällen mit autonomen Fahrzeuge," *Journal of Commercial Law* 36, no. 3 (2017): 376-378.

³² Finansal Hizmetler Komisyonu, Dördüncü Endüstri Devrimi teknolojilerinin gelişimiyle uyumlu olarak otonom araçlar için sigorta ürünlerini tanıttı, 17.09.2020 tarihli basın bülteni.

Kore 1981 yılından beri, trafik kazalarına ilişkin taksirli suçların cezai sorumluluğunu büyük ölçüde özel hukuk davalarına dönüştürerek, Trafik Kazaları Özel Yasası temelinde trafik kazası sigortası ile çözmektedir. Bu yasaya göre, maddi hasarlı kazalarda tazminat anlaşması sağlanmışsa veya kasko sigortası yapılmışsa fiil cezalandırılmaz. Kişisel yaralanmalara sebep olan taksirli fiillerde, tazminat üzerinde anlaşmaya varılmışsa veya kasko sigortasının mevcut olması halinde fail cezalandırılmayacaktır. Ancak bazı haller ayrıca cezai yaptırımlara tabidir. Bunlar: Orta hat ihlali, kırmızı ışık ihlali gibi 12 ihtiyati hüküm kapsamına giren davranışlar, alkol testi yapılmasını reddetme, ağır yaralanmaya sebep olma ve sigorta tazminatı ödeme yükümlülüğünün eksikliği gibi durumlar. Ayrıca failler kazadan sonra kaçmışsa veya gerekli önlemleri almamışlarsa daima cezalandırılır.

Trafik Kazaları Özel Yasası, otonom araçların kaza özelliklerini yansıtacak şekilde revize edildiğinde, sigorta yoluyla çözümün mümkün olması beklenmektedir. Ancak Kore'de otonom araçlar için genel kişisel sigorta henüz uygulamaya konulmadığından, Trafik Kazaları Özel Yasası'nın özel düzenlemeleri şu anda uygulanmamaktadır. Ancak gelecekte otonom araçların karıştığı kazalar için kişisel otonom araç sigortası sistemi hazırlanırsa, Özel Trafik Kazaları Yasası yenilenerek otonom araçların kazalarına özel düzenlemeler uygulanabilir.

5. Sonuç

Tarihsel olarak, ceza hukuku paradigması teknolojik devrimle birlikte değişime uğramıştır. Doğa bilimleri ile teknolojinin gelişimi nedeniyle, hukuk teorileri arasındaki çatışma, yaklaşık 100 yıl önce Avrupa'daki ekoller çatışmasına kadar sürmüştür. Bu süreç yeni yasama yaklaşımı, yargı kararları ve ceza hukukunun genel yapısında değişiklikler getirmiştir. Günümüzde, dördüncü sanayi devriminde yapay zekâ teknolojisinin gelişimiyle başlayan ceza hukuku düzenindeki genel değişim, yaklaşık 100 yıl önceki durumdan temelde farklı değildir.

Özel hukuk sorumluluğun öznesi olarak e-kişinin kabulü, otonom araç sigortasının kurulması ve ürün sorumluluğu gibi otonom araçlara yönelik özel hukuk yaklaşımlarının, görece güçlü bir etişe sahip olan ceza hukukunun önüne geçtiği doğrudur. Buna rağmen otonom araçları işletenlerin zararının, idari otoritenin yüklediği risk kontrol ve denetim maliyetlerinden daha düşük olduğu durumlarda işletmeci şirketlerin yanlış kararlarını engellemenin bir yolu bulunmamaktadır. Devletin hukuki menfaatleri koruma görevi kapsamında, otonom araçların güvenli işletimini sağlamak amacıyla araçlarla ilgili işletmelere sıkı risk kontrolü yapması, denetim yükümlülükleri getirmesi ve yükümlülüklerin ihlali durumunda cezai yaptırımlar uygulaması kurumsal güvenliği temin etmek açısından büyük önem taşımaktadır. Öyle ki yüksek kaza riski taşıyan arıza tespit edildiğinde ya da güvenlik tehdit altında olduğunda, üretimin durdurulması veya ürünlerin geri çağırılması gibi gerekli önlemlerin alınması zorunludur. Bu yükümlülüklerle uyulmaması durumunda cezai yaptırımlar devreye girmelidir. Üretici, bu tür riskleri önceden ortadan kaldırma yükümlülüğünü yerine getirmediğinde veya gerekli önlemleri almadığında kaza meydana gelirse, bu ihmali dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu ile karşı karşıya kalabilir.

Kaynaklar / References

- Bae, Sangkyun. "Ein Überblick über die zivil- und strafrechtliche Haftung im Zuge der Entwicklung der autonomen Fahrzeugtechnologie – mit Schwerpunkt auf Diskussionen in Japan." *Bobjo* 724 (2017).
- Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft: Auf dem Weg zu einer neuen Moderne*. Translated by Sungtae Hong. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2019.
- Byun, Jongpil. "Risk Society, Risk, and Response to Criminal Law – Focusing on the Current Stand and Trends of Domestic and International Debates." *Journal of Comparative Criminal Law* 14, no. 2 (2012).
- Cho, Kwanghoon. "Development of the Theory of Allowed Risk in the Criminal Law of Risk." *Yongsan Law Review* 11, no. 2 (2014).
- Eun, Jongseong, Joopyo Kim, and Sieun Kim. "Studie zum Versicherungsantrag nach Unfällen mit autonomen Fahrzeugen." *Journal of Commercial Law* 36, no. 3 (2017).
- Gleß, Sabine, and Thomas Weigend. "Intelligente Agenten und das Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 126 (2014): 561–91.
- Gu, Gilmo. "Strafrechtliche Regelungen zu autonomen Fahrzeugen in einer Risikogesellschaft." *Journal of Law (Chosun University)* 27, no. 1 (2020).
- Han, Sunghoon. "A Study on Criminal Liability in the Technology Stage of Autonomous Vehicles." *Criminal Law Review* 32, no. 3 (2020).
- Harari, Yuval. *Sapiens*. Translated by Hyunwook Cho. London: Penguin Random House, 2015.
- . *Homo Deus*. Translated by Myungjoo Kim. New York: HarperCollins, 2017.
- Hilgendorf, Eric. "Können Roboter schuldhaft handeln?" In *Jenseits von Mensch und Maschine*, edited by Susanne Beck, 145–58. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- Junhwan, Park. "Analyse der legislativen Trends und Fragen im Zusammenhang mit autonomen Fahrzeugen in Korea und im Ausland." *NARS Legislative Policy* 127 (2023).
- Kim, Hyungjoon. "Criminal Liability for Autonomous Vehicle Traffic Accidents." *Central Law Review* 19, no. 4 (2017): 72–84.
- Kim, Ilsoo, and Bohak Seo. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Giesecking Verlag, 2018.
- Lee, Jongyoung, and Jeongim Kim. "Legal Issues in the Operation of Autonomous Vehicles." *Central Law Review* 17, no. 2 (2015).
- Lee, Seungjoon. "Ausländische Gesetzgebungstrends und -richtungen zur strafrechtlichen Haftung bei Unfällen autonomer Fahrzeuge der Stufe 4." *Journal of Comparative Criminal Law* 25, no. 2 (2023).
- Lim, Seoksoon. "Attribution of Responsibility for Artificial Intelligence in Criminal Law." *Criminal Policy Research* 27, no. 4 (2016).

- National Assembly of the Republic of Korea. "Bill Information: PRC_C1Y7K0H7Z1E9L0A9M5H7P0T8V9S7R2." Accessed November 4, 2024. https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_C1Y7K0H7Z1E9L0A9M5H7P0T8V9S7R2
- Park, Seyoung. "Zuweisung der Verantwortung für Unfälle mit autonomen Fahrzeugen und Verbesserung der Verkehrsgesetzgebung – mit Schwerpunkt auf den Empfehlungen des neuen Autonomous Vehicle Act im Vereinigten Königreich." *Bobhaknonchong* 42, no. 4 (2022).
- Sedlmaier, Krzic Bogataj. "Die Haftung beim (teil-)autonomen Fahren." *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 75, no. 41 (2022).
- Seelmann, Kurt. "Risikostrafrecht." Translated by Younghwan Kim. *Journal of Law (Hanyang University)* 14 (1997).
- Seldon. "The Significance of AI Engineering in the Gartner Hype Cycle for Artificial Intelligence 2024 Report." Accessed November 4, 2024. <https://www.seldon.io/the-significance-of-ai-engineering-in-the-gartner-hype-cycle-for-artificial-intelligence-2024-report>
- Suwon, Baek. "Eine Studie über rechtliche Diskussionen und Implikationen der elektronischen Menschen- und elektronischen Persönlichkeitserkennung." *Journal of Foreign Law* 43, no. 4 (2019).
- Yang, Chunsoo. *The Fourth Industrial Revolution and Law*. Cham: Springer, 2017.
- Yoon, Youngseok. "Imputed Subject of Criminal Liability Arising from the Operation of Autonomous Vehicles." *Hongik Law Review* 20, no. 1 (2019).
- Yonghoon, Kim. "Legislative Überlegungen zu Verantwortlichkeiten beim Betrieb autonomer Fahrzeuge – unter Bezugnahme auf schwedischen Vision Zero." *Hongik Law Review* 24, no. 4 (2023).

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Moon-Ho SONG

Jeonbuk Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesördür. Aynı zamanda Jeonbuk Milli Üniversitesi Kuzeydoğu Asya Hukuku Enstitüsü'nde Sanal Mülkiyet Hukuku Merkezi Müdürü ve Jeollabuk-do Eğitim Ofisi'nde Komisyon Üyesi olarak görev yapmaktadır. Ceza Hukuku alanında doktora derecesini Almanya'daki Albert-Ludwigs-Universität Freiburg'dan almıştır. Daha önce Jeonbuk Milli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, Oregon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde (ABD) Misafir Profesör, Jeonbuk Milli Üniversitesi Merkez Kütüphanesi Hukuk Şubesi Müdürü, çeşitli ulusal sınav komitelerinde (Baro Sınavı ve Yargı Sınavı dahil) üye, Ulusal İnsan Hakları Komisyonu özel görev gücü danışmanı, Kore Çocuk Hukuku Derneği İcra Sekreteri, Kore Karşılaştırmalı Ceza Adaleti Derneği Sekreteri ve Kore Ceza İnfaz Kurumu üyesi olarak görev yapmıştır. Başlıca araştırma alanları arasında Ceza Hukuku ve Sanal Mülkiyet Hukuku yer almaktadır.

Prof. Dr. Moon-Ho SONG

He is a professor at Jeonbuk National University's School of Law. He also serves as Director of the Virtual Property Law Center at the Northeast Asian Law Institute of Jeonbuk National University and as a Commissioner of the Jeollabuk-do Education Office. He received his PhD in Criminal Law from Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Germany. He previously served as Dean of Jeonbuk National University's School of Law, Adjunct Professor at the University of Oregon School of Law (USA), Director of the Law Branch of the Jeonbuk National University Central Library, a member of various national examination committees (including the Bar Exam and Judicial Exam), an advisor to a special task force at the National Human Rights Commission, Executive Secretary of the Korea Juvenile Law Association, Secretary of the Korea Comparative Criminal Justice Association, and a member of the Korean Penitentiary. His primary research interests include Criminal Law and Virtual Property Law.

RİSK TOPLUMUNDA OTONOM ARAÇLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN
Türk-Alman Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi Hazal ALGAN CANSEVEN
İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi

Özet

Bu çalışma, otonom araç teknolojisinin ceza hukuku bağlamında yarattığı sorumluluk sorunlarını, Ulrich Beck'in "risk toplumu" ve Niklas Luhmann'ın hukuk sisteminin belirsizlik yönetme işlevi çerçevesinde ele almaktadır. Otonom araçlar, yapay zekâ temelli sistemlerle çalıştıkları için insan müdahalesi olmadan da hareket edebilmekte ve bu durum, özellikle ceza hukuku açısından yeni ve karmaşık sorumluluk tartışmalarına yol açmaktadır. Özel hukukta araç sahibinin tehlike sorumluluğu ilkesi geçerliliğini korurken, ceza hukukunda sürücü, üretici veya yazılımcının hangi koşullarda sorumlu tutulacağı, otomasyon seviyesine göre değişkenlik göstermektedir. Türk ceza hukuku, gerçek kişiler dışındaki varlıklara ceza sorumluluğu tanımadığından, meydana gelen suçlarda failin kim olduğunun belirlenmesi özellikle seviye 3 ve üzeri araçlar bakımından ciddi hukuki belirsizlikler doğurmaktadır. Bu kapsamda çalışma, dikkat ve özen yükümlülüğü ile öngörülebilirlik kavramlarının otonom araçlar bağlamında nasıl yeniden tanımlanması gerektiğini tartışmaktadır. Almanya ve Güney Kore gibi ülkelerdeki düzenlemeler incelenerek, Türk ceza hukukundaki boşluklara karşı karşılaştırmalı öneriler sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Otonom Araçlar, Ceza Sorumluluğu, Taksir, Yapay Zekâ, Risk Toplumu

REGULATIONS ON AUTONOMOUS VEHICLES IN RISK SOCIETY

Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN
Turkish-German University

Asst. Prof. Dr. Hazal ALGAN CANSEVEN
Istanbul 29 Mayıs University

Abstract

This study explores the criminal liability implications of autonomous vehicle technology within the frameworks of Ulrich Beck’s “risk society” and Niklas Luhmann’s theory of law as a tool for managing systemic uncertainty. Since autonomous vehicles operate based on artificial intelligence with limited or no human input, they introduce novel and complex legal challenges—particularly in criminal law. While strict liability of the vehicle owner remains valid in private law, in criminal law, liability of the driver, manufacturer, or programmer varies depending on the level of automation. Turkish criminal law does not recognize liability for non-human actors, making it particularly difficult to identify responsible individuals in cases involving SAE level 3 and above vehicles. Accordingly, the paper argues that legal concepts such as the duty of care and foreseeability must be reinterpreted in light of autonomous driving. By analyzing international examples—especially legal frameworks in Germany and South Korea—the study provides comparative insights and proposes directions for adapting Turkish criminal law to the realities of intelligent mobility.

Keywords

Autonomous Vehicles, Criminal Liability, Negligence, Artificial Intelligence, Risk Society

1. Risk Toplumu ve Hukuk Düzeni İlişisine Genel Bakış

Ulrich Beck, 1986'da yayımladığı "Risk Toplumu" adlı eserinde, sanayi toplumundan risk toplumuna geçişe dikkat çekmiştir. Beck'e göre, risk toplumunun en belirgin özelliği artık zenginlik üretimi ve dağılımı değil, risklerin dağılımıdır. Refleksif modernizasyon kavramı çerçevesinde, risk toplumu içinde teknolojik ve ekonomik gelişmelerin ortaya çıkardığı risklere yönelik bir bilinç artışı olduğunu öne sürmektedir. Bu durum, aynı zamanda yeni çatışma hatlarının doğmasına yol açmakta ve politikaya, belirsizlikleri yönetme ve azaltma sorumluluğu yüklemektedir¹.

Risk toplumu kavramı bağlamında bir diğer önemli isim ise Niklas Luhmann'dır. Luhmann, özellikle risk toplumunun sosyolojik ve hukuki boyutlarıyla ilgilenmiştir. Bu bağlamda Luhmann'ın ileri sürdüğü birçok tezden en dikkat çeken, karmaşıklık ve bu karmaşıklığın neden olduğu belirsizliktir. Modern toplumlar, yüksek bir karmaşıklık ve belirsizlik ile karakterize edilmektedir. Bu karmaşıklık, alınan kararların sonuçlarının öngörülemez olmasına yol açtığından, kararlar giderek daha fazla risk içermektedir. Peki, hukuk düzeni bu risklerle nasıl başa çıkmalıdır? Luhmann'a göre, hukuk düzeninin görevi, riskleri düzenlemek ve kontrol etmektir. Hukuki normlar ve prosedürler, risklerin tanımlanması ve yönetilmesi için kullanılmaktadır. Hukuk sistemi, yeni risklere sürekli olarak yanıt vermek ve bu risklere yönelik düzenlemeler oluşturmak zorundadır. Risk toplumunda hukuk sisteminin temel işlevlerinden biri, sorumluluk yönetimidir. Hukuki düzenlemeler, hangi risklerden kimin sorumlu olduğunu ve zararların nasıl tazmin edileceğini belirler. Teknoloji sürekli geliştiği için hukuk sistemi de yeni risklere ve toplumsal değişimlere sürekli uyum sağlamak zorundadır. Bu da esneklik ve yeni zorluklara hızlı ve etkili bir şekilde yanıt verebilme kapasitesi gerektirir. Luhmann, bunun sürekli yasama süreçleri ve hukuki yorum yoluyla gerçekleştiğini vurgulamaktadır².

Bu tezler, 20. yüzyıldan kalmış olsalar da Yapay Zekâ çağında daha da geçerlidir. Özellikle Yapay Zekâ alanındaki hızlı gelişmeler, yalnızca olumlu yanlar sunmakla kalmayıp, bireyler ve tüm toplum için önemli tehlikeler de içermektedir. Bu bağlamda yasa koyucular, Yapay Zekâ'nın potansiyelini köreltmeden, aynı zamanda olası tehlikeleri de uygun şekilde dizginleme ikilemiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu çerçevede özellikle teknik düzenlemeler alanında risk temelli yaklaşım yerleşmiştir. Klasik düzenlemelerde devlet her şeyi denetler ve kural ihlali durumunda yaptırımlar öngörürken, günümüzde birçok devlet otoritesi, teknoloji alanında özel sektörü tamamen denetlemek için yeterli mali ve personel kaynağa sahip değildir. Bu da özel şirketler açısından önemli bir bilgi üstünlüğüne yol açmaktadır. Yeni teknoloji düzenlemeleri bu nedenle risk temelli bir yaklaşımı benimsemektedir. Buna göre, teknolojiden yararlanan, kullanan, geliştiren veya sorumlu olan kişi, bu teknolojiden doğan riskleri kendisi değerlendirip bu riskleri kabul edilebilir bir seviyeye indirmek için önlemler almak zorundadır. Gerekliğinde, bu sorumlu kişi, tüm olası riskleri tanıdığını ve bu riskleri en aza indirmek için gerekli tedbirleri aldığını kanıtlamak zorunda kalabilir. Bu durum "hesap verebilirlik" (accountability) kavramı çerçevesinde tartışılmaktadır. Bu tür

¹ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft Auf dem Weg in eine andere Moderne* (Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1986), passim.

² Beck, *Risikogesellschaft*, passim.

teknoloji düzenlemelerine örnek olarak Avrupa Birliği'nin Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) veya Yapay Zekâ Tüzüğü gösterilebilir. Bu düzenlemelerde, Luhmann ve Beck'in risk toplumu üzerine yaptıkları çalışmaların izleri açıkça görülmektedir.

2. Risk Toplumu ve Otonom Araçlar

Otomotiv sektörü, hukukun yeniden düşünülmesi gerektiği birçok duruma zemin hazırlamıştır. Bu durum şaşırtıcı değildir, zira motorlu araçlar bir yandan bireysel hareketlilik için vazgeçilmezdir, diğer yandan ise diğer bireyler ve toplum için sürekli bir tehlike kaynağıdır. Bu gelişimin tipik bir örneği, Türkiye'de ve diğer birçok hukuk sisteminde "tehlike sorumluluğu" ilkelerine dayanan araç sahibinin sorumluluğudur. Kodifikasyon hareketlerinin ilk dönemlerinde sorumluluk hukukunda "kusur prensibi" baskın iken, motorlu araçların gelişimi ve yaygınlaşmasıyla birlikte bu ilkenin tatmin edici çözümler sunmada yetersiz kaldığı hızla anlaşılmıştır. Bunun yerine, kusura veya bir özen yükümlülüğüne bağlı olmayan bir sorumluluk biçimine ihtiyaç duyulmuştur.

Otonom araçların gelişimi ile birlikte, bu tür araçların içerdiği risklere yönelik yeni bir sorumluluk biçimine ihtiyaç olup olmadığı, mevcut düzenlemelerin riskleri kontrol etmek için yeterli olup olmadığı ve yeni aktörlerin yeni yükümlülüklerle donatılması gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkmaktadır.

2.1. Özel Hukuk Boyutu

Öncelikle, Türk hukukunda otonom araçlara ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığını belirtmek gerekir. Ayrıca Yapay Zekâ ile ilgili de henüz herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle otonom araçlara ilişkin hukuki düzenlemeler, genel sorumluluk hukukundaki mevcut normlardan oluşmaktadır. Bu normlar, öncelikle motorlu araçlara yönelik trafik hukuku, Türk Borçlar Kanunu'ndaki genel sorumluluk hukuku, ulusal ürün sorumluluğu hukuku ve uluslararası düzeyde 1968 tarihli Viyana Karayolu Trafik Sözleşmesi'nden oluşmaktadır.

Trafik hukuku, araç sahibi ile sürücü arasında bir ayrım yapar. Bu ayrım önemlidir çünkü araç sahibi, tehlike sorumluluğu ilkesi uyarınca kusuru olmasa ve tüm özen yükümlülüklerini yerine getirdiğini kanıtlasa dahi sorumlu tutulmaktadır. Bu sorumluluk, motorlu araçta kendini gösteren teknik-mekanik risk üzerine dayanmaktadır. Bu tür bir tehlike kaynağından yarar sağlayan kişi, kusura bakılmaksızın bu tehlikenin yükünü de taşımalıdır. Bu katı sorumluluk biçimi, zorunlu sorumluluk sigortası ile hafifletilmekte, böylece ödeme gücünün yetersizliği riski topluma paylaştırılmaktadır. Otonom araçlara ilişkin olarak da tehlike sorumluluğu ilkesi uygulanabilir bir düşüncedir. Motorlu bir aracın içerdiği teknik-mekanik tehlikenin, otonomi seviyesinden bağımsız olarak aynı kaldığı savunulabilir.

Ancak, sürücünün sorumluluğu daha karmaşıktır. Sürücü, kusur sorumluluğu ilkelerine göre sorumlu tutulmaktadır. Başka bir deyişle, sürücünün sorumlu tutulabilmesi için onun kusurunun tespit edilmesi gerekmektedir. Otonom bir aracın programlama hatası ya da sensör hatası gibi durumlarda sürücünün kusurlu olup olmadığını belirlemek oldukça zordur³.

³ Mesut Serdar Çekin, "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk", *TAAD*, 9, sy.33 (Ocak 2018): passim.

2.2. Ceza Hukuku Boyutu

Günümüzde otonom araç denildiğinde akla gelen sadece kara taşımacılığında değil hava, deniz ve raylı sistem olmak üzere tüm sistem taşımacılıklarında kullanılan ve Yapay Zekâ⁴ niteliğinde bir sistem kontrolünde olan araçların tümüdür⁵. Fakat gitgide yaygın hale gelmesi ve insan hayatını doğrudan etkilemesi sebebiyle sunumumuz kapsamında yalnızca otonom kara araçları ve bunların günlük hayatta yarattığı risklere yönelik hukuki düzenlemeler kapsamında bir inceleme yapılacaktır.

Otonom araçlar; tam sürücü hakimiyeti gerektiren geleneksel otomobillerden farklı olarak kısmen ya da tamamen yapay zekâ tarafından kontrol edilebilen, makine öğrenmesi ve nesnelerin interneti gibi çeşitli teknolojilerle donatılmak suretiyle araç üzerindeki insan sürücü ihtiyacını asgari düzeye indirmeyi mümkün kılan araçlardır⁶. Türk hukuku açısından kara taşımalarında kullanılan araç kavramı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda *“Karayolunda kullanılabilen motorlu, motorsuz ve özel amaçlı taşıtlar ile iş makineleri ve lastik tekerlekli traktörlerin genel adıdır”* şeklinde tanımlanmıştır. Otonom araç kavramına ilişkin olarak 2918 sayılı Kanun’da bir tanım bulunmasa dahi Türk hukuku açısından bu kavram (AB)2019/2144 sayılı regülasyon dikkate alınarak hazırlanan ve 14 Mayıs 2020 tarih ve 31127 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan *“Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği”*nde bir tanım bulmuştur. Yönetmelikte otonom araçlar ve tam otonom araçlar arasında da bir ayrıma gidilmiş ve otonom araçlar, Yönetmeliğin m. 3/1-t bendinde *“sürücünün devamlı kontrolü olmadan, ancak sürücü müdahalesinin yine de beklendiği veya gerekli olduğu, belirli bir süre için otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç”* şeklinde; tam otonom araçlar ise Yönetmeliğin m. 3/1-z bendinde *“herhangi bir sürücü kontrolü olmadan otonom olarak hareket etmek üzere tasarlanmış ve imal edilmiş motorlu araç”* şeklinde tanımlanmıştır⁷. Görüleceği üzere otonom araçlar ya sürücünün kontrolünün azaldığı ya da tamamen ortadan kalktığı şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Bu aşamada ifade etmek gerekir ki esasen otonom araçların, bu araçların işleyişinin sürücü müdahalesine açık olup olmaması bakımından yapılan bu ikili temel ayrım dışında çeşitli özelliklere göre çok daha detaylı sınıflandırmalara tabi tutulması da mümkündür. Bu sınıflandırmalardan literatürde ve uygulamada en çok kabul göreni ise *Society of Automotive*

⁴ Avrupa Komisyonu tarafından 21.04.2021’de yayımlanan Yapay Zekâ Regülasyonu teklifinde yapay zeka *“belirli bir insan tanımlı hedefler kümesi için, etkileşimde bulundukları ortamları etkileyen içerik, tahmin, öneri veya karar gibi çıktılar üretebilen yazılım”* şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. European Commission, Proposal for a Regulation Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act), 2021/0106 (COD), 24 April 2021, Brussels, m. 3/1. erişim 14 Haziran 2024, chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://artificialintelligenceact.eu/wp-content/uploads/2024/01/AI-Act-FullText.pdf

⁵ Tuba Kelep Pekmez, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 6, sy.2 (2018): 176.

⁶ Kelep Pekmez, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk”, 176.

⁷ Tarık Taha Yazıcılar, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk”, (Yüksek Lisans Tezi, T.C. Marmara Üniversitesi, 2021), 13.

Engineers tarafından yapılan tasniftir⁸. Bu tasnife göre SAE sürüşün ana aktörleri olan insan sürücü ve sürüş otomasyon sistemlerinin dinamik sürüş görevinde oynadıkları rolü kıstas olarak araçlardan ziyade araçların sahip olduğu sürüş otomasyon özelliklerini sınıflandırmıştır⁹. Bu sınıflandırmaya göre ilk üç seviye türüne giren araçlarda insan olan bir sürücünün aracın sevk ve idaresine ilişkin kontrolleri yapması zorunludur¹⁰. Zira seviye 0 otomasyonsuz araçlardır ve bu araçlarda aracın yatay ve dikey hakimiyeti tüm sürüş şartlarında insan sürücünün kontrolündedir¹¹. Seviye 1 sürücü asistanı olarak adlandırılmakta olup bu seviyedeki bir otomasyon sisteminde ya sadece direksiyon kontrolü ya da sadece hız kontrolü devralınmakta ve sürücünün yatay ya da dikey hakimiyetten birini mutlaka elinde bulundurması gerekmektedir¹². Seviye 2’de ise sürücü asistanından farklı olarak otomasyon sistemi dinamik sürüş görevinin hem yatay hem de dikey kontrolünü ele alabilecek teknolojiye sahiptir fakat yine de kullanıcının denetleme görevi devam etmektedir¹³. Seviye 3’teki araçlar ise koşullu otomasyon şeklinde ifade edilmekle dinamik sürüş görevinin tamamı, sınırlı bir operasyonel tasarım alanı içerisinde sistem tarafından yerine getirilmekte fakat bir arıza durumunda sürücüye haber verilmekte ve riskin önlenmesi için sürücü tarafından bu çağrıya uyulup sürüş ele alınmak durumundadır¹⁴. Seviye 3’teki gibi sürüş görevinin otomasyon tarafından yerine getirildiği fakat arıza durumunda sürücünün sistem tarafından gönderilen müdahale çağrısına yanıt vermesinin zorunlu olmadığı Seviye 4 ise yüksek otomasyon olarak adlandırılmaktadır¹⁵. Bu halde esasen bir insan müdahalesi mümkün fakat zorunlu değildir. Son seviye olan 5’te ise dinamik sürüşe bir insan müdahalesi mümkün olmayıp tam otomasyon olarak adlandırılan bu seviyede dinamik sürüş görevinin sınırsız bir operasyonel tasarım alanında, harekete elverişli tüm koşullarda sistem tarafından kontrol edilmesi mümkündür¹⁶.

SAE tarafından yapılan bu sınıflandırma, seyir sırasında veya bu araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilen haksızlıkların yaratacağı ceza sorumluluğu açısından oldukça büyük bir önem teşkil etmektedir. Nitekim birçok ülke bu sınıflandırmayı dikkate alarak Trafik mevzuatlarını güncellemiştir. Örneğin Almanya 21 Haziran 2017’de yürürlüğe giren kanun değişikliğiyle, otonom araçlar konusunda trafik mevzuatını ulusal çapta güncelleyen dünyadaki ilk ülke olmuştur. Kanun değişikliğiyle sürüş otomasyon sistemleri ilk 4 seviye açısından düzenlenmiş fakat seviye beş veya tam otonom araç olarak tanımlanan araç türleri ise Alman kanun koyucu tarafından bu düzenleme kapsamına dahil edilmemiştir¹⁷.

⁸ SAE J3016.

⁹ Yazıcılar, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk”, 23.

¹⁰ Kelep Pekmez, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk”, 179.

¹¹ Bryant Walker Smith, “SAE Levels of Driving Automation,” *Stanford Law School - Center for Internet and Society*, 18 Aralık 2013, (Erişim Tarihi: 14.06.2024).

¹² Çekin, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, 286.

¹³ SAE J3016, s. 24; Kelep Pekmez, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk”, 180.

¹⁴ SAE J3016, s. 24.

¹⁵ Randal O’Toole, “Policy Implications of Autonomous Vehicles (September 18, 2014)”, *Cato Institute Policy Analysis* No. 758, 2014, 2; SAE J3016, 25.

¹⁶ O’Toole, “Policy Implications of Autonomous Vehicles”, 2.

¹⁷ Eric Hilgendorf, *Otomatikleşmiş Sürüş ve Hukuku – Genel Bir Bakış, Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zeka ve Yeni Teknolojiler içinde* trc. R. Barış Atladı, ed. Yener Ünver, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 437; Yazıcılar, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk”, 40.

Yine Kore hükümeti, Ekim 2019'da yayımladığı bir strateji raporunda 2020 ve 2021'de seviye 3 ve seviye 4 otomasyona sahip araçlar için güvenlik standartlarının belirleneceğini duyurmuştur. Nitekim 31 Aralık 2019'da ilgili kanunda yapılan bir değişiklikle otonom araçlara ilişkin yeni güvenlik standartları getirilmiş olup bu düzenlemenin seviye 2 otomasyona sahip araçlarla ilgili hükümleri 1 Ocak 2020'de, seviye 3 otomasyona sahip araçlarla ilgili hükümleri ise 1 Temmuz 2020'de yürürlüğe girmiştir. Ayrıca Arazi, Altyapı ve Ulaştırma Bakanlığı tarafından 6 Ocak 2020 tarihinde koşullu otomasyona sahip araçlara uygulanacak güvenlik standartları ortaya konulmuştur¹⁸.

Türkiye açısından ise Türk hukukunda yönetmelik düzeyinde otonom araçların düzenlendiği tek norm *“Motorlu Araçlar ve Römorkları ile Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği ve Korunmasız Karayolu Kullanıcılarının ve Yolcuların Korunması ile İlgili Tip Onayı Yönetmeliği”* olup ne Karayolları Trafik Kanunu'nda ne de Ceza Kanunu'nda otonom araçlardan kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin bir hüküm yoktur. Bu manada esasen ilk 3 seviyede sürücü kontrolünün gerekmesi açısından ceza sorumluluğu bakımından özellik arz eden herhangi bir tartışma bulunmamaktadır. Fakat insan sürücü müdahalesinin gerekliliği görülmediği diğer üç seviye açısından ceza sorumluluğunu belirlemek sorun yaratabilecektir. Belirttiğimiz gibi Türk ceza hukuku mevzuatı açısından otonom araçlardan kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin özel bir hüküm olmadığından bu hususta meydana gelecek ceza hukukuna ilişkin problemlerin nasıl çözümleneceği önem arz etmektedir.

Otonom araçların kullanımı ile ilgili ceza hukuku açısından olarak ortaya çıkabilecek temel suç tipleri trafik güvenliğini tehlikeye sokma yahut gerçekleşen trafik kazaları sonrası meydana gelecek kasten/taksirli yaralama ya da öldürme fiilleridir. Ayrıca otonom araçların bazı trafik kurallarına riayet etmemesi sonucu *-örneğin hız limitlerine uymaması ya da gereksiz yere güvenlik şeridi ihlali gibi-* KTK'da düzenlenen birtakım kabahatlerin de meydana gelmesi olasıdır. İşte bu suç ya da kabahat teşkil eden fiillerin ne şekilde yaptırıma uğrayacağı hususunda ise kanuni düzenleme eksikliği sebebiyle çeşitli problemler çıkmaktadır. Bu bağlamda çalışma kapsamında mevcut düzenlemeler ışığında ortaya çıkacak problemler çözülmeye çalışılmıştır.

Otonom araçların kullanımı ile ilgili ceza hukuku açısından meydana 2 temel sorun bulunmaktadır. Bu manada sorunlardan ilki otonom araçların -özellikle kendi kendilerine öğrenen ve bu öğrendikleri ile insan desteği olmaksızın problem çözebilen makineler olduğu nazara alındığında- bizzatı bir ceza sorumlulukları olup olmayacağıdır. Zira özel hukuk açısından kusursuz sorumluluk hallerinin kabul edilebilirliği ve bu sebeple sorumluluk açısından işletene gidilebildiği nazara alındığında esasen bu gibi bir problem yoktur. Fakat ceza hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde kusursuz sorumluluğu kabul etmek mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu bu araçların kullanımından doğan ceza hukuku problemlerinde araçların ceza sorumluluğu olup olmadığını değerlendirmek gerekecektir.

Türk ceza hukuku sistemi gerçek kişiler dışındaki kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir. Zira gerçek kişiler dışındaki varlıkların temelde özgür iradeleri ve hareket kabiliyetleri bulunmamaktadır. Fakat otonom araçlar tanımlarında belirttiğimiz üzere

¹⁸ MOLIT, “Korean Government Announces Safety Standards for Level 3 Automated Vehicles”, (Erişim Tarihi: 14.06.2024)

esasen kendisine yüklenen verileri işlemektedir ve değerlendirdiği bu bilgiler sonucunda karar alma mekanizmasına sahiptir¹⁹. O halde bu araçların ceza sorumluluğunun bulunması mümkün olabilecek midir? Esasen her ne kadar bu araçlar da insanlar gibi öğrenip hatta bazı kararlar verebilseler de öğrenme becerileri ve karar verme yetenekleri özgür bir iradeyi oluşturmaya yetmemektedir²⁰. Bu sebeple otonom araçların özgür olmadıkları ve bu bağlamda da bir kişi olarak ele alınamayacakları görüldüğünden bizatihi ceza sorumluluğuna sahip bir varlık olarak kabul edilmeleri de mümkün değildir²¹.

Otonom araçların bizatihi ceza sorumluluğu olmadığı sonucuna ulaşıldığında bu araçların kullanımı sırasında meydana gelecek kazalardan dolayı kimin sorumlu olacağı sorunu gündeme gelmektedir. Otonom araçların gerek üretilme gerekse de kullanım sürecine katılan bazı kimselerin sorumlu olması söz konusu olabilecektir. Bu kimseler ise somut olayın özelliklerine göre otonom araçları programlayanlar, üreten üreticiler, özellikle tam otomasyon sonucu aracı kullanan kimseler²² ve tam otomasyon olmayan durumlarda bizatihi sürüşe de müdahale eden sürücüler olabilir²³. Bu kimselerin ceza sorumlulukları kasten ve taksirle işlenen suçlar açısından aracın otonom seviyesine göre tespit edilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki seviye 3'e kadar zaten araçta bir otomasyon bulunsada dahi sürücünün yönetimi esas olup bu tip araçların kullanımında meydana gelecek kazalardan zaten ceza hukukunun temel ilkeleri çerçevesinde sürücü sorumlu olacaktır. Örneğin seviye 1 bir araca sahip sürücü park yardımından yararlanırken bir yayaya çarparak yaraladığında eğer gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı tespit ediliyorsa ve neticede öngörülebilir ise bu halde taksirle yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

Bu manada esas problem seviye 3 ve yükselen diğer otomasyon türleri açısından meydana gelebilecek risklerdir. Örneğin seviye 3 araca sahip bir kullanıcı/sürücü tarafından araçtan kendisine gönderilen bir ikaza kasten cevap verilmediğinde ve bunun sonucunda bir yayaya çarparak ölümüne sebebiyet verildiğinde sorumluluğu ne olacaktır? Öğretide bu halde yine ceza hukuku temel ilkelerine göre hareket edilmesi gerektiği belirtilmekle eğer sürücü sürüşü devralmadığında ölüm neticesini biliyor ve istiyorsa doğrudan kasttan, neticeyi öngörüyor fakat gerçekleşip gerçekleşmemesini dışsal tesadüflere terk ediyorsa olası kasttan bahsedilecektir²⁴.

Otonom araçların kullanımından dolayı oluşabilecek esas suçlar ise taksirli suçlardır. Ceza hukuku anlamında sorumluluğun belirlenmesi açısından da otonom araç sürücülerinin, kullanıcılarının ya da programcılarının taksirlerinin belirlenmesi bağlamında açıklık getirilmesi gereken iki temel husus bu kişilerin dikkat ve özen yükümlülükleri ne olduğu ve

¹⁹ Sabine Gleß und Thomas Weigend, "Intelligente Agenten und das Strafrecht", ZSTW 126 (2014): 562-563.

²⁰ Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk", 184.

²¹ Gleß und Weigend, "Intelligente Agenten und das Strafrecht", 570.

²² Bkz. Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk", 185: Yazara göre otonom araçların üç ve dördüncü kademeleri bakımından hem sürücüler hem de yolculardan bahsetmek mümkünken, kademe beş türündeki bir otonom araçta seyahat edenlerin tamamı ya yolcu ya da hizmet eden vasfını taşımaktadır. Fakat kademe beş türünde de olsa bu araçlarda da aracın seyrini başlatan ve fakat aracı sevk ve idare etmeyen bir kişiye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu bağlamda araçta bulunan kişilerden aracın seyir şartlarını programlayarak hareket etmesini sağlamaya yönelik davranışları gerçekleştirenler kanaatimizce kullanıcı olarak nitelendirilebilirler.

²³ Detaylı sınıflandırma için bkz. Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk", 185.

²⁴ Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk", 187.

neticenin bunlar tarafından öngörülebilirlik öngörülemezliği olmalıdır. Bu manada karayollarında sürülen araçlar açısından dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını da başta Karayolları Trafik Kanunu devamında da bu kanuna ilişkin yönetmelikler oluşturmaktadır. Fakat otonom araçlar söz konusu olduğunda muhakkak ki dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesi açısından aracın özelliklerini de değerlendirmek gerekecektir. Diğer yandan öğretide otonom aracın sistemine duyulan güvenin kullanıcı ve sürücüler bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünün azaltılması ve bu bağlamda taksirli sorumluluğunun sınırlarını daraltması yönünde bir yorumdan kaçınmak gerektiği belirtilmektedir²⁵.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere seviye 2 ve altındaki araçların kullanımından kaynaklanan taksirli suçlar açısından sorumluluk bu araçlar açısından bizzatı kontrol sürücüde olduğundan genel ceza hukuku ilkeleri kapsamında sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğü açısından yapılacak bir değerlendirme ile belirlenecektir. Fakat artık sürücünün yanında otonom aracın da temel sürüşü devraldığı seviye 3 ve üstü araçlar açısından ayrıca bir değerlendirme yapılması şarttır.

Bizim de katıldığımız görüşe göre seviye 3 türündeki otonom araçlarda sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğü dört ve beş türündeki araçlara göre daha kapsamlı olacaktır zira bu seviye araçlar açısından herhangi bir sorun olduğunda sürücünün verilen uyarıya cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Seviye 4 açısından ise belirtildiği gibi esasen araç sürücüsüne bir uyarı verse de bu uyarıya cevap vermek ihtiyari olup dikkat ve özen yükümlülüğü sınırlandırılabilir. Fakat tamamen otonom araca güvenmek dikkat ve özen yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmayacaktır²⁶.

Otonom araçların kullanımından kaynaklanan taksirli suçlardan sorumlu olunabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğünün yanında meydana gelen neticenin sürücü, kullanıcı ya da programcı tarafından öngörülebilirlik de olması gerekmektedir. Örneğin seviye 3 kapsamında bir otonom aracın her riskli durumda uyarı vermesi ile karşılaşan sürücünün aracın uyarı vermemesini öngörmesi beklenen bir şey değildir. Fakat diğer yandan ihtimal dahilindeki tüm zararların da sürücü tarafından öngörülebilir olduğunu kabul etmek gerekir. Yine belirtmek gerekir ki öngörülebilirlik her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki dikkat ve özen yükümlülüğüne kaynaklık eden kurallar otonom araç sürücüleri bakımından karayolları trafik kuralları yanında aracın otonom özellikleri bağlamında da şekillenmektedir. Öngörülebilirlik noktasında ise belirtilmesi gereken husus bu sürücülerin aracın hata yapma ihtimali bağlamında bu hatanın teknik bir arızaya dayanması durumlarında bunu öngörüp öngöremeyeceklerinin araştırılmasını gerektirmektedir²⁷.

²⁵ Kelep Pekmez, "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk", 190.

²⁶ Ibid., 191.

²⁷ Ibid., 192.

Kaynaklar / References

- Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- Bryant Walker Smith. "SAE Levels of Driving Automation." *Stanford Law School – Center for Internet and Society*, December 18, 2013.
- Çekin, Mesut Serdar. "Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk." *TAAD* 9, no. 33 (January 2018).
- European Commission. *Proposal for a Regulation Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act)*, 2021/0106 (COD), April 24, 2021. Brussels.
- Gleß, Sabine, and Thomas Weigend. "Intelligente Agenten und das Strafrecht." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 126 (2014): 562–63.
- Hilgendorf, Eric. "Otomatikleşmiş Sürüş ve Hukuku – Genel Bir Bakış." Translated by R. Barış Atladı. In *Ceza Hukukunda Robot, Yapay Zekâ ve Yeni Teknolojiler*, edited by Yener Ünver, 437–55. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Kelep Pekmaz, Tuba. "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme." *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi – Journal of Penal Law and Criminology* 6, no. 2 (2018).
- MOLIT. "Korean Government Announces Safety Standards for Level 3 Automated Vehicles."
- O'Toole, Randal. "Policy Implications of Autonomous Vehicles." *Cato Institute Policy Analysis* No. 758, September 18, 2014.
- SAE. *Taxonomy and Definitions for Terms Related to Driving Automation Systems for On-Road Motor Vehicles (J3016)*.
- Yazıcılar, Tarık Taha. "Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk." Master's thesis, Marmara University, Institute of Social Sciences, Department of Public Law, 2021.

Yazarlar Hakkında / About the Authors

**Prof. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN | Türk Alman Üniversitesi |
cekin[at]tau.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3808-5332**

Lisans ve doktora eğitimini Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesinde tamamlamıştır. Eş zamanlı olarak aynı üniversitede araştırma görevlisi olarak çalışmış ve avukatlık yapmıştır. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde denklik eğitimini tamamlamıştır. 2012 yılında Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalına Yardımcı Doçent olarak atanmış, 2018 yılında doçent ünvanını kazanmış ve halen burada görevine devam etmektedir. Teknolojik gelişmelerin özel hukuka etkisini konu alan Yapay Zekâ, big data, blockchain, kişisel veriler, dijital ekonomi gibi konulara dair kitap, makale ve ulusal/uluslararası bildirileri mevcuttur.

**Dr. Öğr. Üyesi Hazal ALGAN CANSEVEN | İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi |
hacanseven[at]29mayis.edu.tr | ORCID: 0000-0002-6489-3114**

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 2014 yılında derece ile mezun olmuş, 2015 yılında İstanbul Barosuna kaydolarak avukatlık faaliyetlerine başlamıştır. 2017 yılında İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Yüksek Lisans Programında "Türk Ceza Kanunu'nda Organ ve Doku Ticareti Suçları" konulu yüksek lisans tez çalışmasını tamamlayarak LL.M. derecesini kazanmış, 2022 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı'nda "Ceza Muhakemesinde Kanun Yoluna Başvuru Hakkı" başlıklı tezini başarı ile savunarak hukuk doktoru ünvanını almıştır. Ceza hukuku alanında sürdürdüğü akademik çalışmaları kapsamında yayınladığı iki kitabı ve çeşitli dergilerde yayınlanan makaleleri ve çeşitli bilimsel etkinliklerde sunduğu pek çok tebliği bulunmaktadır. Halihazırda İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi Hukuk Fakültesinde ceza ve ceza muhakemesi anabilim dalında Dr. Öğretim Üyesi olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

**Prof. Dr. Mesut Serdar Çekin | Turkish-German University |
cekin[at]tau.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3808-5332**

He completed his undergraduate and doctoral degrees at the University of Tübingen Faculty of Law. He simultaneously worked as a research assistant at the same university and practiced law. He completed his equivalency training at the Istanbul University Faculty of Law. In 2012, he was appointed Assistant Professor in the Department of Civil Law at the Turkish-German University Faculty of Law, becoming Associate Professor in 2018, where he continues to serve. He has authored books, articles, and national/international proceedings on the impact of technological developments on private law, including artificial intelligence, big data, blockchain, personal data, and the digital economy.

**Asst. Prof. Dr. Hazal Algan Canseven | Istanbul 29 Mayıs University |
hacanseven[at]29mayis.edu.tr | ORCID: 0000-0002-6489-3114**

He graduated from Istanbul Bilgi University Faculty of Law with honors in 2014 and began his legal career by registering with the Istanbul Bar Association in 2015. In 2017, he earned his LL.M. degree by completing his master's thesis on "Organ and Tissue Trafficking Crimes in the Turkish Penal Code" at the Istanbul Bilgi University Institute of Social Sciences' Human Rights Master's Program. In 2022, he successfully defended his thesis titled "Right to Legal Recourse in Criminal Procedure" at the Istanbul University Institute of Social Sciences' Public Law Department, earning his Doctor of Laws. As part of his academic research in the field of criminal law, he has published two books, articles in various journals, and numerous papers presented at various scientific events. He currently serves as an assistant professor in the Department of Criminal Law and Criminal Procedure at Istanbul 29 Mayıs University Faculty of Law.

CEZA YARGILAMALARINDA MAĞDUR HAKLARININ GÜÇLENDİRİLMESİ¹

Prof. Dr. Yumi JEE
Daegu Üniversitesi

Özet

Mağdurların ceza yargılamalarındaki statüsü ve rolü zaman içinde değişmiştir. Cezalandırma yetkisinin devlete geçmesiyle, bireylerin kendi adaletlerini sağlama girişimleri yasaklanmıştır. Diğer bir deyişle, devlet çatışmanın doğrudan bir tarafı haline gelmiş ve mağdurlar nihayetinde yerlerini devlete bırakarak ceza yargılamalarında gerçeğin ortaya çıkarılması için birer araç haline gelmişlerdir. Ancak 1950'li yıllardan itibaren, mağdurlar üzerine odaklanan viktimoloji (mağdurbilim) alanındaki gelişmelerle birlikte mağdurlara olan ilgi yeniden artmıştır. Bu nedenle, mağdurların haklarını güvence altına almak ve garanti etmek için bir dizi program başlatılmıştır. Bu değişimden Kore de muaf değildir. Bu çalışmanın temel amacı, mevcut Kore yasalarına göre ceza yargılamalarında mağdurların haklarını incelemek ve ardından bu mağdur haklarının nasıl güçlendirilebileceğine ilişkin tartışmaları gözden geçirmektir.

Anahtar Kelimeler

*Suç Mağduru, Viktimoloji, Mağdur Hakları, Mağdurun Korunması ve Desteklenmesi,
Mağdurun Katılımı*

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör., Mehmet Nuri TEKE | Balıkesir Üniversitesi | mehmetnrtk[at]gmail.com |
ORCID: 0000-0002-4694-8716

STRENGTHENING VICTIMS' RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Prof. Dr. Yumi JEE

Daegu University

Abstract

The status and role of victims in criminal proceedings have changed over time. With the establishment of the state's power on criminal punishment, private revenge by victims, which had previously been allowed, was prohibited. In other words, the state became a direct party to the conflict, and the victims ultimately gave up their place to the state and became tools for discovering the truth in criminal proceedings. Since the 1950s, however, there has been a renewed interest in victims, centered on the achievements of victimology. Therefore, a number of programs have been introduced to secure and guarantee victims' rights. Korea is no exception to this change. The main purpose of this paper is to examine the rights of victims in criminal proceedings under the current Korean law, and then to review discussions on how to strengthen such victims' rights.

Keywords

Crime Victim, Victimology, Victims' Rights, Protection and Support of Victim, Victim's Participation

1. Giriş

Mağdurların ceza yargılamalarındaki statüsü ve rolü zaman içinde değişmiştir. Devletin ceza verme yetkisinin tesis edilmesiyle birlikte, daha önce izin verilen mağdurların özel intikam alması yasaklanmıştır. Diğer bir deyişle, devlet çatışmanın doğrudan bir tarafı haline gelmiş ve mağdurlar nihayetinde yerlerini devlete bırakarak ceza yargılamalarında gerçeğin ortaya çıkarılması için birer araç haline gelmişlerdir. Ancak 1950'lerden bu yana mağdurlara yönelik ilgi, mağdurbilimin kazanımlarına odaklanarak yeniden artmıştır. Bu nedenle, mağdurların haklarını güvence altına almak ve garanti etmek için bir dizi program başlatılmıştır. Kore de bu değişimin bir istisnası değildir. Bu makalenin temel amacı, mevcut Kore yasalarına göre ceza yargılamalarında mağdurların haklarını incelemek ve ardından bu mağdur haklarının nasıl güçlendirilebileceğine ilişkin tartışmaları gözden geçirmektir.

2. Mevcut Kore Hukuku Kapsamında Mağdurların Haklarına Genel Bakış

Kore'de suç mağdurlarına psikolojik veya ekonomik koruma ve destek sağlamayı veya ceza yargılamalarına katılımlarını sağlamayı amaçlayan bir dizi yasal program bulunmaktadır. Aşağıdaki tabloda, suç mağdurlarının psikolojik veya ekonomik olarak korunması ve desteklenmesine ve ceza yargılamasının aşamasına göre ceza yargılamasına katılımlarına yönelik temsili programlar özetlenmektedir.

	Mağdurun Korunması ve Desteklenmesi	Mağdurun Katılımı
Soruşturma	– soruşturma sırasında güven ilişkisi içinde olunan kişinin varlığı	– mağdurun suç duyurusunda bulunma hakkı – kıdemli adli kolluk görevlisi tarafından nakil yapılmaması kararının tebliği – cumhuriyet savcısı tarafından takipsizlik kararının bildirilmesi – mağdurun kovuşturmayla yer olmadığına dair karara itiraz hakkı – cezai uzlaştırma sistemi
Yargılama	– tanık sorgulaması sırasında güven ilişkisi içinde olunan bir kişinin varlığı – iletim cihazları vb. ile tanıklık incelemesi – tazminat düzen sistemi	– mağdurun yargılama sürecinde ifade verme hakkı – mağdurun dava kayıtlarını inceleme ve kopyalama hakkı

Yukarıdaki tablo elbette mutlak değildir. Örneğin, bir mağdur avukatı programı yukarıdaki hücrelerin hiçbirinde yer alamaz. Bunun nedeni, bu tür bir programın soruşturma işlemlerinin yanı sıra yargılama işlemlerinde de tanınması ve bir mağdur avukatının yardımının yalnızca mağdura psikolojik destek sağlamakla kalmayıp, aynı zamanda mağdurun cezai işlemlere katılma hakkını etkili bir şekilde güvence altına almasıdır.

3. Mevcut Kore Hukuku Kapsamında Mağdur Haklarının Özel Olarak İncelenmesi

3.1. Mağdurların Korunması ve Desteklenmesine Yönelik Programlar

3.1.1. Mağdur ile Güven ilişkisi içinde Olan Bir Kişinin Varlığı

Mağdurları soruşturma ve yargılama süreçlerinde psikolojik olarak korumak ve desteklemek amacıyla, mağdurla güven ilişkisi içinde olan bir kişinin, mağdurun soruşturma veya yargılama sürecinde tanık olarak dinlenmesi sırasında hazır bulunmasına izin veren bir sistem mevcuttur. Başka bir deyişle, mağduru soruşturan soruşturma makamı veya mağduru tanık olarak inceleyen mahkeme, mağdurun yaşını, zihinsel veya fiziksel durumunu vb. göz önünde bulundurarak, mağdurun önemli ölçüde endişeli veya gergin olabileceğinin fark edilmesi halinde, re'sen veya mağdurun, mağdurun yasal temsilcisinin veya bir savcının başvurusu üzerine, mağdurla güven ilişkisi içinde olan bir kişinin hazır bulunmasına izin verebilir². Mağdur (1) 13 yaşından küçükse veya (2) nesneleri tanıma veya karar verme yeteneğini bozan fiziksel veya zihinsel bir engeli varsa, soruşturma kurumu veya mahkeme, soruşturma veya yargılamaya müdahale etme riski gibi kaçınılmaz durumlar dışında, mağdurla güvenilir bir ilişkisi olan bir kişinin hazır bulunmasına izin vermelidir³. Mağdurla güvenilir bir ilişkisi olan ve soruşturma kurumu tarafından mağdurun soruşturulması veya mahkeme tarafından mağdurun tanık olarak sorgulanması sırasında hazır bulunabilecek bir kişi, mağdurun eşi, üstsoy akrabası, kardeşi, avukatı veya mağdurun psikolojik istikrarına ve sorunsuz iletişimine yardımcı olabilecek başka bir kişi anlamına gelir⁴.

3.1.2. İletim Cihazlarıyla Tanık Muayenesi vb.

Mağdurların tanık olarak ifadelerinin alınması sırasında video gibi iletim cihazlarının kullanılması sistemi, mağdurların yargılama sürecinde psikolojik olarak korunması ve desteklenmesine yönelik bir sistemdir. Çocuk Refahı Kanunu kapsamındaki çocuk ticareti suçları, çocuklara karşı fiziksel veya zihinsel istismar suçları vb. mağdurları, Çocukları ve Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu bundan böyle “Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu” olarak anılacaktır) kapsamındaki tecavüz, çocuk ve ergen istismarı materyallerinin üretimi vb. mağdurları tanık olarak dinlerken, mahkeme uygun gördüğü takdirde video gibi iletim cihazları aracılığıyla veya görüntüleme tesisleri kurarak onları inceleyebilir⁵. Başka bir deyişle, çocuklar ve gençler gibi bazı suç mağdurlarının sanığın ya da dinleyicilerin huzurunda ifade verirken karşılaşabilecekleri psikolojik baskı ve ruhsal sıkıntıları hafifleterek mağdurları korumak amaçlanmaktadır.

3.1.3. Tazminat Emri

Tazminat kararı sistemi, 1981 yılında Hukuki İşlemlerin Hızlandırılmasına İlişkin Özel Durumlar Hakkında Kanun'un (bundan böyle “Davayı Teşvik Kanunu” olarak anılacaktır) yürürlüğe girmesiyle getirilmiştir. Başka bir deyişle, Davayı Teşvik Kanunu kapsamındaki tazminat emri sistemi, bir mahkemenin bedensel yaralama suçu (Ceza Kanunu, Madde

² Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 163-2(1) & Md. 221(3).

³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 163-2(2) & 221(3).

⁴ Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, Md. 84-3(1).

⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 165-2(1).

257(1)), bedensel yaralama sonucu ölüme neden olma suçu (Madde 259(1)) ile ilgili ilk veya ikinci derece ceza yargılaması usullerinde tazminat emri vermeye karar vermesi halinde mevcuttur, şiddet yoluyla ölüme sebebiyet verme suçu (Madde 262), taksirle yaralama veya ölüme sebebiyet verme suçu (Ceza Kanunu, Fası 26), tecavüz ve cinsel taciz suçu (Fası 32), hırsızlık ve soygun suçu (Fası 38), dolandırıcılık ve gasp suçu (Fası 39), zimmete para geçirme ve emniyeti suistimal suçu (Fası 40) ve mala zarar verme suçu (Fası 42). Mahkeme, re'sen veya mağdurun ya da mirasçılarının başvurusu üzerine, sanığın suç teşkil eden davranışı sonucunda meydana gelen maddi zarar, tıbbi masraflar ve nafaka için sanığın tazminat ödemesine karar verebilir⁶. Mahkemenin böyle bir tazminata hükmetmesi halinde, bu tazminatın mahkumiyet kararıyla aynı zamanda hükmedilmesi gerekir⁷ ve kesinleşmiş bir tazminat kararının eklendiği yazılı mahkumiyet kararının aslına uygun bir nüshası, Medeni İcra Kanunu uyarınca cebri icraya ilişkin icra hükmünün aslına uygun bir nüshası ile aynı etkiye sahip olacaktır⁸. Dolayısıyla, Davayı Teşvik Kanunu'ndaki tazminat emri sisteminin kurumsal anlamı, mağdurların ayrı bir hukuk davası açmadan ceza yargılaması yoluyla cezai eylemlerden kaynaklanan zararlarını tazmin etmelerine olanak sağlamasıdır⁹.

3.2. Mağdurların Ceza Davalarına Katılımına Yönelik Programlar

3.2.1. Mağdurun Suç Duyurusunda Bulunma Hakları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesi, "Bir suçun mağduru suç duyurusunda bulunabilir" hükmünü getirerek suç mağdurunun suç duyurusunda bulunan kişi statüsünü tanımaktadır. Burada suç duyurusu, bir suçun gerçeklerini soruşturma makamına bildirme ve suçlunun cezalandırılmasını isteme niyetinin bir ifadesidir¹⁰. Böyle bir mağdurun şikayeti genellikle soruşturma için sadece bir ipucudur, ancak özel durumlarda savcının kamu davası açması için gerekli bir koşul da olabilir. Mağdur da dahil olmak üzere suç duyurusunda bulunma hakkına sahip bir kişinin şikayetini gerektiren suçlar (1) mağdurun kişisel haklarının ve mahremiyetinin yüksek düzeyde korunmasını gerektiren suçlar, (2) hafif suçlar ve (3) fail ile mağdur arasında özel bir ilişkinin bulunduğu suçlar olarak sınıflandırılabilir. Ölüye hakaret (Ceza Kanunu, Madde 308) ve hakaret (Madde 311) suçları ikinci türün ((2) yukarıdaki) tipik örnekleri iken, hırsızlık (Ceza Kanunu, Madde 329) ve dolandırıcılık (Madde 347) suçları gibi çoğu mülkiyet suçu üçüncü türün ((3) yukarıdaki) örnekleridir. Öte yandan, tecavüz (Ceza Kanunu, Madde 297) ve zorla sarkıntılık (Madde 298) gibi cinsel suçlar birinci tür ((1) yukarıda) kapsamında şikayet gerektiren suçların temsili örnekleridir. Ancak cinsel suçların ciddiyeti göz önünde bulundurulduğunda, bu suçların yalnızca bireylerin özel alanına bırakılması artık uygun değildi ve bu da 18 Aralık 2012 tarihinde Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikle cinsel suçlar için şikayeti gerektiren hükmün kaldırılmasına yol açtı.

⁶ Davayı Teşvik Kanunu, Md. 25(1).

⁷ Davayı Teşvik Kanunu, Md. 31(1).

⁸ Davayı Teşvik Kanunu, Md. 34(1).

⁹ Tazminat emri sisteminin bu anlamı hakkında bkz. Seong-Won Jang, "The State's Power on Criminal Punishment and the Crime Victims' Rights", *Korean Journal of Criminology* 35, no. 1 (2023): 91.

¹⁰ Joo-Won Rhee, *Criminal Procedure* (Parkyoungsa, 2012), 92.

3.2.2. Adli Kolluk Görevlisi Tarafından Nakil Yapılmaması Kararının Tebliği

Adli kolluk görevlisi, ceza soruşturması sonrasında bir dosyanın savcıya gönderilmemesine karar verirse, mağdur, adli kolluk görevlisi tarafından bu göndermeme kararının özü ve nedenleri hakkında bilgilendirilir¹¹. Dosyanın savcıya devredilmemesi kararının özü ve nedenleri hakkında bilgilendirilen mağdur, adli kolluk görevlisinin bu kararına karşı adli kolluk amirine itirazda bulunabilir¹². Mağdurun itirazda bulunması halinde, adli kolluk görevlisi dosyayı gecikmeksizin savcılığa sevk etmeli ve işlemin sonucunu ve gerekçelerini mağdura bildirmelidir¹³. Bu şekilde mağdur, adli kolluk görevlisinin soruşturmasını kontrol edebilir ve adli kolluk görevlisinin dosyayı devretmeme kararına itiraz ederek hızlı bir şekilde telafi elde edebilir¹⁴.

3.2.3. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Savcı Tarafından Tebliği

Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, sadece savcılar kamu davası açabilir (Md. 246) ve savcılar, soruşturma objektif bir suç şüphesine yol açmış ve kamu davası açma koşulları yerine getirilmiş olsa bile, ceza politikası gerekçelerine dayanarak böyle bir kamu davası açamazlar (Md. 247). Bu durum, savcıların kovuşturma yetkisini keyfi olarak kullanmasına yol açabilir. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu, mağdurları bu tür keyfi savcılık davranışlarından korumak için aşağıdaki mekanizmaları öngörmektedir.

İlk olarak, savcı, hakkında şikayet veya suçlama bulunan bir dava hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar verdiğinde, kararın alındığı tarihten itibaren yedi gün içinde kararın özünü şikayetçiye veya suçlayana yazılı olarak bildirmeli,¹⁵ ve şikayetçi veya suçlayıcı tarafından talep edilmesi halinde, yedi gün içinde bu kararın gerekçelerini yazılı olarak açıklamalıdır¹⁶. Ayrıca, mağdurun veya yasal temsilcisinin başvurusu üzerine savcı, kamu davası açılıp açılmadığını, duruşmanın yeri ve zamanını, duruşmanın sonucunu ve şüpheli veya sanığın tutuklanması veya salıverilmesine ilişkin hususları mağdura derhal bildirir¹⁷. Başka bir deyişle, eğer mağdur şikayette bulunarak failin cezalandırılmasını istemiş, ancak savcı kamu davası açmayarak mağdurun bu isteğini yerine getirmemişse, savcının bu durumu mağdura bildirmesi ve mağdurun talep etmesi halinde nedenlerini açıklaması gerekmektedir. Buna ek olarak, mağdurlar (şikayette bulunmuş olsunlar ya da olmasınlar) davanın açılıp açılmadığı, duruşmanın yeri ve zamanı gibi konularda bilgilendirilmeyi talep etme hakkına sahiptirler.

Buna ek olarak, şikayette bulunma hakkını kullanmış olan bir mağdur, Savcılık Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca savcılığa itiraz ve yeniden itiraz veya Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 260. maddesi uyarınca karar verilmesi için başvuruda bulunarak savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararına itiraz edebilir. Hem savcılığa itiraz ve yeniden itiraz hem de karar

¹¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 245-6.

¹² Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 245-7(1).

¹³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 245-7(2).

¹⁴ Adli kolluk tarafından verilen nakil yapılmaması kararına karşı itirazda bulunmanın bu anlamı için bakınız Hyeok Kim, "A Study on Enhancing the Participation of Crime Victims in Criminal Proceedings", *Korean Journal of Victimology* 31, no. 2 (2023): 136-137.

¹⁵ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 258(1).

¹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 259.

¹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 259-2.

için başvuru, savcının takipsizlik kararına itiraz etme yöntemleri olmaları bakımından benzerdir, ancak aralarındaki fark, savcılığa itiraz ve yeniden itiraz savcının takipsizlik kararı için iç kontrol mekanizmaları iken, karar için başvurunun yetkili bir yüksek mahkemeden savcının takipsizlik kararının yasallığını veya uygunluğunu incelemesini ve kamu davası açılıp açılmayacağına karar vermesini isteyen bir prosedür olmasıdır. Kovuşturmaya itiraz ve yeniden itirazdan farklı olarak, karara bağlama başvurusu, savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının hukuka aykırı veya gerekçesiz olup olmadığının tarafsız bir mahkeme tarafından belirlendiği bir usuldür. Bu nedenle, savcının kamu davası açmaya ilişkin münhasır yetkisini kontrol etmek ve mağdura önemli bir koruma sağlamak açısından, karar başvurusunun savcılık itirazı ve yeniden itirazdan daha uygun olduğu genel olarak kabul edilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girdiğinde, bu tür bir yargılama başvurusuna konu olabilecek suçlar konusunda herhangi bir kısıtlama yoktu. Ancak, 25 Ocak 1972 tarihinde, Ceza Muhakemesi Kanunu, yalnızca şu suçların başvuruya konu olabileceğini sağlayacak şekilde değiştirilmiştir: yetkinin kötüye kullanılması (Ceza Kanunu, Madde 123), yasadışı tutuklama ve hapsedme (Madde 124) ve şiddet ve zalimane eylem (Madde 125). Böyle bir revizyon, sonuçta yargılama uygulamasının işlevine dayanan mağdur korumasını zayıflatacağı için eleştirilmiştir¹⁸. Buna cevaben, Ceza Muhakemesi Kanunu, bu tür bir başvuruya tabi suçların kapsamını genişletmek için yeniden gözden geçirilmiş ve mevcut Ceza Muhakemesi Kanununun 260(1) maddesi uyarınca, şikayetçiler tüm suçlar için, suçlayanlar ise görevi kötüye kullanma (Ceza Kanunu, Madde 123), yasadışı yakalama ve hapsedme (Madde 124), şiddet ve zalimane eylem (Madde 125) ve şüpheli suç olgularının yayınlanması (Madde 126) suçları için yargılama başvurusunda bulunabilmektedir.

3.2.4. Cezai Uzlaşma

Buna ek olarak, 14 Mayıs 2010 tarihinde Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikle, soruşturma altındaki ceza davalarının adil ve dostane bir şekilde çözülmesine ve suç mağdurlarının zararlarını pratik bir şekilde tazmin etmelerine yardımcı olmak amacıyla ceza uzlaştırma sistemi getirilmiştir. Kanuna göre, bir savcı soruşturma altındaki bir ceza davasını cezai uzlaşmaya sevk etme yetkisine sahiptir¹⁹. Cumhuriyet savcısı, re'sen veya şüpheli ya da suç mağdurunun başvurusu üzerine, soruşturulmakta olan bir ceza davasını ceza uzlaştırmaya sevk ederek, her derecedeki Cumhuriyet başsavcılıklarında veya bunların şubelerinde kurulan ve iki veya daha fazla ceza uzlaştırma kurulu üyesinden oluşan bir ceza uzlaştırma kurulu tarafından uzlaştırılmasını sağlayabilir.²⁰ Savcının bu şekilde ceza uzlaştırmaya sevk edebileceği ceza davaları (1) (i) dolandırıcılık, zimmet, güveni kötüye kullanma vb. suçlardan şikayet edilen malvarlığı suçları ile sınırlıdır. (ii) hakaret, sınır ihlali, fikri mülkiyet haklarının ihlali ve ücretlerin ödenmemesi gibi bireyler arasındaki özel anlaşmazlıklar nedeniyle şikayet konusu olan davalar ve (iii) cezai uzlaşmaya sevk edilerek anlaşmazlıkların çözülmesinin uygun olduğuna karar verilen diğer şikayet konusu davalar ve (2) cezai uzlaşmaya sevk edilen bu tür şikayet konusu davalara benzer

¹⁸ Bkz. örneğin, Yong-Sik Lee, "A Study on the Status of Crime Victim", *Korean Journal of Victimology* 14, no. 1 (2006): 11-12; Seung-Hwan Jung, "The Rehabilitation of the Status of Victim in Criminal Procedure", *Human Right and Justice* 346, (2005): 80.

¹⁹ Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu, Md. 41(1).

²⁰ Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu, Md. 41(1) & 42(1) (2).

genel ceza davaları.²¹ Ancak, Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu'nun 41(2) maddesinde öngörülen koşulların varlığı halinde, örneğin şüphelinin kaçacağı veya delilleri yok edeceği korkusu varsa, savcının soruşturma altındaki bir ceza davasını cezai uzlaştırmaya sevk etmesine izin verilmez. Savcılar ceza davalarını soruştururken ve ele alırken ceza uzlaştırmasının sonucunu dikkate alabilirler²². Bu cezai uzlaştırma sistemi, mağdurların cezai prosedürlere en aktif konumda katılmalarını sağlayan bir sistem²³ veya mağdurların zararlarını hızlı ve önemli ölçüde telafi etmelerini sağlayan bir sistem olarak olumlu değerlendirilmiştir²⁴.

3.2.5. Mağdurun Yargılama Sürecinde İfade Verme Hakkı

Geleneksel olarak, mağdurlar yargılama süreçlerinde yalnızca tanık statüsüne sahipti. Ancak bu geleneksel anlamda bir tanık olarak mağdur, sadece mahkeme tarafından tanık olarak çağrıldığında duruşmalara katılma ve ifade verme fırsatına sahipti ve mağdurun ifadesinin içeriği tanık sorgulamasının içeriğine göre belirleniyordu. Söz konusu suçla en doğrudan ilgisi olan kişi olmasına rağmen, kelimenin geleneksel anlamıyla bir tanık olarak mağdurun yargılamada pasif bir rolü vardı. Mağdurların bu statüsü, Anayasa'ya "bir suçun mağduru, kanunda öngörülen şekilde davanın görülmesi sırasında beyanda bulunma hakkına sahiptir" hükmünü içeren 27(5) maddesinin eklenmesiyle mağdurların yargılama sürecinde beyanda bulunma hakkını tanıyacak şekilde değiştirildiği 29 Ekim 1987 tarihinden bu yana değişmiştir²⁵. Bu doğrultuda, 28 Kasım 1987 tarihinde, Ceza Muhakemesi Kanunu, mağdurların ifade verme hakkı ile ilgili yeni bir Madde (Madde 294-2) oluşturacak şekilde revize edilmiştir.

²¹ Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu, Md. 41(2), Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu Yürürlük Kararnamesi, Md. 46.

²² Suç Mağdurlarını Koruma Kanunu, Md. 45(4).

²³ Zaehee Kim, "The Study on the Victim Participation in the Criminal Justice", *Ewha Law Journal* 18, no. 4 (2014): 236.

²⁴ Soonmin Kwon, "The Meaning and Legal Policy of 'Victim-Centered Approach' in Criminal Justice", *Korean Journal of Comparative Criminal Law* 23, no. 3 (2021): 179-180.

²⁵ Kısa bir süre önce Kore Anayasa Mahkemesi, Ceza Kanunu'nun 328(1). maddesini, suç mağdurlarının yargılama sürecinde ifade vermelerine ilişkin anayasal haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuştur. Ceza Kanunu'nun 328(1). maddesi, hakların kullanılmasını engelleme suçunun (Ceza Kanunu, madde 323) faili ve mağdurunun üstsoy, eş, birlikte yaşayan akraba, birlikte yaşayan aile üyeleri veya bunların eşleri olması halinde, söz konusu failin cezadan muaf tutulmasını ve bu durumun hırsızlık ve mala zarar verme suçları hariç tüm mülkiyet suçları için geçerli olmasını öngörmektedir (Ceza Kanunu, madde 344, 354, 361 ve 365(1)). Elbette Anayasa Mahkemesi, Kore'deki aile ve akrabalık bağlarının tarihi ve kültürel özellikleri, mülkiyet suçlarının doğası ve ceza hukukunun tamamlayıcı niteliği göz önüne alındığında, ekonomik çıkarları paylaşan veya duygusal olarak yakın olan aile üyeleri arasında meydana gelen mülkiyet suçlarının cezai kovuşturması ve cezalandırılması için özel istisnalar yapılmasının kabul edilebilir olduğunu kabul etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, Ceza Kanunu'nun 328(1). maddesinin kapsamına giren suçluların kapsamının aşırı geniş olması, hükmün kapsamına giren bazı malvarlığı suçlarının hafif sayılmaması ve hükmün resit olmama, hastalık veya engellilik gibi hassas bir konumda bulunan aile ve akrabalık topluluğu üyelerinin ekonomik olarak sömürülmesini teşvik edebilecek olması nedeniyle, mağdurun hakiminden uygun bir ceza vermesini talep etmesini engelleyerek mağdurun yargılama sürecinde beyanda bulunma hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararına göre, yasa koyucunun bu hükmü değiştirmek için 31 Aralık 2025 tarihine kadar süresi vardır ve yasa koyucu 31 Aralık 2025 tarihine kadar bunu yapmazsa, bu madde 1 Ocak 2026 tarihinden itibaren yürürlükten kalkacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin "2020HEONMA468 vb." kararı (24 Haziran 2024 tarihinde karara bağlanmıştır).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 28 Kasım 1987'de eklenen 294-2. maddesine göre, (1) bir suçun mağdurunun başvurusu üzerine mahkeme mağduru tanık olarak çağırır ve (2) (i) başvuru mağdur olmayan bir kişi tarafından yapılmışsa; (ii) başvuru sahibi yargılama veya soruşturma aşamasında söz konusu olayla ilgili olarak zaten tam bir açıklama yapmışsa ve başvuru sahibinin ikinci bir açıklama yapmasına gerek görülüyorsa; veya (iii) başvuranın ifadesinin yargılamayı önemli ölçüde geciktirecek olması halinde, mağdurun başvurusu üzerine dahi mahkeme mağduru tanık olarak çağırılmayabilir ve (3) mağdurun tanık olarak çağırılması halinde, mahkeme mağdura davayla ilgili görüşlerini ifade etme fırsatı verir. 1 Haziran 2007 tarihinde, Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 294-2. maddesi (1) sadece mağduru değil, mağdurun yasal temsilcisini ve (mağdur ölmüşse) mağdurun eşini, üstsoyunu ve kardeşini (bundan böyle "mağdur vb." olarak anılacaktır) de başvuru sahibi kapsamına alacak şekilde değiştirilmiştir.) başvuru sahibine dahil etmek, (2) (i) başvurunun mağdur olmayan bir kişi tarafından yapıldığı haller ile (ii) başvuru sahibinin soruşturma işlemlerinde söz konusu olayla ilgili olarak zaten tam bir beyanda bulunduğu ve ikinci bir beyanda bulunmasının gereksiz görüldüğü halleri, mağdur başvuruda bulunsu dahi mahkemenin mağduru tanık olarak çağırılmayacağı istisnalardan hariç tutmak ve (3) mağdurun beyanının kapsamını zararın kapsamı ve sonuçları, sanığın cezalandırılmasına ilişkin görüşü ve olayla ilgili diğer görüşleri olarak belirlemek.

Bu değişikliğe rağmen, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 294-2. maddesinin, mağdurun yargılama sürecinde ifade verme hakkını hala tanık muayenesi yoluyla kullanmasını gerektirdiğine dikkat çekilmiştir²⁶. Eğer mağdur ifade verme hakkını sadece tanık muayenesi yoluyla kullanabiliyorsa, mağdur yargılamanın bir "öznesi" değil, sadece muayenenin bir "nesnesi" olmaya devam edecektir. Bu eleştirilere cevaben, 29 Haziran 2015 tarihinde revize edilen Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, mağdurun tanık muayenesinden geçmesine gerek kalmadan söz konusu davanın yargılaması sırasında görüşünü bildirmesi için bir temel sağlamaktadır. Buna göre, (1) mahkeme, re'sen veya mağdurun başvurusu üzerine, mağduru duruşma günü hazır bulundurarak (mağduru tanık olarak dinlemeksizin) zararın kapsamı ve sonuçları, sanığın cezalandırılması ve suçun sübutunu kabul anlamına gelmeyen söz konusu davaya ilişkin diğer hususlar hakkında görüşünü bildirmesini sağlayabilir²⁷; (2) mahkeme başkanı, duruşmanın gidişatını ve diğer koşulları göz önünde bulundurarak, mağdurun bu tür bir sözlü ifade yerine yazılı bir görüş bildirmesini isteyebilir²⁸; ve (3) yukarıda açıklandığı şekilde sözlü veya yazılı bir görüş bildirme, bir suçun işlendiğinin kabulü için delil olarak kullanılamaz²⁹.

3.2.6. Mağdurun Dava Kayıtlarını İnceleme ve Kopyalama Hakkı

Son olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu, mağdurların ceza yargılamasına katılımını etkin bir şekilde güvence altına almak amacıyla, mağdurların dava kayıtlarını inceleme ve kopyalama hakkını tanımaktadır. Buna göre, bir mahkemede görülmekte olan bir davanın mağduru, mağdurun yasal temsilcisi vb. mahkeme başkanına dava kayıtlarını incelemek veya

²⁶ See, e.g., Zaehee Kim, "The Study on the Victim Participation in the Criminal Justice", *Ewha Law Journal* 18, no. 4 (2014): 242; Jin-Kuk Lee, "Legislative challenges for a crime victim's participation in trial proceedings", *Korean Criminological Review* 21, no. 4 (2010): 225-226.

²⁷ Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, Md. 134-10(1).

²⁸ Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, Md. 134-11(1).

²⁹ Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, Md. 134-12.

kopyalamak için başvuruda bulunabilir³⁰. Mağdurun haklarının giderilmesi için gerekli görülmesi veya başka haklı sebeplerin bulunması, suçun niteliği, yargılamanın durumu ve diğer koşullar göz önünde bulundurularak hâkimin uygun görmesi hâlinde hâkim, dava kayıtlarının incelenmesine veya kopyasının alınmasına izin verebilir; kopyanın alınmasına izin verirken, kopyası alınan dava kayıtlarının kullanım amacını sınırlayabilir veya uygun göreceği koşullara bağlayabilir³¹. Hâkimin dava kayıtlarının incelenmesine veya kopyalanmasına izin vermesine, kopyalanan dava kayıtlarının kullanım amacını sınırlandırmasına veya uygun gördüğü şartları koymasına karşı itiraz edilemez³².

3.3. Mağdur Avukatı

3.3.1. Mağdur Vekilinin Atanması ve Yetkileri

Mağdur avukatına ilişkin açık hükümlere gelince, Cinsel Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Özel Durumlar Hakkında Kanun'un (bundan böyle "Cinsel Şiddet Ceza Kanunu" olarak anılacaktır) 27. maddesi, Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu'nun 30. maddesi, Çocuk İstismarı Suçlarının Cezalandırılmasına İlişkin Özel Durumlar Hakkında Kanun'un (bundan böyle "Çocuk İstismarı Ceza Kanunu" olarak anılacaktır) 16. maddesi Engellilerin Refahına İlişkin Kanun madde 59-15, İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Mağdurların Korunması Hakkında Kanun madde 16 (bundan böyle "İnsan Ticaretini Önleme Kanunu" olarak anılacaktır) ve Israrlı Takip Suçunun Cezalandırılması Hakkında Kanun Madde 17-4 (bundan böyle "Israrlı Takip Ceza Kanunu" olarak anılacaktır) bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, mağdur avukatına ilişkin açık hükümler yalnızca cinsel suçlar, çocuklara veya gençlere yönelik cinsel suçlar, çocuk istismarı suçları, engelli kişilere yönelik istismar suçları, insan ticareti suçları ve ısrarlı takip suçları için mevcuttur.

Yukarıda belirtilen hükümlere göre, yukarıda belirtilen suçların mağdurlarına ve yasal temsilcilerine, ceza davalarında uğrayabilecekleri her türlü zarara karşı kendilerini savunmak ve hukuki yardım sağlamak üzere bir avukat tayin etme hakkı tanınmıştır. Bu şekilde atanan avukat (1) savcı veya adli kolluk görevlisinin mağdur hakkında yürüttüğü soruşturmaya katılabilir ve görüş bildirebilir, (2) şüphelinin gözaltına alınmadan önce sorgulanması, delillerin muhafaza altına alınması, hazırlık duruşması ve yargılama usulü aşamalarında mahkeme önüne çıkabilir ve görüş bildirebilir, (3) delillerin muhafaza altına alınmasından sonra ilgili belge ve delilleri inceleyebilir veya kopyalayabilir ve söz konusu ceza davası devam ederken ilgili belge ve delilleri inceleyebilir veya kopyalayabilir ve (4) mağdurun ceza yargılamasında temsil edilebileceği tüm işlemlerde kapsamlı temsil hakkına sahiptir³³. Cinsel Suçlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunması Hakkında Kurallar, özellikle şüphelinin gözaltına alınmadan önce sorgulanması, delillerin korunması usulü, hazırlık duruşması tarihi ve yargılama usulünde avukatın görüş bildirmesine ilişkin olarak, mağdurun avukatının başvurusu üzerine mahkemenin, avukatın zararın kapsamı ve sonuçları, sanığın cezalandırılması ve davayla ilgili diğer hususlar hakkında görüş bildirmesine izin vereceğini öngörmektedir³⁴. Ancak mahkeme, (1) mağdur avukatının dava

³⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 294-4(1).

³¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 294-4(3), (4).

³² Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 294-4(6).

³³ Cinsel Şiddeti Cezalandırma Kanunu, Md. 27(2)-(5).

³⁴ Cinsel Suçlar vb. Durumlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunmasına İlişkin Kurallar, Md. 6(1).

hakkında zaten yeterli bir açıklama yapmış olması ve bunu tekrar yapmasına gerek olmaması, (2) avukatın görüşünün yargılama sürecini önemli ölçüde geciktirme ihtimalinin olması, (3) görüşün davayla ilgili olmayan konularla ilgili olması veya (4) görüşün başka bir şekilde avukatın görüş beyanı olarak önemli olmaması halinde mağdur avukatının görüşünü açıklamasını kısıtlayabilir³⁵. Mağdur vekilinin görüşünü sözlü olarak açıklamasını sınırlamak için bu nedenlerden herhangi biri mevcutsa veya mahkeme başkanı sözlü açıklamanın yargılamanın ilerleyişi veya diğer koşullar ışığında önemli olmadığı kanaatine varırsa, hakim mağdur vekilinden sözlü açıklama yerine yazılı bir görüş açıklaması sunmasını isteyebilir³⁶ ve sözlü açıklama ile yazılı görüş açıklaması suç olgusunun kabulü için delil olarak kabul edilemez³⁷.

3.3.2. Kamu Savunucusunun Atanması

Mağdurun avukatının atanmasını öngören Kanunlar aynı zamanda mağdurun kamu avukatının atanmasını da öngörmektedir. Örneğin, Cinsel Şiddet Ceza Kanunu madde 27(6), cinsel suç mağdurunun avukatı yoksa savcının bir kamu avukatı atayabileceğini ve 19 yaşın altındaki cinsel suç mağdurunun avukatı yoksa savcının bir kamu avukatı ataması gerektiğini öngörmektedir. Başka bir deyişle, Cinsel Şiddet Ceza Kanunu'nun 27(6) maddesi, savcının kamu avukatı atamasının ilke olarak takdire bağlı olduğunu, ancak mağdurun 19 yaşından küçük olduğu istisnai durumlarda zorunlu olduğunu öngörmektedir. Cinsel Şiddet Ceza Kanunu kapsamında kamu avukatı atanmasına ilişkin bu hüküm, çocuklara veya gençlere yönelik cinsel suçlar, engelli kişilere yönelik istismar suçları ve insan ticareti suçları için de geçerlidir³⁸. Ayrıca, çocuk istismarı suçları için savcı tarafından bir kamu avukatı atanması zorunlu iken³⁹, ısrarlı takip suçları için bu tür bir kamu avukatı atanması ihtiyaridir⁴⁰.

4. Mağdur Haklarının Güçlendirilmesine İlişkin Güncel Tartışma

4.1. Mağdurların Bilgi Edinme Hakkının Geliştirilmesi

Mağdurların ceza yargılamalarının gidişatı hakkında iyi bir şekilde bilgilendirilmelerinin sağlanması, ceza yargılamalarına katılma haklarının pratikte güvence altına alınması için bir ön koşuldur. Bu bağlamda, mağdurun bilgi edinme hakkının daha da güçlendirilmesi için Kore hukuk sisteminin iyileştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yukarıda da belirtildiği üzere, bir adli kolluk görevlisi nakil yapılmaması yönünde bir karar verdiğinde, mağdurun talep edip etmediğine bakılmaksızın, adli kolluk görevlisinin bu kararın özünü ve gerekçelerini mağdura bildirmesi gerekmektedir⁴¹. Öte yandan, savcının kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi halinde, mağdurun talep edip etmediğine bakılmaksızın, savcının kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı mağdura bildirmesi gerekmektedir⁴²; ancak savcı,

³⁵ Cinsel Suçlar vb. Durumlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunmasına İlişkin Kurallar, Md. 6(7).

³⁶ Cinsel Suçlar vb. Durumlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunmasına İlişkin Kurallar, Md. 8(1).

³⁷ Cinsel Suç vb. Durumlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunmasına İlişkin Kurallar, Md. 9.

³⁸ Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu, Md. 30(2); Engelli Kişilerin Refahına İlişkin Kanun, Md. 59-15; İnsan Ticaretini Önleme Kanunu, Md. 16(2).

³⁹ Çocuk İstismarı Ceza Kanunu, Md. 16(6).

⁴⁰ İsrarlı Takip Ceza Kanunu, Madde. 17-4(6).

⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 245-6.

⁴² Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 258(1).

yalnızca mağdurun talep etmesi halinde kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın gerekçelerini açıklamakla yükümlüdür⁴³. Buna ek olarak, savcı mağduru veya yasal temsilcisini kamu davası açılıp açılmadığı, duruşmanın yeri ve zamanı, yargılamanın sonucu ve şüpheli veya sanığın tutuklanması veya salıverilmesine ilişkin hususlar hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür⁴⁴. Mağdurların bilgi edinme hakkını güçlendirmek ve nihayetinde ceza yargılamasına katılma haklarını güvence altına almak için, soruşturma kurumlarının mağdurun talebi veya başvurusu üzerine bildirim veya açıklama yapmasını gerektiren hükümlerin, bu kurumların mağdurun talebi veya başvurusundan bağımsız olarak bildirim veya açıklama yapmasını gerektirecek şekilde değiştirilmesi gerektiği savunulmuştur⁴⁵.

Mağdurun bilgi edinme hakkı, mağdurun dava kayıtlarını inceleme ve kopyalama hakkının iyileştirilmesiyle de güçlendirilebilir. Mağdurun dava kayıtlarını inceleme ve kopyalama hakkını düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 294-4. maddesi hakkında aşağıdaki eleştiriler getirilmiştir: (1) Madde 294-4(1)'in kendisi, "mağdur, dava kayıtlarının incelenmesi veya kopyalanması için mahkeme başkanına başvurabilir" hükmünü getirerek suç mağdurunun hakkını şart koşuyor gibi görünmektedir; (2) ancak, mağdurun dava kayıtlarını inceleme ve kopyalama hakkının niteliği, dava kayıtlarının incelenmesini ve kopyalanmasını mahkeme başkanının iznine tabi kılan Madde 294-4(3) ve mahkeme başkanının kopyalanan dava kayıtlarının kullanım amacını sınırlamasına veya hakim in uygun gördüğü koşulları eklemesine izin veren Madde 294-4(4) ile zayıflatılmaktadır⁴⁶. En azından, mahkeme başkanının belirli istisnai durumlar dışında mağdurun dava kayıtlarını incelemesine veya kopyalamasına izin vermesini veya mağdurun dava kayıtlarını incelemesi veya kopyalaması için hakim in iznini şart koşmamasını gerektirmek gerekli görünmektedir.

4.2. Mağdur Avukatlığı Sisteminin Genişletilmesi

Yukarıda da belirtildiği gibi, mağdur avukatı için açık bir hüküm bulunan suçlar Cinsel Şiddet Ceza Kanunu kapsamındaki cinsel suçlar, Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu kapsamındaki çocuklara veya gençlere yönelik cinsel suçlar, Çocuk İstismarı Ceza Kanunu kapsamındaki çocuk istismarı suçları, Engellilerin Refahına İlişkin Kanun kapsamındaki engellilere yönelik istismar suçları, İnsan Ticaretini Önleme Kanunu kapsamındaki insan ticareti suçları ve Israrlı Takip Ceza Kanunu kapsamındaki stalking suçları ile sınırlıdır. Elbette bu suçlar kapsamına girmeyen bir suçun mağdurunun avukat tayin etmesi imkânsız değildir. Ancak, mağdur vekiline ilişkin açık bir hüküm bulunmayan suçlar söz konusu olduğunda, mağdur vekilinin yetkisinin ve çalışma alanının belirsiz olması sorunu ortaya çıkmaktadır. Örneğin, cinsel bir suç için mağdur vekilinin atanması durumunda, (1) mahkeme, vekilin atandığını kanıtlayan belgeler sunulduğunda duruşma tarihini vekile

⁴³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 259.

⁴⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 259-2.

⁴⁵ Hyeok Kim, "A Study on Enhancing the Participation of Crime Victims in Criminal Proceedings", *Korean Journal of Victimology* 31, no. 2 (2023): 143, 152 (İkinci mağduriyet endişesi nedeniyle bildirim yapılmasını istemeyen mağdurların korunması, soruşturma kurumlarının mağdurlara açıkça bildirimden vazgeçmeleri halinde bildirim yapmama kararını zorunlu kılarak ele alınabilir).

⁴⁶ Bu tür eleştiriler hakkında bkz: Hyeok Kim, "Victim-centered Perspective and the Legal Status of Crime Victim", *Contemporary Review of Criminal Law* 67, (2020): 208.

bildirmek zorundadır⁴⁷ ve (2) vekil, tüm ceza yargılamalarında mağduru temsil etme konusunda kapsamlı bir hakka sahiptir⁴⁸. Ancak, bu durumun, mağdur avukatı için açık bir hüküm bulunmayan suçlar için mağdur avukatı için geçerli olup olmadığı belirsizdir.

Ayrıca, özel avukattan farklı olarak, mağdurlar için bir kamu avukatı atanması sadece açık hükümlere dayanabilir. Sonuç olarak, mevcut yasal sistemde, Cinsel Şiddet Ceza Kanunu kapsamındaki cinsel suçlar, Gençleri Cinsel Suçlardan Koruma Kanunu kapsamındaki çocuklara veya gençlere yönelik cinsel suçlar, Çocuk İstismarı Ceza Kanunu kapsamındaki çocuk istismarı suçları, Engellilerin Refahına İlişkin Kanun kapsamındaki engellilere yönelik istismar suçları, İnsan Ticaretini Önleme Kanunu kapsamındaki insan ticareti suçları ve Israrlı Takip Ceza Kanunu kapsamındaki takip suçları dışında mağdurlar için kamu avukatı atanmamaktadır. Tüm suçlar için mağdurlara bir kamu avukatı atanmasına izin verilmesi ideal olsa da insan ve maddi kaynaklardaki sınırlamalar göz önüne alındığında, mağdur kamu avukatı sisteminin kademeli olarak genişletilmesi gerektiği konusunda bazı fikir birlikleri bulunmaktadır. Özellikle, (1) malvarlığı suçları mağdurlarının, bu suçların neden olduğu ekonomik zarar nedeniyle avukat tutacak maddi imkanlardan yoksun olabileceği göz önünde bulundurularak, malvarlığı suçları için mağdurlara kamu avukatı atanmasına öncelik verilmesi gerektiği⁴⁹ ve (2) takip, aile içi şiddet ve misilleme suçlarının giderek ciddileşen niteliği göz önünde bulundurularak, bu suçlara diğer suçlara göre öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵⁰.

4.3. Mağdurun Yargılama Sürecine Katılma Hakkının Güçlendirilmesi

Kore'deki hukuk sisteminde, mağdurların yargılama sürecine anlamlı bir şekilde katılabilmelerinin tek yolu, yargılama sürecinde ifade verme haklarını kullanmalarıdır. Ancak Ceza Muhakemesi Kanunu, mağdurun ifade verme hakkının tanık incelemesi yoluyla kullanılmasını şart koşmaktadır⁵¹ ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na yönelik eleştirilere cevaben Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, mağdurların tanık incelemesine gerek kalmadan yargılama sürecinde görüşlerini ifade edebilmeleri için zemin hazırlamıştır⁵². Ancak yine de mağdurlar, ifade verme haklarını kullanarak sadece 'görüşlerini' ifade edebilmektedir. Bu sınırlamalar nedeniyle, mağdurların yargılama sürecine daha aktif bir şekilde katılmalarına izin verilmesi gerektiği savunulmaktadır⁵³.

Özellikle, mağdurların yargılama sürecine daha aktif katılımını sağlayan bir sistemin kurulması gerektiği yönündeki argümanların çoğu, Japon Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamındaki mağdur katılım sistemini örnek almaktadır. Japon mağdur katılımı sisteminin temel özellikleri şunlardır: (1) belirli suçların mağduru vb. belirli suçların mağdurları mağdur katılımı için başvurabilir ve mahkeme suçun niteliğini, sanıkla olan ilişkisini ve diğer koşulları göz önünde bulundurarak uygun görürse mağdur katılımına izin verebilir ve (2)

⁴⁷ Cinsel Suçlar vb. Durumlarda Duruşma, Yargılama ve Mağdurun Korunmasına İlişkin Kurallar, Md. 4(1).

⁴⁸ Cinsel Şiddet Cezalandırma Kanunu, Md. 27(5).

⁴⁹ Bkz. örneğin, Do-hee Jeong, "Suggestions on the regulations of the current crime victim counsel system", *Korean Journal of Victimology* 26, no. 1 (2018): 161-162.

⁵⁰ Bkz. örneğin, Bong Su Kim, "A Study on Expansion Plans for the Public Defender System – Focusing on the public defense of suspects and victims", *Korean Journal of Criminology* 34, no. 4 (2023): 347-349.

⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanunu, Md. 294-2(1).

⁵² Ceza Muhakemesi Yönetmeliği, Md. 134-10, 134-11, 134-12.

⁵³ Bkz. örneğin, Soonmin Kwon, "The Meaning and Legal Policy of 'Victim-Centered Approach' in Criminal Justice", *Korean Journal of Comparative Criminal Law* 23, no. 3 (2021): 187.

mahkeme mağdur katılımına izin verirse, mağdur (i) duruşma gününe katılabilir; (ii) savcının Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamındaki yetkilerini kullanmasına ilişkin görüş bildirebilir; (iii) tanıkları sorgulayabilir, ancak sadece suç olguları dışındaki konularda; (iv) sanığa soru sorabilir; ve (v) olguların tespiti ve hukukun uygulanmasına ilişkin görüş bildirebilir⁵⁴. Kore hukuk sisteminin mağdurların yargılama sürecine katılma haklarını güçlendirecek şekilde iyileştirilmesi, Japon mağdur katılım sistemi gibi yabancı hukuk sistemlerinin kapsamlı bir şekilde incelenmesine ve sanık haklarıyla uyumun dikkate alınmasına dayanmalıdır.

⁵⁴ Japon mağdur katılım sisteminin temel özellikleri hakkında bkz: Sung Hoon An, "Japan's Victim Participation System in Criminal Procedure", *Comparative Review of Criminal Law* 81, (2023): 222-238; Jung-Min Lee, "Current Issue in Victimology in Japan", *Korean Journal of Victimology* 17, no. 2 (2009): 37-40.

Kaynaklar / References

- An, Sung Hoon. "Japan's Victim Participation System in Criminal Procedure". *Comparative Review of Criminal Law* 81, (2023).
- Jang, Seong-Won. "The State's Power on Criminal Punishment and the Crime Victims' Rights". *Korean Journal of Criminology* 35, no. 1 (2023).
- Jeong, Do-hee. "Suggestions on the Regulations of the Current Crime Victim Counsel System". *Korean Journal of Victimology* 26, no. 1 (2018).
- Jung, Seung-Hwan. "The Rehabilitation of the Status of Victim in Criminal Procedure". *Human Right and Justice* 346, (2005).
- Kim, Bong Su. "A Study on Expansion Plans for the Public Defender System – Focusing on the Public Defense of Suspects and Victims". *Korean Journal of Criminology* 34, no. 4 (2023).
- Kim, Hyeok. "A Study on Enhancing the Participation of Crime Victims in Criminal Proceedings". *Korean Journal of Victimology* 31, no. 2 (2023).
- Kim, Hyekyung. "Victim-Centered Perspective and the Legal Status of Crime Victim". *Contemporary Review of Criminal Law* 67, (2020).
- Kim, Zaehee. "The Study on the Victim Participation in the Criminal Justice". *Ewha Law Journal* 18, no. 4 (2014).
- Kwon, Soonmin. "The Meaning and Legal Policy of 'Victim-Centered Approach' in Criminal Justice". *Korean Journal of Comparative Criminal Law* 23, no. 3 (2021).
- Lee, Jin-Kuk. "Legislative Challenges for a Crime Victim's Participation in Trial Proceedings". *Korean Criminological Review* 21, no. 4 (2010).
- Lee, Jung-Min. "Current Issue in Victimology in Japan". *Korean Journal of Victimology* 17, no. 2 (2009).
- Lee, Yong-Sik. "A Study on the Status of Crime Victim". *Korean Journal of Victimology* 14, no. 1 (2006).
- Rhee, Joo-Won. *Criminal Procedure*. Seoul: Parkyoungsa, 2012.

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Yumı JEE | Daegu University

Prof. Dr. Yumı JEE, Daegu Üniversitesi Kamu İşleri Fakültesi, Polis İdaresi Bölümü'nde Hukuk Profesörüdür. Hukuk alanında doktora derecesini 2009 yılında Kore Üniversitesi'nden ve 2012 yılında Creighton Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden almıştır.

Prof. Dr. Yumı JEE | Daegu University

Prof. Dr. Yumı JEE is a Professor of Law in the Department of Police Administration, School of Public Affairs, Daegu University. He received his J.D. from Korea University in 2009 and his J.D. from Creighton University School of Law in 2012.

TÜRK CEZA MUHAKEMESİNDE MAĞDUR HAKLARI – YASAL DÜZENLEMELERİN ELEŞTİREL BİR İNCELEMESİ*

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi

Özet

Günümüzde suçtan en fazla etkilenen mağdurun ceza muhakemesi sürecinde ikincil mağduriyete uğrayabileceği kabul edilmekte ve devlete bu konuda önemli yükümlülükler düştüğü görüşü benimsenmektedir. 1980’li yıllardan itibaren birçok Avrupa ülkesinde kanun koyucular mağdur haklarını güçlendirmiş, ceza muhakemesi kanunları mağdura tanınan çok sayıda hakla zenginleşmiştir. 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Muhakemesi Kanunu da mağdur haklarının korunmasında önemli bir dönüm noktası olmuştur. Sonraki yıllarda yapılan yasal değişikliklerle mağdura yeni haklar tanınmış, mevcut haklar genişletilmiştir. Günümüzde Türk hukukunda mağdur, ceza muhakemesi sürecinde birçok hakka sahip bağımsız bir süje konumundadır. Ancak bu çalışmada, yapılan reformlara rağmen sistemin hâlâ eksiklikler taşıdığı ve daha ileri adımların gerektiği anlaşılmıştır. Bu bağlamda çalışmada, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan mağdur hakları, yakın dönemdeki yasal gelişmelerle birlikte eleştirel olarak incelenmektedir. Ayrıca, hâlen Türk sistemine kaynak teşkil eden Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki düzenlemelerle karşılaştırmalara yer verilmektedir. Mağdur ve suçtan zarar gören kavramları arasındaki farklar açıklandıktan sonra, mağdurun delil toplanmasını isteme, dosya inceleme, avukattan yararlanma, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz, muhakemeye katılma ve bilgi edinme gibi temel hakları ile kırılgan mağdurların korunmasına yönelik düzenlemeler ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesinde Mağdur, Ceza Muhakemesinde Mağdurun Korunması, Mağdur Hakları, Ceza Muhakemesine Katılma Hakkı

* Türkçe metinlerin Almancaya, Almanca metinlerin Türkçeye çevrilmesinde yapay zeka destekli DeepL çeviri programı ile yapay zeka ile çalışan ChatGPT programından da yararlanılmıştır. Kaynakların temininde Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Arş. Gör. Dr. Enes Yılmaz’a, metnin gözden geçirilmesinde Fakültemiz Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Arş. Gör. Ozancan Belci’ye yardımları için teşekkür ederim. Bu çalışma Aralık 2024’te tamamlanmıştır.

Bu çalışmanın önemli bir kısmı, Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Tübingen Üniversitesi Kütüphanesinin sunduğu imkanlardan yararlanılarak yazılmıştır. Fakülte bünyesinde sağlanan mükemmel çalışma ortamı ve kendisiyle her zaman konuları tartışma ve görüşlerini alma fırsatı sunduğu için Sayın Prof. Dr. Bernd Heinrich’e teşekkür ederim.

THE RIGHTS OF THE VICTIM IN TURKISH CRIMINAL PROCEDURE – A CRITICAL REVIEW OF THE LEGAL REGULATIONS

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel University

Abstract

Today, it is widely acknowledged that victims - being those most affected by crime - may suffer secondary victimization during criminal proceedings, and that the state bears significant responsibilities in this regard. Since the 1980s, lawmakers in many European countries have steadily strengthened victims' rights, enriching criminal procedure laws with an expanding set of entitlements. The Turkish Code of Criminal Procedure, which entered into force in 2005, marked a significant milestone in the protection of victim rights. In the following years, additional legal reforms have introduced new rights for victims and expanded existing ones. As a result, the victim in Turkish law has become an independent procedural actor endowed with numerous rights. Nevertheless, this study reveals that the reforms made to date are insufficient and that further improvements are necessary. In this context, the study provides a critical analysis of the victim rights enshrined in the Turkish Code of Criminal Procedure, taking into account recent legal developments. It also includes comparative references to the German Code of Criminal Procedure, which continues to serve as a foundational source for the Turkish system. After clarifying the distinction between the concepts of "victim" and "injured party," the study examines key rights such as requesting the collection of evidence, inspecting the case file, benefiting from legal counsel, challenging decisions not to prosecute, participating in proceedings, and accessing information. Finally, it also addresses the protection of vulnerable victims in light of recent legislative amendments.

Keywords

Victim in Criminal Proceedings, Protection of the Victim in Criminal Proceedings, Victims' Rights, Right to Participate in Criminal Proceedings

1. Giriş

Ceza adalet sistemi, yüzyıllar boyunca sanık hakları ile bağlantılı olarak ele alınmış ve sanığın haklarını güçlendirmek için çaba harcanmıştır. İşlenen her suçun mağdurunun devlet olduğu anlayışı nedeniyle, failin cezalandırılması ve devlet karşısındaki hakları ön planda tutulmuş bu süreçte asıl mağdur unutulmuştur. Ceza hukukunda mağdurun konumu ve önemi oldukça geç fark edilmiştir. Günümüzde ise, suçtan en fazla etkilenen mağdurun ceza muhakemesinde ikincil mağduriyeti fark edilmiş ve devletin mağdura karşı önemli yükümlülükleri olduğu kabul edilmiştir. Mağdur hakları esas itibarıyla önce uluslararası belgelerde yer almış ve bu belgeler, daha sonra ceza ve ceza muhakemesi hukukunda mağdura ilişkin düzenlemelere kaynaklık etmiştir.¹

1980'li yıllardan itibaren birçok Avrupa devletinde kanun koyucular mağdur haklarını sürekli olarak güçlendirmiştir. Ceza muhakemesi kanunları artık sürekli olarak yenileri eklenen birçok mağdur hakkını içermektedir. Kanun koyucunun bu gelişmeye yönelik gerekçesi ile siyasi ve toplumsal tartışmalar mağdurların menfaatlerine odaklanmaktadır. Burada kapsamlı bir mağdur koruması kastedilmektedir.²

Türk hukukunda mağdurun ceza muhakemesinin bir süjesi olarak keşfedilmesi oldukça yenidir. 90'lı yıllarda sanık haklarında yapılan iyileştirmeler mağdur haklarına yansımamıştır.³ Eski Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMUK) şahsi hak davası ve ceza muhakemesine katılma gibi kovuşturma evresinde mağdurun kullanabileceği bazı haklara yer verilmekle birlikte, soruşturma evresinde mağdur tamamen tek başına bırakılmış durumdaydı. Mağdurun bu evredeki rolü tanıklık ve kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz ile sınırlıydı. 2005 yılında yeni Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) yürürlüğe girmesi ile Türk ceza muhakemesi hukukunda mağdur hakları konusunda çok önemli gelişmeler yaşanmıştır. Bu tarihten sonra da gerek yeni CMK'da yapılan değişiklikler ile gerekse de yeni yasal düzenlemeler ile mağdur hakları sürekli iyileştirilmiş, mağduru koruyan yeni haklar yürürlüğe konmuştur. Bugün, diğer birçok ülke hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da mağdur, ceza muhakemesinde kullanabileceği birçok hakla donatılmış, bağımsız bir muhakeme süjesi konumundadır. Ancak yapılan reformların yeterli olmadığı, yapılması gereken daha birtakım iyileştirmelerin bulunduğu bu çalışmada da görülmüştür.

Bu çalışmanın amacı, 2005 yılında yürürlüğe giren 2004 tarihli CMK'da yer alan mağdur hakları ile son zamanlarda bu haklarda yapılan iyileştirmeler ve yeni düzenlemeler hakkında temel bir bilgi vermek ve mevcut düzenlemeleri eleştirel bir incelemeye tabi tutmaktır. Bu yapılırken, Türk CMK'nın hala kaynağı niteliğinde olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununda mağdur haklarına ilişkin düzenleme ve yeni gelişmelere de karşılaştırmalı olarak yer verilmeye çalışılmıştır.

¹ Yağmur Temiz Gül, "Mağdur Haklarında Yaşanan Güncel Gelişmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri", *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (23) - Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları* içinde, ed. Kayıhan İçel, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, 1. Mağdur haklarının tarihi gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz., Mahmut Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2024), 101 vd.; Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören - Şikayetçi*, (Ankara: Seçkin Yay., 2008), 31 vd.; Olgun Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.77 (2008): 43 vd.

² Ulrica Hochstätter, *Die Fragen der Opfer im Strafprozess - Bedürfnisse und Erwartungen im Kontext der strafverfahrensrechtlichen Bewältigung*, 41. (<https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-658-40530-4>)

³ Enes Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, (Ankara: Adalet Yay., 2024), 118.

2. Türk Ceza Muhakemesi Kanununda Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

CMK dördüncü kitap birinci kısım başlığı, “Suçun Mağduru ve Şikâyetçinin Hakları” adını taşımakta, md. 233’te mağdur ile şikâyetçinin çağırılması, md. 234’te mağdur ile şikâyetçinin hakları ve md. 236’da da mağdur ile şikâyetçinin dinlenmesi düzenlenmektedir.⁴ Araştırma konumuz esas itibarıyla bu maddelerde düzenlenen mağdur hakları olduğu için mağdur ve şikâyetçi kavramlarının kısaca açıklanması gerekmektedir.

CMK’nın birçok maddesinde mağdurdan bahsedilmekle birlikte bir tanımına yer verilmemiştir. Mağdurun nasıl tanımlanması gerektiği konusunda doktrinde birçok görüş ileri sürülmüştür. Araştırma konumuz ceza muhakemesinde mağdur hakları olduğu için ceza hukuku ve viktimoloji gibi bilim alanlarındaki mağdur tanımına ilişkin tartışmalara girilmeyecektir.⁵

Ceza hukukunda mağdur, kendisine karşı suç işlenen, işlenen suçun konusunun ait olduğu kişi ve suçun işlenmesi ile hakları tehlikeye maruz bırakılan veya zarar gören kişi olarak tanımlanmaktadır.⁶ Bu bağlamda, mağdur kavramının suçtan doğrudan zarar gören kişiyi ifade ettiği yerinde olarak belirtilmektedir.⁷ Ancak, suçtan zarar gören kişi her zaman suçun işlenmesi ile mağdur edilen kişi olmayabilir. Diğer bir ifadeyle, aynı suç bakımından mağdur ile suçtan zarar gören sıfatları her zaman aynı kişi üzerinde birleşmeyebilir.⁸ Yine mağdurun gerçek kişi olması da gerekmektedir; tüzel kişiler ve devlet suçtan doğrudan zarar görmüş olsa bile birçok yazar tarafından bunların mağdurluk sıfatı kabul edilmemektedir.⁹

CMK’nın birçok maddesinde mağdurdan ve mağdurla ilgili muhakeme işlemlerinden bahsedilmektedir; burada “mağdur” ifadesiyle gerçek kişilerin kastedildiği anlaşılmaktadır.¹⁰ Ancak bazı maddelerde¹¹ mağdur kavramının yanı sıra suçtan zarar gören kavramına da yer verilmektedir. Bu durumlarda, “mağdur” terimiyle suçtan doğrudan zarar görmüş gerçek kişilerin, “suçtan zarar gören” ifadesiyle ise mağdur dışındaki kalan ve suçtan doğrudan

⁴ Bu çalışmada, CMK’nın ilgili maddelerinin Almancaya çevrilmesinde Mehmet Arslan’ın çevirisinden de yararlanılmıştır: Mehmet Arslan, *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu, Deutsche Übersetzung und Einführung, Zweisprachige Ausgabe, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Band G 125*, (Berlin: Duncker & Humblot, 2017).

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 27 vd.; Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 35 vd., 253 vd.

⁶ Bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 152; İzzet Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 152; Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 40.

⁷ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 179; Ahmet Gökçen v.dğr, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yay., 2021), 250.

⁸ Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 50-51; Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören – Şikâyetçi*, 30; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay., 2024), 114; Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, 42.

⁹ Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 227; Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 99; Uğur Ersoy, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yay., 2024), 333.

¹⁰ CMK’da mağdur kelimesi 84 yerde geçmektedir. Bu maddelerde kastedilenin çoğunlukla gerçek kişi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, 12/4, 22/1, 52/3, 58/1, 66/6, 75, 76, 78, 84, 146/7, 170/3, 218/2, 234/2 ve 236. maddeler.

¹¹ Örneğin, md. 170/2, 237, 239, 250/8, 253.

zarar görmüş diğer kişilerin kastedildiği söylenebilir. Bu açıklamalara dayanarak, CMK md. 233 vd. yer alan “mağdur” kavramıyla, işlenen suçtan doğrudan zarar gören gerçek kişinin kastedildiğini söyleyebiliriz. Nitekim, 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 2/1-d ve Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği md. 4/1-j’de mağdur, “suç nedeniyle fiziksel, zihinsel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi” olarak tanımlanmıştır.

Suçun işlenmesiyle mağdur dışındaki başka kişiler de zarar görmüş olabilir. Bu zarar görme doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Bu durumda, işlenen suç nedeniyle mağdur dışında kimlerin doğrudan, kimlerin dolaylı olarak zarar gördüğü tartışması gündeme gelmektedir.¹² Öncelikle, tüzel kişilere karşı işlenen suçlarda tüzel kişiler mağdur olarak kabul edilmediği için, bunlar mağdur değil, suçtan zarar gören olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, CMK md. 233 ve devamındaki hükümler çerçevesinde tüzel kişiler suçtan zarar gören olarak kabul edilmelidir.

CMK md. 233 ve devamında “suçtan zarar gören” ifadesi yerine “şikayetçi” kavramı kullanılmıştır.¹³ TCK md. 73¹⁴ uyarınca şikayet hakkı, suçtan zarar görene aittir. Bu nedenle, CMK md. 233 ve devamındaki şikayetçi de suçtan doğrudan zarar gören olarak kabul edilebilir. Ancak buradaki “şikayetçi” sadece soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlardaki şikayetçi ile sınırlı tutmamak gerekir.¹⁵ Aksi takdirde, CMK md. 234’teki haklardan kasten veya taksirle öldürme suçlarında, ölenin yakınları (bu kişiler CMK anlamında mağdur sıfatına sahip olmadıkları için!) da suçtan zarar gören olmasına rağmen CMK md. 234’teki haklardan yararlanamayabilir. Nitekim doktrinde, burada söz konusu olan şikayetin geniş anlamda anlaşılması gerektiği ve sadece şikayete bağlı suçlarda değil, re’sen soruşturulup kovuşturulan suçlarda da suçtan zarar görenin yaptığı başvurunun “şikayet” olarak nitelendirilmesi gerektiği yerinde olarak ifade edilmektedir.¹⁶

Bu çalışmada md. 233 ve 234’te yer alan şikayetçi kavramı yerine suçtan zarar gören terimini tercih ettik. Şikayetçiye suçtan doğrudan zarar gören olarak kabul etsek de mağdur dışında başka kimlerin bu kapsama gireceği belirsizliğini korumaktadır. Bu nedenle, Alman CMK’da olduğu gibi, CMK’daki bütün düzenlemeler için geçerli ve mağduru da kapsayan bir suçtan zarar gören tanımına ihtiyaç bulunmaktadır.

Alman kanun koyucu, kısa süre önce “suçtan zarar gören” kavramının tanımını yaparak bu tanımlı Alman CMK’ya eklemiştir. § 373b’nin yürürlüğe girmesiyle, Alman CMK’nın bütün maddeleri için bağlayıcı olan suçtan zarar görene ilişkin ilk yeknesak yasal tanım

¹² Bu konuda bkz. Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören - Şikayetçi*, 28-29.

¹³ Suçtan zarar gören kavramı yerine şikayetçi kavramının kullanılması, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bkz: Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören - Şikayetçi*, 31.

¹⁴ TCK’nın Almanca çevirisi için bkz. Silvia Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch, Türk Ceza Kanunu, Deutsche Übersetzung und Einführung, Zweisprachige Ausgabe*, 2017, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Band G 118, 2018.

¹⁵ Şahin ve Göktürk de bu maddelerde geçen şikayetçi terimini “suçtan zarar gören” olarak anlamakla birlikte, “şikayetçi” terimini “soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bir suçtan dolayı şikayet hakkını kullanmış olan zarar gören kişi” ile sınırlandırmaktadırlar (bkz. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 154).

¹⁶ Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 179-180; Mehmet Beyhan Seçkin, “Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy. 15 (Haziran 2020): 623.

oluşturulmuştur. Bu düzenleme, Ceza Muhakemesi Kanununun Geliştirilmesi ve Bazı Hükümlerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile 1 Temmuz 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Şimdiye kadar suçtan zarar gören kavramı ilgili hükümlerin fonksiyonel bağlamına göre belirlenmekteydi.¹⁷

Alman CMK § 373b fık. 1’e göre, suçtan zarar görenler, işlendiği varsayılan veya işlendiği hukuken kesin olarak belirlenmiş olan suç nedeniyle hukuki menfaatleri doğrudan ihlal edilen veya doğrudan zarara uğrayan kişilerdir. Bu hüküm yorumlanırken, bir kişinin suçtan zarar görmesinin ancak ihlal edilen normun en azından bu kişinin haklarının korunmasına da hizmet etmesi halinde mümkün olabileceği dikkate alınmalıdır.¹⁸

Bu tanımda dikkati çeken önemli husus, mağdur yerine, mağduru da kapsayacak şekilde “suçtan zarar gören” teriminin kullanılmış olmasıdır. Diğer taraftan “zarar gören” terimi tüzel kişileri de kapsamaktadır. Buna karşılık, Alman CMK’daki “mağdur” terimi ile yalnızca gerçek kişiler kastedilmektedir.¹⁹

Alman CMK § 373b fık. 2’de de suçtan zarar gören ile eşdeğer kabul edilen kişiler sıralanmaktadır. Buna göre, eş veya aynı konutta birlikte yaşayan partner, altsoy üst soy hısımlar, kardeşler ve nafaka vermekle yükümlü olunan kişiler, suçtan zarar görenin ölümü suçun doğrudan sonucu ise, paragraf 1 anlamında doğrudan zarar gören kişi olarak kabul edilir. Listedeki sayım sınırlıdır.²⁰ Paragraf 2 (sadece) ölen bir mağdurun aile üyelerine ve yakın hısımlarına atıfta bulunmaktadır. Ölüm neticesi, kasten veya taksirle öldürme suçunun ya da örneğin kasten yaralama gibi başka bir suçun işlenmesi sonucunda meydana gelmiş olmalıdır.²¹ Paragraf 2’de sayılan kişiler, suçun mağduru olmamakla birlikte, mağdurun ölümü nedeniyle suçtan zarar gördüğü kabul edilen kişilerdir.

2010 yılında yürürlüğe giren İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunu hem suçtan zarar gören hem de mağdur kavramlarını tanımlamıştır. md. 115’e göre suçtan zarar gören, “suç nedeniyle hakları doğrudan ihlal edilen kişidir. Şikayet hakkına sahip olan kişi, her durumda suçtan zarar gören olarak kabul edilir.” Mağdur kavramının tanımı ise md. 116’da yapılmıştır. Buna göre, “Mağdur, suç nedeniyle bedensel, cinsel veya psikolojik bütünlüğü doğrudan zarar gören kişidir.” Ayrıca, “mağdurun eşi, çocukları, anne ve babası ile bunlara benzer yakınlıkta olanlar, mağdurun yakınları olarak kabul edilir.” İsviçre CMK, suç mağdurunu suçtan doğrudan zarar gören gerçek kişi olarak kabul etmektedir. Yine bu tanımlardan çıkan bir diğer sonuç ise, suç mağdurlarının, suçtan zarar gören kişiler içerisinde bir alt grubu oluşturduğudur.²² Bu düzenlemeler, mağdurun suçtan doğrudan zarar gören gerçek kişi olarak tanımlayan Türk hukukundaki görüşlerle de örtüşmektedir. İsviçre CMK’nın çeşitli

¹⁷ Bernhard Weiner, in: BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra, Herausgegeben Jürgen Graf, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 373b Kn. (= Kenar Numarası) Kn. 1 (zitiert: BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO §); Angelika Allgayer, in: Rolf Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Bası 2023, StPO § 373b Kn. 1 (Atıf: KK-StPO/Allgayer, StPO §).

¹⁸ BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 373b Kn. 11.

¹⁹ BT-Drs. 19/27654, S. 99 (<https://dserver.bundestag.de/btd/19/276/1927654.pdf>) erişim tarihi: 11.11.2024.

²⁰ KK-StPO/Allgayer, StPO § 373b Kn. 13.

²¹ KK-StPO/Allgayer, StPO § 373b Kn. 14.

²² Bu konuda bkz. Marianne Schwander, *Das Opfer im Strafrecht*, (Bern, Stuttgart, Wien: Haupt Verlag, (2019), 65.

maddelerinde, suç mağdurunun hakları ve korunmasına ilişkin birçok düzenleme yapılmış, bu hakların bir listesi ise md. 117’de verilmiştir.²³ Oldukça kapsamlı olan bu haklar, mağdur haklarının korunması bakımından önemli bir gelişmeyi göstermektedir.

3. CMK’ya Göre Mağdur Hakları

3.1. Genel Olarak

Türk ceza muhakemesi sisteminde mağdurun soruşturma ve kovuşturma evresindeki²⁴ hakları CMK 233 vd. maddelerde genel olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, CMK’nın çeşitli maddelerinde mağdurun hak ve yetkileri ile mağdurun hukuki durumunu iyileştiren düzenlemelere de yer verilmiştir. Mağdur haklarının soruşturma ve kovuşturma evrelerine göre düzenlenmiş olması nedeniyle, bu evrelerin kısaca açıklanması gerekmektedir. CMK md. 2/1’de, yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen süreç soruşturma evresi, iddianamenin mahkemece kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süreç ise kovuşturma evresi olarak tanımlanmıştır. Aynı hükme göre, soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi “şüpheli”, kovuşturma suç şüphesi altında bulunan kişi de “sanık” olarak adlandırılmıştır. Bu düzenlemede dikkat çeken husus, şüpheli ve sanık ayırımında salt suç şüphesinin derecesi ve yoğunluğu değil, muhakeme evreleri dikkate alınmış olmasıdır.²⁵

Mağdurun soruşturma ve kovuşturma evrelerindeki haklarının kapsamını daha iyi anlamak için, bu evrelerin temel özelliklerine kısaca değinmek yerinde olacaktır. CMK md. 160/1’e göre savcı, bir suç işlendiği izlenimini veren bir olayı öğrenir öğrenmez, kamu davası açılmasının gerekip gerekmediğine karar verebilmek için derhal olayı araştırmakla yükümlüdür. Savcılık tarafından başlatılan soruşturmanın sonunda kamu davası açılması için yeterli suç şüphesi oluşturan delillerin elde edilememesi veya kovuşturma imkânının bulunmaması durumunda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir (CMK md. 172/1). Bu karara itiraz edilmezse ya da itiraz edilip itiraz sulh ceza hakimi²⁶ tarafından reddedilirse, soruşturma aşaması kural olarak sona erer. Bu durumda, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hakimliğince bir karar verilmedikçe soruşturmanın konusunu oluşturan aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz (CMK md. 172/2).

Aşağıda, önce mağdurun CMK md. 234 uyarınca soruşturma evresinde sahip olduğu haklar sırasıyla ele alınarak açıklanacaktır. Her bir hak incelenirken, bu hakkın kovuşturma evresinde de geçerli olup olmadığına ve geçerli ise farklı yönlerinin bulunup olmadığına da

²³ Bkz. Schwander, *Das Opfer im Strafrecht*, 66 vd.

²⁴ Soruşturma evresi ve kovuşturma evresi terimleri Almancaya “Ermittlungsverfahren” ve “Hauptverhandlung” olarak da çevrilebilir. Bkz. Arslan, *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu*, 13 vd, 24 vd. Ancak Türk hukukundaki özellikleri nedeniyle, muhakemenin bu iki aşamasını Almanca olarak “Ermittlungsphase” ve “Strafverfolgungsphase” olarak çevirmeyi uygun gördük.

²⁵ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 31. Şahin/Göktürk’e göre, (s. 31), “salt şüphenin yoğunluğunu esas almayan bu ayırım, bilimsel olarak isabetli değildir. Örneğin hakkında kuvvetli şüphe bulunduğu için tutuklanabilen kişi halen şüpheli sayılmakta, buna karşılık sadece yeterli şüphe nedeniyle hakkında kamu davası açılmış olan kişi sanık olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, suç şüphesi altında bulunan kişinin soruşturma evresinin en başından itibaren birtakım haklardan yararlandırılıyor olması karşısında, Kanunun tercih ettiği ayırımın öğrenim ve uygulama kolaylığı açısından yararlı olduğu söylenebilir.”

²⁶ Sulh ceza hâkimi, Almancaya “Friedensrichter” olarak da çevrilmektedir. Bkz. Arslan, *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu*, 22, 186 vd. (CMK md. 172).

değrilecektir. Arkasından yalnızca kovuşturma evresinde geçerli olan mağdur hakları değrlendirilecektir. Son olarak ise, CMK md. 236 uyarınca mağdurun beyanının alınması sürecinde geçerli olan mağdurun korunmasına ilişkin haklar ele alınacaktır.

3.2. Delillerin Toplanması İsteme Hakkı

CMK md. 234/1-a-1) uyarınca mağdur delil toplanmasını talep edebilir. Bu talep doğrudan mağdur tarafından yapılabileceği gibi, vekili olan avukat vasıtasıyla da yapılabilir.

Yeni CMK ile şahsi dava kaldırıldığı için mağdurun kendi başına soruşturma yapma ve delil toplama yetkisi bulunmamaktadır. Delillerin toplanması soruşturma evresinde savcının ve savcı adına hareket eden kolluğun görevidir. Bu husus CMK md. 160 fıkra 2’de, “Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” denilerek ifade edilmiştir.

CMK md. 147/1-f’de şüpheliye tanınan “somut delillerin toplanmasını isteme” hakkı, CMK md. 234/1-a-1)’de mağdura da tanınarak, her iki muhakeme süjesi arasında hak eşitliği ve denge sağlanmıştır. Delillerin toplanmasını talep etme hakkı, mağdurun yalnızca tanık olarak pasif bir muhakeme objesi değil, aynı zamanda ceza muhakemesinde aktif bir katılımcı olduğunun ifadesidir.²⁷

Şüphelinin ifadesi ve sorgusu sırasında bu hakkının kendisine bildirilmesi ve bu hususun tutanağa geçirilmesi gerektiği gibi (CMK md. 147/1-f), mağdura da delillerin toplanmasını isteme hakkı olduğu CMK md. 234/3 uyarınca açıklanmalı ve bu husus ilgili savcı veya kolluk tarafından tutanağa geçirilmelidir.

Toplanması istenen delil somut bir delil olmalıdır. Ancak bu husus delil araştırılması talebine engel teşkil etmez. Bu açıdan örneğin, olayı gören belirli bir tanığın dinlenmesinin istenmesi yanında olayı gördüğü iddia edilen ancak adı ve kim olduğu bilinmeyen bir kişinin araştırılarak bulunması ve dinlenmesinin istenmesi de delil toplanmasını talep kapsamındadır.

Mağdur, delil toplanmasına ilişkin taleplerini Cumhuriyet savcısı veya kolluğa iletmelidir.²⁸ Bu talepler bir dilekçe ile yapabileceği gibi, savcılık veya kolluktaki ifade sırasında da açıklanabilir. Bu kapsamda örneğin, delil olduğu iddia edilen bir eşya savcıya sunabilir; tanık olarak dinlenilmesi istenen bir kişi varsa bu kişinin davet edilerek dinlenilmesi istenebilir; hatta bu kişi doğrudan savcılığa götürülerek dinlenilmesi istenebilir.²⁹

Delil toplanması talebinin kabul edilip edilmemesi konusunda savcının takdir yetkisi olup, talebin yerine getirilmemesi halinde kanunda herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir.³⁰ Duruşmada delillerin ikamesi talebinin reddine ilişkin CMK md. 206/2’deki sıkı koşulların savcının ret kararı konusunda kıyasen uygulanması da mümkün değildir.³¹ Ancak toplanması

²⁷ Bkz. Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 418; Seçkin, “Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları”, 627-628.

²⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (İstanbul: Beta Yay., 2018), 933.

²⁹ Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 417; Muhammet Kahveci, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2019) 77-78.

³⁰ Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 418.

³¹ Farklı görüşte, Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 418.

istenen delilin suçun aydınlatılmasına katkı sağlayacak nitelikte olması halinde bu talebin savcılık tarafından ciddiyetle değerlendirilmesi gerekir. Çünkü savcı ve onun adına hareket eden adli kolluk, CMK md. 160/2 uyarınca maddi gereceği araştırmak ve aydınlatmakla yükümlüdür.

Ancak delil toplanması talebi hakkında savcının herhangi bir işlem yapmaması veya talebi reddetmesi halinde, savcının amiri olan başsavcıya başvurulabilir. Talebinin haklı olduğu kanaatine varan başsavcı, savcıya bu konuda talimat verebilir. Çünkü başsavcısının, başsavcılıkta görev yapan savcılar üzerinde gözetim ve denetim yetkisi vardır (5235 sayılı Kanun md. 18/2). Bu yetki çerçevesinde yargı çevresindeki suçların soruşturulmasında savcılara emir ve talimat verme yetkisi bulunmaktadır (5235 sayılı Kanun md. 18-19). Savcılar da bu emirleri yerine getirmek zorundadır.³² Ancak başsavcının emirlerinin hukuka uygun olması gerekir.

Delillerin toplanması soruşturma evresinde gerçekleştirilecektir. Nitekim yeni CMK, soruşturmanın etkin bir şekilde yapılmasını sağlamak amacıyla, suçun ispatı açısından önemli olan delillerin toplanmamış olmasını iddianamenin iadesi sebebi olarak düzenlemiştir.³³ Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra ortaya çıkan ya da soruşturma evresinde toplanmadığı sonradan anlaşılan bir delilin, kovuşturma evresinde (ilk derece yargılaması ve istinaf yargılaması aşamasında) mahkeme tarafından toplanmasına karar verilmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.³⁴ Böyle bir durumda mağdur da mahkemeden ilgili delillerin toplanmasını talep edebilir.

CMK md. 234/1-b-4, mağdurun kovuşturma evresinde delillerin toplanmasını isteme hakkı olduğuna yer vermeyip, yalnızca tanıkların davetini isteme hakkı olduğunu belirtmiştir. Halbuki delillerin tanık beyanı ile sınırlı olmadığı açıktır. Kanun koyucunun neden bu şekilde sınırlayıcı bir ifade kullandığı anlaşılamamaktadır. Madde metnindeki bu düzenlemeye rağmen, kovuşturma evresinde toplanması gereken bir bulunması halinde, mağdurun da bunların toplanmasını mahkemeden talep edebileceğini kabul etmek gerekir.³⁵

3.3. Soruşturma Dosyasını İnceleme ve Dosyadan Örnek Alma Hakkı

Mağdura tanınmış diğer önemli hak da soruşturma dosyasını inceleme ve dosyadaki evrakın bir örneğini alabilme hakkıdır. Şüpheli kadar olmasa da soruşturma dosyasının içeriğini, yapılan işlemleri ve muhafaza altına alınan delilleri incelemek veya inceletmek mağdur açısından da önemlidir.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz., Sinan Oğur ve Faruk Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. XII/2 (2022): 587.

³³ CMK md. 174/1-b: "Suçun sübütuna doğrudan etki edecek mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen ... iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir." Bu konudaki tartışmalar için bkz. Mustafa Özen, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yay., 2022), 814-815.

³⁴ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 767.

³⁵ Aynı yönde bkz. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 154; Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 228; Seçkin, "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları", 646.

Dosyaya erişim, mağdurun ceza muhakemesine katılım haklarını etkili bir şekilde kullanabilmesini sağlar. Aynı zamanda mağdurun temel haklarının korunmasına hizmet eder ve ceza adaletinin işleyişi ile gerçeğin araştırılması için gerekli güvenceleri sağlar.³⁶

Kısaca belirtmek gerekirse, şüphelinin müdafii soruşturma evresinde hangi koşullarda dosyayı inceleme ve belge alma yetkisine sahipse, aynı koşullar altında mağdur ve suçtan zarar gören vekili de bu yetkiyi kullanabilecektir. Bu açıdan suçtan zarar görenin soruşturma dosyasını incelemekte haklı bir çıkarının olduğunu ve dosyayı niçin incelemek istediğini ortaya koyması gerekli değildir. CMK md. 234 fık. 1-a-4'e göre mağdur, md. 153'e uygun olmak koşulu ile vekil vasıtasıyla soruşturma belgelerini, elkonulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletebilir. Bu yetkinin vekil avukat tarafından kullanımı, CMK md. 153'e uygunluk koşuluna bağlanmıştır Aynı maddenin son fıkrası uyarınca, soruşturma evresinde şüpheliye tanınan, müdafii aracılığıyla dosyayı inceletme ve belgelerin harçsız bir örneğini alma yetkisi, mağdur ve zarar görenin vekiline de tanınmıştır. Diğer taraftan, mağdur CMK md. 234 fık. 1-a-2'ye göre, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteyebilir.

Alman hukukunda suçtan zarar görenin avukatının dosyayı inceleyebilmesi için öncelikle suçtan zarar görenin dosyayı incelemekte haklı bir menfaatinin olduğunu ortaya koyması gerekmektedir (§ 406e fık. 1 cümle 1 Alman CMK). Ancak katılma hakkına sahip olan suçtan zarar gören açısından böyle bir menfaatinin varlığı kabul edilmekte olup, ayrıca ortaya konulmasına gerekmemektedir.³⁷

Türk hukukunda müdafinin dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisi, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürebilecekse Cumhuriyet savcısının talebi üzerine sulh ceza hâkimi kararıyla kısıtlanabilir (CMK md. 153/2). Soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekten maksat, soruşturmanın geciktirilmesi, engellenmesi veya olayın aydınlatılmasının zorlaştırılmasıdır. Ancak tehlikenin somut olması gerekir; soyut bir ihtimal yeterli değildir.³⁸ Aynı hususlar mağdur vekilinin yetkisi bakımından da geçerlidir.

Soruşturmanın amacının tehlikeye düşmesi, özellikle “dosyayı inceleme izni verilmesiyle olayın aydınlatılmasının olumsuz etkilenebileceğinden endişe ediliyorsa, örneğin, mağdurun dosya içeriği hakkında bilgi sahibi olması, onun yapacağı tanıklığın güvenilirliğini ve doğruluğunu etkileyebilecekse” var varsayılabilir.³⁹

Kısıtlama nedeni olarak kanunda, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürmekten başka bir neden öngörülmemiştir. Müdafii için geçerli olan kısıtlama nedenleri ve usulü mağdur vekili içinde geçerlidir. Buna karşın Alman hukukunda suçtan zarar gören vekilinin dosyayı inceleme yetkisinin, müdafinin yetkisine kıyasla daha fazla kısıtlamaya tabi tutulabilmesi kabul edilmiştir. Nitekim Alman CMK § 406e fık. 2'ye göre, sanığın veya korunması gereken

³⁶ Marc Wenske, in: Löwe-Rosenberg, StPO Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, Herausgegeben von Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger, Alexander Ignor Neunter Band (Dokuzuncu Cilt) Teilband 2 §§ 373b–406l, StPO § 406e Kn. 1 (Atıf: Löwe-Rosenberg/Wenske, StPO §).

³⁷ Ann-Kathrin Schreiner, in: Münchener Kommentar zur StPO, Band 3, 2. Auflage 2024 StPO § 406e Kn. 5 (Atıf: MüKoStPO/Schreiner, StPO §).

³⁸ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 212.

³⁹ Anna Zabeck, in: Rolf Hannich, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl. 2023, StPO § 406e Kn. 7 (Atıf: KK-StPO/Zabeck, StPO §).

diğer kişilerin korunmaya değer menfaatleri daha ağır bastığında dosyayı inceleme talebi reddedilmelidir. Ayrıca bir ceza soruşturmasının amaçlarına çelişiyorsa veya muhakemeyi önemli ölçüde geciktirme riski varsa dosyayı inceleme talebi reddedilebilir.⁴⁰

Diğer taraftan, şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve şüphelinin hazır bulunmaya yetkili olduğu diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilemeyecektir (CMK md. 153/3). Aynı durum mağdur vekili açısından da geçerlidir; mağdurun kendi ifadesine ve hazır bulunma hakkına sahip olduğu işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında kısıtlama kararı verilemez. Cumhuriyet savcısının sulh ceza hakimi kararı olmadan dosya incelemesine kısıtlama getirmesi mümkün değildir. Ancak kısıtlama kararı md. 153 fıkra 2’de sınırlı olarak sayılan bazı ağır suçlar için verilebilir.

Sulh ceza hakimi tarafından verilecek dosyayı inceleme yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin karara karşı mağdur avukatı, CMK md. 267 ve 268 uyarınca 15 gün içinde itiraz edebilir. Dosyayı inceleme ve örnek almaya ilişkin sınırlama kararı, en fazla soruşturmanın sonuna kadar devam edebilir (CMK md. 154/4).

Alman Ceza Muhakemesi Kanunundan⁴¹ farklı olarak, bir avukat ile temsil edilmeyen suçtan zarar görenin, CMK md. 234 uyarınca, bizzat soruşturma dosyasını inceleme hakkı bulunmamaktadır. Çünkü CMK md. 234/1-a-2 uyarınca mağdur, yalnızca savcıdan belge örneği isteyebilir. Ancak bu belgelerin verilmesi, soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmamalıdır. Bu talebin savcı tarafından reddedilmesi halinde, karara karşı hakim veya mahkemeye başvurulması kabul edilmemiştir.

CMK’da şüpheliye de doğrudan soruşturma dosyasını inceleme yetkisi verilmemiştir. Mağdurun soruşturma evresindeki hakları, şüphelinin haklarına paralel olarak düzenlendiği için şüpheliye tanınmayan bir hakkın mağdura da tanınmaması haklı görülebilir. Ancak ceza muhakemesinde mağdurların, şüphelilere kıyasla ücretsiz avukat yardımından yararlanma hakkı çok daha sınırlıdır ve kanunda öngörülen istisnalar (aşağıda inceleyeceğimiz) dışında çoğunlukla avukatları bulunmamaktadır. Bu nedenle, soruşturma evresinde toplanan veya toplanması gerekip de toplanmayan önemli deliller konusunda bilgi sahibi olmaları da çoğunlukla mümkün olmamaktadır.

Yukarıda açıklanan delillerin toplanmasını isteme hakkının kullanılabilmesi için, mağdurun hangi delillerin toplandığını ve hangi delillerin toplanmadığını bilmesi gerekir. Nitekim CMK ile verilmemiş olan bu hak, 2015 tarihli Yazı İşleri Yönetmeliği⁴² ile hem şüpheliye hem de mağdur ve zarar görenin bizzat kendisine verilmiştir. Yazı İşleri Yönetmeliği md. 137 fıkra 2’ye göre; “Şüpheli ve müdafii soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebilir ve istediği belgelerin bir örneğini fizikî ya da elektronik ortamda harçsız olarak alabilir.” Aynı maddenin 5. fıkrasına göre, “Bu maddenin içerdiği haklardan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören ve

⁴⁰ Bu konuda bkz. KK-StPO/Zabeck, StPO § 406e Kn. 8: dosyayı incelemeye engel teşkil eden durumlarda kısmen incelenmesinin mümkün olup olmadığı her zaman incelenmelidir.

⁴¹ Alman CMK § 406 fık. 3: “Bir avukat tarafından temsil edilmeyen mağdur, 1. ve 2. paragrafların ilgili hükümlerinin uygulanmasıyla dosyayı inceleme ve resmi olarak muhafaza altına alınan delilleri gözetim altında inceleme yetkisine sahiptir. Dosya elektronik ortamda tutulmuyorsa, dosyaları incelemek yerine kendisine dosyadan kopyalar verilebilir. § 480’in 1. fıkrasının 3. ve 4. cümleleri de buna uygun olarak uygulanır.”

⁴² Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik. Bu çalışmada, Yazı İşleri Yönetmeliği, olarak ifade edilecektir.

vekilleri de yararlanır.” Bu maddenin 3. Fıkrasına göre, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecekse savcının talebi ve sulh ceza hakiminin kararı ile bu yetki kısıtlanabilmektedir. Ancak kısıtlamaya ilişkin bu fıkra, 30.10.2021 tarihli Danıştay kararı ile iptal edilmiştir.⁴³

Danıştayın söz konusu iptal kararından sonra, mağdur ve suçtan zarar gören, bir avukatı aracı kılmaksızın doğrudan soruşturma dosyasını inceleyip dosyadan evrak alabilecektir. Soruşturmanın amacını tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle dosyayı inceleme hakkının savcı tarafından reddedilmesi mümkün değildir. Savcı, dosya inceleme ve evrak almayı yalnızca sulh ceza hakimden alacağı bir karar ile kısıtlayabilir.

Ancak CMK md. 153 ve 234 ile verilmeyen bir hakkın, yönetmelikle verilmesi hukuki açıdan tartışmalıdır. Mağdurun, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteyebileceğine ilişkin CMK md. 234 fık. 1-a-2 hükmü de Yönetmeliğin söz konusu düzenlemesine izin verir nitelikte değildir. Soruşturmanın amacını tehlikeye sokabilecek bu yetkinin kısıtlamaya tabi tutulmadan mağdur tarafından kullanılması kanaatimce uygun değildir. Alman CMK’da olduğu gibi, avukatı bulunmayan mağdur ve suçtan zarar görene belli koşullar altında dosyayı inceleme ve dosyadan belge alma yetkisini veren bir düzenleme CMK’da yapılmalıdır.

Alman CMK’ya göre, avukat ile temsil edilmeyen mağdura, bizzat dosyayı inceleme hakkı tanınmıştır. Ceza Davalarında Elektronik Dosyaların Kullanılması ve Elektronik Hukuki İşlemlerin Daha Fazla Teşvik Edilmesi Hakkında Kanun (Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in Strafsachen und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs) ile 01.01.2018 tarihinden itibaren Almanya’da suç mağdurlarına ilk defa bizzat ve kapsamlı bir şekilde dosya inceleme hakkı tanınmıştır.⁴⁴ Alman CMK § 406e fık. 3’e göre, avukat ile temsil edilmeyen mağdur, 1. ve 2. fıkraların kıyasen uygulanması ile dosyaların içeriğini inceleme ve resmi olarak muhafaza altına alınan delilleri gözetim altında görme hakkına sahiptir. Dosyalar elektronik olarak tutulmuyorsa, mağdura dosya inceleme yerine dosyadan kopyalar gönderilebilir. Bu durumda dosya incelemesi § 406e fık. 1 ve 2’nin koşulları çerçevesinde gerçekleştirilir; yani avukatın dosya incelemesi için geçerli koşullar burada da geçerlidir.⁴⁵ Temel olarak, dosya incelemesi için meşru bir menfaat gerekmekte olup, 2. fıkrada yer alan ret gerekçeleri burada da geçerlidir.

3.4. Kovuşturma Evresinde Dava Dosyasını İnceleme Hakkı

Mağdurun dosyayı inceleme ve evrak alma hakkı, kovuşturma evresi için de kanunda açıkça güvence altına alınmıştır. Vekil olarak bir avukatı bulunan mağdur, kovuşturma evresine geçildiğinde vekili aracılığıyla dava dosyasını ve delilleri inceleyebilir ve vekili aracılığı ile dosyadan istediği belgelerin bir örneğini alabilir. Bu aşamada soruşturma evresindeki gibi (gizlilik ve soruşturmanın amacını tehlikeye düşürme) bir kısıtlama söz konusu değildir. Çünkü md. 153/4 uyarınca, “Müdafî, iddianamenin mahkeme tarafından kabul edildiği tarihten itibaren dosya içeriğini ve muhafaza altına alınmış delilleri inceleyebilir; bütün tutanak ve belgelerin örneklerini harçsız olarak alabilir.” Aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca

⁴³ Danıştay Onuncu Dairesinin 30/11/2021 tarihli ve E.:2019/850; K.: 2021/5963 sayılı kararı.

⁴⁴ BeckOK StPO/Weiner, 36. Ed. 1.1.2020, StPO § 406e Kn. 11.

⁴⁵ Dosyayı incelemenin yasaklanması nedenleri için bkz. KK-StPO/Zabeck, StPO § 406e Kn. 5-8.

suçtan zarar görenin avukatı da bu hakka sahiptir. Bu yetkisini nasıl kullanılacağı ise Yazı İşleri Yönetmeliğinde düzenlenmiştir.⁴⁶

Kovuşturma evresinde mağdurun dava dosyasını bizzat inceleme ve dosyadan örnek alma hakkına ilişkin bir düzenlemeye kanunda yer verilmemiştir; yalnızca CMK md. 234/1-b-3'te mağdurun "tutanak ve belgelerden örnek isteme" hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Buna karşın Yazı İşleri Yönetmeliği md. 165/3'te, "mağdur, suçtan zarar gören ve katılana kovuşturma dosyasındaki bütün tutanak ve belgelerin" örneğini harçsız olarak alabileceği belirtilmiştir. Ayrıca söz konusu Yönetmelik, mağdura elektronik ortamda kovuşturma dosyasını inceleme ve istediği belgelerin örneğini alma hakkı da tanımaktadır.⁴⁷ Yönetmeliğin 165. maddesinin 7. fıkrasına göre, "Mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve sanık güvenli elektronik imza sahibi olmak koşuluyla Vatandaş ve Kurum Bilgi Sistemi vasıtasıyla UYAP üzerinden tarafı olduğu kovuşturma dosyasına ait evrakı inceleyebilir ve örnek alabilir."

Yönetmelikte, "Güvenli elektronik imza sahibi olmayan mağdur, şikâyetçi, suçtan zarar gören, katılan ve sanık ise sadece dava ve işlerin kapak bilgilerine" ulaşabilir (md. 165/7) denilmektedir. Ancak uygulamada, elektronik imza olmadan da e-Devlet sistemi üzerinden UYAP'a girilerek tarafı olunan dosyanın incelenmesine ve dosyadan istenen örneğin alınmasına imkan tanınmaktadır. Bunun için bir akıllı cep telefonu, internet bağlantısı ve e-Devlet şifresine sahip olmak yeterli olmaktadır.

UYAP sistemi üzerinden her mağdurun kendisiyle ilgili kovuşturma evresindeki işlemleri ve kararları izleyip bilgi alabilmesi, bilişim teknolojilerindeki gelişmelerin mağdur haklarına getirdiği önemli bir yeniliktir ve mağdurun bilgi edinme hakkı açısından adeta bir reform niteliği taşımaktadır. Aynı hakların sanıklar için de geçerli olduğunu belirtmek gerekir.

Ancak bu gelişmenin olumsuz yönleri de göz ardı edilmemelidir. Kovuşturma evresinde duruşmanın aleniliği ilkesi geçerli olsa da duruşma tutanaklarındaki bazı bilgilerin mağdur tarafından kamuya açıklanması ve yayılması, sanığın veya üçüncü kişilerin menfaatlerine zarar verebilir. Aynı durum, dosyadaki bilgilerin sanık tarafından açıklanması halinde mağdur için de geçerlidir. Bu tür durumlarda, dava dosyasındaki tutanak ve belgelerin muhakemeye katılanlarca incelenmesine ve açıklanmasına sınırlama getirilmesi gerekebilir. Nitekim, suçtan zarar görenin avukatına ve bizzat suçtan zarar görene dava dosyasının inceleme yetkisi veren Alman CMK § 406e, kovuşturma evresinde de dava dosyasının incelenmesinin bazı hallerde sınırlandırılabilmesini kabul etmiştir. § 406e fık. 2'ye göre, sanığın veya diğer kişilerin korunmaya değer üstün menfaatleri varsa, suçtan zarar görenin avukatının dosyayı inceleme yetkisi reddedilmelidir. Diğer ceza davaları da dahil olmak üzere, kovuşturmanın amacının tehlikeye girme tehlikesi bulunduğu hallerde inceleme yetkisi reddedilebilir. Aynı hususlar CMK § 406e fık. 3 uyarınca bir avukat tarafından temsil edilmeyen suçtan zarar gören için de geçerlidir. Benzer bir düzenlemenin Türk hukukunda da yapılması yerinde olacaktır.

⁴⁶ Yazı İşleri Yönetmeliği Md. 165/1.

⁴⁷ Aynı madde ile söz konusu haklar sanığa da tanınmıştır.

3.5. Avukatın Hukuki Yardımından Yararlanma Hakkı

3.5.1. Avukat Yardımından Yararlanma Hakkının Önemi

Ceza muhakemesinde mağdura tanınan haklardan biri de soruşturma ve kovuşturma evresinde avukat yardımından yararlanmadır. Ancak bu hak kanunda açıkça belirtilmemiş olup, md. 234'te "vekili bulunmaması halinde ... kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteyebilir" ifadesiyle dolaylı bir şekilde belirtilmiştir (fık. 1-a-3 ve fık. 1-b-5). CMK md. 149/1'de ise şüpheli ve sanık bakımından bu hak açıkça düzenlenmiştir. Bu hükme göre, "Şüpheli veya sanık, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafî yardımından yararlanabilir; kanunî temsilcisi varsa, o da şüpheliye veya sanığa müdafî seçebilir". Ayrıca, şüpheli ve sanığın birden fazla müdafiden yararlanabileceği de belirtilmiştir. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, bu düzenleme, kanun koyucunun mağdur haklarını tanımada hala oldukça çekingen davrandığını ve avukat yardımından yararlanmanın mağdur için ne kadar önemli olduğunun yeterince anlaşılmadığını göstermektedir.

Halbuki, suç mağdurunun muhakeme sürecine etkin bir şekilde katılabilmesi ve bu süreçteki haklarını etkin bir şekilde kullanabilmesi, önemli oranda bir avukatın yardımından yararlanmasına bağlıdır.⁴⁸ Suç mağduru çoğu zaman soruşturulan veya kovuşturulan suçun tanığı olarak ifade vermek ve bazen de kendisini rencide edebilecek sorulara karşı koymak zorunda kalacaktır. Bu süreçte, avukatın hukuki yardımına olan ihtiyaç daha da artmaktadır.

Mağdurun avukat yardımından yararlanması, aynı zamanda adil yargılanma hakkının bir gereğidir.⁴⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, daha 1974 yılında, bir tanığın, adil yargılama ilkesi gereğince usulü yetki ve menfaatlerini koruma ihtiyacı duyduğu durumlarda ifade sırasında bir tanık danışmanının bulunmasına izin verilmesi gerektiğine karar vermiştir.⁵⁰ Alman kanun koyucu, bu gerekliliği Alman CMK'nın § 68b hükmünde tanık danışmanlığına ilişkin düzenleme yaparak yerine getirmiştir. İlerleyen yıllarda, Alman kanun koyucu, mağdur tanıklar ve suç mağdurları için hukuki yardım hakkını § 406f⁵¹ hükmünde ve ceza muhakemesine katılma hakkına sahip suç mağdurları için ise § 406h hükmünde güvence altına alan kapsamlı düzenlemeler yapmıştır. Bu hükümler, sanık haklarıyla uyum içindedir. Suçtan zarar gören katılan, eğer § 397a fıkra 1'de belirtilen suçlardan birinin mağduru ise, talebi üzerine bir avukat görevlendirilecektir. Özellikle ağır suçlarda, avukatın masrafları davacının gelirine bakılmaksızın devlet tarafından karşılanacaktır.⁵²

⁴⁸ Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 424; Ahmet Bozdağ, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sy.132 (2017): 143.

⁴⁹ Bozdağ, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", 135.

⁵⁰ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Beschluss vom 08.10.1974 – 2 BvR 747/73 = NJW 1975, 103.

⁵¹ ALMAN CMK § 406F "(1) 1. Mağdurlar, bir avukatın yardımından yararlanabilir veya kendilerini bir avukat tarafından temsil ettirebilirler. 2. Mağdurun ifadesine katılmak için gelen avukata, ifade sırasında hazır bulunma izni verilir."

⁵² BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 397a Kn. 1.

3.5.2. Avukat Görevlendirilmesini İsteme Hakkı

CMK, her mağdur için avukat yardımından yararlanma hakkını güvence altına almamakla birlikte, Avukatlık Kanunu hükümleri uyarınca mağdurun bir avukat vasıtasıyla kendisini temsil ettirmesine engel yoktur. Diğer taraftan, ağır suçlar, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve kadına karşı işlenen bazı suçlarda mağdura bir avukatın görevlendirilmesini isteme hakkı tanınmıştır.

CMK md. 234 fık. 1 (a-4 ve b-5)'e göre, avukatı bulunmayan mağdur, hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde, "cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçları ile kadına karşı işlenen kasten yaralama, işkence veya eziyet suçlarında ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini" isteyebilir. Görevlendirilen avukatın ücreti mağdur tarafından değil, Devlet tarafından karşılanacaktır.⁵³ Avukat görevlendirilmesi için mağdurun avukatının olmaması gerekir. Bu görevlendirilme, soruşturma evresinde ifadeyi alan merci veya sorguyu yapan hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından barodan talep edilecektir.⁵⁴

2008 yılında değişiklik yapıncaya kadar CMK md. 234'ün ilk halinde, herhangi bir sınırlama olmaksızın bütün mağdurlara, ücreti devlet tarafından karşılanmak üzere avukat görevlendirilmesini isteme hakkı tanınmıştı. Bu düzenleme, şüpheli ve sanığın müdafî görevlendirilmesini isteme hakkına ilişkin CMK md. 150/1 ile paralellik arz ediyordu. Ancak, diğer bazı nedenler yanı sıra, devlete maddi külfet getireceği endişesiyle 2008 yılında yapılan değişiklikle sınırlandırılmış ve sadece alt sınırı 5 yıldan fazla hapis cezası gerektiren suçlar ile cinsel saldırı suçlarında (TCK md. 102) mağdur için avukat görevlendirilmesini isteme hakkı kabul edilmiştir.⁵⁵ Bu sınırlama, mağdur haklarında bir geriye gidiş olarak eleştirilmiştir.⁵⁶ Aradan geçen zaman içinde kanun koyucu kanundaki eksikliği görerek 02.05.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanunun ile mevcut düzenlemeye ek olarak "çocukların cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçları ile kadına karşı işlenen kasten yaralama, işkence veya eziyet suçlarında" da mağdur için avukat görevlendirilmesini isteme hakkını kabul etmiştir (CMK Md. 234/1-a-3 ve md. 234/1-b-5).

Bu son değişiklikle yapılan eklemenin önemini vurgulamak gerekir. Türkiye'de son yıllarda kadınlara karşı şiddet olağanüstü boyutlarda artmıştır. Kadınlar, soruşturma ve kovuşturma evresinde de şiddete maruz kalabilmektedir. Bu düzenleme ile şiddet mağduru kadınlar, talepleri halinde baro tarafından görevlendirilecek avukatın hukuki yardımından ücretsiz olarak faydalanarak, mevzuatta öngörülen haklarını etkin bir şekilde kullanabilecektir.

⁵³ Ceza Muhakemesi Kanunu Gereğince Müdafî ve Vekillerin Görevlendirilmesi ile Yapılacak Ödemelerin Usul ve Esaslarına İlişkin Yönetmelik Md. 8. Ancak 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 13/1'e göre, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen vekile ödenen ücret, yargılama giderlerinden sayılır. Bu nedenle CMK md. 234 kapsamında atanan avukata ödenen ücret, sanığın mahkum olması halinde yargılama giderleri kapsamında kendine yüklenir. Mağdur haklarını güçlendirmek için getirilen avukat yardımından yararlanma hakkını sanık aleyhine işleten bu düzenleme kanaatimizce yerinde değildir.

⁵⁴ Müdafî ve Vekil Görevlendirme Yönetmeliği md. 5 fık. 5-6.

⁵⁵ Bozdağ, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", 133.

⁵⁶ Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 426; Bozdağ, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", 134.

2022 değişikliği önemli bir ilerleme olmakla birlikte yeterli değildir. Adaletin gerçekleştirilmesi ve mağdurun haklarını kullanabilmesi için, ödeme gücü olmayan her mağdura, talep etmesi halinde alt sınırı 5 yılın altında olan suçlarda da ücretsiz avukat görevlendirilmelidir.

Alman hukukunda da ağır suçların mağdurları için, talepler etmeleri halinde ücreti devlet tarafından ödenen avukat görevlendirilmesi kabul edilmiştir. Alman CMK § 406h fık. 3 cümle 1 bent 1 ve § 397a fık. 1 uyarınca, belirli katalog suçlarının mağdurlarına talebi üzerine, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bir avukat hukuki yardımcı olarak görevlendirilir. Bu durumda, olayın ya da hukuki durumun karmaşık olup olmadığı ya da mağdurun avukat ücretini ödeyebilip ödeyemeyeceği önemli değildir.⁵⁷

3.5.3. Görevlendirilen Avukatın Yetkileri ve Uygulamadaki Ortaya Çıkan Sorunlar

Mevcut sistemin işleyişinde birtakım ciddi sorunlar bulunmaktadır. Öncelikle, görevlendirilecek avukatın belirlenmesinde mağdurun görüşlerinin dikkate alınmaması ve avukat ücretlerinin oldukça düşük olması, avukatların görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmemesine neden olmaktadır.

Bir diğer sorun, mağdur avukatının yetkilerinin kanunda yeterince açık bir şekilde düzenlenmemiş olmasıdır. CMK'da müdafinin soruşturma evresindeki yetkileri detaylı olarak belirlenmişken, mağdur avukatının yetkilerini gösteren bir hüküm bulunmamaktadır. Özellikle soruşturma evresinde, mağdur avukatının hangi yetkilere sahip olduğunu gösteren bir yasal düzenlemeye ihtiyaç vardır. Ayrıca, kovuşturma evresinde suç mağdurunun kamu davasına katılma hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkını kullanmaması halinde, bu evredeki haklarını nasıl kullanacağı ve vekil olarak görevlendirilen avukatın bu durumda hangi yetkilere sahip olacağı da CMK'da gösterilmelidir. Alman CMK bu konuda detaylı düzenlemeler içermektedir

Soruşturma ve kovuşturma evresinde mağdura tanınan hakların – kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz etme, kamu davasına katılma talebinde bulunma, delillerin toplanmasını isteme gibi – mağdur vekili avukat tarafından kullanılabilmesi açıktır. Ancak, mağdurun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tanık olarak dinlenmesi sürecinde avukatının hazır bulunarak, ona hukuki yardım sağlayıp sağlayamayacağı belirsizdir. Ayrıca, mağdurun katılma talebinde bulunmadığı durumlarda, kendisinin ve avukatının duruşmaya katılabilme yetkisinin olup olmadığı da net değildir.

Alman CMK'da son 10-15 yılda yapılan kapsamlı değişikliklerle mağdurun avukat yardımından yararlanma hakkı güçlendirilmiştir. Bu bağlamda, Alman CMK'nın § 406f fık. 1 her mağdur için avukat yardımından yararlanma hakkını düzenlemektedir. Buna göre, mağdurun ifadesi için gelmiş olan avukatın ifade sırasında hazır bulunmasına izin verilmektedir. Alman CMK'nın § 406f fık. 1 uyarınca, her mağdurun bir avukat yardımından yararlanma hakkı vardır; katılma hakkına sahip olanlar için ise ek olarak Alman CMK § 406h hükmünde daha kapsamlı bir düzenleme yapılmıştır. Mağdur avukatı, soruşturma evresi de dahil olmak üzere, tüm muhakeme boyunca mahkemedeki, savcılıktaki ve hatta polisteki

⁵⁷ Löwe-Rosenberg/Wenske, StPO § 406h, Kn. 29; KK-StPO/Allgayer, StPO § 397a Kn. 1-3.

mağdurun ifadelerinde hazır bulunma hakkına sahiptir.⁵⁸ Alman CMK § 406f, fık. 1 mahkeme tarafından bir atama öngörmediği için, bir mahkumiyet durumunda bile masraflar ne devlet hazinesince ne de sanık tarafından karşılanır. Bu nedenle, § 406h kapsamında katılma hakkı olmayan mağdurlar masrafları kendileri üstlenmek zorundadır ya da avukat yardımından vazgeçmelidir.⁵⁹ Kanaatimizce bu düzenleme, mağdurun avukat yardımından yararlanmasını kısıtlayıcı nitelikte olup, uygun değildir.

Alman CMK § 395 uyarınca davaya müdahil olarak katılma hakkına sahip olan mağdurların özel yetkileri, § 406h'da düzenlenmiştir. Bu düzenleme, ayrıcalıklı mağdurlara daha soruşturma aşamasında kapsamlı haklar tanımaktadır. Bu haklar, mağdurun daha sonra kovuşturma evresinde davaya katılıp katılmadığından bağımsız olarak, Alman CMK § 406d ve devamı hükümlerinde yer alan diğer haklarına ek olarak tanınmıştır. Ancak bir mağdur davaya müdahil olarak katılma talebinde bulunduğu anda, hukuki statüsü bu anda itibaren Alman CMK § 397 ve devamındaki daha özel hükümlere göre belirlenecektir. § 406h, fık. 3, cümle 1, Nr.1'e göre, müdahil olarak davaya katılma hakkına sahip olanlar için bir avukat mağdur vekili olarak görevlendirilebilir; § 397a fık.1'deki koşullar sağlanmıyorsa, bir avukatın atanması için gerekli adli yardım sağlanabilir.⁶⁰

Alman CMK § 406h fık. 1'e göre, davaya katılma hakkına sahip kişiler, kamu davasının açılmadan önce ve davaya katılma yönünde resmi bir beyanda bulunmadan, bir avukatı vekil olarak görevlendirebilirler ya da kendilerini bu avukat aracılığıyla temsil ettirebilirler. Alman CMK § 406h fık. 2'ye göre, davaya katılma hakkına sahip olan mağdurun avukatı, duruşmaya katılma yetkisine sahiptir. Bu yetki, kamuya açık olmayan duruşmalar da dahil olmak üzere tüm duruşma sürecini kapsar. Hazır bulunma hakkı, duruşma dışındaki hakim tarafından yapılan sorgulamalar ve keşifler için de geçerlidir; ancak avukatın katılımı veya bilgilendirilmesi soruşturmanın amacını tehlikeye sokacaksa, hazır bulunma hakkı yoktur. Avukat sadece mağdura yöneltilen sorulara değil, sanık, tanık veya bilirkişilere yöneltilen sorulara da itiraz etme hakkına sahiptir.⁶¹

3.5.4. Zorunlu Vekillik

CMK, bazı mağdurlar için, onların isteğine bakılmaksızın bir avukatın vekil olarak görevlendirilmesini kabul etmiştir. CMK md. 234/2'ye göre, "Mağdur, onsekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olur ve bir vekili de bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirilir." Bu hallerde şüpheli ve sanık için de müdafî görevlendirilmesi zorunludur (CMK md. 150/2). Ancak CMK md. 150/3'e göre, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda şüpheli veya sanığa talep aranmaksızın müdafî görevlendirilmesi gerekirken, yukarıda açıklandığı üzere bu durumda mağdur için avukat görevlendirilmesi isteğe bağlıdır (CMK md. 234/1-a-3, 1-b-5).⁶² Dolayısıyla zorunlu vekillik ilişkin bu düzenleme, zorunlu müdafilik düzenlemesinin gerisinde kalmaktadır.

⁵⁸ MüKoStPO/Schreiner, StPO § 406f Kn. 1.

⁵⁹ MüKoStPO/Schreiner, StPO § 406f Kn. 1.

⁶⁰ Löwe-Rosenberg/Wenske, StPO § 406h Kn. 1.

⁶¹ MüKoStPO/Schreiner, StPO § 406h Kn. 5.

⁶² Alman CMK'da da bu gibi durumlarda mağdurun talebi üzerine avukat görevlendirmesi yapılmaktadır: bkz. Alman CMK § 406h fık. 3 ve 4.

Bir avukatın vekil olarak görevlendirilmesine ilişkin CMK md. 234/2 hükmü hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde geçerlidir. Bununla birlikte, mağdurun suçtan zarar gören sıfatıyla kamu davasına katılması halinde vekil görevlendirilmesine ilişkin zorunluluk, CMK md. 239/2’de daha farklı bir kapsamla ayrıca düzenlenmiştir.⁶³

3.6. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına İtiraz Hakkı

Mağdura tanınan önemli haklardan biri de kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz hakkıdır. Bu husus, CMK md. 234/1-a-5’te, mağdur ve şikayetçinin “Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkına” sahip oluşu belirtilerek düzenlenmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz hakkının kapsamlı olarak CMK md. 172 ve devamında düzenlenmesi nedeniyle, md. 234’teki düzenleme sadece açıklayıcı bir özelliğe sahiptir. CMK Md. 234’te, bu itirazın ilgili maddelerde düzenlenen usule göre yapılabileceğinin belirtilmesi de buna işaret etmektedir. İtiraz hakkı, mağdura, savcının kovuşturamama kararına karşı hakime başvurma ve icabı halinde hakim kararı ile davanın açılmasını sağlama imkanı tanımaktadır.

Türk ceza muhakemesi hukukunda kamu davasının mecburiyeti ilkesi geçerli olup, bu husus CMK md. 170/2’de, “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturunca; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler” denilerek açıkça ifade edilmiştir. Suç haberini alan savcı, soruşturma mecburiyeti ilkesi gereğince hemen soruşturma işlemlerine başlayıp (CMK md. 160/1), soruşturma sırasında toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturunca, kanunda düzenlenen istisnalar dışında bir iddianame hazırlayarak yetkili mahkemeye verip, kamu davasının açılmasını sağlamakla yükümlüdür (CMK md. 170/2).⁶⁴

Ancak, “kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde” savcı, kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir (CMK md. 172/1). Bu karar, suçtan zarar gören ile önceden ifadesi alınmış veya sorguya çekilmiş şüpheliye bildirilecektir. Suçtan zarar gören, bu kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde yetkili sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir (CMK md. 173/1).⁶⁵ Burada sözü edilen suçtan zarar gören kapsamına öncelikle suçun mağduru dahildir. Cumhuriyet savcısının hangi hallerde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebileceği, bu kararın sonuçları ile AİHM’nin ihlal kararı üzerine yeniden soruşturma yapılması, CMK md. 172’de; savcının kararına karşı itiraz usulü, itiraz mercii, merciin yetkileri ve merci kararının sonuçları ise CMK md. 173’te detaylı olarak düzenlenmiştir.

Mağdurun, savcının kovuşturamama kararına karşı itiraz hakkı, CMUK zamanında da kabul edilen bir hak olmakla birlikte, yeni CMK bu konuda bir takım önemli değişiklikler getirmiştir. Ayrıca, ilgili kanun maddelerinde son yıllarda da önemli değişiklikler

⁶³ Md. 234/2 ile md. 239/2’de arasında önemli bir fark söz konusudur: Md. 234/2’de avukat görevlendirme sadece mağdur için söz konusu iken, md. 239/2’de mağdur dışındaki diğer suçtan zarar görenler için de bu zorunluluk kabul edilmiştir.

⁶⁴ Bu konuda Almanca olarak bkz. Arslan, *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu*, 13-14.

⁶⁵ Bu konuda Almanca olarak bkz. Arslan, *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu*, 22.

yapılmıştır.⁶⁶ Kanundaki düzenlemelerin detayına girmeden, yeni CMK'nın getirdiği yenilikler, son yıllarda yapılan bazı değişiklikler ve mağdur açısından eleştiri konusu olan hususlar kısaca ele alınacaktır.

1412 sayılı CMUK'ta, savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edebilmek için suçtan zarar görenin daha önce suç ile ilgili olarak ihbar veya şikayette bulunmuş olması gerekiyordu (CMUK md. 165/1). Yeni CMK'da böyle bir şarta yer verilmemiştir.⁶⁷ Bu nedenle, süresinde şikayet yapılmadığı gerekçesiyle Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde de suçtan zarar gören, savcının kararına itiraz edebilir. Bu durumda suçtan zarar gören, şikayet süresinin henüz dolmadığını veya suçun şikayet bağlı olmadığını ileri sürerek, itiraz mercinden bu hususun incelenmesini isteyebilir.

Savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz ve bu itirazın sonuçlarına ilişkin son yıllarda yapılan önemli değişiklikler, konunun detaylı olarak ele alınmasını gerektirmektedir.

3.6.1. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararına Karşı Yapılan İtirazın Sulh Ceza Hakimi Tarafından İncelenmesi

Son yıllarda yapılan önemli değişikliklerden biri, savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan itirazın sulh ceza hakimi tarafından incelenmesidir. 1412 sayılı CMUK döneminde, bu itiraz, Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından incelenmekteydi (CMUK md.165/1).

Yeni CMK'da da bu düzenleme korunmuştu (CMK md. 173/1). Ancak, 2011 yılında yapılan değişiklikle, itirazın ağır ceza mahkemesi başkanı tarafından değil, doğrudan mahkemenin kendisi tarafından incelenerek karara bağlanması kabul edilmişti. Daha sonra, 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun ile itirazın, kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimi tarafından incelenmesi kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesi de bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır.⁶⁸

İtiraz merciine ilişkin bu değişiklik, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir.⁶⁹ Kanaatimizce de Cumhuriyet başsavcısının onayından geçen kovuşturmaya yer olmadığı kararının incelenmesinin, üç hakimden oluşan ağır ceza mahkemesinden alınarak sulh ceza hakimine verilmesi isabetli olmamıştır. Eski düzenlemede olduğu gibi, itiraz merciinin daha nitelikli olan ağır ceza mahkemesi olması, AİHS md. 13 ile güvence altına alınan etkili başvuru hakkının kullanılması açısından daha uygun olurdu.⁷⁰ Nitekim, kaynak Alman CMK'da

⁶⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi.", 588 vd.

⁶⁷ Bkz. Serkan Meraklı, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Davası", *Ceza Hukuku Dergisi*, sy.18 (2012): 181.

⁶⁸ AYM, Esas Sayısı: 2014/146, Karar Sayısı: 2015/31, Karar Tarihi: 19.3.2015, Resmi Gazete:13.6.2015-29385.

⁶⁹ Durmuş Tezcan, "Ceza Muhakemesi Kapsamında Yeni Bir Kurum Olarak Sulh Ceza Hakimliği", *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi*, sy.65 (Nisan 2015): 9; Vesile Sonay Evik, "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı ve Denetimi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy.147 (Kasım 2016): 27; Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Adalet Yay., 2024), 543-544.

⁷⁰ Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi.", 604.

savcının kovuşturamama kararına karşı yapılan başvurunun, eyalet yüksek mahkemesi tarafından incelenmesi kabul edilmiştir (Alman CMK § 172/4). Bu düzenleme, suçtan zarar gören için elbette daha etkili bir başvuru imkanı sağlamaktadır.

Diğer taraftan savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararını inceleyecek sulh ceza hâkimi, aynı soruşturma kapsamında tutuklama gibi kararlar vermiş olabilir. Hakimin aynı olayla ilgili olarak daha önce karar vermiş olması, duruma göre onun tarafsızlığından şüphe duymayı haklı gösterebilecek bir neden teşkil edebilir.⁷¹ Ayrıca, kovuşturmaya yer olmadığı kararı veren savcı ile bu karara yapılacak itirazı inceleyecek sulh ceza hakiminin aynı yargı çevresinde ve çoğunlukla aynı binada görev yapıyor olması, birbirlerinin kararlarını etkileme ihtimalini arttırabilir. Bu durum da itiraz yolunun etkin bir başvuru olmasını olumsuz yönde etkilemektedir.⁷²

3.6.2. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararından Sonra Kamu Davasının Açılabilmesinin Şartları

Kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile ilgili olarak yapılan önemli değişikliklerden biri de savcının bu kararından sonra iddianame düzenleyebilmesi için sulh ceza hakiminden onay alması gerekliliğidir. Eski CMUK döneminde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra savcı her zaman yeniden soruşturma başlatıp kamu davası açabilmekteydi. Yeni CMK'nın 2005 yılındaki ilk halinde ise savcının bu yetkisi sınırlandırılmış, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, şüpheli hakkında aynı fiil nedeniyle kamu davası açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturacak yeni delillerin elde edilmesi şartı getirilmişti (CMK md. 172/2). Bu düzenleme ile şüphelinin, sürekli olarak yeniden soruşturma başlatılması endişesi altında olması önlenmek istenmiştir.

Bu güvenceyi şüpheli için yeterli görmeyen kanun koyucu, 02.01.2017 tarih ve 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname⁷³ ile şüpheli hakkında kamu davası açılması için yeni delil şartına ek olarak bir şart daha getirmiştir.⁷⁴ CMK md. 172/2'nin yeni düzenlemesine göre, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacaktır.

Dolayısıyla, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verdikten ve bu karar kesinleştikten sonra aynı fiil ve aynı şüpheli hakkında iddianame düzenlenebilmesi için öncelikle iddianame düzenlenmesini gerektirecek nitelikte yeni delil elde edilmiş olmalıdır. İkinci olarak, savcının sulh ceza hakimliğine başvurup kovuşturmaya yer olmadığı kararının kaldırılmasını talep etmesi ve bu talebin kabul edilmesi gerekmektedir. Aynı şartlar, CMK md. 173/6 uyarınca, savcının kovuşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın reddi üzerine kamu davası açılabilmesi için de öngörülmüştür.

⁷¹ Bu konuda bkz. Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Hakimin Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi" *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 2023/2, (2023): 117.

⁷² Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi", 605.

⁷³ Resmi Gazete: 06.01.2017/29940.

⁷⁴ 680 sayılı KHK ile yapılan değişiklik 01.02.2018 tarihli 7072 sayılı Kanunun ile aynen kabul edilerek kanunlaştırılmıştır.

Kişilerin çeşitli gerekçelerle aynı olay nedeni ile defalarca soruşturma tehdidi altında kalmalarını engellemek amacıyla getirilen bu düzenleme, bir yandan şüpheliyi korurken diğer yandan savcının etkin soruşturma yapmasını engelleyebilir ve suçtan zarar görenin aleyhine sonuçlar doğurabilir. Şüpheli ve mağdurun menfaatleri arasındaki dengenin sağlanabilmesi için, mağdura da yeni delil elde edilmesine dayanarak soruşturma başlatılabilmesi amacıyla sulh ceza hakimine başvurma imkanı tanınması yerinde olacaktır.

Kaynak Alman CMK ise soruşturmanın yeniden başlatılabilmesi için Türk hukukundaki gibi koşullara yer vermemiştir. Çünkü Alman CMK'ya göre soruşturmanın sonlandırılması kararının kesin hüküm etkisi yoktur. Alman CMK § 170 fık. 2 uyarınca savcılığın soruşturmayı sonlandırılması, şüpheli lehine bir güvence sağlamaz. Dolayısıyla, uygun bir sebep bulunduğu soruşturma yeniden başlatılabilir.⁷⁵

3.6.3. Savcının Takdir Yetisine Dayanarak Verdiği Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararlarına İtiraz Edilememesi

Yeni CMK'nın savcının yetkisi ile ilgili getirdiği önemli yeniliklerden biri, kamu davası açma konusunda savcının takdir yetkisinin genişletilmesidir. Savcının kamu davası açıp açmama konusunda takdir yetkisini kullanabileceği hallerden biri, CMK md. 171/1'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, cezayı kaldıran şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların veya şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir. Cumhuriyet savcısının, takdir yetkisini kamu davasının açılmaması yönünde kullanması halinde, CMK md. 173/5 uyarınca karara karşı itiraz hakkı kabul edilmemiştir.

Kaynak Alman CMK'da da savcının takdir yetkesini kullanarak kovuşturmama kararı verebileceği birçok suç kabul edilmiş ve bu hallerde savcının kararına karşı mahkemeye başvuru imkanı tanınmamıştır. Örneğin Alman CMK § 153b fık. 1 uyarınca, savcı kamu davası açmak istemediği takdirde, mağdur Alman § 172 fık. 2 uyarınca bu karara karşı mahkemeye başvuramaz. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu hallerde savcının kamu davası açmaktan vazgeçebilmesi için mahkemenin onayını alması ve mahkemenin de ceza vermekten vazgeçebileceği koşulların bulunması gerekmektedir. Savcının kovuşturmaya son vermesinden önce mahkemenin onayını alması nedeniyle, karardan sonra ayrıca bir mahkeme denetimine gerek kalmamaktadır. Bu husus, Türk CMK'nın sisteminden önemli bir farkı ortaya koymaktadır.

Cumhuriyet savcısının CMK md. 171/1 kapsamında verdiği kovuşturmaya yer olmadığı kararının yargısal denetim dışında bırakılmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır.⁷⁶ Şüpheli ve mağdurun menfaatleri arasındaki dengeyi mağdur aleyhine bozan bu düzenleme kaldırılarak, suçtan zarar gören mağdura itiraz hakkı verilmesi yerinde olacaktır.

⁷⁵ Ralf Kölbel/Karin Neßler, in: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Auflage 2024, StPO § 170 Kn. 26. (zitiert: MüKoStPO/Kölbel/Neßler, StPO §).

⁷⁶ Eleştiriler için bkz. Meraklı, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Davası", 185-186.

3.6.4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin İhlal Kararı Üzerine Soruşturmanın Yeniden Yapılması

Mağdur haklarının güçlendirilmesi bakımından son yıllarda yapılan önemli değişikliklerden biri de AİHM'nin ihlal kararı üzerine savcının yeniden soruşturma başlatmak zorunda olmasıdır.

Cumhuriyet savcısı, bir suç olayını aydınlatmak için etkin soruşturma yapmakla yükümlüdür. AİHS'de güvence altına alınmış olan yaşam hakkını veya işkence yasağını ihlal eden olaylarda, suç faillerinin bulunmasını ve cezalandırılmasını sağlamak için devletlerin etkin soruşturma yapma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁷⁷ Ayrıca, kişi özgürlüğü ve güvenliğini garanti altına alan AİHS'nin 5. maddesi de bir kişinin gözaltına alındıktan sonra kaybolduğuna ilişkin bir şikayet yapılması halinde yetkili makamlara derhal etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğü yüklemektedir.⁷⁸

AİHM'nin etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesi ile ihlal kararı vermesi, yeniden soruşturma yapılmasını gerektirmektedir.⁷⁹ Mağdur veya suçtan zarar görenlerin Türkiye aleyhine AİHM'ye yaptıkları başvurular sonucunda, Mahkeme tarafından etkin soruşturma yapılmadığı gerekçesi ile verilen ihlal kararlarının artması üzerine CMK'da değişiklik yapılması gereği ortaya çıkmıştır. AİHM kararlarının gereğinin yerine getirilebilmesi sağlamak amacıyla 11.04.2013 tarih ve 6459 sayılı Kanun ile CMK md. 172'ye 3. fıkra eklenmiştir. Bu fıkraya göre, kovuşturmayla yer olmadığına dair kararın etkin soruşturma yapılmadan verildiğinin AİHM'nin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmesi halinde, kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde talep edilmesi hâlinde yeniden soruşturma açılacaktır.

Mağdur tarafından bu yönde bir talep yapılması halinde, savcı soruşturma başlatmakla yükümlü olup, yukarıda açıkladığımız sulh ceza hakiminin kararına gerek yoktur. Yeniden başlatılan soruşturmada, AİHM'nin ihlal tespit ettiği hususlar göz önünde bulundurularak yeterli ve etkin bir soruşturma yapılmalıdır.⁸⁰ Özellikle yaşam hakkı, işkence yasağı ve diğer hak ihlallerine neden olan failerin belirlenmesi ve cezalandırılmasını sağlamaya yönelik bu düzenleme, mağdur hakları açısından önemli bir ilerleme teşkil etmektedir.

⁷⁷ Bu konuda bkz. Sesim Soyer Güleç, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 15, sy. Özel Sayı (2014): 1393- 1394; Cem Şenol, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m.172/3). (İstanbul: Oniki Levha Yay., 2013); Burak Bilge, "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* sy.5/2 (2014), 383 vd.; AİHS'nin yaşam hakkının korunması ile ilgili olarak devletlere yüklediği yükümlülükler konusunda bkz. Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler Dergisi*, sy.27, (Güz 2010): 111-132.

⁷⁸ Bkz. Faruk Turhan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy.4/2, (2000): 204 vd.

⁷⁹ Etkin Soruşturma Yükümlülüğünün koşulları hakkında bkz. Hayri Keser, "Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy.12/2 (Aralık 2022): 406 vd.

⁸⁰ Cumhuriyet savcısı yeniden soruşturma başlatmak ve etkin bir soruşturma yapmakla yükümlü olmakla birlikte soruşturma sonundaki delil durumuna göre yeniden kovuşturmayla yer olmadığı kararı verebilir. Bkz. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 144; Evik, "Kovuşturmayla Yer Olmadığı Kararı ve Denetimi", 33; Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmayla Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi.", 619.

3.6.5. Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararının Bireysel Başvuru Üzerine Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararı üzerine suçtan zarar görenin başvurabileceği bir diğer hukuk yolu, AYM'ye bireysel başvurdur. Mağdur, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin etkili soruşturma yapılmaması nedeniyle kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla AYM'ye bireysel başvuru yapabilir (AY md. 148/3).

Ancak bireysel başvuru yapabilmek için kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz edilmiş ve bu itirazın sulh ceza hakimliğince reddedilerek karar kesinleşmiş olması gerekmektedir. Suçtan zarar gören, bireysel başvurusunda, kovuşturmayaya yer olmadığı kararıyla Anayasa'nın 36. maddelerinde güvence altına alınan hak arama hürriyetinin ve bu kapsamda değerlendirilen AİHS'nin 13. maddesindeki etkili başvuru hakkının ihlal edildiğini ileri sürebilir. Diğer taraftan yaşam hakkına yönelik saldırılarda, sorumluların tespitine ve cezalandırılmasına imkan verebilecek şekilde etkili ve yeterli bir soruşturma yürütülmeden kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi, AY md. 17'de güvence altına alınmış olan yaşam hakkının ihlali sonucunu doğurabilir.⁸¹

AYM, etkili soruşturma yapılmadığından bahisle ihlal kararı verdiğinde, ihlalin ortadan kaldırılması için dosyanın ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesine karar verebilir (6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun md. 50). Bu durumda ilgili Cumhuriyet başsavcılığının kovuşturmayaya yer olmadığı kararını kaldırarak, ihlal kararında tespit edilen eksiklikleri giderecek şekilde yeni bir soruşturma yapması gerekmektedir.⁸²

Kovuşturmayaya yer olmadığı kararları nedeniyle yapılan bireysel başvurulara ilişkin AYM'nin verdiği birçok ihlal kararı⁸³, bireysel başvurunun kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarının denetlenmesinde etkili bir yol olduğunu göstermektedir.⁸⁴ Bu nedenle, AYM'ye bireysel başvuru hakkı da mağdur haklarının güçlendirilmesi açısından önemli bir ilerleme teşkil etmektedir.

3.7. Ceza Muhakemesine Katılma Hakkı

Mağdurun ceza muhakemesine katılma hakkı çeşitli şekillerde gerçekleşebilir. Bunlardan biri, ceza davasını bizzat açıp yürütmektir. Şahsi dava olarak ifade edilen bu katılma şekli, CMUK'ta sınırlı sayıdaki bazı hafif suçlarda kabul edilmişti (CMUK md. 344). Ancak, yeni CMK, şahsi davayı kabul etmemiştir.

Yeni CMK, bütün suçlarda ceza soruşturması ve kovuşturmasının devlet adına savcılık ve mahkemelerce yürütülmesini öngörmüştür. Mağdurun soruşturma işlemlerine sınırlı bir

⁸¹ Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi.", 616.

⁸² AYM, Nezir Depren, B. No. 2015/6547, Karar Tarihi: 09.10.20219, § 87.

⁸³ Örnek olarak şu AYM kararları zikredilebilir: Nezir Depren, B. No. 2015/6547, 09.10.20219; İrfan Yücesoy, B. No. 2013/7625, 09.03.2016; İpek Deniz ve diğerleri, B. No. 3013/1595, 21.04.2016; Rahil Dink ve diğerleri, B. No. 2012/848, 17.07.2014.

⁸⁴ Oğur ve Turhan, "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi.", 618.

katılma hakkı varken, kovuşturma evresine geçildiğinde katılma talebinde bulunması ve bu talebin kabul edilmesi durumunda, savcının yanında ancak ondan bağımsız bir muhakeme süjesi olarak birçok hakka sahip olmaktadır.

Mağdur için CMK md. 234'te gösterilmiş bir diğer hak, kamu davasına katılma hakkıdır. Bu husus, md. 234/1-b'de mağdur ve şikayetçinin kovuşturma evresinde kamu davasına katılma (Nr. 2) ve davaya katılmış olmak koşuluyla kanun yollarına başvuru haklarının olduğu belirtilerek ifade edilmiştir. Bu düzenleme sadece açıklayıcı nitelikte olup, kamu davasına katılma hakkı ayrıntılı olarak CMK md. 237 ve devamında düzenlenmiştir. CMUK'ta da kabul edilmiş olan mağdurun kamu davasına katılma hakkı, mağdurun ceza muhakemesindeki en önemli haklarından biridir.

Ceza muhakemesine müdahil olarak katılma, mağdura özel menfaatlerini ve hassasiyetlerini ceza yargılamasına aktif olarak katılarak ileri sürme imkanı sağlar. Katılım sayesinde mağdurlar, kendi talepleri doğrultusunda, diğer yargılama süjelerinden bağımsız bir şekilde ceza muhakemesine dahil olmaktadır. Katılma, ceza muhakemesinde mağdurun korunması ve aktif olarak haklarını ileri sürebilmesi için önemli bir muhakeme aracıdır.⁸⁵

Ceza muhakemesine “katılan” sıfatıyla dahil olabilmek için savcılık tarafından kamu davasının açılmış olması gerekir. Ancak katılma hakkı, katılana savcılıktan bağımsız olarak bizzat kullanabileceği birtakım yetkiler vermektedir. Katılan, bağımsız bir yargılama süjesi olarak savcılığın muhakeme işlemleri ve hedefleriyle bağlı değildir. Katılanın duruşmaya katılma yetkisi oldukça geniştir; bu yetki ona sadece muhakeme işlemlerinde hazır bulunma hakkı vermekle kalmaz, aynı zamanda talepler ve açıklamalar da dahil olmak üzere muhakemenin seyrini etkileme imkanı sağlar. Ayrıca katılan, savcılıktan bağımsız olarak verilen kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkına sahiptir.⁸⁶

CMK md. 237/2'ye göre mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanlar, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Buna göre, açılmış bir kamu davasına katılabilmek için mağdur veya suçtan zarar gören sıfatına sahip olmak ve katılma talebinde bulunmak yeterlidir.⁸⁷ Bu düzenleme ile suçtan doğrudan zarar görmüş olmak şartıyla, herhangi bir suç sınırlaması olmaksızın bütün suçlarda katılma hakkı kabul edilmiştir.⁸⁸ Yukarıda açıklandığı üzere, kanunda ne mağdurun ne de suçtan zarar görenin tanımı yapılmıştır. Mağdurun, suçla korunan hukuki değer sahibi ve işlenen suçtan doğrudan zarar gören olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak mağdur dışında, suçtan doğrudan zarar gören ve bu nedenle katılma hakkın sahip olabilecek diğer kişiler konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir.⁸⁹

⁸⁵ KK-StPO/Allgayer, StPO-Vorbemerkungen zu § 395, Kn. 1; BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 395 Kn. 1.

⁸⁶ KK-StPO/Allgayer, StPO-Vorbemerkungen zu § 395, Kn. 1.

⁸⁷ Katılma talebi konusunda bkz. Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 194 vd.

⁸⁸ Bu durum doktrinde eleştirilerek, katılmanın sınırlandırılması ve sadece belli suçlarda kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir: Bkz. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 186-187.

⁸⁹ Bu konuda bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 943 vd.; Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 203 vd.

Bazı hallerde, suçtan zarar görmüş olma durumu bizzat kanun tarafından belirlenmektedir. Bu gibi hallerde katılma hakkı kanuna dayandığı için mahkemenin ayrıca bir değerlendirme yapma yetkisi bulunmamaktadır.⁹⁰

Yargıtay, suçtan zarar göreme ile ilgili olarak “doğrudan zarar görmüş olma” kriterini esas almaktadır. Yargıtaya göre kamu davasına katılabilmek için işlenen suçtan “doğrudan doğruya zarar görmüş olmak” gerekli olup, “dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez.”⁹¹ Ancak uygulamada doğrudan zarar görme ile dolaylı zarar görme arasındaki sınırın belirlenmesinde sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, suçtan zarar görenin yasal bir tanımının yapılması faydalı olacaktır. Böyle bir tanım, sadece katılma açısından değil, ceza muhakemesinde mağdur ve suçtan zarar gören ile ilgili diğer hükümlerin uygulamasında da geçerli olmalıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere, Alman kanun koyucu, suç mağdurunu da kapsayacak şekilde suçtan zarar göreni Alman CMK § 373b’de tanımlamış ve bu tanıma dayalı olarak Alman CMK § 395’te kimlerin katılma hakkına sahip olduğunu belirlemiştir. Ancak hemen belirtelim ki, Alman CMK § 373b anlamında her suçtan zarar görene katılma hakkı tanınmamış, sadece Alman CMK § 395’te sınırı şekilde sayılanlara katılma hakkı verilmiştir. Alman CMK § 395, yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, cinsel özgürlük, kişi hürriyeti ve irade özgürlüğü gibi en yüksek kişisel hukuki menfaatleri etkileyen ağır suçların mağdurlarına katılma hakkı tanımaktadır. Bununla birlikte, Alman CMK § 395 fık.1-3’te yer alan suç listesi oldukça kapsamlıdır ve zamanla yeni suçlar eklenerek genişletilmiştir.⁹² Tamamlanmış bir öldürme suçu sonrasında, öldürülen mağdurun yerine Alman CMK § 395 fık. 2 Nr. 1’de sayılan yakın hısımlar başvuru üzerine katılma hakkına sahip olmaktadır.⁹³ Ancak bu hüküm, katılma hakkını öldürülenin çocukları, ebeveynleri, kardeşleri, eşleri ve hayat partnerleri ile sınırlı tutmaktadır.⁹⁴

Katılmaya ilişkin bir Türk hukukundaki önemli bir sorun, suçtan zarar görenin kamu davasına katılmakla hangi haklara sahip olacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılmamış olmasıdır. CMK md. 239’un başlığı “Katılanın hakları” olarak belirtilmiş olmasına rağmen, madde içerisinde sadece avukat yarımından yararlanma hakkına yer verilmiştir. Bu düzenleme, içeriği itibarıyla CMK Madde 234’te yer alan mağdurun avukat yardımından yararlanma hakkına paraleldir. Madde başlığını dikkate alındığında, katılanın avukat yardımından yararlanma dışında başka bir hakkı bulunmadığı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, madde başlığı isabetli değildir.⁹⁵

⁹⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 162; Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 212.

⁹¹ CGK., 03.07.2018, 2015/9-1191, 2018/328; Ali Rıza Çınar, “Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma”, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı (2019): 2809, dipnot 24.

⁹² KK-StPO/Allgayer, StPO § 395 Kn. 5

⁹³ BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 395 Kn. 23.

⁹⁴ Sınırlamanın yerinde olmadığı gerekçesi ile eleştiriler için bkz. BeckOK StPO/Weiner, 51. Ed. 1.4.2024, StPO § 395 Kn. 24.

⁹⁵ Kaplan da yerinde olarak, madde başlığı ile içeriğinin uyumsuz olduğunu belirtmektedir. Bkz. Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 224.

Halbuki CMK md. 234/1-b’de mağdur ve suçtan zarar görene kovuşturma evresinde tanınmış olan ve yukarıda açıkladığımız haklara katılan da sahiptir. Ayrıca muhakeme süjesi olarak katılan, duruşmada savcının sahip yetkilerinin önemli bir kısmına sahiptir. CMK’nın çeşitli maddelerinde katılanın haklarına ilişkin ifadeler yer almakla birlikte, katılanın yetkilerini toplu olarak gösteren bir düzenleme bulunmamaktadır. Mağdurun muhakemeye etkin bir şekilde katılabilmesi açısından kanunun çeşitli maddelerinde yer alan haklarının⁹⁶ bir madde altında tek tek sayılarak gösterilmesi yararlı olacaktır.

Nitekim, Alman CMK § 406h’de ceza muhakemesine katılma hakkına sahip olan suçtan zarar görenin hakları sayıldıktan sonra, katılma talebinde bulunup da bu talebi kabul edilen katılanın hakları ayrıca Alman CMK § 397’de liste halinde tek tek sayılmıştır.⁹⁷ Yine Alman CMK § 397a fık. 1’de sayılan suçlarda, katılan talebi üzerine ücreti devletten karşılanmak üzere avukat görevlendirilmesi kabul edilmiştir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, mağdurun suçun işlenmesi ile uğradığı maddi ve manevi zararların tespitini ceza mahkemesinden talep edememesidir. “Şahsi hak davası” olarak ifade edilen bu usul, eski CMUK’ta kabul edilmiş olmasına rağmen, yeni CMK’ya alınmamıştır. Bu durum, doktrinde eleştirilmiştir.⁹⁸ CMK’nın bazı maddelerinde mağdurun zararının karşılanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, bunlar istisnai nitelikte olup sınırlı bir uygulama alanına sahiptir.⁹⁹

Buna karşın, Alman CMK’ya göre mağdur, suç nedeniyle uğradığı zararın tespitini ceza mahkemesinden talep edebilir. Alman CMK’nın § 403 ve devamına göre mağdur veya mirasçıları, genel mahkemelerin yetki alanına giren ve henüz başka bir mahkemede dava konusu yapılmamış suçtan kaynaklanan maddi zararlarını ceza yargılamasında sanığa karşı ileri sürebilirler. “Adhäsionsverfahren” olarak adlandırılan bu usulün ayrıntıları, Alman CMK § 403 ve devamında düzenlenmiştir.¹⁰⁰

Türk hukukunda ise, suç mağdurlarının suçun işlenmesi sonucu uğradıkları maddi ve manevi zararlarının suç faili tarafından karşılanmaması halinde, bu zararların devlet tarafından karşılanmasına ilişkin henüz bir yasal düzenleme yapılmamıştır.¹⁰¹ Özellikle şiddet suçları mağdurları başta olmak üzere, suç mağdurlarının uğradıkları zararların belirli koşullar altında devlet tarafından karşılanmasına yönelik düzenlemelere ihtiyaç vardır.¹⁰²

⁹⁶ Bu haklar için bkz. Çınar, “Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma.”, 2824 vd.

⁹⁷ Katılanın hakları için bkz. Bernd Heinrich ve Tobias Reinbacher, *Examinatorium Strafprozessrecht*, 4. Bası, Nomos, 2024, 270.

⁹⁸ Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören - Şikayetçi*, 195; Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 231; Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 122, 302-303, 337.

⁹⁹ Mağdurun suç nedeniyle uğradığı zarar giderilmesini amaçlayan CMK’daki kurumlara örnek olarak, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve uzlaştırma kurumları gösterilebilir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesine veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için suçun işlenmesiyle mağdurun uğradığı zararın tamamen giderilmesi gerekmektedir (CMK md. 171/3, 231/6). Uzlaştırma kurumuna aşağıda değinilecektir. Mağdurun zararının fail tarafından giderilmesine ilişkin TCK’daki düzenlemeler için bkz. Ali Kemal Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur - Suçtan Zarar Gören - Şikayetçi*, 196 vd.

¹⁰⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Heinrich ve Reinbacher, *Examinatorium Strafprozessrecht*, 265 vd.

¹⁰¹ Bu konuda hazırlanan Mağdur Hakları Kanun Tasarısı ve diğer yasal düzenlemeler ile gelişmeler hakkında bkz. Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 129 vd.

¹⁰² Yılmaz, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, 362.

Bununla birlikte, ceza muhakemesi sürecindeki bazı masrafların devlet tarafından karşılanmasına ilişkin 2019 yılında yapılan düzenleme mağdur hakları açısından önemli bir gelişmedir. 7188 sayılı Kanun ile CMK md. 234'e eklenen 4. fıkraya göre, muhakeme sürecinde yapılan bazı işlemler dolayısıyla mağdurun yaptığı harcamalar devlet tarafından karşılanacaktır. Söz konusu hükme göre, "Soruşturma veya kovuşturma evresinde, dava nakli veya adli tıp işlemleri nedeniyle yerleşim yeri dışında bir yere gitme zorunluluğu doğması hâlinde mağdurun yapmış olduğu konaklama, iâşe ve ulaşım giderleri, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanır."

3.8. Bilgi Edinme Hakkı

Mağdurun haklarını kullanabilmesi için öncelikle hangi haklarının olduğunu bilmesi gerekir. Bunun için de mağdurun haklarının ceza muhakemesi sürecinde mümkün olan en erken aşamada kendisine bildirilmesi önem arz etmektedir. Bilgilendirme, soruşturma ve kovuşturma makamları için bir yükümlülük, mağdur için ise bir hak niteliği taşımaktadır. Mevzuatta mağdur haklarının bildirilmesine ilişkin çeşitli düzenlemeler yer almaktadır.¹⁰³ Bu düzenlemelerin bir kısmı hem mağdurun hem de suçtan zarar görenin haklarının bildirilmesiyle, bir kısmı ise doğrudan mağdurun bilgilendirilmesiyle ilgilidir.

Mağdurun hakları konusunda bilgilendirmeye ilişkin en temel düzenleme CMK md. 234/3'te yer almaktadır. Buna göre, 234. maddenin 1. ve 2. fıkralarında yer alan ve yukarıda açıkladığımız haklar mağdura anlatılıp açıklanacak ve bu husus tutanağa yazılacaktır. Ancak, bilgilendirmenin nasıl yapılacağına ilişkin CMK'da açık bir hükme yer verilmemiştir. Sadece CMK md. 233/1'de mağdur ve şikayetçinin Cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinleneceği belirtilmiştir. Bu dinleme sırasında mağdurun hakları konusunda da bilgilendirilmesi gerekir.

Mağdurun bilgilendirilmesine ilişkin kanundaki yetersizlik doktrinde eleştirilmekteydi. Eleştirilerden biri, mağdurun şikayeti üzerine şüpheli hakkında kamu davası açılıp açılmadığının ve dava açılmışsa iddianamede hangi suçlamalara yer verildiğinin duruşmadan önce mağdura bildirilmesine yönelik bir düzenlemenin bulunmamasıydı. Gerçekten de CMK md. 176/1 uyarınca, kamu davası açıldığında iddianamenin sanığa tebliğ edilmesi öngörülmüşken, mağdura tebliğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti.¹⁰⁴ CMK Md. 233/1'de, sadece mağdurun, Cumhuriyet savcısı, mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinleneceği belirtiliyordu. Bu eksiklik 08.07.2021 tarih ve 7331 sayılı Kanun ile CMK md. 233 fıkra 1'e yapılan ekleme ile giderilmiştir. Yeni düzenlemeye göre; "Kovuşturma evresine geçildiğinde çağrı kâğıdına iddianame eklenir. Ayrıca, iddianameye ilişkin bilgiler ve duruşma tarihi; telefon, telgraf, faks, elektronik posta gibi iletişim bilgilerinin dosyada bulunması hâlinde bu araçlardan yararlanılmak suretiyle de bildirilir." Mağdura ulaşılabilmesi veya çağrıya rağmen gelmemesi halinde, hakkında zorla getirme kararı bile verilebilecektir (md. 233/2).

Mağdurun ve suçtan zarar görenin duruşmaya çağırılması ve iddianamenin kendilerine bildirilmesi, katılma hakkının kullanılabilmesi açısından da önemlidir. Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesi, suçtan zarar görenin duruşmadan haberdar edilmemesi ve bu nedenle davaya

¹⁰³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaplan, *Ceza Muhakemesinde Mağdur Kavramı ve Mağdur Hakları*, 166 vd.; 171 vd.

¹⁰⁴ Gökçe Bahar Öztürk, "Ceza ve Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları" (Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, 2021), 29.

katılma hakkından yoksun bırakılmasını mağdur haklarına aykırı bularak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.¹⁰⁵

Hakların bildirilmesinin nasıl yapılacağına ilişkin açık bir hükmün bulunmayışı ve mağdurun ilk iletişime geçtiği adli kolluk tarafından haklarının bildirilmesine ilişkin bir düzenlemenin olmaması da eleştirilmekteydi.¹⁰⁶ Söz konusu eksikler 63 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin 4. maddesi ile giderilmiştir. Madde 4'e göre mağdurlar, talepleri halinde kendilerine sağlanan hak ve yardımlara ilişkin olarak kolluk birimleri veya adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünce gecikmeksizin bilgilendirilecek ve yönlendirilecektir (fıkra 1). Ayrıca, "Mağdurla yapılan sözlü veya yazılı iletişimde, mağdurun anlama veya kendini ifade etme kabiliyetini etkileyen yaş, gelişim düzeyi, engellilik gibi durumları dikkate alınır ve anlaşılır bir dil" kullanılacaktır (fıkra 2). Bunun yanı sıra mağdura, "kolluk veya Cumhuriyet başsavcılığı tarafından ihbar veya şikayetine ilişkin yazılı bir belge" verilecektir (fık. 3). Bu maddeye göre bilgilendirme, talep üzerine yapılacaktır.¹⁰⁷ Ancak burada bilgilendirmenin talep üzerine yapılacağı düzenlenmiş olup mağdura bu talep hakkının varlığının önceden bildirilmesi gerekmektedir. Bu düzenleme sadece mağdurlar hakkında geçerli olup, mağdur dışındaki suçtan zarar görenleri kapsamamaktadır. Diğer taraftan bilgilendirme yapılacak hakların neler olduğu madde metninde belirtilmemiştir. Burada kastedilen haklar öncelikle CMK md. 234'te belirtilen haklar olmalıdır.

Suç mağdurları, aynı Kararnamenin 5. ve devamı maddelerinde yer alan koruyucu tedbirler ile sağlanan hak ve hizmetler konusunda da bilgilendirilecektir. Bu yeni düzenlemeler, mağdurlarının ceza muhakemesi süreci ve sonrasına ilişkin bilgilendirilmesi açısından önemli gelişmeler olup, mağdur haklarının güçlendirilmesinde önemli bir adım teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtildiği gibi, mağdurun ceza muhakemesi kapsamındaki hakları sadece CMK md. 234'te düzenlenenlerle sınırlı değildir. Kamu davasına katılma hakkı kapsamında kullanabileceği haklar konusunda da mağdurun bilgilendirilmesi yerinde olacaktır. Bu konuda CMK'da bir düzenleme yapılması gereklidir.

Ayrıca, ceza muhakemesine katılma hakkına sahip olup bu hakkı kullanmamış olan mağdurun da talebi halinde ceza yargılamasının seyri ve sonucu hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Örneğin, yargılama sonunda beraat, mahkûmiyet veya davanın düşmesi gibi kararlardan hangisinin verildiği, talep etmesi halinde katılma hakkına sahip mağdura bildirilmelidir. Aynı şekilde, CMK md. 171/1 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmesi hâlinde, bu karar da mağdura bildirilmelidir. Özel olarak korunmayı gerektiren

¹⁰⁵ Öztürk, "Ceza ve Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları", 28: Yargıtay 1. CD. 24.02.2021 T, 2021/2353 K., 2021/309 E.: "Müştekinin soruşturma aşamasında sanıktan şikayetçi olduğunu beyan ettiği, ancak kovuşturma evresinde usulüne uygun olarak duruşmadan haberdar edilmediği, bu suretle davaya katılma talebinde bulunamayan müştekinin kanun yollarına başvurma hakkı bulunduğu, Müştekinin duruşmadan usulüne uygun olarak haberdar edilmeden ve davaya katılma imkanı sağlanmadan karar verilmesi suretiyle 5237 sayılı CMK'nin 233 ve 234. maddelerine aykırı davranılması" bozma nedeni sayılmıştır.

¹⁰⁶ Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", 55. Mağduru bilgilendirme yükümlülüğünün koluğu da içine alacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerektiği yolunda bkz. Veli Özer Özbek v.dğr., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 216.

¹⁰⁷ Bilgilendirmenin talep üzerine yapılması eleştirilmektedir, bkz. Temiz Gül, "Mağdur Haklarında Yaşanan Güncel Gelişmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri", 404: "mağdur ilk kez suçla karşılaşmışsa hiçbir hakkı olmadığını düşünebilir".

kırılgan gruplara mensup suç mağdurları, CMK md. 236'da öngörülen koruyucu tedbirler konusunda bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirmelerin yapılmasını sağlamak için kanunda açık bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

Son olarak, suç mağdurların tehlike halinde bilgilendirilmesine ilişkin önemli bir hükmü belirtmek gerekir: 63 Nolu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 6/1-b'ye göre, "Tutuklu veya hükümlülerin ceza infaz kurumlarından tahliyesine veya firarına ilişkin bilgiler ceza infaz kurumu müdürlüğünce mağdurun bulunduğu yer kolluk birimine bildirilir. Kolluk birimince yapılan değerlendirme sonucunda gerekli koruyucu ve önleyici tedbirler alınır, mağdur için tehlike oluşturabilecek hallerde mağdura bilgi verilir."

3.9. Mağdurunun Ceza Muhakemesi Sürecinde Korunması

Türk hukukunda mağdur haklarıyla ilgili son yıllarda kaydedilen önemli gelişmelerden biri de kırılgan mağdur guruplarına dahil çocuklar ile diğer mağdurların ifadelerinin alınmasına yönelik yapılan düzenlemeler ve onları koruyacak kurumların kurulmasıdır.

Suç mağduru, çoğunlukla kendisine karşı işlenen suçun tanığıdır. Ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için de mağdurun beyanı büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle, soruşturma evresinde polis ve savcı tarafından, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından çağrılarak beyanının alınması gerekmektedir. Mağdur, savcı veya mahkeme tarafından çağrıldığında gelmek ve beyanda bulunmak zorundadırlar (CMK md. 43-44). Ancak beyanın alınması sürecinde bazı olumsuzluklarla karşılaşabilir ve bu durum mağdurlarda korku ve endişeye neden olabilir; onur ve saygınlığının korunması ile özel hayatına saygı gösterilmesi ilkeleri ihlal edebilir.

Özellikle çocuk mağdurlar açısından sanıkla yüz yüze gelmenin meydana getireceği korku; savunma tarafından yöneltebilecek saldırgan, yıpratıcı veya şaşırtıcı sorular ve açıklamalar; tanığın her defasında olayı yeniden yaşamasına ve hatırlamasına neden olan yorucu ve sıkıcı ifadeleri muhakeme boyunca birçok kez tekrarlamak zorunda oluşu; olayın en ince detayına kadar soru sorulması, özel hayatının en gizli yönlerinin dahi incelenmesi ve normalde utanılacak bazı konuların orada tartışılması gibi birtakım olumsuzluklar söz konusu olabilir.¹⁰⁸

İkincil mağduriyet olarak ifade edilen bu tür olumsuzluklar, özellikle mağdur çocuklar, cinsel suç mağdurları ve şiddet mağdurları açısından ortaya çıkabilmekte olup, bu kişilerin söz konusu olumsuz etkilerden korunması gerekmektedir. AİHM, ceza muhakemesi sürecinde mağdurların fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne zarar verilmemesi ve ikincil mağduriyetin önlenmesinin önemini vurgulamakta ve bu tür mağduriyet iddialarını Sözleşmenin 3. maddesi kapsamında incelemektedir.¹⁰⁹ Dolayısıyla, devletin suç mağdurlarını ceza muhakemesi sürecinde ikincil mağduriyetlerden koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Özellikle korunma ihtiyacı olan bu mağdur grubundakiler, kırılgan mağdurlar olarak tanımlanmakta ve bu kişileri ceza muhakemesi sürecindeki olumsuzluklardan korumak amacıyla kanunlarda çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır.

¹⁰⁸ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 158.

¹⁰⁹ Bkz. AİHM, N.Ç./Türkiye Kararı (Başvuru No. 40591/11); <https://hudoc.echr.coe.int/eng> \l "%22appno%22:[%2240591/11%22],%22itemid%22:[%22001-210354%22], § 100, 105.

Suç mağdurlarının adli süreçte ikincil mağduriyet yaşamalarının önlenmesine yönelik CMK'daki en önemli tedbirler, md. 236'da yer almaktadır. 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanunla CMK md. 236'ye eklenen 4-8. fıkralar ile bu kapsamda çok önemli yeni tedbirler yürürlüğe konmuştur. Bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemeler, yukarıda zikredilen 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliğinde yapılmıştır. Burada konunun ayrıntısına girmeden, suç mağdurlarının ceza muhakemesinde tanık olarak beyanlarının alınması sürecinde karşılaşılabilecekleri olumsuzlukları gidermek veya azaltmak için md. 236'da kabul edilen tedbirler ana hatları ile açıklanacaktır.

3.9.1. Suç Mağdurunun Zorunlu Haller Dışında Tanık Olarak Bir Defa Dinlenmesi

CMK md. 236/2'ye göre, işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller dışında, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Bunu sağlamak için de ilk dinleme sırasında ses ve görüntü kaydı alınacaktır. Mağdur çocukların dinlenmesi sırasındaki beyan ve görüntülerin kayda alınması zorunlu iken, yetişkin mağdurlar için bu zorunluluk kural olarak kabul edilmemiştir (md. 52/2; md. 236 fık. 5, 6). Soruşturma evresinde yapılan dinlemeye ilişkin kayıtlar, duruşmada izlenerek delil olarak kullanılabilir. Bu hüküm, işlenen suçun etkisi ile psikolojisi bozulmuş mağdurların, muhakemenin çeşitli evrelerinde aynı olayı tekrar tekrar anlatarak ikincil mağduriyet yaşamalarını önlemeyi amaçlanmaktadır. Ancak, mağdurun beyanı alındıktan sonra ortaya çıkan yeni olaylar veya deliller, önceki beyanları şüpheli hale getiriyorsa, yeniden dinleme gerekebilir.¹¹⁰

Diğer taraftan, en önemli delilin genellikle mağdurun beyanı olduğu cinsel suçlarda, cezaların çok ağır olması, hakimlerin soruşturma evresindeki dinlemeyi yeterli görmeyerek tanıkları duruşmada tekrar dinlemeye sevk etmektedir.¹¹¹

Ayrıca, şüpheli veya müdafî, soruşturma aşamasında mağdurun ifadesinin alınması sırasında hazır bulunmadıysa ve bu nedenle mağdura soru sorma fırsatı elde edemediyse, mağdurun duruşmada yeniden dinlenmesi gerekebilir. Bu durumun önüne geçmek için, müdafî ve gerektiğinde şüphelinin, soruşturma evresinde tanığın beyanı alınırken hazır bulunarak soru sormasına imkan tanıyan Alman CMK § 168c'deki düzenlemeye benzer bir düzenlemenin CMK'da da yapılması gerektirmektedir.

3.9.2 Mağdurun Tanık Olarak Dinlenmesi Sırasında Adli Destek Görevlisi Bulundurulması

CMK'daki bir diğer önemli mağduru koruyucu tedbir, mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişinin bulundurulması zorunluluğudur (CMK md. 236/3). Bu uzman kişi, Yönetmelikte "adli destek görevlisi" olarak adlandırılmaktadır. Adli destek görevlisi, mağdurun beyanının alınması sırasında, mağdurun kaygı düzeyini azaltmak ve kendisini daha rahat ifade etmesini sağlamak amacıyla yanında bulunacaktır (Yönetmelik md. 34/3-c).

¹¹⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 159.

¹¹¹ Eşref Barış Börekçi, "Nitelikli Cinsel Saldırı/İstismar Mağdurları Neden Bir Defa Dinlenememektedir?" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sy. XIX/2 (2022): 1077-1084.

Mağdurlara destek veren bu uzmanlar, Alman hukukunda “psikososyal muhakeme danışmanı” (*psychosozialer Prozessbegleiter*) olarak adlandırılmaktadır. Mağdurların bu danışmanlardan destek alma hakkı ve danışmanların görevlendirilmesi, Alman CMK § 406g ve özel bir kanunla düzenlenmiştir.

3.9.3. Kırılgan Mağdurların Beyanların Alınmasına İlişkin Özel Düzenlemeler

Suç mağdurlarının ikincil mağduriyetini önlemek amacıyla, 17.10.2019 tarih ve 7188 sayılı Kanun ile CMK md. 236’ya eklenen 4. ve devamı fıkralarla yeni tedbirler yürürlüğe konmuş ve mevcut uygulamalara yasal dayanak sağlanmıştır. Bu düzenleme ile getirilen önemli güvenceler şunlardır:

3.9.3.1 Çocuk veya mağdurların ifade ve beyanlarının özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınması

Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanlarının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocukların veya mağdurların ifade ve beyanları uzmanlar aracılığıyla özel ortamda alınacaktır (CMK md. 236/4, Yönetmelik md. 68/1).

CMK md. 236/44’te geçen “özel ortam”dan kasıt, “adli görüşme odaları”dır (Yönetmelik md. 47, 51, 68/1). Adli görüşme odaları 2019 yılından önce kurulmuş ve kullanılmaya başlanmış olmakla birlikte, CMK md. 236/4 ve Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi (md. 8) ile yasal dayanağı oluşturulmuş ve yukarıda belirtilen Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği ile detaylı olarak düzenlenmiştir. Adli görüşme odalarının kurulması, işleyişi, adli görüşmecinin görevleri ve adli görüşmenin yürütülmesine ilişkin esaslar Yönetmeliğin 3. Kısım 5. Bölümü altında oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Madde 236/4’te belirtilen “uzmanlar”, Yönetmelikte (Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği) “adli destek görevlisi” olarak adlandırılmıştır. Yönetmeliğe göre adli destek görevlisi, “Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı ile adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlükleri bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı olarak çalışanları” kapsamaktadır (Yönetmelik md. 4 fık. 1-c). Bu nedenle, bu kişilere psikososyal adli destek uzmanları denilmesi de mümkündür.

Savcı veya mahkeme, mağdurun beyanının özel ortamda alınmasının gerekli olup olmadığına karar verirken, adli destek görevlilerinin görüşünden yararlanabilir (Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi md. 7/3-ç).

Kırılgan gruba mensup mağdurların beyanlarının adli görüşme odasında alınması hem soruşturma evresinde hem de duruşma aşamasında geçerlidir. Bu nedenle, madde metnindeki “hakim” ifadesi kapsamına mahkeme de dahildir. Çünkü kovuşturma evresinde mağdur beyanının adli görüşme odasında alınmasına, hakim veya mahkeme başkanı değil, mahkeme karar vermelidir.¹¹²

Soruşturma evresinde beyanın adli görüşme odasında alınması sırasında ses ve görüntü kaydı yapılması çocuklar için zorunu iken (CMK md. 236/5), diğer mağdurların rızası gerekmektedir (CMK md. 236/6; Yönetmelik md. 53/3). Adli görüşme odasında beyanın

¹¹² Nitekim Yönetmeliğin çeşitli maddelerinde mahkemelerden adli görüşme odasına dosya gönderilmesi ve mahkemeler tarafından yapılan adli görüşme talepleri ifadeleri de bunu göstermektedir.

alınması sırasında savcı ve hakim yanı sıra, müdafî ve mağdur avukatı da adli görüşme aracılığıyla mağdura çevrimiçi soru yöneltebilir (Yönetmelik md. 56/2-ç). Ancak bu uygulama sadece kovuşturma evresinde geçerli olup, soruşturma evresinde beyanın alınmasında müdafî katılımına ve soru sorabilmesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kırılgan mağdurların beyanlarının adli görüşme odalarında alınmasına ilişkin kurallar, bu mağdurların ikincil mağduriyetini önlemeyi sağlayacak şekilde düzenlenmiş olup, mağdur hakları açısından önemli bir reform niteliğindedir. Dijitalleşmedeki hızlı ilerlemeler, kırılgan suç mağdurlarının muhakeme sürecinde daha iyi korunmasına katkı sağlayabilir. Özellikle yeni teknolojilerin adli görüşmelerde kullanılması, mağdurlarının ikincil mağduriyet yaşamadan beyanlarının alınmasına hizmet edecektir.

3.9.3.2. Nitelikli Cinsel İstismar ve Nitelikli Cinsel Saldırı Suçları Mağdurlarının Beyanlarının Özel Merkezlerde Alınması (CMK md. 236/5-8)

CMK md. 236/2'ye göre, TCK md. 103/2'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı suçunun mağduru olan çocukların, "soruşturma evresindeki beyanları, bunlara yönelik hizmet veren merkezlerde Cumhuriyet savcısının nezaretinde uzmanlar aracılığıyla alınır. Mağdur çocuğun beyan ve görüntüleri de kayda alınır."

Kanun metninde sözü edilen merkezler, Çocuk İzlem Merkezleri ve benzeri özel merkezlerdir. Bu merkezler, ağır cinsel istismar suçlarının mağduru olan çocukların adli ve tıbbi işlemlerinin uzmanlar aracılığıyla bir arada yapılmasına imkan sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Adli ve tıbbi işlemlerin, bu alanda eğitimli kişilerden oluşan bu merkezlerde ve tek seferde gerçekleştirilmesi, cinsel istismara uğramış çocukların ikincil mağduriyetinin azaltılmasına önemli katkılar sağlayacaktır.¹¹³

Söz konusu suçların mağduru olan çocukların beyanları, soruşturma evresinde savcı tarafından bu merkezlerde alınacak ve bu mağdurlar duruşmada tanık olarak tekrar dinlenmeyecektir. Ancak kovuşturma evresinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması bakımından mağdur çocuğun yeniden beyanının alınması gerekirse, çocuğun beyanı mahkeme tarafından, yine çocuk izlem merkezlerinde ve sanık ile yüz yüze getirilmeden ve uzmanlar aracılığı ile alınacaktır (CMK md. 236/5).

TCK md. 102/2'de düzenlenen yetişkinlere yönelik nitelikli (ağır) cinsel saldırı suçlarının mağdurlarının soruşturma evresindeki beyanları da yine aynı merkezlerde (Çocuk İzlem Merkezlerinde) ve aynı usule göre alınacaktır. Ancak, beyan ve görüntülerin kayda alınmasında mağdurun rızası aranacaktır (CMK md. 236/6). Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için bu mağdurların kovuşturma evresinde tekrar dinlenilmesi gerektiği durumlarda beyanlar adli görüşme odasında alınabilecektir. Ancak, mağdurların beyanlarının hangi durumlarda çocuk izlem merkezlerinde, hangi durumlarda ise adli görüşme odalarında alınacağına ilişkin düzenlemeler karışıklığa neden olmaktadır.¹¹⁴

¹¹³ Bakanız 4.10.2012 tarih ve 28431 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Başbakanlık "Çocuk İzlem Merkezleri (ÇİM)" Genelgesi.

¹¹⁴ Bu konuda bkz. Adalet Bakanlığı, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığının 01.04 tarihli ve Adli Görüşme Odaları konulu Genelgesi. Çocuk İzlem Merkezleri ile Adli Görüşme Odaları arasındaki farklar için bkz. Feridun Yenisey ve Aslıhan Özdemir, *Mağdura Yardım El Kitabı, Türkiye'de Adalete Erişim için Adli Yardım Uygulamalarının Geliştirilmesine Destek Projesi Faz II*, (2023), 79 (<https://web2.e->

En ağır cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları mağdurlarının soruşturma evresinde tanık olarak beyanlarının alınmasına ilişkin CMK md. 236/5-8'de yer alan düzenlemeler, ikincil mağduriyetlerin önlenmesi bakımından oldukça önemli tedbirlerdir. Soruşturma evresinde alınan beyanların ses ve görüntü kayıtları, duruşmada izlenerek bu mağdurların tekrar tanık olarak dinlenmesinin önüne geçilebilecektir. Ancak, daha önce yapılmış dinleme kayıtlarının duruşmada izlenebileceğine ve bu izlemenin de tanık dinleme yerine geçeceğine ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu eksikliğin gecikmeksizin kanunda düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Alman CMK'da, mağdur çocukların ve cinsel saldırı suçu mağdurlarının soruşturma evresinde tanık olarak dinlenmesi ve bu dinlemenin sesli ve görüntülü olarak kaydedilmesi, Alman CMK § 58a'da detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, Alman CMK § 255a'ya göre, soruşturma evresindeki hakim tarafından dinlemeye ilişkin kayıtlar, belli koşullar altında duruşmada tanığın yeniden dinlenmesi yerine izlenebilir. Bu koşullardan biri, sanık ve müdafinin daha önceki tanık dinlemeye katılma imkanının sahip olmasıdır.

Ayrıca, yukarıda ifade edildiği gibi, müdafî ve sanığın belli koşullar altında soruşturma evresindeki mağdur tanıkların dinlenmesi sırasında hazır bulunarak soru sorabilmesine imkan sağlayan bir düzenlemeye de ihtiyaç vardır. Aksi takdirde, kırılgan suç mağdurlarının duruşma sırasında tekrar tanık olarak dinlenmelerinin önüne geçilemeyecektir.

3.10. Suç Mağdurlarının Sanıktan Gelebilecek Tehlike ve Saldırılarından Korunması

Mağdur hakları açısından bir diğer önemli gelişme, sanık ve yakınlarından gelebilecek tehlike ve saldırılara karşı suç mağdurlarının korunması amacıyla yapılan yasal düzenlemelerdir. Tanıklık görevi nedeniyle kendilerinin veya yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ciddi bir tehlike altında olan mağdurlar ve yakınlarının korunması için CMK ve Tanık Koruma Kanununda (TKK) birçok önemli tedbir öngörülmüştür.

Bu mağdurların ceza muhakemesi sürecinde korunması için kabul edilen tedbirlerin başında mağdur tanıkların kimlik ve adres bilgilerinin gizli tutulması gelmektedir. Tanık olarak dinlenecek mağdurların kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa, kimlik ve adres bilgileri kayda alınarak gizli tutulacak ve kendilerine yapılacak tebligatlar için ayrı bir adres belirlenecektir (CMK md. 58/2, TKK md. 4 ve 5/1-a).¹¹⁵

Bu konuda bir diğer önemli tedbir, mağdur tanığın duruşmada hazır bulunma hakkına sahip kişiler olmadan dinlenmesidir. Duruşmada hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, mağdur tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse, mahkeme veya hakim, tanığı hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinleyebilir (CMK md. 58/2, TKK md. 5/1-a).¹¹⁶

baro.web.tr/uploads/55/ILAP%20-%20Mag%CC%86dura%20Yard%C4%B1m%20Kitapc
%CC%A7%C4%B1g%CC%86%C4%B1.pdf)

¹¹⁵ Ayrıntısı için bkz. Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, (Ankara: Seçkin Yay., 2009), 96 vd.

¹¹⁶ Ayrıntısı için bkz. Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, 86 vd., 127 vd.

Ayrıca tehlike içindeki mağdurların korunması amacıyla, tanık olarak dinlenmeleri sırasında tanınmalarını engellemek için ses ve görüntülerinin değiştirilerek özel bir ortamda dinlenmeleri de bir diğer önemli ceza muhakemesi tedbidir (CMK md. 58/3, TTK md. 4 ve 5/1-b).¹¹⁷

Diğer taraftan, tanıklık görevi nedeniyle tehlikeye maruz kalan mağdurlar ve kanunda belirtilen yakınları için tanık koruma programı kapsamında birçok koruyucu tedbir kabul edilmiş (TTK md. 5) ve bu tedbirlerin detayı TTK ve ilgili yönetmelikte düzenlenmiştir. Bu tedbirler de mağdur haklarının korunması açısından önemli adımlar teşkil etmektedir. Çalışmanın kapsamını genişletmek için burada detaya girilmeyecektir.¹¹⁸

3.11. Şüpheli veya Sanık ile Mağdurun Uzlaşması

Ceza muhakemesinde mağdurunun haklarının iyileştirilmesi açısından önemli kurumlardan biri de uzlaştırmadır. Uzlaştırma¹¹⁹, kanunda sayılan suçlarda Cumhuriyet savcısının kamu davası açmadan önce başvurması gereken alternatif bir çözüm usulüdür. Uzlaştırma kurumunun tanımı Uzlaştırma Yönetmeliği md. 4/1-k’da yapılmıştır. Buna göre “uzlaştırma”, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin, CMK ve Uzlaştırma Yönetmeliğinde öngörülen usule uygun şekilde uzlaştırmacı tarafından anlaşılmaları suretiyle uyuşmazlığın giderilmesi sürecini ifade etmektedir. Buna karşın “uzlaşma” ise, uzlaştırma kapsamına giren bir suç nedeniyle, söz konusu kişilerin mevzuata uygun olarak anlaşmış olmalarını ifade etmektedir (Uzlaştırma Yönetmeliği md. 4/1-j).

Bir onarıcı adalet türü olan uzlaştırmacının temel amaçlarında biri, mağdurun suç nedeniyle uğradığı zararın kısa bir süre içerisinde giderilmesidir. Diğer taraftan, suçun ortaya çıkardığı uyuşmazlık daha soruşturma evresinin başında fail ve mağdurun uzlaşması ile sona erdirildiğinde, yargının iş yükü de azalmaktadır.¹²⁰ Ayrıca, uzlaştırma sürecinde mağdur, uyuşmazlığın çözülmesinde aktif bir rol üstlenmekte; kabul edebileceği bir çözüm üzerinde faille anlaşmaya varmaktadır. Bu sayede mağdurda intikam alma duygusu ortadan kalkmakta ve toplumsal barış yeniden sağlanmaktadır. Uzlaşmanın sağlanması halinde mağdurun zararı giderilmekte; mağdur, ceza muhakemesi sürecine katılarak ikinci kez mağdur olmaktan ve zararın tazmini için hukuk mahkemelerinde tazminat davalarıyla uğraşmaktan kurtulmaktadır. Uzlaşma sağlandığında şüpheli veya sanık da mahkumiyet riskinden ve dolayısıyla cezaevlerinin kişi üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkilerden kurtulmakta ve failin toplum ile yeniden bütünleşmesine imkan sağlanmaktadır.¹²¹

¹¹⁷ Ayrıntısı için bkz. Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, 133 vd.

¹¹⁸ Ayrıntısı için bkz. Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*, 199 vd.

¹¹⁹ Kavramın Almancası için bkz. Arslan, *Artikel*. 153 vd. Uzlaştırma kurumu Almancaya “Täter Opfer Ausgleich” olarak da çevrilmektedir. Bkz. Ercan Yaşar, “Täter Opfer Ausgleich im türkischen Rechtssystem”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. XI/2 (2021): 157-186. Yine “Mediation” kavramının kullanılması mümkündür.

¹²⁰ Bkz. Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma Eğitim Kitabı, (Ankara: Adalet Bakanlığı Alternatif Çözümler Daire Başkanlığı Yay., 2018), 11 vd; Değirmenci, “Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları”, 79.

¹²¹ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 578. Ayrıca bkz. Berrin Akbulut ve Murat Aksan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Bs, Seçkin, Ankara, 2019, 29 vd.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin ve Murat Aksan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*. 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Allgayer, Angelika. in: Rolf Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. 9. Auflage, 2023. (zitiert: KK-StPO/Allgayer, StPO §).
- Arslan, Mehmet. *Die türkische Strafprozessordnung Ceza Muhakemesi Kanunu: Deutsche Übersetzung und Einführung*. Zweisprachige Ausgabe. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Schriftenreihe, Bd. G 125, 2017.
- Bilge, Burak. "AİHM İçtihatları Bağlamında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, sy. 2 (2014): 368–406.
- Börekçi, Eşref Barış. "Nitelikli Cinsel Saldırı/İstismar Mağdurları Neden Bir Defa Dinlenememektedir?" *YÜHFD* 19, sy. 2 (2022): 1077–1084.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Bası. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Çınar, Ali Rıza. "Ceza Yargılamasında Kamu Davasına Katılma." In *Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan*, *DEÜHFD* 21, Özel Sayı (2019): 2801–2836.
- Değirmenci, Olgun. "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* sy.77 (2008): 33–86.
- Ersoy, Uğur. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Evik, Vesile Sonay. "Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı ve Denetimi." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sy. 147 (2016): 9–35.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Güleç, Sesim Soyer. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Soruşturmanın Etkinliği İlkesi ve Takipsizlik Kararları Üzerindeki Etkisi." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* c. 15, sy. Özel Sayı (2014): 1393–1394.
- Heinrich, Bernd ve Tobias Reinbacher. *Examinatorium Strafprozessrecht*. 4. Bası, Nomos, 2024.
- Hochstätter, Ulrica. *Die Fragen der Opfer im Strafprozess – Bedürfnisse und Erwartungen im Kontext der strafverfahrensrechtlichen Bewältigung*. Springer. Erişim: 12.06.2024. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-658-40530-4>
- Kahveci, Muhammet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları*. Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Keser, Hayri. "Bireysel Başvuru İçtihatlarında Yaşam Hakkının Usuli Boyutu: Etkili Soruşturma Yükümlülüğü." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12, no. 2 (2022): 411–437.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2024.
- Kölbel, Ralf, und Karin Neßeler. in: *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung (StPO)*. 2. Auflage, 2024. (zitiert: MüKoStPO/Kölbel/Neßeler, StPO §).

- Meraklı, Serkan. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Davası." *Ceza Hukuku Dergisi*, sy.18 (2012): 173–192.
- Metin, Yüksel. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklendiği Pozitif Yükümlülükler." *Uluslararası İlişkiler Dergisi* 7, sy. 27 (2010): 111–132.
- Oğur, Sinan, ve Faruk Turhan. "Son Yasal Değişiklikler Işığında Cumhuriyet Savcısı Tarafından Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Denetimi." *SDÜHFD* 12, no. 2 (2022): 583–625.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özen, Mustafa. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Özgenç, İzzet. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Öztürk, Gökçe Bahar. "Ceza ve Ceza Muhakemesinde Mağdur Hakları." Yüksek Lisans Tezi. Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Schreiner, Ann-Kathrin. in: *Münchener Kommentar zur StPO*, Band 3. 2. Auflage, 2024. (zitirt: MüKoStPO/Schreiner, StPO §).
- Schwander, Marianne. *Das Opfer im Strafrecht*. 3. Auflage. Bern: Haupt Verlag, 2019.
- Seçkin, Mehmet Beyhan. "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Şikâyetçinin Hakları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 8, no. 15 (2020): 621–664.
- Şahin, Cumhur, ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Şenol, Cem. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m.172/3)*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları, 2013.
- Tellenbach, Silvia. *Das türkische Strafgesetzbuch, Türk Ceza Kanunu: Deutsche Übersetzung und Einführung*. Zweisprachige Ausgabe. Bd. G 118. Freiburg i. Br.: Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, 2018.
- Temiz Gül, Yağmur. "Mağdur Haklarında Yaşanan Güncel Gelişmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri." in: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları*, ed. Kayıhan İçel. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023. 383–409.
- Tezcan, Durmuş. "Ceza Muhakemesi Kapsamında Yeni Bir Kurum Olarak Sulh Ceza Hakimliği." *Fasikül Aylık Hukuk Dergisi* 7, no. 65 (2015): 7–9.
- Turhan, Faruk. *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.
- . "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye." *GÜHFD* 4, no. 2 (2000): 204–258.
- . "Ceza Muhakemesinde Hakim Tarafsızlığını Şüpheye Düşürecek Sebeplerden Dolayı Reddi Usulüne İlişkin CMK Hükümlerinin Doktrin ve Uygulama Işığında Eleştirel Bir Değerlendirmesi." *SDÜHFD* 13, no. 2 (2023): 1049–1138.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Weiner, Bernhard. in: *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*. Hrsg. Jürgen Graf. 51. Edition, 1.4.2024. (Zitirt: BeckOK StPO/Weiner, StPO §).

- Wenske, Marc. in: Löwe-Rosenberg StPO. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar. Hrsg. Jörg-Peter Becker et al. Bd. 9/2, §§ 373b–406l. (Zitiert: Löwe-Rosenberg/Wenske).
- Yaşar, Ercan. “Täter-Opfer-Ausgleich im türkischen Rechtssystem.” *SDÜHFD* 11, no. 2 (2021): 157–186.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 10. Bası. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Yenisey, Feridun ve Aslihan Özdemir. *Mağdura Yardım El Kitabı*. Türkiye’de Adalete Erişim için Adli Yardım Uygulamalarının Geliştirilmesine Destek Projesi Faz II, 2023. <https://web2.e-baro.web.tr/uploads/55/ILAP%20-%20Mag%CC%86dura%20Yard%C4%B1m%20Kitapc%CC%A7%C4%B1g%CC%86%C4%B1.pdf>
- Yıldız, Ali Kemal. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur – Suçtan Zarar Gören – Şikayetçi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Yılmaz, Enes. *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Zabeck, Anna. in: Rolf Hannich, *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*. 9. Auflage, 2023. (Zitiert: KK-StPO/Zabeck, StPO §).

Yazar Hakkında / About the Author

**Prof. Dr. Faruk TURHAN | Süleyman Demirel Üniversitesi |
farukturhan[at]sdu.edu.tr | ORCID: 0000-0002-4250-4675**

Faruk TURHAN, 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. 1416 sayılı Kanun kapsamında Adalet Bakanlığı adına ceza hukuku alanında doktora bursu kazanarak 1984 yılında Almanya'ya gitmiş, 1985 yılında Freiburg Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Dr. Albin ESER'in danışmanlığında doktora öğrenimine başlamış, suçluların geri verilmesi konusunda hazırlamış olduğu ve 1992 yılında yüksek derece ile başarılı bulunan tezi ile doktorasını tamamladıktan sonra Türkiye'ye dönmüştür. 1993-1995 yılları arasında Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Genel Müdürlüğünde çalıştıktan sonra, 1995 yılında Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalına Yrd. Doçent olarak atanmıştır. 2003 yılında ceza ve ceza muhakemesi hukuku alanında doçent unvanını almış, 2009 yılında da yeni kurulan Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesine profesör ve kurucu dekan olarak atanmıştır. Dekanlık görev 2015 yılına kadar devam etmiştir. 2009 yılında atandığı Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı başkanlığı ve 2020 yılında atandığı Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı görevleri halen devam etmektedir. Ceza ve ceza muhakemesi hukuku, uluslararası ceza hukuku alanlarında yayınlanmış kitapları ve çok sayıda makalesi bulunmaktadır.

**Prof. Dr. Faruk TURHAN | Süleyman Demirel University |
farukturhan[at]sdu.edu.tr | ORCID: 0000-0002-4250-4675**

Faruk TURHAN graduated from Istanbul University Faculty of Law in 1983. He received a doctoral scholarship in criminal law from the Ministry of Justice under Law No. 1416 and went to Germany in 1984. In 1985, he began his doctoral studies at the University of Freiburg Faculty of Law under the supervision of Prof. Dr. Albin ESER. He completed his doctorate in 1992 with a thesis on extradition of criminals, which was deemed successful, and then returned to Turkey. After working at the Ministry of Justice's General Directorate of International Law from 1993 to 1995, he was appointed Assistant Professor in the Department of Legal Sciences in the Department of Public Administration, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Süleyman Demirel University, in 1995. He received the title of associate professor in criminal and criminal procedure law in 2003, and in 2009, he was appointed professor and founding dean of the newly established Süleyman Demirel University Faculty of Law. He served as dean until 2015. He continues to serve as head of the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Süleyman Demirel University Faculty of Law, to which he was appointed in 2009, and as head of the Department of Public Law, to which he was appointed in 2020. He has published books and numerous articles in the fields of criminal and criminal procedure law and international criminal law.

ALMAN HUKUKUNDA DİJİTAL VERİ İNCELEMESİ VE BU AMAÇLA VERİ TAŞIYICISINA “GEÇİCİ ELKOYMA” (StPO 110)

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Gelişen teknolojiye bağlı olarak, suçun işlenmesinde veri taşıyıcısı da yoğun bir biçimde kullanılmakta ve doğal olarak arama tedbirinin konusunda da değişim meydana gelmektedir. Veri taşıyıcısında arama yapılmasının temel amacı, işlendiği iddia olunan suçun ispat edilmesine katkı sağlayabilecek verileri elde etmektir. Bilgi içeriğindeki önemli farklılıklar nedeniyle, bir veri taşıyıcısı için doğrudan el koyma kararının verilmesi, tedbirin uygulanma amacına uygun düşmemektedir. Çünkü kural olarak, veri taşıyıcısında depolanan yalnızca belirli veriler soruşturma için önemli bir delil değerine sahiptir. Bu nedenle delil niteliğine haiz olmayan veri taşıyıcısının, içeriğindeki veriden ayrılabilmesi gerekir. Bu da belirli bir süre veri taşıyıcısına el konularak incelenmesini gerektirmektedir. Geçici el koymanın amacı, hangi veri taşıyıcısında tutulduklarına bakılmaksızın delil olarak değerlendirilebilecek kayıtların içeriğini incelemek ve adli el koymanın uygulanıp uygulanmayacağını veya iade edilip edilmeyeceğini belirlemektir. Bu bağlamda, inceleme hızlı bir şekilde yürütülmelidir. İnceleme, hangi verilerin delil niteliği taşıdığına karar verilmesiyle sona erer. Böylece, veri taşıyıcısına geçici el koyma da ortadan kalkmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Koruma Tedbiri, Arama, Geçici Elkoyma, Dijital Veri, Veri Taşıyıcısı

DIGITAL DATA EXAMINATION AND “TEMPORARY SEIZURE” OF THE DATA CARRIER FOR THIS PURPOSE UNDER GERMAN LAW (StPO 110)

Asst. Prof. Dr. Recep KAHRAMAN
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

With advances in technology, data carriers are also used intensively in the commission of the offence and naturally, the subject of the search measure, which is a protection measure, has also changed. The main purpose of searching the data carrier is to obtain data that may contribute to the proof of the alleged offence. Due to significant differences in the information content, a direct seizure decision for a data carrier is not in accordance with the purpose of the measure. This is because, as a rule, only certain data stored on the data carrier have a significant evidential value for the investigation. For this reason, the data carrier, which does not qualify as evidence, must be separated from the data it contains. The data carrier must therefore be separated from the data it contains. This requires the data carrier to be temporarily seized and examined for a reasonable period of time. The purpose of temporary seizure is to examine the content of records that may be considered as evidence, regardless of the data carrier on which they are located, and to determine whether judicial seizure should be applied or whether they should be returned. In this context, the examination must be conducted expeditiously. The examination ends when it has been decided which data qualify as evidence. Thus, the temporary seizure of the data carrier is also cancelled.

Keywords

Protection Measure, Search, Temporary Seizure, Digital Data, Data Carrier

1. Giriş

Teknolojik gelişmelerin toplum hayatında giderek artan öneminden dolayı, dijital deliller de ceza yargılamasında ispat hukuku bakımından aynı doğrultuda etkili olmaktadır. Neredeyse her birey günlük yaşamda veri taşıyıcısını kullanmaktadır. Geçmişte genellikle belgede yer alan bilgiler delil niteliğini taşıırken ve soruşturmanın bir parçası olarak kullanılırken, günümüzde bu tür belge, bilgi ve kayıtlar genellikle veri taşıyıcısında dijital veri şeklinde bulunmaktadır.¹ Bu nedenle dijital verilerin incelenmesi ve bunlara el konulması, delil elde etmek için soruşturma makamlarının giderek daha fazla odaklandığı bir konu haline gelmektedir.²

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesinin 1'inci fıkrası genel olarak soruşturma makamına ceza muhakemesi kapsamında arama tedbirinin parçası olarak "belgeleri" inceleme yetkisi vermektedir. Kanun'un 110'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasının 1'inci cümlesine göre veri taşıyıcılarını ve bunlarda depolanan elektronik verileri içeren "elektronik depolama ortamlarının" incelenmesine de izin verilmektedir.³

Verilerin aranmasında öncelik, veri taşıyıcısının bulunduğu yerde tedbirin uygulanmasıdır. Ancak bu durum her zaman mümkün olmamaktadır. İşte bu nedenle veri taşıyıcısına geçici el koyma, yerinde aramanın mümkün olmadığı olasılıklar için özel olarak uygulanmaktadır.⁴ Veri taşıyıcısına geçici el koyma, taşıyıcının içeriğini incelemek için bir araçtır. Böylece, adli el koymaya başvurulup başvurulmayacağı veya iadenin gerekli olup olmadığı belirlenebilecektir.⁵ Bu, özünde geçici bir el koymadır. İncelemenin yapılabilmesi için de veri taşıyıcısına geçici olarak el konulmaktadır. Bu durum, arama kararının alınmasından sonra soruşturma makamına, delil olarak değerlendirilecek tüm verileri alma ve bunları arama yerinin dışında inceleme imkanı verilmektedir.⁶

Çalışmada, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesi kapsamında veri taşıyıcısında arama yapılırken, verileri incelemenin ve inceleme amacıyla taşıyıcıya geçici olarak el koymanın hukuki niteliği, koşulları ve zamansal sınırı üzerinde durulmaktadır. Böylece, özellikle veri taşıyıcısına geçici olarak el koymanın ceza muhakemesi hukuku bakımından önemi, gerekliliği ve sınırının belirlenmesi amaçlanmaktadır.

¹ Annette Marberth-Kubicki, *Computer und Internetstrafrecht*, 2. Auflage (München: C.H. Beck, 2010), 189.

² Hellen Schilling, Carsten Rudolph, und Nicolai Kuntze, "Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung", *HRRS* (2013): 208.

³ Christian Rühls, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2022), 1.

⁴ Sigrid Hegmann, In: Jürgen Peter Graf, Hrsg. *Strafprozessordnung: Kommentar*, 3. Auflage (München: C.H. Beck, 2019), 591.

⁵ Rühls, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 84.

⁶ Tido Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 5. Auflage (München: C.H. Beck, 2022), 267.

2. Kavram ve Tanım

Ceza muhakemesinin amacı, her türlü şüpheden uzak olacak şekilde maddi gerçeğin kati olarak ortaya çıkartılmasıdır. Bu amacın elde edilmemesinde de deliller araç olarak kullanılmaktadır.⁷ Nevi şahsına özgü bir takım ayırık özelliklere sahip olsa da dijital deliller, delil hiyerarşisinin bulunmadığı ve dolayısıyla serbestinin kabul edildiği ceza muhakemesinde bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir.⁸

Dijital delil; bir elektronik cihazda depolanan, bu cihaz tarafından alınan veya iletilen, bir ceza soruşturması için değer taşıyan bilgi ve veriler olarak tanımlanır. Dosya, video, fotoğraf, internet geçmişi, chat kaydı ve e-posta örnek olarak verilebilmektedir.⁹ Bu anlamda dijital veri, dijital ortamlarda depolanan veya gönderilen bilgi veya iletiye denilmektedir.¹⁰

Teknolojinin ilerlemesi dolayısıyla veri taşıyıcısı, yaşamın önemli bir unsuru haline gelirken, avantajları kullanılarak suç işlenebilmekte ve işlenen suça ilişkin deliller de bu taşıyıcıda muhafaza edilebilmektedir.¹¹ Bu nedenle bilişim sisteminin araç olarak kullanıldığı bir suç işlendiğinde, incelemenin doğrudan cihaz üzerinde gerçekleşmesi gerekli olmaktadır. Burada bilinmesi gereken en önemli şey, kolluğun potansiyel dijital delili tanıyabilmesi ve uygun şekilde ele geçirebilmesidir.

Veri taşıyıcısı; bilgiyi dijital olarak işleyebilen, depolayabilen, üretebilen ve aktarabilen aygıt olarak tanımlanabilmektedir.¹² Dijital delil, hemen bozulabilecek veya üzerinde kolayca değişiklik yapılabilecek yapıdadır. Aslı değiştirilmeksizin veya yok edilmeksizin verilerin incelenmek üzere götürülebilmesi amacıyla bunlar derhal vakıanın gerçekleştiği yerde bir araya getirilmeli, toplanmalı ve muhafaza edilmelidir. Bu nedenle de verilere ulaşılabilmesi ve muhafaza edilebilmesi amacıyla özellikle veri taşıyıcısında yapılacak inceleme önemlidir.¹³

3. Dijital Verilerin İncelenmesi

Alman hukukunda, ceza soruşturma ve kovuşturmalarında dijital delilin aranması, incelenmesi ve el konulmasına ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır. Bu nedenle, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda arama ve el koymanın düzenlendiği genel hükümler olan madde 94, 102 ve 103 ile elde edilen delillerin incelenmesinin özel olarak düzenlendiği madde 110’a başvurulmaktadır.¹⁴

Bir suçun işlendiğine yönelik şüphenin varlığı halinde soruşturma makamları, öncelikli olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 102’nci maddesi gereğince kişinin üzerinde, ev ve diğer mekânlarında arama yapabilmektedir. Daha sonra ise delil niteliğine sahip olan

⁷ Urs Kindhäuser und Kay H. Schumann. *Strafprozessrecht*, 5. Auflage (Baden-Baden: Nomos, 2019), 31.

⁸ Schilling, Rudolph, und Kuntze, “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung”, 210.

⁹ Björn Gercke, Karl-Peter Julius, Dieter Temming, und Mark A. Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 6. Auflage (Heidelberg: C.F. Müller, 2019), 520.

¹⁰ André-M Szesny, “Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO.” *Wij* 4 (2012): 228.

¹¹ Hegmann, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 590.

¹² Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*. 271.

¹³ Schilling, Rudolph, und Kuntze, “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung”, 209.

¹⁴ Marberth-Kubicki, *Computer und Internetstrafrecht*. 210.

eşyalara, muhakeme için gerekli olması halinde, Kanun'un 94'üncü maddesine göre el konulabilmektedir. Veriler hakkında el koyma kararı verilmeden önce 110'uncu madde gereğince verilerin ayıklanması adına, veri taşıyıcısı üzerinde bir inceleme yapılabilmektedir.¹⁵

Arama kararını verme yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 105'inci maddesinde yer almaktadır. Düzenlenemeye göre karar, kural olarak hakim tarafından verilmektedir. Acele durumda savcı ve kolluk da karar verme konusunda yetkilendirilmektedir. El koyma kararını verme yetkisi Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 98'inci maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre el koyma kararını kural olarak mahkeme vermektedir. Acele durumda yine savcı ve kolluk da karar verme konusunda yetkilendirilmektedir. Savcılık veya kolluk tarafından yapılan bir el koyma işlemine itiraz edildiğinde ise üç gün içerisinde verilen el koyma kararının geçerli olması adına mahkemeden onay alınmaktadır.¹⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesine göre verilerin incelenmesi ve bu amaçla veri taşıyıcısına geçici el koyma kararını ise savcılık makamı verebilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre veri taşıyıcısına geçici olarak el koymanın ne ölçüde gerekli olduğu, bu kapsamda içeriğin incelenmesinin soruşturma açısından önemi, incelemenin kapsamının ne olacağı ve ne zaman sonlandırılacağı konularında Savcılık makamı takdir yetkisine sahiptir.¹⁷

Daha önce ifade edildiği üzere bir soruşturma dolayısıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesinde yer alan düzenlemeye göre belgeler ve elektronik depolama ortamları incelenebilmektedir.¹⁸ Normda esasen belgelerin incelenmesine vurgu yapılmasına karşın hükmün sadece lafzındaki anlamıyla belgelere değil, aynı zamanda verilere veya bunları içeren elektronik depolama ortamlarına da uygulanabileceği kabul edilmektedir.¹⁹ Belge, fikri içeriği nedeniyle önem taşıyan her şeyi kapsamaktadır. Dolayısıyla, dijital veriler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dijital veri, fiziksel belgelerin dijital formatlara dönüştürülerek bilgisayarlarda veya mobil cihazlarda erişilebilir hale getirilmesini içerir. Belgelerin dijitalleştirilmesi olarak bilinen bu süreç, depolama ve geri alma işlemlerini kolaylaştırarak zaman ve kaynak tasarrufu sağlar.²⁰

Büyük veri çağında, ilgili ve ilgisiz veriler arasında ayırım yapmak giderek zorlaşmakta ve bu da aşırı delil elde etme riski yaratmaktadır. Uygulamada, soruşturmacılar genellikle olayların kapsamlı bir şekilde aydınlatılmasını sağlamak ve delillerle ilgili herhangi bir veriyi gözden kaçırmamak için "süpürge yöntemini" kullanmaktadır. Bu durum, olaya karışmamış üçüncü tarafların tedbirden etkilendiği durumlarda özellikle zordur. Bir yandan, fiziksel bölünebilirliğin olmaması nedeniyle ilgili verileri ilgisiz verilerden ayırmak zordur. Ayrıca, verilerin içeriği dışarıdan görülememektedir. Verilerin soruşturma açısından ne ölçüde önemli bilgiler içerdiği henüz öngörülemiyorsa, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 94'üncü maddesi uyarınca el konulamaz. İşte tam da bu noktada Ceza Muhakemesi Kanunu'nun

¹⁵ Marcus Köhler, In: Lutz Meyer-Goßner und Bertram Schmitt, Hrsg. *Strafprozessordnung: Kommentar*, 63. Auflage (München: C.H. Beck, 2020), 519.

¹⁶ Hegmann, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 577.

¹⁷ BGH - StB 33/95, 03.08.1995.

¹⁸ Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*. 274.

¹⁹ Köhler, *Strafprozessordnung: Kommentar*. 518.

²⁰ Rüks, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 82.

110’uncu maddesine göre muhakeme için gerekli ve önemli delillerin tespit edilmesini amaçlayan ve Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre el koymanın yargılamayla ilgili verilerle sınırlandırılmasını mümkün kılan²¹ inceleme usulü devreye girmektedir.²²

Verilerin incelenmesi, delil olarak değerlendirilecek veri içeriğinin yüzeysel olarak incelenerek adli el koyma yoluna başvurulup başvurulmayacağına ya da iadelerinin gerekli olup olmadığının tespit edilmesidir.²³ Bu yönüyle incelemenin esasen bir araç olduğu görülmektedir.²⁴ İnceleme, yalnızca yargılamayla gerçekten ilgili olan ve makul olanın kapsamında kullanılabilecek bilgilere el koyarak orantılılık ilkesini, özellikle de aramadan etkilenen kişinin kişilik haklarının ve özel ve ticari gizliliğinin korunmasını sağlamaya hizmet eder.²⁵ Bu nedenle inceleme, delillerin potansiyel önemi nedeniyle adli bir el koymanın gerekli olup olmadığına karar vermeye hizmet eder.

Veri taşıyıcısına ilişkin özel bir koşul bulunmadığı için incelemenin yapılabilmesi için her şeyden önce başlangıç şüphesine ihtiyaç vardır. Belirli emarelere dayanarak bir suçun işlendiği varsayılabilirse, başlangıç şüphesi mevcuttur. Bu, bir suçun işlendiğini varsaymak için yeterli gerekçenin (belirli, doğrulanabilir veya çürütülebilir kanıtlara dayalı) olması gerektiği anlamına gelir. Ancak, emare bulunmaksızın, sadece tahmine dayalı bir varsayımın varlığı halinde başlangıç şüphesinin varlığı reddedilmektedir.²⁶

Dijital veri incelemesinin amacı esasen öncelikle aramadan etkilenen kişinin kişisel alanını korumaktır. Diğer bir deyişle inceleme verilerle ilgili olduğu süreç, yalnızca kanıtların kapsamını daraltmaya ve dolayısıyla prosedür verimliliğini artırmaya hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda etkilenenleri aşırı ve uzun sürebilecek veri toplanmasından da korur. Şöyle ki inceleme olmaksızın doğrudan verilere el konulması kararı da verilebilirken kanun koyucu delil niteliğine haiz olmayan nesnelerin ayrılması amacıyla el koyma kararından önce incelemenin yapılabilmesine imkan sağlamaktadır. Bu halde 110’uncu maddenin, koruma tedbirlerinin koşulları arasında yer alan orantılılık ilkesinin uygulanmasını sağlamak amacıyla oluşturulduğu söylenebilecektir.²⁷

Aramanın bir parçası olan incelemenin tamamlanmasından sonra soruşturma makamı, hangi nesneleri delil olarak değerlendirebileceğine ve dolayısıyla bunlara mahkeme tarafından el konulmasını isteyebileceğine karar verebilmektedir. Bu karar aynı zamanda aramanın da sona erdiğini gösterir. Bunun amacı, “yalnızca yargılamayla ilgili ve kullanılabilir bilgilerin kalıcı ve dolayısıyla derinlemesine müdahaleye tabi tutulmasını” sağlamaktır.²⁸

²¹ BVerfG – 2 BvR 1027/02, 12.04.2005.

²² Szesny, “Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO”, 230.

²³ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 487.

²⁴ Marberth-Kubicki, *Computer und Internetstrafrecht*, 216.

²⁵ Kindhäuser und Schumann. *Strafprozessrecht*, 125.

²⁶ Schilling, Rudolph, und Kuntze, “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung”, 210.

²⁷ Hegmann, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 592.

²⁸ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 519.

İncelemenin öznesi elektronik veridir. Bu verilerin elde edilmesi amacıyla sistem içerisindeki mevcut tüm veriler taranmaktadır. Bu inceleme işlemi de doğal olarak elektronik ortamda uygulanmaktadır. İnceleme işlemiyle birlikte amaçlanan husus, bir suç ile bağlantısı olabilecek tüm verilere ulaşabilmektir. Bundan dolayı da veri taşıyıcısında yer alan elektronik verilerin tümü aranabilmektedir.²⁹

Elektronik olarak saklanan kanıtlara erişimi garanti etmek ve verilerin gözden geçirilmesini veya daha sonra güvence altına alınmasını sağlamak için inceleme sırasında uzmanların görevlendirilmesi standart bir uygulamadır.³⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106'ncı maddesine göre arama sırasında ilgili kişi ve avukatı hazır bulunabilir. Ayrıca bu kişiye ve temsilcisine, arama başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilmelidir. Veri taşıyıcısında yapılacak inceleme bir tür arama olduğundan taşıyıcıda yapılacak inceleme de ilke olarak gizli değil açık bir tedbirdir.³¹ Dolayısıyla soruşturmayı yürütenler, arama yapılan kişiye karşı açık bir şekilde hareket ederler. Bu kişiler genellikle kendi veri taşıyıcısında yapılacak incelemeyi böylece yakından takip etme olanağına sahip olurlar.³² Ayrıca ilgili olmayan verilerin etkili bir şekilde tespit edilebilmesi ve veri taşıyıcısının derhal iadesi için, yetkililerin, özellikle de kapsamlı veriler alınmışsa, incelemeyi veri sahibi ile birlikte yürütmesi önem arz etmektedir. İlgili kişinin hazır bulunması, yargılamayla ilgisi olmayan dosyaların ayrılmasını önemli ölçüde hızlandırabilir ve ilgili delillerin daha hızlı tespit edilmesini sağlayabilir.³³ Buna ek olarak, ilgili kişinin hazır bulunması, tesadüfi deliller için "hedefli arama" riskini en aza indirir. Temel kural şu olmalıdır: İncelenmek üzere alınan veri dosyalarının kapsamı ne kadar geniş ve farklılaştırılmamış olursa, veri sahibinin hazır bulunma ve yargılamayla ilgisi olmayan verilerin ayrılmasına eşlik etme konusundaki menfaati o kadar büyük olur.

4. Dijital Verilerin İncelenmesi Amacıyla Veri Taşıyıcısına Geçici El Koyma

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesi kapsamında yapılan inceleme, savcılığa, verilere el konulmasının gerekip gerekmediğini açıklığı kavuşturma fırsatı vermeyi amaçlamaktadır.³⁴ Bu nedenle verilerin incelenmesi, aramanın bir parçasıdır ve verilerin çokluğu ve bunun sonucunda ortaya çıkan karışıklık nedeniyle genellikle verilerin götürülmesi gerekli görülmektedir. Bu durumda, aranacak verilere ulaşmak ve ayıklamak amacıyla veri taşıyıcısına "geçici olarak el konulur".

Federal Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun ceza soruşturmalarında temel hakların korunmasını, gerekirse mevcut düzenlemeleri uyarlayarak veya tamamlayıcı düzenlemeler oluşturarak etkin bir şekilde sağlaması gerektiğini belirtmiştir.³⁵ Bu karar doğrultusunda verilerin incelenmesinin kapsamı, içtihat hukuku tarafından normda yer alan ifadelerin

²⁹ Schilling, Rudolph, und Kuntze, "Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung", 211.

³⁰ Rühs, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 83.

³¹ Szesny, "Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO", 232.

³² Rühs, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 15.

³³ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 522.

³⁴ Köhler, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 519.

³⁵ BVerfG - 2 BvR 581/01, 12.04.2005.

ötesine geçecek şekilde genişletilmiştir. Özellikle verilerin incelenmesi amacıyla veri taşıyıcısına geçici süre el konularak, veri incelemesinin soruşturma açısından tam anlamıyla tatmin edici olması amaçlanmaktadır.

Verilerin incelenmesi, arama sırasında “yerinde” yapılabileceği gibi, daha sonra başka bir yerde de yapılabilir. İncelemenin yapılması amacıyla veri taşıyıcısına geçici olarak el konulabilmesiyle birlikte pratik ihtiyaçlar dikkate alınmakta ve arama yapılan yerde verilerin yargılamaya ilgisine göre dikkatlice elenmesinin ve ayrılmasının her zaman mümkün olmadığı kabul edilmektedir.³⁶ Arama tedbirinin uygulanması kapsamında veri incelemesinde esasen delil tespiti söz konusudur.³⁷ Ancak uygulamada çoğu durumda, kanıtla ilgili dijital veriler daha büyük miktarda verinin içine dağılmış olmaktadır. Bir şirketi düşünürseniz, bu veriler proje klasörlerinde, muhasebe dosyalarında (faturalar ve ilgili sözleşmeler) ve ilgili çalışanların e-posta hesaplarında bulunabilir. Söz konusu verileri filtrelemek önemli bir vaktin harcanması anlamına geleceği için uygulanması hemen hemen imkânsızdır (Özellikle e-posta gelen kutuları söz konusu olduğunda). Bir ayırma işleminin yapılması için zamana ihtiyaç olduğundan, uygulamada veri taşıyıcısına geçici olarak el konulması daha pratik bir yöntem olarak görülmektedir.

Veri taşıyıcısında saklanan verilerin içeriğini değerlendirmek amacıyla, taşıyıcıya geçici olarak el koymanın yasal dayanağı arama hakkının kendisinde bulunmaktadır. Şöyle ki arama terimi, nesnelere el konulması için gerekli olan delil olarak potansiyel öneme sahip olup olmadıklarının nihai değerlendirmesine kadar, muhtemelen delille ilgili nesnelerin hedeflenen sürecin tamamını kapsamaktadır. Değerlendirmeyi de içeren bu arama süreci, aranacak nesnelerin daha önce bulundukları yerden başka bir yere taşınmasına izin verilmesini de içerir.³⁸ Özellikle şirketler söz konusu olduğunda, ilgili belgeler genellikle belge formunda olmayıp veri taşıyıcılarında saklanmaktadır. Ancak, sadece burada saklanan veriler değil, silinmiş veriler de ilgili olabilir; bu nedenle, delillerle ilgili tüm verileri silip silmediğini belirlemek ve gerekirse geri yüklemek için veri taşıyıcısına el konulması düşünülebilir.³⁹ Ancak 110’uncu madde kapsamında veri taşıyıcısı hakkında hukuken geçerli el koyma kararı verilmeyip, inceleme amacıyla taşıyıcıya fiilen el konulmaktadır. Bu da fiilen el konulmadan taşıyıcının incelenmesi mümkün değildir düşüncesiyle gerekçelendirilmektedir.

Veri taşıyıcısına inceleme amacıyla geçici el koymanın birtakım koşulları bulunmaktadır. İlk koşul; şifre dolayısıyla sisteme girmenin mümkün olmamasıdır. Cihazın bulunduğu yerde koruma şifresi açılmadığında, şifre çözüm işleminin yapılması ve muhakeme için gerekli kopyaların alınması amacıyla cihaza el konulabilmektedir.⁴⁰ Diğer koşul ise şifre bulunmasa ya da cihazın bulunduğu yerde şifre çözümü yapılsa dahi cihazın içerisinde teknik olarak muhafaza edilen verilere ulaşamamasıdır. Böyle bir halin varlığı, veri taşıyıcısında kapsamlı bir aramanın yapılmasını gerekli kıldığı için bu amaçla cihaza el konulabilmektedir.⁴¹ Son koşul ise şifre bulunmasa, gizlenmiş veri olmasa dahi veri çokluğuna bağlı olarak tarama ve

³⁶ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 521.

³⁷ Rühs, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 83.

³⁸ Schilling, Rudolph, und Kuntze, “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung”, 211.

³⁹ Park, *Durchsuchung und Beschlagnahme*, 276.

⁴⁰ Hegmann, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 591.

⁴¹ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 521.

kopyalama işleminin uzun sürmesidir. Cihazın bulunduğu yer olan soruşturma görevlileri de yukarıda sayılan olasılıklardan herhangi birinin somut olayda bulunduğunu ve dolayısıyla veri taşıyıcısına el konulmasının gerekçesini tutanağa bağlamalıdır.⁴²

Uygulamada, mevcut verilerin incelenmesi tamamlanmasına karşın geçici olarak el konulan veri taşıyıcısının iadesine bunun “delil zincirine müdahale” teşkil edeceği ve delil değerini azaltacağı gerekçesiyle kolluk tarafından karşı çıkılmaktadır. Veri taşıyıcısında olabilecek tüm bilgilerin, yargılamanın daha sonraki bir aşamasında örneğin ortaya çıkan tanık ifadesi veya diğer kanıtlarla birlikte incelendiğinde kanıt olabilecek veriler olabileceği gerçeği, incelemenin uzun sürmesinin nedeni olarak gösterilemez.⁴³ Diğer bir deyişle diğer tüm deliller ortaya çıkartılana kadar inceleme geciktirilemez. Ceza yargılaması dinamik bir süreç olduğu için böyle bir risk her zaman mevcuttur. Bu durum savcılık makamını “el konulması için mahkemeye sunulacak potansiyel olarak ilgili delillerin neler olduğu ve ilgili kişiye nelerin teslim edilmesi gerektiği konusunda makul bir süre içinde bir sonuca varma” yükümlülüğünden kurtarmaz. Veriye ulaşmak adına taşıyıcıya fiilen el konulmuştur. Özü itibarıyla taşıyıcı için bir elkoyma kararı bulunmamaktadır. Bu nedenle istisnai olarak başvuru tedbirin, gerekçesiz olarak uygulanmaya devam ettirilmesi hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir.

Verilerin hangi sürede inceleneceği ve dolayısıyla veri taşıyıcısına hangi süre boyunca el konulabileceği belirlenmelidir. Bu durum veri taşıyıcısına el koymanın geçici olmasının vurgulanması bakımından öne taşımaktadır. Her vakianın kendisine özel bir durumu olmasına karşın, orantılılık ve tedbirin geçici olması nedeniyle arama kararında 2 gün, 1 hafta veya 1 ay gibi makul süre şeklinde bir belirleme uygun düşmektedir.⁴⁴ Kararda sürenin belirtilmesi zorunluluk teşkil etmemektedir. Ancak süre belirtilmediğinde, dürüst işlem prensibi doğrultusunda veri taşıyıcısında inceleme işleminin vakit kaybetmeksizin nihayete erdirilmesi beklenmektedir. Vakıa özelinde belirlenmeyen, belirsiz ya da çok geniş bir zaman aralığının öngörülmesi veya süre belirtilmediğinde işlemin uzun sürmesi, maddi gerçeği ortaya çıkartma amacıyla başvuru tedbirinin, hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine neden olabilecektir.⁴⁵

Verilerin kapsamına ve karmaşıklığına bağlı olarak, incelemenin çok kısa bir süre içinde gerçekleştirilmesi gerekmez; kanunda ya da öğretide bu konuda açıkça herhangi bir sabit sınır belirlememiştir. Bir arama emrinin en geç altı ay sonra gerekçelendirme gücünü yitirdiği altı aylık “raf ömrü sınırı”⁴⁶, yalnızca aramanın altı ay içinde başlamamış olması halinde geçerlidir. Bu süreye uyulmuşsa, geçici olarak el konulan veri taşıyıcısının incelenmesi için sabit bir süre sınırı yoktur. Bununla birlikte, AİHS'nin 6'ncı maddesinde yer alan incelemenin hızlandırılması gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, inceleme makul olmayan bir şekilde uzun sürmemelidir.⁴⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesi kapsamında yapılan incelemede, soruşturma makamının, makul bir süre içinde potansiyel olarak ilgili delilleri tespit etmek ve ele geçirmek amacıyla bulunan ve alınan belgeleri hızlı bir şekilde incelemesi gerekmektedir. Uygun süre büyük ölçüde incelenecek

⁴² Köhler, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 520.

⁴³ Schilling, Rudolph, und Kuntze, “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung”, 211.

⁴⁴ Marberth-Kubicki, *Computer und Internetstrafrecht*, 216.

⁴⁵ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 521.

⁴⁶ BVerfGE – 2 BvR 1992/92, 27.05.1997.

⁴⁷ Köhler, *Strafprozessordnung: Kommentar*, 519.

materyalin miktarına ve analizinin zorluğuna bağlıdır. Bir davada, Frankfurt Bölge Mahkemesi 15 ayı “hala kabul edilebilir” olarak değerlendirmiştir⁴⁸, ancak bunun tek nedeni “kapsamlı” belgeler ve yargılama konusunun “uluslararası bağlantıları” olmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 110’uncu maddesinde yer alan inceleme, 94’üncü madde kapsamındaki el koymaya göre daha hafif bir tedbir olarak değerlendirmektedir. Çünkü incelemeyle birlikte sadece delillerin uygunluğunu belirlemek için geçici bir müdahale olması amaçlanmaktadır. Öte yandan el koyma, yargılamanın sonuna kadar geçerlidir ve bu da devletin erişimini yoğunlaştıracaktır. Geniş takdir yetkileri nedeniyle, uygulamada düzenli olarak tüm veri tabanına kapsamlı erişim gerçekleştirilmekte ve bu da ilgili kişinin “tam bir taramadan geçirilmesine” yol açmaktadır. Veri taşıyıcısının şifreleme veya veri hacmi nedeniyle taşıyıcının götürülmesi gerekiyorsa, müdahalenin derinliği de artmaktadır. Bu durumda denetimin hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Verilerin incelenmesi amacıyla taşıyıcıya el koyma tedbiri birey tarafından biliniyor olsa da incelemenin olgusal ve zamansal olarak sınırlandırılmaması açık bir tedbirin temel yönlerinden yoksun olduğunu göstermektedir.

Federal Anayasa Mahkemesi’ne göre geçici olarak el konulan materyalin miktarına ve değerlendirilmesinin zorluğuna bağlı olarak, makul bir süre içinde, potansiyel olarak ilgili delil olarak el konulması için mahkemeye sunulması gerekenler ve sanığa teslim edilmesi gerekenler konusunda bir sonuca varmak için incelemenin hızlı bir şekilde yapılması gerekir.⁴⁹ Bir başka kararda Mahkeme’ye göre temel haklara yönelik müdahale, gerekli olanla sınırlaması gerektiğinden, veri taşıyıcısında yapılacak incelemenin de süre sınırlaması kesinlikle gerekli görülmelidir.⁵⁰ Federal Yüksek Mahkeme’ye göre hukukun üstünlüğü ilkesinden kaynaklanan hızlandırma gerekliliği göz önüne alındığında, belirli bir süre dolduktan sonra incelemenin yerine getirilmesi kabul edilemez.⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, vermiş olduğu kararda bilgisayarın bütün donanım aygıtlarıyla birlikte iki aydan fazla bir süre yetkili makamlarca tutulmasının, bilgisayar içeriğinde yer alan bilgilerin delil niteliğine haiz olup olmadığının belirlenmesinin çok daha kısa sürede belirlenebileceği göz önüne alındığında, başvurucunun işi bakımından olumsuz sonuçlar doğurduğunu, bu işlemin açıkça aşırı olduğunu ve bu nedenle Sözleşme’nin 8’inci maddesi açısından ihlalin oluştuğunu belirtmiştir.⁵²

Muhakeme için gerekli olan delillerin elde edilmesi amacıyla veri taşıyıcısına geçici olarak el koyma, kamu yararına hizmet eden meşru bir amaç taşımaktadır. Öte yandan, inceleme amacıyla el koyma işleminin amacı gerekli inceleme ve kopyalamanın sağlanmasıdır.⁵³ Soruşturma makamları arasında, verileri aramanın yapıldığı yerde değil, savcılık veya soruşturmayı yürüten kişilerle inceleme yönünde bir eğilim vardır. Bu amaçla, genellikle depolama ortamının tamamı inceleme için götürülür veya üzerinde saklanan veriler “kopyalanır”, yani soruşturma görevlilerinin getirdiği bir depolama ortamına “bire bir” aktarılır. Veri taşıyıcısına geçici el koyma işleminin amacı, taşıyıcıda muhafaza edilen ve delil niteliğine sahip olan verilerin elde edilmesi ve muhakemede kullanabilmesidir.⁵⁴ Dolayısıyla

⁴⁸ LG Frankfurt - 5/29 Qs 16/96, 04.09.1996.

⁴⁹ BVerfG - 2 BvR 2248/00, 30.01.2002.

⁵⁰ BVerfG - 2 BvR 1992/92, 27.05.1997.

⁵¹ BGH - StB 58/22, 30.03.2023.

⁵² Iliya Stefanov v. Bulgaria, 22.08.2008, Application No. 65755/01.

⁵³ Szesny, “Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO”, 231.

⁵⁴ Gercke, Julius, Temming, und Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*, 521.

veri taşıyıcısına geçici el koyma işlemi istisnai bir uygulamadır. Bu nedenle, makul süre içinde inceleme işlemi tamamlandığında, taşıyıcı vakit kaybedilmeksizin iade edilmelidir. Aksi halde, delil niteliğine sahip olmayan taşıyıcının iade edilmemesi, mülkiyet, haberleşme, özel hayatın gizliliği gibi hakların ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.

Veri taşıyıcısına fiilen el koymada, tüm koruma tedbirlerinde gözetilmesi gereken orantılılık ilkesi de göz ardı edilmemelidir. Bu ilke özellikle taşıyıcıya el konulmasının maddi gerçeğin ortaya çıkartılması amacının gerçekleştirilmesi için umut verici olmasını, ancak aynı zamanda gerekli olmasını, yani daha az müdahaleci başka yolların mevcut olmamasını gerektirir.⁵⁵ Orantılılık ilkesi, geçici olarak el konulan materyalin miktarına ve değerlendirilmesinin zorluğuna bağlı olarak, makul bir süre içinde, potansiyel olarak ilgili delil olarak el konulması için mahkemeye sunulması gerekenler ve sanığa teslim edilmesi gerekenler konusunda bir sonuca varmak için incelemenin hızlı bir şekilde yapılmasını gerektirir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5'inci maddesindeki genel orantılılık şartına ek olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesinin 4'üncü fıkrası el koyma işlemine özel olarak uygulanmaktadır. Buna göre veri taşıyıcısının, incelemenin sona ermesinin ardından iade edilebilmesi için veri ve kayıtların mümkün olduğunca kopyalanması gerekmektedir. Sonuçta, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması adına, asıl veya kopya veri arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır.⁵⁶ Bu açık orantılılık düşüncesi, örneğin bir şirketin tüm sunucusunun güvenliğinin sağlanmasını ve dolayısıyla, verilerin kopyalanmasıyla delillerin korunması amacına ulaşılması durumunda ticari faaliyetlerin durdurulmasını önler.⁵⁷

Veri taşıyıcısına geçici el koyma imkânı, arama emrinde belirtilen sınırlara göre verileri yerinde önceden tasnif etmekten muaf tutmamaktadır. Belirli bir veri taşıyıcısında delil niteliği taşıyan verilerin tespit edilebilmesi, tüm veri taşıyıcısının alınmasının gerekli olduğu anlamına gelmez. Bu, geçici el koymadan önce bile, hangi veri kayıtlarının yerinde incelenebileceği ve hangilerinin incelenemeyeceği konusunda bir değerlendirme yapılması gerektiği anlamına gelir. Yerinde incelemenin zaman alabileceği ve alması gerektiği unutulmamalıdır: Çünkü verilerin incelenmek üzere alınması neredeyse tamamen "gizli" bir arama yapılmasına yol açar.⁵⁸

Veri taşıyıcısına geçici el koyma hali, Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134'üncü maddesinde özel hüküm niteliğinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, veri taşıyıcısı olarak bilgisayarda arama yapılabilmektedir. Şifrenin çözülmemesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere el konulabilmektedir." Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 110'uncu maddesinde yer alan hüküm ile benzer olacak şekilde Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134'üncü maddesindeki hüküm bir el koyma düzenlemesi değil, arama tedbirinin veri taşıyıcısında uygulanmasına ilişkin özel bir

⁵⁵ Marberth-Kubicki, *Computer und Internetstrafrecht*, 220.

⁵⁶ Szesny, "Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO", 230.

⁵⁷ Rüks, *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*, 86.

⁵⁸ Szesny, "Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO", 231.

hükümdür. Bu yönüyle her iki düzenleme de delil niteliği bulunabilecek dijital verilerin, veri taşıyıcısında araştırılması amacıyla yürütülen bir faaliyet olduğu görülebilmektedir. İki düzenleme arasında verilerin incelenmesi bakımından herhangi bir farklılık bulunmamasına karşın veri taşıyıcısına ilişkin olarak önemli bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki Alman hukukunda veri taşıyıcısına el koyma kararı vermeksizin, verilerin incelenmesi amacıyla taşıyıcıya makul süre geçici olarak el konulmasına izin verilmektedir. Hukuken alınmış bir el koyma kararı olmadığı için incelemenin makul sürede sonuçlanarak taşıyıcının iade edilmesi beklenmektedir. Türk hukukunda ise verilerin incelenmesi amacıyla geçici dahi olsa öncelikli olarak veri taşıyıcısına el koyma kararının verilmesi aranmaktadır. Bu durumda dahi verilere ulaşılması halinde veri taşıyıcısının iade edilmesi gerekmektedir. Ancak uygulamada, sonuçta bir el koyma kararı var diye yargılamanın sonuna kadar veri taşıyıcısı iade edilmemektedir. Geçici el koyma kararı, taşıyıcıya, yargılamanın sonuna kadar el koymanın meşru gerekçesi olarak kabul edilmektedir. Bu halde geçici olması gereken el koyma, adli el koyma tedbiri gibi uygulanmaktadır. Oysa bu uygulama hatalı olup burada yapılması gereken şudur: İnceleme amacıyla taşıyıcıya el konulduktan sonra, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması adına gerekli olan verilere ulaşılır ve bunlar hakkında genel el koyma kararı verilir. Taşıyıcının kendisi de sahibine iade edilir. Geçici el koyma kararı, Alman hukukuna benzer şekilde aramanın bir parçasıdır. Bu nedenle verinin elde edilmesinden sonra veri taşıyıcısının gecikmeksizin iade edilmesi gerekir.

5. Sonuç

Veri taşıyıcısı örneğinde olduğunda gibi bulundukları yerin karmaşık yapısı gereğince dijital delillerin elde edilmesi ve muhafaza edilmesi önemlidir. Kendisine özgü nitelikleri gereğince bu delillerin yok edilebilmesi, değiştirilebilmesi veya bozulabilmesi kolaylıkla mümkün olmaktadır. Diğer delillerle ispat gücü bakımından aynı özelliğe sahip olan dijital delillerin muhakeme aşamasına aktarılabilmesi için değiştirilmeden ya da bozulmadan muhafaza edilmesi gerekli olmaktadır. Bu nedenle aranması, incelenmesi ve muhafaza edilmesinde gerekli tüm önlemler alınmalıdır.

Arama sonucunda ele geçirilen verilerin delil niteliğinin belirlenmesi için öncelikle incelenmesi gerekir ve bu nedenle verilere, incelenmek amacıyla geçici olarak el konulabilir. Bu incelemenin sonucunda delil kabiliyetinin bulunduğu veya bulunmadığına karar verilir. Delil olabilecek veriler için el koyma kararı verilirken, diğer veriler derhal imha edilir. Geçici el koymanın ardından veri taşıyıcısındaki verilerin içeriğinin müteakip analizi yapılır. Soruşturma makamı, örneğin, el konulan bir taşıyıcıda saklanan görüntüleri, arama kayıtlarını, metin mesajlarını, ekleri ve belgeleri içeren e-postaları inceleyebilir.

İnceleme amacıyla veri taşıyıcısına el koyma hali, esasen bir el koyma olmayıp incelemenin gerçekleşmesi adına bir ara uygulamadır. Ancak temel hak ve özgürlüklerin de orantısız şekilde ihlal edilmemesi için, el koyma tedbirinin kademeli olarak uygulanmasına özen gösterilmelidir. Öncelikle yerinde aramanın mümkün olduğu hallerde el koyma tedbirine başvurulmamalıdır. Özellikle verilerin kopyalanabildiği durumlarda, incelemenin kopya veriler üzerinde yapılabilmesi mümkün olacağı için artık veri taşıyıcısına el konulmamalıdır. Böylece, veri taşıyıcısında mevcut olan diğer verilerin de bozulması veya kaybolması engellenmiş olmaktadır.

Asıl olan veri taşıyıcısına el koymaksızın sistemde arama yapıp gerekli verilere el koymaktır. Bu nedenle veri taşıyıcısına el konulması, şifre çözümünün zorluğu ya da veri çokluğu ve karmaşıklığı gibi nedenlere bağlı olması koşuluyla mümkündür. Dolayısıyla veri taşıyıcısına geçici el koyma, istisnai bir tedbir olarak uygulanabilmelidir.

Veri İncelemesinin “makul bir süre” içinde tamamlanması gerekmektedir. Dolayısıyla veri taşıyıcısına geçici el koymanın da makul süre içinde sona erdirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle örneğin şifrenin çözülememesi veya farklı bir gerekçe dolayısıyla veri taşıyıcısına geçici el konulması halinde, taşıyıcının kendisi delil olarak değerlendirilmek suretiyle yargılamanın sona ermesine kadar taşıyıcının iade edilmemesi hukuka aykırıdır.

İlgili kişiye, hangi verilere gerçekten erişildiğini ve erişimin soruşturma için gerçekten gerekli olup olmadığını kontrol etme fırsatı tam olarak verilmelidir. Veri sahibinin hazır bulunmasına ilişkin temel bir hak, müdahalenin yoğunluğunu azaltabilir ve aynı zamanda değerlendirmenin etkinliğini artırabilir. Çünkü hazır bulunan veri sahibi ilgisiz verileri adlandırabilir ve böylece veri taşıyıcısında depolanan tüm verilerin uzun bir değerlendirmesini önleyebilir. Aynı zamanda bu, tedbir için gereken süreyi azaltacak ve böylece orantılılık gerekliliklerini yerine getirecektir.

Kaynaklar / References

- Gercke, Björn, Karl-Peter Julius, Dieter Temming, und Mark A. Zöller, Hrsg. *Strafprozessordnung: Heidelberger Kommentar*. 6. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller, 2019.
- Hegmann, Sigrid. In: Jürgen Peter Graf, Hrsg. *Strafprozessordnung: Kommentar*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, 2019.
- Kindhäuser, Urs, und Kay H. Schumann. *Strafprozessrecht*. 5. Auflage. Baden-Baden: Nomos, 2019.
- Köhler, Marcus. In: Lutz Meyer-Goßner und Bertram Schmitt, Hrsg. *Strafprozessordnung: Kommentar*. 63. Auflage. München: C.H. Beck, 2020.
- Marberth-Kubicki, Annette. *Computer und Internetstrafrecht*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 2010.
- Park, Tido. *Durchsuchung und Beschlagnahme*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2022.
- Rühs, Christian. *Durchsicht informationstechnischer Systeme: § 110 Abs. 3 StPO im Lichte des IT-Grundrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022.
- Schilling, Hellen, Carsten Rudolph und Nicolai Kuntze. “Sicherstellung elektronischer Daten und selektive Datenlöschung.” *HRRS* (2013): 207–213.
- Szesny, André-M. “Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO.” *Wij* 4 (2012): 228–235.

Yazar Hakkında / About the Author

**Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
recep.kahraman[at]hbm.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0991-9692**

Recep KAHRAMAN 2006 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirmiştir. 2011 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'na tezli yüksek lisans programına katılmış, 2013 yılında "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama" adlı tezini savunarak mezun olmuştur. 2018 yılında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nden "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Rüşvet Suçu" adlı tezini savunarak doktor unvanını kazanmıştır. 2022 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'na Doktor öğretim üyesi olarak atanmıştır. 2022 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu'nda çalışmaya devam etmektedir. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku alanında yayımlanmış 1 kitabı, 16 makalesi ve 15 bildirisi bulunmaktadır.

**Asst. Prof. Dr. Recep KAHRAMAN | Ankara Hacı Bayram Veli University |
recep.kahraman[at]hbm.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0991-9692**

Recep KAHRAMAN graduated from Istanbul University Faculty of Law in 2006. In 2011, he completed a master's degree with a thesis in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at the Marmara University Institute of Social Sciences. He defended his thesis, "Arrest in Criminal Procedure Law," in 2013 and graduated. In 2018, he earned his doctorate from the Marmara University Institute of Social Sciences by defending his thesis, "Bribery in Turkish Penal Code No. 5237." In 2022, he was appointed assistant professor at the School of Justice at Ankara Hacı Bayram Veli University. He has been working at Ankara Hacı Bayram Veli University, School of Justice since 2022. He has published one book, 16 articles, and 15 papers in the field of Criminal and Criminal Procedure Law.

ALMAN HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK TÜRK HUKUKUNDA MAĞDURUN BEDEN MUAYENESİNİN AYNI CİNSİYETTEN KİŞİ TARAFINDAN YAPILMASINA İLİŞKİN CMK M. 77’NİN İNCELENMESİ

Arş. Gör. Dr. Ayşen ALAN
Atatürk Üniversitesi

Özet

Çalışmanın konusu CMK m. 77’de düzenlenen “Kadının muayenesi” hükmüdür. Aynı düzenleme BMY m. 11/1’de de bulunmaktadır. Buna göre, “Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.” Söz konusu düzenlemede yalnızca “kadın”dan bahsedilmesi hem CMK’nın kanunlaşma sürecinde hem de öğretide tartışmalara neden olmuştur. Maddede vücuttan örnek almadan bahsedilmese de bu işlem için de uygulama alanı bulacaktır. Alman Hukukunda StPO §81d’de “Beden Muayenesinin Aynı Cinsiyetten Kişiler Tarafından İcra Edilmesi” şeklinde bir düzenleme vardır. Bu düzenleme, ileride mağdur haklarının daha etkin korunmasını sağlamak adına CMK m. 77’de yapılabilecek bir değişiklikte göz önünde bulundurulabilecek hükümler içermesi nedeniyle çalışmada ele alınmıştır. StPO §81d/1, 1. cümlede muayenenin, “utanma duygusunun rencide edecek olması” halinde aynı cinsiyetten bir hekim tarafından yapılacağı; 2. cümlede ise meşru bir menfaat varsa ilgilinin, muayenenin belirli bir cinsiyetten kişi tarafından icra edilmesi yönündeki isteminin yerine getirileceği düzenlenmiştir. Son cümlede muayene edilecek kişinin bu hükümlerle ilgili bilgilendirileceği düzenlenmiştir. StPO §81d hükmü ve öğretideki görüşler CMK’nın sistematığı de göz önünde bulundurularak CMK m. 77’ye ya da en azından BMY m. 11’e yansıtıldığında özellikle mağdurun beden muayenesine gönüllü katılımı sağlanacaktır.

Anahtar Kelimeler

Beden Muayenesi, Kadının Muayenesi, Aynı Cinsiyet, İkincil Mağduriyet, Utanma Duygusu

REVIEW OF ART. 77 OF THE TURKISH CRIMINAL PROCEDURE CODE REGARDING THE EXAMINATION OF THE BODY OF THE VICTIM BY A PERSON OF THE SAME SEX IN TURKISH LAW IN COMPARISON WITH GERMAN LAW

Ress. Asst. Dr. Ayşen ALAN
Atatürk University

Abstract

The subject of this study is the provision on “examination of a female” set forth in Art. 77 of Turkish Criminal Procedure Code . The same provision is also found in Art. 11/1 of the Regulation on Body Examination, Genetic Examinations and Determination of Physical Identity in Criminal Procedure. Accordingly, “The examination of a female shall be carried out by a female physician, if requested and if circumstances permitted.” The fact that the provision refers solely to “female” has caused debates both during the legislative process of the Turkish Criminal Procedure Code and in legal scholarship. Although the provision does not explicitly mention the taking of samples from the body, it would also apply to such procedures. German law contains a provision in the Code of Criminal Procedure §81d on “Carrying Out Physical Examinations by People of the Same Sex”. This provision has been examined in this study because it contains provisions that could be considered in a future amendment to Turkish Criminal Procedure Code §77 to ensure more effective protection of victims’ rights. StPO §81d/1 stipulates that examination shall be conducted by a physician of the same sex if it would cause shame; the second sentence provides that if there is a legitimate interest, a request that a physician of a particular sex be appointed to carry out the examination is to be granted. The last sentence stipulates that persons to be examined shall be informed of these provisions. When StPO §81d and the views in doctrine are reflected in Turkish Criminal Procedure Code Art. 77 or at least Regulation on Body Examination, Genetic Examinations and Determination of Physical Identity in Criminal Procedure Art. 11, taking into account the systematics of Turkish Criminal Procedure Code, the voluntary participation of the victim in physical examination will be ensured.

Keywords

Body Examination, Examination of the Female, Same Sex, Secondary Victimization, Sense of Shame

1. Giriş

Çalışma konusu olan “Kadının muayenesi” başlıklı CMK m. 77, CMK’nın kanunlaşma sürecinde hem mecliste hem de basında oldukça yoğun tartışılan bir düzenleme olmuştur¹. Gerçekten bu maddeye ilişkin Meclis tutanaklarına bakıldığında, bu düzenlemenin ilişkili olduğu CMK m. 75 ve 76’ya kıyasla sayfalar dolusu tartışmaların yer aldığı görülmektedir². Çalışma kapsamında bunların hepsine yer vermemiz mümkün olmayıp; yeri geldiğinde tartışmalarda yer alan bazı görüşlere değineceğiz.

Mağdurlar, kendilerine karşı işlenen suçu hatırlatacak etkenlerden kaçınmak isteyebilirler. Bilhassa cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağdurları, olay neticesinde psikolojik olarak iyi bir halde olmayabilir. Bu kişilerin karşı cinsiyetten birine muayene ettirilmesi ikincil bir mağduriyete³ neden olabilecektir⁴. Ancak ifade edelim ki bu durum mutlak olmayıp; bazı hallerde mağdur, muayenenin karşı cinsiyetten biri tarafından yapılmasını da isteyebilir. Örneğin uzun yıllar boyunca hemcinsi bir kişi tarafından cinsel istismara uğrayan bir mağdurun karşı cinsiyetten birine muayene olmak istemesi de mümkündür.

Bunların yanında mağdur, beden muayenesi esnasında yanında birisinin bulunmasını da isteyebilir. Yanında birisinin bulunmasına imkan tanınması ve bu kişinin kim cinsiyeti ve sıfatı da suçun mağdur üzerinde meydana getirdiği psikolojik etkilere muayene esnasında bir yenisinin eklenmesinin önüne geçebilecektir; mağdurun muayene esnasında daha rahat olmasını sağlayabilecektir. Mevzuatımızda bu yönde düzenlemeler olmakla birlikte birbirlerine paralellik arz etmemektedirler.

Tüm bu hususlar mağdurun yalnızca kadın olması için değil; erkek olması halinde de geçerlidir. Burada mağdurun yaşının da bir önemi bulunmamalıdır.

Çalışmada CMK m. 77’ye ilişkin açıklamalara yer verilerek; bu düzenleme ve bununla bağlantılı diğer mevzuata değinilecektir. Çalışmaya konu hüküm Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozessordnung-StPO) §81d’de yapılan değişiklik öncesi haliyle benzerlik gösterdiğinden bu hükmün eski haline ve yapılan değişikliklere ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır. Zira bu düzenlemenin ülkemiz hukuku bakımından da beden muayenesinde

¹ Tuğba Bayzit, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), 104; Nurchan Şanlı, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014), 73.

² T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu* (Ankara, 2005), 311-359.

³ İkincil mağduriyet, “Suç nedeniyle ortaya çıkan mağduriyetten sonra, mağdurun hizmet almak amacıyla temasa geçtiği farklı kurum ve kuruluşlarda çalışan görevlilerin tutum ve davranışları dolayısıyla ortaya çıkan mağduriyet anlamına gelmektedir.” Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, *Mağdura Yaklaşım Kılavuzu* (Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, 2021), 2, Son Erişim: 4 Nisan, 2024, <https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/992021121047magdurayaklasimkilavuzu.pdf>. Aynı yönde bkz. 14 Haziran 2006 tarihli “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Haziran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı”nın “Yardım” başlıklı 3. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre de, “Mağdurlar mümkün olduğu kadar ikincil mağduriyetten korunmalıdır (3.3). Devletler ya kişisel karakteristikleri ya da suçun durumları yoluyla özellikle savunmasız olan mağdurların durumlarına en uygun özel tedbirlerden yararlanabilmelerini sağlamalıdır (3.4).” Anılan maddelerin çevirisi için bkz. Cemil Kaya, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları”, *TBB Dergisi*, no. 72 (2007): 408-409.

⁴ A. Çoşkun Yorulmaz ve diğerleri, “Cinsel Saldırıları”, *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi* içinde, (İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimleri Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul, Şubat 2006), 131.

mağdur haklarının korunması bakımından yapılabilecek bir kanun değişikliğinde dikkate alınabilir yönleri olduğu kanaatindeyiz.

2. CMK m. 77: “Kadının Muayenesi”

2.1. Genel Açıklamalar

Kanun koyucu, koruma tedbiri özelliklerini de taşıyan beden muayenesi işlemi için üzerinde bu tedbirin uygulandığı kişinin cinsiyetinin kadın olmasına ilişkin özel bir düzenlemeye gitmiştir⁵. Buna göre, “*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır.*”

Bu düzenleme Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik (BMY) m. 11/1’de de bulunmaktadır⁶. Aynı şekilde Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün “Adli tabiplik hizmetlerinin yürütülmesinde uyulacak esaslar” konulu 2005/143 sayılı Genelge’sinin⁷ (2005/143 sayılı Genelge) “Muayene yapmaya ve rapor tanzimine yetkili kişiler” başlıklı 3.1.6. maddesinin 2. fıkrasında da BMY m. 11 ile aynı düzenleme yer almaktadır.

Madde, kanunun yapım aşamasında daha ziyade siyasi yönden tartışılmış; bu da maddenin ceza muhakemesi hukuku sistematigi içinde yapılacak tartışmaların önüne geçmiştir⁸. TBMM Genel Kurulu’na sunulan taslağın 80. maddesi aşağıda göreceğimiz üzere StPO’yu anımsatır şekilde, “*Kadının muayenesi, olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır. Buna olanak bulunmadığında, muayene edilecek kadının bir yakını veya başka bir kadın muayene sırasında hazır bulundurulur.*” şeklinde düzenlenmişti. Gerekçesinde, söz konusu düzenlemenin “genel ahlak anlayışına uygun... olduğu” ifade edilmişti⁹. Fakat bu cümle daha sonra “uygulamada kolaylık sağla[nması] ve çıkabilecek muhtelif sorunların gider[ilmesi]” gerekçesi ileri sürülerek Adalet Komisyonu’nca metinden çıkarılmış¹⁰; maddede muayenenin kadının istemi halinde kendi cinsiyetinden hekim tarafından yapılması öngörülerek¹¹ yürürlükteki halini almıştır.

⁵ Berrin Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, *TAAD* 7, sy. 27 (Temmuz 2016): 106; Ceren Özkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 24. Yazar, işlemi uygulayacak kişinin cinsiyetine ilişkin ayrıca önem verilen *tek* koruma tedbirinin beden muayenesi olduğunu ifade etmiştir. Ancak CMK’da olmasa da üst aramasına ilişkin olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/3’te, “Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır.” hükmü bulunmaktadır.

⁶ Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, 106; Özkan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda”, 23; Deniz Çelik Tatarka, *Türkiye’de Genital Muayene Uygulamaları ve Avukatların Genital Muayene Uygulamalarına İlişkin Farkındalıkları* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2023), 31.

⁷ Genelge’nin tam metni için bkz. <https://dosyaism.saglik.gov.tr/Eklenti/8313/0/adli-tabiplik-hizyurutulmesinde-uyulacak-esaslar-genelge-2005143pdf.pdf> Erişim Tarihi: 10 Nisan, 2024.

⁸ Hakan Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama)* (Ankara: Kızıllarslan Serisi I, 2007), 277.

⁹ Yapılan işlemin genel ahlak anlayışı ile ilgisinin bulunmaması; dolayısıyla gerekçedeki görüşe katılmanın mümkün olmadığı yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2007), 292.

¹⁰ Fulya Eroğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009), 70.

¹¹ Fahrettin Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021) 135.

Mahremiyet, kişilerin hayattan sağladıkları memnuniyeti de artıran evrensel temel bir gereksinim olup; özerklik hakkının da bir parçasıdır¹². Bu kavram, kültür ve zamana göre farklılık göstermektedir¹³. Mahremiyet sağlık mesleği mensuplarının mesleki etik ilkelerinden biridir¹⁴ ve tıp alanındaki tüm uygulamalarda hastanın mahremiyetine dikkat edilmesi gerekir¹⁵. Beden muayenesi, ilgililerin mahremiyetine müdahale etmesi nedeniyle utanma duygularını etkileyebilmektedir¹⁶. Her ne kadar bu husus madde metninde açıkça ifade edilmemiş ise de bu düzenlemenin temelinde mahremiyetin ve dolayısıyla utanma duygusunun korunmasının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁷.

Söz konusu hükmün sadece “kadın”a özgü olarak getirilmesinin amacıyla ilgili öğretide birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşler CMK’nın yapım aşamasındaki tartışmalarda da ileri sürülen görüşlerden beslenmektedirler. *Bir görüşe göre*, beden muayenesinin utanma (ar/haya) duygusunu rencide etmemesi gerekir. Bu, özellikle muayene edilenin kadın olması halinde daha çok önem¹⁸ taşımaktadır. Kanun koyucu da bunu öngörerek kadının muayenesinin, şartlarının varlığı halinde kadın hekim tarafından yapılmasını öngörmüştür¹⁹. Ancak öğretide de ifade edildiği üzere bu düzenlemenin kabul edilmesindeki nedenler arasında sadece bu duyguların etkili olduğu kabul edilmemelidir. Çünkü kanun metninde buna işaret eden herhangi bir ifade yer almamaktadır²⁰.

- ¹² Meltem Candan ve Naile Bilgili, “Hemşire ve Ebelerin Hasta Mahremiyetine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, *Gazi Sağlık Bilimleri Dergisi* 3, sy. 3 (2018): 35; Annette F. Street ve Anthony Love, “Dimensions of privacy in palliative care: views of health professionals”, *Social Science & Medicine* 60, (2005): 1802; H. Leino-Kilpi ve diğerleri, “Privacy: a review of the literature”, *International Journal of Nursing Studies* 38, (2001): 663, 665.
- ¹³ Hilal Bal Şaraldı ve Zekiye Karaçam, “Kadınların Doğum Sırasındaki Mahremiyet ile İlgili Deneyim, Görüş ve Önerileri”, *Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi* 7, sy. 3 (2023): 448.
- ¹⁴ Candan ve Bilgili, “Hemşire ve Ebelerin”, 35.
- ¹⁵ Hediye Bekmezci ve diğerleri, “Annelerin Doğum Eyleminde Algıladıkları Mahremiyetin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi Türkiye Klinikleri J Health Sci* 1, sy. 2 (2016): 105.
- ¹⁶ Gizem Dursun, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan* 19, Özel Sayı (2017): 2980.
- ¹⁷ Bahri Öztürk ve diğerleri, *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 601; Bahri Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 542.
- ¹⁸ Mahremiyet üzerinde yapılan araştırmalarda, kadın hastaların erkeklere kıyasla daha fazla mahremiyet ihlali algıladıkları, mahremiyet ihtiyacı bulunduğu; aynı cinsiyetten hekim tercihinin kadınlarda erkeklere nazaran daha yüksek olduğunun tespit edildiği yönünde bkz. Carolina Matté Dagostini ve diğerleri, “Patients’ preferences regarding physicians’ gender: a clinical center cross-sectional study”, *Sao Paulo Med Journal* 140, sy. 1 (2022): 137; Elif Akyüz, “Hastanelerde Mahremiyet İhlalleri: Geleneksel Derleme”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History* 31, sy. 1 (2023): 86; Leino-Kilpi ve diğerleri, “Privacy: a review of the literature”, 668. Bu yöndeki bir araştırma için bkz. Eva Bäck ve Karin Wikblad, “Privacy in hospital”, *Journal of Advanced Nursing* 27 (1998): 940 vd.
- ¹⁹ Veli Özer Özbek, *Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 1045; Şanlı, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, 75.
- ²⁰ Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, 106. Yapılan bir başka araştırmada da utanmanın yanında erkeklerden kaçınma gibi duygularla kadınların jinekolojik muayene bakımından kaygılandıkları tespit edilmiştir. Ahsen Şirin ve Makbule Nar, “Kadınların Jinekolojik Muayene Öncesi Kaygı Düzeylerin İncelenmesi”, *Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi* 15, sy. 2-3 (1999): 125. Aynı yönde bkz. Didem Sarıbaş ve Demet Aktaş, “Jinekolojik Muayene ve Obstetride Beden Mahremiyetinin Önemi”, *Eurasian Journal of Health Sciences* 6, sy. 3: 103.

Aynı çerçevedeki diğer bir görüşe göre, kadının muayenesi erkeğe kıyasla özel hayatın gizliliğini daha çok ihlal eder. Bilhassa cinsel organların ve anüsün muayenesi her yaştaki kadında, toplumsal kurallar ve dinin de etkisiyle utanma duygusunda daha yoğun olarak kendini gösterir²¹. *Bir diğer görüşe göre*, burada pozitif ayrımcılık ilkesine dayanan bir düzenlemeye gidilmiştir. Bu düzenlemede, kadının mağduru olduğu suçun dolayısıyla içinde bulunduğu ruhsal durumu gözetilmiş; erkek şiddetine maruz kalmış kadınlar bakımından hekimle iletişim kurmasını zorlaştıran bir durumu ortadan kaldırmak, muayene ve örnek alma sürecine kadının da katılım sağlayabileceği bir ortam sağlamak amaçlanmıştır²².

Anılan görüşlere karşılık bir görüş, CMK m. 77 ile Türk toplumunda yalnızca kadınların utanma duygusunun rencide olacağına işaret edildiğini ileri sürmüştür. Özellikle genital muayenelerde kadının karşı cinsten bir hekim tarafından yapılacak muayeneden utanıp, çekinebileceği anlaşılır bir durumdur. Ancak burada asıl tartışma konusu olan bu muayenenin utanma duygusu sebebiyle ahlak ile ilişkilendirilmesi ve yalnızca kadına özgülenmesidir. Gerçekten, cinsel saldırıya uğraması durumunda ya da dinsel mülahazalarla da bir erkeğin kadın bir hekim tarafından muayene edilmek istememesi de mümkün olup; kanun bu durumu dikkate almamıştır²³. Yine bir görüş, bu hükmün Türk toplumunun özüne sinen cinsiyet ayrımcılığının göstergesi olduğunu dile getirmiştir. Bu görüşe, bu hükümle toplumda ahlaklı olması gerekenin kadın olduğu; sadece genital muayene için değil, herhangi bir beden muayenesi esnasında kadın hekim tarafından muayene edilme talebinde bulunmayan kadının utanma duygusunun rencide olduğu ve ahlaksız olduğunun düşünüleceğine zemin hazırladığını ileri sürmüştür²⁴. Keza CMK m. 77 ile bir kadının erkek bir hekim tarafından muayene edilmek isteyebileceği de düşünülmemiştir²⁵.

Başka bir görüşe göre, bu düzenleme işe hem muayene olan kadına hem de erkek hekime yönelik bir cinsiyet ayrımcılığı yapılmaktadır²⁶. Tıp mesleğinin, hasta bakımından ayırım

²¹ Tarık Gündüz ve diğerleri, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 287. ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 77. Maddelerinin Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması", *YÜHFD* 6, sy. 1 (2009): 329.

²² Şebnem Korur Fincancı ve Coşkun Yorulmaz, "Beden Muayenesi", *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi* içinde, (İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimleri Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul, Şubat 2006), 146.

²³ Kızılarşlan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 276-277; Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *İÜFHM LXX*, sy. 1 (2012): 33.

²⁴ İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 33.

²⁵ Yaprak Öntan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 79.

²⁶ Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 537. Bu maddenin hem hekimlik mesleği hem de şüpheli ya da sanık konumundaki kişiye karşı yapılan bir cinsiyet ayrımcılığı olduğu yönündeki Adalet Komisyonu görüşmelerinde ileri sürülen görüş için bkz. Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu, 311.

gözetilmeksizin yerine getirileceği birçok ulusal ve uluslararası metinde²⁷ belirtilmiştir²⁸. CMK’de yer alan bu düzenlemede hekimler uzmanlık alanlarına göre değil; cinsiyetleri göz önünde bulundurularak bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur²⁹.

Maddede erkeğin muayenesine yer verilmemesi Anayasa m. 10’da yer alan eşitlik ilkesine uygunluğu açısından tartışmaları beraberinde getirmiştir³⁰. Bir görüşe göre, düzenlemenin sadece “kadınları” kapsamı, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle sadece kadınlar yönünden yapılan bu düzenlemenin her cinsiyeti kapsar şekilde genişletilmesi gerekir³¹. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Her ne kadar lafız itibarıyla erkeğin muayenesi bakımından, muayene edecek hekimin cinsiyetinin önemi bulunmadığı sonucu çıkmaktaysa da³²; aslında söz konusu hüküm erkek bakımından isteminin bulunması halinde hemcinsinin muayene yapmasını yasaklamamaktadır³³. Ancak aşağıda açıklayacağımız üzere kadın için bile böylesi bir hakka sahip olduğundan haberdar olması hususu sorunlu iken, erkek için ancak yorum yoluyla bu sonuca varılması hemcins tarafından muayene bakımından eşit imkanlara sahip oldukları değerlendirmesinin yapılmasının zorluğunu göstermektedir.

²⁷ Bunlara örnek olarak şu metinleri belirtebiliriz:

- “Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.” (Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 1/1
<https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020083957164.tur.pdf> Erişim Tarihi: 15 Nisan, 2024).

- “Hekimler herkesin; ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir özelliğe göre ayırma uğramadan ve toplumsal cinsiyet eşitliği göz önüne alınarak bütün haklardan ve özgürlüklerden yararlanması gerektiğini kabul eder. Var olan eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasını önceler.” (Türk Tabipleri Birliği-Hekimlik ve İnsan Hakları Bildirgesi https://www.ttb.org.tr/makale_goster.php?Guid=75181ffe-9041-11ea-9b7d-6d38d16eb233 Erişim Tarihi: 15 Nisan, 2024).

- “Hekim görevlerini her durumda hastaları arasındaki siyasal görüş, sosyal durum, dini inanç, milliyet, etnik köken, ırk, cinsiyet, yaş, toplumsal ve ekonomik durum ve benzeri farklılıkları gözetmeksizin yerine getirmekle yükümlüdür.” (Türk Tabipleri Birliği-Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 7
https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf Erişim Tarihi: 15 Nisan, 2024).

- “Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir.” (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 2/2
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/2.3.412578.pdf> Erişim Tarihi: 15 Nisan, 2024).

- “Sağlık hizmetinin verilmesinde, hastaların, ırk, dil, din ve mezhep, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç ve ekonomik ve sosyal durumları ile sair farklılıkları dikkate alınamaz. Sağlık hizmetleri, herkesin kolayca ulaşabileceği şekilde planlanıp düzenlenir.” (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 5/c
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=4847&MevzuatTur=7&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi: 15 Nisan, 2024).

²⁸ Özlem Yenerer Çakmut, “Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’na Göre Bilirkişilik Kurumu”, *CHD*, sy. 11 (Aralık 2009): 149.

²⁹ Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, 15, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadın.pdf> Erişim Tarihi: 15 Mart, 2024.

³⁰ Özge Apış, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, sy. 1 (2012): 288; Eroğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle”, 72; Şanlı, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, 75.

³¹ Eroğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle”, 72.

³² Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri*, 136.

³³ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 447, dn. 677; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 248.

CMK m. 77'nin kanunlaşması sürecinde kamuoyundaki eleştirilerde ifade edildiği üzere, kişilerin utanma duygusunu rencide edebilecek ve mahremiyetine müdahalede bulunulabilecek bir işlem olan beden muayenesinde aynı cinsiyetten muayene olma isteminde bulunabilmeyi sadece kadına özgülemek yanlış bir tutumdur³⁴. Havalalanları, alışveriş merkezleri girişleri, cezaevleri gibi yerlerde dahi kadınların ve erkeklerin üstü hemcinsleri tarafından aranmakta olup, bu husus tartışma konusu yapılmamakta ve rahatsız edici bulunmamaktadır³⁵. Utanma duygusunu büyük oranda rencide edebilecek beden muayenesi gibi bir işlemde de³⁶ hem kadın hem de erkeği kapsayacak bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Doğrudan ceza muhakemesi sürecindeki beden muayenesi ile ilgili olmasa da “İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)”nın (eski versiyonunun) “V. Görüşme İle İlgili Genel Değerlendirmeler” başlığının “J. Cinsiyetle İlgili Konular” alt başlığındaki açıklamalar da bu açıklamalarımız bakımından önemlidir:

“İdeal koşullarda, işkence gördüğünü söyleyen kişiye, hangi cinsten araştırmacı...istediği konusunda tercih hakkı vermek için ekipte her iki cinsten de uzman bulunmalıdır. Bu, henüz bir şikayette bulunmamış olsa bile tecavüze uğradığı bilinen bir kadın tutukluyla görüşülmesi durumunda özellikle önemlidir. Cinsel bir saldırı olmadığı durumlarda bile çoğu işkencenin cinsel bir boyutu da vardır...Kadın mağdur, başına gelenleri fiziksel olarak -kaçınılmaz biçimde çoğunlukla ya da tümüyle erkek olmaları anlamında- işkencecilerine benzeyen birine anlatmak zorunda hissettiğinde yeniden travmatize olma riski artabilir. Bazı kültürlerde, erkek bir araştırmacının kadın bir mağdurla görüşüp soru sorması mümkün değildir ve buna saygı gösterilmelidir. Ancak çoğu kültürde, eğer ortamda yalnızca bir erkek hekim varsa kadın mağdurların çoğu, hekim olmayan bir kadınla konuşacaklarına istedikleri tıbbi bilgileri ve önerileri almak için erkek hekimle konuşmayı tercih ederler. Böyle durumlarda, eğer kullanılıyorsa, tercümanın kadın olması gereklidir...Tercümanın gerekli olmadığı durumlarda, görüşmenin en azından fizik muayene kısmında ve hasta isterse tümünde refakatçi olarak bir kadın uzman bulunmalıdır.

Mağdur erkekse ve cinsel olarak taciz edilmişse, durum daha da karmaşıktır, çünkü o ya tümüyle erkekler tarafından taciz edilmiş olacaktır. Bazı erkekler, diğer erkeklerle yönelik korkuları çok yoğun olduğu için başlarından geçenleri kadınlara anlatmayı tercih edeceklerdir. Bazıları ise bu tür kişisel meseleleri bir kadının önünde konuşmayı istemeyeceklerdir.”³⁷

³⁴ Kızıllarlan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 276-277. Erkeklerin de genital ve rektal bölgenin muayenesini gerektiren bazı uzmanlık alanlarına giren konularda daha çok kendi cinsiyetinden hekim tercih ettikleri de bazı araştırmalarda tespit edilmiştir. Caryl J. Heaton ve John T. Marquez, “Patient preferences for physician gender in the male genital/rectal exam” *Family Practice Research Journal* 10, sy. 2 (1990): 105 vd. Söz konusu çalışmanın tam metnine ulaşılammıştır. Buradaki bilgiler makalenin özetinden elde edilmiştir. Özet için bkz.

<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/2288234/#:~:text=In%20contrast%2C%20for%20the%20rectal,the%20genital%20or%20rectal%20exams>. Erişim Tarihi: 12 Nisan, 2024.

³⁵ Zekiye Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *İzmir Barosu Dergisi*, (Ocak 2007) https://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm Erişim Tarihi: 11 Mart, 2024.

³⁶ İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda”.

³⁷ <https://tiyh.org.tr/wp-content/uploads/2020/04/istanbul-protokolu.pdf> Erişim Tarihi: 28 Nisan, 2024.

Uluslararası metinlere bakıldığında mağdur haklarının cinsiyet ayrımına gidilmeksizin düzenlendiği görülmektedir³⁸. Ülke mevzuatı dışına çıkmadan da beden muayenesiyle farkları ortaya konulmaya çalışılan “üst araması” koruma tedbirine ilişkin olarak Adlî ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 28/9-b’de aramanın “aynı cinsiyetten görevliler tarafından” yapılacağı düzenlenmiştir. Üst aramasına kıyasla bedene daha fazla müdahale gerektiren beden muayenesi işlemi için ise açık olarak yalnızca “kadın” için benzer bir düzenleme getirilmesi kanaatimizce bir çelişki teşkil etmektedir.

Kanaatimizce, vücut dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesi dolayısıyla CMK m. 77 gibi bir düzenlemeye ihtiyaç hasıl olduğu kabul edilirse, buradaki imkanın eşitlik ilkesi gereğince cinsiyet ayrımı yapılmadan tanınması gerekir³⁹. Zira düzenlemenin kadına özgülenmesine temel oluşturan görüşler tarafından ileri sürülen gerekçelerin özellikle muayene edilecek kişinin mağdur bir erkek olması hali için de kabul edilebilir olduğu izahtan varestedir. Bu bağlamda kadının utanma duygusunun erkekten fazla olduğu yönündeki görüşler isabetli değildir. Utanma duygusu herkes için mevcut olup; yalnızca cinsiyete göre yapılan bir genelleme hatalı sonuçlara yol açacaktır. Aynı toplum içinde yaşayan kişilerin sahip oldukları duygular yaşadıkları yere göre değişebilir. Keza kişilerin kendilerince oluşturdıkları sınır da

İstanbul Protokolü’nün yeni versiyonu aşağıdaki açıklamaları içermektedir:

“283. Klinisyenin cinsiyeti de değerlendirme sürecini etkileyebilir. İdeal olanı, görüşülen kişiye aynı veya başka bir cinsiyetten bir klinisyenin ve –gerektiğinde– bir tercümanın eşlik etmesi seçeneğini sunabilecek biçimde, değerlendirme ekibinin farklı cinsiyetten klinisyenlerden oluşmasıdır. İşkenceye maruz kaldığı iddia edilen kişinin görüşmeyi yürütecek klinisyenin aynı veya başka bir cinsiyetten bir olması talebine saygı gösterilmelidir. Deneyimlere göre, çoğu durumda –özellikle işkenceye maruz bırakılıp halen gözaltında tutulan kimseler söz konusu olduğunda– en önemli konu, görüşmecinin cinsiyetine bakılmaksızın, işkenceye maruz kalan kişinin dürüstçe soru sorabileceği bir klinisyen olmasıdır. Değerlendirme ekibinde değerlendirme için istenen cinsiyette bir klinisyen olmadığında, görüşülen kişi, klinik bilgi ve tavsiye almak için yine de bir klinisyenle konuşmayı seçebilir. Bu hususlar, bilinen toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve cinsel işkence [yöntemlerinin] varlığında özellikle önemlidir. Klinisyen ve görüşülen kişinin farklı cinsiyetten olduğu durumlarda ve özellikle fizik muayene sırasında, mutlaka eşlik edecek bir kişi önerilmelidir.” Bkz. Türkiye İnsan Hakları Vakfı, *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)*, Uzman Eğitim Serisi No. 8/Rev. 2, (Ocak 2024) s. 70 <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2024/02/istanbul-protokolu-2022-TR.pdf> Erişim Tarihi: 28 Nisan, 2024.

³⁸ Örnek birkaç uluslararası metinde yer alan hükümler şöyledir:

- 29 Kasım 1985 tarihli Birleşmiş Milletler “Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildiri” m. 3’e göre, “*Bu Bildirideki hükümler, ırk, renk, cinsiyet, yaş, dil, din, milliyet, siyasal veya başka bir fikir, kültürel inanç veya uygulama, mülkiyet, doğum veya ailevi statü, etnik veya toplumsal köken, ve özürli olmak gibi her hangi bir sebebe dayanan bir ayrımcılık yapılmaksızın uygulanır.*” (Türkçe metin için bkz. <https://hukukbook.com/suctan-ve-yetki-istismarindan-magdur-olanlara-adalet-saglanmasına-dair-temel-prensipler-bildirisi/> Erişim Tarihi: 3 Nisan, 2024. Orijinal metin için bkz. “Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power” <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/declaration-basic-principles-justice-victims-crime-and-abuse> Erişim Tarihi: 3 Nisan, 2024.)

- 14 Haziran 2006 tarihli “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Haziran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı”nın “İlkeler” başlıklı 2. maddesinin ilk iki fıkrasına göre, “*Devletler, mağdurların insan haklarına ilişkin haklarını etkin şekilde tanımayı ve bunlara saygı göstermeyi sağlamalıdır; Özellikle devletler, mağdurların güvenliğine, insan onuruna, özel ve aile yaşamına saygı duymalı ve mağdurlar üzerinde suçun olumsuz etkilerini tanımalıdır (2.1). Devletler, bu tavsiye kararında öngörülen tedbirleri hiçbir ayırım göstermeksizin mağdurlara erişilir kılmayı sağlamalıdır (2.2).*” (Anılan maddelerin çevirisi için bkz. Kaya, “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları”, 408-409).

³⁹ Yaren Ayata, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), 90.

utanma duygusunun belirlenmesinde etkilidir⁴⁰. Kişiler, bedenlerinde ve bilhassa cinsel bölgelerinde yapılan muayenelerde genellikle aynı cinsiyetten hekimler karşısında daha rahat olabilecekleri anlaşılabılır bir durumdur. Bu yönde düşünmeyenlerin olması da mümkün olmakla beraber olanaklar elverdiği ölçüde bu imkanın tanınması farklılıklara olan saygının bir gereğidir. Ancak öğretide ileri sürülen tartışmaların önüne geçebilmek bakımından bu düzenlemenin hem erkek hem de kadını konu alır şekilde yeniden düzenlenmesi isabetli olacaktır⁴¹.

Hukukumuz düzenlemesi ve buna yönelik eleştirilerin klasik cinsiyet ayırımına dayandığı yapılan açıklamalardan anlaşılmaktadır. Öğretide eleştirilere gerekçe olarak ileri sürülen utanma duygusu, farklı cinsel kimlikleri benimseyen kişiler için de söz konusu olduğundan; muayeneyi yapacak kişinin seçilmesi imkanının tanınması bakımından daha geniş bir kapsam öngörülmesi gerekmektedir⁴².

Bu görüşlerimizi bir nebze destekler şekilde Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı "Mağdura Yaklaşım Kılavuzu"nun "cinsel suç mağdurlarına yönelik müdahaleye ilişkin hususlar" başlıklı 3.2.6.2. numaralı maddesinde, "*Mağdurun talebi halinde cinsel suç mağdurlarına hizmet sunan kamu görevlileri mümkünse mağdurla aynı cinsiyete sahip olmalıdır.*" ifadesi yer almaktadır⁴³. Bu da aslında aynı cinsiyetten kişi tarafından muayene edilmenin asıl olarak cinsel motifli suçlar dikkate alınarak öngörüldüğünü göstermektedir. Burada belki de en önemli husus *de lege ferenda* olarak hem kadın hem de erkek mağduru kapsayacak bir ifadenin kullanılmış olmasıdır.

Belirtelim ki, muayeneyi icra edecek kişinin muayene edilecek kişinin cinsiyetine göre belirlenmesine ilişkin düzenlemeler sadece ülkemiz hukukunda değil farklı ülke hukuklarında da yer almaktadır. Örneğin aşağıda inceleyeceğimiz Alman StPO'nun "Beden muayenelerinin aynı cinsiyetten kişiler tarafından gerçekleştirilmesi (Physical examination by persons of same sex)" başlıklı § 81d maddesinde; Anglo-Sakson hukuk sistemi örneği olarak İngiliz hukukunda Police And Criminal Evidence Act 1984 Code C'ye ek "Arama ve Diğer Bazı İşlemler İçin Kişilerin Cinsiyetinin Belirlenmesi (Establishing gender of persons for the purpose of searching and certain other procedures)" başlıklı Annex L'de bu yönden hükümlere yer verilmiştir⁴⁴. Keza Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung 1975)⁴⁵ § 121/3 ve § 123/5'te de benzer yönde hükümler yer almaktadır.

⁴⁰ Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 91.

⁴¹ Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022), 426; Özkan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 25.

⁴² Didem Tombul, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *Ceza Muhakemesinde Delil* içinde, ed. Pınar Memiş Kartal (İstanbul: Der Yayınları, 2020), 56.

⁴³ Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, 42.

⁴⁴ Tam metin için bkz. <https://www.gov.uk/government/publications/pace-code-c-2019/pace-code-c-2019-accessible#bookmark72> Erişim Tarihi: 19 Nisan, 2024.

⁴⁵ Tam metin için bkz. <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002326> Erişim Tarihi: 24 Nisan, 2024.

2.2. Kapsamı

CMK m. 77’de sadece “kadının muayenesi” denildiğinden, muayene edilecek kadının muhakemedeki konumunun önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kadın, şüpheli veya sanık olabileceği gibi mağdur veya diğer kişi de olabilir⁴⁶. Kovuşturma aşamasında ise kamu davasına *katılan* mağdur kadının bu kapsama gireceği ifade edilmektedir⁴⁷. Çalışma konumuz nedeniyle biz açıklamalarımızı yalnızca “mağdur” çerçevesinden yapacağız.

Mağdurun beden muayenesinin ve vücudundan örnek alınmasının düzenlendiği CMK m. 76’da söz konusu işlemlerin kim tarafından icra edileceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır⁴⁸. Öğretide bu işlemlerin kıyas yoluyla şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek almasını düzenleyen CMK m. 75/3⁴⁹’te sayılan kişiler tarafından yapılacağı ifade edilmektedir⁵⁰. Kanun düzeyinde biz de bu görüşe katılmaktayız. Öte yandan BMY m. 7/2 ve 8/2’de yer alan açık düzenlemeleri de gözden kaçırmamak gerekir. BMY m. 7/2’ye göre, mağdurun beden muayenesi ancak hekim tarafından yapılacaktır⁵¹. Dolayısıyla mağdurun beden muayenesini bir sağlık mesleği mensubu yapamayacaktır⁵². Bu kişilerin vücudundan örnek alma ise hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından icra edilebilir (BMY m. 8/2)⁵³.

Düzenlemede genel anlamda “muayeneden” bahsedilmiş; iç ve dış beden muayenesi ayrımına gidilmemiştir. Dolayısıyla düzenleme lafzı itibarıyla hem iç hem de dış beden muayenesi için uygulanabilir⁵⁴. Öte yandan dış beden muayenesinin kolluk tarafından yapılabileceğini ileri süren görüşe göre, madde metninde *hekimden* söz edilmesi sebebiyle şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi (CMK m. 75/3 ve 4 dolayısıyla) CMK m. 77 kapsamında değildir. Bununla birlikte CMK m. 77’nin bu durumda da evleviyetle uygulanması gerekir⁵⁵. Ancak ifade edelim ki dış beden muayenesinin CMK m. 77 kapsamına

⁴⁶ Sinem Servet Özdemir, *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye’de Pozitif Ayrımcılık İlkesi* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 134; Tarık Fırat, “Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021), 8.

⁴⁷ Yunus Emre Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 116.

⁴⁸ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018), 324; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 134; Özbek, *Polis Hukuku*, 1043; Haluk Çolak ve Mustafa Taşkın, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005), 251.

⁴⁹ “İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.”

⁵⁰ Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, 134; Çolak ve Taşkın, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı*, 251; Bahri Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 258.

⁵¹ Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 258.

⁵² Çiğdem Adar Özdemir, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 101; Mustafa Artuç, *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 276.

⁵³ Aydın Aygün, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy. 8 (2016): 62; Öztürk ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, 258. Sağlık mesleği mensubunun vücuttan biyolojik örnek alabileceği fakat dış beden muayenesi yapamayacağı sonucu doğuran bu düzenlemenin izaha muhtaç olduğu yönünde bkz. Adar Özdemir, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında*, 104.

⁵⁴ Demirağ, *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri*, 136.

⁵⁵ Şahin, *Gazi Şerhi*, 248.

girip girmediği hususu şüpheli veya sanığın beden muayenesi noktasında önem arz eden bir tartışmadır. Çünkü CMK m. 75'te sadece iç beden muayenesinden bahis olunmuşken; mağdurun muayenesiyle ilgili CMK m. 76'da hem iç hem de dış beden muayenesi düzenlenmiştir⁵⁶.

CMK m. 77'de vücuttan örnek almadan bahsedilmediği de görülmektedir⁵⁷. CMK m. 75 ve 76'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alma birbirinden ayrı zikredildiği; 77. maddede ise vücuttan örnek almadan bahsedilmediği için işlemi yapacak kişiye ilişkin bu özel düzenlemenin vücuttan örnek alma için de geçerli olup olmadığı tartışmalı kalmaktadır⁵⁸.

Bir görüşe göre, maddede vücuttan örnek almaya yer verilmediğinden, bu işlemi yapacak kişi bakımından bir sınırlama bulunmamaktadır⁵⁹. Dolayısıyla örnek alma işlemi uygulanacak kadın, CMK m. 77 uyarınca kadın hekim veya sağlık mesleği mensubunca örnek alınması isteminde bulunamaz⁶⁰. *Diğer bir görüşe göre*, madde kapsamına vücuttan örnek alma da girmektedir⁶¹. *Kanaatimizce* bu hüküm, kadın şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kişinin vücudundan örnek alınmasında da uygulanmalıdır. Ancak bu durumda hekim gözetiminde sağlık mesleği mensuplarının da vücuttan örnek alabileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Burada CMK m. 77 kıyasen uygulama alanı bulur⁶².

Kanun koyucunun CMK m. 77'yi yalnızca muayeneye özgülemesinin nedeni olarak öğretide, vücuttan örnek almanın *beden mahremiyetine müdahalesinin daha az olması* gösterilmektedir⁶³. Bu gerekçe kanaatimizce de makuldür. Zira beden muayenesi kapsamında kişilerin bedeni tamamen çıplak bırakılarak muayene edilmeleri mümkündür. Öte yandan öğretide CMK m. 77'nin getiriliş amacının *utanma duygusu* olduğu göz önünde alındığında maddede vücuttan örnek almaya yer verilmemesinin çelişki meydana getirdiği de haklı olarak ifade edilmektedir. Buna göre, beden muayenesinde utanma duygusu hissedileceği kabul edilmiş iken, vücuttan örnek almada bu duygunun hissedilmeyeceğini kabul etmek çok da mümkün değildir. Her iki işlem de aynı başlık altında, aynı amaç için düzenlenmiş ve aynı koşullara tabi kılınmıştır. Dolayısıyla vücuttan örnek alma için de hekimin aynı cinsiyetten seçilebilmesi olanağı kişiye tanınmalıdır⁶⁴.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 544.

⁵⁷ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 322; Öztürk ve diğerleri, *Dijital Ceza*, 601.

⁵⁸ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 701.

⁵⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 322; Öztürk ve diğerleri, *Dijital Ceza*, 601.

⁶⁰ Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 116.

⁶¹ Şahin, *Gazi Şerhi*, 248; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 325; Şenel Sarsıkoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", *ERÜHFD* 8, sy. 2 (2013): 709; Recep Doğan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", *TBB Dergisi*, sy. 142 (2019): 33; Dursun, Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", 2980. Yine de bu yönde açık bir düzenleme getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Özkan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 24.

⁶² Gülsün Ayhan Aygörmez, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022), 145.

⁶³ Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 542.

⁶⁴ Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 90.

CMK m. 77'nin öncelikle cinsel organ ve anüs muayenesinde uygulanabileceği düşünülse de; her türden muayenede mağdurun istemi ve olanak varsa kadın hekim tarafından muayene edilmesi sağlanmalıdır. Nitekim ceza muhakemesi dışında alan tıbbi muayeneler bakımından hastaya hekim seçme hakkı tanınmış ve burada muayenenin türüne göre ayrıma gidilmemiştir⁶⁵.

Girişimsel ya da girişimsel olmayan görüntüleme yöntemlerinin kullanılması da bir muayene olduğundan⁶⁶ CMK m. 77'nin burada uygulanması gerekir. Ancak kanaatimizce MR gibi bedene temas gerektirmeyen görüntüleme yöntemleri bakımından mağdurun kadın hekim ya da sağlık görevlisi istemesi halinde bunun yerine getirilmemesi problem teşkil etmeyecektir. Öte yandan örneğin ultrasonda olduğu gibi kişinin gerektiğinde giysilerinin bir kısmını çıkardığı ve bedene de temasın gerektiği görüntüleme yöntemlerinde kadının istemi dikkat alınmalıdır.

Mağdurun muayeneye veya örnek almaya rıza gösterip göstermediğinin (CMK m. 76/2) bir önemi yoktur. Bu işlemlere rıza göstermemiş olsa dahi, beden muayenesi veya örnek almanın icrasının aynı cinsiyetteki hekim tarafından gerçekleştirilmesi talep edilebilir⁶⁷.

2.3. Şartları

CMK m. 77'ye bakıldığında uygulanması için iki şartın öngörüldüğü görülmektedir: kadının istemi ve olanakların elvermesi. Bu şartlardan ilk bakışta anlaşılacağı üzere, muayenenin kadın hekim tarafından yapılması bir zorunluluk teşkil etmeyip her iki şartın da birlikte bulunduğu durumlarda uygulama imkanına sahiptir⁶⁸.

CMK m. 77, "kadının" muayenesi ifadesini kullandığı için söz konusu düzenlemenin çocuklara uygulanıp uygulanmayacağı da sorun teşkil etmektedir. Ülkemiz literatüründe CMK m. 77'nin uygulaması için kadının belirli bir yaşta olmasının gerekip gerekmediği hususu pek tartışılmamıştır. Benzer düzenlemeyi haiz StPO mülga §81d hükmü için ise Alman literatüründe yaş ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmekteydi. Bu görüşlere aşağıda yer vereceğiz. Burada belirtelim ki 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 42/1'de, bu kanunda hüküm yer almaması halinde CMK'nın uygulanacağını belirtilmesi karşısında kanaatimizce, CMK m. 77'nin kural olarak belirli bir yaş sınırı aranmaksızın cinsiyeti kadın olan herkese, bu bağlamda kural olarak kız çocuklara da uygulanması gerekir⁶⁹. Keza

⁶⁵ Çolak ve Taşkın, *Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı*, 254.

⁶⁶ BMY m. 5/4 uyarınca, "Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de beden dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."

⁶⁷ Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *Erzincan ÜHFD X*, sy. 3-4 (2006): 294; Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 108.

⁶⁸ Adar Özdemir, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında*, 108; Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 294.

⁶⁹ Edirne 1. Sulh Ceza Mahkemesi, 23.05.2013 tarih, 2013/144 E. ve 2013/335 K. sayılı kararına konu olan olayda, "Rehber öğretmenleri tarafından Aile ve Sosyal Politikalar İlçe Müdürlüğü'ne yapılan başvuru ile yaşları 10, 11 ve 13 olan üç kardeş çocuğun "*Cinsel istismara maruz kaldıkları yönünde bir iddia bulunduğu*" belirtilir. Bu durum Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilir. Savcı, çocukların vücutları üzerinde beden muayenesi yapılmasının zorunluluğu bulunduğu, mağdurların uzman sağlık mesleği mensubu kadın hekim tarafından sağlığına zarar verilmeksizin iç beden muayenesinin yapılmasına karar verilmesi istemiyle mahkemeye başvurur. Mahkeme, mağdurların sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla uzman tabip veya sağlık mesleği mensubu kadın hekim tarafından usulüne uygun bir şekilde muayenesi yapılmasına karar verir. Savcı, bu kararla birlikte, mağdurların üzerinde darp cebir izinin bulunup bulunmadığı, iç beden muayenesi (genital muayene) yapılması ve varsa

bilindiği üzere mağdur çocukların beden muayenesinin kural olarak Çocuk İzlem Merkezi'nde (ÇİM) yapılması gerekmektedir. ÇİM'lere ilişkin 4 Ekim 2012 tarih ve 28431 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2012/20 sayılı Genelge'de⁷⁰, “Yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak; çocuk istismarının önlenmesi ve istismara uğrayan çocuklara bilinçli ve etkin bir şekilde müdahale edilmesi amacıyla, öncelikli olarak cinsel istismara uğramış çocukların ikincil örselenmesini asgariye indirmek, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişilerden oluşan bir merkezde ve tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek üzere; Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde Çocuk İzlem Merkezlerinin (ÇİM) kurulması ve bu merkezlerin işleyişinin Sağlık Bakanlığınca koordine edilmesi gerekli görül(düğü)” belirtilerek, özellikle cinsel istismar suçunun mağduru olan çocukların etkin bir şekilde korunmalarının sağlanması, ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitilmiş kişiler tarafından tek seferde yapılması ve istismarı önleyici tedbirlerin alınması amacıyla Cumhuriyet başsavcılıkları tarafından yürütülen soruşturma işlemlerinin; Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yayımlanan “Soruşturma Usul ve Esasları” konulu Genelgenin ilgili bölümüne göre yürütülmesi”nin uygun görüldüğüne yer verilmiştir⁷¹. İstismarı önleyici tedbirlerin aynı cinsiyetten hekim tarafından muayene edilmeyi de kapsadığı açıktır. Ancak özellikle cinsiyet fark etmeksizin çocuk mağdurların, mağduru oldukları tüm suçlar bakımından ikincil mağduriyetinin ve uygulamada karşılaşılabilecek farklı uygulamaların önüne geçilebilmesi için açık bir kanuni veya en azından yönetmelik düzenlemesine ihtiyaç olduğu kanaatindeyiz.

2.3.1. Kadının İstemi

CMK m. 77'nin uygulanabilmesi için kadının istemi olmalıdır⁷². Öğretide kadının istemi aranmaksızın da, olanakların elvermesi halinde muayenenin kadın hekimce yapılması gerektiği ileri sürülmektedir⁷³. Olması gereken hukuk bakımından biz de bu görüşe katılmaktayız. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar dolayısıyla yapılacak muayenelerde mağdurun *aksini talep etmemesi halinde* muayeneyi yapan hekimin mağdurla aynı cinsiyetten olması gerektiği Uluslararası Af Örgütü'nün 2003 tarihli raporunda da belirtilmiştir⁷⁴.

vücutlarından örnek alınması, düzenlenecek raporun görevli memura teslim edilmesini içeren bir yazı ile çocukları bir tıp fakültesi hastanesine gönderir.” Kararla ilgili bu bilgiler için bkz. Gürçan Altun ve diğerleri, “Cinsel Suç Mağdurlarının Muayenelerinde Etik Yaklaşımlar ve Hukuki Sonuçları”, *Toplum ve Hekim* 34, no. 2 (Mart-Nisan 2019): 93-94.

⁷⁰ Genelge'nin tam metni için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/10/20121004-5.htm> Erişim Tarihi: 24 Nisan, 2024.

⁷¹ Burada belirtilen “Soruşturma Usul ve Esasları” konulu genelge Hakimler ve Savcılar Kurulu'nun sitesinde yer almamaktadır. Bu nedenle Genelge'nin halen yürürlükte olup olmadığına ve içeriğine ilişkin bilgiye erişmek mümkün olmamıştır.

⁷² Veli Özer Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 449.

⁷³ Mahmut Kaplan ve Özgür Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy. 3 (Haziran 2016): 130.

⁷⁴ Uluslararası Af Örgütü, *Türkiye Kadınlara yönelik gözaltında cinsel şiddete son!*, Şubat 2003, <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/450/ekutuphane3.5.2.6.22.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Erişim Tarihi: 9 Nisan, 2024.

Bilindiği üzere hasta hakları arasında “kendi hekimini, sağlık personelini ve sağlık birimini serbestçe seçme” hakkı bulunmaktadır⁷⁵. Beden muayenesi işleminin haiz olduğu tıbbi yönü göz ardı etmeyen kanun koyucu, bu işlemine muhatap kişiler her ne kadar “hasta” sıfatını haiz değil iseler de⁷⁶ CMK m. 77’de muayene edilecek kişiye cinsiyet yönünden kısıtlı da olsa hekim seçme hakkı tanınmıştır⁷⁷.

Mağdurun küçük olması halinde istemde bulunma koşulunun nasıl yerine getirileceğine ilişkin olarak kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Burada çocukların yaşları ve kendi bedenleri ve gelecekleri hakkında karar verme yeterliliğinin dikkate alınacağı açıktır. Ancak dipnot 71’de yer verdiğimiz karara bakıldığında 10, 11 ve 13 yaşlarındaki mağdureler hakkında beden muayenesi yapılması kararında, CMK m. 77 uyarınca mağdura ait olan istemde bulunma yetkisinin mağdur çocuklara tanınmadığı; muayenenin kadın hekim tarafından yapılacağına hakim karar verdiği anlaşılmaktadır. Öte yandan bunun muhtemelen ilgili mahkeme tarafından kabul edilmiş bir uygulama olduğunu belirtmek gerekir. Nitekim başka bir kararda 15 yaşındaki bir kız çocuğunun beden muayenesi yapılmak istenmiş ve buna ilişkin kararda, “*mağdurun vücudu üzerinde dış ve iç beden muayenesi ile gerekli tetkiklerin yapılmasına mağdurun sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla izin verildiği, mağdurun istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılması kararına varıldığı belirtilmiştir.*”⁷⁸

Kadın mağdurun kendisini muayene edecek hekimini seçebilme hakkını haiz olup olmadığını bilmesi her zaman mümkün değildir. Buna ilişkin olarak mevzuatımızda bir düzenleme yer almasa da muayene edilecek kadına, kadın hekim tarafından muayene edilme hakkı olduğu işlemde önce bildirilmesi gerekir⁷⁹. Muayene edilecek mağdur kadının muayeneye rızası bulunması halinde dahi bu bilgilendirmenin yapılması gerekir⁸⁰. Bilgilendirme üzerine ilgilinin, kadın hekim istememesi halinde muayene erkek hekim tarafından yapılacaktır⁸¹. Aşağıda göreceğimiz üzere Alman hukukunda da ilgilinin muayeneyi yapacak hekimin cinsiyetini seçebileceğine ilişkin olarak bilgilendirileceği yönünde açık bir düzenleme bulunmaktadır.

⁷⁵ Bu hakkın yer aldığı hukuki metinler için bkz. <https://gopeah.saglik.gov.tr/TR-607140/hekim-secme-hakki.html> Erişim Tarihi: 17 Şubat, 2024.

⁷⁶ Ceza muhakemesinde hekim ile muayene edilen ilişkisi, klinik hekimlik ilişkisinden farklıdır. Çünkü klinik hekimlikte hekimin çabası kural olarak hastanın tedavi edilmesine yöneliktir. Ceza muhakemesinde yapılan muayenede ise, ilgilinin herhangi bir sağlık sorununu çözmek değil; soruşturma veya kovuşturma konusu bir olayın aydınlatılması amacı vardır. Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, sy. 1-2 (2008): 692; Tuğba Bayzit, “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 395.

⁷⁷ Eroğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle”, 72.

⁷⁸ Altun ve diğerleri, “Cinsel Suç Mağdurlarının Muayenelerinde”, 94.

⁷⁹ Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 322; Sarsıkoğlu, “Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’nda”, 709; Ümmügülsüm Kılıç, “Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi” (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 161; İbrahim Dülger ve diğerleri, “Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti”, *İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 11. Ceza Hukuku Günleri*, ed. Adem Sözüer (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 442.

⁸⁰ Kılıç, “Nemo Tenetur İlkesi Işığında”, 162.

⁸¹ Mesut Bedri Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012), 608; Özbek, *Polis Hukuku*, 1045; Kaplan ve Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, 130.

Uygulamada kadının bilgilendirdiği ve isteminin olup olmadığının belgelenmesi bilhassa cinsel organların ve anüsün muayenesi halinde isabetli olacaktır⁸².

Bilgilendirmenin kim tarafından yapılacağı hususu da öğretimizde üzerinde pek açıklamada bulunulmayan konulardan biridir. Bir Yargıtay kararında CMK m. 77'nin uygulanmasına karar verilmesi bakımından kullanılan "...Çorum Cumhuriyet Başsavcılığının başka türlü delil elde etme imkanı olmadığından bahisle, mağdurun vücudu üzerinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 76 ve 77. maddeleri gereğince muayene yapılması konusunda karar verilmesine ilişkin talebi..."⁸³ ifadesinden Cumhuriyet savcısının beden muayenesi yapılması talebinde bulunurken mağdurun kadın olması halinde, talebinde CMK m. 77'yi zikrettiği anlaşılmaktadır. Keza Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi'nin bir kararına konu olan olayda da "mağdurun bedeni üzerinde dış ve iç beden muayenesi yapılmasına, gerekli tetkiklerin gerçekleştirilmesine, mağdurun sağlığı için tehlike doğurmamak ve cerrahi bir müdahale gerçekleştirmemek şartıyla CMK'nın 76. maddesi çerçevesinde izin verilmesine, CMK'nın 77. maddesi gereğince muayenenin mağdurun istemi halinde ve olanaklar el verdiğince bir kadın hekim tarafından yapılmasına karar" verildiği görülmektedir⁸⁴. Bu kararlardan çıkarılan sonuç, uygulamada mağdurun beden muayenesine ilişkin karar verilirken CMK m. 77'nin de zikredildiği, mağdurun da kararın kendisine tebliğ edilmesi ile bu haktan haberdar olduğudur.

2.3.2. Olanakların Elvermesi

CMK m. 77'de aranan bir diğer şart olanakların elvermesidir. Buna göre, kadının isteminin yerine getirilebilmesi *olanaklar elverdiği ölçüde* mümkündür. Dolayısıyla burada kadın hekim tarafından muayeneyi zorunlu kılan bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁵. Kanun koyucu zorunluluk öngörmediğinden beden muayenesinin sırf kadın hekim bulunmaması dolayısıyla gecikmesinin ve delillerin kaybolmasının önlenmesinin amaçlandığı kabul edilebilir⁸⁶. Kanunda olanakların elvermemesi halinin nasıl belirleneceği ya da bu durumda nasıl bir çözüme gidileceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır⁸⁷. Yapılacak bir düzenleme ile olanakların elvermemesi halinde ne yapılacağının açık şekilde düzenlenmesi ve Yönetmelik hükmünün olası kötüye kullanımının önüne geçilmesine gerekir⁸⁸.

Mevcut düzenleme bakımından "olanaklar"ın ne derece geniş yorumlanacağı tartışma konusudur. Gerçekten örneğin küçük bir ilçede kendisine karşı işlenen suçla ilgili olarak beden muayenesi yapılacak kadın mağdur, kadın hekim tarafından muayene edilmek istediğini beyan etmişse ve burada kadın hekim yoksa; başka bir hastaneye mi sevk edilmesi

⁸² Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 449.

⁸³ Yargıtay (Kapatılan) 14. CD 12.04.2012 tarih ve 2012/1955 E. ve 2012/4351 K. sayılı kararı.

⁸⁴ Edirne 6. Asliye Ceza Mahkemesi 2016/477 E. ve 2016/569 K. sayılı kararına ilişkin bu bilgiler için bkz. Fırat, "Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu", 51 vd.

⁸⁵ Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 115; Şanlı, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", 74.

⁸⁶ Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 115-116.

⁸⁷ Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 92. Olanakların elvermesi ile neyin ifade edilmek istendiğinin açık olduğu yönünde bkz. Necip Sarı, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları* (İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2022), 43.

⁸⁸ Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 107.

gerekecektir?⁸⁹ Bilhassa kırsal bölgelerde kadın mağdurun kadın hekim tarafından muayene edilme isteminin yerine getirilmesi olanağı oldukça sınırlıdır⁹⁰. *Bir görüşe göre*, CMK m. 75/3 göz önünde bulundurularak, isteme rağmen muayene yapacak kadın bir hekimin olmadığı hallerde diğer bir sağlık mesleği mensubu kadın tarafından da muayene yapılması mümkündür. Bunun da mümkün olmaması halinde muayenenin erkek hekimce yapılması gerekir⁹¹. Bu görüşe katılmamaktayız. Zira yukarıda belirttiğimiz üzere mağdurun beden muayenesi ancak bir hekim tarafından yerine getirilebilir. *Diğer bir görüşe göre*, isteme rağmen olanakların elvermediği hallerde muayene erkek hekim tarafından yapılacaktır⁹². *Bir diğer görüşe göre*, olanakların elvermesi kapsamına yalnızca muayenenin icra edileceği yerde kadın hekimin bulunması girmemektedir. Burada aynı zamanda kadın hekimin talep edilen muayeneyi yapma konusunda uzmanlığının olup olmadığına da bakılmalıdır. Kadın hekimin uzman olmaması halinde erkek hekim tarafından muayene yapılması mümkündür⁹³. *Son bir görüşe göre*, muayene için kadının götürüldüğü yere *yakın* ve aynı işlemi yapabilecek yetkili bir kurumda kadın hekim varsa istemde bulunmuş olan kadının buraya götürülmesi; kadın hekimin olmadığı kurumda muayene olmaya zorlanmaması gerekir⁹⁴. Biz de delillerin kaybolması tehlikesinin olmaması gibi hallerle sınırlı olmak kaydıyla bu görüşü kabul etmekteyiz.

Öğretide bir görüş, bunun isabetli olmayan bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, kişiye yararlarının korunması için bir imkan verilmişse bunun hukuken garanti altına alınması gerekir⁹⁵. Bu sebeple, olanaklar elveriyor ve kadının da istemi varsa bu haktan yararlandırılması zorunluluk teşkil eder⁹⁶. Özel düzenlemelerin uygulanmaması için ciddi sebeplerin bulunması gerekir. Kadın mağdura tanınmış olan kadın hekim tarafından muayene edilme hakkının yalnızca kanuni düzenlemede kalarak uygulanmaması hukuki güven ilkesine de zarar verir. Keyfi uygulamaları engellemek için mağdura CMK m. 77'deki hak hatırlatılmalı, istemi belgelenmeli ve koşulların elverişli olmaması halinde bu durum gerekçesiyle tutanak altına alınmalıdır⁹⁷.

Olanakların elvermesi bağlamında kadının muayenesiyle ilgili olarak BMY'de kanunda yer almayan bir hükme yer verildiği görülmektedir⁹⁸. BMY m. 11/2'e göre, "*Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına*

⁸⁹ Ahmet Taşkın, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu", *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 3 (Nisan 2007): 145.

⁹⁰ İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 33; Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 92.

⁹¹ Şahin, *Gazi Şerhi*, 248; Kılıç, "Nemo Tenetur İlkesi Işığında", 162.

⁹² Eryılmaz, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 608; Özbek, *Polis Hukuku*, s. 1045; Kaplan ve Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", 130; Özbek ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 264; Fırat, "Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu", 47.

⁹³ İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu* (Malkoç Kitabevi, 2005), 226.

⁹⁴ Gündüz ve diğerleri, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun", 330.

⁹⁵ Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 107.

⁹⁶ Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 425.

⁹⁷ Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 92.

⁹⁸ Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 107. Öğretide söz konusu düzenlemenin gerekli olmadığı halde ilave edildiği de ifade edilmektedir. Bkz. Öztürk ve diğerleri, *Dijital Ceza*, 601.

özen gösterilir." Yukarıda belirtildiği üzere, 2005/143 sayılı Genelge'nin 3.1.6. maddesi BMY m. 11 ile aynı olup, "Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına *özen gösterilecektir.*" demekle birlikte; "Muayenede dikkat edilecek hususlar ve muayene koşulları" başlıklı 3.2.4. maddesinin (d) bendinde⁹⁹ bu sağlık personelinin bulunmasının zorunlu olduğu yönünde bir düzenleme ihtiva etmektedir. Öğretide bu düzenlemenin lehine ve aleyhine görüşler ileri sürülmüştür.

Öğretide bir görüş, BMY m. 11/2'deki düzenlemenin yerinde olduğunu, bulundurulmuş kadın sağlık mesleği personelinin *işlem tanığı* niteliğini taşıdığını ifade etmektedir. Burada "özen gösterilir" denilmiş olması bunun bir zorunluluk olmadığını ifade etmektedir. Öte yandan kadın personelin muayenede bulundurulmadığı hallerde bunun gerekçesinin açıkça işlem tutanağında belirtilmesi isabetli olur¹⁰⁰. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre, bu düzenleme muayene edilecek kadının mahremiyetinin korunmasına, utanma duygusunun mümkün olduğunca az zedelenmesine hizmet ettiği için yerindedir¹⁰¹. Adli tıp alanında yazılan bazı makalelerde beden muayenesi öncesinde öykü alınması ve muayene aşamalarında hekimin, "hasta" ile yalnız kalmaması; hemşire ya da sağlık mesleği mensubu başka bir kişinin de muayeneye katılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰². Bu da hukukçular tarafından yapılan tartışmaların aslında adli tıpçıların görüşleriyle uyumlu olmadığını bir göstergesidir.

Aleyhe ileri sürülen *bir görüşe* göre, söz konusu düzenleme beden muayenesini yapacak hekimleri zan altında bırakabilecek niteliktedir. Çünkü madde lafzı itibarıyla meslek etikleri ile erkek hekimlerin muayene edilecek kadınlara bakış açısı noktasında peşin hükme varıldığı izlenimi vermektedir¹⁰³. Ancak böyle bir durumun hukuken kabul edildiği düşünülemez. CMK m. 77'de utanma duygusu temel alınarak muayeneyi kadın hekimin yapmasının düzenlendiği kabul edilirse de BMY m. 11/2'nin bu amaçla yapılmadığı açıktır. Zira muayene esnasında bir kadın sağlık görevlisinin varlığı utanma duygusunu ortadan kaldırmaz¹⁰⁴. Keza işlemin sağlık mesleği mensubu bir kadın tarafından izlenmesi soruşturmanın ve özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması bakımından problemli olabilir¹⁰⁵. Muayene tıbbi bir işlem olup işlemin süjesi dışındaki kişilerin muayene sırasında bulunması muayene edilecek kişi-hekim arasındaki ilişki bakımından da sakıncalı bir durumdur¹⁰⁶.

⁹⁹ "Muayene edilecek kişi kadınsa ve talebine rağmen bir kadın tabibin bulunması mümkün olmamışsa, tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği mensubu personel muayene ortamında bulundurulacaktır."

¹⁰⁰ Özбек ve diğerleri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 450.

¹⁰¹ Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", 2981.

¹⁰² Gürol Cantürk ve Nergis Cantürk, "Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü", *Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci* 2, sy. 50 (2006): 51.

¹⁰³ İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda", 33.

¹⁰⁴ Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 107; Adar Özdemir, *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında*, 108; Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 92-93.

¹⁰⁵ Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 93.

¹⁰⁶ Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", 107.

*Bir başka görüşe göre, BMY m. 11/2'nin CMK sistematığı ve toplumsal gerçekliğe aykırı olmakla beraber, kanunda bulunmayan böylesi bir düzenlemeye BMY ile gidilmesi, kanunilik ilkesinin ihlali teşkil etmektedir*¹⁰⁷.

Görece eski diyebileceğimiz 1999 tarihli bir çalışmada, cinsel saldırı dolayısıyla yapılan bir muayenenede en az 2 veya 3 kişinin bulunduğu; Adli Tıp Kurumu'nun eğitim faaliyeti yapması sebebiyle muayenede bulunan kişi sayısının ise çoğunlukla 4 ve üzeri olduğu tespit edilmiştir¹⁰⁸. Mevzuatımız gereği hekim dışında kadın bir sağlık mesleği mensubunun muayene esnasında hazır bulunmasının dahi tartışmalı olduğu bir durumda bu türden uygulamalara gidilmesi sakıncalıdır. Sağlık mesleği mensuplarının belirli işlemlerde hekimlere yardım ettikleri bilinmekle birlikte, mağdurun kabul etmediği hallerde bu kişilerin dahi bizzat muayene esnasında hazır bulunmamaları; muayene tamamlandıktan sonra bu yardım görevlerini yerine getirmeleri gerekir.

CMK m. 77'in getiriliş nedenleri arasında da gösterilen mahremiyete saygı gösterme bir hasta hakkı olarak Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)¹⁰⁹ m. 21/1'de kendine yer bulmuştur. Buna göre, *"Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir."* Aynı maddenin 2. fıkrasının a, b, c ve d bentlerinde "mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı"nın sırasıyla, *"hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını"* kapsadığı ifade edilmiştir. Bir görüşe göre, her ne kadar ceza muhakemesi bağlamında yapılacak beden muayenesinde hasta-hekim ilişkisi yoksa da BMY m. 11/2'de bu işlemlerin tıbbi müdahale yönü gözetilerek benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir¹¹⁰. Kanaatimizce hasta-hekim ilişkisi içerisinde yapılan bir muayenede kural olanın mahremiyet; istisnanın ise hastanın tıbbi yönden bir sakınca olmaması halinde -izin verilmesi ifadesinden yola çıkarak- bir yakınının bulunmasını istemesi olduğu göz önünde bulundurulduğunda; BMY m. 11/2'de kadının hemcinsi tarafından muayene edilemeyeceği hallerde istemi de aranmaksızın bir sağlık mesleği bulundurulması, söz konusu hükümle korunmak istenenin mahremiyet olmadığı izlenimini vermektedir¹¹¹. Zira muayene

¹⁰⁷ Bağlar, *Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*, 119; Ayata, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi", 92; Kızılarıslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 277.

¹⁰⁸ Nesrin Barutçu ve diğerleri, "Cinsel Saldırı Sonrası Mağdurun Karşılaştığı Sorunlar", *Adli Tıp Bülteni* 4, sy. 2 (1999): 51.

¹⁰⁹ Resmî Gazete Tarihi: 01.08.1998 Resmî Gazete Sayısı: 23420.

¹¹⁰ Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 115.

¹¹¹ 29 Kasım 1985 tarihli Birleşmiş Milletler "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Bildiri"nin "Adalet Ulaşma ve Adil Muamele Görme" başlığı altında yer alan 4. maddesinin 1. cümlesine göre, *"Mağdurlara şefkatle ve insanlık onurlarına saygıyla muamele edilir."* Çalışma konumuz bakımından beden muayenesi esnasında mahremiyet sağlanmaması Bildiri'nin 4. maddesi kapsamında saygısızca davranış olarak kabul edilmektedir. Yağmur Kaya, "Mağdurların İhtiyaçlarının Uygun Şekilde Karşılanmasını Talep Etmek Hakkı" ("Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin E4J Üniversite Modülleri (EJ University Module Series: Crime Prevention and Criminal Justice) kapsamında yayımladığı "The Right of Victims to an Adequate Response to Their Needs" başlıklı İngilizce not'un çevirisi *Ceza Muhakemesi*

esnasında bir kişinin bulunması, kişiler için değişebilen bir tercihtir. Bu nedenle her ne kadar yönetmelikte “özen gösterilir” denilse de isabetli bir düzenleme olmamıştır¹¹². Kanaatimizce ileride CMK m. 77’de yapılacak bir düzenlemede BMY m. 11/2 gibi bir hükme yer verilmemesi; muayene edilecek *kişinin istemi* üzerine muayene esnasında orada başka bir kişinin bulunmasına imkan veren bir düzenlemeye gidilmesi daha isabetli olur¹¹³.

Mevzuatta yer alan saydığımız hükümlere rağmen *uygulamada* beden muayenesinde hazır bulunacaklar bakımından farklı ve CMK ile BMY hükümleriyle tutarsuz bir tutumun benimsendiği görülmektedir. Gerçekten, 2005/143 sayılı Genelge’nin “Muayenede dikkat edilecek hususlar ve muayene koşulları” başlıklı 3.2.4. nolu maddesinin ilgili hükümlerine göre:

“Adlî vakaların muayenesi ve muayene koşulları ile ilgili olarak uyulacak hususlar şunlardır:

...

b) Muayene ve tetkikler sırasında temel insan hak ve hürriyetleri ile mahremiyete saygı kurallarına mutlaka uyulacaktır.

c) Muayenenin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene esnasında tabip ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır. Gözaltı işlemi nedeniyle yapılan muayenelerde buna özellikle dikkat edilecek; diğer muayenelerde tabibin gerek görmesi halinde bir sağlık mesleği mensubu personel muayene ortamında hazır bulundurulabilecektir.

Ancak tabip, kişisel güvenlik endişesi ile muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılmasını isteyebilir. Bu durumda, tabibin isteği belgelendirilerek yerine getirilecektir.

Muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılması ve muayene edilenin talebi halinde, müdafii de -muayenede gecikmeye neden olmamak kaydıyla- muayene sırasında hazır bulunabilecektir.”

Görüldüğü üzere 2005/143 sayılı Genelge, beden muayenesi yapılırken hazır bulunabilecek potansiyel kişilerin türünü ve sayısını başta CMK olmak üzere ceza muhakemesi mevzuatından farklı düzenlemiştir. Özellikle (c) bendinde adli vaka dolayısıyla yapılacak muayenelerden olan¹¹⁴ gözaltı dolayısıyla yapılan muayene dışında kalan muayenelerde “tabibin gerek görmesi halinde bir sağlık mesleği mensubu personel”in muayene ortamında

Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 23 içinde, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 22.

¹¹² Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, 108; Öztürk ve diğerleri, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 542.

¹¹³ Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, 108.

¹¹⁴ 2005/143 sayılı Genelge’nin 3.1.1. maddesine göre, adli vakalar iki kategori şeklindedir. Bunlar, “bir suçla ilişkin olarak şüpheli veya sanık ile mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi, bu kişilerin vücudundan örnek alınması ve muayene sonucunda rapor tanzimi” ile “kolluk kuvvetlerince zor kullanılarak yakalanan veya yakalanıp gözaltına alınan kişilerin sağlık kontrolü ve rapor tanzimi” olmak üzere iki şekildedir. Söz konusu genelgede her iki adli vaka türü için de aynı raporun düzenleneceği öngörülmüştür.

hazır bulundurulabileceği düzenlemesine yer verilmesi, beden muayenesi işlemi yapılırken, hekimin kadın olması halinde dahi gerek görmesi durumunda herhangi bir cinsiyetten sağlık mesleği mensubu bir kişinin muayenede hazır bulunabileceği şeklindeki yoruma açıktır.

Yine aynı Genelge’de yer alan *genel adli muayene* için düzenlenecek matbu formlara bakıldığında bunların “Bu bölümü, *gözaltı işlemi* ve *insan hakları ihlali iddiası* nedeniyle muayeneye getirilen kişiler için *mutlaka* doldurunuz.” açıklamasını içeren “Muayene Koşulları” bölümünde “Muayene sırasında hazır bulunan kişiler” başlığı altında yukarıdaki hükümlerle paralel olarak “tabip ve muayene edilen”, “güvenlik görevlisi”, “sağlık mesleği mensubu personel” ve “muayene edilenin müdafii”nin sayıldığı görülmektedir¹¹⁵. Her ne kadar delil elde etmek amacıyla beden muayenesine getirilen kişi burada zikredilmemiş ise de hariç tutulmamış olması nedeniyle göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Öte yandan *cinsel saldırı muayenesi* matbu formunda böyle bir bölüme yer verilmemiştir. Bu da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar söz konusu olduğunda yapılacak muayenenin mahremiyetine verilen önemi göstermektedir. 2005/143 sayılı Genelge’yle ilgili bu durum göz önünde bulundurulduğunda BMY m. 11/2’nin cinsel organlar ve anüs bölgesi *haricinde* yapılacak muayenelerde uygulanabilir olacağı sonucuna varılmaktadır.

Son olarak belirtelim ki, Anglo-Sakson hukuk sistemi içerisindeki ülkelerde çoğunlukla cinsel dokunulmazlığa karşı suçlara ilişkin muayenelerde rol alan adli tıp alanında uzmanlaşmış hemşirelik¹¹⁶ ve ebeliğinin ülkemizde de uygulanması yönünde literatürde görüşler bulunmaktadır. Üniversitelerin lisans müfredatına bu yöndeki derslerin seçimli ders olarak konulmaya başlanması; bazı üniversitelerin adli bilimler enstitülerinde bu yönde lisansüstü eğitimlerin verilmesi olumlu bir adım olarak kabul edilmektedir¹¹⁷. Konuya mevzuat düzeyinde baktığımızda Hemşirelik Yönetmeliği¹¹⁸ ek 3’te¹¹⁹ “taciz ve tecavüz sonrası yönetimi (bireyin psikolojik olarak desteklenmesi, rehabilitasyonu, acil kontrasepsiyon, *kanıt toplama* vb.)” hemşirelik girişimleri arasında sayılmıştır. Ancak bunun için Sağlık Bakanlığınca kabul edilen eğitimin alınması zorunlu kılınmış ve “hemşirelik kararı” ya da “hekim kararı” ile uygulanacağı belirtilmiştir¹²⁰. Görüldüğü üzere cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili de olsa mevzuatımızda açıkça adli hemşirelikle ilgili bir düzenleme yer almaktadır¹²¹. Gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması halinde ülkemizde de adli hemşirelik ve adli ebeliğin beden muayenesine yansıtılması isabetli olabilecektir.

¹¹⁵ Genel adli muayene raporu matbu formu için bkz.

<https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/Mevzuat/Genelgeler/2005->

[_143_sayili_Adli_Tabiqlik_Hizmetleri_Yurutulmesinde_Uyulacak_Esaslar.pdf](https://hsgm.saglik.gov.tr/depo/Mevzuat/Genelgeler/2005-) Erişim Tarihi: 16 Nisan, 2024.

¹¹⁶ Adli hemşirelik hakkında bkz. Özlem Kaba, “Cinsel Saldırı Olgularının Muayenesinde Hemşirenin Rolünün Belirlenmesi” (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2013), 30 vd.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebru Sadiç ve Özgür Alparlan, “Kadına Yönelik Şiddet ve Adli Ebelik”, *Meyad Akademik* 2, sy. 2 (2021): 154 vd.

¹¹⁸ 08.03.2010 tarih ve 27515 sayılı Resmi Gazete.

¹¹⁹ 19.04.2011 tarih ve 27910 sayılı Resmi Gazete ile eklenmiştir. Ek 3 için bkz.

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/yonetmelik/7.5.13830-ek-2%20ve%203.htm> Erişim Tarihi: 12 Nisan, 2024.

¹²⁰ Hacer Ataman ve diğerleri, “Kadın Sağlığında Adli Hemşirelik Uygulamaları”, *STED* 26, sy. 6 (2017): 257.

¹²¹ Ancak beden muayenesi ile ilgili mevzuatın genelinde karşımıza çıkan terim birliği problemi burada da karşımıza çıkmaktadır. Nitekim “cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar” gibi bir ifade yerine TCK’daki anlamları göz ardı edilerek “taciz ve tecavüz” ifadelerinin kullanılması yoluna gidilmiştir.

3. Alman StPO §81d: “Beden Muayenesinin Aynı Cinsiyetten Kişiler Tarafından İcra Edilmesi”

Yukarıda muayeneyi icra edecek kişinin muayene edilecek kişinin cinsiyetine göre belirlenmesine ilişkin düzenlemelerin farklı ülke hukuklarında yer aldığını belirtmiştik. Bunlar arasında saydığımız Alman StPO §81d düzenlemesini, ileride mağdur haklarının daha etkin korunmasını sağlamak adına CMK m. 77’de yapılabilecek bir değişiklikte göz önünde bulundurulabilecek hükümler içermesi nedeniyle ayrıntılı ele almak istedik. Aşağıda yapılan açıklamalar, uygun düştüğü ölçüde CMK m. 77’nin uygulanması bakımından da göz önünde bulundurulabilecektir.

Alman hukukunda da mağdurun muayenesi CMK m. 76’ya benzer şekilde “Diğer Kişilerin Muayenesi” başlığını taşıyan StPO §81c hükmü kapsamına girmektedir¹²². Konumuzla ilgisi olması bakımından Alman hukukunda diğer kişilerin muayenesinin kim tarafından yapılabileceğini belirtmekle yetineceğiz. Alman hukukunda beden muayenesi temel olarak basit beden muayenesi (StPO §81c/1) ve bedene müdahale şeklindeki muayeneler (StPO §81c/2) olarak ikiye ayrılmaktadır. Basit beden muayenesi, temel olarak vücudun dışının muayenesi şeklinde icra edilmektedir¹²³. Bedene müdahale şeklindeki muayenelerin kim tarafından yapılacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, “*Muayeneler ve kan örneklerinin alınması yalnızca bir hekim tarafından gerçekleştirilebilir.*” (StPO §81c, 2. fıkra, 2. cümle)¹²⁴. Kanundaki bu düzenlemenin aksine öğretilerdeki genel görüş, kişinin rızasının varlığı halinde kan örneği alınmasının hekim dışındaki kişilerce de yapılabilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir¹²⁵. Basit beden muayenelerinin ise hekim tarafından yapılması şart değildir¹²⁶.

Alman öğretisinde genel görüş, StPO §81d’nin bağlayıcı nitelik taşımayan “görgü gerekliliklerinin (Schicklichkeitsanforderungen)” değil; Grundgesetz (GG) m. 1’de yer alan “*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.*” hükmünden doğan “ilgililerin makul ve insan onuruna yakışan bir muameleye tabi olma hakkını”nın bir gereği olarak düzenlendiğini kabul etmektedir¹²⁷. Keza bu hükümle, muayene edilen kişinin özel ve mahrem alanına saygı gösterilmesi hakkı da koruma altına alınmıştır¹²⁸. Ceza ve (İdari) Para Cezası Muhakemesine İlişkin Yönetmelik’in

¹²² Çalışmamızın kapsamı bakımından bu hükme ilişkin açıklamalara vermemeyi tercih ettik. StPO §81c ile ilgili açıklamalar için bkz. Daniel M. Krause, “§§ 72–93”, *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* içinde, ed. Jörg-Peter Becker et al. (2nd Band, Berlin/Boston: De Gruyter, 2018), 593 vd. (Löwe-Rosenberg/Krause olarak atıf yapılacaktır.)

¹²³ Bu muayeneler ile ilgili olarak bkz. Löwe-Rosenberg/Krause, 527 vd.

¹²⁴ Löwe-Rosenberg/Krause, 602.

¹²⁵ Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO* (München: C.H. Beck, 2017), kn. 1659.

¹²⁶ Hans-Heiner Kühne, *Strafprozeßlehre* (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993), 173, kn. 243; Hans-Heiner Kühne, *Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht* (München: C.F. Müller, 2015), kn. 492.1; Löwe-Rosenberg/Krause, 602.

¹²⁷ Matthias Goers, “StPO §81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts”, in *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra*, ed. Jürgen Graf (München: C.H. Beck, 2024), kn. 1 (BeckOK StPO/Goers olarak atıf yapılacaktır.); Karl Peters, *Strafprozess Ein Lehrbuch* (C.F. Müller, 1952), 258 https://books.google.com.tr/books?redir_esc=y&hl=tr&id=ePEyAQAAIAAJ&focus=searchwithinvolume&q=81d Erişim Tarihi: 26 Nisan, 2024.

¹²⁸ Thomas Trück, “StPO §81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts”, in *Münchener Kommentar zur StPO*, ed. Christoph Knauer et al. (München: C.H. Beck, 2023), kn. 1 (MüKo-StPO/Trück şeklinde atıf yapılacaktır.)

(Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren – RiStBV-) ¹²⁹ 220. maddesinin 1. fıkrasında “[cinsel suç] mağdurlarına saygı gösterme” yönünde bir düzenleme yer almaktadır. Söz konusu düzenlemede “beden muayenesinin emredilmesi ve icra edilmesinin ihtiyat, duyarlılık ve yeterli rehberlik ve bilgilendirme gerektiği” belirtilmiş, StPO §81d’ye atıfta bulunularak bu madde hükümleri yinelenmiştir. Dolayısıyla StPO §81d hükümleri özellikle cinsel suçlar bakımından önem taşımaktadır ¹³⁰. Bunun yanında söz konusu hükmün, devlet organlarının, muayenelerin icrası ile bağlantılı ölçüsüz davranıldığına ilişkin suçlamalardan korunmalarını sağlaması bakımından hukuk devletinin itibarının korunması yönünde de objektif bir işlevi bulunduğu öğretilde ifade edilmektedir ¹³¹.

StPO §81d hükmü ilk olarak 12 Eylül 1950 tarihli “Mahkemeler Teşkilatı, Hukuk Muhakemeleri, Ceza Muhakemesi ve Masraf Hukuku Alanlarında Hukuk Birliğinin Yeniden Sağlanması Hakkında Kanun (Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts)” ¹³² ile StPO’ya eklenmiştir ¹³³. StPO §81d hükmü son halini Türkçesi “Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenlerin Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanun (24 Haziran 2004 Tarihli Mağdur Hakları Reformu –Opferrechtsreformgesetz)” m. 1, 3. fıkrası ile yapılan değişikliklik sonucu almıştır ¹³⁴.

İlk hali itibarıyla StPO §81d’nin ¹³⁵ madde başlığı ülkemiz düzenlemesine benzer şekilde “Kadının Muayene Edilmesi (Untersuchung einer Frau)” şeklindeydi ¹³⁶. İçeriği CMK m. 77’den farklılık arz eden hüküm aşağıdaki gibiydi:

“Bir kadının beden muayenesi, utanma duygusunu rencide edebilecekse, muayene bir kadın ya da hekime (Arzt) bırakılabilir. Muayene edilen kadının istemi halinde başka bir kadının ya da bir akrabasına (Angehöriger) izin verilebilir.

Bu hüküm, muayene edilen kadının muayeneye rızası olsa da uygulanır.” ¹³⁷

¹²⁹ Yönetmeliğin tam metni için bkz. https://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_28032023_BMJRB3313104000060001.htm Erişim Tarihi: 27 Nisan, 2024.

¹³⁰ MüKo-StPO/Trück, kn. 1.

¹³¹ Knut Amelung, “Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen”, *StV*, sy. 6 (1985): 260.

¹³² Kanun metni için bkz. https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBl&jumpTo=bgbl150s0455.pdf#_bgbl_%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl150s0455.pdf%27%5D_1714240609456 Erişim Tarihi: 27 Nisan, 2024.

¹³³ Wilhelm Dallinger, “Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens”, *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 5, sy. 10 (Oktober 1950): 732.

¹³⁴ Kanunun tamamının Türkçe çevirisi için bkz. Yener Ünver, “Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenlerin Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanun (24 Haziran 2004 Tarihli Mağdur Hakları Reformu Kanunu – OpferRRG) çevirisi”, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi* 23, ed. Yener Ünver ve Kerem Öz (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 189 vd.

¹³⁵ Mülga §81d’ye ilişkin ayrıntılı ilgi için bkz. Horst Dzendzalowski, *Die Körperliche Untersuchung Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§81a und 81c StPO*, (Lübeck: Verlag Max Schmidt-Römhild, 1971), 38-39.

¹³⁶ Kızılarıslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 275.

¹³⁷ Çevirisi yapılan bu kanun maddesine ulaşılan eser için bkz. Max Kohlhaas, *Körperliche Untersuchung und erkennungsdienstliche Maßnahmen* (Stuttgart-München-Hannover: Richard Boorberg Verlag, 1972), 58.

Görüldüğü üzere bu düzenleme getirilme nedeninin açıkça “utanma duygusunun rencide edilmesi” olduğunu düzenleyerek, CMK m. 77'nin düzenlenme aşamasındaki benzeri nitelikteki tartışmaları önlemiştir. Eski düzenleme her ne kadar kadının muayenesine özgülenmiş olsa da burada madde bakımından önemli olanın aslında muayene edilenin cinsiyetinin kadın olması değil; *yürürlükteki düzenlemede olduğu gibi* “utanma duygusunun rencide edilebilecek olması”dır. Yine mülga §81d/1'e bakıldığında yine aslında muayene edecek hekimin cinsiyeti bakımından da bir belirlemenin yer almadığı görülmektedir. Çünkü mülga düzenlemede hekim yerine “Arzt” kullanılmış; diğer bir ifadeyle muayenenin kadın hekim (Ärztin) tarafından yapılacağını düzenlenmemiştir. Bu da aslında maddede, hekimin kadın veya erkek olabileceğini göstermektedir.

Bu düzenlemeyle ilgili olarak bizde de olduğu gibi öğretide GG 3. madde 1. fıkrada yer alan eşitlik ilkesiyle ilgili tartışmalar yapılmaktaydı¹³⁸. Aşağıda açıklayacağımız üzere değişiklik sonrasında StPO §81d hükmü hem kadın hem de erkek ifadeleri kullanılarak, erkeklerin de bu maddeden yararlanacağı düzenlenmiş; dolayısıyla nötr cinsiyetli bir düzenlemeye gidilmiştir¹³⁹. Madde başlığı da beden muayenesi yapılacak kişi özne alınarak değil; bu muayeneyi icra edecek kişi özne alınarak düzenlemiştir. Bunlar dışında özellikle “utanma duygusunun rencide edilebilecek” olması hususu aynı kalmıştır¹⁴⁰.

2004 yılında yapılan değişiklik sonrasında “*Beden muayenesinin aynı cinsiyetten kişiler tarafından icra edilmesi*” başlığını alan düzenlemeye göre, her türden beden muayenesi erkek veya kadın fark etmeksizin muayene edilecek kişinin *utanma duygusunu* rencide edebilecek ise, aynı cinsiyetten olan bir kişi (hekim olmayan bir muayene görevlisi) ya da erkek veya kadın hekim tarafından icra edilir (StPO §81d/1, 1. cümle)¹⁴¹. Görüldüğü üzere StPO §81d hükmü, CMK m. 77 gibi, hem şüpheli/sanık (Beschuldigte) hem de diğer kişiler bakımından uygulanma kabiliyetini haiz bir düzenlemedir¹⁴². Ancak çalışma kapsamında yalnızca mağduru kapsayan açıklamalarda bulunacağız.

Utanma duygusu, yalnızca cinsiyetle ilgili olmaması; öznel birtakım değerlendirmelere de bağlı olması nedeniyle muayene yapacak kişinin yalnızca cinsiyete göre belirlenmesinden daha isabetli bir kıstas teşkil etmektedir. Bunun yanında öğretide yalnızca utanma duygusuna değil; genel görgü (Schicklichkeit) ve edep (Anstand) kurallarına da dikkat edilmesi gerektiği de ifade edilmektedir¹⁴³. Burada önemli olan, söz konusu rencidenin gerçekten meydana gelip gelmediği değil; böyle bir ihlalin somut olayda beklenip beklenemeyeceğidir¹⁴⁴.

¹³⁸ Kohlhaas, *Körperliche Untersuchung*, 58.

¹³⁹ Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode Drucksache 15/1976, 11.11.2003, s. 9 <https://dserv.bundestag.de/btd/15/019/1501976.pdf> Erişim Tarihi: 27 Nisan, 2024 (BT-Drucks. 15/1976 olarak atıf yapılacaktır.); Wolfgang Joecks/Christian Jäger, *Strafprozessordnung Studienkommentar*, C. H. Beck, München, 2022, s. 189; Löwe-Rosenberg/Krause, s. 619.

¹⁴⁰ Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 275.

¹⁴¹ Joecks ve Jäger, *Strafprozessordnung Studienkommentar*, 189; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda”, 294.

¹⁴² Ralf Neuhaus, “Das Opferrechtsreformgesetz 2004”, *StV*, sy. 11 (2004): 621; MüKo-StPO/Trück, kn. 2.

¹⁴³ Löwe-Rosenberg/Krause, 620.

¹⁴⁴ Klaus Rogall, “§81d”, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK* içinde, ed. Jürgen Wolter and Mark Deiters (Band I, Carl Heymanns Verlag, 2018), kn. 6. (SK-StPO/Rogall olarak atıf yapılacaktır.)

Utanma duygusunun rencide edilip edilmeyeceğine ilişkin değerlendirmede iki görüş bulunmaktadır. *Bir görüşe göre*, belirleyici olan kişinin kendi yargısı değildir. Muayene edilecek kişinin bakış açısı göz önünde bulundurulmakla birlikte; asıl olarak cinsiyetten kaynaklanan objektif hususlar dikkate alınır¹⁴⁵. *Diğer bir görüş ise*, bunun aksini savunmakta ve asıl belirleyici olanın makul olduğu sürece kişinin bakış açısı olduğunu ileri sürmektedir¹⁴⁶. Ancak her iki görüş de bilhassa hekim olmayan karşı cinsten kişinin önünde tamamen soyunmanın, cinsel organların ya da kalçaların muayene edilmesinin utanma duygusunu genellikle rencide ettiğini kabul etmektedir¹⁴⁷. Utanma duygusuna sadece cinsel bir anlam yüklenmesi halinde hükmün uygulama alanı oldukça daralacaktır¹⁴⁸. Bu nedenle cinsiyetin yanında bedensel kusurları ya da engellerinin olması veya kültürel arka planları nedeniyle katı standartlar uygulayan kişiler için de hemcinsi tarafından muayene edilmemeleri halinde utanma duygusunun rencidesinden bahsedilebilir¹⁴⁹. Bununla birlikte, muayene esnasında üst kol veya alt kolun açıkta kalmasının bu kapsama girmediği kabul edilmektedir¹⁵⁰.

Utanma duygusu bakımından belirli bir yaş sınırının gerekip gerekmediği hususu da Alman hukukunda tartışılmıştır. 2004 yılındaki değişiklikten önce StPO §81d'nin uygulanması için öğretide genel olarak muayene edilecek kişinin altı yaşını geçmiş olması gerektiği belirtilmekte, yani belirli bir yaşı geçmiş olması aranmaktaydı¹⁵¹. Öte yandan örneğin bir görüş, her kız çocuğunun bu madde kapsamına girmeyeceğini; on iki yaşından büyük olması şartı aranacağını ileri sürmüştür. Belirtelim ki bu görüş, daha küçük yaştaki kız çocuklarının da utanç duygusunu geliştirmiş olması halinde mümkün olduğunca kadın hekim tarafından muayene edilmesinin daha isabetli olacağını¹⁵² da haklı olarak ifade etmiştir.

2004 değişikliği ile öğretideki bu görüşler kanuna yansıtılmamış; herhangi bir yaş sınırının belirtilmesinden kaçınılmıştır¹⁵³. Değişiklik sonrasında *bir görüş*, hükmün uygulanmasında artık sınırının kural olarak aranmayacağını, muayene edilecek kişinin hangi yaşta olduğunun öneminin olmadığını kabul etmiştir¹⁵⁴. *Bir diğer görüş*, "utanma duygusu" kıstas alındığından, hala söz konusu düzenlemenin -2004 öncesinde olduğu gibi- henüz utanma

¹⁴⁵ Löwe-Rosenberg/Krause, 620; Bertram Schmitt ve Marcus Köhler, *Strafprozessordnung, Strafprozessordnung*, (München: C. H. Beck, 2023), 372 (Meyer-Goßner/Schmitt olarak atıf yapılacaktır.); Susanne Beck, "§ 29 Körperliche Untersuchung, DNA-Feststellung und Leichenöffnung", *Handbuch des Strafrechts* içinde, ed. Eric Hilgendorf et al. (C.F. Müller, 2022), kn. 97.

¹⁴⁶ SK-StPO/Rogall, kn. 6.

¹⁴⁷ Löwe-Rosenberg/Krause, 620; Meyer-Goßner/Schmitt, 372; SK-StPO/Rogall, kn. 6.

¹⁴⁸ SK-StPO/Rogall, kn. 6; MüKo-StPO/Trück, kn. 5.

¹⁴⁹ Löwe-Rosenberg/Krause, 620. Aynı yönde bkz. Kohlhaas, *Körperliche Untersuchung*, 58; MüKo-StPO/Trück, kn. 5.

¹⁵⁰ SK-StPO/Rogall, kn. 6.

¹⁵¹ Meyer-Goßner/Schmitt, 372

¹⁵² Kohlhaas, *Körperliche Untersuchung*, 58.

¹⁵³ BeckOK StPO/Goers, kn. 3; MüKo-StPO/Trück, kn. 2.

¹⁵⁴ Meyer-Goßner/Schmitt, 372; SK-StPO/Rogall, kn. 7; Anke Hadamitzky, "§81d", *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* içinde, ed. Christoph Barthe and Jan Gericke (C. H. Beck, 2023), kn. 2 (KK-StPO/Hadamitzky olarak atıf yapılacaktır.); Nikolaus Bosch, "§81d", *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung* içinde, ed. Th. Kleinknecht ve diğerleri (Carl Heymans Verlag, Juni 2021), kn. 2 (KMR/Bosch şeklinde atıf yapılacaktır.).

duygusu geliştirmeyecek yaştaki çocuklar, bu bağlamda özellikle bebekler için uygulama alanı bulmayacağını belirtmektedir¹⁵⁵. Bu görüşü savunan bazı yazarlar burada yine altı yaş sınırını kabul etmektedir. Zorunlu bir alt yaş sınırı belirleneceği kabul edilirse, bu aksi ispat edilebilir bir karine şeklinde yorumlanabilir¹⁵⁶. Bununla birlikte utanma duygusunun rencide edilebileceği mümkün addediliyorsa, muayenenin aynı cinsiyetten bir kişi tarafından yapılması zorunludur¹⁵⁷.

Öğretide bir görüş, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde aynı cinsiyetten hekimin bulunmadığı hallerde dahi bu hükmün uygulanması gerektiğini¹⁵⁸; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde tanınacak istisnaların ise sadece StPO §81d/1'in 2. ve 3. cümleleri için kabul edileceğini ileri sürmektedir¹⁵⁹. Diğer bir görüş ise, her durumda değil; yalnızca ağır bir suçun aydınlatılması için kişinin bedeninden delil elde edilmesi bakımından gecikmesinde sakınca olabilecek bir hal olması nedeniyle aynı cinsiyetten bir kişiye ya da hekime ulaşılamaması halinde istisna söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir¹⁶⁰.

StPO §81d/1, 2. cümle uyarınca, *meşru bir menfaat varsa* ilgilinin, muayenenin belirli bir cinsiyetten kişi tarafından icra edilmesi yönündeki istemi yerine getirilmelidir¹⁶¹. Bununla muayene edilecek kişiye, birinci fıkradan farklı olarak ancak "meşru bir menfaatinin bulunması" şartıyla kendini muayene edecek kişinin cinsiyetini seçme hakkı tanınmıştır¹⁶².

Muayeneyi isteminde bulunan makam, somut olayda meşru ve objektif olarak *makul görülebilecek bir menfaatin* bulunup bulunmadığını görevi gereği sahip olduğu takdir hakkını (pflichtgemäßem Ermessen) kullanarak karar verir¹⁶³. Burada kişinin içinde bulunduğu ruhsal durum (individuellen Befindlichkeiten), özellikle de muayene edilen kişinin cinsel tercihleri ya da kültürel özellikleri göz önünde bulundurulur¹⁶⁴. Örneğin, madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, aynı cinsiyetteki birisinin cinsel istismarına uğrayan kişinin karşı cinsiyetten bir hekim tarafından muayene edilme isteminde bulunması halinde anılan türde bir menfaatin olduğu kabul edilebilir¹⁶⁵. Meşru menfaatin bulunduğu ileri sürüldüğü hallerde, gecikmede tehlike olmadığı sürece genellikle istem kabul edilmelidir¹⁶⁶.

¹⁵⁵ KK-StPO/Hadamitzky, kn. 2; MüKo-StPO/Trück, kn. 5.

¹⁵⁶ SK-StPO/Rogall, kn. 7.

¹⁵⁷ Jürgen Brauer, "§ 81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts", *Strafprozessordnung* içinde, ed. Björn Gercke ve diğerleri (C.F. Müller, 2018), kn. 4.

¹⁵⁸ SK-StPO/Rogall, kn. 8; Löwe-Rosenberg/Krause, 620.

¹⁵⁹ Löwe-Rosenberg/Krause, 620.

¹⁶⁰ KK-StPO/Hadamitzky, kn. 2.

¹⁶¹ Joecks ve Jäger, *Strafprozessordnung Studienkommentar*, 189; Löwe-Rosenberg/Krause, 621.

¹⁶² KK-StPO/Hadamitzky, kn. 2; Löwe-Rosenberg/Krause, 621; MüKo-StPO/Trück, kn. 8.

¹⁶³ Michael Soiné, "§81d", *Strafprozessordnung Kommentar für Polizeibeamte im Ermittlungsdienst* içinde, (Kriminalistik-Verlag, 2023), kn. 11; Löwe-Rosenberg/Krause, 621; SK-StPO/Rogall, kn. 9.

¹⁶⁴ Löwe-Rosenberg/Krause, 621; SK-StPO/Rogall, kn. 9. Aynı yönde bkz. Neuhaus, "Das Opferrechtsreformgesetz 2004", 621; KK-StPO/Hadamitzky, kn. 2.

¹⁶⁵ BT-Drucks. 15/1976, 10; Soiné, kn. 11; KK-StPO/Hadamitzky, kn. 2; SK-StPO/Rogall, kn. 9.

¹⁶⁶ Löwe-Rosenberg/Krause, 621.

StPO §81d/1, 3. cümle uyarınca muayene edilenin isteminin bulunması halinde güvendiği bir kişinin muayene sırasında hazır bulunmasına izin verilmelidir¹⁶⁷. Güvenilir kişi, öncelikle bir akraba olabilir¹⁶⁸. Ancak kişinin güvenilir olup olmadığı hususu ise yalnızca muayene edilen kişi tarafından belirli bir işlem için belirlenmesi gerekmektedir; bu kişinin 2004 öncesi düzenlemeden farklı olarak mutlaka akraba olması gerekmez¹⁶⁹. Görüldüğü üzere burada hazır bulundurulacak kişinin cinsiyetinin muayene edilenle aynı olması şartı da aranmamıştır¹⁷⁰. Söz konusu düzenleme bağlayıcı bir hüküm olmayıp (Sollvorschrift-voluntary regulation), delilin elde edilmesini engelleyecek gecikme tehlikesi veya muayenenin aksayacak olması¹⁷¹ gibi geçerli nedenlerin varlığı halinde uygulanmasından vazgeçilebilir¹⁷². Burada emri veren makamın görevine bağlı takdir hakkı bulunmakta olup; bu makam, takdir hakkı kullanılırken, muayene edilecek kişiden muayenesi esnasında hazır bulunması istediği kişi ile arasındaki güven ilişkisinin dayanağını göstermesini talep edebilir¹⁷³.

StPO §81d/1, 4. cümle uyarınca ilgili, hem muayeneyi yapacak kişinin cinsiyetini seçme hakkı (2. cümle) hem de güvendiği bir kişinin hazır bulunabileceği (3. cümle) konusunda bilgilendirilmelidir (hinweisen)¹⁷⁴. Bilgilendirme konusundaki bu yükümlülük 2004 yılında yapılan değişiklikle mağdur haklarının kuvvetlendirilmesi amacıyla getirilmiştir¹⁷⁵. Görüldüğü üzere bu cümlede, 1. cümleye yönelik bir atıf bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda ifade ettiğimiz üzere, 1. fıkranın 1. cümlesi re'sen göz önünde bulundurulması gereken bir usul öngörmektedir. 2. ve 3. cümlelerdeki hakların genel olarak bilinemeyeceğini muhtemel addeden Alman kanun koyucusu, usuli adaleti sağlamak için bu yönde bir bilgilendirme zorunluluğu getirmiştir. Bu, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağdurlarının ikincil mağduriyetinin önlenmesi bakımından da önemlidir¹⁷⁶.

Muayene edilecek kişinin, StPO §81d'de kendisine tanınan bu imkanlardan haberdar olması, utanma duygusunun rencide edilmesinin önlenmesi bakımından önem taşır¹⁷⁷. *Muayeneye karar veren merci*, muayene edilecek kişinin durumunu (Befindlichkeit) açıklığa kavuşturduktan sonra, 2. ve 3. fıkralardaki düzenlemelere ilişkin bilgilendirmeyi mutlaka yapmalıdır. Burada herhangi bir istisna öngörülmemiştir¹⁷⁸. Öğretide, bilgilendirmenin muayeneyi yapacak kişi tarafından yerine getirilmesinin kural olarak gereklilikleri sağlamayacağı ifade edilmektedir¹⁷⁹.

¹⁶⁷ Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 276; Neuhaus, "Das Opferrechtsreformgesetz 2004", 621; Kühne, *Strafprozessrecht*, kn. 475.

¹⁶⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, 372; SK-StPO/Rogall, kn. 10.

¹⁶⁹ Neuhaus, "Das Opferrechtsreformgesetz 2004", 621.

¹⁷⁰ Kızıllarslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 276.

¹⁷¹ Muayenenin aksaması halinde hazır bulunacak kişinin seçiminin hekime bırakılabileceği yönünde bkz. Dzendzalowski, *Die Körperliche Untersuchung*, 39.

¹⁷² Meyer-Goßner/Schmitt, 372; Löwe-Rosenberg/Krause, 621; KK-StPO/Hadamitzky, kn. 4.

¹⁷³ SK-StPO/Rogall, kn. 10.

¹⁷⁴ Neuhaus, "Das Opferrechtsreformgesetz 2004", 621; Brauer, kn. 7; Löwe-Rosenberg/Krause, 622.

¹⁷⁵ Sabine Ferber, "Das Opferrechtsreformgesetz", *NJW*, Heft. 36 (2004): 2564.

¹⁷⁶ KMR/Bosch, kn. 5.

¹⁷⁷ Meyer-Goßner/Schmitt, 372.

¹⁷⁸ SK-StPO/Rogall, kn. 12; MüKo-StPO/Trück, kn. 10.

¹⁷⁹ MüKo-StPO/Trück, kn. 10.

StPO §81d/2 uyarınca, birinci fıkra, kişinin muayeneye rıza göstermesi halinde de uygulanacaktır¹⁸⁰.

4. Sonuç

Alman hukukunda yapılan basit beden muayenesi ve bedene müdahale şeklindeki muayene ayrımı vardır. Ülkemiz hukukunda ise beden muayenesi iç beden ve muayenesi ve dış beden olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Ancak çalışma konumuz ülkemiz hukukundaki bu ayrımın isabetli olup olmadığına değil; sadece mağdur haklarının korunması bakımından CMK m. 77'de yapılabilecek değişikliklere odaklanmıştır. Bu sebeple Alman hukukundaki ayırmadan kaynaklı olarak StPO §81d'nin uygulanmasında söz konusu olabilecek farklılıkların bu çalışmada göz ardı edilmesi gerekmektedir.

CMK m. 77'nin açıkça hem beden muayenesi hem de vücuttan örnek alınmasını kapsayacak şekilde yeniden formüle edilmesi gerekir. Böylelikle mağdurun vücutundan örnek alınması kararı verilen hallerde bu hükmün uygulanıp uygulanmayacağı yönündeki tartışmaların da önü kapanacaktır.

CMK m. 77, StPO §81d'nin ilk şeklinde olduğu gibi sadece kadının muayenesini düzenlemekteydi. StPO §81d 2004 yılında değiştirilmiştir ve yalnızca kadınla sınırlı olmadığı; erkeklerin de bu maddeden yararlanacağı kabul edilmiştir¹⁸¹. Değişiklik öncesindeki eşitlik ilkesine aykırılık tartışmalarının ülkemiz öğretisinde de yapıldığı yukarıda açıklanmıştı. Bu tartışmaları önlemek için CMK m. 77'nin StPO §81d'de olduğu gibi muayene edilecek ve örnek alınacak kişinin hem kadın hem de erkek olması ihtimaline göre düzenlenmesi gerekir¹⁸². Öte yandan erkek bakımından bir düzenleme yapılmayacaksa da yürürlükteki hükümlerin kadın bakımından mağdur haklarını koruyacak şekilde iyileştirilmesi isabetli olacaktır.

StPO §81d'nin hem mülga hem de yürürlükteki halinde açıkça “utanma duygusunun rencide edilmemesi” için uygulanacağı düzenlenmiştir. İleride yapılacak bir kanun değişikliğinde CMK m. 77'de de bu kıstasın açıkça kullanılması hükmün getiriliş nedeni bakımından yapılan tartışmaların önlenmesi bakımından isabetli olacaktır¹⁸³. Böyle bir kıstas aynı zamanda hükmün erkekler bakımından uygulanabilmesinin önünü de açacaktır.

CMK m. 77, kadın mağdurun *istemi halinde* uygulanacak bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kadın mağdurun kadın hekim tarafından muayene edilmeyi isteme yönünde bir imkanı olduğunu bilmediği veya bu imkandan haberdar edilmediği hallerde o anda hangi cinsiyetten hekim görevli ise o tarafından muayene edilecektir. Öte yandan Alman hukukunda hemcins tarafından muayene kural olarak, ne mülga StPO §81d bakımından muayene edilecek kadının ne de yürürlükteki hükümde muayene edilecek kadın veya erkeğin istemine bırakılmıştır. Dolayısıyla, öğretideki gecikmede tehlike bulunması şartı bakımından istisna tanınması yönündeki tartışmaları bir kenara bırakırsak, söz konusu hükmün uygulanması zorunlu kabul edilmiştir. Alman hukukunda ilgilinin bilgilendirilmesi zorunlu tutulmuştur. Böylece kişi hak ve hürriyetleri, bu yönde ne CMK ne de BMY'de bir

¹⁸⁰ Löwe-Rosenberg/Krause, 620; SK-StPO/Rogall, kn. 13.

¹⁸¹ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda”, 294; Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 118.

¹⁸² Kızılarıslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 277.

¹⁸³ Kızılarıslan, *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde*, 277.

hükme yer veren Türk hukukuna kıyasla daha etkin şekilde korunmuştur¹⁸⁴. Kanaatimizce CMK m. 77'ye ilgilinin bilgilendirilmesi ve bunun yapıldığına ilişkin tutanak tutulması yönünde bir hüküm konulmalıdır.

CMK m. 77'de yer alan "olanakların elvermesi" şartının uygulanmasında da yeknesaklık sağlanmalıdır. Özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçların mağdurları ya da mağdurun çocuk olması halinde kadın hekim isteminin yerine getirilebilmesi için yakın bir kuruma ilgilinin sevki gerçekleştirilmelidir. Burada beden muayenesi kararını veren makamla eşgüdümlü hareket edilmesi gerekliliği de göz ardı edilmemelidir.

StPO §81d'de kişinin istemi halinde muayene esnasında yanında güvenilir bir kişinin bulunabileceği kabul edilmiştir. Türk hukukunda ise buna benzer bir hükme CMK'da yer verilmemiş; BMY'de yer alan hükümde ise yalnızca kadın hekim bulunmaması halinde "sağlık mesleği personeli" bir kadının muayenede hazır bulunmasına özen gösterileceği düzenlenmiştir. Muayene edilecek kadın, bu esnada örneğin kadın bir akrabasının ya da eşinin de yanında bulunmasını isteyebilir. Bu kişilerin muayenede hazır bulunması, hekime yardım amacıyla değil; örneğin kişinin muayeneden kaynaklı korkuları ve çekincelerinin önüne geçmek olacaktır. Bu özellikle mağdur bakımından önemlidir. Çünkü suçun etkisi altındayken yanında sağlık personeli de olsa yabancı bir kişinin bulunmasından çok, bir tanıdığının bulunması muayeneye gönüllü katılımını sağlayacaktır. Keza mağdur, kendisini kadın hekimin muayene etmesini istemesine rağmen olanakların elvermediğinin kendisine bildirilmesi halinde bir erkek hekim tarafından muayene edilmeyi kabul edebilir. Bu durumun göz ardı edilerek her durumda sağlık mesleği mensubu da olsa başka bir kadının orada bulunmasına özen gösterileceğinin düzenlenmesi yerinde bir düzenleme değildir. Bu nedenle CMK m. 77'ye bir hüküm konulmayacak ise de BMY m. 11/2'de değişikliğe gidilmesi, kadın hekim tarafından muayene edilse dahi kişinin istemi halinde muayene esnasında yanında birinin hazır bulunmasına olanak tanınacak bir düzenleme yapılması gerekir. Muayene esnasında hazır bulunacak kişilere ilişkin olarak çalışmada yer verilen farklı hukuki düzenlemelerde yer alan hükümlerin de birbirleri ile uyumlu hale getirilmesi; lafız olarak aynı olmasının sağlanması da bu yönde atılacak önemli bir adım olacaktır. Böylesi bir çalışmada hukukçular ile adli tıpçıların ortak paydada buluşması uygulamanın kanuna, kanunun da uygulamaya yansması bakımından yerinde bir tutum olur.

Özellikle aynı cinsiyetten kişi tarafından işlenen suçların mağduru olan kişiler ya da farklı cinsel yönelimleri olan kişiler muayenelerinin karşı cinsiyetten birisi tarafından yapılmasını isteyebileceklerdir. Bu bakımından muayeneye getirilen kadına, kadın hekim tarafından muayene edilme isteminde bulunma hakkı olduğunun, ihtiyari bir husus olduğu vurgusunun özellikle yapılması, her ne kadar muayeneye ilişkin mahkeme kararlarında CMK m. 77 ifade edilmekte ise de, kişinin bunu bir zorunlulukmuş gibi algılamamasının sağlanması gerekir.

StPO §81d'de yapılan değişiklikler, öğretideki görüşler ve bu hükmün uygulaması, CMK'nın sistematığı de göz önünde bulundurularak CMK m. 77'ye ya da en azından BMY m. 11'e yansıtıldığında özellikle mağdurun beden muayenesine gönüllü katılımının sağlanması önünde önemli bir adım atılacaktır.

¹⁸⁴ Bağlar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi*, 118.

Kaynaklar / References

- Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı. *Mağdura Yaklaşım Kılavuzu*. Ankara: Deniz Ofset Matbaacılık, 2021. Erişim Tarihi: 4 Nisan, 2024. <https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/992021121047magdurayaklasimkilavuzu.pdf>.
- Adar Özdemir, Çiğdem. *Nemo Tenetur İlkesi Bağlamında Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Akbulut, Berrin. "Dış Beden Muayenesi". *TAAD* 7, sy. 27 (Temmuz 2016): 83-123.
- Akyüz, Elif. "Hastanelerde Mahremiyet İhlalleri: Geleneksel Derleme". *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History* 31, sy. 1 (2023): 84-90.
- Altun, Gürcan, Ziynet Özçelik ve Deniz Karaca. "Cinsel Suç Mağdurlarının Muayenelerinde Etik Yaklaşımlar ve Hukuki Sonuçları". *Toplum ve Hekim* 34, sy. 2 (Mart-Nisan 2019): 93-105.
- Amelung, Knut. "Probleme der Einwilligung in strafprozessuale Grundrechtsbeeinträchtigungen". *StV*, sy. 6 (1985): 257-263.
- Apış, Özge. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması". *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 18, sy. 1 (2012): 267-296.
- Artuç, Mustafa. *Pratik Ceza Muhakemesi Kanunu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Ataman, Hacer, Yıldı Arzu Aba and Gül Ergün. "Kadın Sağlığında Adli Hemşirelik Uygulamaları". *STED* 26, sy. 6 (2017): 256-260.
- Ayata, Yaren, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Aygörmez, Gülsün Ayhan. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Bütünlüğüne Yönelik Koruma Tedbirleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Aygün, Aydın. "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma". *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, sy. 8 (2016): 49-73.
- Bäck, Eva ve Karin Wikblad. "Privacy in hospital". *Journal of Advanced Nursing* 27 (1998): 940-945.
- Bağlar, Yunus Emre. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Bal Şaraldı, Hilal ve Zekiye Karaçam. "Kadınların Doğum Sırasındaki Mahremiyet ile İlgili Deneyim, Görüş ve Önerileri". *Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi* 7, sy. 3 (2023): 447-460.
- Barutçu, Nesrin, M. Fatih Yavuz ve Gürsel Çetin. "Cinsel Saldırı Sonrası Mağdurun Karşılaştığı Sorunlar". *Adli Tıp Bülteni* 4, sy. 2 (1999): 41-53.
- Bayzit, Tuğba, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.

- Bayzit, Tuğba, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.
- Beck, Susanne. "§ 29 Körperliche Untersuchung, DNA-Feststellung und Leichenöffnung". *Handbuch des Strafrechts* içinde, editörler Eric Hilgendorf, Hans Kudlich, ve Brian Valerius. C.F. Müller, 2022.
- Bekmezci, Hediye, Hava Özkan ve Özlem Koç. "Annelerin Doğum Eyleminde Algıladıkları Mahremiyetin Değerlendirilmesi". *Türkiye Klinikleri Sağlık Bilimleri Dergisi Türkiye Klinikleri J Health Sci 1*, sy. 2 (2016): 104-110.
- Bosch, Nikolaus. "§81d". *KMR - Kommentar zur Strafprozessordnung* içinde, editörler Th. Kleinknecht, H. Müller, ve L. Reitberger. Carl Heymans Verlag, Juni 2021. (KMR/Bosch)
- Brauer, Jürgen. "§ 81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts". *Strafprozessordnung* içinde, editörler Björn Gercke, Karl-Peter Julius ve Mark A. Zöller. C.F. Müller, 2018.
- Candan, Meltem ve Naile Bilgili. "Hemşire ve Ebelerin Hasta Mahremiyetine İlişkin Görüşlerinin Değerlendirilmesi". *Gazi Sağlık Bilimleri Dergisi 3*, sy. 3 (2018): 34-43.
- Cantürk, Gürol ve Nergis Cantürk. "Cinsel Saldırı Mağdurlarının Muayene Prosedürü". *Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci 2*, sy. 50 (2006): 49-55.
- Centel, Nur. "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın". Erişim Tarihi: 15 Mart, 2024. <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckvekadin.pdf>.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2018.
- Çelik Tatarka, Deniz. *Türkiye'de Genital Muayene Uygulamaları ve Avukatların Genital Muayene Uygulamalarına İlişkin Farkındalıkları*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2023.
- Dagostini, Carolina Matté, Yan De Assunção Bicca, Miguel Bertelli Ramos, Sabrina Busnello, Murillo Cesar Gionedis, Natália Contini ve Asdrubal Falavigna. "Patients' preferences regarding physicians' gender: a clinical center cross-sectional study". *Sao Paulo Med Journal 140*, sy. 1 (2022): 134-143.
- Dallinger, Wilhelm. "Zur Vereinheitlichung des Strafverfahrens". *Süddeutsche Juristen-Zeitung 5*, sy. 10 (Oktober 1950): 732-744.
- Demirağ, Fahrettin. *Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Deutscher Bundestag, 15. Wahlperiode Drucksache 15/1976, 11.11.2003. Erişim Tarihi: 27 Nisan, 2024. <https://dserver.bundestag.de/btd/15/019/1501976.pdf>. (BT-Drucks. 15/1976)
- Doğan, Recep. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma". *TBB Dergisi*, sy. 142 (2019): 93-132.
- Dursun, Gizem. "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi". *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertas'a Armağan 19*, Özel Sayı (2017): 2955-2996.
- Dülger, İbrahim, Berrin Akbulut, M. Onursal Cin ve Murat Aksan. "Beden Muayenesi, Genetik-Moleküler İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti". *İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi 11. Ceza Hukuku Günleri* içinde, editor Adem Sözüer, 437-466. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- Dülger, Murat Volkan ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Dzendszalowski, Horst. *Die Körperliche Untersuchung Eine strafprozessual-kriminalistische Untersuchung zu den §§81a und 81c StPO*. Lübeck: Verlag Max Schmidt-Römhild, 1971.
- Eisenberg, Ulrich. *Beweisrecht der StPO*. München: C.H. Beck, 2017.
- Eroğlu, Fulya. "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Suretiyle Elde Edilen Delillerin İspat Değeri". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Ertuğrul, Hüseyin. "Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XII, sy. 1-2 (2008): 687-699.
- Eryılmaz, Mesut Bedri. *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Ferber, Sabine. "Das Opferrechtsreformgesetz". *NJW*, Heft. 36 (2004): 2562-2565.
- Fırat, Tarık. "Genital Muayene Suçu ve Hekim Sorumluluğu". Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.
- Fincancı, Şebnem Korur and Coşkun Yorulmaz. "Beden Muayenesi". *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi* içinde, 142-146. İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimleri Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul, Şubat 2006.
- Goers, Matthias. "StPO § 81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts". *BeckOK StPO mit RiStBV und MiStra* içinde, editör Jürgen Graf. München: C.H. Beck, 2024. (BeckOK StPO/Goers)
- Gündüz, Tarık, Kenan Karbeyaz ve Ömür Elçioğlu. "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 287. ve 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 77. Maddelerinin Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması". *YÜHFD* 6, sy. 1 (2009): 317-335.
- Hadamitzky, Anke. "§81d". *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* içinde, editörler Christoph Barthe ve Jan Gericke. C. H. Beck, 2023. (KK-StPO/Hadamitzky)
- Heaton, Caryl J. ve John T. Marquez. "Patient preferences for physician gender in the male genital/rectal exam". *Family Practice Research Journal* 10, sy. 2 (1990): 105-115.
- İnci, Zekiye Özen. "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". *İzmir Barosu Dergisi*, (Ocak 2007). Erişim Tarihi: 11 Mart, 2024. https://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm.
- İpekçioğlu, Pervin Aksoy. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma". *İÜFHM* LXX, sy. 1 (2012): 19-38.
- Joicks, Wolfgang ve Christian Jäger. *Strafprozessordnung Studienkommentar*. München: C. H. Beck, 2022.
- Kaba, Özlem. "Cinsel Saldırı Olgularının Muayenesinde Hemşirenin Rolünün Belirlenmesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, 2013.
- Kaplan, Mahmut ve Özgür Aydın. "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, sy. 3 (Haziran 2016): 113-133.
- Karakehya, Hakan. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2022.

- Kaya, Cemil. "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Kararları". *TBB Dergisi*, sy. 72 (2007): 406-430.
- Kaya, Yağmur. "Mağdurların İhtiyaçlarının Uygun Şekilde Karşılanmasını Talep Etmek Hakkı" ("Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin E4J Üniversite Modülleri (EJ University Module Series: Crime Prevention and Criminal Justice) kapsamında yayımladığı "The Right of Victims to an Adequate Response to Their Needs" başlıklı İngilizce not"un çevirisi). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 23* içinde, editörler Yener Ünver ve Kerem Öz, 21-28. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kılıç, Ümmügülsüm. "Nemo Tenetur İlkesi Işığında Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- Kızıllarslan, Hakan. *Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma (Doktrin ve Uygulama)*. Ankara: Kızıllarslan Serisi I, 2007.
- Kohlhaas, Max. *Körperliche Untersuchung und enkennungsdienstliche Maßnahmen*. Stuttgart-München-Hannover: Richard Boorberg Verlag, 1972.
- Krause, Daniel M. "§§ 72-93". *Löwe-Rosenberg Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz* içinde, editörler Jörg-Peter Becker, Volker Erb, Robert Esser, Kirsten Graalman-Scheerer, Hans Hilger ve Alexander Ignor, 378-807. 2. Band, Berlin/Boston: De Gruyter, 2018. (Löwe-Rosenberg/Krause)
- Kühne, Hans-Heiner. *Strafprozeßlehre*. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1993.
- Kühne, Hans-Heiner. *Strafprozessrecht Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht*. München: C.F. Müller, 2015.
- Leino-Kilpi, H., M. Välimäki, T. Dassen, M. Gasull, C. Lemonidou, A. Scott ve M. Arndt. "Privacy: a review of the liteature". *International Journal of Nursing Studies* 38, (2001): 663-671.
- Malkoç, İsmail ve Mert Yüksektepe. *Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*. Malkoç Kitabevi, 2005.
- Neuhaus, Ralf. "Das Opferrechtsreformgesetz 2004". *StV*, sy. 11 (2004): 620-627.
- Öntan, Yaprak. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Özbek, Veli Özer. *Polis Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Temel Haklara Müdahaleler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özdemir, Sinem Servet. *Kadın Hakları Bağlamında Türkiye'de Pozitif Ayrımcılık İlkesi*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Özkan, Ceren, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Öztürk, Bahri, Behiye Eker Kazancı ve Sesim Soyer Güleç. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan ve Mustafa Ruhan Erdem. *Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Peters, Karl. *Strafprozess Ein Lehrbuch*. C.F. Müller, Erişim Tarihi: 26 Nisan, 2024. https://books.google.com.tr/books?redir_esc=y&hl=tr&id=ePEyAQAAIAAJ&focus=se archwithinvolume&q=81d.
- Rogall, Klaus. "§81d". *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG und EMRK* içinde, editörler Jürgen Wolter ve Mark Deiters. Band I, Carl Heymanns Verlag, 2018. (SK-StPO/Rogall)
- Sadıç, Ebru ve Özgür Alparslan. "Kadına Yönelik Şiddet ve Adli Ebelik". *Meyad Akademi* 2, sy. 2 (2021): 150-162.
- Sarı, Necip. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Beden Muayenesi ve Örnek Alınmasının Tıp Hukukundaki Yansımaları*. İstanbul: Platon Plus Yayıncılık, 2022.
- Sarıbaş, Didem ve Demet Aktaş. "Jinekolojik Muayene ve Obstetride Beden Mahremiyetinin Önemi". *Eurasian Journal of Health Sciences* 6, sy. 3: 102-108.
- Sarsıkoğlu, Şenel. "Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". *ERÜHFD* 8, sy. 2 (2013): 693-722.
- Schmitt, Bertram ve Marcus Köhler. *Strafprozessordnung*. München: C. H. Beck, 2023. (Meyer-Goßner/Schmitt)
- Soiné, Michael. *Strafprozessordnung Kommentar für Polizeibeamte im Ermittlungsdienst*. Kriminalistik-Verlag, 2023.
- Street, Annette F. ve Anthony Love. "Dimensions of privacy in palliative care: views of health professionals". *Social Science & Medicine* 60, (2005): 1795-1804.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şanlı, Nurcihan. "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Şirin, Ahsen ve Makbule Nar. "Kadınların Jinekolojik Muayene Öncesi Kaygı Düzeylerin İncelenmesi". *Ege Üniversitesi Hemşirelik Yüksek Okulu Dergisi* 15, sy. 2-3 (1999): 115-126.
- Taşkın, Ahmet. "Ceza Muhakemesinde Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu". *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 3 (Nisan 2007): 111-152.
- T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı. *Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu*. Ankara, 2005.
- Tombul, Didem. "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması". *Ceza Muhakemesinde Delil* içinde, editör Pınar Memiş Kartal, 29-75. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Trück, Thomas. "StPO § 81d Durchführung körperlicher Untersuchungen durch Personen gleichen Geschlechts". *Münchener Kommentar zur stopp* içinde, editörler Christoph Knauer, Hans Kudlich ve Hartmut Schneider. München: C.H. Beck, 2023. (MüKo-StPO/Trück)

- Türkiye İnsan Hakları Vakfı. *İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi için El Kılavuzu (İstanbul Protokolü)*. Uzman Eğitim Serisi No. 8/Rev. 2, (Ocak 2024). Erişim Tarihi: 28 Nisan, 2024. <https://tihv.org.tr/wp-content/uploads/2024/02/istanbul-protokolu-2022-TR.pdf>.
- Uluslararası Af Örgütü. *Türkiye Kadınlara yönelik gözaltında cinsel şiddete son!*, Şubat 2003. Last accessed: 9th April, 2024. <https://dspace.ceid.org.tr/xmlui/bitstream/handle/1/450/ekutuphane3.5.2.6.22.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ünver, Yener. "Ceza Muhakemesinde Suçtan Zarar Görenlerin Haklarının İyileştirilmesine İlişkin Kanun (24 Haziran 2004 Tarihli Mağdur Hakları Reformu Kanunu – OpferRRG) çevirisi". *Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur ve Suçtan Zarar Görenin Hakları Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 23* içinde, editörler Yener Ünver ve Kerem Öz, 189-221. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yenerer Çakmut, Özlem. "Cinsel Taciz Suçu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'na Göre Bilirkişilik Kurumu". *CHD*, sy. 11 (Aralık 2009): 129-160.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik". *Erzincan ÜHFD X*, sy. 3-4 (2006): 273-345.
- Yorulmaz, A. Coşkun, Ömür Şanyüz ve H. Çetin Ketenci. "Cinsel Saldırıları". *Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi* içinde, 127-141. İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimleri Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul, Şubat 2006.
- Yurtcan, Erdener. *Ceza Yargılaması Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2007.

Yazar Hakkında / About the Author

Arş. Gör. Dr. Ayşen ALAN | Atatürk Üniversitesi |
aysen.alan[at]atauni.edu.tr | ORCID: 0000-0001-6585-8321

Ayşen Alan, 2014 yılında Gazi Üniversitesi (şimdiki adıyla Ankara HBV) Hukuk Fakültesi'nden üçüncülük derecesiyle mezun olmuştur. 2015 yılında Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. Aynı yıl, Ortadoğu Teknik Üniversitesi'ne İngilizce dil eğitimi için görevlendirilmiştir. 2016 yılında yüksek lisans çalışmalarını yapmak üzere Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'ne görevlendirilmiştir. 2017 yılında tekrar Atatürk Üniversite'sine dönmüştür. 2018 yılında yüksek lisansını tamamlamış; aynı yıl Ankara HBV Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'nde Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku doktora programına başlamıştır. 2023 yılında Eberhard Karls Universität Tübingen'de Prof. Dr. Jörg Eisele'den aldığı kabul üzerine doktora araştırmalarını yapmak üzere bir yıl Almanya'da bulunmuştur. 2025 yılı Haziran ayında doktor unvanını almıştır. İyi derecede Almanca ve İngilizce bilmektedir.

Ress. Asst. Dr. Ayşen ALAN | Atatürk University |
aysen.alan[at]atauni.edu.tr/ayşen.alan[at]hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0001-6585-8321

Ayşen ALAN graduated from Gazi University Faculty of Law in 2014. In 2015, she began working as a research assistant in the Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law at Atatürk University Faculty of Law. In the same year, she was assigned to METU for English language education. In 2016, she was assigned to the Institute of Social Sciences at KTU to pursue her master's degree. In 2017, she returned to AU. She completed her master's degree in 2018 and began her doctoral studies in Criminal Law and Criminal Procedure Law at the Institute of Graduate Programs of Ankara HBVU in the same year. Since then, she has been working at Ankara HBVU. In 2023, she spent a year in Germany to conduct her doctoral research upon acceptance by Prof. Dr. Jörg Eisele at Eberhard Karls University Tübingen. She is fluent in German and English.

KORE HUKUK DÜZENİNDE İŞ GÜVENLİĞİ HUKUKUNA KARŞI İŞLENEN SUÇLAR¹

Prof. Dr. Jinkuk LEE
Ajou Üniversitesi

Özet

Bu çalışma, Güney Kore’de iş güvenliği hukukuna ilişkin ceza uygulamasının gelişimini ve zorluklarını, özellikle süregelen ölümlü işyeri kazaları ışığında incelemektedir. Çalışma Standartları Kanunu (1953) aracılığıyla yapılan önceki yasal düzenlemelere ve İş Güvenliği Kanunu’nun (1981) yürürlüğe girmesine rağmen, işyeri ölümleri hala yüksektir. İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmü, güvenlik önlemlerini uygulamayan ve bunun sonucunda bir işçinin ölümüne neden olan işverenlere cezai sorumluluk yüklemektedir. Bu hüküm, hukuken gerekli olan güvenlik yükümlülüklerinin kasıtlı olarak ihmal edilmesine dayanan neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç olarak nitelendirilmektedir. Çalışma, işverenin bir tüzel kişi olması halinde cezai sorumluluk atfetmenin zorluğunu eleştirel bir şekilde incelemektedir. Alman Ceza Kanun’unun (§14 StGB) aksine, Kore hukukunda bir başkası için hareket etme halinde sorumluluğa ilişkin genel bir hüküm bulunmadığından, orta düzey yöneticilerin açık bir yasal dayanak olmaksızın sorumlu tutulması anayasal kaygılara yol açmaktadır. Ayrıca, 2021 yılında yürürlüğe giren Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu (SAPL), ağır iş kazaları veya kamusal kazalar için sorumluluğu üst düzey yöneticilere kadar genişletmektedir. Bununla birlikte, söz konusu düzenleme; özellikle yöneticilerin iş sahaları üzerinde doğrudan kontrolünün bulunmadığı büyük şirketlerde sınırlı pratik uygulanabilirliğe sahip olması ve ceza hukukundaki ultima ratio ilkesinden tartışmalı bir şekilde sapan cezalandırıcı yönelimi nedeniyle eleştirilmektedir. Son olarak, çalışmada cezai yaptırımların kazaların önlenmesindeki etkinliği sorgulanmakta; çoğu ihlalin hapis cezası yerine para cezasıyla cezalandırıldığına dikkat çekilmektedir. Çalışma, odak noktasının kişisel sorumluluktan kurumsal sorumluluğa kaydırılmasını tavsiye etmekte ve sadece bireysel yöneticileri cezalandırmak yerine şirketlere daha etkili yaptırımlar uygulanmasını sağlayacak yasal reformlar önermektedir.

Anahtar Kelimeler

Kore İş Güvenliği Kanunu, Madde 167 (Korean Osh Act), Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu (SAPL), Kurumsal Cezai Sorumluluk, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç, Anayasaya Uygunluk (nullum crimen sine lege), Risk Toplumunda Ceza Hukuku

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Elif KURT KILIÇ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

CRIMES AGAINST THE OCCUPATIONAL SAFETY LAW IN THE KOREAN LEGAL SYSTEM

Prof. Dr. Jinkuk LEE
Ajou University

Abstract

This paper explores the development and challenges of criminal enforcement in the context of occupational safety law in South Korea, especially in light of persistent fatal workplace accidents. Despite early legislation through the Labor Standards Act (1953) and the enactment of the Occupational Safety and Health Act (1981), workplace fatalities remain high. Article 167(1) of the Act imposes criminal liability on employers who fail to implement safety measures, resulting in a worker's death. This provision is characterized as a result-qualified offense based on a deliberate omission of legally required safety obligations. The paper critically examines the difficulty of attributing criminal liability when the employer is a legal entity. Unlike the German Penal Code (§14 StGB), Korean law lacks a general provision for vicarious liability, leading to constitutional concerns when holding mid-level managers accountable without a clear statutory basis. Moreover, the Severe Accident Punishment Act (SAPL), enacted in 2021, extends liability to top-level executives for grave occupational or public accidents. However, it is criticized for its limited practical applicability—especially in large corporations where executives have no direct control over worksites—and for its punitive orientation that arguably deviates from the principle of *ultima ratio* in criminal law. Finally, the paper questions the effectiveness of criminal sanctions in preventing accidents, highlighting that most violations are punished with fines through summary orders rather than prison sentences. It recommends shifting the focus from personal to corporate liability and suggests legislative reforms to impose more effective sanctions on corporations rather than merely criminalizing individual executives.

Keywords

Occupational Safety and Health Act in Korea, Article 167 (Korean OSH Act), Severe Accident Punishment Act (SAPL), Corporate Criminal Liability, Result-Qualified Offense, Constitutional Legality (Nullum Crimen Sine Lege), Criminal Law in Risk Society

1. Giriş

Risk toplumundaki ceza hukuku için yeni meydan okuma – ceza hukukunda bu konu, sadece geleneksel anlayışa göre cezalandırılabilirliğin öne çekilmesiyle birlikte görülen soyut tehlike suçlarındaki artışla sınırlı değildir. Doğrusu modern toplumda risk ceza hukuku eğilimi, temel ceza hukukunun dışında, karşılığında ağır cezalar öngörülen yeni suç tiplerinin ihdas edilmesiyle bağlantılıdır. Kore'deki iş güvenliğine karşı suç tipleri de modern risk ceza hukukunun negatif olgularını göstermektedir. Kore'de iş kazaları nedeniyle önemli sayıda ölüm meydana gelmektedir. Kore İstihdam ve Çalışma Bakanlığı tarafından yayınlanan iş kazası istatistiklerine göre, 2023 yılında iş kazaları nedeniyle ölen işçi sayısı 598'dir. Bu sayı, Kore'deki iş kazalarına bağlı ölüm oranının 34 OECD üyesi ülke arasında 4. veya 5. sırada yer aldığını göstermektedir. İş kazalarına bağlı ölümlerin bu kadar yüksek olmasının nedeni, bir yandan uygulamada iş kazalarının önlenmesine yönelik standartların tutarsız olması, diğer yandan da iş kazalarını önceden önlemeye yönelik hukuk politikası müdahalesinin yetersizliğidir.

İş kazalarından kaynaklanan ölüm oranını düşürmek amacıyla, Kore yasama organı tarafından 1953 yılında Çalışma Standartları Kanunu'na iş güvenliğine yönelik düzenlemeler getirilmişti. Hızlı sanayileşme sonucunda tehlikeli makinelerin kullanımının fazlalaşması ve yeni inşaat metotlarının kullanılmaya başlanması nedeniyle iş kazalarının sayı ve sıklığındaki artışı göz önünde bulunduran kanun koyucu, iş kazalarını etkili bir şekilde önlemek amacıyla 31 Aralık 1981 tarihinde iş güvenliğine ilişkin bağımsız bir yasa çıkardı². İş Güvenliği Kanunu'nun yasal amacı, işyerindeki iş güvenliği standartlarını belirlemek suretiyle iş kazalarının engellenmesidir. Daha sonra İş Güvenliği Kanunu iki kez köklü bir şekilde gözden geçirilmiştir. İlk kapsamlı yasal reform 13 Ocak 1990 tarihinde, ikinci kapsamlı reform ise 15 Ocak 2019 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

2019 yılındaki ikinci reformun temel amacı, iş kazalarını önlemek ve azaltmak için ceza hukuku araçlarının eskisinden daha katı bir şekilde kullanılmasıydı. İş Güvenliği Kanunu'nun 167. maddesine göre, iş güvenliği için gerekli önlemleri almayan ve bu nedenle bir işçinin ölümüne neden olan işveren hakkında cezai kovuşturma yürütülecektir. Kanun koyucu ayrıca yaptırım normlarını ağırlaştırmıştır, örneğin; yüklenicinin iş güvenliği önlemlerine ilişkin yükümlülüklerine aykırı hareket etmesi halinde cezanın artırılması (m. 169) ve cezayla aynı anda ileri düzey seminere (Aufbauseminar) katılıma tabi tutulma (m. 174) gibi. Buna ek olarak, 2021 yılında yürürlüğe giren Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu (Schwerunfallbestrafungsgesetz), cezai sorumluluğun kapsamını İş Güvenliği Kanunu'nun cezai hükümlerinin fiilen uygulanmadığı şirket yöneticilerini de kapsayacak şekilde genişletmiştir.

Ancak iş kazalarının önlenmesi ve azaltılmasında ceza hukukunun kullanılmasının etkili olup olmadığı ve İş Güvenliği Kanunu kapsamında ceza verilmesinin kabul edilebilir olup olmadığı soruları akla gelmektedir.

² İş Güvenliği Kanunu'nun ihdası ve reform tarihçesine ilişkin ayrıntılı bir tartışma için bkz. JO Heumhak, "Verletzung und Bestrafung des Arbeitsschutzes", *Dong-A Law Review*, no. 69 (2015): 112 vd.

2. İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 Hükmü Uyarınca İş Güvenliği Önlemlerinin İhmali Sonucu Ölüm

Yürürlükteki İş Güvenliği Kanunu'nda çeşitli cezai hükümler öngörülmüştür. İş kazalarına ilişkin temsil edici nitelikteki düzenleme, iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölümü suç olarak tanımlayan, İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmüdür. İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmündeki suç, bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğinde olup, İş Güvenliği Kanunu uyarınca iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün ihmali ve Ceza Kanunu uyarınca taksirle öldürme ile bağlantılıdır.

2.1. İş Güvenliği Kanunu m. 38, 39, 63 Hükümlerinin Hukuki Niteliği

Yürürlükteki İş Güvenliği Kanunu'nun m. 167/1 hükmü: "m. 38/1-3 (Güvenlik Önlemleri), m. 39/1 (Sağlık Önlemleri) veya m. 63 (Yüklenicinin Güvenlik ve Sağlık Önlemleri) hükümlerine aykırı hareket eden ve bu nedenle bir işçinin ölümüne neden olan kimse, yedi yıla kadar hapis veya 100 milyon won'a kadar para cezası ile cezalandırılır." şeklindedir. Burada suç teşkil eden, iş güvenliği önlemleri alınmasının ihmal edilmesidir. O halde m. 38/1-3 (Güvenlik Önlemleri), m. 39/1 (Sağlık Önlemleri) ve m. 63 (Yüklenicinin Güvenlik ve Sağlık Önlemleri) düzenlemeleri m. 167/1 hükmünün temel unsurlarını oluşturmaktadır.

İş güvenliği önlemlerinin ihmali, bir soyut tehlike suçudur. Zira bir işveren, İş Güvenliği Kanunu m. 38 hükmünün birinci fıkrasından üçüncü fıkrasına kadar sayılan risklerden kaçınmak için gerekli önlemleri almayı ihmal ettiğinde, gerçekten bir kaza meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın, güvenlik önlemleri alma yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği kabul edilir³.

Ayrıca iş güvenliği önlemlerinin ihmali, kasten işlenebilen bir suçtur. Bu bağlamda, İş Güvenliği Kanunu m. 38 hükmünün 1 ila 3. fıkraları kapsamındaki önlem alma yükümlülüğü bakımından suçun taksirli olarak işlenip işlenemeyeceği sorusu akla gelebilir. Ancak, taksirli suçlar sadece özel kanuni düzenlemelerin bulunduğu durumlarda cezalandırılabilirdiğinden (Kore Ceza Kanunu m. 14) ve İş Güvenliği Kanunu m. 38 hükmünün 1 ila 3. fıkralarında dikkat ve özen yükümlülüğü gibi bir taksir unsuru öngörülmediğinden, iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün ihmali yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur.⁴

³ Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 28.4.2006, 2005do3700; Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 29.5.2014, 2014do3542.

⁴ Bu yönde, Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 11.3.2021, 2018do10353; Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 28.8.2014, 2014do3242.

2.2. Fail

İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmünün uygulanmasının ön şartını oluşturan iş güvenliği önlemlerinden sorumlu olan kişi, işverendir (bkz. İş Güvenliği Kanunu m. 38 ve 39)⁵. Tek bir kişi bir işletme işletiyorsa, bu gerçek kişi işverendir. Ancak işverenin bir tüzel kişilik, örneğin bir işletme olması halinde, iş güvenliği önlemlerinin ihlalden kimin sorumlu olacağı konusunda sorun bulunmaktadır.

Bir sermaye şirketi gibi bir tüzel kişilik söz konusu olduğunda, resmi olarak, tüzel kişinin kendisi işveren veya işyeri sahibi olur. Kore Temel Ceza Kanunu (Kernstrafgesetzbuch), yerleşik yargı içtihadına göre ceza hukuku kapsamında fiil ehliyetine sahip olmadıklarından, tüzel kişilerin cezalandırılabilirliğini kabul etmemiştir. Bununla birlikte, Kore hukuk düzeninde, tüzel kişinin bir temsilcisi veya çalışanı bir suç işler ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmezse, İş Güvenliği Kanunu gibi münferit kanunlarda yer alan ve paralel ceza hükmü olarak adlandırılan düzenlemeler aracılığıyla tüzel kişi hakkında para cezası uygulanabilir. Bu sınırlar dâhilinde bir tüzel kişinin ceza hukuku yaptırımına tabi tutulması mümkündür.

Kore İş Güvenliği Kanunu tüzel kişilerin işveren olmasını kabul etmiş olmakla birlikte, gerçekte işveren kişinin, küçük bir işletmenin sorumlu müdürü ya da bir inşaat şirketinin şantiye şefi olabilecek, gerçek kişi olması gerekmektedir. Ancak hangi kanuni temele dayanarak bu tür gerçek kişilerin uygun işveren olarak kabul edildiği tartışmalıdır. Bununla ilgili olarak Kore Yüksek Mahkemesi gerçek kişinin cezai sorumluluğunun yasal dayanağını İş Güvenliği Kanunu’nun paralel ceza hükmünde aramıştır⁶.

Paralel ceza hükmü, işletme gibi bir tüzel kişiye, çalışanlarının tüzel kişilikle bağlantılı bir suç işlemesi halinde para cezası verilmesine ilişkin bir düzenlemedir. Kore hukuk düzeninde Alman Ceza Kanunu’nun 14. maddesindeki gibi bir başkası için hareket etme düzenlenmediğinden, bir şantiyedeki işleri yöneten şantiye şefine kanuni dayanak olmadan cezai sorumluluk atfedilmesi kanunilik prensibi ışığında anayasaya aykırıdır.

Alman Ceza Kanunu m. 14/1 hükmüne göre; bir kişinin, bir tüzel kişinin temsile yetkili organı veya böyle bir organın üyesi, hukuki ehliyeteye sahip olan bir şahıs şirketinin temsile yetkili ortağı veya başka bir kişinin kanuni temsilcisi sıfatıyla hareket ettiği hallerde, cezalandırılabilirliği özel kişisel niteliklere, ilişkilere veya durumlara (özel kişisel unsurlar) bağlayan bir kanun, bu unsurlar temsilcide mevcut olmadığı halde temsil edilen kişide mevcutsa, temsilci hakkında da uygulanır. Alman Ceza Kanunu’nun 14. maddesi bakımından, bir tüzel kişinin çalışanın cezalandırılabilirliği için yasal dayanak Kore Ceza Kanunu veya İş Güvenliği Kanunu’nda de lege lata olarak öngörülmelidir.

⁵ İş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün işverene terettüp ettiği göz önünde bulunduran bir görüş, iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün ihmali suçunu, özgü suç olarak kabul etmektedir. Bkz. Woo Heesook, “Voraussetzung und strafrechtliche Verantwortung des Unterlassungsdelikts der Arbeitsschutzmaßnahmenpflicht”, *Hongik Law Review* Bd. 14, no. 1 (2013): 291). Ancak İş Güvenliği Kanunu’nda, iş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün terettüp ettiği kişi işveren ile kısıtlı tutulmamış, aksine sadece hükümleri ihlal eden “kişi”den bahsedilmiştir. Dolayısıyla iş güvenliği önlemlerinin ihmali suçu, özgü suç olarak kabul edilemez.

⁶ Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 14.5.2004, 2004do74; Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 26.5.1995, 95do230.

2.3. İşçinin Ölümü

İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmü kapsamındaki suçun (iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm) oluşması için, failin iş güvenliği önlemlerinin ihmali suçunu işlemesi ve bundan dolayı işçinin ölümüne sebep olması gerekir. Ayrıca ölüm ile iş güvenliği önlemlerinin ihmali arasında doğrudan bir illiyet bağı olmalıdır. İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 düzenlemesindeki suç tipi, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtur. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçların özelliği, temel suçun işlenmesiyle belirli bir neticenin ortaya çıkmasıdır. Bu nedenle kasten işlenen bir suç olarak cezalandırılabilen temel suç, ağır neticeye göre nitelendirilmektedir. Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar için yaygın olarak kast-taksir kombinasyonu terimi kullanılır. Bu anlamda İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmü, kasten işlenen bir temel suç (yani iş güvenliği önlemlerinin ihmali) ile tipik olarak birlikte görülen ağır bir suç (Kore Ceza Kanunu m. 268 kapsamında taksirle öldürme) birleştirmektedir. Bu durumda genellikle ölüm sonucunun, bir temel suçun kasıtlı olarak işlenmesi “vesilesiyle” meydana gelmesi yeterlidir. Örneğin bir kişi, A’ya karşı yağma suçunu işler ve bu vesileyle yanında duran B’nin taksirle ölümüne neden olursa, B yağma suçunun hedefi olmasa dahi, ölümle sonuçlanan yağma suçunu (Kore Ceza Kanunu m. 338) gerçekleştirmiş olur.

Ancak İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 (iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm) hükmünde suçun mağduru “işçi” olarak gösterildiğinden, bu hüküm yalnızca işçinin kaza dolayısıyla hayatını kaybettiği durumlarla sınırlı olarak uygulanabilir. Yani iş yerinde yaya gibi, işçi olmayan, işle ilgisi bulunmayan birinin ölmesi halinde fail, İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmünden değil, aksine yalnızca Kore Ceza Kanunu m. 268 hükmüne göre taksirle öldürmeden dolayı cezalandırılır⁷. İşçi ve işveren arasında “esaslı bir iş ilişkisi” var olduğu müddetçe İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmü işverene uygulanabilir⁸.

Maddi bir iş ilişkisinin varlığının kabul edilmesi için kriter, iş sözleşmesinin şekli değil, aksine işçinin çalışma performansını göstermek üzere işverenin emrinde olduğu ast-üst ilişkisinin bulunmasıdır⁹. Yerleşik yargı içtihadına göre, maddi bir iş ilişkisi içerisinde yer alan bir işçi, failin iş güvenliği önlemlerini ihlal etmesi nedeniyle ölürse, fail iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm nedeniyle kusurlu olur. İşçinin maddi bir iş ilişkisi içerisinde yer almaması halinde, fail yalnızca ceza kanunundaki mesleki taksirle öldürme suçunu işlemiş olur.

3. Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu’nun (Schwerunfallbestrafungsgesetzes) Yapımı ve Sorunları

3.1. Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu’nun Kabulünün Arka Planı

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu 26 Ocak 2021 tarihinde kabul edilmiş ve 27 Ocak 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunun yasal amacı; işletmeleri, işyerlerini, kamu kuruluşlarını ve kamu ulaşım araçlarını işletirken veya insan vücuduna zararlı hammaddeleri veya ürünleri kullanırken güvenlik ve sağlık önlemlerini ihlal ederek kazalara

⁷ Woo Hee-sook, “Voraussetzung und Strafbarkeit der Unterlassung der Arbeitsschutzmaßnahmen”, *Hongik Law Review* Bd. 14, no. 1 (2013): 296.

⁸ Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 14.5.2009. 2008do101.

⁹ Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 27.8.2002. 2002do27; Kore Yüksek Mahkemesi Kararı (korOberster Gerichtshof Urteil) v. 28.4.2006. 2005do3700.

neden olan işletmecilerin, yöneticilerin, kamu görevlilerinin ceza hukuku kapsamında cezalandırılmasıdır. Böylelikle ağır kazaların önlenmesi ve vatandaş ve işçilerin hayat ve bedenlerinin korunması hedeflenmektedir (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 1).

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'na göre kaza; ağır iş kazası ve ağır sivil kaza olarak ikiye ayrılır. Ağır iş kazası, iş kazası sonucunda bir veya daha fazla kişinin hayatını kaybettiği veya ağır yaralandığı kazadır (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 2/2). Ağır sivil kaza, belirli hammadde ve ürünlerin, kamu kuruluşlarının veya kamu ulaşım araçlarının planlanması, üretimi, yerleştirilmesi veya yönetimindeki eksiklikler nedeniyle meydana gelen ve bir veya daha fazla ölüm veya ağır yaralanma ile sonuçlanan kazadır (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 2/3).

3.2. Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'na Göre Yöneticilerin Yükümlülükleri

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'nda yer verilen ağır iş kazaları, kazanın kendisi göz önünde bulundurulduğunda, İş Güvenliği Kanunu'nda düzenlenen iş kazası ile örtüşmektedir. Çünkü güvenlik veya sağlığı sağlamaktan sorumlu kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesinden kaynaklanan ve işçinin ölümüne veya ağır yaralanmasına neden olan ağır iş kazaları her iki kanuna göre de cezalandırılmaktadır.

Yükümlülük sahibinin kapsamı konusunda ise İş Güvenliği Kanunu ve Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu arasında bir fark bulunmaktadır. Yükümlülük sahibinin bir tüzel kişi olduğu durumlarda, İş Güvenliği Kanunu'nun paralel ceza hükmü nedeniyle gerçek kişi fail olarak görünür (İş Güvenliği Kanunu m. 173). Burada gerçek kişi, bir tüzel kişinin kendisi adına hareket eden çalışanı olarak anlaşılır. Dolayısıyla şantiyeyi doğrudan kontrol eden ancak güvenlik önlemlerini almayan ve bu nedenle bir işçinin ölümüne neden olan şantiye şefi, İş Güvenliği Kanunu m. 173 (paralel ceza hükmü) ve m. 167 (iş güvenliği önlemlerinin ihmal sonucu ölüm) hükümlerinin ihlali suçlarından sorumlu olur.

İş Güvenliği Kanunu'na göre bir tüzel kişilikteki ya da organizasyondaki en üst düzeydeki sorumlu müdüre, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu ihdas edilene kadar, ceza hukuku kapsamında sorumluluk atfedilememiştir. Bunun nedeni en üst düzeydeki sorumlu müdürün bir felaketin meydana geldiği yerel şantiye üzerinde doğrudan bir kontrole sahip olduğunu hayal etmenin zor olmasıdır. Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu bundan dolayı en üst düzeydeki sorumlu müdüre ceza hukuku yaptırımları uygulamak suretiyle ağır kazaların etkili şekilde önlenmesi amacıyla çıkarılmıştır. Bu amaç doğrultusunda Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'nda "sorumlu müdür vb." kavramı kullanılmıştır. "Sorumlu müdür vb." ifadesinden işletmeyi temsil eden ve işletmeyi denetleme yetki ve sorumluluğuna sahip olan bir gerçek kişi veya güvenlik ve sağlığa ilişkin çalışmalar için uygun yetkili bir başka kişi, bir merkezi idare makamının, yerel makamın müdürü veya bölgesel kamu işletmelerine ilişkin kanun kapsamındaki bir kişi anlaşılır (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 2/9).

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 4 hükmünde iş güvenliği konusunda bireysel işveren veya sorumlu kişinin yükümlülüğü düzenlenmektedir. Buna göre, sorumlu müdür vb. kişi, işyerinde çalışanların güvenlik ve sağlığına yönelik tehlike veya risklerin önüne geçilmesi için denetleme yapmalıdır. Sorumlu müdürün kanunda sayılan önlem alma yükümlülükleri şunlardır: 1) Kazaların engellenmesi için gerekli iş gücü ve bütçe dahil olmak üzere, bir iş güvenliği yönetim sisteminin kurulması ve uygulanmasına yönelik önlemler, 2)

Bir kaza durumunda tekrarlanmanın engellenmesine yönelik önlemlerin planlanması ve uygulanmasına yönelik önlemler, 3) İş güvenliği ile ilgili kanun ve yönetmelikler uyarınca yapılması gereken işlerin yürütülmesine yönelik önlemler, 4) İş güvenliği önlemlerini alma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için gerekli idari tedbirler (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 5).

Ayrıca Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 4 veya m. 5 hükümlerine aykırı hareket ederek bir veya daha fazla işçinin ölmesine neden olan her sorumlu müdür vb. kişi, bir yıldan fazla hapis veya bir milyar won'u aşmayan para cezası ile cezalandırılır. Bu durumda hapis cezası ve para cezası birlikte uygulanabilir (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 6/1). Öte yandan, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 4 veya m. 5 hükümlerine aykırı hareket ederek ağır yaralamaya neden olan sorumlu müdür vb. kişi, yedi yıldan fazla olmamak üzere hapis veya 100 milyon won'dan fazla olmamak üzere para cezası ile cezalandırılır (Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 6/1).

Özetle, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'nun sorumlu fail olarak bir tüzel kişinin gerçek temsilcisini veya sorumlu müdürünü belirlediği görülmektedir.

3.3. Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'na Eleştirel Bir Bakış

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu, iş kazaları sonucu meydana gelen ölümcül kazalar ve ağır yaralamalarla ilgili olarak sorumlu müdür vb. kişilerin ceza hukuku sorumluluğunu düzenlemekte ve öngörülen soyut cezayı da yüksek bir seviyede belirlemektedir. Kanunun çıkarılma nedeni, Kore'de toplumsal bir sorun haline gelen iş kazalarından kaynaklı ölüm olaylarını azaltmaktır.

Ancak bu kanunun uygulanması belirli kısıtlamalara tabidir. Cezai isnadiyet ilkesi (strafrechtliche Zurechnungsprinzip) göz önünde bulundurularak, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu ölümcül nitelikte kazanın meydana geldiği işyerini kontrol edemeyen sorumlu müdür vb. kişilere uygulanamaz. Bu sorun özellikle büyük şirket topluluklarının yönetici elemanları arasında yaygındır. Büyük şirket topluluklarının sorumlu müdürleri veya üst düzey yöneticilerinin çoğu şantiyede bulunmadığından, aksine işyerini şantiye müdürü kontrol ettiğinden, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu bu kişilere uygulanamaz.

Bununla birlikte Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu m. 4/1-1 hükmüne göre, sorumlu müdürlerin veya yönetici elemanların, kazaların engellenmesi için gerekli iş gücü ve bütçe dahil olmak üzere, bir iş güvenliği yönetim sisteminin kurulması ve uygulanmasına yönelik önlemleri almayı ihmal etmeleri nedeniyle bir işçi öldüğünde, bu kişiler cezalandırılacaktır. Özetle sorumlu müdürler ve yönetici elemanlar için ceza öngörülmesine rağmen, gerçekte cezalandırma vakalarının nadir olarak görüldüğü söylenebilir.

Öte yandan Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu ağır cezalarla donatılmış bir kanundur. Prensipte cezanın insan davranışlarını yönlendirme aracı olarak kullanılması son çare (ultima ratio) olmalıdır. Ancak endüstride her gün meydana gelen kazalara, ağır cezalarla karşılık vermenin uygun olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Birçok iş kazası daha ziyade işletme veya şirket topluluklarının faaliyetleriyle ilgili olduğundan ve işletmelerin amacı kar elde etmek olduğundan, işletmeler ve şirket toplulukları gibi tüzel kişilere karşı etkili yaptırımlar uygulamak, iş kazalarına veya ağır kazalara etkili bir reaksiyon olacaktır. Bu anlamda, ağır kazalara neden olan tüzel kişilerin cezalandırılması için yasal bir reform gereklidir.

4. İş Kazalarıyla İlgili Suçlara Yönelik Ceza Hukuku Yaptırımlarının Uygunluğu

Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi üzerinden uzun zaman geçmediği için, bu kanunun ihlal edildiği durumlara ilişkin anlamlı bir mahkeme kararı istatistiği henüz bulunmamaktadır. Burada, İş Güvenliği Kanunu'nun ihlallerinin cezalandırılmasının uygunluğu iki temel perspektiften incelenmelidir. Bir yandan İş Güvenliği Kanunu'ndaki suçlar için kanunda öngörülen soyut cezanın uygunluğu diğer yandan ise İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçları için tayin edilen somut cezanın uygunluğu.

4.1. İş Güvenliği Kanunu'na Muhalefet Suçları için Cezanın Belirlenmesindeki Genel Eğilim

İş Güvenliği Kanunu'nun ihlalleri için sanığa yüklenen ceza uygun ve etkili mi? Cezanın ağırlığı, potansiyel failin suç işlemesinin engellenmesinde önemli bir faktör değildir. Bununla birlikte, uygun olmayan hafif cezalar, özellikle de kurumsal bir suç (Unternehmensstraftat) söz konusu olduğunda, suçun işlenmesini önemli ölçüde cezbedici hale getirebilir. Bunun nedeni, maaliyet ve kazanç arasında rasyonel bir hesaplama yapan işletmelerin günlük yaşamda, basit bir maaliyete kıyasla büyük olan kazancın ve dolayısıyla suçun peşine düşecek olmalarıdır. Bu durum, İş Güvenliği Kanunu'nun ihlaline ilişkin mahkumiyet kararlarında da gözlemlenebilir.

İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçlarına ilişkin mahkemelerin ceza tayini istatistiklerine bakıldığında, İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçlarının söz konusu olduğu çoğu durumda, genellikle para cezası verilen ceza kararnamesi muhakemesinin (Strafbefehlsverfahren) talep edildiği görülmektedir. İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçlarından dolayı dava açıldığında dahi, mahkeme, yılda sadece beş veya daha az vakada sanıklar hakkında hapis cezasına hükmetmiştir. Bu bakımdan, İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçları için sanık hakkında hapis cezası gibi daha yüksek bir cezaya hükmedilmesi çok nadirdir.

4.2. İş Güvenliği Önlemlerinin İhmali Sonucu Ölüm İlişkin Öngörülen Soyut Cezanın Uygunluğu

İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmünün ihlali cürmü (Verbrechen) için öngörülen ceza, 7 yıla kadar hapis cezası veya 100 milyon won'a kadar para cezasıdır. Yasama sürecinde iş kazalarına bağlı ölüm sayısındaki artış karşısında kanuni ceza miktarının arttırılması gerektiği tartışılmıştır. Fakat kanun koyucu kanuni ceza miktarını arttırmamış bunun yerine mükerrir suçlular için bir hüküm getirmiştir. Buna göre iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm dolayısıyla mahkumiyet sonrasında 5 yıl içinde yeniden aynı suçu işleyen sanık hakkında mahkeme, İş Güvenliği Kanunu m. 167/1 hükmünde öngörülen cezanın yarısına kadar olan bir cezayla birlikte hüküm kurabilir (İş Güvenliği Kanunu m. 167/2).

Reforme edilmiş İş Güvenliği Kanunu'nun cezai yaptırımların seviyesini arttırması, bu durumun doğrudan savcılık iddianamesine veya mahkeme yargılamalarına yansıdığı anlamına gelmemektedir. İş Güvenliği Kanunu m. 167/2 hükmündeki mükerrir suçlular düzenlemesinin de mahkeme uygulaması üzerinde herhangi bir etkisi olması muhtemel

görülmemektedir. Bunun nedeni, mahkemenin kanunda öngörülen cezanın alt sınırına kadar bir ceza verebilecek olmasıdır. Uygulamanın cezanın belirlenmesinde mevcut çerçeveden sapmayacağı varsayılmaktadır.

4.3. İş Güvenliği Önlemlerinin İhmali Sonucu Ölüm İlişkin Cezanın Belirlenmesi Yönergesinin (Strafzumessungsrichtlinie) Uygulanlığı

Yürürlükteki Cezanın Belirlenmesi Yönergesine göre, İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçları için cezanın belirlenmesi, taksirle öldürme suçları kategorisindedir.¹⁰ Mevcut Cezanın Belirlenmesi Yönergesi yalnızca dava açılan ve hakimın sanığı kusurlu bulduğu ve bir hapis cezasına mahkumiyetine karar verdiği hallerde uygulanmaktadır. Bu nedenle ceza kararnamesi talep edilen ya da hakimın sanık hakkında para cezasına hükmettiği durumlarda, dava açılmış olsa dahi Cezanın Belirlenmesi Yönergesi uygulanmaz.

Daha önce Cezanın Belirlenmesi Yönergesinde iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm için tavsiye edilen cezanın sınırları, Ceza Kanunu kapsamındaki mesleki taksirle öldürme suçuna göre daha düşük belirlenmişti. İş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm için temel ceza aralığı yalnızca 6 aydan 1.6 yıla kadar iken, mesleki taksirle öldürme için temel ceza aralığı 8 aydan 2 yıla kadar olarak belirlenmişti. İş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm suçları için Cezanın Belirlenmesi Yönergesinin mesleki taksirle öldürmeye göre daha düşük tayin edilmesinin nedeni, Kore Cezanın Belirlenmesi Komisyonu'nun iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm suçları için Cezanın Belirlenmesi Yönergesini normatif bir bakış açısıyla değil, mahkemelerin önceki ceza tayini istatistiklerine dayanarak belirlemesidir.¹¹ Bu aynı zamanda Cezanın Belirlenmesi Yönergesinin yürürlüğü öncesinde mahkemenin ceza tayini uygulamasını da göstermektedir. Buna göre mahkeme iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm halinde mesleki taksirle öldürmeye kıyasla daha düşük bir cezaya hükmetmekteydi. Cezanın Belirlenmesi Komisyonu o zamandan bu yana, Cezanın Belirlenmesi Yönergesini revize etmiş ve iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm için temel ceza aralığını 1 yıldan 2.6 yıla kadar olacak şekilde artırmıştır¹².

5. Sonuç

İş Güvenliği Kanunu'na göre iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm suçlarıyla ilgili olarak yapılan son kanun değişikliğine rağmen ceza normlarının etkinliğinin hala düşük olması sorunu ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, Kore Yüksek Mahkemesi (KorOGH) iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm suçunun mağduru olarak kabul edilen "işçiyi", işveren ile esaslı bir iş ilişkisi içinde olan kişiyi şeklinde oldukça dar biçimde yorumlamaktadır. KorOGH'nin bu pasif tutumu, iş kazaları dolayısıyla iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölüm suçunun değil, mesleki taksirle öldürme suçunun uygulanmasına açık kapı bırakmaktadır.

Ayrıca İş Güvenliği Kanunu'nda öngörülen, iş güvenliği önlemlerinin ihmali sonucu ölümle ilişkin cezada uygun değişiklikler yapmaksızın, yalnızca mükerrir suçlulara karşı cezanın ağırlaştırılmasını yeniden tanımlayan ceza da istenmemektedir. Bunun nedeni, mükerrir

¹⁰ Cezanın Belirlenmesi Komisyonu (Strafzumessungskommission), *Cezanın Belirlenmesi Yönergesi (Strafzumessungsrichtlinie)*, 2023, 612.

¹¹ Lee Jinkuk, *Theorie und Praxis der Strafzumessung*, 2018, 138.

¹² Cezanın Belirlenmesi Komisyonu (Strafzumessungskommission), *Cezanın Belirlenmesi Yönergesi (Strafzumessungsrichtlinie)*, 2023, 613.

suçlu düzenlemesine rağmen mahkemenin ceza tayini uygulamasında alt sınırdan ceza vermesi ihtimalinin hala yüksek olmasıdır. Bu şüphe tamamıyla İş Güvenliği Kanunu'na muhalefet suçlarıyla ilgilenen mahkemelerin günümüzde verdiği en yüksek cezaların para cezaları olması olgusundan kaynaklanmaktadır.

Buna ek olarak Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu'nun yapılması da arzu edilen bir durum değildir. Çünkü sanayi tesislerinde düzenli olarak meydana gelen ölümcül kazalara, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu ile karşılık vermenin uygun olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Birçok iş kazası daha ziyade işletme veya şirket topluluklarının faaliyetleriyle ilgili olduğundan ve işletmelerin amacı kar elde etmek olduğundan, bu gibi tüzel kişilere karşı etkili yaptırımlar uygulamak, iş kazalarına veya ağır kazalara etkili bir reaksiyon olacaktır. Bu nedenle, Ağır Kazaların Cezalandırılması Kanunu yerine ağır kazaya neden olan işletmeyi cezalandırmak için yeni bir kanun yapılması daha mantıklıdır.

Kaynaklar / References

Jo, Heumhak. „Verletzung und Bestrafung des Arbeitsschutzgesetzes“. *Dong-A Law Review*, no. 69 (2015).

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 26. Mai 1995, 95do230.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 14. Mai 2004, 2004do74.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 27. August 2002, 2002do27.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 28. April 2006, 2005do3700.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 14. Mai 2009, 2008do101.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 29. Mai 2014, 2014do3542.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 28. August 2014, 2014do3242.

Der Oberste Gerichtshof Südkoreas. Urteil vom 11. März 2021, 2018do10353.

Lee, Jinkuk. *Theorie und Praxis der Strafzumessung*. 2018.

Woo, Hee-sook. „Voraussetzung und Strafbarkeit der Unterlassung der Arbeitsschutzmaßnahmen.“ *Hongik Law Review* 14, no. 1 (2013).

Woo, Heesook. „Voraussetzung und strafrechtliche Verantwortung des Unterlassungsdelikts der Arbeitsschutzmaßnahmenpflicht.“ *Hongik Law Review* 14, no. 1 (2013).

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Jinkuk LEE | Ajou Üniversitesi

Prof. Dr. Jinkuk Lee, Ajou Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesördür. 2000 yılında Almanya'daki Marburg Üniversitesi'nden Hukuk Doktoru (Dr. iur.) ünvanını almıştır. 2022 yılında Kore Ceza Hukuku Derneği Başkanı olarak görev yapmıştır.

Prof. Dr. Jinkuk LEE | Ajou University

Prof. Dr. Jinkuk Lee is a professor at Ajou University's Faculty of Law. He received his Doctor of Laws (Dr. iur.) from the University of Marburg in Germany in 2000. He served as President of the Korean Criminal Law Association in 2022.

RİSK TOPLUMUNDA İŞ KAZALARINDAN KAYNAKLANAN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU

Doç. Dr. Reşit KARAASLAN
Anadolu Üniversitesi

Özet

Sosyolog Ulrich Beck, günümüz modern toplumunu “risk toplumu” olarak tanımlamıştır. Bu ifade, ceza hukukunu da derinden etkilemiştir. Klasik anlamda suç genel teorisi, tipik eylemi icra eden “son kişiyi” esas almıştır. Ne var ki günümüz toplumunda netice birçok zaman tek kişinin değil, birden çok kişinin katkısıyla meydana gelmektedir. İşbu çalışmada iş kazalarından doğan ceza sorumluluğunun sınırları ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu arka plan ile çalışmada birden fazla kişinin sebep olduğu taksirli suçlarda ceza sorumluluğunun ne şekilde ele alınması gerektiği açıklanmıştır. Keza iş kazalarının sebebi kimi zaman kamu görevlilerinin görevlerini gereği gibi yapmamalarıdır. Buna örnek olarak kamu görevlilerinin gerekli denetimleri yapmaması verilebilir. Çalışmada Türk Ceza Kanunu m. 257’de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun, ikincilliğinin ne anlama geldiği, iş kazaları çerçevesinde ele alınan bir diğer konu başlığıdır.

Anahtar Kelimeler

Taksir, Güven İlkesi, Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali, İş Kazası, Kusurluluk, Görevi Kötüye Kullanma

C CRIMINAL OFFENSES AGAINST THE LABOR PROTECTION LAW IN THE RISK SOCIETY

Assoc. Prof. Dr. Reşit KARAASLAN
Anadolu University

Abstract

Sociologist Ulrich Beck has defined today's modern society as a "risk society". This statement has profoundly affected criminal law. In the classical sense, the general theory of crime is based on the "last person" who committed the typical act. However, in today's society, the result is often not the result of a single person, but with the contribution of multiple persons. In this study, the limits of criminal liability arising from occupational accidents will be tried to be revealed. With this background, this study explains how criminal liability should be handled in negligent crimes caused by more than one person. Likewise, the cause of occupational accidents is sometimes the failure of public officials to perform their duties properly. An example of this is the failure of public officials to carry out the necessary inspections. In the study, the meaning of the secondary nature of the offense of misconduct in office regulated under Article 257 of the Turkish Penal Code is another topic addressed within the framework of occupational accidents.

Keywords

Negligence, Principle of Trust, Breach of Duty of Care and Attention, Occupational Accidents, Culpability, Misconduct in Office

1. Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Rolü

Türk Ceza Kanunu, “Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.” (TCK m. 20/1) hükmüyle¹, bireyin yalnızca kendi gerçekleştirdiği tipik fiilden sorumlu olacağını ortaya koymaktadır. Kusur ilkesinin bir yansıması olan bu düzenleme, suç genel teorisinin hem bir sonucu hem de dayanağıdır.

Suç genel teorisi, tipik eylemi “son hareketi/fiili” gerçekleştiren “tek kişinin” ceza sorumluluğunu kurgulamak amacıyla geliştirilmiştir². Ancak, günümüz dünyasında, özellikle sanayi ve hizmet sektörü hacminin gelişmişlik ölçütü olarak kabul edildiği ve bazı yazarlar tarafından “risk toplumu”³ olarak adlandırılan bu modern yapıda, netice yalnızca “son fiili gerçekleştiren kişi” yani “suça en yakın fail” (Tatnächster) tarafından değil; bir süreç boyunca, bu sürece farklı şekillerde katkıda bulunan birçok kişinin ortak çabası sonucu meydana gelmektedir⁴. Neticenin birden fazla kişinin katkısıyla ortaya çıkması, suç genel teorisinin ise sadece “son hareketi gerçekleştiren kişiyi” esas alması, ceza hukukunun “gerçek sorumluları” tespit etme başarısının kamuoyunda sorgulanmasına yol açmıştır⁵. Bu noktada, maden kazaları⁶, tren kazaları, çevre felaketleri ve iş kazaları gibi olayların hatırlatılmasına gerek yoktur⁷.

Öte yandan, ceza hukukunun yaşanan trajik olaylarda birilerini sorumlu tutmak amacıyla keyfi şekilde kullanılamayacağı da açıktır. Bu bağlamda, hem ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kusur ilkesine hem de risk toplumunda zorunlu olan iş bölümüne dikkat edilmelidir. Bireysel sorumluluk ilkesi, kolektif bir hatadan doğan neticenin, bu hataya katılan bireylere otomatik olarak yüklenmesini engeller. Neticenin bir bireye isnat edilebilmesi için, bireyin hukuka uygun davranış ile hukuka aykırı davranış arasında özgürce seçim yapabileceği bir durumda bulunması ve bu durumda hukuka aykırı davranmayı tercih etmesi gerekmektedir. Bu gerçekleştiğinde, kolektifin neden olduğu netice, bireyin süreçteki rolü oranında ona yüklenebilir⁸.

İş bölümü de kolektifin hatasından kaynaklanan neticenin bireylere otomatik olarak yüklenmesini engelleyen bir mekanizmadır. Bir işletmede her iş herkes tarafından yapılmaz; bu, çalışanların nitelikleri, tecrübeleri ve eğitim seviyeleri gibi faktörlerden kaynaklanan doğal bir organizasyonel yapıdır. Bu doğrultuda, bir çalışan, işletmenin bir parçası olarak

¹ „Die strafrechtliche Verantwortung ist personengebunden. Niemand darf für die Tat eines anderen verantwortlich gemacht werden“, Silvia Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch* (Berlin: Duncker & Humblot, 2021), 29.

² Nikolaus Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002), 9; Günther Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellem Fehlverhalten zu kollektivem Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995), 28; Thomas Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998), 71.

³ Ulrich Beck, *Risk Toplumu – Başka Bir Modernliğe Doğru* (İstanbul: İthaki Kitap, 2011), 21.

⁴ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 7.

⁵ Thomas Grosse-Wilde, “Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgszurechnung – Über Alleinursachen, Mitursachen, Hinwegdenken, Hinzudenken, Risikorealisation und Unumkehrbarkeitszeitpunkt im Love Parade-Verfahren” *ZIS*, 2017: 638.

⁶ *Yarg. 12. CD.*, 30.09.2020, E. 2020/200, K. 2020/4732 – *Soma Faciası I*; *Yarg. 12. CD.*, 18.01.2021, E. 2021/744, K. 2021/307 – *Soma Faciası II*.

⁷ Reşit Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları* (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 24.

⁸ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 8.

hem emir alan hem de emir veren, hem kontrol eden hem de kontrol edilen bir konumda bulunabilir. Dolayısıyla, risk toplumunda bir kişi bir işi yerine getirirken diğer bireylerle iş birliği içinde çalışmalı; aynı zamanda, tüm işleri kendisinin yapması mümkün olmadığından, bazı yetkilerini sorumlu olduğu alt sistemde çalışan diğer bireylere devretmeli ve bu kişileri denetleyip gözetmelidir⁹.

Neticenin ortaya çıkmasına katkıda bulunan kişilerin, bu süreçte oynadıkları role göre cezalandırılmasını öngören bireysel sorumluluk ilkesi hiçbir zaman eleştiri konusu yapılmamış ya da sorgulanmamıştır. Ancak bu ilkenin iş bölümüne yaptığı atıf, kişilerin ceza sorumluluğundan kurtulmaları için bir “kaçış yolu” olarak değerlendirilmiş; modern ceza hukukunda öngörülen bireysel sorumluluk ilkesinin, neticenin meydana gelmesinde rol oynayan kişilerce kötüye kullanıldığı dile getirilmiştir. Bu durum, “organize sorumsuzluk” (organisierte Unverantwortlichkeit) olarak adlandırılmış; gerçek sorumlular yerine, sadece kamuoyunu rahatlatmak amacıyla bazı kişilerin “günah keçisi” ilan edildiği ileri sürülmüştür^{10,11}.

Risk toplumunun bu çıkmazını aşmak için çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Gerçekten de “gerçek sorumluya ulaşmak” ve “herkesin kusuru kadar cezalandırılması” hedefi doğrultusunda ceza hukuku bazen yeni hukuki müesseseler geliştirmiş, bazen de mevcut müesseseleri yeniden yorumlamıştır.

Bu konuların tümü elbette bu çalışmada detaylı olarak ele alınamayacaktır. Ancak genel bir çerçeve çizmek adına bazı temel hususlara dikkat çekmek gerekmektedir.

Risk toplumunun ceza hukukunda getirdiği en önemli paradigma değişikliklerinden biri, ünlü Deri Spreyi/Erdal Kararı ile gerçekleşmiştir¹². Bu karardan önce, birden fazla kişinin farklı roller üstlenerek neticeye katkıda bulunduğu durumlarda, kullanılan klasik yöntem olan “bottom-up” yaklaşımı, önce neticeyi “doğrudan” meydana getiren “son eylemi gerçekleştiren” kişinin sorumluluğunu araştırmaktaydı. Sonrasında ise neticenin ortaya çıkmasında dolaylı olarak rol oynayan diğer kişilerin ceza sorumluluğu incelenirdi. Ancak bu kararlar birlikte, sistem değişmiş ve BGH, suçun işlenmesine yönelik talimat veren ya da iş akışını denetlemeyerek suça zemin hazırlayan kişilerin de sorumlu tutulacağını belirtmiştir (top-down). Bu yöntem değişikliği, özellikle iş bölümü ve sorumluluğun paylaşımı konusunda etkisini göstermiştir¹³.

(a) Kasten işlenen suçlar açısından, ceza hukuku yeni bazı kavramlarla tanışmıştır. İlk kez “top-down” bakış açısıyla, bir alt çalışanın şirket faaliyetleri çerçevesinde işlediği suçtan, üst yönetimin de sorumlu tutulabileceği ortaya konmuştur¹⁴. BGH’ya göre, bu durum iki şekilde

⁹ Gerhard Dannecker, “§ 5: Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation” (Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015), 3.

¹⁰ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 13; Heine, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellem Fehlverhalten zu kollektivem Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken* (Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995), 34; Rotsch, *Individuelle Haftung in Großunternehmen*, 20; Bernd Schünemann, “Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität.” *wistra*, 1982: 34.

¹¹ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 35.

¹² BGH, Urteil vom 06.07.1990 – 2 StR 549/89 (BGHSt 37, 106 = NStZ 1990, 587 = NJW 1990, 2560).

¹³ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 39.

¹⁴ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 363; Dannecker, “§ 5: Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation”, 4.

değerlendirilebilir. İlk ihtimal, üst yönetimin alt çalışana hukuka aykırı talimatlar vermesidir; bu durumda “organizasyon hâkimiyetine dayanan dolaylı faillik” (mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft) söz konusu olacaktır¹⁵. İkinci ihtimal ise üst yönetimin, alt çalışanın hukuka aykırı fiilini bilmesine rağmen bunu engellememesidir; bu durumda “suçu engellemeyen üst yöneticinin ihmali sorumluluğu” (Geschäftsherrenhaftung) gündeme gelecektir¹⁶.

(b) Taksirle işlenen suçlar açısından ise dikkate değer gelişmeler olmuştur. Bu karar sonrasında, taksirle işlenen suçlarda müşterek faillik kavramı tartışılmaya başlanmış ve güven ilkesi ceza hukukunda yeni bir bakış açısıyla daha detaylı incelenmeye başlanmıştır. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde bu konulara dair detaylı açıklamalar yapılacaktır.

Bu genel açıklamaların ardından, çalışmanın planı şu şekilde ortaya konulabilir: Çalışmada, iş kazaları örneği üzerinden taksirle işlenen suçlardan doğan ceza sorumluluğunun sınırları açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak, iş kazası niteliğinde olmasa da gerekli durumlarda farklı alanlardan da örnekler verilecektir.

2. Önsorun: Kast veya Taksir

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan olası kast ile bilinçli taksir ayrımı, bu çalışmanın odak noktası değildir. Dolayısıyla kısa bir açıklama yeterli olacaktır: TCK, olası kast-bilinçli taksir ayrımında isteme teorisini benimsemiştir¹⁷. Bu nedenle, bir iş kazası meydana geldiğinde, doğrudan taksirli suçtan bahsetmek yanlış bir yaklaşımdır. Aksine, “daha fazla kâr elde etme” düşüncesi dahi, olası kastın (dolus eventualis) var olup olmadığının somut olay çerçevesinde dikkatlice değerlendirilmesini gerektirir. Olası kast ile “bilme ve isteme” (dolus), “muhtemel olana” (eventualis) uygulanır ve böylece kastın kapsamı taksir aleyhine genişletilir. Olası kastın kabulü için failin neticeyi olasılık dâhilinde öngörmesi ve kabullenmesi yeterlidir. Neticenin fail tarafından öngörülmesine rağmen arzu edilmeyen bir sonuç olması her zaman olası kastın dışında bırakılacak bir durum değildir.

¹⁵ BGH, Urteil vom 26.07.1994 – 5 StR 98/94 (BGHSt 40, 218 = NSTZ 1994, 537).

¹⁶ BGH, Urteil vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11 (BGHSt 57, 42 = NSTZ 2012, 142 = NJW 2012, 1237); BGH, Urteil vom 17.07.2009 – 5 StR 394/08 (BGHSt 54, 44 = NSTZ 2009, 686).

¹⁷ Art. 21 tStGB – Vorsatz: „(1) Das Vorliegen einer Straftat hängt vom Bestehen eines Vorsatzes ab. Vorsatz ist die wissentliche und willentliche Verwirklichung der Merkmale des gesetzlichen Straftatbestandes. (2) Begeht eine Person eine Tat, obwohl sie vorsieht, dass sie die Merkmale des gesetzlichen Straftatbestandes verwirklichen könnte, so liegt Eventualvorsatz vor. In diesem Fall wird die Straftaten, die mit lebenslanger erschwelter Gefängnisstrafe bedroht ist, lebenslanges Gefängnis, bei Straftaten, die mit lebenslangem Gefängnis bedroht sind, 20 bis 25 Jahre Gefängnis verhängt; bei den anderen Straftaten wird die Grundstrafe um ein Drittel bis um die Hälfte gemildert.“ Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch, 29. Art. 22 tStGB – Fahrlässigkeit: „(1) Fahrlässig begangene Taten werden in den Fällen bestraft, in denen das Gesetz dies ausdrücklich vorsieht. (2) Fahrlässigkeit ist ein Verhalten, bei dem der im gesetzlichen Tatbestand bezeichnete Erfolg durch eine Sorgfaltspflichtverletzung verwirklicht wird, ohne dass er vorhergesehen wurde. (3) Tritt ein Erfolg ein, den eine Person vorhergesehen, aber nicht gewollt hat, so liegt bewusste Fahrlässigkeit vor; in diesem Fall wird die Strafe für die Fahrlässigkeitstat um ein Drittel bis um die Hälfte verschärft. (4) Die wegen einer Fahrlässigkeitstat zu verhängende Strafe wird nach der Schuld des Täters bestimmt. (5) Bei Straftaten, die durch die Fahrlässigkeit von mehr als einer Person begangen wurden, ist jeder nach seiner eigenen Schuld verantwortlich. Die Strafe eines jeden Täters wird nach seiner Schuld gesondert bestimmt. (6) Führt der durch eine fahrlässige Handlung eingetretene Erfolg dazu, dass nur der Täter persönlich oder in seiner familiären Situation in einem Maße Opfer wurde, dass eine Strafe nicht mehr erforderlich ist, so wird keine Strafe verhängt; die bei bewusster Fahrlässigkeit zu verhängende Strafe kann auf die Hälfte bis auf ein Sechstel gemildert werden.“ Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch, 30.

Çünkü istemek, “arzu etmek” ya da “hoşlanmak” anlamına gelmez; yalnızca “göze almak” demektir. Bu bağlamda, failin neticenin gerçekleşme olasılığını görmesine rağmen, daha fazla kâr elde etmek gibi “esas amaç uğruna” yan neticenin meydana gelmesini göze alması hâlinde, olası kast var demektir. Dolayısıyla, yan neticenin (örneğin bir işçinin ya da üçüncü bir kişinin ölümü) fail tarafından arzulanmış olması şart değildir. Olası kast, fail tarafından arzu edilmeyen fakat kabul edilen sonuçları da kapsayabilir^{18,19}

Ancak Türk Hukuku'nda, özellikle yargı kararlarında, bilinçli taksirin genellikle toplu bir şekilde kabul edildiği görülmektedir. Dünyanın en büyük maden kazalarından biri olan ve 300'den fazla işçinin öldüğü olayda dahi, Yargıtay bilinçli taksiri kabul etmiştir:

Karara konu olan olay basitleştirilmiş şekliyle şöyledir²⁰: 2009 yılında birçok yerde maden sahası işleten (X) şirketi, maden sahasının kendilerine devri için TKİ'ye başvuruda bulunmuştur. (X) şirketi yaptığı başvuruda yıllık 1.500.000 ton tüvenan kömürün üretimini yapacağını belirtmiştir. Şirket ayrıca madenin sağlıklı şekilde işletilebilmesi için gerekli düzenlemeleri yapacağını da taahhüt etmiştir. Bunlar arasında olası bir kazanın önlenmesi, kaza olması durumunda ise işçilerin rahatlıkla dışarıya çıkabilmesi için gerekli olan yeni bir “acil nefeslik çıkış yolu” yapılması, en dikkat çekici olanıdır. Şirket ayrıca 6000 m³/dk kapasiteli yeni bir vantilatörün kurulmasını da taahhüt etmiştir. Ne var ki çıkartılacak kömürün yüksek ranklı kömürler sınıfında yer aldığı bilinmesine rağmen (X) şirketi ne acil nefeslik çıkış yolunu yapmış ne de vantilatörü kurmuştur. Taahhüt edilen hususların yerine getirilmemesi sebebiyle madende bir insanın sağlıklı çalışması için gerekli olan oksijen seviyesine ulaşamamıştır. Gerçekten de ocağa yaklaşık 1800-1850 m³/dk havanın girdiği, bunun 882 m³/dk'lık kısmının A ve H panolarına, 918 m³/dk'lık kısmının ise S panosuna ayrılmakta olduğu; vardiyada yaklaşık 800 işçinin çalıştığı nazara alındığında kişi başına düşen hava miktarının 3 m³/dk olduğu, bunun temiz ve rahat ocaklar için yeterli olduğu ancak somut olaydaki gibi gazlı, tozlu, nemli ve sıcak kömür ocağında 6 m³/dk'nın altına düşürülmemesi gerektiği bilimsel olarak bilinmektedir. Taahhütlerin yerine getirilmemesi dışında kömürün çıkartılma sistemi de madende bulunan kömürün yapısı ile uyumsuzdur. 3 katta gerçekleştirilen üretimde sürtünmeli direk, patlayıcı madde ve martopikör kullanılmıştır. Ayrıca şartnameye aykırı şekilde kara tumba yöntemi de kullanılmıştır. 2014 yılında S panosunda yangın çıkmış, 100 maden işçisi (İ1-100) zehirlenerek ölmüştür.

Yapılan incelemeler sonucunda şu tespitlerde bulunulmuştur:

1. Üretimin artırılması amacıyla yer altına yerleştirilmek istenen araçların S panosuna yerleştirilemediği bunun sonucu olarak bilimsel tüm verilere aykırı şekilde ikinci havalandırma yolu açılmadan kulikar yol açıldığı, bu yolun açılması nedeniyle havalandırma açısından S panosunun bulunduğu yerde “durgun zon” oluştuğu, bunun da yangına sebebiyet verdiği; üstüne üstlük (X) şirketi tarafından bu bölüme merkezi izleme sensörlerinin yerleştirilmediği anlaşılmıştır.

¹⁸ Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları* (Ankara: Adalet Yay., 2018), 85.

¹⁹ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 392.

²⁰ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 389.

2. Madende toplamda 2953 adet karbonmonoksit ferdi kurtarma maskesinin bulunduğu, bunların 2678 adedinin kullanım ömrünü tamamlandığı; bazı maskelerin 16-20 yıl önce üretildiği; oysaki bir gaz maskesinin ömrünün en fazla 3-3,5 yıl olduğu anlaşılmıştır.

3. (X) şirketi tarafından işçilere 42 saatlik eğitim verileceğinin karara bağlandığı ve işçilerin özlük dosyalarına bu eğitimlerin verildiğine ilişkin evrakların eklendiği görülmüşse de beyanı alınan işçilerin bu eğitimlerin gerçekte tam olarak verilmediğini, hiç eğitim almadan ya da birkaç saatlik eğitimle maden ocağında çalıştırıldıklarını, herhangi bir tatbikat yapılmadığını belirttikleri anlaşılmıştır. Bunun sonucu olarak olay sırasında çoğu işçinin gaz maskesini nasıl kullanacaklarını bilmedikleri, burunlarını dahi kapatmadan maskeyi kullanmaya çalıştıkları, bazılarının ise gaz maskesini hiç takamadıkları belirlenmiştir. Keza işçilerin kriz anında nasıl davranmaları gerektiğini bilmedikleri ve tatbikat yapılmaması nedeniyle kaza anında güvenli bölgeleri ve çıkış yolunu bulamadıkları anlaşılmıştır. Ayrıca "kurs takip çizelgesi" kapsamında olay tarihinde eğitimde gözüken işçilerden bazılarının kaza sırasında yer altında bulunduğu, bir kısmının kaza nedeniyle vefat ettiği görülmüştür.

4. Ocakta işçileri tehlikeden haberdar edecek merkezi bir alarm veya uyarı sisteminin bulunmadığı anlaşılmıştır.

5. Kazanın en önemli nedeninin üretim zorlaması olduğu anlaşılmıştır. Maden ocağını işleten önceki şirket iki yıla yakın sürede ancak 852.803 ton kömür üretebilmişken; (X) şirketi 2010 yılında 2.599.388 ton, 2011 yılında 2.619.300 ton, 2012 yılında 3.816.014 ton, 2013 yılında 3.566.456 ton kömür üretimi yapmıştır.

Dolayısıyla aşağıdaki açıklamalar, Türk Hukukunda iş kazalarındaki manevi unsura yönelik genel kanaatten dolayı, suçun taksirle işlendiğinden hareketle yapılacaktır²¹. Zira Türk Hukukunda olabilir. Hemen belirtelim ki, kasti bir davranışla iş kazasına sebebiyet verilmesi istisnai bir durumdur²². İş kazası denildiğinde daha ziyade taksire dayalı sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığı tartışılmaktadır. Kısacası iş kazalarında taksirli sorumluluk esas, kasti sorumluluk ise istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. Birden Fazla Kişinin Sebep Olduğu Taksirli Suçlarda Sorumluluğun Belirlenmesi

Risk toplumu düşüncesi ile klasik ceza hukuku teorisinin bir araya gelmesinden bu yana tartışmaların merkezinde olan konulardan biri, taksirli suçlara birden fazla kişinin sebebiyet verdiği durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceğidir. Aslında bu tartışmanın nedeni oldukça açıktır. Yukarıda da belirtildiği gibi, karmaşık iş ilişkilerinin yaygın olduğu günümüzde netice genellikle tek bir kişinin fiili ile meydana gelmemektedir. Neticenin oluşmasına katkıda bulunan birçok kişi bulunmaktadır.

Bu sebeple, özellikle son yıllarda Alman Hukuku'nda taksirli suçlarda müşterek faillik kavramı gündeme gelmeye başlamıştır.

²¹ Yarg. 12. CD., 18.01.2021, E. 2021/744, K. 2021/307 – Soma Faciası II.

²² Yarg. 12. CD., 30.09.2020, E. 2020/200, K. 2020/4732 – Soma Faciası I.

(1) Ancak, taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının tartışılmasına gerek duyulmayan bazı durumlar vardır. Bunlardan en önemlisi, kasıtlı bir suça taksirle iştirak edilemeyeceği kuralıdır.

Bu durum, yakın tarihte Alman mahkemelerinin de karşısına gelen ve genellikle ABD’de merkez üssü olan, ancak dünyanın birçok yerinde yaşanabilecek türden olan “okul baskını” ve benzeri olaylar üzerinden açıklanabilir. Örneğin, 11 Mart 2009 tarihinde psikolojik rahatsızlıkları olan ve uzun süredir tedavi gören 17 yaşındaki (A), babasının evde bulundurduğu silahı alarak okuduğu okulu basmış, 15 kişiyi öldürmüş, 14 kişiyi yaralamış ve ardından intihar etmiştir (Winnenden Olayı). BGH, (A)’nın babası (B)’nin tüm ölüm ve yaralanma neticelerinden taksirle sorumlu olduğuna karar vermiştir; çünkü (B), silahını evde kilitli bir kasada tutması gerektiği halde bunu yapmamıştır²³. Öğreti, BGH’nın bu kararını desteklemiştir²⁴. Modern ceza hukuku her ne kadar herkesin yalnızca kendi eyleminden ve kusurundan sorumlu olacağını (Selbstverantwortungsprinzip) savunsa da, rücu yasağı teorisi (Regressverbot) -yani, taksirli bir davranışın üçüncü bir kişinin kasıtlı suçunun ön safhasını oluşturduğu durumlarda neticenin ilk taksirli davranış sahibine yüklenemeyeceği düşüncesi- modern ceza hukukunda geçerli bir görüş değildir²⁵.

(2) Taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının tartışılmasına gerek olmayan bir diğer durum, üçüncü bir kişinin taksirli davranışının eklenmesiyle ortaya çıkan ve her bireyin kendi taksirli fiilinden ayrı ayrı sorumlu tutulabileceği olaylardır. Örneğin, müteahhit (A)’nın inşaat sırasında eksik malzeme kullanması, anne (B)’nin küçük çocuğu (C)’yi gözetimsiz bir şekilde balkonda bırakması ve çocuğun balkon demirlerine yaslandığı sırada demirlerin devrilmesi sonucu balkondan düşüp hayatını kaybetmesi²⁶. Bu olayda müşterek faillikten söz etmeye gerek yoktur, çünkü her iki taraf da kendi taksirli fiilinden ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır²⁷.

(3) Taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının tartışılmasına gerek duyulmayan bir diğer durum ise güven prensibinin uygulandığı olaylardır. Ancak bu konu, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

(4) Aslında, “taksirli suçlarda müşterek faillik” teorik olarak mümkündür^{28,29}. Ancak bu konuda yanlış anlaşılmanın önüne geçmek için şu hususun altını çizmek önemlidir: Taksirli

²³ BGH, Beschluss vom 22.03.2012 – 1 StR 359/11 (NStZ 2013, 238).

²⁴ Christian Jäger, “Der Amoklauf von Winnenden – Die strafrechtliche Konsequenzen.” JA, 2012:634.

²⁵ Claus Roxin, “Bemerkungen zum Regressverbot” 177; Jürgen Welp, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung* (Berlin: Duncker & Humblot, 1968), 124.

²⁶ Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2021), 226.

²⁷ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 240.

²⁸ Ancak hemen ifade etmek gerekir ki taksirli suçlarda müşterek faillik kurumu Türk Hukukunda hem öğreti hem yargı kararlarında net bir şekilde reddedilmektedir (örneğin YCGK, 19.12.1995, 357/386).

²⁹ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 304; Friedrich Dencker, *Kausalität und Gesamttat* (Berlin: Duncker & Humblot, 1996), 177; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C.H. Beck, 2008), § 26 kn. 4; Simone Kamm, *Die fahrlässige Mittäterschaft* (Berlin: Duncker & Humblot, 1999), 175; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre* (Berlin: Walter de Gruyter, 2004), § 21, 114; Andreas Ransiek, *Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen* (Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1996), 67; Joachim Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung* (Tübingen: Mohr Siebeck, 1997), 282; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat* (München: C.H. Beck, 2003), § 25, 239; Alexander Schaal, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2001), 221; Bettina Weißer, “Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?” JZ, 1998: 230.

suçlarda müşterek faillik kavramının teorik olarak mümkün olması, birden fazla kişi tarafından işlenen her taksirli suçta bu kişilerin otomatik olarak müşterek fail olduğu anlamına gelmez. Aksine, Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 22/5 hükmünde de haklı olarak vurgulandığı gibi, birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli suçlarda temel kural, herkesin yalnızca kendi kusurundan sorumlu tutulmasıdır. Dolayısıyla, birden fazla kişi tarafından işlenen bir taksirli suç söz konusu olduğunda, bu kişilerin her biri, diğerlerinin oynadığı rolden bağımsız olarak ele alınabiliyorsa, taksirli suçlarda müşterek faillikten söz etmeye ve TCK m. 22/5'in belirlediği kuraldan sapmaya gerek yoktur.

Başka bir deyişle, taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının mümkün olduğunu belirtmek, TCK'nın benimsediği iştirak teorisinin reddi anlamına gelmez. Örneğin, bir tren kazası, inşaat kazası, maden kazası ya da depremde normlara aykırı inşa edilen bir binanın yıkılması gibi durumlarda taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının tartışılmasına genellikle gerek duyulmamaktadır. Bu tür olaylar, güven ilkesi çerçevesinde ele alınan "klasik olaylar" olarak adlandırılabilir. Çünkü çoğu durumda, failin taksirli davranışına başka bir kişinin taksirli bir eylemi eklense dahi, herkes kendi kusurundan ayrı ayrı sorumlu tutulmaktadır.

Dolayısıyla, taksirli suçlarda müşterek faillik kavramının uygulanma alanı çok spesifik ve sınırlı durumlarla ilgilidir. Bunlardan ilki, "neticeye sebep olan kişinin tespit edilemediği ve bu nedenle in dubio pro reo ilkesi uyarınca neticeyi meydana getiren kişilerin sorumluluğuna gidilemediği" durumlardır. Bir diğeri ise "kurul hâlinde alınan kararlardır". Alman öğretisinde de birçok yazar tarafından kabul edilen bir görüşe göre, bu iki durumda taksirli suçlarda müşterek faillikten söz edilebilir. Bunun için üç koşulun bir arada bulunması gerekir: Birincisi, failer arasında ortak hareket etme bilincinin varlığıdır (subjektif unsur); ikincisi, iş bölümü esasına dayanan bir iş birliğinin olmasıdır (objektif unsur); üçüncüsü ise ihlal edilen dikkat ve özen yükümlülüğünün her fail açısından aynı olmasıdır³⁰.

Bu düşüncenin Türk Ceza Hukuku'na aktarılması mümkündür. Taksirli suçlarda müşterek faillik kavramına karşı öne sürülebilecek tüm argümanlar, bir ölçüde geçersiz kılınabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki taksirli suçlarda müşterek faillik, TCK m. 22/1'e aykırı değildir. TCK m. 22/1, yalnızca hangi suçların taksirle işlenebileceğini ve bu suçların belirlenmesinin kanun koyucuya ait olduğunu ifade etmektedir. Bu hükmün işlevi yalnızca bu çerçevede sınırlıdır. Taksirli suçlarda müşterek faillik kurumu, bu işlevi geçersiz kılmaz; çünkü bu kavram, yalnızca kanunda taksirle işlenebileceği belirtilen suçların müştereken de işlenebileceğini ortaya koyar.

Ayrıca, kurum TCK m. 40/1'e de aykırı değildir. "Bağlılık kuralı" başlıklı TCK m. 40/1, suça "şerik" olarak iştirak etme şartlarını belirlemektedir. Bu hükümde yer alan "kasten" sözcüğü, bir kişinin şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için failin işlediği suçun kasten işlenen bir suç olması gerektiğine işaret eder. Ancak TCK m. 40/1, taksirli suçlarda müşterek faillik konusunda bir yargıda bulunmamaktadır.

Taksirli suçlarda müşterek faillik kavramına karşı ileri sürülebilecek en önemli argüman, TCK m. 22/5 hükmüdür. Ancak yukarıda da açıklandığı üzere, bu kavramın kabul edilmesi, birden fazla kişi tarafından işlenen her taksirli suçta tüm failerin otomatikman müşterek fail sayılacağı anlamına gelmez. Gerçekten de neticenin ortaya çıkmasına katkıda bulunan her

³⁰ Weißer, "Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?" 230.

kişinin rolü, diğerlerinden bağımsız olarak değerlendirilebiliyorsa, müşterek faillik söz konusu olmaz. Oysa, taksirli suçlarda müşterek faillik, faillerin sorumluluklarının net bir şekilde belirlenemediği durumlarda gündeme gelir. Başka bir ifadeyle, TCK m. 22/5 yan yana failliği düzenler, ancak taksirli suçlarda müşterek faillik konusunda bir belirleme yapmaz. Yan yana faillik ile müşterek faillik, birbirini dışlayan kavramlar değildir; aksine, farklı uygulama alanlarına sahip iki kavramdır. Bu nedenle, bir düzenleme yalnızca bir kavramı ele alıyor diye, diğerinin reddedilmesi gerektiği sonucuna varılmamalıdır.

Son olarak, TCK m. 37/1 hükmünün sadece kasten işlenen suçlar için geçerli olmadığını belirtmek gerekir. Hüküm, yalnızca “fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her birinin” fail olarak sorumlu tutulacağını ifade etmekte; ancak bu fiilin kasıtlı mı yoksa taksirli mi olması gerektiğine dair bir açıklama yapmamaktadır. Bu bağlamda, Alman doktrininde dahi taksirli suçlarda müşterek faillik kavramını reddeden yazarların, TCK m. 37/1’in karşılığı olan § 25 II StGB’nin “nötr” bir düzenleme olduğunu ve taksirli suçlarda müşterek faillik kavramını dışlamadığını kabul etmeleri şaşırtıcı değildir³¹.

4. Güven Prensibi

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, taksirli suça birden fazla kişinin sebebiyet verdiği durumlarda sorumluluğun nasıl belirleneceği konusunda genellikle iki yol olduğu kabul edilmektedir. Ancak suç bir iş kazası olduğunda, sorumluluğun belirlenmesinde taksirli suçlarda müşterek faillik kavramı yetersiz kalmaktadır. Birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli suçlarda, yukarıda belirtildiği gibi, neticenin ortaya çıkmasında rol oynayan kişilerin sorumluluğu esasen TCK m. 22/5 çerçevesinde değerlendirilmelidir; bu kişilerin koşullar uygun olduğunda yan yana fail olarak kabul edilmesi gerekmektedir³². Bir iş kazasında, neticenin ortaya çıkmasına neden olan her bir kişinin rolü, diğerlerinin rolünden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Çünkü bu kişilere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğü birbirinden farklıdır.

Bu noktada devreye güven ilkesi girmektedir. Güven ilkesi, oldukça makul ve kolay anlaşılır bir nedene dayanmaktadır: Bir toplumda kaçınılmaz olan sosyal temaslar sırasında, insanlar sürekli olarak diğerlerinin hatalı ya da yanlış davranacağı varsayımıyla hareket etmek zorunda bırakılırsa, bu durum ceza hukukunun korumayı amaçladığı hukuki yararların azalmasına değil, yalnızca toplumsal düzenin tamamen işlevsiz hale gelmesine yol açacaktır.

³¹ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 254, 259, 263, 268, 270.

³² YCGK, 18.11.2014, E. 2013/38, K. 2014/493: “Sanığın pazarlama, satış ve limana gelen gemilere malın düzenli şekilde yüklenmesini sağlamadan sorumlu olduğu F2 İnşaat Nakliyat San. ve Tic. Ltd. Şti’nde forklift operatörü olarak çalışan ölen K5’in, suç tarihinde saat 16.00-24.00 arasında görevli iken fazladan çalışmaya kaldığı, kanuni çalışma süresini geçecek şekilde işyerinde bulunduğu, yorgun düşüp uykusuz kaldığından saat 06.30 sıralarında depo girişinde bir çuvalı üzerine örtterek uyuduğu, çimento getiren ve kullandığı tır aracını geri geri manevra yaptırarak depoya girmeye çalışan inceleme dışı diğer sanık K2’nin kullandığı araçla ezilmesi sonucu kaldırıldığı hastanede hayatını kaybettiği olayda, şirket yetkilisi olan sanığın işçi olan ölene kanuni süreyi geçecek şekilde mesai yaptırması, mesaiye kalan işçilerin dinlenebilmeleri açısından uygun bir yer temin etmemesi, iş sağlığı ve iş güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığını denetlememesi, araçların gerekli önlemler alınmak suretiyle depoya girmesi hususunda yeterli denetim ve gözetim faaliyetlerinde bulunmaması şeklindeki kusurlu eylemlerinin, ölen K5 ve tır şoförü K2’nin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareketleri ile birleşmesi sonucunda ölüm neticesinin meydana geldiği, ölen ile hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşen tır şoförü K2’nin kusurlu davranışlarının sanığın hareketi ile netice arasında nedensellik bağıni kesmediği gibi adı geçenlerin kusurlu hareketleri ile birlikte ölüm neticesinin meydana gelmesinde etkili olduğu anlaşıldığından, taksirle ölüme neden olma suçunun sabit olduğu kabul edilmelidir.”

Bu nedenle, toplumsal faaliyetlerin sürdürülebilirliği, “güvensizlik ilkesi”nin (Misstrauensgrundsatz) değil, “güven ilkesi”nin (Vertrauensgrundsatz) ceza hukukunda yer bulmasını gerektirir. Böylece, bireyin başkalarının hukuka uygun davranacağına dair inancı güvence altına alınmış olur³³. Nitekim, “yeşil ışık, sadece kendisine kırmızı yanan sürücülerin duracağına güvenen bir sürücü” için anlam ifade eder^{34,35}.

Güven ilkesi, tarihsel gelişiminde her ne kadar ilk kez 1954 yılında trafik ceza hukuku bağlamında ele alınmış olsa da³⁶ teorik temellerini aslında tıp ceza hukukuna borçludur. Nitekim, “trafik kurallarına uygun şekilde araç süren bir kişi, diğer sürücülerin de kurallara uyacağına haklı olarak güvenebilir, dolayısıyla aracını sürekli tedirgin bir şekilde, fren üstünde kullanması gerekmez” düşüncesi³⁷, 1979 yılında tıp ceza hukuku çerçevesinde daha detaylı incelenmiş³⁸ ve bu ilke, ekip çalışması şeklinde yürütülen faaliyetlerde, yatay ve dikey iş ilişkilerinde sorumluluğun belirlenmesinde kullanılmaya başlanmıştır³⁹. Günümüzde yatay iş bölümü bağlamında, bir operasyon sırasında her doktorun, diğer doktorun kendi uzmanlık alanına giren konularda tıp kurallarına uygun şekilde müdahale ettiğine güvenebileceği, aksini gösteren açık ve somut bir işaret (örneğin sarhoşluk ya da hastalık) olmadığı sürece doktorlar arasında karşılıklı bir denetim yükümlülüğünün bulunmadığı genel olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Aynı ilke dikey iş bölümü için de geçerlidir. Bu bağlamda temel prensip “şef doktor prensibi” olarak adlandırılır. Buna göre, tıbbi bir müdahalede tüm sorumluluk, hiyerarşik anlamda üst konumda olan hekime aittir. Eğer bu hekim, gerekli organizasyonu sağlar, iş bölümünü düzgün yapar ve yetkiyi ehil bir doktora devrederse, devrettiği doktorun tıbbi müdahaleyi uygun şekilde gerçekleştireceğine duyduğu güven korunur ve sorumluluktan kurtulmuş olur^{41,42}.

Bu durumda, esas cevaplanması gereken soru şudur: Yetki devri ne anlama gelir ve hangi koşullarda yetki devreden kişiyi sorumluluktan kurtarır?

Yetki devri, yetki devreden kişiyi otomatik olarak sorumluluktan kurtarmaz. Yetki devrinin belli şartlara uygun bir şekilde yapılmış olması gerekir. Her ne kadar bu şartlar konusunda bugüne kadar genel geçer kurallar belirlenmemiş olsa da, bazı temel noktalar şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle, yetki devredilen kişi işin ehli olmalıdır. Başka bir deyişle, yetki devredilen kişinin yapacağı iş için gerekli niteliklere (örneğin eğitim, sertifika, iş tecrübesi) sahip olması gerekir⁴³. Ayrıca yetki devreden kişi, yetki devredilen kişiye hangi yetkileri

³³ Eidam, “Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick” 913.

³⁴ Erik Kraatz, “Zur Straftathaftung der Beteiligten am Bau – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 252/08.” *JR*, 2009: 182.

³⁵ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 244.

³⁶ BGH, Urteil vom 02.10.1979 – 1 StR 440/79 (NJW 1980, 649).

³⁷ Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 95.

³⁸ BGH, Urteil vom 02.10.1979 – 1 StR 440/79 (NJW 1980, 649).

³⁹ Gunnar Duttge, “Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit” *ZIS*, 2011: 350.

⁴⁰ Lutz Eidam, “Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick” *JA*, 2011: 914.

⁴¹ Eidam, “Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick” 915.

⁴² Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 245.

⁴³ Akbulut, Berrin. “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları.” *THD* 13, no. 143 (Temmuz 2018): 20; Mahmut Koca

devrettiğini açık bir şekilde belirtmeli ve bu yetkilerin sınırlarını net bir biçimde, hiçbir belirsizliğe mahal vermeyecek şekilde tanımlamalıdır. Yetki devredilen kişiye ayrıca gerekli tüm finansal (örneğin harcama veya satın alma yetkisi) ve diğer maddi kaynaklar (ekipman gibi) sağlanmalıdır⁴⁴. Eğer yetki devralan, yetkisini kullanırken sürekli olarak yetki devredene danışmak veya onay almak zorunda kalıyorsa, bu durumda geçerli bir yetki devrinden bahsetmek mümkün değildir⁴⁵. Ayrıca, yetki devreden kişi, yetki devralana gerekli eğitimleri sağlamak veya bu eğitimlerin alınabilmesi için uygun bir ortam hazırlamakla yükümlüdür. Son olarak, yetki devreden kişinin, yetki devrine rağmen belirli bir kontrol ve denetim sorumluluğunun devam ettiği unutulmamalıdır. Yetki devreden, sürekli denetim yapmak zorunda olmasa da, zaman zaman habersiz kontroller gerçekleştirmelidir. Yetki devralanın görevi gerektiği gibi yerine getirmediğine dair işaretler varsa, yetki devreden kişi duruma müdahale etmeli, gerekli talimatları vermeli ve gerekirse yetki devrini sonlandırmalıdır⁴⁶. Ancak bu koşullar yerine getirildiğinde, geçerli bir yetki devrinden ve dolayısıyla yetki devreden kişiyi sorumluluktan kurtaran bir durumdan söz edilebilir. Çünkü unutulmamalıdır ki, yetki devri tek başına, ekip çalışmasında üst konumdaki kişiye otomatik olarak bir koruma kalkanı sağlamaz^{47, 48}.

5. Mevzuat ve Uygulamadan Örnekler

İş kazaları sonucunda ortaya çıkan ceza sorumlulukları, Türk hukukunda da temel olarak güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu, yüksek yargı kararlarında da vurgulanmıştır. Buna göre, “birden fazla kişinin faaliyetine katıldığı durumlarda, taksir sorunu başkalarının doğru davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Bu bağlamda, disiplinler arası bir ekip çalışmasında herkes, diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, ekipte çalışan her birey yalnızca kendi faaliyet alanına ilişkin meslek kurallarına uymaktan sorumludur.”⁴⁹

Ancak bu noktada, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için altı çizilmesi gereken önemli bir husus daha vardır. İş kazaları, Türk hukukunda genellikle taksir çerçevesinde ele alınmaktadır. Ayrıca, iş kazaları sonrası işverenlerin cezai sorumlulukları genellikle kazanın

and İlhan Üzülmöz. “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler” *AD* 64 (2020): 261; Rettenmaier Felix and Lisa Palm, “Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen” *NJOZ*, 2010: 1416; Klaus Rogall, *KK-OWiG* § 130, kn. 54; Hans-Georg Schulze, “Vermeidung von Haftung und Straftaten auf Führungsebene durch Delegation” *NJW*, 2014: 3487.

⁴⁴ Akbulut, “İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları,” 20; Rettenmaier and Lisa, “Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen” 1416; Rogall, *KK-OWiG*, § 130, 55; Schulze, “Vermeidung von Haftung und Straftaten auf Führungsebene durch Delegation,” 3487.

⁴⁵ Nurten Öztürk, *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021), 254.

⁴⁶ Rettenmaier and Lisa, “Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen” 1417; Rogall, *KK-OWiG*, § 130, 62; Schulze, “Vermeidung von Haftung und Straftaten auf Führungsebene durch Delegation,” 3487.

⁴⁷ Thorsten Alexander, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen* (Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2005), 116, 195; Dannecker, “§ 5: Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation”, 2.

⁴⁸ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 252.

⁴⁹ *YCGK*, 16.05.2000, E. 2000/104, K. 2000/110.

önlenememesi, yani gerekli ekipmanların sağlanmaması gibi ihmallerden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, Türk hukuku açıkça “ihmal suretiyle işlenen taksirli suç” kavramına yer vermemektedir. Bu nedenle, işverenlerin ve ilgili kamu görevlilerinin sorumluluğu incelenmeden önce, Türk hukuku açısından “ihmal suretiyle işlenen taksirli suç” kavramının açıklanması faydalı olacaktır.

5.1. İhmal Suretiyle İşlenen Taksirli Suç

Taksirli suçlar ihmalle de işlenebilir; buna “taksirli ihmali suç” ya da “ihmal suretiyle işlenen taksirli suç” (fahrlässiges Unterlassungsdelikt) denir⁵⁰. Alman Federal Mahkemesi (BGH), ocakta yangın çıkmasına rağmen üç yaşındaki çocuğunu evde bırakan bir annenin, çıkan yangında çocuğun ölmesine sebep olduğu olayda, annenin ihmal suretiyle taksirle adam öldürme suçunu işlediğine karar vermiştir⁵¹. BGH, bu olayda “ağırlık noktası” (Schwerpunkt des Vorwurfs) teorisi⁵² çerçevesinde annenin eylemini ihmali bir davranış olarak değerlendirmiştir. Çünkü annenin evi terk etmesi icrai bir davranış olsa da neticeye sebep olan esas ihmal, ocağın kapatılmamasıdır⁵³.

Türk Ceza Kanunu (TCK), ihmali suç kavramını kasten işlenen sınırlı sayıdaki suç tiplerinde düzenlerken⁵⁴, Alman Ceza Kanunu (StGB) bu kavramı Genel Hükümlerde ele almış ve böylece kasten veya taksirle işlenen her suçun, mahiyeti elverdiği takdirde ihmalle de işlenebileceğini kabul etmiştir.

Türk Ceza Hukukunda “taksirli ihmali suç” kavramının henüz yerleşmemiş olması, iki annenin cezasız kalacağı anlamına gelmemektedir⁵⁵; çünkü eylemleri, taksirle öldürme kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁶. Alman Federal Mahkemesinin (BGH) ele aldığı olaylarda davranışın ihmali bir eylem olarak değerlendirilmesi ve neticenin ise icrai davranışı cezalandıran norm ile yaptırıma tabi tutulması, kanunilik ilkesine aykırı değildir.

⁵⁰ Kristian Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: Verlag Vahlen, 2017), § 20, 1.

⁵¹ BGH, Beschluss vom 17.08.1999 – 1 StR 390/99 (NStZ 1999, 607).

⁵² BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 393/18 (BGHSt 64, 135 = NJW 2019, 3089); BGH, Urteil vom 03.07.2019 – 5 StR 132/18 (BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092).

⁵³ Kühn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20, 1.

⁵⁴ TCK m. 83, 88, 94/5.

⁵⁵ Koray Doğan, *Birden Fazla Kişinin Kusurlu Hareketinin Nedensel Olduğu İş Kazalarında Cezai Sorumluluğun Tayini* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 66.

⁵⁶ YCGK, 08.12.2015, E. 2014/161, K. 2015/493: “Başkasının yaşamını korumak bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan garantör konumundaki kişi, bu yükümlülüğünü ölüm neticesinin gerçekleşeceğini bilerek yerine getirmese, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) söz edilecektir. Buna karşılık, garanti yükümlülüğü altında bulunan kişi, yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bunu korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle kasten yapmamışsa ve fakat bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak yine de ölüm neticesi meydana gelmişse taksirle ölüme sebebiyet verme suçu (TCK m. 85) söz konusu olabilecektir. Başkasının hayatını korumak ve gözetmekle yükümlü bulunan kişi, bu yükümlülüğünü dikkatsiz ve özensiz davranışıyla da ihlal edebilir. Örneğin, bir bakıcı kendisine bırakılan küçük bir çocuğun evdeki sehpaaların üzerine çıkıp aşağı atlamasını görmesine rağmen diğer işlerini bitirmek için çocukla ilgilenmediği ve gerekli önlemi almadığı takdirde çocuğun düşerek ölmesi halinde, ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunduğu ve bu yükümlülüğünü özensiz davranışıyla ihlal etmiş olduğundan taksirle ölüme neden olmadan dolayı sorumlu tutulacaktır. Bu nedenle, ölüm neticesinin ihmali bir davranışa bağlı olarak meydana geldiği hallerde somut olayın şartları dikkate alınarak, ölüm neticesi bakımından failin kasten mi, yoksa taksirle mi hareket ettiği belirlenmelidir. Bununla birlikte, ölüm neticesinin kasten meydana geldiği hallerde olası kast, taksirle meydana geldiği hallerde ise bilinçli taksir şartlarının oluşup oluşmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.”

Aslında, her taksirli suçta bir “ihmal anı” mevcuttur. Çünkü taksir, ihmali içerir; bir kişinin “dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi” demek, o kişinin “dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı ihmal etmesi” anlamına gelir⁵⁷. Kısacası, taksirli suçlar özünde ihmali suçtur⁵⁸. Dolayısıyla, “dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı ihmal eden kişinin, bu yükümlülüğü ihlal ettiği için” cezalandırılması, ihmali suçların icrai suçlara göre ikincil olduğu prensibinin bir sonucudur. Bu nedenle, “annenin evi terk etmesi her ne kadar icrai bir davranış olsa da neticeye sebep olan eylem, ocağı kapatmamasıdır” ifadesi ile “annenin ocağı kapatmadan evden çıkması neticeye sebep olmuştur” ifadesi, Türk Ceza Hukuku açısından aynı anlamı taşır. Nitekim taksirli suçun hukuki dayanağının, öngelen tehlikeli eylemin hukuki dayanağı ile aynı olması ve bunun da “başkasına zarar verme”(neminem laede) prensibine dayanması şaşırtıcı değildir⁵⁹. Bu noktada Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) garantörlüğün kaynağı olarak kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli eyleme atıf yaptığı (TCK m. 83) hatırlanmalıdır. Taksirli bir davranışın olup olmadığını değerlendirirken sorulması gereken en önemli soru, failin dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğidir. Bir kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünün kapsamı zaten kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli eylemler çerçevesinde belirlenir⁶⁰. Bu bağlamda, annenin garantör olarak mı yoksa dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir kişi olarak mı sorumlu tutulacağı sadece bir tercih meselesidir. Eğer TCK, tıpkı Alman Ceza Kanunu (StGB) gibi ihmali suçları Genel Hükümlerde düzenleseydi, annenin “ihmal suretiyle işlenen taksirle öldürmeden” sorumlu tutulduğunu vurgulamak uygun olurdu. Ancak mevcut TCK sisteminde, annenin sorumluluğunu icrai davranış üzerinden kurmak da mümkündür. Nitekim, bu yol, garantörlüğün kaynaklarının - Türk Hukukunda olduğu gibi - şekli hukuki yükümlülük öğretisi ile açıklandığı dönemlerde Alman Hukukunda da tercih edilmiştir⁶¹.

Sonuç olarak, bir iş kazasında işlenen suçun taksirle işlenen bir suç olduğu kabul edildiğinde, Türk Hukuku açısından eylemin icrai ya da ihmali bir davranışa dayanması, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde bir fark yaratmaz⁶².

5.2. İşverenin Ceza Sorumluluğu

İş kazalarına konu olan çalışma hayatında dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin ilke ve esaslar kural olarak 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile belirlenmiştir. 6331 sayılı Kanun “iş kazasını”, “İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenengelli hâle getiren olay” olarak tanımlamıştır. Bu tanım, kendisine iş hukuku hükümlerinin uygulanması zımında sonuç bağlanmak üzeri formüle edilmiştir. Dolayısıyla bu tanım kapsamına giren bir kazanın gerçekleşmesi, ceza hukuku açısından bir bağlantı noktasını oluşturur. Bu aşamadan sonra

⁵⁷ Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. (Ankara: Seçkin Yay., 2003), 242.

⁵⁸ Helmut Fünfsinn, *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht* (Frankfurt am Main: Peter Lang, 1985), 40; Rolf Dietrich Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip* (Berlin: Walter de Gruyter, 1972), 237; Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1959), 166.

⁵⁹ Dannecker, “§ 5: Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation”, 32.

⁶⁰ Bosch, *Organisationsverschulden in Unternehmen*, 368.

⁶¹ BGH, Urteil vom 12.02.1952 – 1 StR 59/50 (BGHSt 2, 150 = NJW 1952, 552); BGH, Urteil vom 29.11.1963 – 4 StR 390/63 (BGHSt 19, 167 = NJW 1964, 731).

⁶² Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 372.

yaşanan iş kazası nedeniyle cezai sorumluluğun şartlarının oluşup oluşmadığı, kazaya konu olan iş alanına ilişkin çalışma şartlarını belirleyen mevzuat da göz önünde bulundurularak, ceza hukukunun kendi prensipleri çerçevesinde değerlendirilir.

Bir iş kazasından söz edildiğinde konunun doğrudan 6331 sayılı Kanun çerçevesinde değerlendirilmesi gündeme gelmekte ise de iş kazasına konu olan faaliyet alanının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira maden işletmeciliği, inşaat faaliyetleri gibi özel iş alanlarında, alınması gereken tedbirlerin bu alana özgü mevzuat ile düzenlendiği görülmektedir. Örneğin 3213 sayılı Maden Kanununda maden üretim faaliyetlerinin icrasına ilişkin kurallar; 3194 sayılı İmar Kanununda ve 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanunda inşaat faaliyetleri icrasına ve yapı denetimine ilişkin kurallar ve bu alanlara özgü dikkat ve özen yükümlülüğü getiren normlar oluşturulmaktadır. Bu alanlarda bir iş kazası söz konusu olduğunda işçi sağlığı ve güvenliği mevzuatının yanı sıra ilgili alana özgü dikkat ve özen yükümlülüğü getiren bu kuralların öncelikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir⁶³. Bu çalışmada sadece 6331 sayılı Kanuna yer verilecektir.

5.2.1. Genel Açıklamalar

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, işverene kimi bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bu yükümlülüklerin ihlali sorumluluğa yol açacaktır.

Kanuna göre işveren, çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşları ifade eder (m. 3). Kanunun 4. Maddesi işverenin yükümlülüklerini genel hatları ile sıralamıştır.

“(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede;

a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.

b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır.

ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır.

d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır.

(2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz.

(3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez.

(4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.”

Görüldüğü üzere söz konusu hüküm işverenin yükümlülüklerini sıralamıştır. Bu yükümlülükler, önleme, bilgilendirme ve eğitime, denetleme ve işçilerin katılımını sağlama şeklinde dört ana başlıkta sıralanmaktadır. İşverenin, iş kazasından sorumlu tutulmaması

⁶³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 256.

için söz konusu bu tedbirlerin tümünün alınış olması şarttır⁶⁴. Aksi durumda işverenin sorumluluğu doğacaktır⁶⁵.

5.2.2. İşveren Vekili

Pek tabii ki bir işverenin tüm bu yükümlülüklerin altından tek başına kalkması mümkün değildir. Bu nedenle 6631 sayılı Kanun m. 3/2'ye göre "İşveren adına hareket eden, işin ve

⁶⁴ Muhammed Demirel, *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 311; Rettenmaier and Lisa, "Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen" 1416; Rogall, *KK-OWiG*, § 130, 59; Schulze, "Vermeidung von Haftung und Straftaten auf Führungsebene durch Delegation," 3487. *Yarg. 12. CD.*, 17.10.2017, E. 2017/4006, K. 2017/7581: "Sanıklardan ...'ın, katılanın çalıştığı ... AŞ'nin yönetim kurulu başkanı olduğu, incelenen dosyada şirket kapsamında yürütülen faaliyetlerin belli bir organizasyon çerçevesinde yürütüldüğünün, sanıklar ve katılanın iş yerindeki sıfatları da göz önünde bulundurduğunda belirli bir hiyerarşi içinde çalışıldığının, çalışanlara iş güvenliği, iş kazaları ve iş güvenliği mevzuatı hakkında gerekli eğitimlerin verilmiş olduğunun anlaşıldığı göz önünde bulundurularak, meydana gelen iş kazasında sanığa atfı kabil bir kusurun bulunmadığı göz önünde bulundurularak beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi, (...)"

⁶⁵ Pek tabii ki neticenin objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir, kıyaslayınız *YCGK*, 31.03.2015, E. 2013/654, K. 2015/75: "Sanık F.D.'ün doksan işçinin çalıştığı bir mermer fabrikasının sahibi, sanık M.G.'in işletme müdürü, maden teknikeri olan ölenin ise altı yıldır aynı fabrikada fayans kesim sorumlusu olup, çıkan mermerin kalitesini kontrol etmekle yükümlü bulunduğu, çalışmaya başlamadan evvel işe elverişlilik bakımından sağlık raporu aldığı, iş sözleşmesinde; "işyerindeki makine, alet ve teçhizatı usulüne uygun olarak ve özenle kullanmayı, görevi ile ilgili bulunmayan işlerle uğraşmamayı, kendisine teslim edilmemiş makine, alet ve edevatı kullanmamayı taahhüt eder" şeklinde, iş güvenliği talimatında da; "verilen görevi, tarif edilen şekilde yapacağım, isimden başka bir işe karışmayacağım, amirimin verdiği emre uyacağım" biçiminde hükümler bulunduğu, "iş sağlığı ve güvenliği, iş kazaları ve kişisel koruyucular" konularında eğitim aldığı, sanıkların bütün çalışanlarla birlikte öleni de çalışma prensipleri ile riskleri başta olmak üzere işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında bilgilendirdiği, buna karşın altı yıldır aynı fabrikada çalışan ve üretim müdürü olarak görev yapan ölenin, görev alanının dışında bulunan makinelerin üzerinin örtülebilmesi için çatıya branda serilmesi konusunda, bu işleri yapmakla görevli teknik elemalara talimat verdiği, bununla yetinmeyerek diğer işçilerin ikazlarını göz ardı edip, herhangi bir güvenlik önlemi almadan çatıya çıktığı, çatıda ayağında bot, kafasında baret, belinde emniyet kemeri ile çalışıp makinenin üstünü brandayla kapatma işini bitiren ve inmek üzere merdivene doğru yürümekte olan görevliyi kırılğan malzemeden yapılmış aydınlatmanın üzerine basmaması hususunda uyardığı, ancak kendisinin bu bölüme basması sonucunda yaklaşık altı metre yükseklikten beton zemine düşerek hayatını kaybettiği olayda; ağır ve riskli işler kapsamında olan, ancak daha önce iş kazasının yaşandığına ilişkin dosyada herhangi bir bilgi ya da belge bulunmayan fabrikada, işçi sağlığı ve iş güvenliğinin gerektirdiği önlemlerin alındığı, çalışanların mesleki riskler ve korunma yolları konularında yeterince bilgilendirildiği, gerekli yerlere uyarı levhaları asıldığı, bu bağlamda "çatıya çıkmak yasaktır" ikazının da bulunduğu, işçilere lüzumlu ekipmanların verildiği, olay tarihinde çatıda çalışan işçinin baret, bot ve emniyet kemeri kullandığı, bu bilgilendirme ve uyarılara rağmen, üretimden sorumlu olup, mermerlerin kalitesini kontrol etmekle görevli olan, çatı veya çatıda yapılan işle ilgili sorumluluğu bulunmayan ölenin, işletme müdürü ya da fabrika sahibinden talimat veya izin almadan ve gerekli malzemeleri de kullanmadan sorumluluk alanı dışında bulunan ve daha önce hiç çıkmadığı çatıya çıkarak çatıda çalışan işçiyi polyester malzemeden yapılmış aydınlatma kısımlarına basmaması konusunda ikaz etmesine rağmen, kendi dikkatsiz ve tedbirsiz davranışları sonucu aynı yere basarak düştüğü hususları göz önüne alındığında, neticenin ölenin kendi hareketi sonucu meydana geldiği, çatıya branda sermesi ya da yapılan işi kontrol etmek üzere çatıya çıkması hususunda ölene herhangi bir talimat vermeyen ve çalışanları sürekli gözetlemelerine imkân bulunmayan fabrika sahibi ve işletme müdürünün iş güvenliği ve işçi sağlığı konusunda yeterli önlem alınıp alınmadığını denetlemedikleri, uyarı levhalarını gerekli yerlere astırmadıkları veya fabrikada merdiven ya da seyyar bir platform bulundurmadıkları kabul edilse bile, bu hareketleriyle meydana gelen zararlı netice arasında nedensellik bağı bulunmadığı, çatıyla ilgili doğrudan bir faaliyet göstermeyen fabrikada çatı merdiveni ya da platform bulundurulmamasının da sonuca doğrudan etkili olmadığı, meydana gelen zararlı neticeye ölenin kendi hareketiyle sebebiyet verdiği, sanıklara izafe edilebilecek herhangi bir kusur bulunmadığı, sanıklara kusur yükleyen bilirkişi raporlarının da mahkemeyi bağlayıcı nitelikte olmadığı anlaşıldığından, sanıkların atılı suçtan beraatlarına karar verilmesi gerekmektedir."

işyerinin yönetiminde görev alan işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılır.”

Bu bağlamda Kanun, her an işyerinde olmayan ya da olsa dahi uzmanlığı her alanda mevcut olmayan işverenin yetki devri yapabileceğini kabul etmiştir. Kendisine yetki devri yapılan bu kişiler uygulamada müdür, şef gibi isimlerle anılmaktadır. Bu durum esasen güven prensibi ile yakından ilişkilidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere sanayi ve hizmet sektörü hacminin gelişmişlik düzeyi olarak algılanmaya başlamasının etkisiyle sosyal ilişkiler karmaşıklaşmış; bunun sonucu olarak ortaya çıkan “risk toplumu”nda, neticenin ortaya çıkmasına sebep veren kişilerin götürü şekilde “sorumlu” addedilmesinin mümkün olmadığı kabul edilmiştir. Zira modern çağda birden fazla kişinin neticeye taksirle neden olması, esasen birçok zaman ekip çalışmasının sonucudur. Gerçekten de bir şirkette, şirket yöneticisinin her işi kendisinin yapması mümkün olmadığı gibi bu, beklenebilir de değildir. Şirket yöneticileri genel politikaları belirler, bu politikaların hayata geçirilmesi için ise bir taraftan kendi aralarında iş bölümü yapar diğer taraftan da kendi yetkilerini bir alt çalışana devreder. İş paylaşımının hukuka uygun yapılmasından sonra herkes kendi organizasyon alanında “sorumlu kişi” addedilir; diğer kişiler, cezanın şahsiliği ilkesi yani kusur ilkesi uyarınca “sorumsuz” addedilir⁶⁶. Ancak bu sorumsuzluğun oluşabilmesi için yetki devrinin gerekli şartları taşıması gerekir. Bunların neler olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu noktada sadece kimi hatırlatmalarda bulunmak yeterli olacaktır. Yetki devri yapılan kişi işin ehli olmalıdır ve işveren kimi zaman bu kişileri yine de denetlemelidir.

5.2.3. İşyeri Profesyonelleri

Tüm bu hususların yanında 6331 sayılı Kanun, mesleki risklerin önlenmesi hususunda işverenin yetki devrini sınırlı ölçüde iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarına bırakabileceğini düzenlemiştir (m. 6). Kanuna göre “İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı, görev aldığı

⁶⁶ Yarg. 12. CD., 03.07.2015, E. 2014/20611, K. 2015/12468: “Sanık ...’ın, kazanın meydana geldiği taş ocağı şantiye alanında şantiye şefi maden mühendisi olarak, sanık ...’ın ise yetkili müdür olarak görev yaptığı, olay tarihinde işçi M.. S.’in idaresindeki taş yüklü kamyonla taş ocaklarından çıkarak, zemini stabilize kaplamalı, 8.40 metre genişliğinde, buz kaplı ve çamurlu, sağ tarafında şarampol bulunan yolda, yükü ile birlikte toplam 25 ton ağırlığındaki kamyonla iniş meyilli Poligon sokağında seyri sırasında devrilerek ...’in öldüğü olayda, araçta yapılan teknik incelemeye göre, “kazaya karışan 2000 model damperli kamyonun, 2007 yılından beri araç muayenesinin yapılmadığı, kaza anında arka dingil ve ilave dingil frenlerinin çalışmadığını, yalnızca ön tekerlerinin freninin çalıştığını, aracın üzerindeki 14 ton yük ile birlikte aracın kendi ağırlığı da dikkate alındığında toplam 25 tonluk bir yük ile eğimli, ıslak, çamurlu bir yolda sadece ön tekerlerin frenlemesi ile kontrolün mümkün olmadığı ve aracın belirtilen bu teknik kusurlarının kazaya sebebiyet verdiğinin” anlaşılması karşısında; a) Her ne kadar şantiye şefi ...’ın iş yerinde güvenlik önlemlerinin zamanında alınmasından sorumlu olup araçların bakımının da bu kapsamda düşünülmesi gerektiği belirtilerek meydana gelen taksirle ölüme neden olma suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş ise de, sanığın maden mühendisi olduğu, şantiye alanında ve saha ile sınırlı olarak görevli olduğu, taşıma yapan araçların bakımı ve kontrolü yönünde teknik bir görevinin bulunmadığı, ayrıca alınan ifadesine göre, kendisine iletilen bir araç arızası da bulunmadığı anlaşılmakla, sanığa atfı kabil kusur bulunmadığı gözetilmeyerek, beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi, b) Olay tarihinde şantiye alanında bulunan ve şirketi temsile yetkili kılınan sanık ...’ın kullanılan aracın muntazam bakımının yaptırılması, yapılan bakımların envanterinin tutulması, araç muayenelerinin yaptırılması hususlarından sorumlu bulunduğu, ancak dosya kapsamına göre, kazanın meydana geldiği kamyonun 5 yıldır araç muayenesinin yapılmadığı gibi, belirtilen süre içerisinde aracın bakımının yaptırıldığına dair herhangi bir belge sunulmadığı görülmekle, belirtilen süreler içerisinde teknik arızası sebebiyle kazaya neden olan aracın bakımının yaptırılıp yaptırılmadığının araştırılması, yapılmadığının tespiti hâlinde ise, bakımları yaptırılmaksızın bu şekildeki teknik arızalara sahip araçların tehlikeli iş türünde ve tehlikeli arazi alanlarında çalıştırılarak meydana gelen ölüm sonucunun öngörülebilir olduğunun kabulü ile sanığın eyleminde bilinçli taksir koşullarının oluştuğunun gözetilmemesi (...).”

işyerinde göreviyle ilgili mevzuat ve teknik gelişmeleri göz önünde bulundurarak iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur.” (m. 8/2).

5.2.4. Alt İşveren

Yetki devrinin özel bir görünüş şekli ise harici yetki devridir (= *externe Delegation/Outsourcing*). Bununla ifade edilmek istenen, şirketin uzmanlık alanını aşan, özel bilgi gerektiren işlerde, yetkinin şirket dışı üçüncü kişilere bırakılmasıdır. Örneğin taşeronluğun istisnai bir düzenleme olduğu ülkemiz iş hayatında her ne kadar sürekli göz ardı edilmekteyse de uygulamadaki adıyla alt-işveren, harici yetki devrine klasik bir örnektir. Ceza hukuku bakımından ise harici yetki devrinde sorumluluk, alt-işveren ile asıl-işveren arasındaki ilişkinin içeriğine göre yatay ve dikey yetki devrine ilişkin kurallara göre belirlenmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu madde 2 fıkra 6’ya göre “*Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”*

Keza 6331 sayılı Kanunun 22. Maddesine göre asıl işveren ile al işveren arasındaki koordinasyondan asıl işveren sorumludur. Dolayısıyla esasen alt işverenlik ilişkisinin olduğu bir durumda dahi meydana gelen iş kazasından esas olarak asıl işveren sorumludur. Ancak yukarıda detayları açıklandığı şekliyle sorumluluk son tahlilde yetki devri kurallarına göre yapılmalıdır.

Uygulamada ise Yargıtay, mutlaka asıl işveren ile alt işveren arasındaki sözleşmeye dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Zira uygulamada sözleşme ile asıl işveren işi tümüyle alt işverene devretme; böylece sorumluluktan kurtulma yoluna gitmektedir. Üstüne üstlük yapılan sözleşmelerde asıl işverenin herhangi bir cezai sorumluluğunun da olmadığı belirtilmektedir. Daha da ilginç Yargıtay’da böylesi düzenlemeleri onaylamaktadır⁶⁷. Ancak sözleşme ile ceza hukuku sorumluluğunu düzenlemek mümkün olmamalıdır⁶⁸.

5.2.5. Ara Sonuç

Öyleyse Kanunun öngördüğü sistem şu şekilde özetlenebilir: Türk Hukukunda iş kazalarında işveren esas sorumludur. Ancak bu kişi yetkisini belli koşullar altında işveren vekiline bırakabilir. Bu bağlamda işveren tarafından rahatlıkla görülebilecek eksiklikler sebebiyle sorumluluk kendisinde olacaktır. Buna karşın rahatlıkla görülebilmesi mümkün olmayan eksiklikler bakımından ise sorumluluk işveren vekillerine aktarılabilecektir. Ancak bunun için yetki devrinin geçerli olması şarttır. Eğer iş yerinde bir iş sağlığı ve güvenliği uzmanı veya

⁶⁷ Yarg. 12. CD., 03.02.2020, E: 2019/5131, K: 2020/980.

⁶⁸ Demirel, *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, 334; Doğan, *Birden Fazla Kişinin Kusurlu Hareketinin Nedensel Olduğu İş Kazalarında Cezai Sorumluluğun Tayini*, 131 vd.

işyeri hekimi var ise ve bu kişi eksiklikleri belirtmiş ise, buna rağmen bu eksiklikler giderilmemiş ve iş kazası meydana gelmiş ise sorumluluk yine güven prensibi çerçevesinde işveren ile işveren vekili arasında dağıtılacaktır. Buna karşın işveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eksik bilgilendirme nedeniyle gerekli tedbirleri alamamış olabilir. Eksik bilgilendirmeye konu hususlar faaliyet alanı itibarıyla o iş kolunun özelliği gereği alınması gereken bir tedbir mahiyetini taşııyorsa, özel bir bilgilendirmeyi ve uyarıyı gerektiriyorsa, bundan kaynaklı iş kazası sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı işvereni sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihmalinden dolayı işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının sorumluluğu gündeme gelecektir.

5.3. Kamu Görevlisinin Ceza Sorumluluğu

Bir iş kazası olduğunda ceza sorumluluğu araştırılması gereken bir diğer kişi de ilgili kamu görevlisidir.

Konunun iki yönü olduğu rahatlıkla belirtilebilir.

(a) Birinci ihtimalde ilgili kamu görevlisi, idarenin iş sahibi olduğu bir olayda işverendir. Bu ihtimalde ilgili kamu görevlisinin ceza sorumluluğunu yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde belirlenmesi gerekir.

(b) İkinci ihtimalde ise ilgili kamu görevlisi işyerlerini denetlemekle yükümlü kişi olmasına rağmen söz konusu denetleme yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu ihtimalde ilgili kamu görevlisinin ceza sorumluluğu görevi ihmal suçundan (TCK m. 257) veya taksirli suçtan kaynaklanabilecektir. Bu başlık altında ikinci ihtimal incelenecektir.

5.3.1. Denetim Görevi

6331 sayılı Kanunun ilgili maddelerine göre “*Bu Kanun hükümlerinin uygulanmasının izlenmesi ve teftişi, iş sağlığı ve güvenliği yönünden teftiş yapmaya yetkili Bakanlık iş müfettişlerince yapılır. Bakanlık bu Kanun kapsamındaki eğitim kurumları, ortak sağlık ve güvenlik birimleri, ekipman muayene kuruluşları, iş hijyeni ölçüm, test ve analiz laboratuvarlarında inceleme, yetkilendirme, kontrol ve denetim yapmaya yetkilidir. İşyerindeki bina ve eklentilerde, çalışma yöntem ve şekillerinde veya iş ekipmanlarında çalışanlar için hayati tehlike oluşturan bir husus tespit edildiğinde; bu tehlike giderilinceye kadar, hayati tehlikenin niteliği ve bu tehlikeden doğabilecek riskin etkileyebileceği alan ile çalışanlar dikkate alınarak, işyerinin bir bölümünde veya tamamında iş durdurulur.*” (m. 24 vd.).

4857 sayılı Kanunun ilgili maddelerine göre “*Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır. İş hayatının izlenmesi, denetlenmesi ve teftişiyle ödevli olan iş müfettişleri, işyerlerini ve eklentilerini, işin yürütülmesi tarzını ve ilgili belgeleri, araç ve gereçleri, cihaz ve makineleri, ham ve işlenmiş maddelerle, iş için gerekli olan malzemeyi gerektiği zamanlarda ve işçilerin yaşamına, sağlığına, güvenliğine, eğitimine, dinlenmesine veya oturup yatmasına ilişkin tesis ve tertipleri her zaman görmek, araştırmak ve incelemek ve bu Kanunla suç sayılan eylemlere rastladığı zaman bu halleri önlemek yetkisine sahiptirler. Teftiş, denetleme ve incelemeler sırasında işverenler, işçiler ve bu işle ilgili görülen başka kişiler izleme, denetleme ve teftişle görevli iş müfettişleri tarafından çağrıldıkları zaman gelmek, ifade ve bilgi vermek, gerekli olan*

belge ve delilleri getirip göstermek ve vermek; iş müfettişlerinin görevlerini yapmaları için kendilerine her çeşit kolaylığı göstermek, bu yoldaki isteklerini geciktirmeksizin yerine getirmekle yükümlüdürler.” (m. 91 vd.)

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Türk Hukukunda esasen şöyle bir yöntem izlenmiştir. İş kazasından dolayı esasen işveren sorumludur. Ancak işverenin yanı sıra iş kazası ilgili kamu görevlisinin denetleme yetkisini suiistimal etmesinden kaynaklanmışsa iş kazasından ilgili kamu görevlisi de sorumlu tutulabilecektir. Ne var ki Türk Hukukunda ilgili kamu görevlisi hakkında derhal soruşturma başlatılmamaktadır. Türk Hukukunda ilgili kamu görevlisi hakkında soruşturma başlatılabilmesi için öncelikle 4483 sayılı Kanun gereğince izin alınması gerekmektedir.

5.3.2. 4483 Sayılı Kanun

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre “*Bu Kanunun amacı, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı yargılanabilmeleri için izin vermeye yetkili mercileri belirtmek ve izlenecek usulü düzenlemektir. Bu Kanun, Devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında uygulanır.*” (m. 1 ve 2). Keza “*Cumhuriyet başsavcıları, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin bu Kanun kapsamına giren suçlarına ilişkin herhangi bir ihbar veya şikâyet aldıklarında veya böyle bir durumu öğrendiklerinde ivedilikle toplanması gerekli ve kaybolma ihtimali bulunan delilleri tespitten başka hiçbir işlem yapmayarak ve hakkında ihbar veya şikâyetle bulunulan memur veya diğer kamu görevlisinin ifadesine başvurmaksızın evrakın bir örneğini ilgili makama göndererek soruşturma izni isterler. İzin vermeye yetkili merci, bu Kanun kapsamına giren bir suç işlediğini öğrendiğinde bir ön inceleme başlatır. Yetkili merci bu rapor üzerine soruşturma izni verilmesine veya verilmemesine karar verir. Bu kararlarda gerekçe gösterilmesi zorunludur.*” (m. 4, 5 ve 6). “*Soruşturma izni verilirse dosya derhal yetkili ve görevli Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. İzin üzerine ilgili Cumhuriyet başsavcılığı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlardaki yetkilerini kullanmak suretiyle hazırlık soruşturmasını yürütür ve sonuçlandırır. Davaya bakmaya yetkili ve görevli mahkeme, genel hükümlere göre yetkili ve görevli mahkemedir.*” (m. 11, 12 v 13).

Görüldüğü üzere Türk Hukukunda ilgili kamu görevlisi hakkında öncelikle idare bir inceleme yapmaktadır. Eğer idare izin verirse ilgili kamu görevlisi hakkında soruşturma açılmaktadır. Söz konusu bu düzenlemeler eleştiriye açıktır. Zira uygulamada bu düzenleme, kamu görevlilerinin korunmasına yönelik bir kılıf olarak uygulanmaktadır. Ancak yine de söz konusu düzenleme kamu görevlilerinin haklarındaki her iddia sebebiyle yargılanmalarını önlemek adına gerekli addedilmektedir.

Gerçekten de örneğin 301 madencinin öldüğü maden kazası sonrasında Çalışma Bakanlığı, kimi iş müfettişleri hakkında yargılama izni vermemiştir. Oysaki bu kişilerin de sorumlu olduğu bizzat bilirkişi raporunda ortaya konulmuştur.

Ölen madencilerin yakınlarının yaptığı bireysel başvuru üzere verilen Anayasa Mahkemesi kararı bu bakımdan önemlidir. AYM'ye göre “*Kamu görevlilerinin görevlerini devlet adına ifa etmeleri ve görevlerinin ifası ile ortaya çıkan birtakım durumlarla bağlantılı olarak sık sık şikâyet edilme ve soruşturma tehdidi altında olma riski ile karşı karşıya olmaları nedeniyle haklarında adli soruşturma yürütülmesinin belirli bir makamın iznine bağlanması hukuk devletinde makul görülebilir bir durumdur. Nitekim Anayasa'nın 129. maddesinin altıncı*

fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılmasının -kanunla belirlenen istisnalar dışında- kanunun gösterdiği idari mercinin iznine bağlı olduğu hüküm altına alınmıştır. Öte yandan soruşturma izni prosedürü, görevleri sebebiyle suç işledikleri iddia edilen kamu görevlilerinin gereksiz ithamlarla karşılaşmaması ve kamu görevlerinin aksamaması amacıyla ihdas edilmiş olup bu amaç uyarınca ceza soruşturmasına geçilmeden önce yapılması gereken ön inceleme, ceza soruşturması yürütülmesini gerekli kılacak bir durumun bulunup bulunmadığının tespitine yöneliktir. Bu nedenle soruşturma izni prosedürünün anılan amacın ötesinde ceza yargılamasının işleyişini geciktirecek ve soruşturmanın etkin olarak yürütülmesine engel olacak şekilde ya da kamu görevlilerinin ceza soruşturmasından muaf tutulduğu iznini oluşturacak şekilde uygulanmaması gerekir. Olayda etkili bir ceza soruşturması yürütülmesi gerektiğine yönelik bu tespit, bilirkişi raporunda kusurlu oldukları yönünde tespit bulunan kişiler hakkında yürütülecek adli sürecin mutlaka bir dava açılması ya da açılan davanın belli bir hükümle sonuçlanması gerektiği anlamına gelmeyip sorumluların tespit edilmesini ve hesap vermelerini sağlayacak uygun araçların etkili şekilde kullanılması gerekliliğine işaret etmektedir. Ayrıca başvuruya konu edilen soruşturma kapsamında alınan bilirkişi raporunda iş müfettişleri dışında kalan Çalışma Bakanlığı çalışanları hakkında herhangi bir değerlendirme bulunmadığından Anayasa Mahkemesince verilen kararın iş müfettişleri dışındaki kişiler yönünden olumlu veya olumsuz bir etki doğurmadığı unutulmamalıdır.”⁶⁹

5.3.3. TCK m. 257 veya İlgili Suç Tipi

Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere kamu görevlisi hakkında iznin verilmiş olması, bu kişinin otomatikman cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. İkinci aşamada bu kişinin gerçekten suç işleyip işlemediği, suç işlediyse de hangi suçu işlediği incelenmelidir.

Türk Hukukunda bu noktada ilk akla gelen suç, görevi kötüye kullanmadır (TCK m. 257). Buna göre “(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”⁷⁰

Hemen fark edileceği üzere ilgili suç, esasen ikincildir. Yani kişinin işlediği eylem, başkaca bir suç olarak değerlendirilemiyorsa, TCK m. 257 devreye girer. Ancak maalesef Türk Hukukunda bu nokta birçok defa gözden kaçırılmamaktadır. Gerçekten de birçok zaman taksirle öldürme, taksirle yaralama gibi suç tipleri hiç tartışılmadan kamu görevlisinin TCK m. 257’den dolayı cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir. Bunun gerekçesi olarak da birçok zaman kamu görevlisinin ihmali ise netice arasında nedensellik bağının bulunmadığı belirtilmektedir. Şart teorisi, nedenselliğin varlığı ya da yokluğu hususunda “ya hep ya hiç”

⁶⁹ AYM, 29.01.2020, BB 2016/13649.

⁷⁰ Art. 257 tStGB: „(1) Der Amtsträger, der in Fällen, die nicht gesetzlich anderweitig als Straftaten bezeichnet werden, durch pflichtwidriges Verhalten Personen oder der Allgemeinheit Schaden zufügt oder Personen einen rechtswidrigen Vorteil verschafft, wird mit sechs Monaten bis zu zwei Jahren Gefängnis bestraft. (2) Der Amtsträger, der in Fällen, die nicht gesetzlich anderweitig als Straftaten bezeichnet werden, die Erfüllung seiner Pflichten unterlässt oder verzögert und dadurch Personen oder der Allgemeinheit Schaden zufügt oder Personen einen rechtswidrigen Vorteil verschafft, wird mit drei Monaten bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft“. Tellenbach, Das türkische Strafgesetzbuch, 179.

kuralından hareket eder. Teoriye göre “nedenselliğin kesilmesi” (= *Unterbrechung des Kausalzusammenhangs*) söz konusu olamaz⁷¹. Daha basit bir ifadeyle teori, mağdurun veya üçüncü kişinin kasıtlı veya taksirli hareketiyle nedenselliğin gelişimine müdahale ettiği olaylarda dahi nedenselliğin varlığını kabul eder⁷². Bu nedenle esasen birçok somut olayda kamu görevlisinin taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutulması teorik olarak daha uygun olacaktır.

Bu hususu bir örnekle açıklamak uygun olacaktır. Bir şirket, bir yol çalışması yapmaktadır. Çalışmalar sırasında sol şeride mucur dökülmüştür. Ancak bu mucur henüz sağlam değildir. Üstüne üstlük bu bölgede trafik çalışması yapıldığına dair herhangi bir işaret de mevcut değildir. Şoför, direksiyon hakimiyetini kaybetmiştir; araçta bulunanlar yaralanmıştır. Yapılan yargılama sonucunda yol çalışması yapan şirket yöneticileri ve çalışanları taksirle yaralamadan cezalandırılmıştır. Yapılan yargılama sonucu, kamu görevlisi olan ve çalışmayı denetlemekle yükümlü olan (A) şahsı da TCK m. 257’den dolayı sorumlu tutulmuştur. Oysaki bu olayda (A)’nın ihmal ettiği görev, dikkat ve özen yükümlülüğü sonucu mağdurların yaralanmasına sebebiyet vermiştir⁷³. Üstüne üstlük Yargıtay uygulamasında kişi kendisinden isteneni yapsaydı bile neticenin önlenmesi kesin değilse, imkân ve ihtimal dahilindeyse sonucun kişiye isnad edilmesi kabul edilmemektedir⁷⁴.

Kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Taksirli suçlarda cezalandırılma alanının inanılmaz ölçüde daraltılmasına karşı çıkan “riskin yükseltilmesi teorisi”ne (riskin artırılması teorisi = *die Risikoerhöhungslehre*) göre mesele, kaçınılabilirlik teorisinin iddia ettiğinin aksine “hukuka uygun davranılsaydı da neticenin kesine yakın bir şekilde gerçekleşip gerçekleşmeyeceği” sorusu üzerinden değil; “objektif özen yükümlülüğüne aykırı davranışın yani hukuka aykırı davranışın, alternatifi olan hukuka uygun davranışa nazaran neticenin gerçekleşme ihtimalini artırıp artırmadığı” sorusu üzerinden değerlendirilmelidir. Diğer bir ifadeyle riskin yükseltilmesi teorisi, kaçınılabilirlik teorisinden farklı olarak hukuka uygun alternatif davranışın yapılması hâlinde neticenin yine de ortaya çıkıp çıkmayacağı sorusu ile ilgilenmez. İlgilendiği husus, hukuka aykırı eylemin, hukuka uygun eyleme nazaran neticenin gerçekleşme ihtimalini artırıp artırmadığıdır⁷⁵.

⁷¹ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre* (München: C.H. Beck, 2006), § 11, 28.

⁷² Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 4, 31.

⁷³ Yarg. 12. CD., 10.01.2018, E: 2017/7574, K: 2018/215.

⁷⁴ Yarg. 12. CD, 25.2.2020, E. 2019/5235, K. 2020/1973: “İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi 29/01/2014 tarihli raporunda “çocuğun ölümünün zehirlenme ya da yaralanma ve travmaya bağlı olmadığı, ölümünün akciğer enfeksiyonu taze pnömoni sonucu meydana gelmiş olduğu, otopside akciğer enfeksiyonu tespit edildiği dikkate alındığında sanığın, çocuk hastalıkları uzmanı konsültasyonu istememesi ve hastayı yatırarak tedaviyi yaptırmaması nedeniyle kusurlu olduğu, ancak bebeğin yaşı ve klinik durumu itibarıyla zamanında tanı konularak uygun tedavi başlanılması sonucu durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı” belirtildiği hususları birlikte değerlendirildiğinde; Sanığın davranışları ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağının kesin olarak belirlenemediği, bu nedenle sanığın meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacağı, bununla birlikte sanığın, solunum yetmezliği ve kabızlık etkisine maruz kalmış öleni stabilizasyonu sağlanıncaya kadar çocuk hastalıkları uzmanı konsültasyonu istemesi ve hastayı yatırarak tedavi yaptırmaması gerekirken, taburcu ederek evine göndermesi suretiyle görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal gösterdiği, bu haliyle eyleminin TCK’nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçu kapsamında değerlendirilerek, sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin nazara alınması gerekir.”

⁷⁵ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17, 52; Otto, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, § 10, 24.; Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, § 11, 88.

Bu bağlamda riskin yükseltilmesi teorisinden hareketle TCK m. 257 çerçevesinde değerlendirilen birçok olay esasen taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçları bağlamında ele alınmalıdır.

5.4. Özel Sorunlar

Çalışmanın son bölümünde gerek işverenin gerek kamu görevlisinin iş kazasından kaynaklanan ceza sorumluluğuna dair kimi bazı özel sorunlar üzerinde durulacaktır⁷⁶.

(1) Ceza hukuku sorumluluğu olduğu düşünülen kamu görevlileri hakkında soruşturma izninin teminine yönelik sürecin ikmali, kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından yapılan soruşturma ve kovuşturma bağlamında bir bekletici sorun olarak değerlendirilebilir mi?

Kanaatimizce bu soruya teori olarak olumlu yanıt vermek mümkündür. Ancak uygulamada kamu görevlisi için soruşturma izni almaya yönelik süreç oldukça uzundur. Zira 4483 sayılı Kanuna göre soruşturma izni vermesi durumunda kamu görevlisi, soruşturma izni vermemesi durumunda ise savcılık bu kararlara karşı idari yargıda dava açmaktadır. Bu uzun süreç, işveren hakkında yapılacak yargılamayı oldukça uzun bir süreç sürüncemede bırakacaktır. Üstüne üstlük TCK m. 22/5'nin belirttiği üzere birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda kural şudur: Herkes kendi kusurundan dolayı sorumludur. Öyleyse birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli bir suç söz konusu olduğunda, bu kişilerin her birinin oynadığı rol, diğerlerinin oynadığı rolden bağımsız bir şekilde ele alınabilmektedir. Bu bağlamda bekletici mesele istisnai hallerde düşünülmelidir.

(2) İdarenin sorumluluğu bağlamındaki kusurlulukla ceza hukuku sorumluluğu bağlamındaki kusurluluk arasında fark var mıdır varsa bunlar nelerdir?

Ceza sorumluluğu ile idarenin mali sorumluluğu kural olarak birbirinden farklı iki sorumluluk türüdür. Ceza sorumluluğu şahsi bir sorumlulukken idari yargıda açılan davada idarenin sorumluluğu anonim niteliktedir, doğrudan hangi kamu görevlisinin kusuru olduğunun tespit edilememesi idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

(3) Birden fazla kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren durumlarda, bu kişiler hakkında hükmolunan adli para cezasının belirlenmesinde bir gün karşılığı öğrenmesi gereken paranın bütün sanıklar bakımından aynı olması bir sorun teşkil eder mi?

TCK'ya göre taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarında fail veya failer belli şartlar altında adli para cezası ile cezalandırılabilir (TCK m. 86, 89, 49/2, 50). Yine TCK m. 52'ye göre "(1) Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüz otuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir. (2) En az yüz ve en fazla beş yüz Türk lirası olan bir gün karşılığı adli para cezasının miktarı, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edilir."⁷⁷

⁷⁶ İzzet Özgenç, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 26.9.2017 Tarihli ve E. 2015/15915, K. 2017/6715 Sayılı Kararına Konu Olan Olayla İlgili Hukuki Sorunlar, <<https://izzetozgenc.com/makale/yargitay-12-ceza-dairesi%E2%80%99nin-26-9-2017-tarihli-ve-e-2015-15915-k-2017-6715-sayili-kararina-konu-olan-olayla-ilgili-hukuki-sorunlar>>.

⁷⁷ Art. 51 StGB: „(1) Geldstrafe besteht aus der Zahlung eines Betrags an die Staatskasse durch den Verurteilten. Dieser Betrag errechnet sich dadurch, dass eine Anzahl von Tagen, die nicht unter fünf und, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht, nicht über 730 Tagen liegen darf, mit einem als Tagessatz veranschlagten Betrag

Eğer taksirli suç, birden fazla kişi tarafından işlenmiş ise, bu kişilerin her biri diğerinden bağımsız olarak farklı adli para cezası ile cezalandırılabilir. Bu kusur ilkesinin ihlali olmayacaktır. Aksine kusur ilkesinin bir sonucudur. Zira TCK m. 22/4 ve 22/5 şu şekildedir: *“(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir. (5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”*⁷⁸

(4) Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluğa ilişkin değerlendirme bilirkişi tarafından yapılabilir mi? Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluk, “asli” ve “tali” olarak bir ayrıma tabi tutulabilir mi ya da yüzdelik oranlar şeklinde ifade edilebilir mi? hangi hususlarla ilgili olarak bilirkişi görevlendirilmesi yapılabilir?

TCK’nın 22. maddesinin dördüncü fıkrasında, *“Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir”* denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de kusurluluğun normatif bir değerlendirmeye ancak hâkim tarafından belirleneceği, bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmayacağı ifade edilmiştir. Uygulamada bilirkişiye ancak bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olup olmadığı noktasında başvurulabilir. Teknik bir tespitin zorunlu olduğu bu gibi hallerde hâkimin bir hukukçu olarak taksirin varlığını veya yokluğunu tespit etmesi mümkün değildir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalinin tespitinden sonraki aşamada ise taksirli bu fiilinden dolayı failin kusurlu addedilip edilemeyeceği hususu hâkimin görev alanına girmektedir. Dolayısıyla somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini belirlemek üzere görevlendirilen bilirkişiler, ilgililerin kusurlu olup olmadıkları konusunda değerlendirmede bulunma yetkisine sahip değildir. 765 sayılı Kanunun etkisiyle uygulamada hakkında isnatta bulunulan kişilerle ilgili olarak bilirkişilerce yapılan asli kusur-tali kusur değerlendirmesinin yeni TCK’da yeri yoktur. Dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden kişi hakkındaki kusur değerlendirmesi tamamıyla hâkimin normatif olarak yapacağı bir tespittir. Hâkim yapacağı değerlendirme sonucunda faili kusurlu bulursa, kusurun ağırlığı ve diğer sebepler de göz önünde bulundurularak bir cezaya hükmedilecektir⁷⁹.

Ancak maalesef uygulama, bu anlatılanlardan oldukça uzak bir şekilde hatalıdır. Üstüne üstlük uygulamada kusur, bilirkişi raporuna istinaden, sekize bölünmektedir. Gerçekten de 1964 yılında mülga TCK’ya bir hüküm eklenmişti; böylece hâkim taksirle yaralama ve öldürme suçlarında kusura göre cezayı sekizde birine adar indirebiliyordu. O tarihten bu yana uygulamada kusur sekiz parça üzerinden hesaplanmaktadır. Ancak bu uygulamanın TCK m. 22/4 hükmü karşısında uygulanmaya devam etmesi esasen hatalıdır⁸⁰.

multipliziert wird. (2) Der Betrag eines Tagessatzes liegt zwischen 100 und höchstens 500 Türkischen Lira und wird unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage und der sonstigen persönlichen Umstände des Betroffenen festgelegt.” Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch*, 46.

⁷⁸ Art. 22/4 und 5 StGB: „(4) Die wegen einer Fahrlässigkeitstat zu verhängende Strafe wird nach der Schuld des Täters bestimmt. (5) Bei Straftaten, die durch die Fahrlässigkeit von mehr als einer Person begangen wurden, ist jeder nach seiner eigenen Schuld verantwortlich. Die Strafe eines jeden Täters wird nach seiner Schuld gesondert bestimmt.”, Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch*, 30.

⁷⁹ Koca and Üzülmmez. “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Ceza Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler,” 266.

⁸⁰ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 274.

6. Sonuç

(1) Türk Hukukunda iş kazalarında işveren esas sorumludur. Ancak bu kişi yetkisini belli koşullar altında işveren vekiline bırakabilir. Bu bağlamda işveren tarafından rahatlıkla görülebilecek eksiklikler sebebiyle sorumluluk kendisinde olacaktır. Buna karşın rahatlıkla görülebilmesi mümkün olmayan eksiklikler bakımından ise sorumluluk işveren vekillerine aktarılabilir. Ancak bunun için yetki devrinin geçerli olması şarttır. Eğer iş yerinde bir iş sağlığı ve güvenliği uzmanı veya işyeri hekimi var ise ve bu kişi eksiklikleri belirtmiş ise, buna rağmen bu eksiklikler giderilmemiş ve iş kazası meydana gelmiş ise sorumluluk yine güven prensibi çerçevesinde işveren ile işveren vekili arasında dağıtılacaktır. Buna karşın işveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eksik bilgilendirme nedeniyle gerekli tedbirleri alamamış olabilir. Eksik bilgilendirmeye konu hususlar faaliyet alanı itibarıyla o iş kolunun özelliği gereği alınması gereken bir tedbir mahiyetini taşııyorsa, özel bir bilgilendirmeyi ve uyarıyı gerektiriyorsa, bundan kaynaklı iş kazası sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan dolayı işvereni sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen sorumlu tutmak mümkün değildir. Bu gibi hallerde, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihmalinden dolayı işyeri hekiminin ve iş güvenliği uzmanının sorumluluğu gündeme gelecektir.

(2) Türk Hukukunda iş kazalarından ayrıca denetimle görevli kamu görevlisi de sorumlu tutulabilmektedir. Ancak bunun için öncelikle izin alınmış olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi kararından da anlaşılacağı üzere kamu görevlisi hakkında iznin verilmiş olması, bu kişinin otomatikman cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. İkinci aşamada bu kişinin gerçekten suç işleyip işlemediği, suç işlediyse de hangi suçu işlediği incelenmelidir. Türk Hukukunda bu noktada ilk akla gelen suç, görevi kötüye kullanmadır (TCK m. 257). Ancak esasen birçok somut olayda kamu görevlisinin taksirle yaralama veya taksirle öldürme suçlarından sorumlu tutulması teorik olarak daha uygun olacaktır.

(3) Türk Hukukunda failerin ceza sorumlulukları bilirkişi raporu ile ortaya konulmaktadır. Maalesef uygulamada bilirkişi raporu kişinin hangi ölçüde cezalandırılacağını belirlemektedir. Ancak bu uygulama, TCK m. 22/4 hükmü karşısında oldukça hatalıdır.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. "İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Yükümlülüğü Bulunan Kişiler ve Bu Kişilerin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Kaynaklanan Cezai Sorumlulukları." *THD* 13, no. 143 (Temmuz 2018): 14–30.
- Alexander, Thorsten. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für die Wahrung der Verkehrssicherungspflichten in Unternehmen*. Herbolzheim: Centaurus Verlag, 2005.
- Beck, Ulrich. *Risk Toplumu – Başka Bir Modernliğe Doğru*. 2. Baskı. İstanbul: İthaki Kitap, 2011.
- Bosch, Nikolaus. *Organisationsverschulden in Unternehmen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2002.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Dannecker, Gerhard. "§ 5: Strafrechtliche Verantwortung nach Delegation." In *Criminal Compliance*, edited by Rotsch. 1. Auflage. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2015, 1–100.
- Demirel, Muhammed. *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Dencker, Friedrich. *Kausalität und Gesamttat*. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Doğan, Koray. *Birden Fazla Kişinin Kusurlu Hareketinin Nedensel Olduğu İş Kazalarında Cezai Sorumluluğun Tayini*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Duttge, Gunnar. "Arbeitsteilige Medizin zwischen Vertrauen und strafbarer Fahrlässigkeit." *ZIS*, 2011, 349–53.
- Eidam, Lutz. "Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick." *JA*, 2011, 912–17.
- Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 3. Auflage. München: C.H. Beck, 2008.
- Fünfsinn, Helmut. *Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1985.
- Grosse-Wilde, Thomas. "Verloren im Dickicht von Kausalität und Erfolgszurechnung – Über Alleinursachen, Mitursachen, Hinwegdenken, Hinzudenken, Risikorealisation und Unumkehrbarkeitszeitpunkt im Love Parade-Verfahren." *ZIS*, 2017, 638–61.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Heine, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellem Fehlverhalten zu kollektivem Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1995.
- Herzberg, Rolf Dietrich. *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.
- Jäger, Christian. "Der Amoklauf von Winnenden – Die strafrechtliche Konsequenzen." *JA*, 2012, 634–36.
- Kamm, Simone. *Die fahrlässige Mittäterschaft*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.

- Karaaslan, Reşit. *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kaufmann, Armin. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1959.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatığı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kraatz, Erik. "Zur Straftathaftung der Beteiligten am Bau – zugleich eine Anmerkung zu BGH 4 StR 252/08." *JR*, 2009, 182–88.
- Kühl, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 8. Auflage. München: Verlag Vahlen, 2017.
- Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz. "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler." *AD* 64 (2020): 239–68.
- Mahmut Koca and İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 14. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*. 7. Auflage. Berlin: Walter de Gruyter, 2004.
- Özgenç, İzzet. "Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 26.9.2017 Tarihli ve E. 2015/15915, K. 2017/6715 Sayılı Kararına Konu Olan Olayla İlgili Hukuki Sorunlar." Accessed at: <https://izzetozgenc.com/makale/yargitay-12-ceza-dairesi%E2%80%99nin-26-9-2017-tarihli-ve-e-2015-15915-k-2017-6715-sayili-kararina-konu-olan-olayla-ilgili-hukuki-sorunlar>.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Öztürk, Nurten. *Şirket Faaliyeti Sırasında İşlenen Suçlarda Şirket Yöneticilerinin Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2021.
- Ransiek, Andreas. *Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen*. Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 1996.
- Renzikowski, Joachim. *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997.
- Rettenmaier Felix and Lisa Palm. "Das Ordnungswidrigkeitenrecht und die Aufsichtspflicht von Unternehmensverantwortlichen." *NJOZ*, 2010, 1414–19.
- Rogall, Klaus. "§ 9 OWiG," "§ 30 OWiG," "§ 130 OWiG." In *KK-OWiG*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2018.
- Rotsch, Thomas. *Individuelle Haftung in Großunternehmen*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1998.
- Roxin, Claus. "Bemerkungen zum Regreßverbot." In *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 177–200. Berlin: Walter de Gruyter, 1989.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 4. Auflage. München: C.H. Beck, 2006.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C.H. Beck, 2003.
- Schaal, Alexander. *Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen in Unternehmen*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001.

Schulze, Hans-Georg. "Vermeidung von Haftung und Straftaten auf Führungsebene durch Delegation." *NJW*, 2014, 3484–88.

Schünemann, Bernd. "Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität." *wistra*, 1982, 41–45.

Tellenbach, Silvia. *Das türkische Strafgesetzbuch*. Berlin: Duncker & Humblot, 2021.

Weißer, Bettina. "Gibt es eine fahrlässige Mittäterschaft?" *JZ*, 1998, 230–39.

Welp, Jürgen. *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968.

Yazar Hakkında / About the Author

Doç. Dr. Reşit KARAASLAN | Anadolu Üniversitesi |
resitkaraaslan[at]anadolu.edu.tr | ORCID: 0000-0003-2931-4284

Reşit KARAASLAN 2006 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Yazar, 2008 yılında Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde başladığı yüksek lisans eğitimini, 2010 yılında tamamlamıştır. Yazar, yine Köln Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde 2010 yılında başladığı doktora eğitimini 2015 yılında bitirmiştir. Yazar, 2018 yılında Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında doktor öğretim görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. Yazar, şirket yöneticilerinin suç genel teorisi çerçevesinde ceza sorumluluklarını incelediği çalışması ile 2022 yılında ilgili alanda doçent unvanına hak kazanmıştır. Yazarın ceza hukuku ile ilgili olarak yayımlanmış üç kitabı ve çok sayıda makalesi ve bildirisi mevcuttur.

Assoc. Prof. Dr. Reşit KARAASLAN | Anadolu University |
resitkaraaslan[at]anadolu.edu.tr | ORCID: 0000-0003-2931-4284

Reşit KARAASLAN graduated from Marmara University Faculty of Law in 2006. He began his master's degree at the University of Cologne Faculty of Law in 2008 and completed it in 2010. He also began his doctoral studies at the University of Cologne Faculty of Law in 2010 and completed it in 2015. In 2018, he began working as an assistant professor in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Anadolu University Faculty of Law. He was awarded the title of associate professor in 2022 for his work examining the criminal liability of company executives within the framework of the general theory of crime. He has published three books and numerous articles and papers on criminal law.

SOMA MADEN FACİASINA İLİŞKİN CEZA KOVUŞTURMASI SÜRECİ ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA
Necmettin Erbakan Üniversitesi

Özet

13.03.2014 tarihinde Manisa'nın Soma ilçesinde faaliyet gösteren kömür madeni işletmesinde meydana gelen kazada 301 işçi hayatını kaybetmiş, 162 işçi ise yaralanmıştır. Facia sonrası yapılan ceza kovuşturmasında bilirkişiler maden sahasının kontrolsüz bir şekilde genişletilmesinin kazanın en önemli nedeni olarak görmüşlerdir. Madeni işleten şirket yetkilileri, faaliyete alınan S panolarına riskleri bertaraf etmek için yeni bir havalandırma kazılması gerektiğini Türkiye Kömür İşletmelerine bildirmiş, ancak bu konuda yaklaşık üç yıl boyunca hiçbir adım atmamışlardır. Bilirkişi raporlarına göre bilinçli olarak oluşturulan bu risk en az 269 işçinin doğrudan canına mal olmuştur. Bu riskin bilinçli bir şekilde oluşturulmasının olası kasttan mı yoksa bilinçli taksirden mi sorumluluğu gerektirdiği tartışılması gereken bir konudur. Keza bu gibi bir kazada hangi şirket yetkililerin sorumlu tutulacağına da ayrıca belirlenmesi gerekmektedir. Bu itibarla çalışmada söz konusu olayla ilgili olarak verilen mahkeme kararları ceza hukukunun olası kast-bilinçli taksir ayrımı, objektif isnadiyet ve müşterek faillik kurumları bakımından incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler

Olası Kast, Bilinçli Taksir, Fikri İçtima, Objektif Isnadiyet, Müşterek Faillik

AN ASSESSMENT OF THE CRIMINAL TRIAL IN CONNECTION WITH THE SOMA MINING DISASTER

Asst. Prof. Dr. Bekir BOGA
Necmettin Erbakan University

Abstract

On 13.03.2014, 301 workers lost their lives and 162 workers were injured in the accident that occurred in a coal mine in Soma district of Manisa (Türkiye). In the criminal proceedings following the disaster, the experts recognised the uncontrolled expansion of the mine site as the most important cause of the accident. The mine operating company authorities informed the General Directorate of Turkish Coal Enterprises the need to dig a new ventilation shaft to eliminate the risks in the S panels that were put into operation, but they did not take any steps in this regard for nearly three years. According to expert reports, this deliberately created risk has directly cost the lives of at least 269 workers. Can we assume conditional intent, because all perpetrators foresaw this disaster, or do we have to reach advertent negligence? Likewise, it is also necessary to determine which company officials will be held responsible in such an accident. In this respect, in this study, the court decisions related to the incident in question are analysed in terms of the distinction between conditional intent and advertent negligence, objective imputation and co-perpetration institutions of criminal law.

Keywords

Conditional Intent, Advertent Negligence, Ideal Concurrence, Objektive Imputation, Co-Perpetration.

1. Giriş

Türkiye en büyük maden kazasını 13 Mart 2014 tarihinde ülkenin batısında yer alan Manisa ilinin Soma ilçesinde yaşadı. Bu kazada 301 işçi hayatını kaybetti, 162 işçi de ağır yaralandı.

Bu çalışmada yaşanan kaza sonrasında yapılan ceza kovuşturması sonucunda yargı makamlarının verdiği kararların hukuki bir değerlendirmesi yapılmaktadır.

2. Olay

Soma maden kazasına ilişkin olarak Türk yargı makamlarınca verilen ulaşabildiğimiz kararlara (İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 14. Ceza Dairesi, 18.04.2019, E. 2019/213, K. 2019/1610; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 30.09.2020, E.2020/200, K.2020/4732; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 18.01.2021, E. 2021/307, K. 2021/744) göre olay şu şekilde yaşanmıştır:

Kazanın meydana geldiği maden ocağının işletme ruhsatı bir kamu iktisadi teşebbüsü olan TKİ'ye aittir. 2006 yılında TKİ, maden ocağında kömür üretimi için işletme ruhsatını bir ihale ile Park Teknik Elektrik Madencilik Turizm San. Tic. A.Ş.'ye devretmişti. 2006'dan 2009 yılına kadar maden ocağı Park...AŞ tarafından işletilmiş, ancak sürekli çıkan ocak yangınları ve metan gazı geliri yüzünden şirket, ihale şartnamesinde öngörülen üretim miktarına ulaşamamıştır. Bu sebeple şirket 4735 sayılı Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunun 16.maddesi uyarınca üstlendiği işi Soma Kömür İşletmeleri AŞ'ye devretmiştir. Bu devir TKİ tarafından uygun görülmüş ve devirden kısa bir süre sonra ihale şartnamesinde öngörülen üretim miktarına kolayca ulaşmış, hatta bu miktarı aşmıştır.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin kabulüne göre söz konusu olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

13.05.2014 tarihinde saat 12.30 ve 14.30 civarlarında maden ocağında iki kez dinamitle patlatma işlemi gerçekleştirilmiştir. İkinci dinamit patlamasından kısa bir süre sonra saat 14.50 civarlarında dördüncü bant boyundan önce beyaz daha sonra gri ve siyah duman gelmiş, zamanla bu dumanın yoğunluğu giderek artmıştır. Bilirkişi raporlarından alınan bilgiler doğrultusunda mahkeme patlamalar nedeniyle genişleyen kırık ve çatlaklardan madenin dördüncü bant yoluna ani bir şekilde eski imalat alanlarından önce yavaş yavaş sonra hızlı bir şekilde gaz gelimi olduğunu kabul etmiştir. Gazların dördüncü banda dolması, dördüncü banda şirket tarafından daha önce mekanize ayakların indirilmesi için kulikar yolu olarak tabir edilen bir yol açılması, açılan bu yolun dördüncü banttaki hava akımını yavaşlatması ve yangına elverişli bir ortam oluşturması nihayet çökmeler nedeniyle üzerine toprak ve taş düşen bandın buna rağmen çalışmaya devam ettirilmesi gibi etmenler bir araya gelmiş ve dördüncü bantta gazların parlaması ile yangın çıkmıştır. Ocağa sızan metan ve diğer zehirli gazlar ile yangın sonucu oluşan karbonmonoksit gazı, ocakta bulunan havalandırma sisteminin marifeti ile önce ocağın kalbi konumundaki U3 bölgesine daha sonra A ve H üretim panolarına ve S panolarına ulaşmıştır. Hayatını kaybeden işçilerin otopsi raporlarına göre 283 işçi karbonmonoksit zehirlenmesi dolayısıyla hayatını kaybetmiş, 1 işçi ise yanarak hayatını kaybetmiştir. Geri kalan işçilerin net ölüm sebepleri ocaktan geç çıkarıldıkları için tespit edilememiştir. Mahkeme yangının ve gaz geliminin ani, öngörülemez ve baskın şeklinde olduğunu kabul etmektedir.

Mahkeme bilirkişi raporları doğrultusunda kazanın sebeplerini şu şekilde tespit etmektedir:

1. Üretim zorlaması: Akhisar Ağır Ceza Mahkemesinin gerekçeli kararına ulaşabilmiş değiliz, ancak İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin kararına göre kazanın en önemli nedeni üretim zorlamasıdır. TKİ yüklenici firmadan yıllık 1.500.000 tonluk bir üretim beklemektedir. Maden ocağını işletmek birçok teknik problemten dolayı çok zor olduğundan önceki şirket üç yıl içerisinde ancak 852.803 ton kömür üretimi gerçekleştirebilmiştir. Yani önceki şirket toplam işletme süresi boyunca yıllık üretim miktarına dahi ulaşamamıştır. Ancak işin Soma...AŞ'ye devrinden sonra üretim miktarı yıllık TKİ'nin talep ettiğinin en az iki katına ulaşmıştır (en yüksek 3.816.014 ton). Bilirkişi raporlarına göre böyle bir artışın sağlanabilmesi için madende önemli değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Ancak gerekli altyapı ve güvenlik önlemleri alınmaksızın bu değişikliklerin yapılması iş güvenliği bakımından son derece tehlikelidir. Genişletilmiş S panolarının yeni bir havalandırmaya sahip olmaması, yeni açılan Kulikar yolu ile dördüncü üretim bandında yangına elverişli bir ortamın oluşturması gibi vakıalar madende gerekli alt yapı ve güvenlik önlemleri olmadığını göstermektedir.

2. Hatalı havalandırma sistemi: Bilirkişi raporlarına göre şirket tarafından 2011 yılında açılan S panoları farklı bir havalandırma sistemine sahip olsaydılar, en azından bu panolarda bulunan 269 işçinin kurtarılması mümkün olacaktı. Aslında Soma...A.Ş kazaya neden olan bu riskin farkındaydı. 2011 yılında Soma...AŞ, TKİ'den iş güvenliği riskleri nedeniyle S panolarına yeni bir havalandırma sistemi açmak için izin istemiş ve TKİ bu öneriyi onaylamıştı. Ancak şirket kazaya kadar bu havalandırma sistemini açmamıştır. Maden ocağında bulunan mevcut havalandırma sisteminde S panoları havayı en son alan yer konumunda idi. Başka bir deyişle bütün ocakta dolaşan hava en son S panolarına ulaşıyordu. Bu, ocağın herhangi bir yerinde yangın veya metan gazının bulunması durumunda bütün zehirli gazların S panolarına gideceği anlamına gelmektedir. Kaza da bu şekilde gerçekleşmiştir. Eski üretim alanlarından dördüncü banda giren gazlar yangına sebebiyet vermiş ve bütün zehirli gazlar nihayetinde S panolarına gitmiştir.

3. Yetersiz gaz maskeleri: Ocakta yalnızca karbonmonoksit gazını filtreleyen maskeler bulunmaktaydı ve bu maskeler oksijen içermiyordu. Aslında bu maskeler kaza zamanında yürürlükte olan Maden İşlerinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğine uygundu¹. Karbonmonoksit tipi maskeler madenden çıkan yolun uzunluğu sebebiyle işçileri hayatta tutabilmek için yeterli değildi. Bu maskelerin oksijen miktarı yüzde on yedinin altında olan ortamlarda bir fonksiyonu kalmamaktaydı. Bu nedenle maden ocağında işçilerin oksijenli gaz maskelerine sahip olmaları gerekiyordu. Ayrıca bilirkişi raporlarına göre yalnızca karbonmonoksiti filtreleyebilen gaz maskelerinin çoğunluğunun raf ömrü dolmuştu. Yönetmeliğin oksijen tipi gaz maskelerinin kullanılmasını emretmemesi nedeniyle İzmir Bölge Adliye Mahkemesi ilginç bir kavram kullanmaktadır: “**Mevzuat kusuru**”. Mahkemeye göre mevzuat kusuru da kazanın nedenleri arasındadır.

¹ Kazanın ardından yönetmelikte değişikliğe gidilmiştir. Bu değişikliğe göre artık maden ocaklarında oksijen tipi maskelerin kullanılması zorunlu hale getirilmiştir. Değişiklik tarihi 10.03.2015'tir. Buna karşılık hükmün yürürlük tarihi 1.1.2016'dır. Bu itibarla kazadan sonra yaklaşık iki yıl daha maden ocaklarında oksijen tipi gaz maskelerinin kullanılması zorunlu olarak kabul edilmemiştir.

4. Çalışanların iş güvenliği alanında yeterince eğitilmemiş olması: İşçiler iş güvenliği alanında yeterince eğitilmedikleri için kaza esnasında gaz maskelerini bile takamamışlardır. Şirket, işçilerin eğitimi için Celal Bayar Üniversitesi ve Soma Meslek Lisesi ile protokoller imzalamıştır. Bu çerçevede işçilerin yeterli düzeyde eğitildiğini gösteren belgelere rağmen tanık ifadeleri ve belgelere göre kaza saatinde eğitimde olması gereken bazı işçilerin kazada hayatını kaybetmiş olmaları, işçilerin gerçekte yeterli bir şekilde eğitilmediklerini göstermektedir.

5. Kötü acil durum yönetimi: Metan gazının dördüncü bantta yanması ve yangına sebebiyet vermesinden sonra şirketin acil müdahale ekibi olaya tamamen yanlış müdahale etmiştir. Olayın ciddiyeti ekip tarafından anlaşılamamış, işçileri derhal maden ocağından çıkarmak yerine yangınla mücadele edilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle işçilerin kurtarılabilmesi için önemli bir vakit kaybedilmiştir. Ayrıca madende yangına karşı korunaklı bir iletişim sistemi bulunmamaktaydı. Yangın sebebi ile bütün sistem kullanılamaz hale geldi ve acil durum, panolarda bulunan işçilere bildirilemedi. Şirketin işçileri kurtarmaya yönelik eylemi korkunç bir başarısızlık örneğiydi. Mahkemenin kabulüne göre maden zamanında tahliye edilebilseydi, birçok işçinin kurtulması mümkün olacaktı.

6. Eski üretim alanlarının kontrol edilmemesi: Yargılamadaki bilirkişi raporlarına göre eski üretim alanlarında her zaman bir zehirli gaz tehlikesi mevcuttur, bu sebeple bu alanların güçlü bir şekilde kapatılması (barajlanması) ve daima kontrol edilmesi gerekmektedir. Bazı eski üretim alanlarının önünde sabit karbonmonoksit sensörleri bulunsun da yangının çıktığı U3 bölgesine yakın olan eski üretim alanları yalnızca iş güvenliği uzmanları tarafından seygar karbonmonoksit sensörleri ile denetleniyordu. Bilirkişi raporlarına göre karbonmonoksit ve metan gazı gibi gazlar havadan hafif olduğu için ocağın tavan kısmında birikecektir. Bu sebeple bu gazların seygar sensörlerle tespit edilebilmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle iş sağlığı ve güvenliği uzmanları eski üretim alanlarından maden ocağına bir sızıntının varlığını bu şekilde tespit edemezlerdi. Mahkemeye göre bazı eski üretim alanlarının önünde sabit karbonmonoksit sensörlerinin bulunmaması faillere kusur olarak yüklenmelidir.

7. Madende ex-proof nitelikte olmayan maddelerin bulunması: Yangının çıkma sebebi ocakta yangına dayaklı malzemelerin bulunmaması olmasa da yangının yayılması ve karbonmonoksit gazının oluşmasında bu bir faktördür. Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi madende yangına dayanaklı malzemenin kullanılmasını kaza için nedensel görmemiştir. Buna karşılık İzmir Bölge Adliye Mahkemesi faillerin bu sebeple kusurlu olduklarını kabul etmiştir. Buna karşılık diğer sebeplerden faillere kusur isnat edildiğinden bu durum bozma nedeni yapılmamıştır.

3. Çözümlemesi Gereken Hukuki Problemler

Yargı kararlarına konu olan olay bakımından aşağıdaki hukuki sorunların çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

1- Yaşanan kaza ile ilgili olarak kimlerin ceza sorumluluğu kabul edilebilecektir. (Nedensellik sorunu: Bu çerçevede özellikle aşağıdaki soruların cevaplandırılması gerekmektedir:

a. TKİ baş mühendislerinin ocaktaki iş sağlığı ve güvenliğini denetleme yükümlülükleri var mıdır? Eğer varsa bu yükümlülüklerini ihmal etmeleri kazadan dolayı cezai sorumluluklarını gerektirir mi?

b. Eski yönetim kurulu başkanının özene aykırı davranışı kaza için nedensel midir?

c. Olayda nedensellik bağı sorununun çözümü için taksirli müşterek failliğin kabul edilmesi gerekli midir?)

2- Ceza sorumluluğu kabul edilen personeller ve yöneticiler gerçekleşen ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından olası kastla mı yoksa bilinçli taksirle mi hareket etmişlerdir.

4. Mercilerin Çözüm Şekilleri

Kazanın ardından yürütülen soruşturmada savcı, Soma Kömür İşletmeleri'nin üst düzey yöneticileri ve iş güvenliğinden sorumlu olan personellerinin olası kastla öldürme (TCK m. 81) ve olası kastla yaralama (TCK m. 86-87) suçlarından cezalandırılmalarını talep etti. Ancak Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi C. savcının bu talebini kabul etmedi. Mahkemeler maden ocağında iş güvenliğinden sorumlu sanıkları bilinçli ve bilinçsiz taksirle adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verdi². Dolayısıyla bu mahkemeler ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından faillerin olası kastlarının bulunduğunu kabul etmemişlerdir.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin kararına göre (14. Ceza Dairesi E. 2019/213, K. 2019/1610, T. 18.04.2019) faillerin özen yükümlülüğüne aykırı birçok davranışına rağmen maden ocağında iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin birçok önlemin bulunması, iş güvenliğinden sorumlu faillerin sürekli biçimde maden ocağında faaliyet göstermesi ve hatta bazı görevlilerin bu kazada hayatını kaybetmesi nedeniyle olayda olası kastın bulunduğu sonucuna varmak mümkün gözükmemektedir.

² C. G. (şirket yönetim kurulu başkanı, bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan on beş yıl hapis cezası ve üç yıl boyunca ruhsat sahibi ve rödevansçı olarak maden ocağı işletmekten yasaklanması); R. D. (genel müdür ve işveren vekili, bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan yirmi iki yıl altı ay hapis cezası ve üç yıl boyunca genel müdür olarak maden ocağı işletmekten yasaklama), A.Ç. (işletme müdürü ve işveren vekili, bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan on sekiz yıl dokuz ay hapis cezası ve üç yıl süre ile işletme müdürü olarak maden ocağı işletmekten yasaklama), İ.A. (işletme müdür yardımcısı, teknik müdür ve işveren vekili; bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan yirmi iki yıl altı ay hapis cezası ve üç yıl süre ile işletme müdür yardımcısı ve teknik müdür olarak maden ocağı işletmekten yasaklanması), E.A. (Hazırlık baş mühendisi, teknik nezaretçi ve işveren vekili; bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan on sekiz yıl dokuz ay hapis cezası), M. A. G. Ç. (on bir yıl sekiz ay), Y. K (on yıl on ay). ve H. K(on yıl on ay). (iş güvenliğinden sorumlu vardiya amirleri; bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan hapis cezaları ve iki yıl boyunca iş güvenliğinden sorumlu vardiya amirliği icrasından yasaklama), H. Ç., H. A. ve M. E. (daimi teknik nezaretçi, bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan on yıl on ay hapis cezası ve iki yıl süre ile daimi nezaretçilik yapmaktan yasaklama), H. E. (acil durum yöneticisi, bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan sekiz yıl dört ay hapis cezası ve iki yıl süre ile maden ocağı yöneticiliği yapmaktan yasaklama), F. Ü. A. (iş güvenliği uzmanı ve havalandırma yöneticisi, bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan sekiz yıl dört ay hapis cezası ve iki yıl süre ile iş güvenliği uzmanlığı ve havalandırma mühendisliği icrasından yasaklama), M. B. (iş güvenliği uzmanı ve eğitim mühendisi, bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına sebebiyet verme suçundan altı yıl üç ay hapis cezası ve bir yıl süre ile iş güvenliği uzmanlığı icrasından yasaklanma).

Akhisar Ağır Ceza Mahkemesinin kararına ulaşamadığımız için hangi faillerin neden sorumlu olduğuna ilişkin ayrıntılı bir belirleme yapamıyoruz. Bununla birlikte İzmir Bölge Adliyesi Mahkemesi kararından Bölge Adliye Mahkemesi kararıyla ilk derece mahkemesi kararının büyük ölçüde uyumlu olduğunu anlayabiliyoruz. Her iki mahkeme de bazı ihmalleri kaza için nedensel görmemektedir:

1- Karbonmonoksit sensörlerini kontrol eden görevlilerin bazı özen yükümlülüğüne aykırı davranışları olsa da bilirkişi raporlarına göre bu durum kaza bakımından “maden ocağında kaza öncesinde ölçülebilir bir zehirli gaz bulunmadığından nedensel kabul edilmemiştir. Kazaya neden olan gazlar, kaza gününde maden ocağına ani bir şekilde dolmuştur ve bunların sensörleri takip eden personel tarafından daha önceden tespit edilmesine imkân bulunmamaktadır.

2- Maden ocağında elektrik sistemini gösteren bir kroki bulunmadığı gibi ocaktaki bazı eksiklikleri göstermemek adına maden ocağı personeli denetim öncesinden hazırlık yaparak müfettişleri aldatmışlardır. Ancak mahkemeye göre bu durumla ocağın içine gaz girmesi, yangın çıkması ve yangın sonrasında bütün zehirli gazların ocak içinde sirküle olması arasında illiyet bağı bulunmamaktadır.

3- Şirketin önceki yönetim kurulu başkanının kaza anında şirketle herhangi bir ilişkisinin bulunmaması nedeniyle özen yükümlülüğüne aykırı eylemleri nedensel olarak kabul edilmemiştir.

4- Ocağın işletme ruhsatı TKİ Ege Linyit Kömür İşletmelerine aittir. TKİ'nin kurum olarak bu ocağın kanunlara ve kurallara uygun işlettilmesi görevi bulunmaktadır. Bu sebeple TKİ'nin baş mühendisleri şirketin ocaktaki faaliyetlerini denetlemek durumundadır. Ancak İzmir Bölge Adliye Mahkemesi ve Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi, TKİ mühendislerinin bu görevlerinin kömürün kalitesi ve üretim miktarını denetlemekle sınırlı olduğunu, iş sağlığı ve güvenliğini denetlemeyi kapsamadığını kabul etmiştir. Bu nedenle mahkemeler söz konusu sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir.

Bunun dışında Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi failler hakkında taksirli eylemleri nedeniyle meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar vermiştir. Bu kararlardan bazıları sanıklar bakımından maden mühendisliği, şirket yönetim kurulu başkanlığı gibi mesleklerin herhangi bir izne bağlı olarak yapılan meslekler olmaması nedeniyle Bölge Adliye Mahkemesi tarafından kaldırılmıştır.

Yargıtay 30.09.2020 tarihinde verdiği ilk kararda (E.2020/200, K.2020/4732) Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi ve İzmir Bölge Adliye Mahkemesi kararının aksine bazı faillerin ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından olası kastlarını kabul etmiştir. Şirketin yönetim kurulu başkanı, şirketin genel müdürü, genel müdür ve işveren vekili ve son olarak şirketin teknik müdürü ve işveren vekili olan dört fail, Yargıtay'ın ilk kararına göre olası kastla hareket etmişlerdir. Yargıtaya göre failler çok yüksek riske rağmen maden ocağını işletmeye devam etmişler, olursa olsun düşüncesi ile hareket etmişlerdir. Buna karşılık Yargıtay aynı kararında diğer sanıkların bilinçli veya bilinçsiz taksirle hareket ettiklerini kabul etmiştir. Fakat bu kabulün gerekçesi kararda bulunmamaktadır.

Bununla birlikte ilk kararlar TKİ'nin baş mühendisleri ile ilgili İzmir Bölge Adliye Mahkemesince verilen beraat kararı bozulmuştur. Yargıtay 12. Ceza Dairesine göre TKİ baş mühendisleri ocakta iş sağlığı ve güvenliğini sağlamalıydılar. Bu sebeple TKİ baş mühendislerinin de kazadan ötürü ceza sorumlulukları bulunmaktadır, zira onlar S panolarında yeni bir havalandırma sistemi olmamasına rağmen ocaktaki çalışmayı

durdurmadılar veya şirketten yeni bir havalandırmanın açılmasını talep etmediler. Ayrıca var olan diğer eksikliklere de göz yumdular. Bütün bu risklerin bilincinde olmalarına rağmen hareket etmeleri nedeniyle bilinçli taksirle hareket ettikleri kabul edilmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı üzerine tekrar dosyayı ele alan Yargıtay, 2021 yılında Yargıtay 12. Ceza Dairesi ilk kararının aksine dört sanığın kastla hareket etmediğine karar verdi (İkinci Yargıtay kararı 18.01.2021, E. 2021/744, K. 2021/307.). Ancak bu kararda Yargıtay, Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi'nin şirket yönetim kurulu başkanı (bilinçsiz taksirle adam öldürme ve yaralama) ile ilgili mahkûmiyet kararını sanığın bilinçli taksirle öldürmeden sorumlu tutulması gerektiğini belirterek bozmuştur. Karara göre sanık, yönetim kurulu başkanı olarak ocakta kaza riskinin bilincindeydi. Zira ihalenin devralınmasından sonra maden ocağında üretimin bu denli artırılması daha önce yönetim kurulu üyesi olarak onun planıydı. Buna karşılık Yargıtay'ın neden olası kast yerine bilinçli taksirin varlığını kabul ettiğine ilişkin yeterli bir açıklama kararda bulunmamaktadır. Akhisar Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2021 yılında Yargıtay'ın bozma kararına uyararak verdiği karar 2022 yılında onanmıştır.

5. Kararların Değerlendirilmesi

5.1. Nedensellik Problemi

Birden fazla kişinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışının ölüm ve yaralanma neticelerine neden olduğu durumlarda kimlerin ceza sorumluluğunun olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Bu problemin öncelikle pozitif hukuk normlarının dikkate alınması suretiyle çözümlenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede iş kazalarında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Kanuna göre öncelikle işverenlerin ve işverenler tarafından görevlendirilen iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının ceza sorumluluğu gündeme gelecektir³. Keza bir maden ocağı, Türkiye'de ancak işletme ruhsatı ile işletilebilmektedir (Maden Kanunu m. 7). Maden ocağının işletilebilmesi için işletenin bir teknik nezaretçiyi ocakta görevlendirmiş olması gerekmektedir (m. 31, f. 1). Teknik nezaretçi maden ocağında iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür ve iş güvenliğinden sorumludur. Maden Kanuna göre daimî nezaretçi, atandığı ruhsat sahasındaki faaliyetleri düzenli bir şekilde denetleyerek tespit ve önerilerini daimî nezaretçi defterine haftada en az bir kez kaydetmek zorundadır. Bu süre içerisinde işletmede yeni bir durumun ve/veya işletme güvenliği açısından riskli bir durumun ortaya çıkması hâlinde bu hususu aynı gün deftere kaydetmesi zorunludur (Maden Kanunu m.10, f. 6).

Bu nedenle iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla yükümlü teknik nezaretçilerin bu yükümlülüklerinin ihmalî nedeniyle gerçekleşen maden kazası ile ilgili olarak cezai sorumlulukları bulunmaktadır⁴. Bu tespit hem Akhisar Ağır Ceza Mahkemesinin kararında hem de İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin kararında bulunmaktadır. Bu itibarla teknik nezaretçilerin ceza sorumluluğu üzerinde bir tartışma bulunmamaktadır. Keza aynı şekilde iş güvenliği uzmanlarının da gerçekleştirdikleri ihmaller nedeniyle ceza sorumluluklarının bulunduğu hususunda herhangi bir tereddüt söz konusu değildir.

³ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (Ankara: Seçkin Yay., 2023) 262.

⁴ Özgenç, *Genel Hükümler*, 268-69.

Maden ocağının işletilmesine ilişkin hatalar gerçekleşen kazanın en önemli sebebini oluşturmaktadırlar. Dolayısıyla söz konusu ocağı işleten şirketi yöneten yetkililerin ceza sorumluluklarının bulunduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. İfade edilmelidir ki Yargıtay, bu olayda herhangi bir yönetim kurulu kararı üzerinden yönetim kurulu üyelerine kusur izafesi yapmamakta; şirketin üretim politikasını ve miktarını belirleme yetkisi olan kişilerle maden sahasında iş güvenliğini sağlamakla yetkili olan şirket yöneticilerini tespit edip ceza sorumluluklarını kabul etmektedir. Yargıtay'ın birinci kararından bir şirket yönetim kurulu üyesinin "şirketin mali işlerinden sorumlu olması" sebebi ile ceza sorumluluğunun kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan şirket yöneticilerinin bir tanesi hariç diğerlerinin yönetim kurulu üyesi olmadığı da belirtilmelidir: C. G. (Şirket Yönetim Kurulu Başkanı), R. D. (Şirket Genel Müdürü), A. Ç. (İşletme Müdürü ve işveren vekili), İ. A. (İşletme Müdürü yardımcısı, teknik müdür ve işveren vekili). Dolayısıyla bu olayda "deri spreyi"⁵ davasında olduğu gibi şirket yönetim kurulu üyelerinin, kurulun aldığı bir karardan ötürü ceza sorumluluklarının bulunup bulunmadığına ilişkin bir tartışma yapılmamıştır.

Yargıtay maden ocağının işletilmesi ve iş güvenliğinin sağlanmasında şirketin yetkili olan personellerini tespit ederken fiilen bu kararların alınmasında etkili olan kişileri dikkate almakta, bu kararların alınmasına iştirak eden diğer kişilerin ceza sorumluluğunu tartışmamaktadır. Kanaatimizce bu tutum isabetli değildir. Maden ocağının işletilmesi çerçevesinde ilgili kararlara iştirak eden diğer şirket yetkililerin nedensellik bağı ve objektif isnadiyet kuralları çerçevesinde bu iştiraklerinin ceza sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğinin tartışılması gerekirdi⁶. İlgili yargı kararları üzerinden şirketin yönetim organizasyonuna ilişkin ayrıntılı bir tespit yapamadığımızdan bu konuda bir değerlendirme yapma imkânımız bulunmamaktadır.

Kaza alanının işletme ruhsatı TKİ Eynez Linyit İşletmeleri tarafından Soma...AŞ'ye ihale edilmiştir⁷. Ancak bu ihale Maden Kanunun yirmi dokuzuncu maddesine göre işletme ruhsatı sahibi olarak TKİ'nin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi ihale şartnamesi hükümleri ve Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu Görev, Yetki ve Sorumluluk Yönetmeliği ile bu durumu tespit etmektedir. İhale sözleşmesine göre TKİ'nin şirket üzerindeki denetim yetkisi bulunmaktadır. Kaza zamanında yürürlükte olan Görev, Yetki ve Sorumluluk yönetmeliğine göre TKİ'nin baş mühendislerinin yüklenici tarafından işletilen maden ocaklarını denetleme görevleri bulunmaktadır. S Panolarında yeni bir havalandırma sistemi olmaksızın maden ocağının işletilmeye devam edilmesi ve baş mühendislerin denetim yükümlülüklerine rağmen bunu denetlememeleri ceza sorumluluklarını gerektirmektedir. Yargıtay'ın bu tespitine katılmaktayız. Diğer taraftan Yargıtay'ın ilk kararında dört şirket yetkilisinin olası kastla hareket ettiğinin kabulüne karşılık TKİ baş mühendislerinin bilinçli taksirle hareket ettiklerini kabul etmesinin nedeni anlaşılmamaktadır. Keza sanıkların bilinçli taksirle hareket ettiklerine ilişkin kabul de yeterli bir şekilde gerekçelendirilmemiştir.

⁵ BGH, Urteil vom 06.07.1990 - 2 StR 549/89.

⁶ Bu durumda en azından söz konusu kararlara iştirak eden şirket yetkililerin işletmenin durdurulması bağlamında bir yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı, eğer varsa bu yükümlülüklerinin ihmalinin kaza bakımından nedensel olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart: Kohlhammer, 2022) Rn. 238; Thomas Rotsch, "„Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1 (2018): 4, 11.

⁷ Bu işlem uygulamada rödovans olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Muradiye Çevikçelik, *Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*, (Ankara: Seçkin Yay., 2017), 67 vd.

4.1.1. Eski Şirket Yönetim Kurulu Başkanının Ceza Sorumluluğu

Şirket yönetim kurulunun eski başkanı yukarıda değinilen bütün özene aykırı davranışları gerçekleştirmiştir. Bu sebeple eski başkanının davranışlarının kaza bakımından nedensel olmadığı ileri sürülemez. Fakat objektif isnadiyet teorisinin de göz önünde tutulması gerekmektedir. A. G. kazadan altı ay önce şirketle ilişkisini kesmiş ve Yargıtay'ın kabulüne göre bu altı aylık süre içerisinde şirket yönetimine bir müdahalede de bulunmamıştır. Üçüncü bir kişinin nedensel bir hareketle tam sorumlu olarak neticeye etki eden yeni bir tehlikeyi temellendirmesi ve bu tehlikenin somut neticede gerçekleşmesi durumunda ilk izin verilemeyen riski oluşturan kişiye neticenin objektif olarak isnat edilemeyeceği kabul edilmektedir⁸. Şirketin yeni yönetimi riskler nedeniyle faaliyeti durdurabilir veya altı ay içerisinde ocakta iş sağlığı ve güvenliğini sağlayabilirdi. A. G. tarafından hukuken ilişkili bir risk oluşturulmuş olsa da yaralanmaların ve ölümlerin ona objektif olarak isnat edilebilmesi mümkün değildir. Gerekçesi yanlış olsa da sonuç itibarıyla mahkeme kararı doğrudur.

5.1.2. Taksirli Müşterek Faillik

Farklı mahkemelerin verdikleri kararlara göre olayda birden fazla taksirli hareket kaza için nedenseldir. Yargıtay ilk kararında hem kasıtlı hem de taksirli hareketlerin nedensel olduğunu kabul etmiştir. Birden fazla hareketin neticeye neden olduğu durumlarda (überbedingte Erfolg) Türk Ceza Hukuku öğretisinde nedensellik bağı üzerinde bir tartışma bulunmamaktadır. Zira TCK birden fazla taksirli hareketin neticeye neden olması durumunu 22.maddenin 5.fırcasında açıkça kabul etmektedir:

“Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”

Ancak Alman Ceza Hukuku öğretisinde bu konu üzerinde çok farklı görüşler bulunmaktadır⁹. Bazı yazarlar¹⁰ farklı bir çözüm yöntemi ile birden fazla taksirli hareketin neden olduğu netice bakımından nedensellik problemini aşmaya çalışırken diğer bazı yazarlar¹¹ taksirli müşterek failliği kabul etmek suretiyle bu sorunu kolayca çözmektedirler.

Taksirli müşterek faillik iki farklı durum için bir anlama sahip olabilir. Birinci olarak nedensellik bağının tam olarak tespit edilemediği durumlarda cezalandırma boşluğunu giderebilecektir. Örneğin iki dağcı tepeden aşağı iki tane büyük kayayı yuvarlarlar. Kayalardan birisi tepenin eteğinde bulunan bir balıkçıya isabet eder ve balıkçı hayatını kaybeder. Fakat mahkeme hangi kayanın balıkçıya isabet ettiğini tespit edemez¹². Hâkim

⁸ Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 253; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yay., 2023), 436 vd..

⁹ Bu görüşler için bkz. Jacob Böhringer, *Fahrlässige Mittäterschaft, Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten*, (Baden-Baden: Nomos, 2017), 41 ff.

¹⁰ Reşit Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 134 vd; Lothar Kuhlen, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1990): 570; Erich Samson, “Probleme strafrechtlicher Produkthaftung”, *StV* (1991): 182; Ingeborg Puppe *JR* (1992) 30 ff.

¹¹ Eric Hilgendorf, “Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1994): 563; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, (München: C. H. Beck, 2003) § 25 Rn. 241.

¹² BGE 113 IV, 58.

anlayışa göre bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her iki failin de sorumluluğuna gidebilmek mümkün olmayacaktır. Ancak taksirli müşterek failliğin kabul edilmesi durumunda her iki fail de cezalandırılabilir¹³.

Taksirli müşterek faillik çözümü nedensellik bağının belirlenemediği durumlarda farklı bir perspektif sunmaktadır. Bununla birlikte taksirli müşterek failliğin kabulü birden fazla eylemle neticeye neden olunan durumlarda gereksizdir¹⁴. TCK açık bir şekilde taksirli müşterek failliği reddetmektedir¹⁵. Kanunumuza göre iştirak yalnızca kasıtlı suçlarda mümkündür. Bu sorunu Türk hukukuna göre şart teorisinin revize edilmesi ile çözebiliriz zira TCK böyle bir çözüme izin vermektedir. Bu itibarla somut olayda taksirli müşterek faillğe başvurmaya gerek bulunmamaktadır. Kazada kasten veya taksirle hareket eden bütün faillerin ceza hukuku sorumluluğu bulunmaktadır çünkü bütün hareketler netice bakımından nedenseldir.

5.2. Olası Kast-Bilinçli Taksir

Otopsi raporlarına göre yalnızca bir işçi kazada yanma nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Ölüm nedenleri tespit edilebilen diğer işçilerin tamamı karbonmonoksit zehirlenmesi nedeniyle hayatlarını kaybetmişlerdir. Kazada ölen 301 işçiden 269'u 2011 yılında Soma Kömür İşletmeleri A.Ş. tarafından kazılan -S- üretim sahasında çalışıyordu. Bu itibarla S üretim panoları farklı bir havalandırma sistemine sahip olsaydı, en azından 269 işçi hayatta kalabilecekti. Bu durum açıkça göstermektedir ki şirket yetkilileri riskin farkında olarak hareket etmişlerdir.

Her ne kadar bilimsel çalışmalarımızda Alman Ceza Hukuku dogmatikğini gözetiyor olsak da Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri Alman ve Kore Ceza Kanunundan pek çok farklılığa sahiptir. Örneğin ne Alman Ceza Kanunu ne de Kore Ceza Kanunu kast veya taksiri tanımlamazken, Türk Ceza Kanunu hem kastı (m. 21) hem de taksiri (m. 22), hatta olası kastı (m. 21, f. 2) ve bilinçli taksiri (m. 22, f. 3) tanımlamaktadır. Kanunumuza göre olası kast zorunlu olarak cezayı hafifleten bir nedendir, bilinçli taksir ise bilinçsiz taksire göre zorunlu olarak daha ağır bir cezayı gerektirmektedir. Türk Ceza Hukuku doktrininde hem olası kastın bir hafifletici sebep olarak kabul edilmesi¹⁶ hem de bilinçli taksirin ağır bir cezalandırma gerektirmesine yönelik bazı eleştiriler¹⁷ bulunmaktadır. Bununla birlikte, ilgili hükümlerin bir sonucu olarak, kast ve taksir arasındaki ayrım sorununun Türk sisteminde Alman sistemine göre daha az önemli olduğunu belirtmeliyiz. Berlin yarışı davasında¹⁸ hâkimin iki seçeneği vardı: Ya kastı kabul edecek ve dolayısıyla faili müebbet hapisle cezalandıracak

¹³ İsviçre Federal Mahkemesi bu olayda her iki failin de ceza sorumluluğunu bulunduğunu kabul etmiştir. Fakat mahkeme bunu yaparken müşterek faillik kavramına başvurmamıştır. Böhringer, *Fahrlässige Mittäterschaft* 28 ff.

¹⁴ Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*, 233-34.

¹⁵ Bkz. 22.madde gerekçesi. Özgenç, *Genel Hükümler*, 613; Emre İkbāl Açıkgöz, "Müşterek Faillik" (Doktora tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2024), 282-83.

¹⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız and İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yay., 2023) 283.

¹⁷ Muhammed Demirel, *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yay., 2022), 66.

¹⁸ BGH, 1.3.2018, 4 StR 399/17; Ayrıca bkz. Rolf, D. Herzberg, "Setz vorsätzliches Handeln ein Wollen der Tatbestandsverwirklichung voraus? ", *Juristen Zeitung* 73, no. 3 (2018): 122-30.

(StGB Art. 211) ya da kastı kabul etmeyecek ve faili sadece en fazla beş yıl hapisle (StGB Art. 222) cezalandıracaktır. Dolayısıyla Alman Ceza Kanunu'nda kast ile taksir arasındaki farkın sonuçları çok ağırdır. Türk Ceza Kanunu ise olası kastta cezayı hafifletmekte (yani doğrudan kasttan daha hafif ceza verilmekte) ve bilinçli taksirde cezayı artırmakta (yani bilinçsiz taksirden daha ağır ceza verilmekte) ve böylece kast ve taksir arasındaki farkın sonuçları daha hafif olmaktadır.

Örneğin:

Doğrudan kastla adam öldürme: müebbet hapis cezası (Türk Ceza Kanununda Alman Ceza Kanununda olan Mord/Totschlag ayrımı yoktur tek kasten öldürme suçu vardır).

Olası kastla öldürme: yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezası

Bilinçli taksirle öldürme: iki yıl sekiz aydan dokuz yıla kadar hapis cezası.

Bilinçsiz taksirle öldürme: iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası.

Ancak bu olayda özel bir durum bulunmaktadır. Bu yargılamada Türk Ceza Kanunu'nda yer alan içtima hükümleri nedeniyle kast ve taksir ayrımının sonuçları ağırdır. Normalde Türk Ceza Kanunu'nda da Alman Ceza Kanunu'nda olduğu gibi¹⁹ tek eylemle birden fazla suçun işlenmesi halinde fikri içtima hükümleri uygulanacaktır (TCK m. 43, f. 2), ancak Alman Ceza Kanunun aksine fikri içtima uygulamasında bir istisna hükmü bulunmaktadır: Kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları için her zaman gerçek içtima geçerlidir (TCK m. 43, f. 3). Cezaların içtimaı sisteminde de Türk Ceza Kanunu, Alman Ceza Kanununa göre farklıdır. Alman Ceza Kanunu hâkime fiil çokluğu hallerinde cezayı kolayca belirleme yetkisi vermektedir (§ 53-54). Bu durumda hâkimin vereceği toplam ceza en ağır cezayı gerektiren suçun ceza miktarından az olamayacak ancak bütün suçlarının cezalarının toplamından da fazla olamayacaktır²⁰. Süreli hapis cezalarında 15 yıldan fazla bir cezanın belirlenmesi mümkün olmadığı gibi 720 günü geçecek şekilde bir adli para cezasının da belirlenmesi mümkün değildir (Art 54, Abs. 2). Türk Hukukunda, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna göre ise birden fazla ceza koşullu salıverme hükümlerinin uygulanabilmesi için toplanacaktır (m. 99). Bu gerçek anlamda bir toplamadır ve hâkimin toplam cezayı belirlemede bir yetkisi bulunmamaktadır. Buradaki tek sınır kanunun yüz yedinci maddesinde bulunmaktadır: Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre...birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmi sekiz yıldır.

Türk Ceza Kanuna göre kazada faillerin olası kastının olduğunu kabul edersek, failleri 301 kez en az yirmi yılla cezalandırmak zorundayız. TCK'da, taksirle öldürme ile ilgili olarak, özel bir içtima hükmü bulunmaktadır. Seksen beşinci maddenin ikinci fıkrasına göre, fail dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışla birden fazla kişiyi öldürür veya yaralarsa, iki yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Türkiye'nin ceza adalet sisteminde kast ve taksir arasındaki ayrımın önemi İnfaz Kanunundaki düzenlemeler nedeniyle daha da artmaktadır. Somut olayda faillerin kasten hareket ettikleri varsayımında 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'na göre mahkum oldukları cezanın yirmi

¹⁹ Alman Ceza Kanunun aynı neviden ve farklı neviden fikri içtimaı aynı maddede düzenlediğini söyleyebiliriz (§ 52). Buna karşılık TCK farklı neviden fikri içtimaı 44.maddede ayrıca düzenlemiştir.

²⁰ Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rn. 1402.

sekiz yılını infaz kurumunda geçirilmelidir (CvGTİHK m. 107 f. 3-e). Ancak taksirin kabulü halinde, faille verilebilecek en ağır cezanın on yıl sekiz ayı infaz kurumunda geçirilecektir. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu ve Alman Ceza Kanununun koşullu salıvermeye ilişkin hükümlerini (m. 57 vd.) gözlemlediğimizde, Türk ceza sisteminde kast ve taksirin kabulünün ortaya çıkardığı fark Alman ceza sistemine göre daha büyüktür.

Kazaya ilişkin çok sayıda karar bulunmasına rağmen, kararlar yeterli hukuki dayanağa sahip değildir. Özellikle kast ve taksir ayrımına ilişkin tüm kararların aynı teorik açıklamaya sahip olması dikkat çekicidir²¹. Türk Ceza Kanuna göre failin olası bir neticeyi öngörmesine rağmen hareket ederek neticeyi gerçekleştirmesi durumunda olası kast bulunmaktadır. Failin gerçekleşen olası neticeyi istememesi halinde ise bilinçli taksir bulunmaktadır. Bu itibarla olası kast tanımına göre TCK'nın tasavvur teorisini kabul ettiğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte yirmi birinci maddenin gerekçesine göre olası kastın kabul edilmesi için failin neticeyi kabullenerek hareket etmesi gerekmektedir. Bazı yazarlar²² TCK'nın irade teorilerini kabul ettiğini ifade etmektedirler. Ancak düşüncemize göre bu görüş doğru değildir. Bu tespit için yirmi birinci madde bakımından tek dayanak bulunmaktadır: Gerekçede kabullenme kavramının kullanılmış olması. Ancak bu kavramın tasavvur teorisinin temsilcileri tarafından da (özellikle Frank²³) kullanıldığı ifade edilmelidir.

TCK'nın yirmi ikinci maddesinin irade teorilerine daha yakın olduğunu ifade etmek gerekir. Bu maddeye göre bilinçli taksir iradi unsura sahip değildir. Bu olası kastın iradi bir unsura sahip olması gerektiği anlamına gelebilir. Yine de bu durum TCK'nın irade teorilerini kabul ettiğini göstermemektedir. Her şeyden önce isteme kavramı ceza hukuku öğretisinde özellikle olası kast için açık bir anlama sahip değildir²⁴. Başka bir deyişle isteme kavramının olası kast için ne anlama geldiği belirsizdir. Diğer taraftan tasavvur teorisi temsilcilerinin daima kasttaki iradi unsura karşı çıktıklarına ilişkin tespit doğru değildir. Örneğin Welzel'e göre her kast biçiminin bilişsel ve iradi bir yönü bulunmaktadır²⁵. Ancak ceza hukuku öğretisi, Mayer'in görüşlerinden etkilendiği için Welzel'i tasavvur teorisinin temsilcileri arasında kabul etmektedir²⁶. Tasavvur teorilerinin temsilcileri her zaman kastın iradi unsurunu reddetmemektedirler. Bazı yazarlara göre bilme unsuru irade unsurunu belirlemektedir. Bu sebeple 22.maddenin 3.fıkrasında geçen istememe kavramı TCK'nın irade teorilerini kabul ettiğini göstermemektedir.

Görüşümüze göre TCK'nın hangi teoriyi kabul ettiğini belirlemenin bir anlamı bulunmamaktadır²⁷. TCK bu belirlemeyi yapabilmek için yeterli düzenlemeye sahip değildir.

²¹ Aslında bu durum olağandır. İrade teorilerine mensup yazarlar aynı olayla ilgili farklı sonuçlara ulaşabilmektedirler: Reşit Karaaslan, "Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019): 229 vd.

²² Karaaslan, "Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi," 218.

²³ Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (Tübingen: Mohr, 1926), 182.

²⁴ Detaylı bilgi için bkz. Bekir Boga, "Olası Kast Bilinçli Taksir Ayrımının Teorik Temelleri" (Doktora tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2024, 95 vd.

²⁵ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin: De Gruyter, 1969), 65.

²⁶ Claus Roxin and Luis Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, (München: C. H. Beck, 2020), § 12, Rn. 45.

²⁷ Boga, "Olası Kast Bilinçli Taksir Ayrımı" 283.

Yirmi birinci maddenin gerekçesini dikkate aldığımızda TCK'nın tasavvur teorilerini kabul ettiği sonucuna ulaşabiliriz²⁸. Ancak bu kabul de doğru olmayacaktır. Alman ceza hukukçularının bu konuda birçok teorisi bulunmaktadır. Bu sebeple tasavvur teorileri ile irade teorileri arasındaki ayrım çok net değildir ve TCK her iki teoriye göre de yorumlanabilir.

İzmir Bölge Adliye Mahkemesinin kararına göre olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrım şu şekilde yapılabilir: Fail neticenin gerçekleşmeyeceği umuduna sahipse bilinçli taksirle hareket etmektedir. Buna karşılık fail neticeyi kabulleniyor veya neticeye karşı kayıtsız kalıyorsa olası kastla hareket ediyordur. Benzer bir yaklaşımı Yargıtay'ın vermiş olduğu ilk kararda da görebiliriz:

Bilinçli taksirde gerçekleşen sonuç, fail tarafından öngörüldüğü halde istenmemiştir. Gerçekten neticeyi öngördüğü halde, sırf şansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri veya bilgisine güvenerek hareket eden kimsenin tehlike hali...

Aslında bu belirlemeye rağmen Yargıtay'ın ilk kararında olası kastı kabul etmesi şaşırtıcıdır. Zira bu belirleme tamamıyla aşırı irade teorilerine aittir ve bu teorilere göre söz konusu olayda olası kastı kabul etme imkânı bulunmamaktadır. Diğer taraftan bu cümlede bir mantık hatasının da bulunduğu söylenmelidir. Sırf şansa güvenmek, bilinçli taksiri temellendirmek için yeterli bir sebep olarak görülemez. Nitekim Welzel'e göre fail yeteneklerine ve bilgisine güvenerek hareket edebilir ancak gerçek olmayan bir şansa güvenerek hareket etmesi durumunda gerçekleştirme iradesinin bulunduğu yani kasten hareket ettiği kabul edilmelidir²⁹.

Türk ceza yargısının kast ve taksir ayrımı için çoğunlukla ikinci Frank formülünü uyguladığını söyleyebiliriz³⁰. Formüle göre, fail şöyle de olabilir, böyle de olabilir, her halükârda ben hareket ederim diyorsa, kast bulunmaktadır³¹. Bu formül Türkçe'de kısaca "olursa olsun" şeklindedir. İlk Yargıtay kararına göre failer olursan olsun şeklinde düşünerek hareket etmekteyken, ikinci karara göre bu şekilde düşünmemektedirler. Ancak bu iki kararda bunun sebebine ilişkin yeterli bir açıklama bulunmamaktadır.

Aslında Frank formülleri (birinci ve ikinci) eski ve başarısız teorilerdir³². Frank kendisini tasavvur teorisinin temsilcisi olarak tanımlar³³ ancak v. Hippel³⁴, Frank formüllerinin irade teorisine ait olduğunu kabul eder. Bu durum Frank'ın formüllerinin belirsiz bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. Yargıtay tarafından uygulanan ikinci formül ise kaza için iki farklı yoruma sebep olabilir:

²⁸ Karaaslan, "Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi" 218; Mahmut Koca and İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yay. 2023), 179.

²⁹ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 68-9.

³⁰ Ali Emrah Bozbayındır, *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 302.

³¹ Reinhard Frank, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* (Leipzig: C.L. Hirschfeld, 1901), 99.

³² Engische göre Frank formülleri olası kast alanındaki bilimsel çabalara ait acıların çocuğudur. Karl Engisch, "Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, im Strafrecht" (Aalen: Scientia Verlag, 1995), 192.

³³ Reinhard Frank: "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 10 (1890): 169 ff.

³⁴ Robert v. Hippel, *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*, (Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1903), 58.

1- Failler neticenin gerçekleşmeyeceğine inanmışlardır. Çünkü faillerin madende görevlerine aykırı birçok davranışları varsa da diğer taraftan iş güvenliği için de birçok tedbir bulunmaktadır. Ayrıca, bir insan kendi maden ocağını yok etmek veya yakmak ister mi? Failler neticeyi kabullenmemişlerdir. Bu nedenle olayda bir kast bulunmamaktadır.

2- Failler riskin çok yüksek olduğunun farkında olmalarına rağmen, kazayı önlemek için değil, riski en aza indirmek için bile hareket etmemişlerdir. Faillerin çok yüksek riske rağmen madencilik faaliyetine devam etmeleri olası kastı kanıtlayan yeterli bir nedendir. Bu durumda failler “olursan olsun” diyerek hareket etmektedirler.

İzmir Bölge Mahkemesi'nin kararında birinci önermeye uygun açıklamalar bulunmaktadır. Bu öncül genellikle Federal Mahkeme tarafından uygulanmaktadır. Federal Mahkemeye göre, öldürme kastının önünde tehlike kastına göre çok daha yüksek bir eşik bulunmaktadır (engelleme eşiği teorisi)³⁵. Öldürme kastı için failin ölüm sonucunu kabul etmesi gerekir. Ancak Federal Yüksek Mahkeme'nin kararlarını incelersek, mahkemenin her zaman failin sonucun gerçekleşmeyeceğine ciddi bir şekilde güvenmesini aradığını görebiliriz. Örneğin, fail AIDS için yeni bir bilimsel tedavinin keşfedileceğine³⁶ veya mağdurken kenara atlayarak güvenli bir yere ulaşabileceğine³⁷ inanabilir. Ancak elbette bu nedenler bilinçli taksirin nedeni için her zaman ikna edici olarak görülemez³⁸. Çünkü bilinçli taksirin kabul edilmesi için her zaman bir neden bulunabilir, dolayısıyla hâkim suçluyu aklamak için bir neden bulabilir ve bu her zaman adalet duygusu tatmin edilemeyebilir³⁹.

İzmir Bölge Mahkemesi ve Yargıtay (2. karar) kararlarında faillerin neticenin gerçekleşmeyeceğine ciddi bir şekilde güvenmeleri için bir neden bulamıyoruz. Ancak Federal Mahkemenin de aynı durumda kastı kabul edeceğini de düşünmüyoruz. Yüksek eşik kriterine göre düşünürsek, madende iş güvenliği için birçok önlem vardı ve şirket iş güvenliği için önemli projeler yaptı, bu nedenle neticeyi kabullenmeden hareket ettiler. Şirket madeni yaklaşık beş yıl (2009-2014) sorunsuz ve yaklaşık dört yıl yeni havalandırma sistemi olmadan işletmiştir, bu nedenle de failler neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenmişlerdir. Sonuç olarak, bilinçli taksir için kolayca bir neden bulabiliriz.

İkinci öncül tasavvur teorisine karşılık gelir. Önermenin çözümü irade teorisinden daha az karmaşıktır, ancak elbette bir dezavantajı vardır: her olayda olası kastı kabul edebiliriz. Aslında, bizim düşüncemize göre, fail yüksek riski bildiği halde eylemde bulunuyorsa her zaman olası kast vardır⁴⁰. Bu nedenle kazada faillerin olası kastla hareket ettiğini kabul ediyoruz. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bazen bu sonuç adalet duygusuyla örtüşmez, çünkü fail çok yüksek cezalara çarptırılabilir. Dolayısıyla burada asıl sorun olası kastı kabul etmek değil, olası kastın her zaman çok yüksek bir cezayı gerektirmesidir⁴¹.

³⁵ Johannes Wessels, Werner Beulke and Helmut Satzger: Strafrecht Allgemeiner Teil, (Heidelberg : C.F. Müller 2023) Rn. 342 ff.

³⁶ BGH, 04.11.1988 , 1.StR 262/88.

³⁷ BGH, 07.06.1983, 4.StrR 51/83.

³⁸ Roxin and Greco, *Allgemeiner Teil*, § 12, Rn. 84; NK-StGB/Saliger § 212 Rn. 17.

³⁹ Ingeborg Puppe, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis”, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 103 no.1 (1991): 7.

⁴⁰ Özgenç, s. 291; Benzer yaklaşımlar için bkz: Wolfgang Frisch, *Vorsatz und Risiko* (München: Heymann, 1982), 26 ff.; Rolf, D. Herzberg, “Abgrenzung Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes”, *Juristische Schulung* 26, no. 4 (1986): 249-62; Puppe, “Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis” 1-42.

⁴¹ Özgenç, *Genel Hükümler*, 256 vd.

Bu itibarla sorunun çözümü için lege ferenda yeni bir çözüme ihtiyacımız bulunmaktadır. Son zamanlarda Alman ceza hukuku doktrini bu soruna bir çözüm aramaktadır. Berlin yarışı davasından sonra Alman kanun koyucusu Alman Ceza Kanunu'na yeni bir hüküm eklemiştir (315 d). Bu hükmün amacı, yasadışı yarışın ölümle sonuçlanması ve mahkemenin kazada bilinçli taksir olduğunu varsayması durumunda adil bir ceza verilmesini sağlamaktır⁴². Ancak bu çözüm ikna edici değildir. Çünkü her risk için özel bir hüküm gereklidir, örneğin bir maden kazası için başka bir neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç tipinin düzenlenmesi gerekmektedir. Bu çözüm, kazuistik bir ceza kanununa neden olacaktır.

Bu nedenle bu çözüm yerine Grünewald ve Rostalski taksirle öldürme suçuna bütün riskler için geçerli olacak yeni bir fıkra eklenmesini talep etmektedir⁴³. Ancak Hörnle bu çözümün de yetersiz olacağını savunmakta ve olası kast ile bilinçli taksir yerine ağır özensizliğin bir kusur formu olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁴. Bu düşünce daha önce Weigend tarafından da savunulmuştur⁴⁵.

Bu önerilerin Türk Ceza Kanunu için uygun veya yararlı olup olmadığını tartışabiliriz. Herzberg, Ceza Kanunu'nda olası kast için hafifletici bir neden öngörülmesini önermektedir⁴⁶. Türk Ceza Kanunu aslında bu hafifletici nedeni düzenlemektedir. Hatta Türk Ceza Kanunu'na göre, failin bilinçli taksirle hareket ettiği durumlarda da daha ağır bir cezalandırma söz konusudur. Ancak Soma maden kazası olayı bize Türk Ceza Kanunu'ndaki içtima düzenlemelerini gözden geçirmemiz gerektiğini açıkça gösteriyor. En azından yukarıda bahsedilen sorunun çözümü için bu gereklidir.

Kasten öldürme ve yaralama suçları için her zaman gerçek içtimainın geçerli olduğunu kabul eden istisnanın başka dezavantajları olduğunu düşünüyoruz. Türk Ceza Hukuku doktrini ve yargı uygulaması, failin olası kastla hareket ettiği durumlarda teşebbüsün cezalandırılmasını kabul etmemektedir⁴⁷. Kanaatimizce bunun temel nedeni istisna hükmüdür. Türk Ceza Hukuku doktrini, olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılması durumunda ceza sorumluluk alanının katlanılmaz şekilde genişleyeceği endişesinden ötürü olası kastla suça teşebbüsü kabul etmemektedir⁴⁸.

⁴² Türk hukukunda benzer bir öneri için: Karaaslan, "Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi", 242.

⁴³ Anette Grünewald, Anmerkung (LG Berliner Rasenfall), *Juristen Zeitung* 72, (2017): 1072; Frauke Rostalski, Der strafrechtliche Umgang mit illegalen Kraftfahrzeugrennen, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 164 (2017) 598.

⁴⁴ Tatjana Hörnle, "Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie bedingter Vorsatz", *Juristen Zeitung* 74, (2019): 470 ff..

⁴⁵ Thomas Weigend, "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 93 (1981): 657 ff.

⁴⁶ Rolf D. Herzberg, "Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefahrmerkmal des Vorstazsdelikt," *In Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag* (Heidelberg: Müller, 2006), 334.

⁴⁷ Katoğlu, Tuğrul, Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.I, Ankara 2015, s. Tuğrul Katoğlu, "Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs", *In Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt: 1*, Ankara: Ankara Üniversitesi Yay., 2015), 621; Koca and Üzülmaz, *Genel Hükümler*, 183-184; Özbek, Doğan, Bacaksız and Başbüyük, *Genel Hükümler*, 285.

⁴⁸ Koca and Üzülmaz, *Genel Hükümler*, 183-184.

Kanaatimizce, istisna hükmü (TCK m. 43, f. 3) doğrudan kast ile sınırlı olmalıdır⁴⁹. Başka bir deyişle, istisna yalnızca failin doğrudan kastla hareket etmesi halinde uygulanmalıdır. Bu sınırlama, olası kast durumunda olması gerekenden ağır bir şekilde cezalandırma zorunluluğunu ortadan kaldıracığı gibi olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılmasına ilişkin endişeleri de bertaraf edebilir.

Ayrıca çok karmaşık bir ceza infaz sistemimizin olduğunu söylememiz gerekmektedir. Ne yazık ki Türk Kanun Koyucusu, Ceza İnfaz Kanunundaki koşullu salıvermeye ilişkin hükümleri cezaevlerini boşaltmak için kötüye kullanmaktadır. İnfaz Kanunun yeni düzenlemeleri, kasten öldürme ve diğer suçlar için farklı bir süre sınırı öngörmektedir (üçte iki) (m. 107, f. 2). Dolayısıyla kasten öldürme suçundan hüküm giyen kişi cezasının en az üçte ikisini cezaevinde geçirirken, taksirle öldürme suçundan hüküm giyen kişi cezasının en az yarısını cezaevinde geçirmektedir. Bu ayrımın bir anlamı bulunmamaktadır.

6. Sonuç

1. Şirketin yönetiminde yalnızca fiilen etkili kişilerin tespit edilip cezalandırılması, şirket yönetimine iştirak eden diğer kişilerin ceza sorumluluğunun hiçbir şekilde tartışılmaması doğru değildir. Diğer şirket yetkililerinin de en azından madenin hatalı işletilmesinin engellemesine ilişkin yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı tartışılmalıdır.
2. Eski yönetim kurulu başkanına izin verilmeyen bir riski gerçekleştirmesine rağmen, yeni ve bağımsız bir risk neticeyi meydana getirdiğinden ölüm ve yaralanma neticeleri objektif olarak isnat edilemez.
3. Bu olayda nedensellik bağının belirlenebilmesi için Türk Hukukuna göre “taksirli müşterek failliğin” kabul edilmesi gerekli değildir.
4. İzin verilmeyen yüksek bir riskin bilincinde hareket eden faili bilinçli taksirle hareket etmekten sorumlu tutmak için her zaman bir sebep bulunabilir. Düşüncemize göre bu gibi vakılarda adalet duygusunun zedelenmemesi adına yapma sebeplere bilinçli taksirle öldürme ve yaralama suçlarından cezai sorumluluk tesis edilmemelidir. Özellikle kaza riskinin yüksek olduğu işletmelerde, işletme sahiplerinden ve yöneticilerden hukuk düzeninin azami düzeyde hassasiyet beklediği söylenmelidir. Bu nedenle söz konusu işletmelerde izin verilmeyen riskin bilinmesine rağmen hareket edilmesi halinde olası kastın varlığı kabul edilmelidir.
5. Ancak Türk Ceza Kanunu’nun suçların içtimasına ilişkin kırk üçüncü maddesinde fiil tekliğine ilişkin bulunan istisna hükmü (f. 3) kast ile taksir arasındaki cezalandırma farkının orantısız olarak artmasına neden olmaktadır. Kanaatimizce bu istisna hükmü failin doğrudan kastla hareket ettiği durumlar ile sınırlandırılmalıdır. Böylelikle Türk Ceza Hukuku sisteminde olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılması bakımından ortaya çıkan endişelerin de giderilmesi sağlanacaktır.

⁴⁹ Boga, “Olası Kast Bilinçli Taksir Ayrımı” 298.

6. Cezaların infazına ilişkin koşullu salıverme düzenlemelerinde suç tipi dikkate alınmamalıdır. Bu şekilde yapılan bir düzenleme de kasten öldürme ile taksirle öldürme arasındaki cezalandırma farklılığının orantısız bir şekilde artmasına neden olmaktadır.

Kaynaklar / References

- Açıkgöz, Emre İkbāl. "Müşterek Faillik" (Doktora tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, 2024), 45. Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Boga, Bekir. *Olası Kast Bilinçli Taksir Ayırımının Teorik Temelleri*. Doktora tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, 2024.
- Bozbayındır, Ali Emrah. *Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Böhringer, Jacob. *Fahrlässige Mittäterschaft. Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Çevikçelik, Muradiye. *Maden İşletme ve Rödovans Sözleşmeleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Demirel, Muhammed. *Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Engisch, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Aalen: Scientia Verlag, 1995.
- Frank, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. C.L. Hirschfeld.
- Frank, Reinhard. *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*. Tübingen: Mohr, 1926.
- Frank, Reinhard. "Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 10 (1890): 169–228.
- Frisch, Wolfgang. *Vorsatz und Risiko*. München: Heymann, 1982.
- Grünewald, Anette. "Anmerkung (LG Berliner Rasenfall)." *Juristen Zeitung* 72 (2017): 1069–72.
- Heinrich, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 2022.
- Herzberg, Rolf D. "Abgrenzung Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit – ein Problem des objektiven Tatbestandes." *Juristische Schulung* 26, no. 4 (1986): 249–62.
- Herzberg, Rolf D. "Setzt vorsätzliches Handeln ein Wollen der Tatbestandsverwirklichung voraus?" *Juristen Zeitung* 73, no. 3 (2018): 122–30.
- Herzberg, Rolf D. "Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefahrmerkmal des Vorsatzdelikts." In *Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 317–36. Heidelberg: Müller, 2006.
- Hilgendorf, Eric. "Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1994): 561–608.
- Hörnle, Tatjana. "Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie 'bedingter Vorsatz.'" *Juristen Zeitung* 74 (2019): 440–49.
- Karaaslan, Reşit. "Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayırımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 145 (2019): 203–72.
- Karaaslan, Reşit. *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Katoğlu, Tuğrul. "Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs." In *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, vol. 1, 611–26. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Koca, Mahmut, and İlhan Üzülmüş. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kuhlen, Lothar. "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte." *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (1990): 566–70.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız, and İsa Başbüyük. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Puppe, Ingeborg. "Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis." *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 103, no. 1 (1991): 1–42.
- Rostalski, Frauke. "Der strafrechtliche Umgang mit illegalen Kraftfahrzeugrennen." *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 164 (2017): 583–99.
- Rotsch, Thomas. "'Lederspray' redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen." *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 1 (2018): 1–13.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. München: C. H. Beck, 2003.
- Roxin, Claus, and Luis Greco. *Strafrecht Allgemeiner Teil. Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: C. H. Beck, 2020.
- Samson, Erich. "Probleme strafrechtlicher Produkthaftung." *StV* (1991): 182–86.
- v. Hippel, Robert. *Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Leipzig: Verlag von S. Hirzel, 1903.
- Thomas Weigend. "Zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit." *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 93 (1981): 657–700.
- Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: De Gruyter, 1969.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke, and Helmut Satzger. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.

Yazar Hakkında / About the Author

Dr. Öğr. Üyesi Bekir BOGA | Necmettin Erbakan Üniversitesi |
bboga[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0894-8969

Bekir BOGA, 2016 yılında Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Aynı yıl Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programına başlamış, 2019 yılında Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku tezli yüksek lisans programından Ceza Muhakemesinde Delillerin Tartışılması Başlıklı tezle mezun olmuştur. 2019 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünde başladığı doktora eğitimini 2024 yılında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayırımının Teorik Temelleri başlıklı tez ile tamamlayarak doktor unvanını almıştır. 2017 yılından beri Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalında görev yapan yazar, 2025 yılından itibaren Anabilim Dalı Başkanı olarak görev yapmaktadır.

Asst. Prof. Dr. Bekir BOGA | Necmettin Erbakan University |
bboga[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0894-8969

Bekir BOGA graduated from Selçuk University Faculty of Law in 2016. That same year, he began the Public Law Master's Program at the Selçuk University Institute of Social Sciences. He graduated from the Public Law Master's Program with a thesis titled "Discussion of Evidence in Criminal Procedure" in 2019. He began his doctoral studies at the Graduate School of Hacı Bayram Veli University in Ankara in 2019 and completed his doctorate in 2024 with a thesis titled "Theoretical Foundations of the Distinction Between Possible Intent and Conscious Negligence." The author has been working at the Department of Criminal and Criminal Procedure at Necmettin Erbakan University Faculty of Law since 2017 and has been serving as the Head of the Department since 2025.

TAKSİRLE SEBEBİYET VERİLEN ÇOKLU ÖLÜMLÜ İŞ KAZASINA İLİŞKİN KARAR İNCELEMESİ

Arş. Gör. Esra BULUT
Yozgat Bozok Üniversitesi

Özet

Erzurum'da Karasu Çayı üzerinde elektrik nakil hattı direkleri bulunmaktadır. Bu çay üzerinde HES barajı projesinin geçici kabulü yapılır. Proje yetkilisi İDEAL AŞ, gölette bulunan direklerin yer değiştirilmesinden sorumlu şirket olan ARAS EDAŞ'a yazı yazarsa da cevap alamaz. ARAS EDAŞ elektrik direklerini taşıma işlemini gerçekleştirmez. Elektrik direkleri taşınmamasına rağmen Geçici Kabul Komisyonu projeye onay verir. İDEAL AŞ de deplase işlemi yapılmamasına rağmen barajda su tutmaya başlar. Bunun üzerine zemin yumuşar ve birçok köye elektrik enerjisi taşıyan direklerden biri devrilir. Tamir işini Temel LTD ŞTİ üstlenmiştir. ARAS EDAŞ çalışanı bir işçi ile Temel LTD ŞTİ çalışanı dört işçi belediyeden deniz bisikleti alarak donmuş gölet içerisinde ilerlerler. Deniz bisikletinin su alması üzerine beş işçi suya düşer ve boğularak yaşamlarını yitirirler. Çalışmada, elektrik direklerinin devrilmesine sebep olan şirket yetkilileri, geçici kabul komisyonu üyeleri ve işçileri gölete yeterli ekipman olmadan gönderen şirket yetkililerinin ceza hukuku sorumlulukları tartışılmıştır. Hem bireylere hem de devlete bazı sorumluluklar yüklenen bu olay bakımından idarenin sorumluluğu bağlamındaki kusurluluk ile ceza hukuku bağlamındaki kusurluluk arasındaki farklar incelenmiştir. Bilirkişilerin sıkça yaptıkları asli kusur-tali kusur ayrımının ve kusurun yüzdeler biçimde ifade edilmesi, bilirkişilerin faaliyetlerinde yasak işlemler çerçevesinde ele alınmıştır. Olayda, tüm sanıklar bakımından bir gün karşılığı ödenecek para miktarı aynı belirlenmiştir. Bu belirleme, cezanın bireyselleştirilmesinde gösterilen özen bakımından değerlendirilmiştir. Kamu görevlisi olmayan kişilerin yargılamasında, kamu görevlileri hakkında soruşturma izni verilmemesinin bekletici mesele yapıp yapılamayacağı da tartışılmıştır. Son inceleme konusu ise, hâkimin kanuni sınırlar dahilinde belirlediği ceza miktarının temyize konu olup olamayacağıdır. Bu tartışma, hâkimlerin bağımsızlığı, orantılılık ilkesi ve kararların gerekçeli olması zorunluluğu çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kavramlar

Taksirle Öldürme, Objektif İsnadiyet, Bekletici Mesele, Kusur, Bilirkişilik, Cezanın Bireyselleştirilmesi, Hâkimin Takdir Yetkisi

REVIEW OF THE DECISION ON MULTIPLE FATAL OCCUPATIONAL ACCIDENTS CAUSED BY NEGLIGENCE

Ress. Asst. Esra BULUT
Yozgat Bozok University

Abstract

The provisional acceptance of the HEPP dam on the Karasu River in Erzurum is carried out. ARAS EDAŞ, the company responsible for relocating the poles in the reservoir, does not carry out this operation. Despite the failure to relocate the electricity poles, the Temporary Acceptance Commission approves the project. İDEAL AŞ also fills the dam with water despite the failure to relocate the poles. As a result, the ground softens, and one of the poles collapses. The repair work is undertaken by Temel LTD ŞTİ. Five people who went to the site for repairs drown after their boats take on water. In the study, the criminal liability of the authorities was discussed. The differences between fault in the context of administrative liability and fault in the context of criminal law were examined. The distinction between primary and secondary fault made by the experts and the expression of fault in percentage terms were considered in the context of prohibited acts in the activities of experts. The determination of the same amount of fine for all defendants has been evaluated in terms of the individualisation of punishment. The question of whether the refusal to grant an investigation permit in the trial of persons who are not public officials can be made a prejudicial question has been discussed. The debate over whether the amount of punishment determined by the judge within the legal limits can be appealed has been evaluated within the framework of the independence of judges, the principle of proportionality, and the requirement that decisions be reasoned.

Keywords

Negligent Homicide, Objective Imputation, Prejudicial Question, Fault, Expert Witness, Individualisation of Punishment, Discretionary Power of Judge

1. Giriş

Teknolojinin gelişmesi ve şirketlerin tehlikeli faaliyet alanlarının artması, taksirle işlenen suçların da artmasına yol açmıştır. Gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle yaşanan iş kazaları, işçilerin vücut bütünlüklerinin, hatta karara konu olayda olduğu gibi yaşam haklarının ihlaliyle sonuçlanabilmektedir. Birden fazla şirketin adının geçtiği iş kazalarında faillerin ceza hukuku sorumluluğunun tespiti oldukça önemlidir. Bu tespitte doğal bir olgu olan nedensellik bağının kesilmesinden söz edilmektedir. Oysaki uygun sebep teorisine göre, nedensellik bağının varlığı tespit edildikten sonra objektif isnadiyet değerlendirmesine geçilmelidir. Karar incelemesinde, elektrik direklerinin devrilmesine yol açan süreçte düzenlemenin koruma amacına göre, işçilerin yaşamlarını tehlikeye sokan süreçte ise suç mağdurunun özgür iradesine dayanan kendi kendine zarar verme ve tehlikeye sokma hali çerçevesinde objektif isnadiyet değerlendirmesi yapılmıştır.

Karara konu olayda olduğu gibi hem idareye hem de kişilere yüklenen sorumlulukların bulunması hâlinde idare hukukundaki kusurluluk ve ceza hukukundaki kusurluluk farklı sonuçlara yol açabilmektedir. Özellikle idare hukukunda kusursuz sorumluluk kabul edilirken ceza hukukunda kusur olmadan ceza olmaz ilkesinin hâkim olması, idare hukukunda bir zararın ortaya çıkması gerekirken ceza hukukunda tehlike suçlarında ve suçun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde de failin sorumluluğunun bulunması, idare hukukunda sorumluluk objektif ve anonimken ceza hukukunda kusur sorumluluğunun subjektif olması, bu iki hukuk dalındaki kusurluluğun farklarındandır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, kusurluluğun asli-tali olarak belirlenmesi veya matematiksel olarak hesaplanması yer almamaktadır. Buna rağmen bilirkişi raporlarında bu şekilde belirlemeler yapıldığı, yargı mercilerinin de kararlarını bu raporlara göre verdiği görülmektedir. Yargıtayın da bu tür belirlemenin daha objektif ve hakkaniyetli olduğunu belirttiği kararlarına rastlanmaktadır.

Yargılama makamı, bir hukuki sorunun çözümünde özel ve teknik bilgiyi gerektiren konuda bilirkişiye başvurabilirse de bilirkişiler bu bilgiyi aşarak hukuki sorunun çözümüyle alakalı, örneğin faillerin kusur tespitine yönelik bir değerlendirmede bulunmamalıdır. Ancak bilirkişi raporlarında bu belirlemeler sıklıkla yapılmaktadır. Merci görüşlerinde ölenlerin ve şirketlerin kusurlu olduklarına dair ifadeler içeren bu bilirkişi raporlarına atıf yapıldığı görülmektedir.

Yargılama makamı, bir suça katılan birden fazla kişi hakkında hüküm vermesi gerektiğinde cezanın belirlenmesi işlemini haksızlıkla orantılı olarak yaptığından her bir fail bakımından aynı cezayı belirlemesinde bir sorun bulunmamaktadır. Ancak cezanın bireyselleştirilmesi işleminde de her bir fail bakımından aynı cezaya hükmetmek, bu işlemin ne kadar özenli yapıldığı noktasında soru işaretlerine neden olmaktadır.

Karara konu olayda olduğu gibi, bir suçtan dolayı hem kamu görevlisi kişilerin hem de kamu görevlisi olmayan kişilerin sorumluluğu söz konusu olabilir. Kamu görevlilerinin yargılanmasında soruşturma izni verilmemesi, kamu görevlisi olmayan kişilerin yargılanmasına etki ediyorsa karışık bağlantının gerektirdikleri ve bekletici mesele yöntemleriyle soruna bir çözüm bulunmalıdır.

Temyiz kanun yolu incelemesinin dayanağı, hükmün hukuka aykırı olmasıdır. Mahkûmiyet hükmünün ilgili suçun öngördüğü cezanın sınırları dahilinde verilmesi hâlinde ceza miktarı bakımından temyize konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bu tartışma, hâkimlerin bağımsızlığı, orantılılık ilkesi ve kararların gerekçe içermeye zorunluluğu çerçevesinde incelenmiştir.

2. Olay¹

Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 26.9.2017 tarihli ve E. 2015/15915, K. 2017/6715 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; İdeal Enerji Üretim San. Tic. AŞ'nin Erzurum'un Aşkale İlçesi sınırları içerisinde Karasu Çayı üzerinde inşa ettiği HES barajının geçici kabulü yapılır. Baraj gölet alanında kalan, inşaat öncesinde mevcut olan enerji nakil hattına ilişkin dört adet direğin su tutulmadan önce deplase edilmesi (yerinin değiştirilmesi, gölet alanı dışına nakledilmesi) gerekmesine rağmen, direkler deplase edilmeden barajda su tutulmaya başlanır. Su tutulmasına bağlı olarak zeminin yumuşaması sonucunda, gölet içinde kalan bu direklerden biri devrilir ve çok sayıda köye bir süre elektrik verilemez.

Aras EDAŞ çalışanı Mustafa ile Aşkale İlçesindeki arıza bakım tamir ve onarım işlerinin yapım işini üstlenen Temel Elektrik İnşaat Taahhüt Sanayi ve Tic. Ltd. Şirketi'nin çalışanı olan dört işçi, elektrik kesintisini gidermek amacıyla belediyeden temin ettikleri iki kişi kapasiteli deniz bisikletine binerek devrilen direğe ulaşmaya çalışırlar; yer yer buz tutmuş baraj göletinde devrilen direğe doğru ilerlerken deniz bisikletinin su alması sonucunda suya düşerler.

Deniz bisikleti olarak isimlendirilen tekne, akşam saat 18:20 sıralarında alabora olarak batar. Teknenin battığı, işçilerin imdat çağrıları üzerine çevredeki insanlar tarafından fark edilir ve saat 18:24'te Jandarma'ya, Emniyet'e ve Sivil Savunma Ekiplerine haber verilir. Saat 18:50'de Jandarma Bölge Komutanlığından helikopter istenir; ancak helikopter il merkezinden saat 20:15'te havalanır ve saat 20:40'ta olay mahalline intikal eder. Keza, saat 19:45'te Valilik tarafından Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı marifetiyle Genel Kurmay Başkanlığı'ndan helikopter talebinde bulunulur. Bunun üzerine görevlendirilen helikopter, saat 22:55 sıralarında olay mahalline ulaşır.

Bu zaman zarfında gölet yüzeyinde kurtarılmayı bekleyen beş kişi art arda suya gömülür ve boğularak ölür.

3. Mercilerin Çözüm Şekilleri

1) Bu olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma sürecinde düzenlenen birinci bilirkişi raporunda,

- "Her ne kadar Aras Elektrik Dağıtım AŞ'nin cevabi yazıları geciktirilmiş ise de elektrik üretimi yapacak olan bir şirketin elektrik nakil hatlarını oluşturan göletin içerisinden çıkartılmadan barajı su ile doldurarak müessif olaya sebebiyet vermesinden dolayı da KARASU 2 HES şirket yetkilisinin (İDEAL ENERJİ ÜRETİM SANAYİ ve TİCARET A.Ş. yetkililerinin) de 1. derecede sorumlu olduğu,"

¹ Bu olay, Hüseyin Ceylan'ın makalesinde Türkiye'de meydana gelen çoklu ölümlü iş kazaları arasında yer almaktadır. Olay, ilgili makaleden görülmüştür. Hüseyin Ceylan, "Analysis of Fatal Occupational Accidents in Turkey for the Year 2014," *International Journal of Engineering Research and Development* 8, sy. 1 (2016): 22.

- “Aras Elektrik Dağıtım AŞ, bu tutumuyla direklerin 1 yıl gibi uzun bir süre su içerisinde kalmasına neden olmuş, dünyanın hiçbir yerinde rastlanmayan gölet içerisinde elektrik direklerinin mevcudiyetine göz yuman Karasu HES 2’den sorumlu kişinin de 1. derecede sorumlu olduğu,”

- “Göl alanı içinde bulunan elektrik nakil direkleri deplaseleri yapılmadan İDEAL ENERJİ ÜRETİM SANAYİ ve TİCARET A.Ş.’nin elektrik üretimine müsaade eden geçici kabul heyetinin ASIL sorumlu olduğu,”

- “Müteveffa işçilerin gerekli ekipmanı donanımı sağlamadan cesurane bir tarzda ve prosedüre aykırı olarak arıza onarımına kalkışmaları İSG açısından yanlış bir tutum olduğundan 2. derecede kusurlu bulundukları,”

- Baraj gölet alanında kalan “4 adet direğin deplasesi için mevsim dolayısıyla yapılacak olan imalatların ehemmiyeti bakımından çalışılmayan günler dışında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu lazımevi yerine getirmeyen İDEAL ENERJİ ÜRETİM SANAYİ ve TİCARET AŞ’ın KARASU 2 HES projesi göl alanı içinde bulunan elektrik direklerine müdahale için gelen personelin resmi görevlendirme yazısı olmadan bu bölgeye deniz bisikleti ile ulaşmalarına göz yumması, İDEAL ENERJİ ÜRETİM SANAYİ ve TİCARET AŞ’ın olayın meydana gelmesinde 1. derece sorumlu olduğu,”

- “TEMEL ELEKTRİK LTD. ŞTİ firması sorumlularının deniz bisikleti kapasitesinin üstünde kişilerin binmesine müsaade eden şirket yetkililerinin 1. derece sorumlu oldukları,”

tespit ve değerlendirmelerinde bulunulmuştur.

Keza, bu olayla ilgili olarak başlatılan soruşturma sürecinde düzenlenen ikinci bilirkişi raporunda,

a) Aras EDAŞ’da proje müdürü olarak çalışmakta olan Ahmet’in baraj göletinde su tutulacağı aşikâr olduğu ve direklerin deplase edilmesi için hazırlanan proje onaylandığı hâlde gerekli deplaseyi yaptırmamış olması nedeniyle,

b) Aras EDAŞ’da işletme bakım müdürü olarak görev yapan Tuncer’in göl alanında kalan dört adet direğin yerinin değiştirilmesi işinin takibini yapmamış olması ve uzun bir süredir direklerin yer değiştirmesi işlemi gerçekleştirilmediği hâlde gerekli girişim ve eylemde bulunmamış olması nedeniyle,

c) Temel Elektrik Ltd. Şirketinin sahibi olan Fehmi ve aynı şirkette koordinatör mühendis olarak görev yapan Nurullah’ın elektrik bakım, onarım ve tamir işlerinin yapımında sorumlu kişiler olarak onarım işine giden işçilerinin uygun olmayan şartlarda ve uygun olmayan ekipmanlarla arıza mahâlline gitmelerini önlememiş ve bununla ilgili işyerinde iş disiplini oluşturamamış olmaları nedeniyle,

ç) Aras EDAŞ’ta personel müdürlüğüne olay tarihinde vekaleten bakan Şahin’in eğitim için Erzurum’a giden Aşkale işletme şefi Yalçın’ın yerine bir yetkili görevlendirmemiş olması nedeniyle,

d) Aras EDAŞ’ta il müdürü olarak görev yapan Ziya’nın ise il müdürlüğü bünyesinde yapılan çalışmalarda gerekli organizasyonu yapmamış ve iş disiplini sağlamamış olması nedeniyle,

“kusurlu olduğu” tespit ve değerlendirmesinde bulunulmuştur.

Bu kişiler hakkında birden fazla (beş) kişinin taksirle ölümüne sebebiyet verdikleri iddiası ve TCK, m. 85, f. 2 hükmüne istinaden cezalandırılmaları talebiyle kamu davası açılmıştır.

2) İlk derece mahkemesi olarak Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin gerekçeli kararındaki bilgilere göre, direklerin deplase işine ilişkin projenin hazırlanması, yapımcı firma olan İdeal AŞ’ye terettüp eden bir yükümlülüktür. Firma, bu yükümlülüğünü yerine getirmiş ve hazırlanan proje, Aras EDAŞ tarafından onaylanmıştır. Ancak bu projeye istinaden söz konusu direklerin deplase işi Aras EDAŞ tarafından yerine getirilmemiştir (sh. 15, 16).

a) Mahkeme, Aras EDAŞ proje müdürü Ahmet’in “*gerekli deplaseyi yaptırmamış olması nedeni ile enerji nakil hattı direğinin devrildiği ve söz konusu olayın meydana gelmesinde ihmali olduğu kanaatine varılarak tali derecede kusurlu*” olduğu tespit ve değerlendirmesinde bulunulmuştur (sh. 16).

b) Mahkeme kararında ayrıca,

Temel Elektrik Ltd. Şirketi sahibi Fehmi’nin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemleri almakla, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü olmasına rağmen, bu yükümlüğü yerine getirmeyi ihmal ettiği (sh. 16),

İlgili İhale Şartnamesinin iş güvenliğini düzenleyen 9. maddesine göre bakım onarım işlerinin tamamından koordinatör mühendisin sorumlu olduğu, Nurullah’ın arıza, bakım ve onarımına giden işçilerin uygun olmayan şartlarda ve uygun olmayan ekipmanla arıza mahalline gitmelerini önlememiş olduğu, bu nedenle ihmali bulunduğu; her ne kadar tanık beyanlarında Nurullah’ın işçilere “*arızaya müdahale edilmemesi*” yönünde talimat verdiği belirtilmiş ise de, “*sorumluluğun salt telefonda talimat vermekle kalkmayacağı*” (sh. 16/17)

tespit ve değerlendirmesinde bulunulmuştur.

c) Mahkeme kararında ayrıca, Aras EDAŞ’ta İşletme Bakım Müdürü olan Tuncer’in söz konusu elektrik direklerinin deplase (yer değiştirme) işlerinin takibini yapmadığı, bu hususta gerekli girişim ve eylemde bulunmadığı, İdeal Enerji AŞ tarafından Aras EDAŞ’a iki defa yazı yazılmasına rağmen, söz konusu işin sürüncemede bırakıldığı, adı geçen kişinin bu hususta ihmalinin olduğu tespit ve değerlendirmesinde bulunulmuştur (sh. 17).

ç) Keza, Mahkeme kararında,

- Aras EDAŞ’da Personel Müdürü vekili olan Şahin’in şirketin Aşkale İşletme Şefi olan Yalçın’ın görevi başında bulunmamasına rağmen “*yerine bir yetkili görevlendirmedeği, bu şekilde koordinasyon ve düzen hususunda zaafiyete neden olduğu*”,

- Aras EDAŞ’da İl Müdürü olarak görev yapan Ziya’nın “*il müdürlüğü bünyesinde yapılan çalışmalarda kendisinden beklenen yapılması gerekli organizasyonu yapmaması ve iş disiplini sağlamış olduğu*”,

tespit ve değerlendirmesinde bulunulmuştur (sh. 17).

Ayrıca ölen kişilerin de kusurlu olduğunu kabul eden Mahkeme, altı sanığın her biri hakkında, birden fazla kişinin taksirle ölümüne sebebiyet verme suçundan dolayı, TCK m. 85 (f. 2) ve 62 hükümlerine istinaden sonuç ceza olarak 3’er yıl 4’er ay hapis cezasına ve bu

cezaların TCK, m. 50 ve 52 hükümlerine istinaden bir gün karşılığı 30 TL olmak üzere, 36.450 TL adli para cezasına çevrilmesine hükmetmiştir (Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 26.11.2014, E. 2014/23, K. 2014/298).

3) Yargıtay 12. Ceza Dairesi, *“beş kişinin ölümü ile sonuçlanan olayda, meydana gelen zararın ağırlığı gözetilerek, adalet ve hakkaniyet kuralları uyarınca alt sınırdan daha fazla uzaklaşımak suretiyle ceza tayini gerekirken, teşdidin derecesinde yanılığa düşülerek sanıklar hakkında, alt sınırdan yeterince uzaklaşmadan eksik ceza tayin”* edildiği gerekçesiyle, ilk derece mahkemesinin bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

4) İlk derece mahkemesi, bu bozma kararına karşı önceki hükmünde direnmiştir (Erzurum 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 28.6.2018, E. 2017/523, K. 2018/194).

Bozmadan sonraki yargılama sürecinde görevlendirilen birinci bilirkişi heyetinin düzenlediği raporda,

- *“Aras Elektrik Dağıtım AŞ'nin baraj gölleri içerisinde yıkılarak olaya neden olan ENH direğinin sahip ve sorumlusu olarak olayda ... % 50 (yüzde elli) oranında KUSURLU olduğu,”*

- ARAS Elektrik Dağıtım AŞ Erzurum İl Müdürü Ziya'nın %5 (yüzde beş), İşletme Bakım Müdürü Tuncer'in %5 (yüzde beş), Personel ve İdari İşleri Müdürü Şahin'in *“%1 (yüzde bir)lik şahsi kusurlarının”* bulunduğu,

- *“TEMEL ELEKTRİK İNŞ. TAAH. SAN. VE TİC. LTD. ŞTİ'nin ... %20 (yüzde yirmi) oranında KUSURLU olduğu,”*

- TEMEL Elektrik Ltd. Şirketinde Koordinatör Mühendis olarak görev yapan Nurullah'ın *“%5 (yüzde beş)lik şahsi kusurunun”* bulunduğu,

- İDEAL ENERJİ ÜRETİMİ SAN. VE TİC. AŞ'nin *“%20 (yüzde yirmi) oranında KUSURLU olduğu”*

- İDEAL Enerji Üretimi San. Ve Tic. AŞ'nin Proje Müdürü Ahmet'in *“%5 (yüzde beş)lik şahsi kusurunun”* bulunduğu,

- Temel Elektrik Ltd. Şirketinde işçi olarak çalışan müteveffa Rıdvan'ın *“amirlerinin talimatlarına uymadığı, çalışırken şahsi güvenliğine gereken dikkat ve özeni göstermediği ve (bu nedenle) %10 (yüzde on) oranında KUSURLU olduğu,”*

değerlendirmelerinde bulunulmuştur.

İkinci bir bilirkişi raporunda ise, ölen Mustafa'nın *“%30 (yüzde otuz) oranında”,* Aras Elektrik Dağıtım AŞ'nin *“%30 (yüzde otuz) oranında”,* Temel Elektrik Ltd. Şirketinin *“%15 (yüzde on beş) oranında”,* İdeal Enerji AŞ'nin *“%25 (yüzde yirmi beş) oranında”* kusurlu olduğu ve buna karşılık, Tuncer, Şahin, Ahmet, Nurullah ve Ziya'nın *“kusurlu olmadıkları”* değerlendirmesinde bulunulmuştur.

Mahkemenin direnme kararında gerekçe olarak şu açıklamalara yer verilmiştir:

“İdeal Enerji Üretim San. Tic. AŞ'nin daha önce tamamladığı projesi olan Karasu 2 HES projesinde Baraj Göleti içinde kalan Aras EDAŞ Erzurum İl Müdürlüğüne ait enerji nakil hattı direğinin deplase (kaldırma veya yer değiştirme) işleminin proje yüklenicisi olduğu, bu hususta anılan projenin şirket tarafından hazırlandıktan sonra Aras EDAŞ Erzurum

İl Müdürlüğü'ne sunulduğu ve 10/10/2010 tarihinde projenin onaylandığı, bu projede sanık Ahmet'in proje müdürü olduğu, projenin onaylanmış olmasına rağmen proje Müdürü Ahmet'in gerekli deplaseyi yaptırmamış olması nedeni ile enerji nakil hattı direğinin devrildiği ve söz konusu olayın meydana gelmesinde ihmali olduğu vicdani kanaatine ulaşılarak tali derecede kusurlu kabul edilerek üzerine atılı suçu işlediği;

Temel Elektrik İnşaat Taahhüt Sanayi ve Tic. Ltd. Şti'nin sahibi ve işvereni sanık Fehmi'nin ... işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak yükümlülüğünün bulunduğu, ancak bu konudaki yükümlülüğünü yerine getirmekte ihmali olduğu; yine (ilgili) Şartnamenin İş Güvenliği'ni düzenleyen 9. maddesi'ne göre bakım onarım işlerinin tamamından Koordinatör Mühendisin sorumlu olduğu, olay tarihinde bakım ve onarım projesinde projenin koordinatör mühendisi olan sanık Nurullah'ın arıza, bakım ve onarımına giden işçilerin uygun olmayan şartlarda ve uygun olmayan ekipmanla arıza mahalline gitmelerini önlememiş olduğu, bu nedenle ihmali bulunduğu, bu şekilde her iki sanığın da üzerlerine atılı suçu işledikleri; her ne kadar tanık beyanlarında sanık Nurullah'ın işçilere arızaya müdahale edilmemesi yönünde talimat verdiği belirtilmiş ise de, sorumluluğun münhasıran telefonda talimat vermekle ortadan kalkmayacağı anlaşıldığından, sanık Nurullah'ın kusurunu ortadan kaldırmayacağı mahkememizce kabul edilmiş, böylece olayın meydana gelmesinde ihmali olduğu kanaatine ulaşılarak tali derecede kusurlu kabul edilerek üzerine atılı suçu işlediği;

Aras EDAŞ Erzurum İl Müdürlüğü'nde İşletme Bakım Müdürü olan Tuncer'in olayın meydana geldiği göl alanında kalan 4 adet direğin relokasyonunun takibini yapmadığı, bu hususta gerekli girişim ve eylemde bulunmadığı, İdeal Enerji Üretim San. Tic. A.Ş. tarafından daha önce tamamladığı Karasu 2 HES projesinde, Baraj Göleti içinde kalan Aras EDAŞ Erzurum İl Müdürlüğü'ne ait enerji nakil hattı direğinin deplase (kaldırma veya yer değiştirme) işlemleri için 02/07/2010 ve 02/06/2010 tarihlerinde iki defa yazı yazıldığı, bu ikinci yazıya 29/09/2011 tarihinde cevap verildiği, bu süre içinde söz konusu işin sürüncemede kalmasında sanığın ihmal gösterdiği, olayın meydana gelmesinde bu şekilde ihmali olduğu vicdani kanaatine ulaşılarak tali derecede kusurlu kabul edilerek üzerine atılı suçu işlediği;

Aras EDAŞ Erzurum İl Müdürlüğü'nde Personel Müdürü vekili olan sanık Şahin'in Aras EDAŞ Aşkale İşletme Şefi olan Yalçın TURDA'nın eğitim için Erzurum İlinde bulunuyor olmasına rağmen yerine bir yetkili görevlendirmedeği, bu şekilde koordinasyon ve düzen hususunda zaafiyete uğrattığı, yine aynı kurumda Erzurum İl Müdürü olan sanıklardan Ziya'nın il müdürlüğü bünyesinde yapılan çalışmalarda kendisinden beklenen yapılması gerekli organizasyonu yapmadığı ve iş disiplini sağlamamış olduğu anlaşılmakla, her iki sanığın da olayın meydana gelmesinde ihmalleri olduğu vicdani kanaatine varılarak tali derecede kusurlu oldukları kabul edilerek üzerlerine atılı suçu işledikleri;

kanaatine ulaşılarak cezadan kurtulmaya matuf savunmalarına itibar edilmemiştir.

Sanıkların gerek görevlerinin, gerekse İş Kanunu'nun ve diğer mevzuatın kendilerine yüklediği sorumlulukları yerine getirmekte özen göstermedikleri, bu konuda ihmal

gösterdikleri, özen yükümlülüğüne uygun hareket etmedikleri ve bu şekilde atılı suçları işledikleri hususunda tam bir vicdani kanaate ulaşılmıştır.”

5) Yargıtay 12. Ceza Dairesi, söz konusu bozma kararının doğru olduğunu kabul ederek, dosyanın Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na gönderilmesine karar vermiştir (30.11.2021, E. 2019/11193, K. 2021/8406).

Bu direnme kararı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 26.10.2024 tarihi itibarıyla henüz karar vermemiştir.

Bilgi: İlk derece mahkemesinin gerekçeli kararlarında, söz konusu olayla ilgili olarak “ayrıca diğer sorumlular (hakkında) Aşkale Cumhuriyet Başsavcılığı’nın 2012/213, 2012/215 (2013/36), 2012/283 (17/05/2012 tarih 2012/1 sayılı görevsizlik kararına konu) ve 2013/26 sayılı soruşturma evrakının mevcut bulunduğu,” bilgisine yer verilmiştir.

4. Çözümlemesi Gereken Hukukî Problemler²

Karara konu teşkil eden olayla ilgili çözümlemesi gereken hukuki problemler sırasıyla şunlardır:

- 1) Baraj inşaatının tamamlanmasından sonra geçici kabul işlemlerinin yapılabilmesi için, gölet alanında kalan elektrik direklerinin deplasesinin yapılması gerekli midir? İnşa edilen barajın geçici kabulünün yapılması, söz konusu direkler gölet alanı dışına taşınmadan baraj göletinde su tutulmasına izin vermek anlamına gelir mi?
- 2) Enerji naklinde kullanılmaya devam eden söz konusu direkler, gölet alanı dışında taşınmadan barajda su tutulmasına başlanmasından dolayı kimin/kimlerin sorumluluğu cihetine gidilebilir?
- 3) Su tutulmaya başlanan baraj göleti içinde kalan direklerden birinin devrilmesi sebebiyle gerçekleşen elektrik kesintisi sorununun giderilebilmesi için, hangi usulün takip edilmesi gerekir? (Olay bağlamında üç ayrı şirketin farklı alanlarda yetkili olması dolayısıyla, bu sorunun açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır).
- 4) Olayda faillerin ceza hukuku sorumlulukları nedir?
- 5) İdarenin sorumluluğu bağlamındaki kusurlulukla ceza hukuku sorumluluğu bağlamındaki kusurluluk arasında fark var mıdır varsa bunlar nelerdir?
- 6) Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluk, “asli” ve “tali” olarak bir ayrıma tabi tutulabilir mi ya da yüzdeler oranlar şeklinde ifade edilebilir mi? Merciler, ölen kişilerin ve şirketlerin kusurluluğuna yer veren bilirkişi raporlarını dikkate alabilir mi?
- 7) Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluğa ilişkin değerlendirme bilirkişi tarafından yapılabilir mi?

² Bu karar incelemesinde olay, mercilerin çözüm şekilleri ve çözümlemesi gereken hukuki problemler, Prof. Dr. İzzet Özgenç tarafından hazırlanmıştır.

8) Birden fazla kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren durumlarda, bu kişiler hakkında hükmolunan adli para cezasının belirlenmesinde bir gün karşılığı ödenmesi gereken paranın bütün sanıklar bakımından aynı olması bir sorun teşkil eder mi?

9) Söz konusu olay bağlamında ceza hukuku sorumluluğu olduğu düşünülen kamu görevlileri hakkında soruşturma izninin teminine yönelik sürecin ikmali, kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından yapılan soruşturma ve kovuşturma bağlamında bir bekletici sorun olarak değerlendirilebilir mi?

10) Yargıtay, yaptığı temyiz incelemesi bağlamında hükmolunan cezanın azlığı veya çokluğuyla ilgili olarak bir değerlendirme yapabilir mi; kanuni sınırlar içinde kalmasına rağmen hükmolunan cezanın az veya fazla olduğu gerekçesiyle bozma kararı verebilir mi?

5. Hukuki Değerlendirmelerimiz

1) Baraj inşaatının tamamlanmasından sonra geçici kabul işlemlerinin yapılabilmesi için, gölet alanında kalan elektrik direklerinin deplasesinin yapılması gerekli midir? İnşa edilen barajın geçici kabulünün yapılması, söz konusu direkler gölet alanı dışına taşınmadan baraj göletinde su tutulmasına izin vermek anlamına gelir mi?

Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği'nin³ 3. maddesine göre, "geçici kabul komisyonu" kurulur. Bu komisyon, *kurulmasından itibaren en geç on gün içinde işyerine giderek yüklenici tarafından gerçekleştirilen işleri Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 41 inci maddesine göre inceler, muayene eder ve gerekli gördüğü kısımların işletme ve çalışma deneylerini yapar. Geçici kabule engel bir durum bulunmadığı taktirde, işin geçici kabulünü yapar* (Yönetmelik m. 4, f. 1).

Geçici kabul komisyonunun oluşturulmasının aşamaları ve şartları ise Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde⁴ belirtilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında yüklenicinin idareye geçici kabulün yapılması için yazılı başvuru yapması gerekliliğine, ikinci fıkrada ise yapı denetim görevlisinin ön inceleme yapması ve bu inceleme sonucunda *işin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir engel bulunmadığının* tespiti halinde geçici kabul komisyonunun oluşturulacağı belirtilmektedir. Maddenin 4. fıkrasında da 2. fıkrada olduğu gibi geçici kabul komisyonunun oluşturulmasının şartları belirtilmektedir: "Yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır. Bu oranı geçmeyen kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına ve/veya işletilmesine engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır."

Kanaatimizce, karara konu olayda geçici kabul komisyonunun oluşturulmasının şartları sağlanmamıştır. Zira elektrik direklerinin deplase işleminin yapılmaması, *işin idareye teslimine ve kullanılmasına ve/veya işletilmesine engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte* değildir. Ayrıca su tutma işlemine başlamak için geçici kabulün

³ Resmî Gazete Tarihi: 04.03.2009, Resmî Gazete Sayısı: 27159 Mükerrer.

⁴ <https://www.hakediorg/wp-content/uploads/2020/02/yapim-isleri-genel-sartnamesi-20191102.pdf>
E.T.:26.06.2024

şartlarının sağlanması da yeterli değildir. Su Yapıları Denetim Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁵ 12. maddesinin 10. fıkrasına göre, gölette su tutma işlemine Devlet Su İşleri izin verir. *DSİ'den yazılı izin alınmadan su tutma işlemi gerçekleştirilemez.*

Geçici kabul işleminin şartlarının oluştuğu ve DSİ'den yazılı izin alındığı varsayımında ise, Şartnamenin 41. maddesinin 5. fıkrasının b bendinde, kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve eksikliklerin tespit edilmesi hâlinde komisyonun izlemesi gereken yol belirtilmiştir:

“geçici kabul tutanağını tanzim ederek gördüğü kusur ve eksikliklerin ayrıntısını gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi tutanakta belirtir. Belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, işin son durumu, yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir ve idareye iletilir. Eksikliklerin giderilmesi hâlinde geçici kabul tutanağı onaylanır. Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan tutarın %10'u oranında günlük ceza uygulanır. Ancak gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam edilmekle birlikte idarece kusur ve eksiklikler yüklenici nam ve hesabına giderilebilir. Bu durumda kabul tutanağı eksikliklerin giderilmesinden sonra idarece işleme konularak onaylanır ve bu tarih kabul tarihi olarak dikkate alınır.”⁶

Geçici kabul komisyonu, elektrik direklerinin gölet alanında kalmasını “geçici kabule engel bir durum” olarak takdir etmemiştir. Bu takdire göre, geçici kabul işleminin yapılması için elektrik direklerinin taşınmasına gerek yoktur. Şartnameye göre geçici kabul komisyonunun yapması gereken, elektrik direklerinin deplase işleminin sağlanması için İDEAL AŞ'ye bir süre vermektir. Eksiklikler giderilmediğinden komisyon, İDEAL AŞ'ye gecikme cezası olarak yazılan tutarın %10'u oranında günlük ceza uygulamalıdır. Gecikme otuz günü geçtiğinden idare, eksikliği kendisi tamamlayarak İDEAL AŞ'den bunun ücretini isteyebilir. Bu durumda geçici kabul tutanağı düzenlenir. Bu tutanağın tarihi ise idarenin eksikliği giderdiği tarih olur. Olayda eksiklik idare tarafından da tamamlanmamıştır. Bu nedenle İDEAL AŞ'nin HES projesinin geçici kabul tutanağının onaylanmaması gerekmektedir.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 41. maddesinin 7. fıkrasında *geçici kabulün yapılmasını müteakip işin kullanılması ve/veya işletilmesi, işin kesin kabulünün yapıldığı anlamına gelmediği* belirtilmiştir.

İDEAL AŞ, söz konusu eksikliği tamamlamadığından geçici kabul tutanağı alamamalıdır. Geçici kabul, kesin kabul anlamına gelmediğinden, yalnızca geçici kabul işleminin yapılması elektrik direkleri gölet alanındayken su tutmaya başlamasına izin verildiği anlamı taşımamaktadır.

⁵ Resmî Gazete Tarihi: 12.05.2015, Resmî Gazete Sayısı: 29353.

⁶ Vurgulamalar, alıntının orijinalinde bulunmamaktadır.

2) Enerji naklinde kullanılmaya devam eden söz konusu direkler, gölet alanı dışına taşınmadan barajda su tutulmasına başlanmasından dolayı kimin/kimlerin sorumluluğu cihetine gidilebilir?

Gölet alanı içinde su tutulmaya başlanmadan önce elektrik nakil hattı direklerinin deplase işleminin gerçekleştirilmesi gerekirdi. Bölgede, elektrik enerjisini taşıma işini üstlenen ARAS EDAŞ ile bu bölgede HES barajı projesi yapacak olan İDEAL AŞ arasındaki anlaşmada direklerin taşınması yükümlülüğü ARAS EDAŞ'tadır. İDEAL AŞ, direklerin taşınması konusunda ARAS EDAŞ'a yazı yazsa da bir yıldan uzun süre cevap alamaz. Bu nedenle, ARAS EDAŞ'ın direklerin deplasman işlemini yapmakla yükümlü olan ARAS EDAŞ proje müdürü Ahmet ile direklerin yerinin değiştirilmesi işleminin takibini yapmakla yükümlü olan İşletme Bakım Müdürü olan Tuncer'in sorumlulukları cihetine gidilebilir. HES projesi sahibi İDEAL AŞ yetkililerinin sorumlulukları da yalnızca ARAS EDAŞ'a yazı yazarak ortadan kalkmamaktadır. Zira su tutma işlemine başlanabilmesi için DSİ'den yazılı izin verildiği yönünde bir bilgiye ulaşılamamaktadır. İDEAL AŞ'nin yazılarına cevap alamamaları ve direklerin ilgili projeye yönelik alandan kaldırılmaması, direkler oradayken o alana su doldurulmasını haklı göstermez. Zira hukukta bir yanlış, başka bir yanlışla düzeltilmez. Bu nedenle İDEAL AŞ proje müdürü olan Ahmet'in de sorumluluğuna gidilebilir. Ayrıca geçici kabulün şartları oluşmamasına rağmen kabule onay veren Geçici Kabul Komisyonu üyelerinin de sorumluluğuna gidilebilir.

3) Su tutulmaya başlanan baraj göleti içinde kalan direklerden birinin devrilmesi sebebiyle gerçekleşen elektrik kesintisi sorununun giderilebilmesi için, hangi usulün takip edilmesi gerekir? (Olay bağlamında üç ayrı şirketin farklı alanlarda yetkili olması dolayısıyla, bu sorunun açıklığa kavuşturulması önem taşımaktadır).

Elektrik Dağıtım Sistemi Yönetmeliği'nin⁷ 8. maddesinde, dağıtım şebekesinin tamamen istem dışı enerjisiz kalması durumunda, sistemin kademeli olarak enerjilendirilmesine yönelik acil durum yönetim planlarını hazırlama sorumluluğunun dağıtım şirketinde olduğu belirtilmiştir. Dağıtım şirketinin yapması gerekenler maddenin devamında gösterilmiştir⁸.

⁷ Resmi Gazete Tarihi: 15.04.2022, Resmi Gazete Sayısı: 31810.

⁸ "Dağıtım şirketi, şebeke özelliklerini de dikkate alarak, acil müdahale gerektiren durumlar için zamanında müdahale ve etkin bir çözüm sağlayacak şekilde acil müdahale organizasyonunu kurar.

Dağıtım şirketi, acil müdahale organizasyonu kapsamında yeterli sayıda ve tam teşekküllü acil müdahale aracı ile yeterli sayıda ve acil müdahale konusunda eğitimli personeli yirmi dört saat hazır durumda bulundurur.

Dağıtım şirketi, acil durumlarda gerekli koordinasyonu sağlamak için kriz koordinasyon aracı temin edebilir.

Dağıtım şirketi acil müdahale gerektiren durumlarda dağıtım şebekesinin arıza onarımı, bakımı, kontrolü ve izlenmesi için insansız hava aracı temin edebilir.

Dağıtım şirketi insansız hava aracı gibi hava araçlarının kullanımı için izin talebinde bulunabilir.

Dağıtım şirketi acil müdahale gerektiren durumlarda, acil müdahale araçları için trafikte geçiş üstünlüğü talebinde bulunabilir."

1993 tarihinde elektrik üretim, iletim ve ticaret/tedarik hizmetlerini yapmak üzere “Türkiye Elektrik Üretim, İletim Anonim Şirketi” (TEİAŞ) ile elektrik dağıtım hizmetlerini yapmak üzere “Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi” (TEDAŞ) unvanlı Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı ile ilgili devam edecek şekilde iki ayrı İktisadi Devlet Teşekkülü kurulmuştur^{9,10}.

TEDAŞ, 2013 yılında tamamen özelleştirilmiştir¹¹. Karara konu olayın geçtiği Aşkale İlçesinde elektrik dağıtımından sorumlu şirket (dağıtım şirketi), ARAS EDAŞ’tır.

Elektrik Piyasası Kanunu’nun 8. maddesine göre, *elektrik enerjisi iletim faaliyeti, lisansı kapsamında münhasıran TEİAŞ tarafından yürütülür*. Maddenin 3. fıkrasına göre, *fiderin kullanım hakkı, işletme ve bakımı TEİAŞ’a aittir. Ancak, TEİAŞ bu tür teçhizatların işletme ve bakımını ilgili üretim veya tüketim sahibi kişilere bedeli karşılığında gördürebilir*. Olayın yaşandığı Aşkale ilçesinin elektrik bakımından sorumlu şirket ise TEMEL LTD ŞTİ’dir. Bu nedenle elektrik kesintisinde dağıtım şirketi olan ARAS EDAŞ’a ve bakımdan sorumlu TEMEL LTD ŞTİ’ye başvurulmalıdır. Her ne kadar İDEAL AŞ, projesini gerçekleştirmek amacıyla elektrik direkleri taşınmadan su tutup elektrik kesintisine yol açan şirketlerden biri olsa da elektrik kesintisi nedeniyle başvurulabilecek şirketlerden biri değildir.

4) Olayda faillerin ceza hukuku sorumlulukları nedir?

Olayda öncelikle haksızlık teşkil eden fiillerin tespit edilmesi gerekmektedir.

Aras EDAŞ proje müdürü Ahmet’in elektrik direklerinin deplasesi görevi mevcutken bunu yerine getirmemesi,

Aras EDAŞ işletme bakım müdürü Tuncer’in elektrik direklerinin yer değiştirilmesi işleminin takibi görevi mevcutken bunu yerine getirmemesi,

Geçici Kabul Komisyonu’nun elektrik direklerinin deplase işlemi yapılmadan projeye onay vermesi,

İdeal AŞ yetkililerinin elektrik direklerinin yeri değiştirilmemesine rağmen barajda su tutmaya başlamaları,

Elektrik bakım ve onarımla görevli Temel LTD ŞTİ’nin sahibi Fehmi’nin işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemleri almakla, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamakla yükümlü olmasına rağmen, bu yükümlüğü yerine getirmemesi,

Temel LTD ŞTİ’nin koordinatör mühendisi Nurullah’ın işçilerinin uygun olmayan şartlarda ve ekipmanlarla arıza mahalline gitmelerini önlememiş ve bununla ilgili işyerinde iş disiplini oluşturamış olması,

Aras EDAŞ’ta personel müdürlüğüne olay tarihinde vekaleten bakan Şahin’in eğitim için Erzurum’a giden Aşkale işletme şefinin yerine bir yetkili görevlendirmemiş olması,

⁹ Resmi Gazete Tarihi: 15/09/1993, Resmi Gazete Sayısı: 21699. 12/08/1993 tarihli ve 93/4789 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı.

¹⁰ Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ Genel Müdürlüğü 2022 Yılı Türkiye Elektrik Dağıtım Sektör Raporu, 9.

¹¹ Resmi Gazete Tarihi: 03/04/2004, Resmi Gazete Sayısı: 25422. Özelleştirme Yüksek Kurulu’nun (ÖYK) 02/04/2004 tarihli ve 2004/22 sayılı Kararı. Sektör Raporu, 10.

Aras EDAŞ'ta il müdürü olarak görev yapan Ziya'nın il müdürlüğü bünyesinde yapılan çalışmalarda gerekli organizasyonu yapmamış ve iş disiplinini sağlamamış olması, olaydaki haksızlık teşkil eden fillerdir.

Merci görüşlerinde işverenlerin ve iş sağlığı ve güvenliği uzmanlarının ceza hukuku sorumluluklarının neden tartışılmadığı anlaşılamamaktadır.

6331 sayılı Kanun'da iş kazası, "*işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay*" şeklinde tanımlanmaktadır (m. 3, f. 1, b. g). Bu olay da elektrik direklerinin bakım ve onarım çalışması nedeniyle yani işin yürütümü sırasında gerçekleştiğinden ve işçilerin ölümüyle sonuçlandığından bir iş kazasıdır. İş kazası, failin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi hâlinde taksirden kaynaklı veya emredilen yükümlülükleri yerine getirmemesi hâlinde ihmali davranışı nedeniyle suç niteliği taşıyabilir¹².

Olaydaki ilk süreçte, elektrik direklerinin yerinin değiştirilmemiş, yer değiştirilmemesine rağmen projeye onay verilmiş, proje sahibi şirket barajda su tutmaya başlamış bunların sonucunda zemin yumuşamış ve elektrik direkleri devrilmiştir.

Elektrik direklerinin devrilmesinden sonra ise yeni bir süreç işlemeye başlamıştır. İşçilerin yeterli ekipmanları olmamasına rağmen gölete gitmelerine müsaade edilmiş, deniz bisikleti su almış ve işçiler boğularak ölmüşlerdir.

Taksirli suçların haksızlık içeriğini oluşturan unsurlar şu şekildedir:

- Objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün icrai veya ihmali bir davranışla ihlal edilmesi,
- Özene aykırı davranışın ortaya çıkardığı netice (neticeye yer veren taksirli suçlarda),
- Nedensellik bağı,
- Neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliği¹³.

Objektif özen yükümlülüğünün kaynağı; hukuk normları ve genel tecrübe kurallarıdır¹⁴. Elektrik direklerinin yerinin değiştirilmemesi, yerin değiştirilmemesine rağmen projeye onay verilmesi ve su tutulmaya başlanması hukuk kurallarına aykırılıktır.

İlk süreçte yer alan fiillerin taksirli suçun haksızlık unsurunu oluşturan objektif özen yükümlülüğünü ihlal ettiği, nedensel sürecin bir parçası olduğu ve bir neticenin ortaya çıktığı söylenebilir. Ancak neticenin, süreçteki fiilleri işleyen faillere objektif olarak isnat edilmesi de gerekmektedir. Taksirli suçlarda objektif isnadiyetin şartları, neticenin öngörülebilir olması ve özene aykırı davranışın eseri olmasıdır¹⁵. Neticenin hareketin meydana getirdiği riskten kaynaklanmadığı bazı olay grupları bulunmaktadır. Bunlardan biri de düzenlemenin

¹² Doğan Gedik, "İş Kazalarında İş Güvenliği Uzmanının Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu," *Ceza Hukuku Dergisi* 16, sy. 47 (2021): 747.

¹³ Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 64; Muhammed Demirel, *Taksirli Suç* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 142; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarının Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler", *Adalet Dergisi* 147, sy. 64 (2020): 243.

¹⁴ Koca ve Üzülmüş, "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarının Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler", 244.

¹⁵ Ibid, 259.

koruma amacıdır¹⁶. Objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket, somut olayda ortaya çıkandan başka bir neticeyi önlemeye yönelik ise ortaya çıkan neticenin düzenlediği normun ihlali sayılmazlar ve bu norm bakımından objektif isnadiyetin varlığından söz edilemez¹⁷. Elektrik direklerinin yerinin değiştirilmemesi, yerin değiştirilmemesine rağmen projeye onay verilmesi ve su tutulmaya başlanması filleri, özen yükümlülüğünün ihlali sayılmaktadır. Ancak özen yükümlülüğünün koruma altına aldığı netice, ölüm neticesi değildir. Bu yükümlülük, elektrik direklerinin devrilmemesine yöneliktir. Bu nedenle ilk süreçteki failler, somut olayda meydana gelen işçilerin ölümü neticesinden objektif isnadiyetin var olmaması ve dolayısıyla taksirli haksızlıktan söz edilemeyeceği için sorumlu tutulamazlar.

İkinci süreçte, elektrik bakım ve onarımla görevli şirket yetkilileri ile olayın yaşandığı bölgeye elektrik sağlamakla yükümlü şirket yetkililerinin gerekli ekipmanların sağlanmaması, boşta kalan personellerin yerinin doldurulmaması ve iş disiplininin sağlanmamış olması nedenlerinden taksirli haksızlığın unsuru olan objektif dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal ettikleri açıktır. Doktrinde taksirle işlenen suçların karara konu olayda olduğu gibi ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, Türk Ceza Kanunu'nda ihmali hareketle taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları düzenlenmediğinden kanunilik ilkesi gereği ihmali hareketle işlenen taksirle öldürme ve yaralama, bu haksızlığı gerçekleştiren kişiye isnat edilemez¹⁸. Başka bir görüşe göre ise, taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayı ihmal etme şeklinde ihmali içeren bir kavram olduğundan taksirli ihmali suçun taksirli suç içerisinde değerlendirilmesi mümkündür, bu değerlendirme kanunilik ilkesini ihlal etmez¹⁹. Kanaatimizce taksirle öldürme suçu, ihmali şekilde de işlenebilir.

Bu fiiller ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı da mevcuttur. Doktrinde ortak kusurlu hareketlerin bulunması hâlinde nedensellik bağının tespiti üçlü bir ayırımla yapılmaktadır²⁰. İlk ayırım, "çifte nedensellik" (*Doppelkausalitat*) veya "çoklu nedensellik" (*Multiple Causes*) olarak isimlendirilen her kusurlu hareketin neticeyi meydana getirmeye yeterli olması durumudur²¹. İkinci ayırım, "eşzamanlı nedensellik" veya "kümülatif nedensellik" olarak isimlendirilen kusurlu hareketlerin tek başlarına neticeye sebebiyet vermeye yeterli olmaması ancak birleşerek neticeye sebebiyet vermeleri durumudur²². Üçüncü ayırım, kusurlu hareketlerden birinin diğerinin önüne geçerek nedensellik bağına kesmesidir²³. Nedensellik bağına doğal bir olgu olarak kabul edip kesilmesini kabul etmeyen görüşe²⁴ taraftar olduğumuzdan somut olayın ilk iki ayırımdan hangisine girdiğini tespit etmemiz gerekmektedir. Olayda gerekli ekipmanın sağlanmaması, iş disiplininin oluşturulmaması,

¹⁶ Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, ed. Yener Ünver, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2014), 157.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 278. Serkan Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 392.

¹⁹ Reşit Karaaslan, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023, 46-47.; Keçelioğlu da ihmali suçların taksirle işlenebileceği görüşünü savunmaktadır. Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 111.

²⁰ Hâlid Özkan, "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy. 1 (2016): 529.

²¹ Özkan, "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti", 529.

²² Ibid., 530.

²³ Ibid., 531.

²⁴ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 227.

gerekli personel atamasının yapılmaması şeklindeki ihmali hareketler; tek başına değil birleşerek neticenin oluşumuna sebebiyet verdiklerinden eşzamanlı nedenselliğin olduğu kanaatindeyiz.

Kanaatimizce bu süreçteki sorun da objektif isnadiyet kurallarına göre çözümlenmelidir. Elektrik taşınması ve elektrik bakım-onarım çalışmaları gibi riskli faaliyette bulunan şirketlerin yetkililerinin bünyelerinde çalıştırdıkları işçilerin hayatlarını ve vücut bütünlüklerini korumak için çok daha fazla özenli davranmaları beklenmelidir²⁵. Bu özeni göstermedikleri takdirde işçilerin yaşamlarının tehlikeye gireceğini öngörmüş olmaları gerekirdi. Bu özeni gösterme görevi mevcut olmasına rağmen göstermeyerek öngörmeleri gereken netice, özensiz davranışlarının eseri olmuştur. Neticenin hareketin meydana getirdiği riskten kaynaklanmadığı olay gruplarından bir diğeri, suç mağdurunun özgür iradesine dayanan kendi kendine zarar verme ve tehlikeye sokma halidir²⁶. İşçilerin deniz bisikletine kendi rızaları ile binmeleri bu çerçevede incelenmelidir. Bu olay gruplarında olguların mağdurun sorumluluk alanında olması gerekmektedir²⁷. Oysaki somut olayda işçilerin korunması gerekmektedir ve sorumluluk şirket yetkililerindedir. Bu nedenle netice, failerin hareketlerinin meydana getirdiği riskten kaynaklanmaktadır. Objektif isnadiyet şartının da sağlanması nedeniyle failer birden fazla kişinin taksirle ölümünden dolayı sorumlu tutulmalıdırlar (TCK m. 85, f. 2).

Taksirli suçlara iştirak mümkün değildir, iki farklı şirketin yetkilileri de kendi kusurlarından dolayı sorumludurlar (TCK m. 22, f. 5).

5) İdarenin sorumluluğu bağlamındaki kusurlulukla ceza hukuku sorumluluğu bağlamındaki kusurluluk arasında fark var mıdır varsa bunlar nelerdir?

Ceza hukuku bağlamında kusur, kişinin işlediği haksızlıktan dolayı hakkında yapılan kınama yargısıdır²⁸. Ceza hukukunda *nulla poena sine culpa* (kusur olmadan ceza olmaz) ilkesi geçerlidir. Bu ilke, failin cezalandırılabilmesi için objektif ve sübjektif isnadiyetin yanı sıra işlenen haksızlığın faile bireysel olarak da isnat edilmesi gerekliliğini ifade etmektedir²⁹. Failin işlediği haksızlıktan kaçınma imkânı olmasına rağmen fiili işlemesi hâlinde haksızlık faile bireysel olarak isnat edilebilir ve fail kusurlu addedilir³⁰. Ceza hukukunda gerçek kişinin (failin) kusurundan söz edilir. Kusurun dayanağı, failin kusur yeteneği ve algılama yeteneğinin bulunmasıdır³¹.

²⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda yapılması zorunlu olan risk değerlendirmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: "İşyerinde var olan ya da dışarıdan gelebilecek tehlikelerin belirlenmesi, bu tehlikelerin riske dönüşmesine yol açan faktörler ile tehlikelerden kaynaklanan risklerin analiz edilerek derecelendirilmesi ve kontrol tedbirlerinin kararlaştırılması amacıyla yapılması gerekli çalışmalar" (m. 3, f. 1, b. ö)

²⁶ Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, 158.

²⁷ Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım I*, 158.

²⁸ İzzet Özgenc, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 457.; Koca ve Üzülmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 312.; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024) 33.; İsmail Çınar, *Ceza Hukukunda Ön Kusurluluk*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 41.

²⁹ Meraklı, *Kusur*, 34.

³⁰ Ibid.

³¹ Çınar, *Ceza Hukukunda Ön Kusurluluk*, 72-73.

İdarenin sorumluluğunun dayanakları, hukuk devleti, sosyal devlet, sosyal hukuk devleti, refah devleti gibi ilkelere dayandırılmıştır³². İdarenin sorumluluğu, kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak iki ayrı temelde incelenmektedir. İdare hukukunda kusur sorumluluğu asıl, kusursuz sorumluluk istisnaidir³³.

İdare hukukunda geleneksel doktrinde kusur, hizmet kusuru olarak tanımlanmış ve kamu hizmetinin işleyişindeki bozukluk olarak anlaşılmıştır. Bu nedenle kusur, kamu görevlilerinin kusurlarından bağımsızdır³⁴. Gözler'e göre, kusur insan fiilinin bir özelliği olduğundan "hizmet" in kusuru olamaz³⁵. Bu nedenle yazar, hizmet kusurunda da idarenin teşkilat olarak işlediği kusurun değil, kamu görevlisinin işlediği kusurun anlaşılması gerektiğini ifade eder³⁶. Ancak Türk doktrininde genel olarak hizmet kusurundan idarenin işleyişindeki kusur anlaşılmaktadır³⁷. Bu anlayışa göre, hizmet kusurunun özellikleri; genel, objektif, anonim, asli ve bağımsızdır³⁸. Hizmet kusurunun objektif ve anonim olması, aynı zamanda kişilik dışı ve soyut olmasını da içinde barındırır. Hizmet kusurunun bu özellikleri nedeniyle idarenin sorumluluğuna başvurabilmek için hizmetin kuruluşunda ya da işleyişindeki kusuru ortaya koymak yeterli olup bu hizmeti yürüten memur ya da kamu görevlisinin bulunmasına gerek yoktur³⁹. Hizmet kusurunun asli ve birincil nitelikte olması, zararın doğmasına yol açan memur veya kamu görevlisi yerine doğrudan idare aleyhine dava açılabilmesi anlamına gelmektedir⁴⁰. Hizmet kusurunun bağımsız olması, kişilerde aranan subjektif kusurdan sıyrılan hizmetin dış dünyaya yansıyan yönünü ifade eder⁴¹.

İdare hukukunda geleneksel doktrinde, kusurun hizmete atfedilmesi ile objektif ve anonim özellikle taşınması nedeniyle ceza hukukundaki kusur kavramından oldukça farklılık arz etmektedir. Zira ceza hukukunda failin kusur yeteneğine sahip olup olmadığına şahsen ve kişisel özelliklerinin incelenmesi ile ulaşılır⁴².

İdare hukukunda modern doktrinde kusur, mevcut bir ödevin yerine getirilmesindeki eksiklik olarak tanımlanmakta ve kınamayı haklı gösterecek davranışlarda kusurun olduğu kabul edilmektedir⁴³. Bu anlayışa göre kusur, kamu görevlisinin davranışında aranmakta ve sonuca davranışın meydana geldiği yer ve zaman dikkate alarak ulaşılmaktadır. Bu yönüyle

³² Bahtiyar Akyılmaz vd. *Türk İdare Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023) 157.; Hâil Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 339.

³³ Kemal Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 1083.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 339.

³⁴ Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1084.

³⁵ Ibid., 1085.

³⁶ Ibid., 1136.

³⁷ Akyılmaz v.dğr., *Türk İdare Hukuku*, 158.; Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku Temel Hukuk Dizisi*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 394.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 349.; Serkan Çınarlı ve Ramazan Yıldırım, *Türk İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, (Ankara: Astana Yayınlar, 2019), 300.

³⁸ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 340.

³⁹ Ibid., 341.

⁴⁰ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 341.

⁴¹ Ibid.

⁴² Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 455.

⁴³ Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1087.

modern doktrindeki kusurun subjektif olduğunu⁴⁴ ve ceza hukukundaki kusur anlayışıyla benzerlik gösterdiğini söyleyebiliriz.

İdarenin hukuka uygun işlemlerinden dolayı kusur sorumluluğuna başvurulamasa da kusursuz sorumluluk ilkelerine göre idareye başvurulabilir⁴⁵. İdarenin işlemi hukuka aykırı ise bu işlem kusurludur⁴⁶. İdarenin eylemleri ile hukuka aykırılık arasında ise bir ilişki bulunmamaktadır. İdarenin eylemleri hukuka uygun da olsa hukuka aykırı da olsa idarenin kusur sorumluluğuna başvurulabilir⁴⁷. İdarenin sorumluluğu için kusur ve hukuka aykırılık yetmemekte ayrıca bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir⁴⁸. Ceza hukukunda ise failin sorumluluğu için suçun konusunun illa zarara uğraması gerekmemektedir. Zira tehlike suçlarında fail herhangi bir zarara sebebiyet vermese de cezalandırılmaktadır⁴⁹. Yine suçun teşebbüs aşamasında kalması hâlinde suçun konusu zarara uğramasa da fail cezalandırılabilmektedir (TCK m. 35)⁵⁰. Ceza hukukunda haksız fiili işlemiş failin kusurlu olup olmadığı araştırılırken işlem kavramından söz edilmemektedir.

İdare hukukunda kusur; hafif, ağır ve olağanüstü kusur olarak derecelendirilebilmektedir⁵¹. Ceza hukukunda doktrinde bir görüşe göre, kusurluluğun varlığı ya da yokluğu yalnızca tespit edilir, artıp azalmasından söz edilemez. Ancak bu görüşe göre kusur, niceliksel olarak ifade edilebilir⁵². Başka bir görüşe göre ise algılama yeteneğinin varlığı veya yokluğu tespit edilse de irade yeteneğinin derecelendirilmesi söz konusudur⁵³.

İdarenin kusurunu kanıtlama yükümlülüğü, idarenin işlem veya eylemleri nedeniyle zarara uğrayan kişiye aittir⁵⁴. Ceza muhakemesi hukukunda da şüpheli suçsuzluğunu kanıtlamak zorunda olmasa da iddia üzerine işin takibini Cumhuriyet savcısı yapmakta ve sanığın kusurlu olup olmadığını yargılama makamı değerlendirmektedir. Ceza muhakemesi hukukunda iddia eden kişinin (kişisel iddia makamının) karşı tarafın kusurunu kanıtlama zorunluluğundan söz edilemez. İdare hukukunda kusurun ispatı özel hukukla benzerlik göstermektedir⁵⁵.

⁴⁴ Ibid., 1087.

⁴⁵ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 347.

⁴⁶ Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1088.

⁴⁷ Ibid., 1087.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 347.

⁴⁸ Ibid., 1088.

⁴⁹ Osman Gazi Ünal, *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 130-131.; İlhan Bulut, *Suçta Netice*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 109.; Yaprak Öntan, *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 310.

⁵⁰ Sercan Tokdemir, *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 86.; Gürkan Özocak, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 62.; Pervin Aksoy İpekçioğlu, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009), 44.

⁵¹ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 347.

⁵² Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur*, 36. Yazar kusurluluk ile kusur arasındaki ilişkiyi hukuka aykırılık ile haksızlık arasındaki ilişkiye benzetmektedir.

⁵³ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 465.

⁵⁴ Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1107.; Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 348.

⁵⁵ Ibid., 1107.

Kişisel kusur ve görev kusuru ise kamu hizmetini gören kamu görevlisine izafe edilebilen kusur türleridir⁵⁶. Kişisel kusur karşımıza suç, fiili yol, hiyerarşik emir veya disiplin suçu ile bağlantılı olarak çıkabilir⁵⁷. Kişisel kusurun aynı zamanda suç oluşturduğu ya da konusu suç teşkil eden hiyerarşik emirin yerine getirildiği hâllerde ceza hukuku kurallarına göre yargılama yürütülür.

İdarenin kusursuz sorumluluğu, risk ilkesine, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesine, kamu yükümleri karşısında eşitlik, adalet, hakkaniyet, nasafet gibi kavramlara dayanmaktadır^{58,59}. Kusursuz sorumlulukta idarenin sorumluluğuna hükmedebilmek için, idarenin kusurlu olmasına ve idarenin işlem veya eyleminin hukuka aykırı olmasına gerek yoktur. Bu sorumlulukta aranan tek şart meydana gelen zarar ile idarenin davranış ve tutumu arasında nedensellik bağının bulunmasıdır⁶⁰. Sosyal risk ilkesinde nedensellik bağı da aranmamakta, ancak idarenin önlemekle yükümlü olduğu hâlde önleyemediği toplumsal olaylardan doğan zarar söz konusu olmaktadır⁶¹. Buna karşın ceza hukukunda kusur olmadan ceza olmaz ilkesi mevcuttur. Failin kusur yeteneğinin bulunmadığı hâllerde faile ceza verilemese de güvenlik tedbirine hükmedilebileceği unutulmamalıdır (TCK m. 56, 57).

İdarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler bulunmaktadır. Bunlar: zorlayıcı sebep, beklenmeyen hâller, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur⁶². Ceza hukukunda da failin kusurluluğunu ortadan kaldıran veya azaltan hâller mevcuttur. Zorlayıcı sebep ve beklenmeyen hâllerde yapılan tartışmalar, ceza hukukundaki nedensellik bağı ve objektif isnadiyet teorilerindeki tartışmalarına benzemektedir. Zarar görenin kusuru veya üçüncü kişinin kusuru, ceza hukukundaki haksız tahrik hükmüne (TCK m. 29) benzemektedir.

Karara konu olayda, işçilerin göle düşmesinden sonraki süreçte kurtarma çalışmaları ile ilgili idare teşkilatı içerisinde bulunan kamu görevlilerinin kusurluluk değerlendirmeleri, soruşturma izni verilmemesi nedeniyle yapılamamıştır. Eğer soruşturma izni verilseydi ve bu kişilerin taksirle öldürme suçunun faili olup olmadıkları incelenseydi bu konudaki kusur değerlendirmesi ceza hukuku kurallarına göre yapılırdı. İşçilerin göle düşmelerinden sonraki süreçte, devletin bireylerin yaşam hakkı bakımından pozitif yükümlülükleri mevcut olduğundan devletin sorumluluğu, idarenin kusur sorumluluğu/kusursuz sorumluluğuna ilişkin kurallara göre değerlendirilmelidir. Devletin işçilerin bindikleri deniz bisikletinin su alarak göle düşmelerine kadarki süreçte herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak devletin bu aşamadan sonra işçilerin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Devletin bu konudaki sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun bir alt dalı olan

⁵⁶ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 353.

⁵⁷ Gözler, *İdare Hukuku Cilt II*, 1143-1144.

⁵⁸ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 356.; Ramazan Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 2009, 452.

⁵⁹ Danıştay meslek faaliyetinden kaynaklanan risklerden doğan zararlarda idarenin kusursuz sorumluluğunu kabul etmektedir. Çağlayan, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", 467.; Danıştay 10. Daire Başkanlığı, 25.05.2022 T., 2017/2980 E., 2022/2758 K.

⁶⁰ Kalabalık, *İdare Hukuku Dersleri Cilt: II*, 355.

⁶¹ Ibid., 360.

⁶² Ibid., 369.

risk ilkesinden kaynaklanmaktadır. Devletin kusurlu olup olmadığı, ceza hukuku kurallarına göre değil, idare hukuku kurallarına göre belirlenmelidir.

6) Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluk, “asli” ve “tali” olarak bir ayrıma tabi tutulabilir mi ya da yüzdelik oranlar şeklinde ifade edilebilir mi? Merciler, ölen kişilerin ve şirketlerin kusurluluğuna yer veren bilirkişi raporlarını dikkate alabilir mi?

Kusurluluğun “asli” ve “tali” olarak ayrılması ya da kusurun farklı kişilere yönelik oransal olarak bölünmesi, irade yeteneğinin derecelendirilmesinden farklıdır. Zira irade yeteneğinin derecelendirilmesinde, bir kişinin irade yeteneği söz konusudur. Kusurun “asli” ve “tali” olarak ayrılması ya da kusurun olaya katılan kişilere bölünmesinde ise birden fazla kişi mevcuttur. Akbulut’a göre bilirkişiler tarafından yapılan asli kusur- tali kusur ayrımı hukuki güvenlikle bağdaşmamaktadır⁶³.

Kusurun asli ve tali olarak ayrılması, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun esintilerindendir. Zira ilgili Kanunun taksirle öldürme (m. 455) ve taksirle yaralamayı (m. 459) düzenleyen maddelerinde kusurun derecesine göre kusurun matematiksel olarak ifadelerine yer verilmiştir⁶⁴. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ise kusurun derecelendirilmesine ve yüzdelik olarak ifadesine yer verilmemiştir. Hatta Kanunun 22. maddesinin gerekçesinde, *taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesinin mümkün olmadığı* belirtilmektedir. Cin, gerekçedeki bu hükmün varlığına rağmen bilirkişilerin hâlâ kusuru matematiksel olarak hesaplamaları ve hâkimlerin bu şekilde hazırlanan bilirkişi raporlarını kabul ederek yanlış uygulamaya sebebiyet vermeleri nedeniyle bu konuda kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁵. Yargıtay, verdiği kararlarda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile kusurun matematiksel olarak hesabından vazgeçildiği ancak bu belirlemenin daha objektif ve hakkaniyetli olduğunu belirterek eski kanun sistematığına göre yorum yapmak gerektiğini belirtmektedir:

“Her ne kadar, yasa koyucu taksirli suçlar açısından 765 sayılı TCY’nda yer alan ve matematiksel kusur hesabına dayalı cezalandırma sisteminden vazgeçmiş ise de, 5237 sayılı TCY uygulamasında da alt ve üst sınır arasındaki cezanın meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı ile suç konusunun değeri de gözetilerek fakat ağırlıklı olarak kusura göre belirlenmesi hakkaniyete ve yasaya uygun olacaktır. Bunun dışında, cezanın yasada yer alan objektif ölçütler terk edilerek, tamamen sübjektif olan hak ve nasafet gereğince tayin edilebileceğinin kabul edilmesi hâlinde ise, kişilere göre değişkenlik gösterecek olan hak ve nasafet ölçütlerinden kaynaklanan adaletsiz uygulamalar ortaya çıkacaktır⁶⁶.”

⁶³ Berrin Akbulut, “Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, sy. 2, (2023): 611.

⁶⁴ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 232.; Gedik, “İş Kazalarında İş Güvenliği Uzmanının Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu”, 278-279.; Özkan, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, 551.

⁶⁵ M. Onursal Cin, “Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (2021): 175-176.

⁶⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 21.06.2011 T., 2011/111 E., 2011/137 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.05.2011 T., 2011/92 E., 2011/105 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.07.2009 T., 2009/62 E., 2009/191 K.

Kusur incelemesine tipik haksızlığın varlığının tespitinden sonra geçilmektedir. Suçun maddi unsurları ile manevi unsurlarının tamamlanması ve olayda bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması hâlinde tipik haksızlık gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla kusurluluk, bu haksızlığı gerçekleştiren failin kınanıp kınanamayacağına değerlendirilmesidir. Bu nedenle mağdurun, insan dışındaki bir canlının⁶⁷ ya da cansız bir varlığın kusurundan söz edilemez. Yalnızca kasten ya da taksirle haksızlığa sebep olmuş failin kusur yeteneğinin olup olmadığı araştırılabilir. Olayda birden fazla failin bulunması hâlinde; kasten işlenen suçlarda iştirak hükümlerine göre (TCK m. 37 vd.), taksirli işlenen suçlarda ise herkesin kendi kusuruna göre sorumlu olması kuralına göre (TCK m. 22, f. 5) sorun çözülür⁶⁸.

Karara konu olaya ilişkin mercilerin hükümlerinde yer verdikleri bilirkişi raporlarında, şirketlerin ve ölen kişilerin derece ve yüzdelik kusurlarından söz edilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça yer vermesiyle tüzel kişilerin fail olamayacakları Türk hukukunda hâkim görüş hâline gelmiştir (TCK m. 20)⁶⁹. Doktrinde, mevzuat uyarınca tüzel kişilerin fail olmaları mümkün olmasa da esasen fail olabilmeleri gerektiğini görüşünü kabul eden yazarlar kanunda değişikliğe gidilmesini önermektedir⁷⁰. Başka bir görüşe göre, ceza ve ceza muhakemesi ilkeleriyle uyumlu hâle getirilmeden, diğer hukuk dallarında altyapı oluşturulmadan tüzel kişilerin fail olabileceği yönündeki kanun değişikliği yeni sorunları doğuracaktır⁷¹. Başka bir görüşe göre ise tüzel kişiler hakkında uygulanabilen idari para cezası miktarlarının çoğunlukla adli para cezalarından yüksek olması nedeniyle tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının bulunmadığı kuralı gerçekçi değildir⁷². Bilirkişilerin şirketlere kusur izafesinde bulunması ve mercilerin görüşlerinde bu bilirkişi raporunun yer alması ve buna göre karar vermeleri yürürlükteki kanun hükümlerine uymamaktadır. Hukuka aykırı fiili işlemiş fail hakkında kusur yeteneği değerlendirilmesi yapılması gerekirken ölen kişilerin/mağdurun kusurundan söz etmek de ceza hukuku kurallarıyla örtüşmemektedir⁷³.

Kanaatimizce, Türk Ceza Kanunu'ndan bir olaya birden fazla kişinin mağdur ya da fail olarak katılması hâlinde bu kişilerden en kusurlu olanın bulunması ve onun asli kusurlu olarak

⁶⁷ Bir ata kusur izafesinde bulunulan Yargıtay kararının eleştirisi için bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 279, dn. 346.

⁶⁸ Özkan'a göre kusur değerlendirmesi, kişilerin olaya yönelik etki değerine göre yapılmalıdır. Bu etki değerinde matematiksel bir orandan bahsetmek yerine kusurun ağırlığı ve hafifliğine bakılmalıdır. Özkan, "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti", 553.

⁶⁹ Nur Centel, "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu -Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, sy. 4 (2016): 3314-3315.

⁷⁰ Gözde Kaçmaz Keskin, *Türk ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 104 vd.; Ramazan Arıtürk, *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu Şirket Suçlarında Faillik* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 156.; Asuman İnce Tuncer, "Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu", içinde, *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'e Armağan*, ed. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Faruk Turhan, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 707. Yazarlar uygulamada tüzel kişiler için öngörülen güvenlik tedbirlerinin ve idari yaptırımların uygulayıcılar tarafından göz ardı edildiğini belirtmektedirler.

⁷¹ Eylem Baş, *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 285 vd.

⁷² Serkan Meraklı, *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*, 63.

⁷³ Doktrinde mağdurun taksirli davranışının failin taksirli davranışından kaynaklı sorumluluğa engel olmayacağı ve failin kendi kusuruyla orantılı bir cezayla sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir. Koca ve Üzülmüş, "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler", 262.

tanımlanması şeklinde bir sonuca ulaşılmamaktadır. Yine kanundan kusurun bir bütün olarak kabul edilip bunun olaya katılan kişilere paylaştırılması ya da bir kişinin kusurunun diğerini etkileyeceği şeklinde bir çıkarım da yapılamamaktadır. Asli-tali kusur ayırımının ya da kusurun oransal olarak paylaştırılmasının sorunun çözümüne pratik bir etkisi olmadığı gibi mevcut Türk Ceza Kanunu'nun sistematiğinden uzaklaşan sonuçlar elde edildiğini düşünmekteyiz. Yalnızca haksız fiili işlemiş failin kusurlu olup olmadığı araştırılması gerekirken ölen kişilerin/mağdurların, fail sıfatını haiz olamayacak şirketlerin/tüzel kişilerin de oransal olarak kusurlu olduklarını belirten bilirkişi raporları, hukuka aykırıdır. Karara konu olaya ilişkin yargı mercileri, bu bilirkişi raporlarına hükümlerinde yer vermiştir. Yargı mercileri, hukuka aykırı düzenlenen bilirkişi raporlarına hükümlerinde yer vermemeli ve dikkate almamalıdır.

7) Ceza hukuku sorumluluğu bağlamında kusurluluğa ilişkin değerlendirme bilirkişi tarafından yapılabilir mi?

Bilirkişilik bir delil değerlendirme vasıtasıdır. Bilirkişiye uzmanlığı özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda başvurulabilir. Teknik bilgi, pozitif bilimlerin verilerinin uygulanmasına ilişkin bilgidir. Özel bilgidir anlaşılmaması gereken ise hukuk bilimi dışındaki bir bilim dalının incelenmesi ile ortaya konulan bilgidir⁷⁴. Kanun koyucu, *hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda* bilirkişiye başvurulmasını (CMK m. 63, f. 1); bilirkişinin de *çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında* açıklama yapmasını ve *hâkim tarafından yapılması gereken hukukî nitelendirme ve değerlendirmelerde* bulunmasını yasaklamıştır (CMK m. 67, f. 3)⁷⁵. Böylelikle hem bilirkişiye başvurulmasında hem de bilirkişinin rapor/açıklamalarının kapsamında bir sınır çizilmiştir. Bu sınır, maddi olayın ispatı ile başlar hukuki sorunun çözümünde sona erer⁷⁶. Hukuki sorunun çözümüne ilişkin rapor, yargılama makamının sınırına geçmek olur.

Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin gerekçesinde kusurluluğun normatif değerlendirme ile yalnızca hâkim tarafından belirleneceği belirtilmiştir. Doktrindeki görüşlere göre de bilirkişiler, kusur değerlendirmesi yapmamalıdır, aksi bilirkişilik görevinde sınırın aşılması ve hâkimin yetkisine müdahale etmektir⁷⁷.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da kusurun belirlenmesinin bizzat hâkim tarafından yapılması gerekliliğine işaret etmiştir:

“Diğer taraftan; yargılamayı gerçekleştiren hâkimin bilirkişilerin saptadıkları kusur oranları ile bağlı olmadığı, aksine bilirkişilerin yapacakları teknik belirlemeler çerçevesinde failin kusurunun ne olduğunun ve bu kusurun cezanın belirlenmesinde ne

⁷⁴ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 451.

⁷⁵ Bilirkişinin raporuna ilişkin sınır, aynı hüküm olarak 6754 s. Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrasına ve Bilirkişilik Yönetmeliğinin 5. maddesinin 2. fıkrasında da mevcuttur.

⁷⁶ Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy. 4 (2006), 280.

⁷⁷ İbrahim Dülger, “Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy. 1 (2007), 672.; Gedik, “İş Kazalarında İş Güvenliği Uzmanının Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu”, 779.; Cin, “Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları”, 175.; Özkan, “İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti”, 555.; Melek Özlem Kolusayın v.dğr., “Adli Mimarlık I”, *Mimarlık, Planlama ve Tasarımda Yeni Arayışlar*, ed. Nezihat Köşklük Kaya (Ankara: Serüven Yayınevi, 2021), 41.

derece etkin olacağının her olayın özelliklerine göre bizzat hâkim tarafından denetlenebilir ölçütlerle belirlenmesi gerektiği, ayrıca vurgulanması gereken önemli bir husustur⁷⁸."

Mahkeme, kusurun belirlenmesine ilişkin bir hususta bilirkişiye başvurabilirse de bilirkişi kusuru değerlendiremez⁷⁹. Söz konusu olayda bilirkişiler, iş kazasının yaşandığı yerde inceleme yaparak gerekli iş güvenliği önlemlerinin alınıp alınmadığını, ihmal edilen önlemler varsa bunların olaya etkisinin ne olduğu konusunda işin tekniği ile ilgili bir rapor hazırlamalıdır⁸⁰.

8) Birden fazla kişinin ceza hukuku bakımından sorumluluğunu gerektiren durumlarda, bu kişiler hakkında hükmolunan adli para cezasının belirlenmesinde bir gün karşılığı ödenmesi gereken paranın bütün sanıklar bakımından aynı olması bir sorun teşkil eder mi?

Adli para cezası, hapis cezasına seçenek olabilir veya hapis cezası ile birlikte verilebilir. Seçimlik ceza öngörülmüş ise öncelikle cezanın türü belirlenir⁸¹. Seçimlik ceza olarak adli para cezasının uygulanmasına karar verilmiş ise TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçütlere göre hapis cezasına ilişkin alt ve üst sınır aralığında birim gün sayısı belirlenir (TCK m. 61, f. 9). Hapis cezasının yanı sıra uygulanacak adli para cezasında birim gün sayısı 5 ile 730 gün arasındadır (TCK m. 52, f. 1)

Adli para cezası hesaplanırken TCK'nın 61. maddesindeki cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesine yönelik artırma ve indirimler, gün üzerinden yapılır (TCK m. 61, f. 8).

Adli para cezasında birim günün belirlenmesi, işlenen suç, suçun haksızlık içeriği ve TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçütlere göre belirlenmektedir. Adli para cezasında kişinin bir güne karşılık ödeyeceği para miktarında ise işlenen suça değil, failin kişisel özelliklerine bakıldığından miktarın belirlenmesi cezanın bireyselleştirmesi işlemidir⁸². Cezanın bireyselleştirilmesi; failin kişisel, ruhsal, sosyal özelliklerine bakılarak cezanın genel önleme işlevi göz ardı edilmeksizin cezayı faile uyumlu kılmayı amaçlamaktadır⁸³. Adli para cezasında para miktarın belirlenmesi, cezanın bireyselleştirilmesi işlemi olduğundan kişinin ekonomik durumu ile bakmakla yükümlü olduğu aile bireylerinin sayısı ve bunların kendisine yüklediği külfet de dikkate alınır (TCK m. 52, f. 4)⁸⁴.

⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.05.2011 T., 2011/92 E., 2011/105 K.

⁷⁹ Expert Support Services from the UK Register of Expert Witnesses (İngiltere'de bulunan Bilirkişi Desteği Hizmetlerinin bilirkişilik konusundaki bilgi formu), bilirkişinin kusurla ilgili açıklamalarında dikkatli olması gerektiği, kusurun paylaştırılmasının başkasının işi olduğu belirtilerek İngiltere hukukunda da bilirkişi kusurun belirlenmesine müdahale etmemelidir. Elif Çohaz, "Bilirkişi Konulu Bilgi Formu", *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 16 Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik* içinde, ed. Yener Ünver (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 86.

⁸⁰ Gedik, "İş Kazalarında İş Güvenliği Uzmanının Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu", 779.

⁸¹ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 721.

⁸² İlhan Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 3-4 (2006), 215.

⁸³ Özge Apiş, *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 150.

⁸⁴ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 910.

Aynı suçu işleyen failer hakkında adli para cezasına hükmedildiğinde bu cezanın birim gün sayısının tüm failer bakımından aynı olmasında bir sorun bulunmamaktadır. Zira birim günün belirlenmesinde işlenen suç dikkate alınmaktadır. Ancak gün karşılığı ödenecek para miktarında failin kişisel özellikleri değerlendirildiğinden bu miktarın bütün faillerce aynı olması, cezanın bireyselleştirme işleminin yeterli özenle yapılmadığını göstermektedir⁸⁵.

9) Söz konusu olay bağlamında ceza hukuku sorumluluğu olduğu düşünülen kamu görevlileri hakkında soruşturma izninin teminine yönelik sürecin ikmali, kamu görevlisi olmayan kişiler bakımından yapılan soruşturma ve kovuşturma bağlamında bir bekletici sorun olarak değerlendirilebilir mi?

Sanığa yüklenen suçun ispatının ceza hukukunun yetkisine girmeyen bir meselenin çözümüne bağlı olması hâlinde uyuşmazlıklar arasında karışık bağlantının olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Soruşturma izni verilmesi, idare hukukunun yetkisine giren bir meseledir. Kamu görevlisi olmayan kişiler hakkında yürütülen yargılamanın sonucunu, kamu görevlisi kişilere yönelik soruşturma izni verilmesi etkiliyor ise karışık bağlantı kurallarına göre sorun çözümlmelidir.

Karışık bağlantı hâlinde ceza mahkemesinin önünde iki seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, nisbi muhakemedir. Nisbi muhakemede ceza mahkemesi, mahkemenin alanına girmeyen uyuşmazlık hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre karar vermektedir (CMK m. 218, f. 1). İkinci seçenek ise bekletici mesele saymaktır. Bu durumda ceza mahkemesi, Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre karar veremez. Ceza mahkemesi, görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanmasını bekler (CMK m. 218, f. 2).

Nisbi muhakeme yapmak kural olarak ihtiyaridir. Nisbi muhakeme yapmakta yarar varsa ve bekletici mesele sayma zorunluluğu bulunmuyorsa nisbi muhakeme yapılabilir⁸⁷.

Bazı durumlarda ceza mahkemesinin bekletici sorun yapma mecburiyeti bulunmaktadır (Anayasa m. 152). Bazı durumlarda ise bekletici sorun yapma yasağı bulunmaktadır ki bu durumda ceza mahkemesi nisbi muhakeme yaparak meseleyi kendisi çözmelidir (CMK m. 218, f. 2). Çözümü medeni hukukunun kurallarına ait olan terbiye hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığı (TCK m. 232), kamu görevlisinin görevlerine aykırı hareket edip etmediği (TCK m. 257) sorunlarında da nisbi muhakeme yapılması öngörülmüştür.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlardan dolayı soruşturulmaları⁸⁸ özel bir usule tabi tutulmuştur (Anayasa m. 129, f. 6; 4483 s. Memurlar

⁸⁵ Sanıklar hakkında adli para cezasının gün ve miktar olarak aynı belirlendiği kararlar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.10.2019 T., 2015/1172 E., 2019/600 K.; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 10.12.2014 T., 2013/29012 E., 2014/25277 K.; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 18.12.2019 T., 2019/100 E., 2019/11960 K.

⁸⁶ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 282.; Bahri Öztürk vd. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 205.; Veli Özer Özbek vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 540.; Murat Volkan Dülger ve Şaban Cankat Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 166.

⁸⁷ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 283.; Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 165.; Özbek vd. *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 543.; Dülger ve Taşkın, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 170.

⁸⁸ Anayasada "kovuşturma" ibaresi geçmesine rağmen 4483 s. Kanun soruşturma iznini düzenlemektedir. Gizem Ceren Demir Koşar, *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamale Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzin İşlemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 23.

ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun). Bu kişiler hakkında soruşturmaya başlanabilmesi için ilgili idari merciden izin alınması gerekmektedir⁸⁹.

Kanaatimizce somut olayda, kamu görevlisi olan kişilerin sorumluluğu, kamu görevlisi olmayan kişilerin sorumluluğunu etkilememektedir. Zira kamu görevlisi olan kişilerin sorumluluğu, işçilerin hayatlarını kaybetmesine sebebiyet veren olayın sonrası ile alakalıyken; (yetkili birimlere haber verilmesi, gerekli kurtarma çalışmalarının yapılması) kamu görevlisi olmayan kişilerin sorumluluğu olaydan öncesi ile alakalıdır (elektrik direklerinin gölette tutulmaya devam edilmesi, işçilerin gölete gitmelerinin engellenmemesi, işçilerin gölete gerekli ekipmanla gitmelerinin sağlanmaması). Bu nedenle uyumsuzluklar arasında karışık bağlantının varlığından söz edilemez. Karışık bağlantı bulunmaması nedeniyle nisbi muhakeme veya bekletici mesele yapılamaz.

Eğer kamu görevlisi olmayan kişilerin sorumluluğu ile ilgili davanın çözümünü kamu görevlisi olan kişilerin sorumluluğu etkileseydi karışık bağlantının varlığından söz edilirdi. Soruşturma izni verilmesi, ceza mahkemesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre çözümlenebileceği bir konu olmadığından nisbi muhakeme yapılamazdı. Bu durumda mahkemenin soruşturma izni ile ilgili sürecin sonucunu bekletici mesele yapması gerekirdi.

10) Yargıtay, yaptığı temyiz incelemesi bağlamında hükmolunan cezanın azlığı veya çokluğuyla ilgili olarak bir değerlendirme yapabilir mi; kanuni sınırlar içinde kalmasına rağmen hükmolunan cezanın az veya fazla olduğu gerekçesiyle bozma kararı verebilir mi?

Temyizin dayanak nedeni, hükmün hukuka aykırılığıdır. Bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması hukuka aykırılıktır (CMK m. 288).

Temyiz sebebi, ancak hükmün hukukî yönüne ilişkin olabilir (CMK m. 294, f. 2). Akıl, mantık kuralları ve tecrübe kurallarıyla bir çelişme veya delillerin yanlış değerlendirilmesi nedeniyle hatalı bir karar verilmiş ise hükmün maddi yönü de temyize konu olabilir⁹⁰.

Cezanın belirlenmesi işlemi belli bir sıraya tabidir. Kanunda tanımlı suç için alt ve üst sınır öngörülmüş bir cezada öncelikle bu iki sınır arasında temel ceza belirlenmektedir⁹¹. Temel cezanın belirlenmesi ölçütleri TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasında sayılmaktadır. Hâkim bu ölçütlere göre alt ve üst sınır arasında bir ceza tayin edecektir. Hâkimin bu sınırlar arasında bir seçim yapması, takdir yetkisine ilişkin bir husustur. Hâkimin takdir yetkisini kullanması sınırsız değildir, hâkim bu yetkisini keyfi biçimde kullanamaz. Zira hâkimin kararları gerekçeli olmalıdır (Anayasa m. 141.; CMK m. 34). Kararın gerekçeli olmaması, mutlak bozma nedenidir (CMK m. 289, f. 1, b. g).

Bir görüşe göre, Yargıtayın temyiz kanun yolu incelemesinde ilk derece mahkemesi hâkiminin takdir yetkisine ilişkin hususları bozma nedeni yapması, hâkimin bağımsızlığı

⁸⁹ Demir Koşar, *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamale Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzin İşlemleri*, 17.; Selman Sacit Boz, *Memur Yargılanmasında İzin ve İtiraz Süreci* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014), 37-38.

⁹⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 637.; Mustafa Ruhan Erdem ve Cadide Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 192.

⁹¹ Üzülmüş, "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi", 205.

ilkesi ile bağdaşmamaktadır⁹². Hâkim bağımsızlığı, yargılama organına karşı da korunmaktadır, yargılama makamları arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır⁹³. Başka bir görüşe göre ise Yargıtay temyiz kanun yolunda maddi hukuk incelemesinde yaptırımın doğru belirlenip belirlenmediğini, alt ve üst sınırlar arasında ceza tayininde maddi hukuk kuralının doğru uygulanıp uygulanmadığını denetleyebilmektedir⁹⁴. Bu görüşün dayanağı, ceza yargılamasına katılan tüm mahkemelerin görevlerinin ceza adaletinin sağlanması amacı olmasıdır⁹⁵.

Cezanın alt sınır ve üst sınır şeklinde öngörüldüğü suçlara ilişkin yargılamalarda Yargıtayın bozma nedenleri şu şekildedir:

- Ceza tayinin neden alt sınırdan veya üst sınırdan olduğuna dair hükmün gerekçe içermemesi (CMK m. 289, f. 1, b. g)^{96, 97},
- Sanık hakkında aynı dosyada yargılamanın yürütülmesi ve bu dosyadaki suçlardan biri hakkında alt sınırdan ceza tayin edilmişken diğerinde aynı terimler kullanılmasına rağmen alt sınırdan uzaklaşılması⁹⁸,
- Hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörülen suçlarda hapis cezasının alt sınırdan tayin edilmesine rağmen adli para cezasının gerekçesiz biçimde üst sınıra yakın verilmesi⁹⁹,
- Adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmemesi¹⁰⁰

Görüldüğü üzere, Yargıtayın yerel mahkemenin alt ve üst sınır aralığında verdiği ceza hakkında hâkimin takdir yetkisini değerlendirdiği kararları da bulunmaktadır. Yargıtay bu değerlendirmeyi “orantılılık” ilkesi ve “takdir hakkının hak ve nasafet kuralları sınırlarını aşar şekilde kullanılması” ile açıklamaktadır. Yargıtay, kanuni sınırlar içinde kalan cezayı az veya çok bularak bozması hâlinde temyizden nedenini esasen Türk Ceza Kanunu’nun 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükmün yanlış uygulanmasına dayandırmış olmaktadır. Bu nedenle Yargıtayın bozma hususunda temyiz kanun yolunun dayanağının varlığı noktasında bir sıkıntı bulunmamaktadır.

⁹² Gökhan Taneri, “Temel Cezanın Belirlenmesi”, *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2016): 145.

⁹³ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 259.

⁹⁴ Erdem ve Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, 212.

⁹⁵ Ibid., 227.

⁹⁶ Yargıtay 21. Ceza Dairesi, 13.10.2015 T., 2015/3221 E., 2015/3861 K.

⁹⁷ Doktrinde bir görüşe göre, mutlak bozma nedenlerinden sayılan hükmün gerekçe içermemesi (CMK m. 289, f. 1, b. g), gerekçenin hiçbir şekilde yazılmamış olmasıdır. Erdem ve Şentürk, *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*, 207-208. Yazarlar, hükmün eksik veya yetersiz gerekçe içermesi hâlinde de Yargıtayın bu hükme dayanarak bozma kararı vermesini maddi hukuka aykırılık denetimi yapma olarak yorumlamışlardır. Başka bir görüş ise, gerekçenin yetersiz olmasını da mutlak temyiz nedeni olarak kabul etmektedir. Cengiz Apaydın, *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 164.

⁹⁸ Irmak Koruculu, *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 246-247.; Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 20.3.2018 T., 2016/14335 E., 2018/5300 K.

⁹⁹ Ibid., 243.; Yargıtay 15. Ceza Dairesi, 10.7.2019 T., 2019/3738 E., 2019/7723 K.

¹⁰⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 24.05.2011 T., 2011/92 E., 2011/105 K.; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 09.04.2013 T., 2012/1534 E., 2013/132 K.

İlk derece mahkemesi, 2 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası içeren ve beş kişinin ölümüyle sonuçlanan olayda, failler hakkında 3 yıl 4 ay hapis cezasına hükmetmiştir. Yargıtay Ceza Dairesi ise beş kişinin ölümüyle sonuçlanan olayda, hâkimin cezanın tayininde alt sınırdan uzaklaşmamasını bozma nedeni yapmıştır.

Türk Ceza Kanunu'nun 85. maddesinin 2. fıkrasında geniş ceza aralığının olmasının amacı, mağdur sayısının fazla olması hâlinde içtima kurallarının suçun haksızlık muhtevasını yeterince karşılayamaması ihtimalini ortadan kaldırmaktır¹⁰¹. Zira bu taksirli suça ilişkin yaptırım, iki kişinin ölümü hâlinde de yüz kişinin ölümü hâlinde de uygulanabilmektedir.

Hâkimin salt olarak suçun kanuni tanımında öngörülen sınırlar dahilinde bir cezaya hükmetmiş olması, hükmün hukuka uygun olduğu anlamına gelmemektedir. Hâkim, aynı zamanda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bunu gerekçelendirmeli, sanıklar ya da yaptırımlar bakımından çelişki barındırmayacak nitelikte orantılı bir cezaya hükmetmelidir. Hâkim, alt sınıra yakın ceza tayin etmiş olmasını gerekçelendirmemişse Yargıtayın bu kararı bozmasında bir sakınca bulunmamaktadır, zira hükmün gerekçe içermemesi mutlak bozma nedenlerindendir (CMK m. 289, f. 1, b. g).

Karara konu olayda ilk derece mahkemesi, alt sınıra yakın ceza vermesini ölenlerin de kusurlu olmasına dayandırmıştır. Yukarıda açıkladığımız üzere ölen kişilerin kusurundan söz edilemez, taksirli suçun unsurlarından objektif isnadiyeti kaldırarak suç mağdurunun özgür iradesine dayanan kendi kendine zarar verme ve tehlikeye sokma halinden söz edilebilir ki olayda da bu mevcut değildir. Yargıtay Ceza Dairesi, bu gerekçeyi yeterli görmemişse kararı bozmasında bir sakınca bulunmamaktadır.

Beş kişinin ölümüyle sonuçlanan olayda alt sınıra yakın ceza tayininin orantılılık ilkesiyle de bağdaşmadığı ve bu nedenle de kararın bozulabileceği kanaatindeyiz. Zira orantısız bir cezaya hükmedilmesi, hükmün yanlış uygulanmasıdır ve Yargıtay hukukilik denetimi yapabilmektedir.

6. Sonuç

Çalışmada incelenen hukuki sorunlardan ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

1) İşçilerin ölümünden dolayı faillerin ceza hukuku sorumlulukları tespit edilmiştir.

Taksirle işlenen suçlarda birden fazla kişinin haksızlık teşkil eden fiillerinin bulunması hâlinde ilk taksirli haksızlığı gerçekleştirenlerde nedensellik bağının kesilmesinden söz edilemez. Bu durumda, taksirli suçun unsurları incelenerek haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştirmiş kişilerin ceza hukuku sorumluluklarının bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerekir. Karara konu olayda olduğu gibi birden fazla şirketin adının geçtiği olaylarda her bir failin haksız fiili tek tek tespit edilerek özen yükümlülüğüne aykırı davranışlar ortaya konulmalıdır. Bu davranışlar ile netice arasında nedensellik bağının varlığı tespit edildikten sonra objektif isnadiyet değerlendirmesine geçilmelidir. Karara konu olayda elektrik direklerinin devrilmesine yol açan süreçteki özen yükümlülüğünün konu olduğu normların koruma amacı, kişilerin yaşam hakkı değildir. Bu nedenle bu süreçteki failler, taksirle öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulamaz.

¹⁰¹ Neslihan Göktürk, "Türk Ceza Kanunu'nun 85. Maddesinin İkinci Fıkrasının Hukuki Niteliği ve Bağlantılı Sorunlar", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi* 26, sy. 4 (2022): 254.

Direklerin devrilmesinden sonraki süreçte ise işçilerin deniz bisikletine kendi rızaları ile binmeleri de objektif isnadiyet değerlendirmesini zorunlu kılmaktadır. Bu durum, neticenin harekettten kaynaklı riskten gerçekleşmediği olay gruplarından biri olan suç mağdurunun özgür iradesine dayanan kendi kendine karar verme ve tehlikeye sokma hali çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ancak bu olay, işçilerin sorumluluk alanında değildir. İşçiler, korunması gereken kişilerdir ve bu kurallar emredicidir. İşçilerin kendiliklerinden deniz bisikletine bindiklerinden söz edilerek yaşamlarını korumaya yönelik kuralların ihlal edilmediği sonucuna varılamaz. Bu nedenle ikinci süreçte objektif isnadiyet şartı sağlanmıştır ve failler, taksirle birden fazla kişiyi öldürme suçundan dolayı sorumludurlar.

Taksirli suçlara iştirak mümkün olmadığından her fail kendi kusurlu fiiline göre sorumlu tutulmalıdır (TCK m. 22, f. 5).

2) Ceza hukukunda ve idare hukukundaki kusurun farkları ortaya konulmuştur.

Ceza hukukunda kusur olmadan ceza olmaz ilkesi geçerliyken idare hukukunda kusursuz sorumluluk da kabul edilmektedir.

Türk doktrinindeki hâkim görüş, hizmet kusuru olarak idarenin işleyişindeki kusuru kabul etmekte bu kabulde hizmet kusurunun özellikleri; genel, objektif, anonim, asli ve bağımsıdır. Ceza hukukunda ise failin kusur yeteneğinin bulunmadığı subjektif bir değerlendirme ile mümkündür ve kusur, haksız fiili işlemiş fail hakkında olduğundan kimin kusur yeteneğinin araştırıldığı bellidir. İdare hukukunda modern doktrinde kusur, kamu görevlisinin davranışına göre belirlendiğinden daha subjektif bir nitelik taşımakta ve ceza hukukundaki kusur ile benzerlik göstermektedir.

İdare hukukunda işlemler ve eylemler değerlendirilerek kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğun varlığı araştırılırken ceza hukukunda işlem kavramından söz edilmez, haksız fiili işlemiş failin kusur yeteneği araştırılır.

İdare hukukunda kusur; hafif, ağır ve olağanüstü olarak derecelendirilir. Ceza hukukunda kusurun niceliksel olarak ifade edilebileceği ve irade yeteneğinin derecelendirilebileceği görüşleri bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğu için bir zararın ortaya çıkması gerekmektedir. Ceza hukukunda ise tehlike suçlarında ve suçun teşebbüs aşamasında kalmış olması hâlinde bir zarar ortaya çıkmaya da fail cezalandırılabilir.

İdarenin kusurunu kanıtlama yükümlülüğü, zarar gören kişiye aittir. Ceza muhakemesi hukukunda ise savcının işi re'sen takip etme yükümlülüğü bulunmakta, zarar gören/bireysel iddia makamının böyle bir görevi bulunmamaktadır.

Karara konu olayda haksız fiil işlemiş gerçek kişilerin kusurlulukları ceza hukuku kurallarına göre belirlenmelidir. Devletin bireylerin yaşam hakkına ilişkin var olan pozitif yükümlülüğü nedeniyle işçilerin hayatını kurtarmasıyla ilgili kusur değerlendirmesi ise idare hukuku kurallarına göre belirlenmelidir. Buna göre devletin sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun bir alt dalı olan risk ilkesine göre belirlenmelidir.

3) Bilirkişi raporlarında yer alan asli kusur-tali kusur ayırımının, kusurun yüzdelik dilimlerle ifade edilmesinin, tüzel kişilerin ve mağdurların kusurlu kabul edilmelerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda bir yeri bulunmamaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda taksirli suçlarda

birden fazla kişinin fail olması hâlinde kusurun raporlardaki yanlış belirlemelere göre değil, herkesin kendi kusurundan sorumlu olması esasına göre belirleneceği açıkça hüküm altına alınmıştır (TCK m. 22, f. 5).

4) Bilirkişinin açıklama yapması ve değerlendirmede bulunması Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ve Bilirkişilik Kanunu'nda sınırlandırılmıştır. Bilirkişiler, hâkimin yapması gereken hukuki nitelendirme faaliyetini yapamazlar. Failin işlemiş olduğu haksızlıktan dolayı kusurlu olup olmadığına hâkim karar vermelidir. Bilirkişi kusurun kaynağının incelenmesindeki çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda açıklamada bulunabilirse de failin kınanabilirliğine karar veremez.

5) Adli para cezasında birim günün belirlenmesi haksızlıkla ilişkiliyken bir gün karşılığı ödenmesi gereken parasal değer, cezanın bireyselleştirilmesiyle alakalıdır. Aynı olayda birden fazla fail bulunması hâlinde tüm failler bakımından bir gün karşılığı ödenecek para miktarının aynı olması, cezanın bireyselleştirilmesi işleminin yeterli özenle yapılmadığını göstermektedir.

6) Kamu görevlisi olmayan kişilerin yargılama sonucunu, kamu görevlisi kişiler hakkındaki soruşturma izninin verilir verilmemesi etkileseydi bu durumda karışık bağlantının varlığı kabul edilip soruşturma izni bekletici mesele yapılmalıydı. Ancak kamu görevlisi olmayan kişilerin ceza hukuku sorumluluğu deniz bisikletinin suya batmasından önceki aşama olan gölette elektrik direklerinin bulundurulması ve işçilerin gölete gönderilmesi ile ilgilidir. Kamu görevlisi kişilerin ceza hukuku sorumlulukları ise işçilerin gölete düştükten sonra gerekli kurtarma faaliyetlerini yapıp yapmadıklarıyla ilgilidir.

7) Hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlerin yargılama organına karşı korunmalarını da kapsamaktadır. Ancak bu bağımsızlık, hâkimin takdir yetkisine dayanarak verdiği bir kararın denetlenmeyeceği anlamına gelmemektedir. Nitekim hâkim takdir yetkisini kullanırken kararı gerekçeli olmak zorundadır. Hâkimin kararının gerekçesiz olması veya hukuka aykırı bir karar vermiş olması hâlinde bu karar temyiz incelemesine konu olabilir. Hâkimin verdiği mahkûmiyet hükmündeki ceza miktarı kanuni sınırlar içinde kalmış olsa bile kararın yeterli gerekçeyi içermemesi veya orantısız olması hâlinde Yargıtayın bu kararı bozmasında kanaatimizce bir sakınca bulunmamaktadır.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. "Deprem Nedeniyle Meydana Gelen Ölüm ve Yaralanmalara Ait Ceza Hukuku Sorunlarına İlişkin Bazı Tespitler". *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 31, sy. 2 (2023): 569–628.
- Aksoy İpekçioğlu, Pervin. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Akıylmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Apaydın, Cengiz. *Ceza Muhakemesine Egemen İlkeler Işığında Olağan ve Olağanüstü Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- Apiş, Özge. *Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Arıtürk, Ramazan. *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumluluğu: Şirket Suçlarında Faillik*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Temel Hukuk Dizisi. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Baş, Eylem. *Ceza Hukukunda Fail ve Mağdur*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Boz, Selman Sacit. *Memur Yargılanmasında İzin ve İtiraz Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Bulut, İlhan. *Suçta Netice*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Centel, Nur. "Ceza Hukukunda Tüzel Kişilerin Sorumluluğu: Şirketler Hakkında Yaptırım Uygulanması". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 65, sy. 4 (2016): 3313–3326.
- Ceylan, Hüseyin. "Analysis of Fatal Occupational Accidents in Turkey for the Year 2014". *International Journal of Engineering Research and Development* 8, no. 1 (2016): 20–30.
- Cin, M. Onursal. "Ceza Yargılamasında Bilirkişilik ve Uygulama Sorunları". *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 4, sy. 1 (2021): 170–184.
- Çağlayan, Ramazan. "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi". *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, 451–495. 2009.
- Çınar, İsmail. *Ceza Hukukunda Ön Kusurluluk*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Çınarlı, Serkan ve Ramazan Yıldırım. *Türk İdare Hukuku Dersleri. Cilt II*. Ankara: Astana Yayınları, 2019.
- Çohaz, Elif. "Bilirkişi Konulu Bilgi Formu". içinde *Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 16: Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan: Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, ed. Yener Ünver, 81–90. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Demir Koşar, Ceren. *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzin İşlemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Demirel, Muhammed. *Taksirli Suç*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Dülger, İbrahim. "Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11, sy. 1 (2023): 657–678.
- Dülger, Murat Volkan ve Şaban Cankat Taşkın. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

- Erdem, Mustafa Ruhan ve Cadide Şentürk. *Ceza Muhakemesinde Kanun Yolları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Gedik, Doğan. "İş Kazalarında İş Güvenliği Uzmanının Taksire Dayalı Cezai Sorumluluğu". *Ceza Hukuku Dergisi* 16, sy. 47 (2021): 729-786.
- General Directorate of Turkish Electricity Distribution Co. *Turkey Electricity Distribution Sector Report 2022*. <https://tedas.gov.tr/FileUpload/MediaFolder/f1bb5ed3-88d0-4502-966b-4ecaab4c1270.pdf>.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku. Cilt II*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.
- Heinrich, Bernd. *Ceza Hukuku Genel Kısım I*. ed. Yener Ünver. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- İnce Tuncer, Asuman. "Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu." içinde *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'e Armağan*, ed. Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, İzzet Özgenç, Adem Sözüer ve Faruk Turhan, 687-711. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kaçmaz Keskin, Gökçe. *Türk ve Amerikan Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Kalabalık, Halil. *İdare Hukuku Dersleri. Cilt II*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Karaaslan, Reşit. *Şirket Yöneticilerinin Ceza Sorumlulukları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatığı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. "Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler". *Adalet Dergisi* 147, sy. 64 (2020): 239-268.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmaz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Kolusayın, Melek Özlem, Fatma Tuğba Verdil, Yusuf Tunç Demircan, Emel Hülya Yükseloğlu ve Abdullah Coşkun Yorulmaz. içinde "Adli Mimarlık I". *Architecture, Planning and Design: Yeni Arayışlar*, ed. Nezihat Köşklük Kaya. İstanbul: Serüven Yayınevi, 2021.
- Koruculu, Irmak. *Türk Ceza Hukukunda Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Meraklı, Serkan. *Şirket Faaliyetleri Kapsamında İşlenen Suçlarda Şirket Yetkililerinin Ceza Hukuku Sorumluluğunun Esasları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Öntan, Yaprak. *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özkan, Halid. "İş Kazalarından Doğan Ceza Sorumluluğunda Kusur Tespiti". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, sy. 1 (2016): 511-572.
- Özocak, Gürkan. *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar, Esra Alan, Özdem Özaydın, Erden Tütüncü ve Mehmet Can Tok. *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Taneri, Gökhan. "Temel Cezanın Belirlenmesi". *Ankara Barosu Dergisi* 3 (2016): 127–162.

Tokdemir, Sercan. *Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Ünal, Osman Gazi. *Türk Ceza Hukukunda Tehlike Suçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Üzülmez, İlhan. "Yeni Ceza Kanunu'nun Sisteminde Cezanın Belirlenmesi ve Bireyselleştirilmesi". *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 10, sy. 3–4 (2006): 203–235.

Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.

Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik". *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, sy. 4 (2006): 273–345.

Yurtlu, Fatih. *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022.

Türkiye Cumhuriyeti Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığı. *Yapım İşleri Genel Şartnamesi*. 2019. <https://www.hakedis.org/wp-content/uploads/2020/02/yapim-isleri-genel-sartnamesi-20191102.pdf>.

Yazar Hakkında / About the Author

Arş. Gör. Esra BULUT | Yozgat Bozok Üniversitesi |
esra.bulut[at]yobu.edu.tr | ORCID: 0000-0002-5059-3778

Esra Bulut 2018 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2018 yılında başladığı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalı yüksek lisans programını 2021 yılında tamamlamıştır. 2021 yılında başladığı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında hala doktora programı öğrencisidir. 2020 yılında Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak atanmıştır. 2020 ila 2024 yılları arasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne görevlendirilmiştir. Şuan hala Yozgat Bozok Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisidir.

Ress. Asst. Esra BULUT | Yozgat Bozok University |
esra.bulut[at]yobu.edu.tr | ORCID:0000-0002-5059-3778

Esra Bulut graduated from Gazi University Faculty of Law in 2018. She began her master's degree in Criminal and Criminal Procedure Law at Ankara Hacı Bayram Veli University Graduate Education Institute in 2018 and completed it in 2021. She is currently a doctoral student in the Criminal and Criminal Procedure Law Department at Ankara Hacı Bayram Veli University Graduate Education Institute in 2021. In 2020, she was appointed as a research assistant in the Criminal and Criminal Procedure Law Department at Yozgat Bozok University Faculty of Law. She was assigned to Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law from 2020 to 2024. Currently, she is a research assistant at Yozgat Bozok University Faculty of Law.

SORUŞTURMA SÜRECİNDE BİLGİSAYAR İÇERİK VERİLERİNDE ARAMA VE EL KOYMAYA İLİŞKİN KORE DÜZENLEMESİ

-ELEKTRONİK VERİ DEPOLAMA ORTAMINDAN BAĞIMSIZ OLARAK ELEKTRONİK VERİLERE EL KONULMASI VE ARANMASININ BENİMSENMESİ-¹

Prof. Dr. Seong-Do MUN
Kore Ulusal Polis Üniversitesi

Özet

Bilgi işlem teknolojilerinin son dönemdeki gelişimiyle birlikte, bireysel ve toplumsal faaliyetler giderek fiziksel yerine elektronik biçimde kayıt altına alınmaktadır. Bu makale, elektronik bilginin bulunduğu bilgi depolama ortamına el konulmasından bağımsız olarak arama ve el koyma işlemlerine tabi tutulup tutulamayacağını incelemekte ve elektronik bilginin ceza soruşturmaları bakımından bağımsız bir arama ve el koyma nesnesi olarak nasıl tanımlanabileceği sorusuna odaklanmaktadır. Ayrıca bu çalışma, uzaktaki veya yabancı sunucularda tutulan elektronik verilere yönelik arama ve el koyma işlemlerinin hukuki çerçevesini analiz etmekte ve bu tür bir el koyma ve aramanın diğer devletlerin egemenlik haklarını ihlal edip etmediğini değerlendirmektedir. Çalışmada, yönetilebilir elektronik verilerin el konulabilecek bir “eşya” olarak kavramsallaştırılması gerektiği ve bu verilere, fiziksel depolama araçlarından bağımsız olarak arama ve el koyma yetkisinin tanınması gerektiği savunulmaktadır. Bu yaklaşım, çalışmada “elektronik bilgiye el koyma ve arama bağımsızlığı teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Elektronik bilgilere yönelik arama ve el koyma işlemleri için tamamen ayrı bir hukuk sistemi ya da özel bir mevzuat oluşturmak yerine, bu çalışma, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mevcut el koyma ve arama hükümlerinin, elektronik bilginin kendine özgü nitelikleri göz önünde bulundurularak, özel düzenlemeler eklenmesi veya revize edilmesi suretiyle özel hükümlerin gözden geçirilmesini önermektedir. Kore Cumhuriyeti Anayasası, arama ve el koyma işlemlerinin hâkim tarafından verilmiş bir karar üzerine gerçekleştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu doğrultuda Ceza Muhakemesi Kanunu, arama ve el koyma işlemlerinin yalnızca olayla doğrudan bağlantılı kişi veya eşyalara yönelik olabileceğini öngörmekte; arama ve el koyma kararlarında yer, konu ve kapsamın açıkça belirtilmesini zorunlu kılarak genel nitelikteki el koyma ve aramayı yasaklamaktadır. Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu, elektronik bilginin arama ve el koyma işlemine doğrudan konu olabileceğine ilişkin açık bir düzenleme içermemektedir ancak bilgi depolama ortamının seçici biçimde el konulması yoluyla elektronik bilgiye el konulmasını öngörmektedir. Kanun yalnızca eşya ve bilgi depolama araçlarını el koyma konusu olarak düzenlemiş; elektronik bilgiyi doğrudan bu kapsama dahil etmemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106. maddesinin 3. fıkrasında, el koyma işlemine tabi tutulan tarafa verilecek zararı en aza indirmek amacıyla, depolama ortamındaki bilginin yazılı çıktısının veya kopyasının sunulması gerektiği belirtilmekte; ancak bu ifade, bellek bilgilerini doğrudan el koyma nesnesi olarak öngörmemektedir. Mahkemelerde, bilgi depolama ortamının kendisi nadiren delil olarak kullanılmakta; orada saklanan bilgi ise sonunda delil olarak kullanılmaktadır. Bilgi depolama ortamları çok çeşitli ve kapsamlı bilgiler içerebildiğinden, suç şüphesiyle ilgili bilgilerin tespit edilip ayrıştırılması gerekmektedir. Bu süreçte sadece ilgili bilginin yazdırılması veya kopyalanması gerekir. Bu süreç, bir dizi arama ve el koyma prosedürü olarak kabul edilmeli ve mahkeme denetimine tabi olmalıdır. Depolama ortamının büyük ve çeşitli içerikler barındırdığı durumlarda,

¹ Tercüme eden: Arş. Gör. Elif ALKAN | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi | elif.alkan@hbv.edu.tr | ORCID: 0000-0001-6538-3004

elektronik bilginin ayrı bir şekilde el konulması ve aranması gereklidir. Uzaktan el koyma ve aramada görüldüğü gibi, bilgi depolama ortamına el koyma ve aramanın imkânsız olduğu bir durumda, depolama ortamından bağımsız olarak elektronik bilginin kendisine el konulmalı ve aranmalıdır. Eğer uzaktaki sunucu ortamı Kore’de değil de yurtdışında ise, bu sunucuya fiziksel olarak el koymak başka bir devletin egemenliğini ihlal edebileceğinden, depolama ortamından bağımsız şekilde depolama bilgisine el koymanın düzenlenmesi gereklidir. Her şeyden önce, elektronik bilginin el koyma konusu olarak doğrudan düzenlenmesi gereklidir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106. maddesinin 1. fıkrasındaki “eşya” kavramının “eşya (yönetilebilir bilgi dahil; aşağıda aynı şekilde uygulanacaktır)” şeklinde değiştirilmesi önerilmektedir. Aynı maddenin 3. fıkrasında ise elektronik bilgi, “elektronik biçimde depolanan veya iletilen bilgi” olarak tanımlanmaktadır. El koyma konusu, hem delil hem de müsadere edilecek eşya olabileceğinden “delil” kavramı doğrudan kullanılmamıştır. Elektronik bilgi dijital biçimin yanı sıra analog biçimde de mevcut olduğundan, dijital delil değil, elektronik bilgi olarak adlandırılmıştır. Buna ek olarak, bu çalışma, suç şüphesiyle ilgili elektronik bilginin seçilerek el konulmasının kural olduğunu ve bilgi depolama ortamına el koymanın istisna olduğunu belirten bir değişiklik önerisi sunmaktadır. Yüksek Mahkeme, uzaktan sunucu hizmeti kullanıcılarını, sunucuda depolanan elektronik bilginin maliki veya zilyedi olarak tanımakta ve uzaktan elektronik bilgiye yönelik arama ve el koymayı hukuken geçerli kabul etmektedir. Hizmet sağlayıcılar, erişim talebinin meşruiyetini değerlendirmediklerinden, araştırmacının hedef hesaba erişimi hizmet sağlayıcının iradesine aykırı olarak değerlendirilemez. Ayrıca, ilgili bilgi yurtdışındaki bir sunucudan indirilse bile, bu bilgi sunucuda zarar görmeden ya da değişmeden kalmaktadır. Ayrıca elektronik bilgi yurtdışından internete yüklenerek Kore’ye serbestçe aktarılabilir ve ülkede erişilebiliyorsa, bu durumda söz konusu elektronik bilginin Kore’de bulunduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle, yalnızca uzaktan değil, bölge dışı el koyma ve arama işlemlerinin de hukuken tanınması mümkündür. Uzaktan arama ve el koyma işlemlerinde genel ve belirsiz aramaların yol açabileceği sakıncaları önlemek için, arama ve el koyma kararlarında işlemin kapsamı ve hedefi açık şekilde belirtilmelidir. Bu kapsamda, elektronik bilginin oluşturulduğu veya işlendiği zaman dilimi, kullanılan iletim sunucusu ve ilgili bilgi depolama ortamı somut olarak kararda yer almalıdır. Bunun nedeni, bilgi depolama ortamlarının çok çeşitli ve kapsamlı elektronik bilgiler içermesidir. Ayrıca, aranacak elektronik bilgi, arama kapsamındaki bilgi işlem cihazına bağlı başka bir bilgi işlem cihazında ya da farklı bir sunucuda yer alıyorsa, bu durumda ilgili yerler niteliği itibarıyla farklı ve bağımsız arama/el koyma yerleri olarak değerlendirilmelidir. Kişilerin usule ilişkin haklarını güvence altına almak için, bilgi depolama ortamının veya elektronik bilginin sahibi ya da yöneticisine, kararın icrasına katılma fırsatı verilmelidir. Bir kamu kurumunda, askeri uçakta, gemide ya da araçta arama ve el koyma kararının icra edilebilmesi için, sorumlu kişiye kararın icrasına katılımı konusunda bildirimde (tebligat) bulunulması gerekir; ancak bu bildirim yükümlülüğüne istisna tanınmamaktadır. Taraflara bildirim istisnası tanındığı gibi, bilgi depolama ortamının ya da elektronik bilginin sorumlusuna karar icrası bildirimine ilişkin istisnanın tanınması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, eğer sorumlu kişi katılmak istemediğini açıkça belirtmişse ya da işlem hızlı şekilde yapılmak zorundaysa, bu durumlar için yeni bir düzenleme ile istisna getirilmesi gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler

Elektronik Bilgi, Dijital Delil, Elektronik Bilginin Depolama Ortamından Bağımsız Olarak Aranması ve El Konulmasının Benimsenmesi, Genel Arama Kararı, Bölge Dışı Arama ve El Koyma, Uzaktan Arama ve El Koyma

THE KOREAN REGULATION OF SEARCH AND SEIZURE ON COMPUTER CONTENT DATA IN THE INVESTIGATION PROCEDURE

-ADOPTION OF THE SEIZURE AND SEARCH OF ELECTRONIC INFORMATION INDEPENDENT OF ELECTRONIC INFORMATION STORAGE MEDIA-

Prof. Dr. Seong-Do MUN
Korea National Police University

Abstract

With the recent development of information processing technology, our lives are often recorded in electronic form, not in paper. This article examines whether electronic information can be seized independently regardless of the seizure of information storage media, and how to define electronic information as an independent seizure and search target. In addition, this paper examines the laws of seizure and search of electronic information in remote or foreign servers and examines whether the seizure and search violates the sovereignty of other countries in particular. We should regard the manageable electronic information as an article to be seized and recognize the seizure and search of electronic information independently of the storage medium. In this paper, I refer to this argument as the theory of electronic information seizure and search independence. Rather than creating an independent legal system and special law for the seizure and search of electronic information, this paper intends to review the revision of special regulations by adding or revising special regulations to the existing seizure and searching for regulations of the Criminal Procedure Act in consideration of the characteristics of electronic information. The Constitution of the Republic of Korea stipulates that a warrant issued by a judge should be presented at the time of search and seizure. The Criminal Procedure Act stipulates that seizure, and search should be carried out only for those related to the case, and general seizure and search are prohibited by specifically stating the location and target in the warrant. The Criminal Procedure Act requires seizure and search only for the articles or persons related to the relevant case, and general seizure and search are prohibited by specifically stating the location and target in the warrant. The current Criminal Procedure Act does not directly stipulate the seizure and search of electronic information, but stipulates the seizure and search of electronic information in the form of selective seizure of information storage media. The Criminal Procedure Act only targets goods and information storage media for seizure, but does not directly specify electronic information as seizure targets. Article 106, Paragraph 3) of the Criminal Procedure Act requires that memory information of storage media be printed or reproduced and submitted to minimize the damage to the seized person due to the seizure of storage media. This provision does not directly stipulate memory information as the object of seizure. In court, the information storage medium itself is rarely used as evidence, and the information stored there is eventually used as evidence. Since information storage media contain vast and diverse information, it is necessary to search for information related to the suspected crime among the information stored in the storage medium, even after the information storage medium is seized. Only related information must be printed or duplicated. The process should be called a series of search and seizure procedures and be controlled by the court. If there is vast and diverse information on a storage medium, a separate seizure and search of the information is required. In a situation where seizure and search of information storage media is impossible, as seen in remote seizure and search, electronic information itself must be seized and searched regardless of the storage medium. If a remote server storage medium is not in Korea but abroad, it is necessary to stipulate the seizure of storage information independent

of the storage medium in that the seizure of foreign storage media can violate the sovereignty of the country where the storage medium is located. First of all, it is necessary to directly regulate electronic information as the object of seizure. The plan is to amend the 'article' in Article 106 1) of the current Criminal Procedure Act to "article (including manageable information; hereinafter the same shall apply)." In Paragraph 3) of the same article, the concept of electronic information is defined as "information stored or transmitted in electronic form". The expression "evidence" is not used in that the object of seizure is evidence or the article of confiscation. Since electronic information has an analog form in addition to digital form, it is not called digital evidence, but electronic information. Furthermore, this paper presents an amendment stating that it is a principle to select and seize electronic information related to the suspected crime, and that seizure of the information storage medium itself is an exception. The Supreme Court recognizes that remote service users are the owners or holders of electronic information stored on the server and recognizes the seizure and search of remote electronic information. Since the service provider does not consider the existence or absence of legitimate authority for the access, the investigator's access to the target account cannot be viewed as contrary to the service provider's intention. Moreover, even if related information is downloaded from an out-of-area server, the information remains damaged or unchanged on the server. Furthermore, if electronic information is freely sent to Korea through the Internet from abroad, and the information can be accessed through the Internet in Korea, it should be considered that electronic information of foreign servers is already in Korea. Accordingly, not only remote seizure and search but also out-of-area seizure and search can be recognized. In order to prevent the problem of general search in relation to remote seizure and search, it is necessary to specify the location and target of seizure and search by specifically stating the period of preparation of electronic information, transmission server, or information storage medium in a warrant. This is because information storage media contain a variety of and vast amounts of electronic information. In addition, if the electronic information is on a storage medium of another information processing device connected to the information processing device to be searched or on a different server, it should be considered that there are separate seizure and search sites that are qualitatively different. It is necessary to give the owner and manager of information storage media or electronic information an opportunity to participate in the execution of warrants in order to guarantee the owner's procedural right against damage or change of the seized article in the process of seizure and search. In order to execute a seizure and search warrant in a public office, military aircraft, or ship or vehicle, the person in charge shall be notified of participation in the execution of the warrant, but its exception is not recognized. Just as the exception to the notification to the parties is recognized, it is necessary to recognize the exception to the notification of the execution of a warrant for the person in charge of information storage media or electronic information. In other words, a new regulation is introduced that allows exceptions when the person in charge expresses his intention not to participate or when it is required to be rapid.

Keywords

Electronic Information, Digital Evidence, Adoption of the Seizure and Search of Electronic Information Independent of Electronic Information Storage Media, General Warrant, Out-Of-Area Seizure and Search, Remote Seizure and Search

1. Giriş

İnsanlar kâğıdı ve harfleri icat etmiş ve tarihi kâğıt üzerine kaydetmiştir. Veri işlem teknolojisinin son zamanlarda gelişmesiyle birlikte, hayatlarımız genellikle kâğıt yerine elektronik ortamda kaydedilmektedir. Elektronik veri depolama ortamları muazzam miktarda veri içermektedir. Ayrıca veri depolama ortamında saklanan verinin niteliği de çeşitlidir. Kalite açısından tamamen farklı veriler içerir. Ayrıca insanlar sadece odalarındaki bilgisayarlarda veya USB hafıza kartlarında değil, internet sunucularında da veri depolamaktadır. İnternet sunucusu sadece Kore’de değil, dünyanın diğer ülkelerinde de veri depolama alanına sahiptir. Örneğin, Google’ın sadece Asya-Pasifik bölgesinde 20’den fazla veri depolama yeri bulunmaktadır. Çeşitli ve büyük miktarlarda veri depolayan depolama ortamlarının doğası gereği, insan haklarını güvence altına almak için soruşturmacıların şüphelenilen olguyla ilgili olmayan verilere erişmesini engellemek gibi elektronik verilere el konulması ve aranması konusunda yasal düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, maddi gerçeklerin etkin ve demokratik bir şekilde ortaya çıkarılabilmesi için elektronik verilere el konulması ve aranmasına ilişkin yaklaşımın da yasal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu makale, veri depolama ortamına el konulmasından bağımsız olarak elektronik veriye el konulup konulamayacağını ve elektronik verinin bağımsız bir el koyma ve arama hedefi olarak nasıl tanımlanacağını inceleyecektir. Buna ek olarak, bu makale uzak veya yabancı sunuculardaki elektronik verilere el koyma ve arama yasalarını inceleyecek ve el koyma ve aramanın özellikle diğer ülkelerin egemenliğini ihlal edip etmediğini inceleyecektir.

Yönetilebilir elektronik veriyi el konulacak bir şey olarak görmeli ve elektronik veriye el konulmasını ve aranmasını depolama ortamından bağımsız olarak kabul etmeliyiz. Bu makalede, bu argümanı elektronik veriye el koyma ve aramanın bağımsızlığı teorisi olarak adlandırmak istiyorum.

Bu çalışma, elektronik verilerin ele geçirilmesi ve aranması için bağımsız bir hukuk sistemi ve özel bir kanun oluşturmak yerine, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun mevcut el koyma ve arama düzenlemelerine elektronik verilerin özellikleri dikkate alınarak özel düzenlemeler eklenmesi veya revize edilmesi yoluyla özel düzenlemelerin gözden geçirilmesini amaçlamaktadır.

2. Kore Anayasası ve Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Elektronik Verilerin Ele Geçirilmesi ve Aranmasına İlişkin Yasal Sistem

2.1. Kore Anayasasına Göre Elektronik Verilere El Konulması ve Aranması

Kore Cumhuriyeti Anayasası el koyma ve aramayı aşağıdaki şekilde düzenlemektedir.

Madde 12/1: Tüm vatandaşlar kişisel özgürlükten yararlanır. Kanunda öngörülen haller dışında hiç kimse tutuklanamaz, gözaltına alınamaz, aranamaz, el konulamaz veya sorgulanamaz. Hiç kimse, kanunda öngörülen haller dışında ve kanuni yollara başvurulmaksızın cezalandırılmaz, koruma tedbiri altına alınamaz veya zorla çalıştırılmaz.

Madde 12/3: Yakalama, gözaltına alma, el koyma veya arama hallerinde, savcının talebi üzerine, hakim tarafından usulüne uygun olarak verilen yakalama kararı ibraz edilir: Şu şartla ki, bir suç şüphelisinin suçüstü yakalandığı veya üç yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin kaçma veya delilleri yok etme

tehlikesinin bulunduğu durumlarda, soruşturma makamları ex post facto arama kararı talep edebilir.

Madde 16: Bütün vatandaşlar, ikametgâhlarına izinsiz girilmesinden serbesttir. Bir konutta arama veya el koyma yapılması halinde, savcının talebi üzerine hakim tarafından verilen arama kararı gösterilir.

Anayasa'nın 12/1. maddesi, fiziksel el koyma ve aramanın vatandaşların vücut özgürlüğünü ihlal ettiği için bu tür eylemlerin yasaya dayanması gerektiğini belirten "yasalcılığı" şart koşturmaktadır.

Buna ek olarak, 3. fıkra, soruşturmada el koyma ve aramanın hâkim kararına dayanması gerektiği yönündeki yakalama kararı gerekliliği ilkesini öngörmektedir. Anayasa'nın 16. maddesi ise, konut dokunulmazlığının korunması ile bağlantılı olarak, soruşturma konusu konutta yapılacak el koyma ve aramanın da hâkim kararına dayanması gerektiğini düzenlemektedir.

Statüleri Anayasa ile güvence altına alınan (Anayasa Madde 106) ve yargı bağımsızlığı teminat altına alınan (Anayasa Madde 103) hakimler yakalama kararı çıkarır (2007 Heonma 1468). Yakalama kararı çıkarılması, soruşturma makamına zorunlu tedbir uygulama yetkisi veren ve şüpheliyi el koyma ve aramaya tabi tutma etkisine sahip olan, soruşturma usulünden bağımsız bir hakim tarafından yapılan bir yargılama türüdür².

Anayasa'nın 12/3. maddesi, el koyma ve üst aramasının öncelikle hâkim tarafından verilmiş bir yakalama kararı ibraz edilerek gerçekleştirilmesini öngörmektedir. Ancak, bir suç şüphelisinin suçüstü halinde yakalanması veya üç yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren bir suçu işlediğinden şüphelenilen bir kişinin kaçma veya delilleri yok etme tehlikesinin bulunması halinde, soruşturma makamları ex post facto arama kararı talep edebilir. Anayasa, ilk soruşturmanın aciliyeti ve ciddi suçlara karşı etkin bir cezai mücadele ihtiyacı nedeniyle ön izin ilkesine istisnalar tanımıştır. Buna ek olarak Anayasa, soruşturma makamlarının daha sonra bile hakimlerden arama kararı talep etmelerini zorunlu kılmakta ve zorunlu tasarruflar üzerindeki yargı denetimi ruhunu korumaktadır.

Anayasanın 16. maddesi, bir konuta el konulması veya konutun aranması sonrasında arama kararı aranabileceğine dair bir istisna tanımamaktadır.

Anayasa'nın 12/3. ve 16. maddeleri, el koyma veya arama sırasında bir izin belgesi sunulmasını gerektirmektedir. Arama kararının sunulması, vatandaşları soruşturma kurumu tarafından gerçekleştirilen zorunlu tasarrufun yasallığı konusunda ikna etme ve soruşturma kurumu tarafından zorunlu tasarrufun kötüye kullanılmasını psikolojik olarak kontrol etme konusunda çifte etkiye sahiptir. Sunulan arama kararı orijinal olmalıdır ve kopyasına izin verilmez (2015 do 10648).

² Savcının talebi üzerine yakalama kararı çıkarılacaktır. Bu aynı zamanda arama kararı başvurusunun yasallığını artırmak ve nihayetinde hukuk uzmanı olan bir savcının arama kararı başvurusunda bulunmasını gerektirerek kişilerin temel haklarını güvence altına almak anlamına geliyordu, ancak savcının arama kararı başvurusunda bulunma konusundaki münhasır statüsünü netleştirmek ve savcının adli polisine soruşturma kararını güvence altına almak için daha anlamlı olan eski moda bir düzenlemedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2020 yılında revize edilmesinden önce, adli kolluk görevlilerinin savcılarının talimatı altında ceza soruşturmaları yürütmesi gerekiyordu.

Kore yasama modeli olarak kullanılan Amerika Birleşik Devletleri'nin 4. Değişikliği, makul olmayan el koyma ve aramayı yasaklamakta ve ayrıntı, muhtemel sebep ve yeminli ifade gibi arama kararı çıkarma gerekliliklerini nispeten ayrıntılı bir şekilde tanımlamaktadır. Öte yandan, Kore Anayasası sadece kanunilik ve arama kararı gerekliliği ilkelerini tanımlamakta ve el koyma ve arama için özel gereklilikleri, prosedürleri, arama kararı formlarını ve Ceza Muhakemesi Kanunu gibi münferit kanunlara özel istisnalar getirmektedir.

Kore Anayasası elektronik verilere el konulması ve bu verilerin aranmasını hiçbir zaman özel olarak düzenlememiştir. Buna göre, elektronik verilere el konulması ve aranması kanuna bırakılmıştır. Ancak, tıpkı konuttaki kitaplara el konulması ve aranmasında anayasal teminat şartının uygulanması gibi, evdeki elektronik verilere el konulması ve aranması ya da elektronik verilerin vücutta ele geçirilmesi ve aranması için de anayasal teminat şartı geçerlidir.

2.2. Kore Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında El Koyma ve Arama ve Elektronik Veriler

2.2.1. Kore Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında El Koyma ve Aramaya İlişkin Yönetmelikler Sistemi

Kore Ceza Muhakemesi Kanunu, mahkemelerin el koyma ve arama işlemlerini genel hükümlerle düzenlemekte (Bölüm 10, Madde 106 ila 138) ve mahkemenin el koyma ve arama düzenlemelerinin çoğunu soruşturma kurumlarının el koyma işlemlerine uygulamaktadır (Madde 219). Davaya bakan mahkeme, mahkeme dışında el koyar veya arama yaparsa, mahkeme bir arama kararı çıkarır ve bunu uygular (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 113). Prensip olarak, bu tür el koyma ve arama kararları savcının talimatı altında adli kolluk tarafından yerine getirilmelidir (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 115).

Bir ceza soruşturması için gerekli olması halinde, savcılar ve adli kolluk görevlileri, ancak suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin bulunması ve el konulacak veya aranacak eşya veya kişilerin ilgili dava ile bağlantılı olması koşuluyla, bu eşya veya kişilere el koyabilir veya üzerlerini arayabilir (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 215). Prensip olarak, soruşturma usulünde el koyma ve arama, yetkili mahkeme hakimi tarafından verilen bir emre dayanır.

Hâkim tarafından verilen yakalama kararının içeriği ayrıntılı olarak belirtilmelidir. Ceza Muhakemesi Kanunu, içeriği belirtilmemiş genel yakalama kararlarının çıkarılmaması için ayrıntılı olarak belirtmektedir. Yakalama kararında, şüphelinin adı ve adresi, suçun adı, yüklenen suçun özeti, sanığın getirileceği veya tutulacağı yer gösterilir (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 209 → Madde 75). Elkoyma ve arama kararında, suçun ve şüphelinin adı ile arama yapılacak yer, kişi ve eşyanın belirtilmesi gerekir (CMK m.219 → m.114). El konulacak veya aranacak eşya telekomünikasyonla ilgili olduğunda, hazırlık süresinin kaydedilmesi gerekir (Madde 219 → Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 114). El konulacak veya aranacak eşya telekomünikasyonla ilgili olduğunda, bu telekomünikasyonun hazırlandığı süre belirtilmelidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, el koyma veya arama sırasında sadece arama kararının orijinal nüshasının sunulmasını değil, aynı zamanda arama kararının bir nüshasının da teslim edilmesini gerektirmektedir. Prensip olarak, yakalama ve arama kararının orijinal nüshası yakalanan ve aranan kişiye sunulmalı ve eğer aranan kişi bir şüpheli ise, arama kararının bir nüshası teslim edilmelidir (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 219 → Madde 118). Bu, şüphelinin kendini savunma hakkını güvence altına almak içindir.

2.2.2. Kore Ceza Muhakemesi Kanununun 2011 Yılında Revize Edilmesinden Önce El Koyma ve Arama İle Elektronik Verilere İlişkin Düzenlemeler

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106(1) maddesi, 10864 sayılı Kanun'da 18 Temmuz 2011 tarihinde yapılan değişiklikten önce, el koyma nesnesi olarak yalnızca "delil olarak kullanılabileceği düşünülen veya müsadereye tabi olan eşyaları" öngörmekteydi. Sonuç olarak, cismani bir şey olmayan "elektronik verinin" kendisinin Kore Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yorumu altında el koyma ve aramaya tabi olup olamayacağı konusunda pek çok tartışma yaşanmıştır³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun lafzı katı bir şekilde yorumlanırsa, "elektronik veri" Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında el koyma ve arama nesnesi olarak kabul edilemezdi⁴. Bununla birlikte, bazıları gerçekte cismani bir şey olan bir diskete veri depolamanın veya çıktısına el koymanın sadece veriye el koymanın bir aracı olduğunu ve el koyma ve aramanın nesnesinin yine de elektronik veri olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur⁵.

Yüksek Mahkeme'nin 26.05.2011, 2009Mo1190 sayılı kararı (Kore Öğretmenler ve Eğitim İşçileri Sendikası'nın mevcut durum beyanı davası), "elektronik verilerin" el koymaya tabi olduğu gerekçesiyle tarama ve el koyma ilkesini ilan etmiştir. Bu karar, elektronik delillere el konulması ve aranmasına ilişkin ilk anlamı taşımaktadır.

Yüksek Mahkeme Kararı 26.05.2011, 2009Mo1190 [Yarı temyiz reddi kararına karşı yeniden temyiz] [Gong2011Ha,1342] (Mevcut durumu beyan eden Kore Öğretmenler Eğitim İşçileri Sendikası'nın depolama ortamının alınması ve belirli bir noktadan sonra 8.000 dosyanın kopyalanması davası) "Prensip olarak, sadece arama kararının çıkarılmasına neden olan şüpheli suçla ilgili kısım, bir belge çıktısı olarak toplanır veya bir soruşturma ajansı tarafından taşınan bir depolama ortamına kopyalanır. İnfaz yerinin koşulları nedeniyle yukarıdaki şekilde infazın mümkün olmadığı veya oldukça zor olduğu kaçınılmaz durumlar olsa bile, kararda bu gibi durumlarda saklama ortamının kendisinin doğrudan veya basılı kopya veya görüntüleme şeklinde soruşturma ajansı ofisinin dışına alınabileceği vb. belirtildiğinde ve dosyaya el konulup arama yapılabilmesi belirtilmişse ve bu gibi durumlar fiilen gerçekleştiğinde, bu tür bir uygulama ancak istisnai olarak Ayrıca, depolama ortamının

³ Mülkiyet suçları ile ilgili olarak, Kore ceza kanunu yönetilebilir gücü mülk olarak kabul etmektedir (Ceza Kanunu Madde 346). Bununla birlikte, verinin kendisinin cismani bir şey veya bir güç olmadığı, bu nedenle mülkiyet kavramına dahil edilmediği yaygın olarak yorumlanmaktadır. Birçok akademisyen, sadece mülkiyet kavramının cismani olduğuna inanan akademisyenler arasında değil, aynı zamanda yönetilebilir olduğuna inanan akademisyenler arasında da verinin kendisinin mülkiyet olmadığına inanmaktadır. Bilgisayardaki bir veriyi diskete kopyalama eylemi, başka bir kişinin not defterinden bir mevduat hesap cüzdanının şifresini alma eylemi ve bir belgeyi kopyalayıp orijinal kopyasını bırakma eylemi hırsızlık teşkil etmez.

Kore Ceza Kanunu'nun 243. maddesi, müstehcen belgeleri, çizimleri, resimleri, filmleri veya diğer nesneleri dağıtan, satan veya ödünç veren ya da bunları açıkça sergileyen veya gösteren kişileri cezalandırmaktadır. Yüksek Mahkeme, bilgisayar program dosyalarının müstehcenlik nesnesi olmadığına inanmıştır. Başka bir deyişle, Yüksek Mahkeme, Telekomünikasyon Temel Kanunu'nun 48-25. maddelerinin hükümleri uygulanabilse bile, müstehcen video ekranları içeren bilgisayar program dosyalarının bilgisayar iletişim ağları aracılığıyla satılması eylemine Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin uygulanamayacağına karar vermiştir (Yüksek Mahkeme'nin Kararı 24.02.1999, 98Do3140).

⁴ Eun-mo Lee, "Problems in Investigation on Electronic Information", *Journal of Criminal Law*, no. 23 (June 2005): 58; Kyung-ryul Lee, "Positive Consideration for Introducing Regulations on seizure and Search Related to Digital Information", *Sungkyunkwan Law* 21, no. 2 (August 2009): 319.

⁵ Hye-wook Won, "Collection of evidence by scientific investigation method - focusing on the seizure and search of electronic certificates -", *Journal of Comparative Criminal Law* 5, no. 2 (Special Issue) (Dec. 2003): 174.

kendisinin bir soruşturma kurumunun ofisine taşınması ve arama kararında listelenen suçla ilgili elektronik verilerin aranması ve ilgili elektronik verilerin belge olarak yazdırılması veya dosyanın kopyalanması işlemi, bir bütün olarak el koyma ve arama kararının icrasının bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, bu tür durumlarda belge yazdırma veya dosya kopyalama amacının da Anayasa'nın 12/1 ve 12/3 maddeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 114 ve 215. maddeleri uyarınca adil yargılanma ve teminat şartı ilkesine uygun olarak şüpheli suçla ilgili kısımlarla sınırlı olması gerektiği doğaldır. Bu nedenle, bir soruşturma kurumunun ofisine aktarılan depolama ortamlarında saklanan elektronik verilerden keyfi olarak belgelerin yazdırılması veya dosyaların kopyalanması vb. eylemler, özel durumlar olmadıkça, teminat gerekliliği vb. ilkelere aykırı hukuka aykırı bir uygulamadır."

Yüksek Mahkeme, elektronik verilere yönelik el koyma ve arama kararının, sadece kararın verilmesine neden olan suçla ilgili kısmının belge çıktısı olarak alınması veya dosyanın bir soruşturma kurumu tarafından taşınan bir depolama ortamına kopyalanması suretiyle yerine getirilmesi gerektiğine hükmetti. Yüksek Mahkeme, depolama ortamının kendisinin doğrudan veya basılı kopya veya görüntüleme şeklinde soruşturma kurumunun ofisinden alınarak dosyaya el konulması veya aranmasına istisnai olarak izin verilebileceğine hükmetmiştir.

2.2.3. Kore Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2011 Yılında Revize Edilmesi ve Elektronik Verilerin Ele Geçirilmesi Ve Aranması

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda 2011 yılında yapılan değişiklikte, elektronik verilere el konulması ve bu verilerin aranmasına ilişkin düzenlemeler yeniden oluşturulmuştur.

Tablo 1

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106. Maddesindeki (Elkoyma) Değişiklikler (2009–2011) / *Amendments to Article 106 (Seizure) in the Criminal Procedure Act (2009–2011)*

Ceza Muhakemesi Kanunu [Kanun No. 9765, 09.06.2009]	Ceza Muhakemesi Kanunu [Kanun No. 10864; 18.07.2011]
Madde 106 (El koyma) 1: Gerekirse, bir mahkeme delil olarak kullanılabileceğine veya müsadereye tabi olduğuna inandığı herhangi bir eşyaya el koyabilir: Şu şartla ki, aynı hüküm Kanunlarda başka hükümlerin bulunduğu hallerde uygulanmaz. 2: (atlandı) <Yeni Eklendi> <Yeni Eklendi>	Madde 106 (El koyma) 1: Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, delil olarak kullanılabileceğine veya müsadere edilebileceğine inandığı herhangi bir eşyaya, ancak bu eşyanın sanığın davasıyla bağlantılı olduğu durumlarda el koyabilir: Şu şartla ki, Kanunlarda aksi öngörülen hallerde bu hüküm uygulanmayacaktır. 2: (mevcut durumda olduğu gibi) 3: El konulacak nesnenin bir bilgisayar diskisi veya buna benzer başka bir veri depolama ortamı (bu paragrafta bundan böyle “veri depolama ortamı veya benzeri” olarak anılacaktır) olması halinde, mahkeme, içindeki verilerin çıktısı alındıktan veya depolanan verilerin belirtilen kapsamı dahilinde kopyalandıktan sonra teslim edilmesini isteyecektir: Şu şartla ki, veri depolama ortamına veya benzerine, verilerin belirtilen kapsamının çıktısının alınması veya kopyalanmasının büyük ölçüde imkansız olduğu veya el koyma amacının gerçekleştirilmesinin büyük ölçüde uygulanamaz olduğu durumlarda el konulabilir. 4: Mahkemenin, 3. fıkra uyarınca verileri alması halinde, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 2. maddesinin 3. bendinde tanımlanan veri sahibini gecikmeksizin ilgili durum hakkında bilgilendirir.
Ceza Muhakemesi Kanunu [Kanun No. 9765, 09.06.2009,]	Ceza Muhakemesi Kanunu [Kanun No. 10864; 18.07.2011]
Madde 107 (Posta Maddelerine El Konulması) 1: Mahkeme, bir posta ofisinin veya haberleşme işi yapan başka bir kişinin elinde veya muhafazasında bulunan posta maddelerine veya sanık tarafından veya sanığa gönderilen telgraflarla ilgili kağıtlara el koyabilir veya bunların ibraz edilmesi için karar verebilir. 2: Bir önceki paragrafta belirtilenler dışında kalan ve bir posta idaresinin ya da haberleşme işi yapan başka bir kişinin elinde ya da gözetiminde bulunan posta evrakına ya da telgraflarla ilgili kağıtlara, ancak bunların söz konusu davayla bağlantılı olduğunun düşünülmesini gerektirecek koşullar varsa el konulabilir ya da bunların ibraz edilmesine neden olunabilir. 3: Önceki iki fıkra hükümleri uyarınca herhangi bir tasarrufta bulunulduğunda, bu hususlar gönderene veya muhataba bildirilir: Şu şartla ki, bu tür bir bildirimin adli işlemleri engelleyebileceği endişesi varsa bu hüküm uygulanmayacaktır.	Madde 107 (Posta Maddelerine El Konulması) 1: Gerekirse, bir mahkeme, bir posta ofisi veya ilgili başka bir kurum vb. tarafından sahip olunan veya tutulan posta maddelerine veya İletişim Sırlarının Korunması Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan telekomünikasyonla ilgili maddelere (bundan böyle “telekomünikasyon” olarak anılacaktır), yalnızca bu maddelerin veya maddelerin suçlanan davayla bağlantılı olduğu düşünüldüğünde el koyabilir veya bunların verilmesi için bir karar çıkarabilir. <Silindi.> 3: Paragraf 1 uyarınca herhangi bir tasarrufta bulunulduğunda, bu gerçekler gönderene veya muhataba bildirilecektir: Şu şartla ki, bu tür bir bildirimin adli işlemleri engelleyebileceği endişesi varsa bu hüküm uygulanmayacaktır.

Değiştirilmiş Ceza Muhakemesi Kanunu 2011, mahkemenin el koyma ve arama gerekliliklerine sanığın durumuyla ilgiyi de eklemiştir (Madde 106/1, 107 ve 109). Buna ek olarak, telekomünikasyonla ilgili el koyma ve arama sistemi, veri depolama ortamlarına el koymanın kapsamı ve yönteminin açıkça belirtilmesi (Madde 106, 3) ve veri sahibinin durumdan haberdar edilmesi (Madde 106/4) ile tamamlanmıştır.

Değiştirilmiş Ceza Muhakemesi Kanunu 2011, elektronik verilerin ele geçirilmesi ve aranması ile ilgili olarak 106/3. maddesini aşağıdaki şekilde yeniden düzenlemiştir.

“Madde 106 (El koyma) 3: El konulacak nesnenin bir bilgisayar diski veya buna benzer başka bir veri depolama ortamı (bu paragrafta bundan böyle “veri depolama ortamı veya benzeri” olarak anılacaktır) olması halinde, mahkeme, içindeki verilerin çıktısı alındıktan veya depolanan verilerin belirtilen kapsamı dahilinde kopyalandıktan sonra teslim edilmesini ister: Şu şartla ki, veri depolama ortamına veya benzerine, verilerin belirtilen kapsamının çıktısını almanın veya kopyalamanın büyük ölçüde imkansız olduğu veya el koyma amacını gerçekleştirmek için büyük ölçüde uygulanamaz olduğu düşünüldüğünde el konulabilir.”⁶

3. Elektronik Veriye El Koyma ve Arama Soruşturmasının Hukuki Sorunları

3.1. Elektronik Verilerin Veri Depolama Ortamından Bağımsız Olarak El Koyma veya Aramaya Tabi Olup Olmadığı?

2011 tarihli değiştirilmiş Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106/3. maddesi yalnızca el koyma nesnesinin “depolama ortamı veya diğer benzer veri depolama ortamı” olduğunu belirtmekte, ancak el koyma veya arama nesnesi olarak “veri”yi belirtmemektedir. Değiştirilmiş Ceza Muhakemesi Kanunu 2011, elektronik verilere el konulmasını doğrudan belirtmemiş, ancak veri depolama ortamlarına seçici olarak el konulması şeklinde tanımlamıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun bu hükümleri, veri depolama ortamlarına şimdilik gerçekte el konulabileceğini varsaymaktadır. Başka bir deyişle, bu düzenleme veri depolama ortamının zilyetliğinin elde edilmesinin mümkün olduğu noktasından hareket etmektedir. Ancak bazı durumlarda, veri depolama ortamı yabancı bir ülkede veya çok sayıda mekana dağılmış durumdadır, bu nedenle veri depolama ortamını işgal etmek ve ele geçirmek fiilen imkansızdır. Bu gibi durumlarda, elektronik verilerin veri depolama ortamının ele geçirilmesinden bağımsız olarak ele geçirilip geçirilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda, elektronik verilerin el koyma ve aramaya tabi olup olmayacağı konusunda çelişkili görüşler bulunmaktadır. Buna karşılık, elektronik verilerin el koyma ve aramaya tabi olmadığı yönünde bir görüş bulunmaktadır. Diğer bir deyişle, Ceza Muhakemesi Kanunu sadece “depolanan verinin çıktısı veya çoğaltılması” olarak adlandırılan bir veri depolama

⁶ Bu değişiklik 18. Ulusal Meclis milletvekili Lee Ju-young’un teklifine (taslak numarası 18-4366) dayandırılmış ve ‘kapsam belirleme’ eklenmiştir. Milletvekili Lee Ju-young’un teklifi aşağıdaki gibidir.

“El koymanın amacı verinin depolandığı bir bilgisayar diski veya benzeri bir veri depolama ortamı ise, mahkeme 1. paragrafında belirtilen el koyma yerine verinin çıktısını alır veya çoğaltır. Ancak, bu tür bir yöntemin el koymanın amacına ulaşmasının imkansız veya çok zor olduğu düşünülürse, veri depolama ortamına el konulabilir.”

ortamına el koyma yöntemi öngörmektedir, bu nedenle “elektronik veri” mevcut yasa kapsamında el koyma veya aramaya tabi değildir⁷.

Buna karşılık, pozitif teori, yasanın “elektronik verilerin” el koyma ve aramaya tabi olduğu öncülüne göre revize edildiği yönündedir⁸.

Yüksek Mahkeme, elektronik verileri aşağıdaki şekilde el koyma ve arama nesnesi olarak kabul etmektedir.

“Veri depolama ortamında saklanan elektronik verilere elkoyma ve arama, sadece arama kararının verilmesine neden olan suç şüphesine ilişkin kısmın yazdırılması veya kopyalanması suretiyle gerçekleştirilir.” ve “İnternet hizmeti kullanıcısı olan bir şüpheliye karşı, şüphelinin bilgisayarı gibi veri işlem cihazlarında saklanan e-postalar gibi elektronik verilere elkoyma ve arama, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yorumu altında, elektronik verilerin sahibi veya sahibine karşı elektronik verilere elkoyma ve arama için objektif bir zorunlu tasarruf olarak izin verilir.”⁹

Kanaatimce, mevcut ceza muhakemesi kanunu hükümleri, el koyma ve aramanın nesnesi olarak elektronik verilerin değil, yalnızca depolama ortamlarının tanınmasına yer vermekte ve ‘depolama ortamları’ merkezli el koyma ve arama uygulamasına meşruiyet kazandırma riski taşımaktadır. Ayrıca, depolama ortamlarına el koymanın Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında ilke olarak bir el koyma yöntemi olduğu ve depolama ortamlarına el konulması halinde infazın sona ereceği iddiasına da dayanak sağlamaktadır. Aslında, Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında el koyma ve aramanın nesnesinin veri değil depolama ortamı olduğu argümanı, elektronik verilere seçici olarak el konulmasına dayanan içtihatları ve mahkeme uygulamasını eleştiren bir argümana¹⁰ ve ayrıca depolama ortamına el konulduğunda el koymanın infazının sona erdiği, dolayısıyla sonraki analizin mahkeme kontrolüne tabi olmadığı, ancak infazın sona ermesinden sonra keyfi bir soruşturma alanı olduğu argümanına¹¹ yol açmaktadır.

⁷ Yoon-jae Lee, “Research on cooperation obligations, preservation obligations, and submission orders of third parties such as telecommunications operators during the seizure and search of digital evidence”, *Research Issues of the Supreme Public Prosecutors Office* (2011): 77; Seung-soo Jeon, “Execution of Seizure and Search Warrant for Digital Information”, *Beobjohyeobhoi* 670, (July 2012): 252-253.

⁸ Dong-kwon Son, “A Study on the Seizure and Search System of Newly Legislated Digital Evidence”, *Korean Journal of Criminology* 23, no. 2 (2011): 328; Hee-ok Kim and Il-hwan Park, *Annotated Criminal Procedure Act (II)* (Korean Judicial Administration Society, 2017), 262(Wan-kyu Lee); Gung-seok Nam (Nam, Gung-seok. *Review Report of a Bill to Partially Revise the Criminal Procedure Act* (proposed by Rep. Kim Do-up, 1352). Legislation and Judiciary Committee, November 2016, 5.

⁹ Yüksek Mahkeme Kararı 29.11.2017, 2017Do9747 (uzaktan e-posta arama ve el koyma davası).

¹⁰ Hee-ok Kim & Il-hwan Park, *Annotated Criminal Procedure Act (I)* (Korean Judicial Administration Society, 2017), 564-567(Seong-Soo Ahn).

¹¹ Seung-soo Jeon, “Execution of Seizure and Search Warrant for Digital Information”, *Beobjo*, no. 670 (2012): 269-270. Park Hyuk-soo “Practical issues of digital information seizure and search”, *Contemporary Review of Criminal Law*, no. 44 (2014): 85,86 şu şekilde savunmaktadır:

“Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106/3 maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle hem dijital veriler hem de depolama ortamları el koyma ve aramaya tabi olduğundan, arama kararında öngörüldüğü şekilde depolama ortamına el konulduğunda infaz sona erer ve bundan sonraki analiz zorunlu bir soruşturma değildir.”

Bu argüman aynı satırdadır.

Bu nedenle, el koyma ve aramanın nesnesi olarak elektronik verilerin belirtilmesi ve geniş ve çeşitli verileri içeren veri depolama ortamlarına el konulmaması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Elektronik verilerin taranması ve el konulması ilkesinin, yalnızca dava ile ilgili verilere el konulabileceği ve el koyma ve arama işleminin yürütülmesindeki sorunlar nedeniyle yalnızca dava ile ilgili verilere el konulmasının imkansız veya dikkate değer ölçüde zor olması halinde veri depolama ortamına istisnai olarak el konulabileceği şeklinde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna ek olarak, elektronik verinin bağımsız bir el koyma nesnesi haline getirilmesiyle, uzak bölgelerde el koyma veya depolama ortamına el koymayı gerektirmeyen bölge dışında el koyma için bir mantık oluşturulması gerekmektedir.

3.2. Elektronik Verilere Uzaktan El Konulmasına ve Aranmasına İzin Verilip Verilmeyeceği

Uzaktan el koyma ve arama, “dava ile ilgili verilerin ilk el koyma ve arama yerindeki bilgisayara (A) bağlı diğer bilgisayarlarda (B) depolandığı doğrulandığında ve bir soruşturmacı bilgisayar (A) aracılığıyla diğer bilgisayarlara (B) erişebildiğinde ve bunları kullanabildiğinde, diğer bilgisayarların (B) aranması ve ilgili verilere el konulması eylemi” olarak tanımlanabilir¹².

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106/3. maddesi uyarınca geleneksel elektronik veri el koymada, veri depolama ortamında depolanan verilere bir ağ ile bağlı olmak zorunda olmadan el konulur ve arama yapılır. Bu tür bir uzaktan el koyma ve arama yeri, veri depolama ortamının bulunduğu bir yerdir. Buna karşılık, uzak bir yerin ele geçirilmesi ve aranması, uzak bir sunucuda depolanan elektronik verilerin bir ağa bağlanarak indirilmesi veya bir cihazda görünmesi yoluyla gerçekleştirilir. Uzak yerlerde el koyma ve aramanın yapılacağı yer sadece bir veri depolama aracının bulunduğu yer değil, aynı zamanda bağlanılabilecek bir veri işleme aracının bulunduğu yerdir¹³.

Uzak bölgelerde elektronik veriye el koymanın, el koyma yerine bağlı olarak dört yöntemi vardır¹⁴.

¹² Dae-yong Jung and et al., “The issue and legislative theory of remote seizure and search using computers to be searched - focusing on remote seizure and search of overseas servers through account access-”, *Beobjo*, no. 714 (2016): 46; Hyun-joo Shim, “If only electronic information stored in information processing devices such as computers is written in the ‘object to be seized’ written on the seizure and search warrant, whether electronic information stored in remote servers can be seized using information processing devices such as computers (Supreme Court’s Judgment on June 30, 2022, 2022Do1452: Not published)”, *Supreme Court precedent commentary*, no. 132 (2022): 467.

¹³ A-ra Cho, “A Study on the Seizure and Search of Cloud Data through User Devices”, in *A collection of research papers on the judicial training advance course 2016 : Specific subject training (new evidence theory of criminal law, legal judgment and decision-making theory, nature of the trial, and role of judges)* (Judicial Research and Training Institute, 2016), 107; Hyun-joo Shim, “If only electronic information stored in information processing devices such as computers is written in the ‘object to be confiscated’ written on the seizure and search warrant, whether electronic information stored in remote servers can be confiscated using information processing devices such as computers (Supreme Court’ Judgement 30.06.2022,2022Do1452)”, *Supreme Court precedent commentary*, no. 132 (2022): 467.

¹⁴ Dae-yong Jeong and et al., “Issues and Legislative Theory on the Out-of-area Seizure and Search of Digital Evidence”, *Beobjo*, no. 720 (Dec. 2016): 138-140; Hyun-joo Shim, “If only electronic information,” 466.

1. Sunucu konumunda sunucuyu arama ve ele geçirme veya sunucunun kendisini ele geçirme ve arama yöntemi,
2. Sunucu operatörünün (hizmet sağlayıcı) bulunduğu yerde sunucu operatöründen veri alma veya doğrudan ele geçirme ve arama yöntemi,
3. Bir el koyma ve arama yerinde bulunan bir sunucu kullanıcısının arama hedef bilgisayarına bir ağ üzerinden bağlı başka bir bilgisayara el koyma ve arama yöntemi
4. Önceden güvenliği sağlanmış ayrı bir yerdeki bilgisayar kullanılarak bir sunucuya erişilmesi ve el konulacak kişinin hesap verilerinin kullanılması suretiyle el koyma ve arama yapılması yöntemi.

Yöntem 1 ve Yöntem 2, sunucunun fiziksel konumu yurt dışında olduğunda veya hizmet sağlayıcı yurt dışında olduğunda geleneksel el koyma ve arama prosedürleri yoluyla el koyma amacına ulaşmayı zorlaştıran sorunlara sahiptir¹⁵.

Sunucu kullanıcıları, cep telefonları ve masaüstü bilgisayarlar gibi veri işlem cihazlarına erişerek elektronik verileri kullanırlar. Veri işlem cihazının iki işlevi vardır¹⁶.

1) Veri işleme cihazının kendisi bir veri depolama ortamı olarak işlev görür. Şu anda dağıtılan cep telefonları küçük depolama kapasitesine sahip değildir ve depolama kapasitesi SD kartlar aracılığıyla genişletilebilir. Cihazda depolanan elektronik verilere el konulması ve aranması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106. Maddesinin 3. Fıkrası uyarınca gerçekleştirilecektir. Bu aramanın daha önce görülen el koyma ve arama yöntemlerinden 1 tanesine benzer olduğu düşünülebilir.

2) Veri işlem cihazı, bir bulut sunucusuna erişmek için bir terminal olarak işlev görür. Bulut bilişim hizmeti kullanıcıları, bulut hesaplarına erişmek için cihazı bir terminal olarak kullanır.

Uzaktan yakalama ve arama yöntemleri arasında 2), 3) ve 4) veri işleme cihazının terminal işlevini kullanır.

Verilerin dijital cihazların kendisinde saklanması yerine uzak yerlerdeki sunucularda veya depolama cihazlarında saklanması yöntemi yaygınlaştıkça uzaktan el koyma ve arama ihtiyacı daha da ön plana çıkmaktadır¹⁷. Bilişim teknolojisi geliştikçe, veri üretimi, kullanımı, depolanması ve yönetimi birbirinden ayrıldığından, fiziksel mekanları hedef alan mevcut el koyma ve aramanın pratik sınırlamasını aşmanın yolu uzaktan el koyma ve aramadır.¹⁸ Başka bir deyişle, uzaktan el koyma ve arama, bulut hizmetlerini veya yurtdışı e-posta hizmetlerini kullanan kişilerin el koyma ve aramasında, arama kararında belirtilen yerde bulunan veri depolama ortamına erişerek dijital delilleri güvence altına almanın bir aracı olarak kullanılmaktadır.

¹⁵ Hyun-joo Shim, "If only electronic information," 466.

¹⁶ Sung-woo Nam, "The Seizure and Search of Electronic Information and Warrant-requirement Related to Portable Devices", in *Judicial Training Advance Course Research Papers 2017: Major Issues in Specialized Litigation (tax/commercial office)* (Judicial Research and Training Institute, 2017), 70; Hyun-joo Shim, "If only electronic information," 467.

¹⁷ Hee-sung Tak and et al., "A Study on the Improvement of Digital Evidence Seizure and Search Procedures", in *23-A-08 Research General Book* (Korea Institute for Criminal and Legal Policy, 2023), 357.

¹⁸ Hee-sung Tak and et al., "A Study on the," 357.

Uzaktan el koyma ve aramanın gerekliliği konusunda herhangi bir ihtilafa yer yoktur. Ancak uzaktan aramanın mevcut yasa kapsamına dahil edilip edilemeyeceği konusunda bir ihtilaf vardır, çünkü arama, arama kararında listelenen dijital cihazlara ağ üzerinden bağlanan uzak sunuculara kadar aramanın kapsamının önemli ölçüde genişlemesine neden olmaktadır.

Öncelikle, mevcut el koyma ve arama düzenlemelerinin uzaktan el koyma ve aramaya izin verdiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Verilere uzak bir yerde el konulsa veya arama yapılsa dahi, verilerin indirildiği veya yazdırıldığı yerin bir arama yeri olduğu, dolayısıyla yakalama kararının infazı kapsamını aşmadığı ve yakalanan kişiden internet sitesi hesap verilerine erişmesinin istenmesinin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 120. maddesindeki "el koyma ve arama kararlarının infazı için gerekli tasarruf" kapsamına dahil edilebileceğine dayanmaktadır¹⁹.

Öte yandan, mevcut el koyma ve arama düzenlemeleri kapsamında uzak alanlara el koymanın ve arama yapmanın imkansız olduğu yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüş, arama kararının kapsamı dışında kalan bilgisayarlar için arama kararının etkili olacağına inanmamaktadır²⁰. Ancak pasif teori de uzak yerlerde el koyma ve arama yapılmasını bir yasama teorisi olarak kabul etmektedir²¹.

Son olarak, mevcut el koyma ve arama düzenlemeleri kapsamında uzaktan el koyma ve aramaya belirli koşullar altında izin verilebileceği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre, arama kararında sadece el konulan ve aranan kişinin bilgisayarının bulunduğu yer belirtilmiş olsa bile, veriler yasal olarak erişilebilir bir sistemde olduğu sürece arama kararının belirliliğini ihlal etmemektedir²². Bu görüş, mevcut Yüksek Mahkeme'nin uzaktan el koyma ve aramanın yasallığını değerlendirirken kullandığı argümana neredeyse benzemektedir.

Yüksek Mahkeme, uzaktan hizmet kullanıcılarının sunucuda depolanan elektronik verilerin sahibi veya zilyedi olduğu gerekçesiyle, mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında izin verilen bir el koyma ve arama yöntemi olarak uzak bölgelerdeki elektronik verilere el konulmasına ve aranmasına izin vermektedir²³. Yüksek Mahkeme, arama kararının kapsamını genişletmeyen mevcut yasa kapsamında uzaktan el koyma ve aramaya izin verildiğine ve yasal dayanağın Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 120/1 maddesi olduğuna karar verdi. Yüksek Mahkeme, uzaktan el koyma ve aramanın yasallığını değerlendirmek için aşağıdaki kriterleri sunmaktadır.

1. Arama kararına göre arama yerinde bulunan bilgisayar gibi bir veri işlem cihazının kullanılması,
2. Yasal olarak edinilen şüphelinin kimliğini ve şifresini girmek gibi şüpheli tarafından yaklaşılacak olağan yöntem uygun olarak uzak bir konumdaki bir depolama ortamına bağlanmak,

¹⁹ Sook-yeon Lee, "Handling and Evidence Capability of Digital Evidence in Criminal Procedure" (Ph.D. thesis, Korea University, 2011), 34.

²⁰ Seung-soo Jeon, "Study on the Confiscation and Search of Digital Evidence and the Ability of Evidence in Criminal Procedures" (Ph.D., Seoul National University, 2011), 178-179.

²¹ Dong-kwon Son, "A Study on the Seizure," 340-341.

²² Hee-sung Tak, "A Study on the Seizure and Search of Electronic Evidence", *Korean Criminological Review* 15, no. 1 (2004): 32.

²³ Supreme Court's Judgment 29.11.2017, 2017Do9747 (uzaktan e-posta arama ve el koyma davası)

3. Uzak bir yerdeki bir depolama ortamında saklanan şüphelinin elektronik postası gibi ilgili elektronik verileri arama yapılan yerdeki bir veri işlemciye indirmek veya ekranında görüntülemek,

4. Bir veri işlemcide var olan elektronik verinin suç şüphesi ile ilgili kısımlarının çıktısını almak veya çoğaltmak.”

Yüksek Mahkeme ayrıca, erişim hakkına sahip kişilerin gönüllü olarak kimlik ve parola sağladığı uzak alanlara el konulmasına ve arama yapılmasına da izin vermektedir²⁴. Yüksek Mahkeme, bulut bilişim hizmeti kullanıcılarının bulut sunucularında depolanan elektronik verilerin sahibi veya zilyedi olduğu gerekçesiyle bulut elektronik verilerine uzaktan el konulmasına ve aranmasına izin vermektedir²⁵.

Yüksek Mahkeme, uzak sunucularda depolanan elektronik verilere el konulabilmesi ve arama yapılabilmesi için, bu elektronik verilerin arama kararının “el konulacak nesneler” bölümünde ayrıca belirtilmesi gerektiğini söylüyor²⁶. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, “el konulacak nesneler” arasında yalnızca veri işlem cihazlarında depolanan elektronik verilerin yer alması halinde uzak sunucularda depolanan elektronik verilere el konulamayacağına hükmetmiştir. Çünkü uzak sunucular, arama yerindeki veri işlem cihazlarından konum, yönetici, depolama alanı kapasitesi, el koyma ve arama yöntemleri ve depolanan elektronik verinin içeriği ve niteliği bakımından farklılık göstermektedir. Bir elektronik veri diğer elektronik verilerle birlikte ve elektronik veri arama, olayla ilgisi olmayan elektronik verileri de arayabilen genel bir arama problemine sahiptir. Buna göre, ilgisiz elektronik verinin arama olasılığının mümkün olduğunca düşük olması için arama konumunun belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, uzaktan el koyma ve arama ile uzaktan olmayan depolama ortamları arasında ayırım yapılması uygun olacaktır. Ancak, arama kararında uzak sunucuda depolanan elektronik veriler belirtilmemiş olsa dahi, buluta otomatik olarak giriş yapıldığı için özel erişim prosedürlerine ihtiyaç duyulmayan bir durumda cep telefonunda depolanan bulut verilerine ve diğer uygulama verilerine el konulması halinde bulut verileri delil dışında bırakılmamalı, yaklaşım ve görüntü ekranında herhangi bir farklılık olmamalıdır. Zira soruşturma makamları tarafından gerçekleştirilen bu tür ihlallerin adil yargılanma hakkının esaslı içeriğini ihlal ettiğini söylemek güçtür²⁷.

3.3. Elektronik Verilere Alan Dışında El Konulmasına ve Aranmasına İzin Verilip Verilmeyeceği

Alan dışı el koyma ve arama, soruşturmacıların denizaşırı sunucularda depolanan dijital verileri elde etmek için şüphelinin e-posta hesabı, kimliği ve şifresi gibi hesap verilerini güvence altına aldığı ve bir ağ bağlantısı üzerinden gönderilen ve alınan e-postalar gibi şüpheli suçla ilgili verileri çıkardığı ve depoladığı el koyma ve aramayı ifade eder²⁸.

²⁴ Supreme Court’s Judgement 29.07.2021, 2020Do14654.

²⁵ Supreme Court’s Judgement 29.07.2021, 2020Do14654.

²⁶ Supreme Court’s Judgement 30.06.2022, 2022Do1452.

²⁷ Eunbyul Cho, “Empirical Review on the Seizure and Search of Remote Information Connected to Media - Based on the Supreme Court’s Judgement 30.06.2022, 2022Do1452 Judgment –”, *Beobjo* 72, no. 5 (Executive No. 761, 2023): 709-738.

²⁸ Seoul High Court’s Judgment 13.06.2017, last visited 19th July, 2024, 2017No23https://glaw.scourt.go.kr/wsjo/panre/sjo100.do?bubNm=%EC%84%9C%EC%9A%B8%EA%B3%A0%EB%93%B1%EB%B2%95%EC%9B%90&saNo=2017%EB%85%B823&panreGajiNo=00.

Alan dışı el koyma ve arama, soruşturmacının el konulacak bir şüphelinin hesap verilerini yasal olarak güvence altına aldığı ve alan dışı sunuculara şüpheliyle aynı sıfatla eriştiği göz önüne alındığında, alan dışı sunucu şirketlerine veya yöneticilerine karşı herhangi bir ihlal veya iş engellemesine neden olmadığı için yargı yetkisine tabi olamaz²⁹. Ancak, dijital veriler gerçekten ülke dışında bulunan sunucularda saklanıyor ve yönetiliyorsa, soruşturmacıların sunucunun kendisine erişiminin ulusal yargı yetkisini ihlal ettiğine dair eleştiriler için pek çok alan vardır. Özellikle devlet yargı yetkileri arasında temel ülkesel kısıtları olan yürütme yetkisinin başka bir ülkenin topraklarına genişletilmesi doğrudan başka bir ülkenin egemenliğini ihlal ettiğinden, tutuklama, soruşturma, el koyma ve cezalandırma gibi yetki fonksiyonlarının başka bir ülkenin topraklarında başka bir ülkenin rızası olmadan gerçekleştirilmemesi bir ilkedir³⁰. Bu nedenle, bir soruşturmacı yurtdışında bulunan bir sunucuya el konulacak bir kişi ile aynı yetkiye sahip olarak erişmiş olsa bile, soruşturmacının soruşturma amacıyla doğrudan denizaşırı bir sunucuya erişmesi yürütme yetkisinin ihlali olarak kabul edilebilir. Alan dışı el koyma veya aramanın adli yargı yetkisini ihlal edip etmediği konusunda aşağıdaki gibi bir ihtilaf bulunmaktadır.

3.3.1. Olumlu Teori

Ayrıca, yabancı ülke ile bir anlaşma imzalanmadığı veya yasal düzenleme yapılmadığı sürece, alan dışı el koyma ve aramanın diğer ülkelerin yargı yetkisini ihlal ettiği yönünde bir görüş bulunmaktadır. Buna dayanak olarak da yabancı ülkelerde bulunan sunuculara uzaktan el koymanın ve arama yapmanın yasal bir dayanağı olmadığı ve arama iznimizin yürürlükte olmadığına işaret ediliyor³¹.

3.3.2. Negatif Teori

Bazıları bölge dışında el koyma ve aramanın diğer ülkelerin yargı yetkisini ihlal etmediğini savunmaktadır. Bunun nedenleri aşağıdaki gibidir.

- Hesabın kimlik ve şifresine sahip olan herkes İnternet hizmetine erişebilir ve abone olmayan birinin başkasının kimlik ve şifresiyle erişmesinin hizmet sağlayıcının amacına aykırı olduğu düşünülemez.
- Elektronik veri 'ele geçirilse' bile sunucuda var olmaya devam eder, bu nedenle cismani eşyaya el koymadan farklı olarak, el koyma münhasır zilyetlik hakkı kazanma olarak değerlendirilemez ve bu nedenle yer kavramında ısrar etmeye gerek yoktur³².
- Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 120. maddesinde yer alan "infaz için gerekli tasarruf",

²⁹ Hee-sung Tak and et al., "A Study on the," 307.

³⁰ Sang-mi Shin, "Legal Studies on the Seizure and Search of Digital Information Stored in Remote Places" (Master's Degree Paper, Graduate School of Police Studies, University of Police, 2021), 44.

³¹ Dong-kwon Son, "A Study on the Seizure," 340-341; Won-sang Lee, "Limitations of Current Digital Evidence Collection-Related Laws", *Digital forensics Research* 11, no. 3 (2017): 207; Seung-soo Jeon, "Study on the Confiscation," 198; Dae-yong Jung and et al., "Issues and Legislative," 57; So-yeon Jeong, "Legal Review on the Offshore Seizure and Search of Digital Evidence", *Digital forensics Research* 11, no. 1 (2017): 67; Jong-jin Cha, "A complaint on the legality of the seizure and search of e-mail remote locations", *Journal of Comparative Criminal Law* 21, no. 2 (2019): 171.

³² Geun-won Yang, "A Study on the Collection and Evidence Capacity of Digital Evidence in Criminal Procedures" (Dr. thesis at Kyung Hee University, Graduate School of Kyung Hee University, 2006), 153; Soon-ok Lee, "Out-of-area Seizure and Search of Digital Evidence", *Joongangbeobhag* 20, no. 1 (2018): 136-137; Jung-min Lee, "Justification for Seizure and Search of Foreign Email Accounts", *Journal of Comparative Criminal Law* 19, no. 3 (2017): 133-134.

kişinin bedenine yönelik önemli bir ihlali içerdiğinden, sunucuda depolanan elektronik verilerin indirilmesi, bir arama kararının infazı için gerekli tasarrufa karşılık gelir³³.

- Yabancı bir ülkede bulunan sunuculara yalnızca ilgili elektronik verileri seçmek ve kopyalamak için erişmek, sunucuların kendilerine el koyma ve arama değildir³⁴.

3.3.3. Kısıtlayıcı Olumsuzlama Teorisi

Ayrıca, bölge dışında arama ve el koymanın diğer ülkelerin yargı yetkisini aşağıdaki gibi sınırlı bir şekilde ihlal etmediği yönünde bir görüş bulunmaktadır.

- Yakalama kararı önceden yakalama yapılacak kişiye sunulmuş ve infaz sürecine katılma hakkı güvence altına alınmışsa, alan dışında arama ve el koyma kabul edilebilir³⁵.
- Yabancı bir hizmet sağlayıcının yurtiçinde bir şubesi varsa, bölge dışındaki arama ve el koyma, şube ofisi içinde erişilerek kabul edilebilir³⁶,
- Sunucunun yeri bilinmiyorsa, alan dışında arama ve el koyma yapılabilir³⁷.

3.3.4. Emsal

Bu bağlamda Yüksek Mahkeme, el koyma ve aramaya konu dijital cihazların ağlar aracılığıyla yabancı materyal sunucularına bağlanması ve yabancı materyal sunucularına erişim haklarının arama kararları kapsamında yasal olarak edinilen hesaplar ve şifreler aracılığıyla güvence altına alınması durumunda herhangi bir yetki sorunu olmayacağı görüşündedir³⁸.

Bana göre Yüksek Mahkeme'nin tutumu makuldür. Herhangi bir kişi dünyanın herhangi bir yerindeki hizmet hesabının kimlik ve şifresini girdiğinde, sunucunun yöneticisi gibi e-posta hizmet sağlayıcıları bu kişiye hesapta depolanan verileri okuma veya indirme erişimi sağlar. Bir hizmet sağlayıcı, bağlantı için meşru bir yetkinin varlığına bakılmaksızın, bir soruşturmacının söz konusu hesabına yapılan bağlantıyı hizmet sağlayıcının amacına aykırı olarak değerlendiremez. Ayrıca, ilgili veriler bölge dışındaki sunucudan indirilse bile, veriler bozulmadan veya değişmeden kalır. Elektronik verinin elektronik bir yöntemle iletilmesi durumunda, verinin zilyetlik karına anlamlı bir müdahale söz konusu değildir.

Ayrıca, elektronik veri internet aracılığıyla ülke dışından serbestçe iletiliyorsa ve ülke içinden buna erişim mümkünse, yabancı sunuculardaki elektronik verinin ülkede zaten aktif olduğu kabul edilmemeli midir? İnsanlar doğu, batı, kuzey ve güney olmak üzere her yöne hareket edebilirler. Yolunuz olmasa bile gidip bir yol yapabilirsiniz. Ancak elektronik veri

³³ Kim Bum-sik, "How to Submit and Present Legal Evidence of Electronic (Digital) Information", *Journal of Comparative Criminal Law* 19, no. 1 (2017): 271; Bong-jin Park and Sang-gyun Kim, "A Study on the Seizure and Search of Digital Evidence", *Law and Policy* 19, no. 1 (2013): 207; Sook-yeon Lee, "Handling and Evidence," 34; Soon-ok Lee, "Out-of-area Seizure and Search," 138.

³⁴ Jae-yoon Lee, and Kang Gu-min, "A Study on the Issues of Offshore Seizure and Search of Digital Evidence", *Journal of Industrial Security* 9, no. 2 (2019): 201.

³⁵ Do-wook Shin, "Legality of Remote Seizure and Search - Focusing on the Seizure and Search of E-mails stored on servers existing overseas - ", *Beobjo* 67, no. 3 (2018): 513.

³⁶ Sook-yeon Lee, "Handling and Evidence," 35-36.

³⁷ Hee-sung Tak, "A Study on the Seizure," 32.

³⁸ Supreme Court's Judgment 29.11.2017, 2017Do9747 (uzaktan e-posta arama ve el koyma davası)

internet hattı boyunca hareket eder. İnternet bağlantısı kesildiğinde, hareket orada durur. İnternet hattı sadece kablolu değil kablosuz olarak da bağlı olmasına rağmen kablosuz olması durumunda bile sabit bir frekansa ve bir ip adresine göre hareket eder. Eğer elektronik veri yurt dışından Kore'ye internet hatları üzerinden gönderilmeye devam ediyorsa ve Kore'de herhangi bir zamanda bu veriye erişilebiliyorsa, bu veri Kore'de normatif olarak kabul edilmelidir. Yabancı sunucular erişim kimlikleri ve şifrelerin girilmesi gibi kısıtlamalar getirmişse, iç hukuk kapsamında arama yetkisine sahip müfettişler kısıtlamaları kaldırabilmeli ve bunlara erişebilmelidir. Ülke, ülkedeki kişiler ve nesneler üzerinde egemenlik uygulayabildiğinden, yetkili müfettişler, Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca arama yetkisine sahiplerse, yurt içinde ikamet edenlerin kimlik ve şifrelerini kullanarak bunlara erişebilirler. Ulusal yasa uyarınca verilen bir el koyma ve arama kararı, arama yeri olan başka bir kişinin konutuna girme hakkı verir. Müfettişler ayrıca kilitli bir kapıyı zorlayarak başka bir kişinin konutuna rızası dışında girebilirler (Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 120). Bu tür arama kararlarını uygulayan müfettişler, e-posta sunucusu kullanıcısı olan şüphelinin kimliğini ve şifresini, el koyma ve arama yeri olan e-posta hesabına girmek için kullanabilir.

Bunun aksine, eğer elektronik veriler dağıtılmış ve tek bir sunucuda depolanmadan ve yönetilmeden saklanıyor ve yönetiliyorsa³⁹, bir soruşturmacının her bir el koyma ve aramanın yerini belirlemesi zor olacaktır ve eğer öyleyse, el koyma ve aramanın kendisi imkansız olacaktır.

4. Elektronik Veriye El Koyma ve Arama Soruşturmalarının Hukuki Sorunlarının İyileştirilmesine Yönelik Tedbirler

4.1. Elektronik Veri Depolama Ortamlarından Bağımsız Olarak Elektronik Verilere El Konulması ve Aranmasının Benimsenmesi

Yönetilebilir elektronik veri, el konulacak bir eşya olarak kabul edilmelidir. Elektronik veriye el koyma ve arama, depolama ortamından bağımsız olarak tanınmalıdır. Bu makalede, bu argümanı elektronik veri el koyma ve arama bağımsızlığı teorisi olarak adlandırmak istiyorum. Elektronik verinin ele geçirilmesi ve aranmasının bağımsızlığı, elektronik verinin ele geçirilmesi ve aranması için bağımsız bir hukuk sistemi ya da özel bir kanun oluşturulması anlamına gelmemektedir.

Elektronik verinin özelliklerini göz önünde bulundurarak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mevcut el koyma ve arama düzenlemelerini özel düzenlemeler ekleyerek veya revize ederek gözden geçirmeyi düşünmek istiyorum. Öncelikle elektronik veriyi eşya gibi ele alalım, ancak elektronik veriyi cismani bir eşyadan farklı kılan hususları gözden geçirelim ve buna göre elektronik veriyi özel olarak düzenleyen düzenlemeler yapalım. Örneğin elektronik veride de cismani eşyada olduğu gibi malik ve yönetici farklı olabilir. Elektronik veri ayrıca

³⁹ Google için de durum böyledir. 01.09.2022 tarihi itibarıyla Google'ın veri merkezleri 11'i ABD'de, 9'u Asya'da ve 2'si Avustralya'da olmak üzere dünya çapında 34 lokasyonda bulunuyordu. Temmuz 2024 itibarıyla, Google'ın veri merkezleri Kuzey Amerika'da 36, Latin Amerika'da 9, Avrupa'da 26, Asya-Pasifik bölgesinde 20 ve Afrika ve Orta Doğu'da 7 olmak üzere dünya çapında toplam 34 lokasyonda bulunmaktadır. Erişim Tarihi: 15 Temmuz, 2024, <https://about.google/locations/?region=north-america>. <https://about.google/locations/?region=north-america>.

mekânsal kısıtlamalara da tabidir. Bu arada, Daum e-posta hesabına erişirsem, laboratuvar bilgisayarımın bir e-posta gönderir ve kaydedersem, e-postayı laboratuvar bilgisayarımın kaydettiğim yer mi? Yoksa Daum sunucusu mudur? Maddi bir eşya söz konusu olduğunda, elbette laboratuvarımdır, ancak e-posta elektronik veri söz konusu olduğunda, uzak bir Daum sunucusudur. Tıpkı ihraç mallarının bir gemiyle gönderilmesi gibi, veri de paketler halinde toplanır ve bir ağ üzerinden gönderilir. Elektronik veri temel olarak ağ hatları üzerinden bağlanır. Elektronik veriyi kontrol etmenin ve yönetmenin birçok yolu vardır. İnternet hattını fiziksel olarak kesmenin de bir yolu vardır. İnternet hattına erişimi engellemenin bir yolu vardır ve gönderilen elektronik verinin yerel İnternet ağına girmesini engellemenin bir yolu vardır. Genellikle elektronik bağlantı kesintisi yöntemi kullanılır. İnternete bağlanan e-posta, web hard ve bulut depolama çok miktarda veri içerebilir veya şüphelenilen suçla ilgisi olmayan veriler içerebilir.

4.2. Elektronik Verilerin Veri Depolama Ortamından Bağımsız Olarak El Koyma ve Aramaya Tabi Tutulmasını Öngören Değişiklik

El koyma ve aramanın amacına ‘veri’nin de dahil edilmesine yönelik bir değişiklik 19. Millet Meclisi tarafından sunulmuştur (tasarı No. 19-13878). Aynı teklif 20. Ulusal Meclis tarafından da sunulmuştur (taslak No. 20-1352)⁴⁰.

Madde 106 (el koyma) 3): 1. paragrafta atıfta bulunulan delil veya eşyalar, bir bilgisayar diskinde ve diğer benzer veri depolama ortamlarında (bundan böyle “veri depolama ortamları, vb.” olarak anılacaktır) saklanan verileri içerir. (Yeni eklenmiştir)

Kanaatimce, mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106/1. maddesine el konulan “eşyaya yönetilebilir veri dahildir” ibaresinin eklenmesi daha iyi olacaktır. Bu ibarede ‘elektronik delil’ veya ‘dijital delil’ kelimeleri yerine ‘veri’ kelimesi kullanılır çünkü el koyma eşyaları sadece delilleri değil aynı zamanda müsadere eşyalarını da içerir. Buna ek olarak, bir kişinin fiziksel olarak yönetebileceği veya kontrol edebileceği şeylerle sınırlandırmak için “yönetilebilir” veri olarak da işaretlenmiştir, çünkü veri soyuttur ve süresiz olarak genişletilebilir⁴¹.

Ayrıca, elektronik verilere seçici olarak el konulmasının esas, veri depolama ortamlarına el konulmasının ise istisna olduğunu ortaya koyacak şekilde revize edilmiştir⁴².

Son olarak, elektronik veri kavramı, elektronik bir formda işlenecek, saklanacak veya iletilecek veri olarak tanımlanmaktadır. Yüksek Savcılığın olağan kuralı olan Dijital Delillerin Toplanması, Analizi ve Yönetimi Yönetmeliğinin 3. maddesine göre, “elektronik veri” bir veri depolama ortamında saklanan veriyi ifade eder. Bu, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106.

⁴⁰ Akademide, Joo-won Lee ve Seung-hwan Jung, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 106 (1) Maddesinde öngörülen “amaç” ifadesinin “nesne veya veri” olarak revize edilmesi gerektiğini savunmuştur. Joo-won Lee and Seung-hwan Jung, “How to improve seizure and search of digital evidence – focusing on reasonable confiscation scope, method setting and securing identity in evidence investigation”, *2011 Policy Service Research*, the Court Administration (August 2011), 12.

⁴¹ CEZA KANUNU Madde 346 (Enerji): Bu Bölümde yer alan suçlar bakımından, insan kontrolüne tabi olan enerji mal sayılır.

MEDENİ KANUN Madde 98 (Şeylerin Tanımı): Bu Kanunda sözü edilen şeyler, cismani şeyler, elektrik ve yönetilebilen diğer doğal güçler anlamına gelir.

⁴² Ayrıca, bu içeriğin 106/3. maddesinin silinmesi ve 120. maddedeki gerekli düzenlemeye eklenmesi yönünde bir değişiklik yapılması planlanmaktadır.

maddesinin 3. fıkrasında yer alan “El koyma nesnesi bir veri depolama ortamı ise, depolanan verilerin kapsamı belirlenmeli ve basılmalı veya çoğaltılmalı ve sunulmalıdır.” şeklindeki ana metinden kaynaklanmış gibi görünmektedir. Ancak elektronik veri, bir veri depolama ortamında saklanan veri olarak basitleştirilemez. Çünkü veri işlem cihazı tarafından işlenen ve elektronik ortamda iletilen veriler de bulunmaktadır. Ayrıca elektronik veri dijital formun yanı sıra analog bir formda da saklandığı için dijital veri değil elektronik veri terimi kullanılmaktadır. Ayrıca, dijital formdaki ve analog formdaki elektronik veriler dijital veri değil elektronik veri olarak dahil edilmelidir.

Tablo 2

Ceza Muhakemesi Kanunundaki Güncel Değişiklik / *The Current Amendment to the Criminal Procedure Act*

Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik
Madde 106 (El koyma) 1: Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, delil olarak kullanılabileceğine veya müsadere edilebileceğine inandığı herhangi bir eşyaya, ancak bu eşyanın sanığın davasıyla bağlantılı olduğu durumlarda el koyabilir: Şu şartla ki, Kanunlarda aksi öngörülen hallerde bu hüküm uygulanmayacaktır.	Madde 106 (El koyma) 1: Gerektiğinde, bir mahkeme, delil olarak kullanılabileceğine veya müsadereye tabi olduğuna inandığı herhangi bir eşyaya (yönetilen veriler de burada yer almaktadır. bundan sonra, el konulan eşyalar için geçerlidir), yalnızca bu eşyaların suçlanan davayla bağlantılı olduğu düşünüldüğünde el koyabilir: Şu şartla ki, aynı hüküm Kanunlarda aksi öngörülen hallerde uygulanmayacaktır.
3: El konulacak nesnenin bir bilgisayar diski veya buna benzer başka bir veri depolama ortamı (bu paragrafta bundan böyle “veri depolama ortamı veya benzeri” olarak anılacaktır) olması halinde, mahkeme, içindeki verilerin çıktısı alındıktan veya depolanan verilerin belirtilen kapsamı dahilinde kopyalandıktan sonra teslim edilmesini isteyecektir: Şu şartla ki, veri depolama ortamına veya benzerine, verilerin belirtilen kapsamının çıktısının alınması veya kopyalanmasının büyük ölçüde imkansız olduğu veya el koyma amacının gerçekleştirilmesinin büyük ölçüde uygulanamaz olduğu durumlarda el konulabilir.	3: El konulacak nesnenin veri işlem cihazı tarafından elektronik biçimde işlenen, iletilen veya depolanan veri olması halinde ((bundan böyle “elektronik veri” olarak anılacaktır), elektronik veri el konulan yerde aranacak, yazdırılacak veya çoğaltılacak ve daha sonra el konulacaktır: Şu şartla ki, sanığın davasıyla bağlantılı olduğu düşünülen elektronik verilerin yanı sıra aramanın kapsamını belirlemenin imkansız veya dikkate değer ölçüde zor olduğu durumlarda, veri depolama ortamı çıkarılabilir ve aranabilir, yazdırılabilir veya çoğaltılabilir.

4.3. Uzak Yerlerde El Koyma ve Arama ile İlgili Değişiklik

Uzaktan el koyma ve aramanın genel el koyma ve aramaya göre temel hakları daha fazla ihlal ettiği söylenebileceğinden, daha fiziksel bir yer kavramına dayanan genel el koyma ve aramaya göre daha katı yasal sınırlamalar getirmeyi düşünmek gerekir. Bu yasal gerekçeleri düzenleyerek, el koyma ve arama yetkisinin genişletilmesinin yasallığını güvence altına almak, ancak uzak yerlerde arama ve el koyma hakkını, el koyma ve arama kapsamında şüpheliye tanınan olağan erişim haklarının izin verdiği ölçüde sınırlayan açık hükümler koymak gerekir. Zira el koyma ve arama yetkisinin genişletilmesi nedeniyle özel hayatın gizliliğinin veya diğer ülkelerin yargı yetkisinin ihlaline neden olma ihtimali bulunmaktadır.

Uzak bölgelerde el koyma ve arama yapılmasını öngören yasa tasarıları sırasıyla 02 Şubat 2015 tarihinde 19. Millet Meclisi’ne (Teklif No. 1913878) ve 02 Ağustos 2016 tarihinde 20. Millet Meclisi’ne (Teklif No. 2001352) aşağıdaki şekilde sunulmuştur.

Madde 115-2 (Verinin İcrası) (Yeni)

3) İcraya konu verinin, el koyma veya aramaya tabi bilgisayar gibi bir veri işlem cihazına bağlı bir veri depolama ortamında vb. saklandığının kabul edilmesi için muhtemel bir neden olması halinde, veri işleme cihazına veya başka bir depolama ortamına aktarılması, kopyalanması veya yazdırılması yoluyla veriye el konulabilir veya arama yapılabilir. Bu gibi durumlarda veri işlem cihazı yöneticisinin yetkisi kapsamı dışında işlem yapılamaz.

Görüldüğü üzere bu tasarıda, makul sebep şartı ile birlikte veri işlem cihazı yöneticisinin yetkisi kapsamında sınırlı bir şart getirilmiştir. Ancak, Yüksek Mahkeme tarafından önerilen uzaktan el koyma ve aramanın yasallığı için bir gereklilik olan 'haklı olarak edinilmiş yetki' konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Millet Meclisi tarafından önerilen mevzuat, her bir görev süresinin sona ermesi nedeniyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Ulusal Meclis dışında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, "el koyma ve arama kararının, veri ve iletişim ağı aracılığıyla veri işlem cihazına bağlı veri depolama ortamında depolanan verilerin kapsamının tanımlanmasını gerektirdiği" şeklinde bir içerik değişikliği⁴³ ve "el koyma ve aramaya yalnızca cihazlar aracılığıyla diğer bilgisayarlara erişmek için meşru bir yetki olduğunda izin verildiği" şeklinde bir içerik değişikliği de dahil olmak üzere çeşitli değişiklikler önerilmiştir⁴⁴. Yakın zamanda Hee-sung Tak ve diğerleri, şüphelenilen suçla ilgisi, uzak ortamdaki verilerin var olabileceğine dair olası sebep gereklilikleri, soruşturma kurumları tarafından hesap erişim haklarının ve araçlarının yasallığı ve yargı yetkisi konularını göz önünde bulundurarak uzak konumlara el koyma ve arama konusunda aşağıdaki değişikliği önermiştir⁴⁵.

Madde 217 (Uzaktan Elkoyma ve Arama)

1: Şüpheli olaya ilişkin olduğu değerlendirilebilen elektronik verinin, elkoyma ve aramaya konu bilgisayar gibi veri işlem cihazına bir bilişim ve iletişim ağı vasıtasıyla bağlı bulunan bir veri depolama ortamında depolandığının kabulü için makul sebeplerin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı veya adli kolluk görevlisi, gerekçesini açıklamak suretiyle düzenleyeceği bir yakalama kararı ile bölge adliye mahkemesi hâkiminin kararıyla elkoyabilir ve arama yapabilir.

2: 1. fıkra kapsamında veri ve iletişim ağına bağlı veri depolama ortamlarından vb. ilgili davayla ilgili olduğu düşünülebilecek elektronik verilere el konulması, ilgili veri işlem cihazına veya diğer depolama ortamlarına aktarılabilir, çoğaltılabilir veya çıktısı alınabilir.

3: Fıkra 1 uyarınca bir veri ve iletişim ağına bağlı bir veri depolama ortamında vb. depolanan elektronik verilere erişim hakkı, usulüne uygun olarak elde edilecek ve ilgili veri işlem cihazı yöneticisinin erişim hakkının kapsamını aşmayacaktır.

⁴³ Byung-min Park, and Yong-sung Seo, "A Study on the Improvement of Digital Evidence Seizure and Search - Focusing on the Discussion on the Revision of the Law-", in *Judicial Policy Research Institute* (2021), 306.

⁴⁴ Dae-yong Jeong and et al., "Issues and Legislative Theory," 172; In-gon Lee, "Legislative Improvement Plan for the Seizure and Search of Electronic Information in Cloud Computing Environments - Legislative Approach to Prior Research Results -", *Contemporary Review of Criminal Law*, no. 58 (Mar. 2018): 74-75.

⁴⁵ Hee-sung Tak and et al., "A Study on the," 61.

4: El koyma veya aramaya konu olan elektronik veri, bir veri ve iletişim ağı ile bağlı ülke dışında bulunan bir veri depolama ortamında bulunuyorsa, uluslararası anlaşmaların veya uluslararası hukukun gerekliliklerine uygun olmalıdır.

Kanaatimce, uzaktan el koyma ve aramaya ilişkin bağımsız düzenlemelere çok az ihtiyaç vardır. Tartışılmakta olan uzaktan el koyma ve aramaya ilişkin gereklilikler ve uygulama yöntemleri neredeyse mevcut ceza muhakemesi hukuku düzenlemelerinin uygulanması ile çözülebilir.

Ancak elektronik verinin daha detaylı tanımlanması gerekmektedir. Elektronik verinin, iletim sunucusunun veya bağlı veri depolama ortamının oluşturulma süresi, el koyma ve aramanın yerini ve hedefini belirtmek için arama kararında özellikle belirtilir. Başka bir deyişle, mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 114. maddesine eklenen hüküm, el konulacak veya aranacak nesnenin telekomünikasyon olması halinde, oluşturulma süresinin kaydedilmesini gerektirmektedir. Değişiklik, telekomünikasyonun yanı sıra elektronik veride de oluşturulma süresinin yazılarak elektronik verinin kapsamının belirtilmesini gerektirmektedir.

Ayrıca, el koyma ve aramanın kapsamını belirlemek için iletilecek sunucu veya veri depolama ortamı (uzak depolama ortamı, veri işleme cihazı geçici bellek depolama ortamı dahil) özel olarak tanımlanır. Bunun nedeni, veri depolama ortamının çeşitli ve çok miktarda elektronik veri içermesi ve iletilecek sunucuların farklı olması veya elektronik verinin aranacak veri işleme cihazına bağlı başka bir veri işleme cihazının depolama ortamında olması ayrı nitelikte yeni bir el koyma ve arama yerinin belirlenmesi ile aynı olabilir.

Değişiklik Madde 114 (Arama Kararlarının Şekli)

1: El koyma ve arama kararına aşağıdaki hususlar yazılır ve mahkeme başkanı veya görevlendirilen hakim tarafından imzalanır ve mühürlenir: Şu şartla ki, el konulacak veya aranacak eşyanın elektronik veriyle ilgili olması halinde, sunucu veya veri depolama ortamı (uzak veri depolama ortamı, veri işleme cihazları, geçici bellek depolama cihazları dahil) ve bu elektronik verinin hazırlandığı süre belirtilir.

Tablo 3

Ceza Muhakemesi Kanunundaki Güncel Değişiklikler/*Current Amendments to the Criminal Procedure Act*

Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik
Madde 114 (Kararların Şekli) 1: El koyma ve arama kararına aşağıdaki hususlar yazılır ve mahkeme başkanı veya görevlendirilen hakim bunu imzalar ve mühürler: Şu şartla ki, el konulacak veya aranacak eşyanın telekomünikasyonla ilgili olması halinde, bu tür telekomünikasyonun hazırlandığı dönem belirtilecektir:	Madde 114 (Kararların Şekli) 1: El koyma ve arama kararına aşağıdaki hususlar yazılır ve mahkeme başkanı veya görevlendirilen hakim bunu imzalar ve mühürler: Şu şartla ki, el konulacak veya aranacak eşyanın elektronik veriye ilişkin olması halinde, sunucu veya veri depolama ortamı (uzak veri depolama ortamı, veri işleme cihazları, geçici bellek depolama cihazları dahil) ve bu elektronik verinin hazırlandığı süre belirtilir:
1. ila 6. (atlanmış)	1. ila 6. (mevcut durumda olduğu gibi)

4.4. Elektronik Verilerin Ele Geçirilmesi ve Aranmasına İlişkin Diğer Değişiklikler

4.4.1. Veri Depolama Ortamı veya Elektronik Veri Yöneticileri İçin Varantların Yürütülmesine Katılanların Genişletilmesi

Yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu, el koyma veya aramanın yapıldığı yerin sakini, bekçisi vb. sorumlu kişinin arama kararının uygulanmasına katılmasına izin vermektedir (Madde 123).

Mevcut ceza muhakemesi hukuku düzenlemeleri, el konulan ve aranan eşyaların sahiplerinin haklarını korumak için yetersizdir. Bunun nedeni, el konulan eşyaların sahibinin el koyma veya arama yapılan yerde ikamet etmediği durumlar olmasıdır. Bu durum genellikle elektronik verilere el konulması ve aranması halinde söz konusu olmaktadır.

El koyma durumunda, el konulan malın bir envanteri çıkarılır ve malın sahibine, zilyedine veya emanetçisine ya da bunlara karşılık gelen kişiye verilir (Madde 129). Ancak, el konulan kişilerin haklarının korunması, yalnızca el koyma ve aramadan sonra malların envanterinin bu şekilde teslim edilmesiyle yeterli değildir. El koyma ve arama işleminin icrası sürecinde el konulan eşyada meydana gelebilecek hasar ve değişikliklere karşı malikin usuli haklarının güvence altına alınması gerekmektedir. Özellikle, elektronik verinin önemi ışığında, elektronik veri sahiplerine katılım fırsatı verilmelidir.

Değişiklik Madde 123 (Arama Kararının Uygulanması ve Sorumlu Kişinin Hazır Bulunması)

4: El koyma ve arama yerinin sahibi vb. ile el konulan ve aranan nesnenin sahibi vb. farklı ise, önceki üç paragraf mutatis mutandis olarak ikincisi için de uygulanır.

4.4.2. Veri Depolama Ortamından veya Elektronik Veriden Sorumlu Kişiye Arama Kararlarının İnfazının Bildirilmesine İlişkin İstisnaların Tanınması

Prensip olarak, yürürlükteki Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre, taraflara ve avukatlarına el koyma ve arama kararlarının uygulanacağı tarih ve yer önceden bildirilir ve istisna tanınır (Madde 122'ye eklenen hüküm).

Ancak, el koyma veya arama kararının bir kamu dairesinde, askeri uçakta, gemide veya araçta uygulanacağı durumlarda, sorumlu kişiye hazır bulunması için bildirimde bulunulur (Madde 123 1)), ancak bir istisna tanınmamıştır.

Bunun, tarafların el koyma ve aramanın icrasına katılmasını sağlayarak çekişmeli sistemin adil bir ceza yargılaması yürütmesi talebine rağmen bu istisnaları kabul etmekle karşılaştırıldığında pratik bir geçerliliği yoktur. Özellikle, elektronik verilerin değişkenliği göz önünde bulundurulduğunda, arama kararının infazının bildirilmesine ilişkin bir istisna tanınmalıdır. Sorumlu kişinin katılmama niyetini belirttiği veya hızlı hareket edilmesi gerektiği durumlarda istisnalar tanınmalıdır.

Değişiklik Madde 123 (Yakalama Kararının İcrası ve Sorumlu Kişinin Hazır Bulunması)

1) Yakalama veya arama kararının resmi daire, askeri uçak, gemi veya araçta icra edileceği hallerde, sorumlu kişiye hazır bulunması için bildirimde bulunulur: Şu şartla ki, hazır bulunmak istemediğini önceden mahkemeye açıkça bildirdiği hallerde veya acele hallerde bu hüküm uygulanmaz.

Tablo 4

Ceza Muhakemesi Kanunundaki Güncel Değişiklikler/*Current Amendments to the Criminal Procedure Act*

Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu	Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Değişiklik
Madde 123 (Arama Kararının Uygulanması ve Sorumlu Kişinin Hazır Bulunması) 1: El koyma veya arama kararının bir kamu dairesinde, askeri uçakta, gemide veya araçta uygulanacağı durumlarda, sorumlu kişiye hazır bulunması için bildirimde bulunulur.	Madde 123 (Yakalama Kararının İcrası ve Sorumlu Kişinin Hazır Bulunması) 1: Yakalama veya arama kararının resmi daire, askeri uçak, gemi veya araçta icra edileceği hallerde, sorumlu kişiye hazır bulunması için bildirimde bulunulur: Şu şartla ki, hazır bulunmak istemediğini önceden mahkemeye açıkça bildirdiği hallerde veya acele hallerde bu hüküm uygulanmaz.
2: Bir kişinin konutunda ya da 1. paragrafında belirtilenler dışında, kişiler tarafından korunan binalarda, uçaklarda, gemilerde ya da taşıtlarda bir el koyma ya da arama kararı uygulanacaksa, mal sahipleri, bekçiler ya da onlar adına hareket eden kişiler hazır bulunacaktır.	2: Bir kişinin konutunda ya da kişiler tarafından korunan binalarda, uçaklarda, gemilerde ya da taşıtlarda bir el koyma ya da arama kararı uygulanacaksa, 1. paragrafında belirtilenler dışında, sahipleri, muhafızları, sahipleri, işgalcileri ya da onlar adına hareket eden kişiler hazır bulunmalıdır.
3: Fıkra 2'de belirtilen kişilerin bulunmadığı durumlarda, bir komşu veya yerel kamu kuruluşunun bir yetkilisi hazır bulunacaktır. (Yeni Eklenmiştir)	3: (mevcut durumda olduğu gibi) 4: El koyma ve arama yerinin sahibi vb. ile el konulan ve aranan nesnenin sahibi vb. farklıysa, önceki üç paragraf mutatis mutandis ikincisi için de geçerli olacaktır.

5. Sonuçlar

Kore Cumhuriyeti Anayasası, arama ve el koyma sırasında hakim tarafından verilen bir arama kararının ibraz edilmesini şart koşmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu, yalnızca ilgili davayla ilgili eşya veya kişiler için el koyma ve arama yapılmasını gerektirmekte ve arama kararında yer ve hedef özellikle belirtilerek genel el koyma ve arama yasaklanmaktadır.

Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu elektronik verilere el konulmasını ve aranmasını doğrudan öngörmemekte, ancak veri depolama ortamlarına seçici olarak el konulması şeklinde elektronik verilere el konulmasını ve aranmasını öngörmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu, el koyma için yalnızca malları ve veri depolama ortamlarını hedef almakta, ancak elektronik verileri doğrudan el koyma kapsamına almamaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 106, fıkra 3, depolama ortamına el konulması nedeniyle el konulan kişinin zararını en aza indirmek için depolama ortamının bellek verilerinin yazdırılmasını veya çoğaltılmasını ve sunulmasını gerektirir. Bu hüküm, hafıza verilerini doğrudan el koyma nesnesi olarak öngörmemektedir.

Mahkemede, veri depolama ortamının kendisi nadiren delil olarak kullanılır ve burada depolanan veriler nihayetinde delil olarak kullanılır. Veri depolama ortamları çok geniş ve çeşitli veriler içerdiğinden, veri depolama ortamına el konulduktan sonra bile depolama ortamında saklanan veriler arasında şüphelenilen suçla ilgili verilerin aranması gerekir. Sadece ilgili veriler yazdırılmalı veya çoğaltılmalıdır. Bu süreç bir dizi arama ve el koyma

prosedürü olarak adlandırılmalı ve mahkeme tarafından kontrol edilmelidir. Bir depolama ortamında çok geniş ve çeşitli veriler varsa, verilere ayrı ayrı el konulması ve aranması gerekir.

Uzaktan el koyma ve aramada görüldüğü gibi, veri depolama ortamına el koyma ve aramanın imkansız olduğu bir durumda, depolama ortamından bağımsız olarak elektronik verinin kendisine el konulmalı ve aranmalıdır. Uzak sunucu depolama ortamının Kore'de değil de yurt dışında olması halinde, yabancı depolama ortamına el konulmasının depolama ortamının bulunduğu ülkenin egemenliğini ihlal edebileceği göz önünde bulundurularak depolama ortamından bağımsız olarak depolama verilerine el konulmasının öngörülmesi gerekmektedir.

2011'de revize edilen Ceza Muhakemesi Kanunu, elektronik verilere el koymanın bir yolu olarak depolama ortamlarına el konulmasını öngörmüştür. Ancak bu düzenleme, depolama ortamına el koyma işleminin gerçekleştirilmesiyle el koyma sürecinin tamamlandığı ve depolama ortamının incelenmesinin mahkeme tarafından kontrol edilmesine gerek olmadığı mantığının da çıkış noktasını oluşturmaktadır.

Artık, yönetilebilir elektronik veriyi el konulacak bir eşya olarak görmek ve depolama ortamına el konulmasından bağımsız olarak bağımsız elektronik veriye el konulmasını ve aranmasını kabul etmek gerekmektedir. Bu makalede, bu argümanı elektronik veriye el koyma ve arama bağımsızlığı teorisi olarak adlandırmak istiyorum. Elektronik verinin ele geçirilmesi ve aranmasının bağımsızlığı, elektronik verinin ele geçirilmesi ve aranması için bağımsız bir hukuk sistemi ve özel bir hukuk yaratmaz.

Elektronik verinin özellikleri göz önünde bulundurularak, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun mevcut el koyma ve arama yönetmeliklerinde özel düzenlemeler yapılması için bir plan gözden geçirilmiştir. İlk olarak, elektronik veriyi bir nesne gibi ele alıyor, elektronik verinin neden cismani bir eşyadan farklı muamele görmesi gerektiğini inceliyor ve farklılıklara göre onu yasal olarak düzenleyen düzenlemeler yapıyorum.

Öncelikle, el koyma nesnesi olarak elektronik verilerin doğrudan düzenlenmesi gerekmektedir. Mevcut Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 106. maddesindeki 1 'madde' ifadesinin "madde (yönetilebilir veriler dahil; bundan sonra aynı şekilde uygulanacaktır)" olarak değiştirilmesi planlanmaktadır. Aynı maddenin 3. paragrafında elektronik veri kavramı "elektronik ortamda depolanan veya iletilen veri" olarak tanımlanmıştır. El koyma nesnesinin delil veya müsadere eşyası olması durumunda "delil" ifadesi kullanılmamaktadır. Elektronik veri dijital formun yanı sıra analog forma da sahip olduğundan dijital delil değil, elektronik veri olarak adlandırılmaktadır.

Ayrıca bu makalede, suç şüphesiyle ilgili elektronik verilerin seçilmesi ve bunlara el konulmasının bir ilke olduğu ve veri depolama ortamının kendisine el konulmasının bir istisna olduğu yönünde bir değişiklik sunulmaktadır.

Yüksek Mahkeme, uzaktan hizmet kullanıcılarının sunucuda depolanan elektronik verilerin sahibi veya zilyedi olduğunu kabul etmekte ve uzaktan elektronik verilere el konulmasını ve aranmasını tanımaktadır. Hizmet sağlayıcı erişim için meşru yetkinin varlığını veya yokluğunu dikkate almadığından, soruşturmacının hedef hesaba erişimi, hizmet sağlayıcının niyetine aykırı olarak görülemez. Ayrıca, ilgili veriler alan dışı bir sunucudan indirilse bile, veriler sunucuda hasarlı veya değişmemiş olarak kalır. Ayrıca, elektronik veri yurt dışından internet aracılığıyla Kore'ye serbestçe gönderiliyorsa ve bu veriye Kore'de internet

aracılığıyla erişilebiliyorsa, yabancı sunuculardaki elektronik verinin zaten Kore’de olduğu düşünülmelidir. Buna göre, sadece uzaktan el koyma ve arama değil, aynı zamanda alan dışı el koyma ve arama da tanınabilir.

Uzaktan el koyma ve arama ile ilgili genel arama sorununu önlemek için, bir arama kararında elektronik verinin, iletim sunucusunun veya veri depolama ortamının hazırlanma süresi özellikle belirtilerek el koyma ve aramanın yeri ve hedefinin belirtilmesi gerekir. Çünkü veri depolama ortamları sadece çok çeşitli ve büyük miktarlarda elektronik veri içermekle kalmaz. Ayrıca elektronik veri, arama yapılacak veri işlem cihazına bağlı başka bir veri işlem cihazının depolama ortamında veya farklı bir sunucuda bulunuyorsa, nitelik olarak farklı ayrı el koyma ve arama mahalleri olduğu düşünülmelidir.

El koyma ve arama sürecinde el konulan eşyanın zarar görmesine veya değiştirilmesine karşı sahibinin usuli hakkını güvence altına almak için veri depolama ortamının veya elektronik verinin sahibine ve yöneticisine yakalama kararlarının uygulanmasına katılma fırsatı verilmesi gerekmektedir.

Bir kamu dairesinde, askeri hava aracında veya gemide veya araçta el koyma ve arama kararının yerine getirilmesi için, görevli kişiye kararın yerine getirilmesine katıldığının bildirilmesi gerekir, ancak bunun istisnası tanınmamıştır. Nasıl ki taraflara tebligat istisnası tanınmışsa, veri depolama ortamları veya elektronik verilerden sorumlu kişi için de yakalama kararının infazının tebliği istisnasının tanınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, sorumlu kişinin katılmama niyetini ifade ettiği veya hızlı olması gereken durumlarda istisna getiren yeni bir düzenleme yapılmaktadır.

Kaynaklar / References

- Cha, Jong-jin. "A Complaint on the Legality of the Seizure and Search of E-Mail Remote Locations". *Journal of Comparative Criminal Law* 21, no. 2 (2019).
- Cho, A-ra. "A Study on the Seizure and Search of Cloud Data through User Devices". In *A Collection of Research Papers on the Judicial Training Advance Course 2016: Specific Subject Training (New Evidence Theory of Criminal Law, Legal Judgment and Decision-Making Theory, Nature of the Trial, and Role of Judges)*. Judicial Research and Training Institute, 2016.
- Cho, Eunbyul. "Empirical Review on the Seizure and Search of Remote Information Connected to Media—Based on the Supreme Court's Judgement 30.06.2022, 2022Do1452 Judgment". *Beobjo* 72, no. 5 (Executive no. 761) (2023).
- Jeong, Dae-yong, Ki-beom Kim, Heon-young Kwon, and Sang-jin Lee. "Issues and Legislative Theory on the Out-of-Area Seizure and Search of Digital Evidence". *Beobjo*, no. 720 (December 2016).
- Jung, Dae-yong, Ki-beom Kim, and Sang-jin Lee. "The Issue and Legislative Theory of Remote Seizure and Search Using Computers to Be Searched—Focusing on Remote Seizure and Search of Overseas Servers through Account Access". *Beobjo*, no. 714 (2016).
- Jeon, Seung-soo. "Study on the Confiscation and Search of Digital Evidence and the Ability of Evidence in Criminal Procedures". PhD diss., Seoul National University, 2011.
- Jeon, Seung-soo. "Execution of Seizure and Search Warrant for Digital Information". *Beobjo* 670 (July 2012).
- Jeong, So-yeon. "Legal Review on the Offshore Seizure and Search of Digital Evidence". *Digital Forensics Research* 11, no. 1 (2017).
- Jung, Seung-hwan, and Joo-won Lee. "How to Improve Seizure and Search of Digital Evidence—Focusing on Reasonable Confiscation Scope, Method Setting and Securing Identity in Evidence Investigation". *Policy Service Research*, Court Administration, August 2011.
- Jung, Jung-min. "Justification for Seizure and Search of Foreign Email Accounts". *Journal of Comparative Criminal Law* 19, no. 3 (2017).
- Kim, Bum-sik. "How to Submit and Present Legal Evidence of Electronic (Digital) Information". *Journal of Comparative Criminal Law* 19, no. 1 (2017).
- Kim, Hee-ok, and Il-hwan Park. *Annotated Criminal Procedure Act (I)*. Korean Judicial Administration Society, 2017.
- Kim, Hee-ok, and Il-hwan Park. *Annotated Criminal Procedure Act (II)*. Korean Judicial Administration Society, 2017.
- Lee, Eun-mo. "Problems in Investigation on Electronic Information." *Journal of Criminal Law*, no. 23 (June 2005).
- Lee, In-gon. "Legislative Improvement Plan for the Seizure and Search of Electronic Information in Cloud Computing Environments—Legislative Approach to Prior Research Results". *Contemporary Review of Criminal Law*, no. 58 (March 2018).
- Lee, Jae-yoon, and Kang Gu-min. "A Study on the Issues of Offshore Seizure and Search of Digital Evidence." *Journal of Industrial Security* 9, no. 2 (2019).

- Lee, Kyung-ryul. "Positive Consideration for Introducing Regulations on Seizure and Search Related to Digital Information." *Sungkyunkwan Law* 21, no. 2 (August 2009).
- Lee, Sook-yeon. "Handling and Evidence Capability of Digital Evidence in Criminal Procedure". PhD diss., Korea University, 2011.
- Lee, Soon-ok. "Out-of-Area Seizure and Search of Digital Evidence". *Joongangbeobhag* 20, no. 1 (2018).
- Lee, Won-sang. "Limitations of Current Digital Evidence Collection-Related Laws". *Digital Forensics Research* 11, no. 3 (2017).
- Nam, Gung-seok. *Review Report of a Bill to Partially Revise the Criminal Procedure Act* (proposed by Rep. Kim Do-up, 1352). Legislation and Judiciary Committee, November 2016.
- Nam, Sung-woo. "The Seizure and Search of Electronic Information and Warrant-Requirement Related to Portable Devices". In *Judicial Training Advance Course Research Papers 2017: Major Issues in Specialized Litigation (Tax/Commercial Office)*. Judicial Research and Training Institute, 2017.
- Park, Bong-jin, and Sang-gyun Kim. "A Study on the Seizure and Search of Digital Evidence". *Law and Policy* 19, no. 1 (2013).
- Park, Byung-min, and Yong-sung Seo. "A Study on the Improvement of Digital Evidence Seizure and Search—Focusing on the Discussion on the Revision of the Law". In Judicial Policy Research Institute, 2021.
- Park, Hyuk-soo. "Practical Issues of Digital Information Seizure and Search". *Contemporary Review of Criminal Law*, no. 44 (2014).
- Ryu, Dong-hoon. "A Study on the Problem Called 'Out-of-Region Seizure and Search' of Electronic Information". *Seoul Law Review* 30, no. 3 (November 30, 2022).
- Shim, Hyun-joo. "If Only Electronic Information Stored in Information Processing Devices Such as Computers Is Written in the 'Object to Be Confiscated' Written on the Seizure and Search Warrant, Whether Electronic Information Stored in Remote Servers Can Be Confiscated Using Information Processing Devices Such as Computers (Supreme Court Judgement 30.06.2022, 2022Do1452)". *Supreme Court Precedent Commentary*, no. 132 (2022).
- Shin, Do-wook. "Legality of Remote Seizure and Search—Focusing on the Seizure and Search of E-mails Stored on Servers Existing Overseas". *Beobjo* 67, no. 3 (2018).
- Shin, Dong-woon. *Summarized New Criminal Procedure Law*. Seoul: Beobmunsa, 2024.
- Shin, Sang-mi. "Legal Studies on the Seizure and Search of Digital Information Stored in Remote Places". Master's thesis, Graduate School of Police Studies, University of Police, 2021.
- Son, Dong-kwon. "A Study on the Seizure and Search System of Newly Legislated Digital Evidence". *Korean Journal of Criminology* 23, no. 2 (2011).
- Tak, Hee-sung. "A Study on the Seizure and Search of Electronic Evidence". *Korean Criminological Review* 15, no. 1 (2004).
- Tak, Hee-sung, Soon-ok Lee, Jung-wook Park, and Yeo-ok Son. "A Study on the Improvement of Digital Evidence Seizure and Search Procedures". In *23-A-08 Research General Book*. Korea Institute for Criminal and Legal Policy, 2023.

Won, Hye-wook. "Collection of Evidence by Scientific Investigation Method—Focusing on the Seizure and Search of Electronic Certificates". *Journal of Comparative Criminal Law* 5, no. 2 (December 2003).

Yang, Geun-won. "A Study on the Collection and Evidence Capacity of Digital Evidence in Criminal Procedures". PhD diss., Kyung Hee University, 2006.

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Seong-Do MUN | Kore Ulusal Polis Üniversitesi

Seong-Do Mun, Kore Ulusal Polis Üniversitesi'nde Ceza Hukuku Profesörüdür. Hukuk alanında Yüksek Lisans ve Doktora derecelerini Seul Ulusal Üniversitesi Lisansüstü Okulu'ndan almış ve UC Berkeley Hukuk Fakültesi, Hukuk ve Toplum Çalışmaları Merkezi'nde misafir araştırmacı olarak görev yapmıştır. Halen Kore Kriminoloji Derneği ve Kore Polis ve Hukuk Derneği'nin Başkanıdır. Ayrıca, Kore Ulusal Polis Üniversitesi'nde Polis Çalışmaları Lisansüstü Okulu Dekanı olarak görev yapmaktadır.

Prof. Dr. Seong-Do MUN | Korea National Police University

Seong-Do Mun is a Professor of Criminal Law at Korea National Police University. He received his Masters and Doctorate degrees in Law from the Graduate School of Seoul National University and served as a visiting scholar at the Center for Law and Society Studies at UC Berkeley School of Law. He is currently President of the Korean Criminology Association and the Korean Police and Law Association. He also serves as Dean of the Graduate School of Police Studies at Korea National Police University.

BİLİŞİM SİSTEMLERİNDE UYGULANAN KORUMA TEDBİRLERİNİN KAPSAMI

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Teknolojinin çok hızlı bir şekilde gelişmesiyle birlikte sosyal yaşam, kamu hizmetlerinin sunulması, ticari ve iktisadi hayat, gerçek ortamdan internet ortamına aktarılmaya başlanmıştır. Öyle ki akıllı telefonların yaygınlaşmasıyla birlikte insanlar kişisel verilerini saklayabilecekleri bir bilgisayarı ellerinde tutmaktadır. Suçların bilgisayar vasıtasıyla işlenebilmesi artık alışılabilir bir durumdur. Bunun yanında gerçek ortamda işlenen suçların delilleri de bilgisayar sistemlerinde bulunabilmektedir. Öte yandan bilgisayar teknolojisinin gelişmesi yazılı belgelerden elektronik belgelere doğru bir dönüşümü de gerçekleştirmiştir. Bu yüzden hem bilgisayar vasıtasıyla işlenen suçların ortaya çıkarılması hem de bilgisayarda bulunabilecek delillerin elde edilmesi ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşmada oldukça önemlidir. Ceza muhakemesinin gereği gibi yapılabilmesi, delillerin elde edilmesi ve hükmün infazını mümkün kılabilmek amacıyla koruma tedbirlerine ihtiyaç vardır. Bilgisayarların içerisinde bulunan verilerin hassas bir yapıda olması, kolaylıkla yok edilebilmesi ve değiştirilebilme riskleri göz önüne alındığında özel bir koruma tedbiri gündeme gelmelidir. Zira klasik arama ve elkoyma tedbirleri bilgisayarın hem yazılım hem de donanım kısmına zarar verebilme tehlikesini ihtiva eder. Üstelik önemli olan husus bilgisayarın kendisinin değil, bilgisayarda saklanan verilerin elde edilmesidir. Söz konusu tedbirlerin uygulanması mülkiyet hakkı, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, kişisel verilerin korunması gibi birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale etmektedir. Anayasa’da belirtilen birden fazla temel hak ve özgürlüğe müdahale edebilecek tedbirlerin kanunla ve daha sıkı şartlarda düzenlenmesi gerekmektedir. Bu yüzden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma” başlığı altında 134. maddesi düzenlenmiştir. Bu madde arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir düzenlemesini oluşturmaktadır. CMK’nin 134. maddesinde yer alan arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin konusunu bilgisayarlar, bilgisayar programları ve kütükleri oluşturmaktadır. Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri kavramlarının tümü daha üst bir kavram olan bilişim sistemi içerisinde yer almaktadır. Dolayısıyla çalışmamızı bilişim sistemi kavramı üzerinden açıklamaya çalışacağız. Bu tercihimiz aynı zamanda Türk Ceza Kanunu’nun “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlarla (TCK m. 243-m. 245/A) daha uyumlu gözükmektedir. Çalışmada öncelikle bilişim sistemlerinde uygulanan koruma tedbirlerinin kapsamı incelenecektir. Bu bahisle bilgisayarların, bilgisayar programlarından ve kütüklerinden ne anlaşılması gerektiğine işaret edilecektir. Aynı şekilde çalışmada “uzaktan arama”nın ve “bulut bilişimde arama”nın bu madde kapsamında uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır. Maddedeki koruma tedbirlerinin ceza muhakemesinde yalnızca soruşturma aşamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusu, tartışılması gereken bir başka sorundur. Uygulanan koruma tedbirlerinin bir suçla sınırlı olması gerekirken başka bir suça dair delillerin elde edilmesi halinde bu delillerin akıbeti de değerlendirilmelidir. Bu tartışma CMK’nin 134. maddesinde katalog suçların yer alıp yer almaması bakımından önemlidir. Konu incelenirken karşılaştırmalı hukuktan ve yargı içtihatlarından da bahsedilecektir.

Anahtar Kelimeler

Bilişim Sistemi, Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Uzaktan Arama, Bulut Bilişim

THE SCOPE OF THE PROTECTION MEASURES APPLIED IN INFORMATION SYSTEMS

Asst. Prof. Dr. Osman Gazi ÜNAL
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

With the rapid development of technology, social life, provision of public services, commercial and economic life have been transferred from the real environment to the internet environment. With the widespread use of smartphones, people hold a computer in their hands where they can store their personal data. It is now common for offences to be committed using computers. Similarly, evidence of offences committed in the real environment can also be found in computer systems. On the other hand, the development of computer technology has also led to a transformation from written documents to electronic documents. For this reason, both the discovery of crimes committed through computers and the obtaining of evidence that can be found on computers are very important in reaching the material truth, which is the purpose of criminal procedure. Protection measures are needed in order to ensure the proper conduct of criminal proceedings, to obtain evidence and to enable the execution of the judgement. Taking into account the sensitive nature of data contained in computers, the risks of being easily destroyed and changed, a special protection measure should be considered. This is because traditional search and seizure measures involve the danger of damaging both software and hardware parts of the computer. Moreover, it is not the computer itself that is important, but the data stored in the computer. The implementation of these measures infringes upon many fundamental rights and freedoms such as the right to property, right to privacy, freedom of communication, and protection of personal data. Measures that may interfere with more than one fundamental right and freedom specified in the Constitution must be regulated by law and under stricter conditions. Therefore, article 134 of the Code of Criminal Procedure No. 5271 under the title of "Search, Copying and Seizure of Computers and Computer Programmes and Logs" is regulated. This article constitutes a special regulation of search and seizure protection measures. The subject of the search, copying and seizure measures under Article 134 of the Code of Criminal Procedure is computers, computer programmes and logs. The concepts of computer, computer programmes and logs are all included in the broader concept of information system. Thereby, we will try to explain our study through the concept of an information system. In this paper, firstly, the scope of protection measures applied in information systems is examined. In this context, it is pointed out what should be understood from computers, computer programmes and logs. Likewise, the study seeks an answer to the question of whether it is possible to apply "remote search" and "search in cloud computing" within the scope of this Article 134. Whether the protection measures in this Article can be used only in the investigation phase of criminal proceedings is another problem that needs to be discussed. While the protection measures applied should be limited to one offence, if evidence of another offence is obtained, the validity of this evidence should also be evaluated. This discussion is important in terms of whether or not Article 134 of the Criminal Procedure Code includes catalogue crimes. In the course of this analysis comparative law and jurisprudence are also considered.

Keywords

Information Systems, Search, Copy and Seizure, Remote Search, Cloud Computing

1. Giriş

Bilişim teknolojisinin gelişmesi, insan hayatını ve toplum yapısını oldukça değiştirmiştir. Öyle ki akıllı telefonlar sayesinde, her insan adeta bir bilgisayar sahibidir. İletişim, telekomünikasyona ek olarak bilişim sistemi üzerinden gerçekleşmektedir. Bu durum iktisadi ve ticari hayatın çok daha hızlı bir şekilde ilerlemesine neden olmuştur. İlave ten bilişim sistemleriyle kamu hizmetleri, daha hızlı ve etkin bir şekilde icra edilmektedir. Bu dönüşümle artık elektronik belgeler, klasik yazılı belgelerden daha fazla hayatımızda yer tutmaktadır.

Yaşanan bu baş döndürücü değişim, suç işleme biçimlerine de yansımıştır. Örneğin, hakaret, tehdit, cinsel taciz ve halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçlarının sanal ortam üzerinde daha yoğun bir şekilde işlendiği görülebilmektedir. Gerçek dünyada bildiğimiz suç işleme biçimleri sanal ortama taşınmış olduğundan suçun işlenmesi oldukça kolaylaşmıştır. Ayrıca bilişim sistemlerinin bizzat kendisini hedef alan yeni suç tipleri de türemiştir.

İster bilişim sistemlerini hedef alsın isterse sanal ortamda işlenen diğer suçlar olsun, bunlara dair delillerin elde edilmesi, bilişim sistemlerinde bir inceleme yapılmasını gerekli kılar. Fakat bu inceleme, ceza muhakemesindeki klasik arama ve elkoyma tedbirlerinden farklılık arz etmektedir. Nitekim ilgili tedbirin konusu esasen bir bilişim sisteminin içerisindeki verilerdir. Bu veriler elektronik ortamdan elde edilmektedir ki bunlar elektronik delil olarak da adlandırılırlar. Bunlar üzerinde klasik arama ve elkoyma tedbirleri uygulanırsa sistemin kendisine zarar verebilme tehlikesi baş gösterir. Bu tehlikenin ortaya çıkması delilin güvenilirliğine de hâlel getirebilir. Dolayısıyla teknik açıdan özel bir koruma tedbirine ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu özel koruma tedbirine olan ihtiyaç sadece elektronik delilin özelliklerinden ileri gelmemektedir. Zira bilişim sistemlerine uygulanacak olan herhangi bir müdahale; başta mülkiyet hakkı olmak üzere, özel hayatın gizliliği, haberleşme hürriyeti, kişisel verilerin korunması, bilim ve sanat hürriyeti, kişilerin toplum nezdindeki onuru ve itibarı gibi birçok temel hak ve özgürlüğü ihlal edebilecektir. Anayasa’da belirtilen birden fazla temel hak ve özgürlüğe müdahale edebilecek hususlar, kanunla ve daha sıkı şartlarda düzenlenmelidir. Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Bilgisayarlarda ve Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma” başlığı altında 134. maddesi düzenlenmiştir. Bu madde hükmü arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir düzenlemesini oluşturmaktadır. Keza CMK m. 134 hükmü ceza muhakemesinde kullanılacak elektronik yapıda bulunan delillerin bilgisayar üzerinden elde edilmesine yönelik bir araştırma etkinliğinden ibarettir¹.

CMK’nın 134. maddesinde yer alan arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin konusunu bilgisayarlar, bilgisayar programları ve kütükleri oluşturmaktadır. Bilindiği üzere bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri kavramlarının tümü daha üst bir kavram olan bilişim sistemi içerisinde dahildir. Böylelikle çalışmamızı “bilişim sistemi” kavramı üzerinden

¹ Cumhuriyet Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Yaşar Hukuk Dergisi 1, sy. 2 (Temmuz 2019): 275.

açıklayacağız². Bu tercihimiz aynı zamanda Türk Ceza Kanunu’nun “Bilişim Alanında Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlarla (TCK m. 243-m. 245/A) da daha uyumlu gözükmetedir.

Konumuz itibarıyla çalışmamızda, koruma tedbirlerinin kapsamından söz edilecektir. Bu bağlamda ağırlıklı olarak arama koruma tedbirinin şartlarından bahsedilecek kopyalama ve elkoyma tedbirlerine ise kısaca değinilecektir. Kopyalama işlemi ise zaten elkoyma tedbirinin bir türünü oluşturmaktadır³. Elkoyma tedbiri ise arama ve kopyalamaya dair tedbirlerin uygulanamaması sonucu tatbik edilmektedir ve geçici niteliktedir. Asıl olan cihazlara değil, bilakis soyut kısımda yer alan verilere elkonulmasıdır⁴. Kapsam bakımından özellikle uzaktan arama ve bulut bilişim alanında arama konuları incelenecektir. Zira CMK m. 134 hükmünün bu alanlarda uygulanıp uygulanmayacağı ayrı bir tartışma konusudur. Tedbirlerin kapsamı ve tedbirlerin uygulanmasıyla birlikte arama tedbirinin konusunu oluşturan suçtan bir başka suça dair delillerin elde edilmesi halinde bu delillerin akıbetinin ne olacağına değinilecektir.

2. Kavramsal Çerçeve

2.1. Elektronik Delil Kavramı

2.1.1. Genel İtibarıyla Veri Kavramı

Veri, “bilgi taşıyan herhangi bir simge, damga ya da analog bir büyüklük” olarak tanımlanacağı gibi “*olgu kavram ya da komutların iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimsel ve uzlaşımalsal bir gösterimi*” şeklinde de tanımlanabilir⁵. Veri, bilgisayarın, programları çalıştırabilme yönünde kullandığı birtakım önbilgilerden oluşan bir yapıyı ifade eder⁶. Bilgisayara girilen birtakım bilgiler, bilgisayarın işlem yürütebilmesi ve yapılan işlemlerin kayıt altına alınabilmesi yönünden sayısal varlıklara dönüştürülürler. İşte sayısal varlıklara dönüştürülen bu bilgiler veriyi oluştururlar.

Veriler bir bilişim sisteminin soyut kısımda yer almaktadır ki bilişim sistemine girme suçunu düzenleyen TCK m. 243 hükmünün gerekçesinde de bu hususa işaret edilmiştir⁷. Bu soyut kısım, alfabetik, sayısal ve işaret özelliğini taşıyalar da ilk etapta anlaşılamadığından, yalnızca bir bilişim sistemi dahilinde anlaşılabilir bir muhteviyata kavuşabilir. Bu kavram kanuni düzenlemelere de yansımıştır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında

² Bilgisayar kavramının bilişim sistemine göre daha dar bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Özge Apiş, “Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Tedbiri”, Yasama Dergisi 37, (özel Sayı) (2018): s. 51.

³ Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin sözleşmeyi açıklayan memorandumun 199. maddesinde bu husus: *Dolayısıyla verilere el koyma ya da onları benzer şekilde güven altına almanın iki işlevi vardır: 1) Örneğin verileri kopyalamak yoluyla delil toplamak, ya da 2) örneğin verileri kopyalamak ve daha sonra orijinal versiyonlarını erişilmez kılmak ya da taşımak yoluyla verileri müsadere etmek. El koymak, el konan verilerin nihai olarak silinmesi anlamına gelmemektedir.* şeklinde açıklanmıştır.

⁴ Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, 278.

⁵ Emin Doğan Aydın, *Bilgisayar, Bilgi İşlem ve Telekomünikasyon Terimleri Sözlüğü*, 1: (İstanbul: Yalın Yay., 2007), 264.

⁶ Aslan Gülcü ve M. Ali Alan, *Bilgisayarın Temelleri ve İnternet Rehberi*, (Ankara: Detay Yay., 2003), 24.

⁷ Bu husus madde gerekçesinde: “Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkarda geçen “veri” teriminin kapsamındadır.” şeklinde belirtilmiştir.

Kanun'un m. 2, f. 1, k bendinde "Veri", "*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değeri...*" olarak tanımlanmıştır. Veri, "elektronik veri" olarak Elektronik İmza Kanunu m. 3, f. 1, bent a hükmünde "*Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtları*" şeklinde belirtilmiştir. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nin⁸ 1. maddesinin b bendinde ise veri, "Bilgisayar verisi" olarak "*bir bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlarda dahil olmak üzere bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun nitelikteki her türlü bilgi ve konsepti ifade edecektir*" şeklinde ifade edilmiştir. İlgili hukuksal tanımlara bakıldığında verinin bir bilgisayar ya da bir bilişim sistemi çerçevesinde işlendiğine ve kayıt altına alınarak saklandığına dair bir kuşku bulunmamaktadır. Fakat veriler sadece bilgisayarlarda değil, bilgisayarlara bağlanabilen depolama aygıtı olarak kullanılan (CD, DVD, USB bellekler vb.) diğer birimlerde veya bulut bilişim olarak kullanılan ortamlarda da bulunabilirler. Bu yüzden veri veya elektronik verilerin sadece bilişim sistemleriyle sınırlandırılması dar bir yorum olarak karşımıza çıkar. Halbuki konunun geniş bir şekilde anlaşılması gerekmektedir.

2.1.2. Elektronik Delil Kavramı

Verilere ilişkin önemli tanımlara ulaştıktan sonra elektronik delil kavramını anlatmak gerekir. Bilindiği üzere ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi vardır. İstisnalar haricinde ceza muhakemesinde olayın ispatı için belli delillerin değil, bilakis her türlü delil ileri sürülebilir. Dolayısıyla deliller arasında belli bir hiyerarşi gözetilmesine gerek yoktur. Bu bakımdan elektronik delillerle fiziksel yapıdaki diğer deliller arasında bir farklılık bulunmadığına dair bir eğilim söz konusudur⁹.

Literatürde kavramsal açıdan elektronik deliller ile dijital delillerin birbirleri yerine kullanıldıkları görülmektedir. Dijital delil (ya da diğer bir ifadeyle sayısal deliller) sayıyı temel alan bir terimdir. Elektronik kavramı, elektronik alanında, analog (örneksel) elektronik ve dijital olmak üzere ikili bir şekilde incelenmektedir¹⁰. Dolayısıyla elektronik kavramı dijital kavramına nazaran daha üst ve kapsayıcı bir kavramı ifade etmektedir. Bu yüzden dijital delil yerine elektronik delil kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz¹¹. Fakat doktrinde dijital delil kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur. Dijital delil kavramını kullanan yazarlar da esasen bir bilişim sisteminde bulunan verilerin elde edilmesi ve muhakemede kullanılmasını kastetmektedirler. Bu perspektiften bakıldığında, elektronik

⁸ Türkiye bu sözleşmeye 10.11.2010 tarihinde imza koymuştur. Daha sonra "Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi" adıyla 22.04.2014 tarihli 6533 sayılı Kanunla sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşmenin 02.05.2014 tarihinde yürürlüğe girdiği görülmektedir. Bkz. "6533 sayılı Kanun, RG: 28988", son güncelleme 04 Nisan 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eski-ler/2014/05/20140502-12.htm>.

⁹ Olgun Değirmenci, *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*, (Ankara: Seçkin Yay., 2014), 129.

¹⁰ Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, 2. Bası, (Ankara: Seçkin Yay, 2009), 32.

¹¹ Benzer yönde bkz. Karagülmez, *Bilişim Suçları*, 506; Muharrem Özen ve Gürkan Özocak, "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)" *Ankara Barosu Dergisi* 1, (Ocak 2015): 56 vd; Şenel Sarsıkoğlu, "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı", *TAAD* 6, sy 22 (Temmuz 2015): 519; Doktrinde bir görüş, elektronik delil ifadesinin dijital delil kavramına nazaran daha kapsayıcı bir kavram olduğu belirtilmesine rağmen, analog delillerin teknolojinin gelişimiyle kullanımına başvurulmaması, dijital delillerin yaygınlaşması ve dijital delillerin toplanmasının ve muhafazasındaki özellikleri gerekçe göstererek dijital delil kavramını kullanmaktadır. İlgili görüş için bkz. Değirmenci, *Sayısal Delil*, 130; Benzer yönde, Sevim Sena Taşkaya, "Dijital Deliller ve Türk Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma", *Ceza Muhakemesinde Delil*, Ed. Pınar Memiş Kartal (İstanbul: Der Yay., 2020), 132.

delil ve dijital delil kavramlarının birbirleri yerine kullanılmasının hatalı bir yönü de bulunmamaktadır¹².

Elektronik deliller, bir aygıt üzerinde depolanan veya bu aygıtlar aracılığıyla iletilme özelliğine sahip ve muhakeme hukuku açısından önemli olan elektronik verilerdir¹³. Bu deliller soyut bir yapıya dayandıkları için ilk etapta anlaşılabilir değildir. Her bir dosya adeta bir kutu gibidir ve dosyayı açabilen program kullanılmadıkça insan tarafından algılanması mümkün değildir¹⁴.

Elektronik deliller, hassas bir yapıya sahiptir. Kolaylıkla tahrif edilebilir veya ortadan kaldırılabilir¹⁵. Bu yüzden bunların uygun cihaz ve delil araştırılmasına özel olarak tahsis edilmiş programlar vasıtasıyla incelenmesi gerekmektedir. Elektronik deliller, yapısı gereği taşıdığı risklere rağmen, birtakım avantajlara sahiptir. Kolaylıkla kopyalanabilmesi, kopya üzerinden incelemenin mümkün olması, doğru aygıt ve programlar sayesinde kopya-orijinal karşılaştırma yapılabilmesi ve elektronik delil üzerinde tahrifatın anlaşılabilmesi, silinmesi mümkün olsa da silinen dosyaların geri getirilebilmesi, şüpheli veya sanıkların elektronik delili yok etmeye giriştiklerinde bir kopyasının saklanabilmesinin kolaylığı bu avantajlara örnek oluşturur¹⁶. Bu yüzden bunların muhakeme hukukunda kullanılmaması gerektiğini

¹² Dijital delil kavramını kullanan yazarlar bkz. Neslihan Ateş Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma", *CHKD* 10, sy.2 (Aralık 2022): 373 vd; AK-SSS'den hareketle bilgisayar verisi kavramını kullanan yazarlar da mevcuttur. Bkz. Burak Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama El Koyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar", *NKÜHFD* 1, sy. 2 (Haziran 2021): 159; Her iki kavramı da birlikte kullanan görüş için bkz. Apış, "Bilişim Sistemine Girme", 69; Çetin Arslan, "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi", *CHKD* 3, sy.2 (2015): 255 vd; Yargıtay'ın aynı dairesinde bile hem dijital delil hem de elektronik delil kavramının kullanıldığı görülmektedir:

"Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiş olup, CMK'nın 116 ve 123. maddeleri arasında yer alan arama koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. CD, DVD, flash bellek, disket, harici ve dahili harddisk, bilgisayar özelliği içeren noktaları bakımından akıllı telefon ve benzerlerinden elde edilen ve tamamı "dijital delil" olarak adlandırılan, suistimale müsait olan verilerin; sıhhatini ve güvenliğini sağlamak amacıyla ve bireyin özel hayatına, kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri göz önünde tutularak "son çare" olarak başvurulabilecek "özel koşullara bağlı" bir koruma tedbiri olması nedeniyle, genel adli aramadan ayrışması ve istisnai olarak, ayrıntılı düzenlenmiş olup, bu hallerde arama kararının yalnızca hakim tarafından verilebileceği öngörülmüştür." (Yargıtay 16. CD, E.2015/2056, K. 2017/5023, 21.09.2017).

"Soruşturma aşamasında olayın aydınlatılması amacıyla el konulan veya talep edilen elektronik verilerden doğrudan suçla ilgili olanlar ise elektronik delil olarak kabul edilmektedir. Elektronik delil, bir elektronik araç üzerinde saklanan veya bu araçlar aracılığıyla iletilen, soruşturma açısından değeri olan bilgi ve verilerdir." (Yargıtay 16. CD, E.2019/2637, K. 2019/5904, 10.10.2019).

¹³ Leyla Keser Berber, *Adli Bilişim*, (Ankara: Yetkin Yay., 2004), 46.

¹⁴ Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 419.

¹⁵ Elektronik delillere ilişkin bu özellikler yargı kararlarına da konu olmuştur:

"...Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının kabul edildiği, bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde belirtildiği üzere bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu dikkate alındığında, tanık olarak dinlenmesi talep edilen bu kişilerin beyanları maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemez" (AYM, Sencer Başat vd., Bireysel Başvuru No: 2013/7800, 18.6.2014, prg. 85).

¹⁶ Eoghan Casey, *Digital Evidence and Computer Crime*, 2. Baskı, (New York-London: Academic Press, 2004), 5.

belirten görüşlere¹⁷ itibar edilmemelidir¹⁸. Nitekim Yargıtay da elektronik verilerin delil olarak ceza muhakemesinde kullanılabileceğine işaret etmiştir¹⁹. Bununla birlikte 6352 sayılı Kanun'un 95. maddesiyle CMK'ya getirilen "Elektronik İşlemler" başlıklı 38/A maddesinin 5. fıkrasında elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta (Ulusal Yargı Ağı Projesi) kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgenin geçerli olacağı belirtilmiştir. Elektronik imza²⁰ da bir elektronik veriyi oluşturduğuna göre, UYAP'ta elektronik imza ile kayıtlı olan belgelerin delil olmaması yönünde bir düşünceye katılamamaktayız.

Bu delillerin hukuki süreç içerisinde anlaşılabilir hale getirilmesi teknik bilgi ve uzmanlığı gündeme getirmektedir. İlaveten CMK m. 134 hükmünün uygulanmasının uzman kişiler tarafından yapılması lazım gelir²¹. Uzman kişiler tarafından bilişim sistemi üzerinden delil

¹⁷ Doktrindeki bir görüşe göre, elektronik verilerin yapısı ve irade açıklamalarını tam olarak yansıtmaması nedeniyle ceza muhakemesinde delil olarak görülmemeli, başka delillerle desteklenmelidir. Veli Özer Özbek, "Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi", *İÜHFM* 59, sy. 1-2 (Temmuz 2001): 186; Elektronik verilerin delil statüsünü kazanabilmesi için 11 noktadan oluşan bir test önerilmiştir. Bu test doğrultusunda elektronik delilin sağlamlılığı ispat edilecek ve ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilecektir. Bu test şu şekildedir:

"1- Kişinin bu bilgisayarı gerçekten kullanıp kullanmadığı;

2- Bilgisayarın güvenilir bir bilgisayar olup olmadığı;

3- Bilgisayar belli bir ofiste bulunmakta ise bu bilgisayara veri eklemek, bilgisayarda çalışmak isteyen kişilerin uyacakları belli kurallar bulunup bulunmadığı;

4- Bilgisayarın içerisinde bilgisayarın hatasız çalışmasını ve yapabilecek hataları teşhis etmeyi sağlayacak teknik donanım bulunup bulunmadığı; Bu hususta yapılan değişikliklerin "log" olarak kayıt altına alınıp alınmadığı, yedeklemenin hangi aralıklara, nasıl yapıldığı ve bilgisayara girilen verilerin düzenli olarak denetlenip denetlenmediği gibi hususlarda tanık dinlenmesi gerekmektedir;

5- Bilgisayarın tamirden geçip geçmediği, bozuklukları varsa, giderilip giderilmediği,

6- Tanığın bilgisayarın içinde mevcut olan belirli bir veriyi ekrandan bizzat kendisinin okuyup okumadığı,

7- Tanığın ekrandan çıktı alarak okuması halinde, bu çıktıyı almaya yetkili olup olmadığı,

8- Tanığın çıktıyı alıp okuduğu veya ekrandan okuduğu sırada bilgisayarın düzenli çalışıp çalışmadığı

9- Çıktı söz konusu ise duruşma sırasında tanığa daha evvel okuduğu çıktıdan oluşan delilin gösterilip, daha önce gördüğü belge ile bunun aynı olup olmadığının sorulup sorulmadığı,

10- Tanık belgenin daha evvel okuduğu veya gördüğü belge olduğunu söylerse, evvelki belgeyi duruşma salonunda tanımasına neden olan, hatırlamasına sebebiyet veren özelliğin ne olduğu;

11- Tanık çıktıda yer alan bazı farklı işaretleri veya kelimeleri hatırladığını söylerse, tanığa bu şekil veya terimlerin ne anlama geldiğini bilip bilmediği sorularak, mahkemenin ileri sürülen bilgisayar verisini delil olarak kabul edip etmemesi konusunda bir karar vermesinin sağlanması amaçlanmıştır" (Edward J. Irwinkelried; Evidentiary Foundations & 4.03, 5. Bası, Carolina Academic Pr. 2002), (zikreden) Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 434.)

¹⁸ Keza CMK m. 134 hükmünün gerekçesi de: "Ancak bilgisayardaki kayıtların gerçeğin açığa çıkarılması yönünden, ceza davasında delil, ... oluşturacağı ortadadır" şeklindedir. Bkz. Cumhuriyet Şahin, *Ceza Muhakemesi Kanunu: Gazi Şerhi*, (Ankara, Seçkin Yay., 2005), 372.

¹⁹ "...Ancak, dijital delillerin değiştirilebilirlik kolaylığı ve sanal oluşundan hareketle hükme esas alınamayacak olduğunun ileri sürülmesi delil olgusuna aykırıdır. Kaldı ki, dijital deliller Türk ceza muhakemesi sisteminde ilk kez bu dava ile gündeme gelmiş olmayıp, geçmişte de pek çok davada tartışılmış ve hükme esas alınmıştır." (Yargıtay 9. CD, E. 2013/9110, K. 2013/12351, 09.10.2013).

²⁰ 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun m. 3, f. 1, bent b hükmünde elektronik imza şu şekilde tanımlanmıştır:

"Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi..."

²¹ Batuhan Aktaş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerinde Bir İnceleme", *YÜHFD* 14, sy 2 (2017): 217. Nitekim kapalı bir bilgisayarın açılması, açık

etme, raporlama ve mahkemeye sunma sürecine ise “adli bilişim” adı verilir. Ceza muhakemesinde bu deliller, belirti delili olarak görülmektedirler²². Her ne kadar belirti delili olarak ifade edilse de elektronik deliller, bir adli bilişim süreci sonunda okunaklı hale gelmektedir. Teknik inceleme, analiz ve raporlama işlemleri sayesinde elektronik deliller bir belge deliline çevrilmektedirler²³. Fakat sistemdeki tüm elektronik veriyi belge haline çevirmek olanaksızdır. Zira kütüphaneler dolusu bir bilgi sabit diske sığabilmektedir. Bu bakımdan işlenen suçla ilgili bir ayıklama işlemi yapılmalıdır²⁴.

3. Bilişim Sistemlerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri

3.1. Hukuki Nitelik

CMK’nın 134. maddesinin başlığı “*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*” şeklinde düzenlenmiştir. Bir bilgisayar kendi içerisinde bir sistem oluşturur. Bununla birlikte bilgisayar programı ve bilgisayar kütükleri bilgisayar olmaksızın çalışamazlar ve bir sistem içerisinde ele alınamazlar. Günümüzde bilgisayarların çok çeşitli olması, veri tabanları, Yapay Zekâ uygulamaları ve bunun gibi birçok ilgili birim sistem içerisinde birbirine bağlanabilmektedir. Özellikle internet sayesinde sistemler birleşerek başka sistemler de oluşturabilirler. Bu nedenle bu sistemler üzerinde de bahse konu koruma tedbirlerinin uygulanması gündeme geldiğinden üst bir kavram olarak bilişim sistemi kavramını kullanmayı tercih etmekteyiz^{25,26}.

Yukarıda da kısaca belirtildiği üzere CMK m. 134 hükmü, CMK’nın 116. ve 123. maddeleri arasında düzenlenen arama ve elkoyma koruma tedbirlerinin özel bir çeşidini oluşturmaktadır²⁷. Nitekim CMK m. 134 hükmü koruma tedbirlerinin düzenlendiği birinci kitap dördüncü kısmının arama ve elkoyma başlıklı dördüncü bölümünde yer almaktadır. Bilinmelidir ki özel koruma tedbirlerinin düzenlenmesinden hedeflenen gaye maddi gerçeğe ulaşırken ihlal edilen hak ve özgürlüklerin orantılı bir şekilde korunmasıdır. Örneğin, postada elkoymayı düzenleyen CMK m. 129 hükmünün gerekçesinde bu husus: “*Madde postada elkoyma konusunu, haberleşme özgürlüğünün demokratik hayat biçimindeki çok*

bilgisayarın kapatılması, dosyalarda araştırma yapılması, elektronik verilerin başka bir yere kopyalanması gibi işlemler birçok veriyi değiştirebilir niteliktedir. Çekiç, “Bilgisayar Verilerinde”, 157.

²² Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, s. 282.

²³ Başka bir anlatımla bu delillerden doğrudan istifade edilmesi delilin bulunduğu ortam ve nitelik itibarıyla mümkün değildir. Bu nedenle ilgili delillerin sanal dünyadan gerçek dünyaya aktarılması lazım gelir. Arslan, “Dijital Delil”, 261.

²⁴ Casey, *Digital Evidence*, 15.

²⁵ Aynı yönde, Değirmenci, *Sayısal Delil*, s. 310, Benek, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 380; Bilgisayar kavramının teknolojik gelişmelere bağlı olarak yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, 272.

²⁶ Kanun koyucunun bilişim sistemi kavramı kullanmamasıyla ilgili olarak bu kavramı tercih etmemesine ilişkin görüş için bkz. Apiş, “Bilişim Sistemine Girme”, 79.

²⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (StPO) bilişim sistemlerine uygulanabilecek koruma tedbirine ilişkin CMK m. 134’teki gibi özel bir düzenleme mevcut değildir. Arama ve elkoymaya dair genel hükümler olan §§ 94, 102, 103 ve bu verilerin incelenmesine ilişkin § 110 hükmü tatbik edilmektedir. Bkz. Dilek Özge Uğraş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, *TBBĐ* 154, (Mayıs-Haziran, 2021): 102.

üstün değeri dolayısıyla ayrıca düzenlenmiş bulunmaktadır” şeklinde ifade edilmiştir²⁸. Keza CMK m. 134 hükmünün gerekçesinde de “*Madde, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve geçici elkoyma konularını düzenlemektedir. Bireye ait kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan hakkın kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme gerekeceği açıktır.*” denilmek suretiyle bu hususa vurgu yapılmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması sadece kanunla mümkün olduğundan (Anayasa m. 13) bilgisayarlara yönelik koruma tedbirlerinin özel olarak CMK’da düzenlenmesi Anayasa’ya uygundur. Özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması gibi birçok temel hak ve özgürlüğe müdahale teşkil edebilecek bir tedbirin özel olarak düzenlenmesi kanaatimizce de isabetlidir²⁹. Kural olarak bir gerçek veya tüzel kişinin kullanmış olduğu bilişim sistemleri üzerinde aramanın yapılması dahi, bilişim sistemlerine girme suçu (TCK m. 243) ile birlikte özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi gibi suçların işlenmesi anlamına gelir. Bu bakımdan CMK m. 134 hükmü, bu suçlar açısından bir hukuka uygunluk nedeni olarak anlaşılmalıdır³⁰.

CMK m. 134 hükmü özel bir koruma tedbirini düzenlediğine göre, koruma tedbirlerindeki kanunilik, geçicilik, araç oluş, gecikmedeki tehlike, görünüşte haklılık, ölçülülük ve bir karara dayanma ilkelerinin geçerli olacağına dair bir kuşku bulunmamaktadır. Ayrıca özel bir koruma tedbiri olduğundan klasik arama ve elkoyma tedbirleri ile bu tedbir arasında genel norm-özel norm ilişkisinin olduğu unutulmamalıdır. CMK m. 134 hükmünde düzenlenen tedbirler, arama ve elkoymayı düzenleyen CMK m. 116 ve m. 123’e nazaran daha sıkı şartlar ihtiva etmektedir. Dolayısıyla genel arama ve elkoyma tedbirlerine başvurularak bilgisayarlar dahilinde arama yapılamaz ve elkoyma tedbiri uygulanamaz. Aksi durumda uygulanan arama tedbiri hukuka aykırı olacaktır³¹. Bununla birlikte CMK m. 134 hükmünde bulunmayan meseleler için genel arama ve elkoyma tedbirlerine bakmak gerekecektir³².

²⁸ Şahin, *Gazi Şerhi*, 359. Benzer yönde açıklamalar avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoymayı düzenleyen CMK m. 130 hükmünün gerekçesinde de belirtilmiştir. Şahin, *Gazi Şerhi*, 361.

²⁹ Benek, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 380.

³⁰ Bkz. Apış, “Bilişim Sistemine Girme”, 67.

³¹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, (Ankara Adalet Yay., 2017), 430; Bu doğrultuda ilgili arama kararı CMK m. 134 hükmünü de kapsamalı ya da arama kararı icra edilirken bilgisayarla karşılaşılırsa ve inceleme gereksinimi ortaya çıkmışsa bunun için ayrıca karar alınmalıdır. Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, 275 vd; Yargıtay da bir kararına benzer hususları ifade etmiştir:

“...yine yapılan aramada suça sürüklenen çocuğa ait bilgisayarların muhafaza altına alındığının belirtildiği, aynı gün Sulh Ceza Mahkemesi’nden el koymanın onaylanmasına dair CMK’nın 127/1 maddesi uyarınca karar alındığı ancak, arama sonrası bilgisayarların yedeklemesinin yapıp şüpheliye verildiğine dair bir ibareye tutanakta yer verilmediği gibi, bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasından önce mahkemeden bu hususta karar alınmadığının anlaşıldığı, bu suretle CMK’nın 134. maddesi hükümlerine riayet edilmeyerek bilgisayar kütüklerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, hukuka aykırı yapılan bu arama ve el koyma sonucu elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu anlaşılmaması karşısında, suça sürüklenen çocuğun beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi...” (Yargıtay 18. CD, E.2015/24016, K.2016/4194, 07.03.2016).

³² Örneğin, aramanın zamanı (CMK m. 118) ve aramada hazır bulunabilecek kişilere (CMK m. 120) ilişkin hususlar CMK m. 134 hükmünde yer almamaktadır. Bu durumlar söz konusu olduğunda CMK’nın arama ve elkoymaya ilişkin genel hükümlerine başvurulmalıdır. Benek, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında*, 382. Benzer Yönde bkz. Yusuf Yaşar ve İsmail Dursun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri”, *MÜHFHAD* 19, sy.3 (2013): 7.

CMK m. 134'teki bilişim sistemlerine uygulanacak koruma tedbirlerinin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi" (CMK m. 135) başlığı altında yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri arasında birtakım benzerlikler bulunmaktadır. Bu benzerlikler aşağıda inceleyeceğimiz üzere cep telefonu ve e-posta gibi özel hususlarda hangi koruma tedbirinin uygulanacağı noktasında toplanmaktadır. Fakat bu iki koruma tedbirleri birbirlerinden farklı içeriktedir. CMK m. 134 hükmü gerekçesinde bu tedbirlerin durağan pozisyonundaki bilgisayarlara uygulandığı ifade edilmektedir. Buna karşılık iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirleri bakımından iletişim sürecinde bir bilgisayar kullanılsa dahi, bilgisayar çalışır vaziyette iken ve iletişime dahil olunmakta ve tedbire maruz kalan kişinin çoğunlukla bu müdahaleden haberi bulunmamaktadır³³. CMK'nın m. 135 hükmüne göre iletişimin denetlenmesi tedbirleri geçmişe ilişkin değil, bilakis geleceğe yöneliktir³⁴. Fakat CMK m. 134 hükmünün gerekçesinde belirtildiği üzere arama koruma tedbiri ise geçmişe dönük ve statik konumda olan veriler açısından icra edilecektir. Veri akışı söz konusu ise veri nakli esnasında bilgisayar ağı içerisinde akış izi tespit edilebiliyorsa buna sinyal bilgisi denilir ve bu durumda CMK m. 135'teki tedbirler gündeme gelir. Fakat bu verilerin içeriğine yönelik bir bilgi ihtiyacı ortaya çıkmışsa o halde CMK m. 134 hükmü uygulanacaktır³⁵.

CMK m. 134 hükmü bilgisayarın maddi varlığı ile alakalıdır. Buna karşılık CMK m. 135 hükmü ise bilgisayarın maddi varlığı ile sınırlı değildir ve başka bilgisayarlar kullanılarak da bu tedbirler işletilebilir. CMK m. 135 hükmünde bir katalog suç sınırlaması mevcuttur. Yani iletişimin tespiti haricindeki, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerin değerlendirilmesi tedbirlerine belli suçlar dahilinde başvurulabilir. Ancak CMK m. 134 hükmü açısından bir katalog suç sınırlamasına yer verilmemiştir. Her türlü suçtan dolayı CMK m. 134 hükmünün tatbiki mümkündür.

Bahse konu arama işlemi adli aramadır. Bilişim sistemlerinde önleme aramasına yönelik özel bir düzenleme bulunmamaktadır. PVSK m. 9 hükmünden hareketle bilişim sistemleri üzerinde arama yapılması temel hak ve özgürlükleri ölçsüz bir şekilde ihlal eder³⁶. Bilişim sistemleri üzerinde önleme aramasından bahsedilecekse bu durumda özel bir düzenlemenin varlığı şarttır.

3.2. Tedbirin Uygulanma Şartları

3.2.1. Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması ve somut delillere dayanan kuvvetli şüphe

Genel itibarıyla bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama koruma tedbirine ilişkin şartlar, CMK m. 134 hükmünün 1. fıkrasında yer almaktadır. Kopyalama tedbiri maddenin 1. ve 5. fıkralarında düzenlenmiştir. Elkoyma tedbiri maddenin 2. 3. ve 4. fıkralarında bulunmaktadır.

³³ Şahin, *Gazi Şerhi*, 372.

³⁴ Şahin "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", 280.

³⁵ Taşkaya, "Dijital Deliller", 139.

³⁶ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 336.

Bu tedbirlere “başka surette delil etme imkanının bulunmaması” halinde başvurulmaktadır. Tedbirlerin ihlal ettiği hukuki değerlerler nazara alındığında vurgulanmak istenen husus son çare (ultima ratio) ilkesidir³⁷. Her durumda değil, başka suretle delil etme imkanının bulunmaması halinde bu tedbire başvurulmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ölçülülük ilkesi gereği, daha az müdahale eden diğer koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla delil elde edilebiliyorsa CMK m. 134 hükmündeki tedbirlere başvurulmamalıdır³⁸. Bu husus tedbirin ikincil nitelikte olduğunu göstermektedir. Ancak bu durum her durumda mümkün olmamaktadır. Özellikle bir bilişim sistemine girme suçu (TCK m. 243) veya yasak cihaz ve programlar suçu (TCK m. 245/A) söz konusu olduğunda genel arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması bir işe yaramayacaktır³⁹. Bu yüzden tedbire konu cihazlara öncelikli olarak bakılması gerekmektedir. Başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması hali, diğer koruma tedbirleri uygulandığında artık hiç delil edememe tehlikesi öngörüldüğü zaman da ortaya çıkar⁴⁰.

CMK m. 134 hükmünde öngörülen bir diğer şart “somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı”dır⁴¹. Bu ibare, hakim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısının kararı dahilinde keyfiliğin önlenmesi ve denetime olanak sağlaması açısından somut bir ölçü norm getirmektedir⁴². Böylelikle birden fazla temel hak ve özgürlüklere müdahale eden bu tedbirlere başvurulması güçleştirilmiştir⁴³. Kuvvetli şüphe kural olarak suçun işlendiği yönünde yüksek bir ihtimali akla getirir. Muhakeme sonucunda sanığın ceza mahkumiyeti ile karşılaşması kuvvetle muhtemel ise kuvvetli suç şüphesinden bahsedilecektir⁴⁴. Madde metninde belirtilen kuvvetli şüphenin neye yönelik olduğu sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce de kuvvetli şüphe, hem aramaya konu bilişim sistemi üzerinde suç delillerinin elde edilmesi, hem de soruşturmaya ilişkin suçun işlenmesine

³⁷ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 426.

³⁸ Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 223.

³⁹ Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması kavramı bilişim suçlarının soruşturulmasında sorun çıkartabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Karagülmez, *Bilişim Suçları*, 443. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 10. Baskı, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 641; Ne var ki bu eleştiriye karşılık Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 4/c maddesinden söz edilmelidir: “başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması”ndan anlaşılması gereken “soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması”

⁴⁰ Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayar”, 274.

⁴¹ Maddenin ilk halinde bir şüphe derecesine yer verilmemişti. CMK’nın 134. maddesi, genel arama ve elkoyma tedbirlerinin özel bir hükmünü oluşturduğundan makul şüphe söz konusuydu. Şüphe derecesiyle ilgili tartışmalar için bkz. Osman Gazi Ünal “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, (Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011), 100 vd; Kuvvetli şüpheye ilişkin ibare, 6526 sayılı Kanun’un 11. maddesiyle getirilmiştir. Temel hak ve özgürlüklere ağır bir şekilde müdahale eden diğer koruma tedbirlerinde (Örneğin, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi-CMK m. 135; Teknik araçlarla izleme-CMK m. 140) kuvvetli şüphe öngörülmüşken sonraki kanun değişikliği ile şüphe derecesinin kuvvetli olarak düzenlenmesi, kanunun sistematığı açısından son derece isabetlidir.

⁴² Arslan, “Dijital Delil”, 259.

⁴³ Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 225.

⁴⁴ Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, 274.

yöneliktir⁴⁵. Kuvvetli şüphe tek başına bu tedbirlerin uygulanması için yeterli değildir. Zira yukarıda bahsettiğimiz başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması da gerekmektedir. Daha açık bir anlatımla tedbirlerin uygulanmasında iki şartın birlikteliği aranacaktır⁴⁶.

3.2.2. Karar veren yetkili merciler

Soruşturma aşamasında bilişim sistemleri üzerinde arama ve elkoyma kararlarını veren merci sulh ceza hakimidir. CMK m. 134 hükmünün ilk halinde ilgili koruma tedbirlere Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda yalnızca hakim tarafından karar veriliyordu. Buna karşılık gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi Cumhuriyet savcısı karar verememekteydi. Özellikle bilişim suçlarıyla mücadelede Cumhuriyet savcısına gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bile bu tedbirlerin uygulanmasında bir karar verememesi eleştirilmekteydi. 7145 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik sonrası, eleştiriye konu olan bu sorun çözümlenmiştir⁴⁷. Kanaatimizce, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinde, Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde karar verebileceği öngörülmüşken, CMK m. 134'te düzenlenmemesi önemli bir eksiklikti. Kanun sistematigi açısından bu eksikliğin giderilmesini olumlu olarak addetmekteyiz.

7145 sayılı Kanun'la getirilen düzenleme sonrası, gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı, CMK m. 134'teki tedbirlere karar verebilecektir. Bu karar 24 saat içinde hakim onayına sunulacaktır. Hakim kararını en geç 24 saat içerisinde vermelidir. Süre dolmuşsa veya hakim tarafından aksi yönde karar verilmesi halinde elde edilen deliller derhal imha edilir. Şayet bu imha işlemi gerçekleştirilmezse TCK m. 138 hükmündeki "verileri yok etmeme suçu" oluşacaktır⁴⁸.

Hakim bu tedbirlere karar verirken veya Cumhuriyet savcısının kararını onaylarken somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin oluşup oluşmadığını ve başka surette delil elde etme imkanının var olup olmadığını inceleyecektir⁴⁹.

3.2.3. Tedbirlerin uygulanması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde bahse konu tedbirlerin uygulanabilmesi için ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir. CMK m. 134, f. 1 hükmü uyarınca arama işlemleri adli bilişim alanında uzman kişilerce gerçekleştirilmelidir⁵⁰. CMK m. 134, f. 1 hükmü olay yerinde bilgisayarlar üzerinde arama yapılması izlenimi doğurmaktadır. Halbuki arama işlemleri doğrudan bilgisayar üzerinde değil, bilakis imaj suretiyle alınan

⁴⁵ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 353, Özen ve Özocak, "Adli Bilişim", s. 62.

⁴⁶ Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 384.

⁴⁷ 7145 sayılı Kanun'un gerekçesinde de belirtildiği üzere ilgili düzenlemenin getirilmesiyle gecikmesinde sakınca bulunan hallerde delillerin hızlı bir şekilde elde edilmesi ve suça etkin mücadele edilmesi amacıyla CMK m. 134'teki tedbirlerin Cumhuriyet savcısı tarafından da karar verilebilmesine olanak tanınmıştır.

⁴⁸ Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 387.

⁴⁹ Aktaş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 227.

⁵⁰ Madde hükmünde bu işlemin kim tarafından gerçekleştirileceği hususunda özel bir belirleme bulunmamaktadır. Fakat uzman kişilerce arama işlemlerinin yapılması, delillerin kaybolmaması ve hukuka aykırı olmaması açısından önem arz eder. Bu noktada CMK m. 63 hükmü uyarınca atanacak bilirkişiler tarafından kolluk makamlarının huzurunda arama işlemi gerçekleştirilebilir. Bkz. Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 21-22.

kopya üzerinden yapılması gerekir. Bu bakımdan öncelikle kopyalama işlemi yapılmalıdır. Bu yapılmadan suçla ilgili elektronik delil elde edilse dahi bunun doğruluğu ve güvenilirliği yönünden şüphe ortaya çıkacaktır⁵¹. Çünkü yapılan işlemler, bilgisayarlar dahilindeki verileri değiştirebilir veya bilgisayara veri eklenmesine neden olabilir. Bunların yapılması, elde edilmek istenen delili hukuka aykırı hale getirmektedir. Yürütülen muhakeme sürecinde bu sorunlarla karşılaşmamak adına öncelikle özetleme işlemi (hashing) yapılarak bir veri sayısına ulaşılmalı ve bilgisayardan imaj suretiyle kopya çıkartılmalıdır. Ulaşılan bu veri sayısı şüpheliye veya vekiline verilmelidir⁵². İmaj işlemi suretiyle alınan kopya üzerinden de özetleme işlemi gerçekleştirilerek veri sayılarının birbirleriyle uyumlu olup olmadığı değerlendirilmelidir⁵³. Böylelikle şüphelinin veya vekilinin (CMK m. 134, f. 3) elektronik delillerin değiştirildiği, bilgisayara veri eklendiği ya da hukuka aykırı olarak elde edildiği yönündeki itirazların da önüne geçilmiş olacaktır. Bu işlem tamamlanmışsa artık kopya üzerinden elektronik delil araması gerçekleştirilebilir⁵⁴.

Kopyalama tedbiri esasında verilere elkoymadır⁵⁵. Bu bakımdan cihazların götürülmesine de gerek bulunmamaktadır. Elkoymadan önce kopyalama işlemi olay yerinde gerçekleştirilmelidir. Hatta CMK m. 134, f. 5 hükmü gereği bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma tedbiri uygulamaksızın sistem içerisindeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Dolayısıyla kopyalamanın mümkün olduğu hallerde elkoyma tedbiri uygulanmamalıdır⁵⁶. Zira elkoyma tedbirinin uygulanması, kişinin akademik, ticari veya iş hayatını sekteye uğratabilir. Bu doğrultuda ölçülülük ilkesine riayet edilerek elkoymayı önceleyen basamaklı bir yapı tercih edilmelidir⁵⁷. Bununla birlikte CMK m. 134, f. 1 ve f. 5 hükmü uyarınca sadece suçla bağlantılı olan delillerin kopyalanmasını belirtilmekte ve bilgisayardaki tüm verilerin kopyalanmasına gerek olmadığını vurgulanmaktadır⁵⁸. Adli

⁵¹ Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde", 171.

⁵² Salih Keskin, "Bilişim Suçlarında Ceza Muhakemesi Kanununun 134. Maddesindeki Hükümlerin Uygulanmasında Yaşanan Aksaklıklar", *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 11 sy. 2 (2021): 655.

⁵³ Bu veri sayısı bilgisayar üzerinde yapılan en küçük bir değişiklikte farklılaşmaktadır. İmaj alma işlemlerinin yazma korumalı (write block) özelliği sayesinde tedbire konu olan bilgisayara veri aktarımı yapılamamaktadır. Ümit Bostancı ve Recep Benzer, "Search, Copy and Seizure on the computers in the Turkish legal system", *International Journal of Human Sciences* 12, sy. 2 (2015): 1214-1216.

⁵⁴ Arama işlemleri; kelime araması, bul fonksiyonu ile anahtar kelime araması ve belirli kalıp araması (IP numaraları, elektronik posta adresleri, vatandaşlık numaraları ve IBAN numaralarının aranması), gibi birtakım metodlar kullanılabilir. Fakat bu metodlar açık metin olarak ifade edilen şifrelenmemiş, silinmemiş ve gizlenmemiş veriler üzerinde işlev görmektedir. Bahse konu elektronik verilerin çözümü için farklı programlar kullanılarak arama işlemleri gerçekleştirilir. Arama işlemi sonucunda elektronik verileri bulmak yeterli gelmemektedir. Nitekim bunların delil olarak kullanılabilmesi için hakime, mahkeme heyetine ve muhakemenin diğer süjelerine açık ve anlaşılır bir şekilde sunulması gerekir. Bkz. Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde", 165.

⁵⁵ AK-SSS'nin 19. maddesinin 3. fıkrasının b bendi bilgisayar verilerinin bir kopyasının üretilmesine ve bunun saklanması ile ilgilidir. Sözleşmeyi açıklayan memorandumun 197. paragrafında elkoyma, verinin saklandığı fiziksel ortamın alıp götürülmesi ve bu verinin kopyalanarak saklanması anlamına gelmektedir.

⁵⁶ Bu bakımdan CMK m. 134, f. 5 hükmünü, CMK m. 134, f. 2 hükmünün ilk cümlesi olarak anlamak gerekir. Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", 276.

⁵⁷ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 360; Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 107; Aktaş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 228.

⁵⁸ Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 14; Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", 276.

bilişim sürecinde suçla ilgili delillerin bir kısmının kopyalanmasından ziyade, tedbire konu olan cihazların tümünün kopyalanması esas alınmıştır⁵⁹. Kanuni düzenlemenin adli bilişim sürecine uygun bir şekilde hazırlanmadığı ortadadır. Fakat kanuni düzenleme adli bilişim sürecine uygun bir şekilde yorumlanabilir⁶⁰. Kopyalama işlemi olay yerinde sona ermişse bu durumda elkoyma tedbirinin uygulanmasına gerek bulunmamaktadır.

Elkoyma tedbiri ise tedbire konu olan cihazların şifrenin çözilememesinden dolayı girilememesi, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecek olması halinde uygulanacaktır. Dolayısıyla elkoyma tedbiri, aslında bu tedbirlerin içerisindeki son çaredir. Koruma tedbirlerindeki geçici oluş özelliği burada da geçerlidir. Nitekim CMK m. 134, f. 2’de belirtildiği üzere, şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilecektir. Önemli husus şüphelinin kullandığı bilgisayarın mümkün olduğunca az meşgul edilmesidir⁶¹. Şayet elkonulan cihazlar iade edilmemişse bu takdirde, CMK m. 131 hükmü uyarınca elkonulan eşyanın iadesine yönelik başvuruda bulunulmalıdır.

Şifrenin çözümü olay yerinde çoğu zaman gerçekleşmemektedir. Zira şüpheli, şifrenin yanlış girilmesi sonucu içindeki elektronik verilerin tamamen yok edilmesini sağlayacak şekilde bilgisayarı programlayabilir⁶². Buna disk şifreleme yöntemi denilmektedir. Bu yüzden elkoyma uygulanmalı, şifrenin çözümü özel ekipman ve programlarla gerçekleştirilmelidir. Şifreleme yöntemi sadece dosya üzerinde uygulanmışsa buna dosya şifrelemesi adı verilir. Bu durumda dosyanın kopyası alınması yeterli olup şifre adli bilişim laboratuvarında açılabilir⁶³.

Elkoyma gizlenmiş bilgilere erişilememesi nedeniyle de uygulanabilir. Gizleme bizzat şüpheli tarafından bir program dahilinde yapılabilir. Verilerin silinmesi de bir çeşit gizlemedir. Bilindiği üzere bilişim sisteminde gerçekleşen her temas iz bırakmaktadır. Elektronik veriler silinseler bile imkanlar dahilinde birtakım programlar aracılığıyla geri getirilebilirler. Şüphelinin silme işlemiyle suç delillerini yok ettiği şüphesi ortaya çıkmışsa silinmiş elektronik delillere erişebilmek amacıyla elkoyma tedbiri uygulanabilir.

⁵⁹ CMK m. 134, f. 5 hükmü şu açıdan uygulanabilir: örneğin şüphelinin kullandığı bilgisayar üzerinden bir bilişim suçunun işlendiği ve bu suçun delili bilgisayarda tutulduğu anlaşıyorsa bilgisayardaki verilerin tüm kopyalanması yeterlidir. Şüphelinin bilgisayara bağlanabilen USB Flash Bellek, CD ve diğer veri depolama birimlerini kopyalamaya gerek olmayacaktır.

⁶⁰ Örneğin, CMK m. 134, f. 5’te yer alan kopyası alınan verilerin kağıda yazdırılması işlemini adli bilişim sürecindeki raporlama olarak yorumlamak mümkündür. Kaldı ki kopyası alınan tüm verilerin yazdırılması zaten imkansızdır. Önemli olan suç delili teşkil edebilecek verilerin, mahkemeye anlaşılabılır bir şekilde sunulmasıdır.

⁶¹ Ünal, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 107.

⁶² Öte yandan tedbirlerin uygulanışı sırasında şüpheliden veya bilgisayar sahibinden yardım aranmamalıdır. Çünkü şüpheli bu durumu bir fırsata çevirerek verileri değiştirme veya yok etme girişiminde bulunabilir. Bkz. Dülger, *Bilişim Suçları*, 682; Şifreyi çözebilmek amacıyla olay yerinde elektronik delilden ayrı olarak bilgisayarın çevresinde bulunan yazılı notlar, yazılım ve donanıma ait kitaplar, takvimler, metin ve grafik şeklindeki bilgisayar çıktıları ve fotoğrafların elkonulması gerekebilir. Nitekim bu bulgular adli bilişimin analiz basamağında kullanılabilir ve ilgili şifre bu bulguların içerisinde yer alabilir. Berber, *Adli Bilişim*, 68; Bu bulguların muhakeme sürecinde dahil edilebilmesi için CMK m. 119 ve m. 123 hükümlerinde yer alan genel arama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması gerekir.

⁶³ Taşkaya, “Dijital Deliller”, 152.

Uygulamada olay yerinde arama ve kopyalama işleminin uzun sürmesi, personel ve teçhizat sorunu dolayısıyla istisnai bir şekilde icra edilmesi gereken elkoyma tedbiri öncelikle uygulanmaktaydı⁶⁴. Bu durum özellikle şüpheli ve müdafî tarafından önemli itirazlara konu olmuştur. Nitekim madde metninde işin uzun süreceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu itirazlara kanun koyucu kayıtsız kalmamıştır. Nihayetinde 7145 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle "bilgilere ulaşılamaması" ibaresinden sonra gelmek üzere "ya da işlemin uzun süreceği olması" ibaresi getirilerek bu itirazların önüne geçilmiştir.

CMK m. 134, f. 3 hükmü uyarınca bilgisayar veya bilgisayar kütüklerinde elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Aslında yedeklemeden kastedilen husus tüm verilerin kopyalanması, yani imaj alma işleminden ibarettir⁶⁵. Bu durum yukarıda belirtildiği üzere, arama tedbirine geçmeden evvel yapılabileceği gibi elkoyma tedbiri sırasında da icra edilebilir. Şayet elkoyma tedbiri sırasında kopyalama yapılabilirse elkoyma tedbirine gerek yoktur. Bu gerekçeyle CMK m. 134, f. 3 hükmünü elkoyma tedbirinden sonra yedeklemenin yapılması olarak anlamak gerekir⁶⁶. Yedeklemenin yapılmasının asıl nedeni elektronik delillerde bir tahrifat yapılmasına veya delil uydurulmasına mani olmaktır⁶⁷. CMK m. 134, f. 4 hükmü uyarınca alınan yedekten bir kopya şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır^{68,69}. Böylelikle şüpheli, hem kullanmış olduğu sistemdeki veriler üzerinde tasarruf hakkına sahip olacak hem de elkonulduğu an ile mahkemeye sunulduğu an arasındaki verilerin durumu üzerinden bir karşılaştırma yapma imkanına kavuşacaktır⁷⁰.

Elkoyma tedbiri uygulanırken elektronik delillerin niteliği göz önüne alınmalıdır. Bu yüzden özel toplama, paketleme ve nakliye sistemlerine ihtiyaç vardır. Nitekim statik elektriğin ve manyetik alanların elektronik deliller üzerinde olumsuz etkisi vardır. Bu yüzden elkonulan cihazlar ve donanımların korunması gerekmektedir. Paketleme işlemine geçilmeden önce

⁶⁴ İhsan Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri İle Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Fasikül Dergisi* 9, (Ağustos 2010): 30; Eski düzenlemenin bilişim alanının gerekleriyle bağdaşmadığı ifade edilmektedir. Çok sınırlı arama ve elkoyma uygulamaları haricinde bir sabit diskin veya veri depolama birimleri üzerinde arama yapmanın hayli bir vakit aldığı gerekçeleriyle CMK m. 134, f. 2 hükmü eleştirilmekteydi. Bkz. Cengiz Tanırkulu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve El Koyma*, (Ankara: Adalet Yay., 2014), 439.

⁶⁵ Kanunda kopyalama ve yedekleme olarak farklı ifadelere yer verilmesinin esas nedeni bu kavramların ne olduğuna dair bir tanımın bulunmayışından ileri gelmektedir. Diğer neden ise CMK'nın hazırlandığı safha ile günümüze kadar gelen süreç içerisinde adli bilişim alanında gözlemlenen teknolojik gelişimdir. Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde", 173; Kanunda ve yönetmelikte yedekleme ve kopyalama terimleri kullanılsa da imaj alma ve hash değerinin tespiti kavramlarının bunlardan farklı olduğu belirtilmektedir. Örneğin, bir sabit diskteki boş sektörler kopyalama ve yedekleme ile alınmaz ve dolayısıyla veri bütünlüğü ve güvenliği de temin edilemez. Ancak uygulamada delillerin hukuka aykırılık itirazıyla karşılaşılmaması için imaj alma ve hash değerinin alındığından bahsedilmektedir. Bkz. Dülger, *Bilişim Suçları*, 646.

⁶⁶ Keskin, "Bilişim Suçlarında", 656.

⁶⁷ Ersan Şen ve Sefa Eryıldız, *Elkoyma*, (Ankara: Seçkin Yay., 2017), 209.

⁶⁸ CMK m. 134, f. 4 hükmünün eski halinde, yedekten bir kopya verilmesi, istem şartına bağlı kılınmıştı. İstem gerçekleşmediği takdirde, şüpheliye veya vekiline yedekten bir kopya verilmesi mümkün olmayacaktı. Bu husus doktrinde oldukça eleştirilmişti. Bkz. Ünal, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 121, Değirmenci, *Sayısal Delil*, 375; Kanun koyucu bu eleştirilere kayıtsız kalmayarak 21.02.2014 tarihli 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle bu istem şartını ortadan kaldırmıştır.

⁶⁹ Uygulamada kolluk tarafından üç kopya çıkarılmaktadır. Bunlardan biri şüpheliye veya vekiline verilmekte, birini incelemeye alınmakta ve diğeri ise ortaya çıkan uyumsuzlukların sona erdirilmesi amacıyla ayrıca saklanmaktadır. Bu bakımdan CMK m. 134, f. 4 hükmünün AK-SSS'deki ilgili hükümlerle uyumlu olduğu belirtilmektedir. Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi*, 431.

⁷⁰ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 375.

elkonulan aygıtların etiketlenmesi ve kaydının yapılması gerekmektedir. Daha sonra bunlar, anti statik paketlere veya anti statik özel çantalara alınmalıdır. Bilgisayara bağlanabilen disket, DVD, USB Flash bellekler ya da harici sabit diskler de koruma altına alınmalıdır⁷¹. Elkonulan birimlerin neler olduğu noktasında bir defter yapılmalı ve tedbirlerin uygulanmasıyla ilgili bir belge verilmelidir. Bu hususlar uygulanırken CMK m. 121, f. 1 hükmü dikkate alınmalıdır. Elkonulan bilgisayarlar ve diğer donanımlar Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 9. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca muhafaza edilirler⁷².

4. Bilişim Sistemlerinde Uygulanan Koruma Tedbirlerinin Kapsamı

4.1. Tedbirlerin Uygulanacağı Muhakeme Evresi

Maddenin ilk fıkrasına göre, arama koruma tedbirinin uygulanması için bir suç soruşturmasının varlığı gerekmektedir. Madde hükmü bir suç soruşturmasını belirttiği için, disiplin soruşturmalarında veya kabahatlerde bu tedbirler uygulanamayacaktır⁷³. İlgili koruma tedbirlerinin yalnızca soruşturma aşamasında uygulanabileceği yönünde bir izlenim doğabilir. Nitekim doktrindeki birtakım görüşler, madde metninin hatalı bir şekilde kurgulandığını ifade etmektedirler⁷⁴. Ancak kanaatimizce de ilgili tedbirlerin kovuşturma aşamasında uygulanmamasına yönelik hukuki bir engel bulunmamaktadır⁷⁵. Muhakeme sürecinde elde edilen deliller, sanığın mahkumiyetine hükmedecek niteliğe ulaşmamış olabilir. Burada şüphenin halen yenilmemiş olabileceği ihtimali gündeme gelmektedir. O halde mahkeme ihtiyari olarak ve re'sen araştırma ilkesini gözeterek bu tedbirlerin uygulanmasına kovuşturma aşamasında da karar verebilecektir⁷⁶.

Tedbire konu olan suç bakımından bir muhakeme şartı öngörülebilir. Şart gerçekleşmezse örneğin, şikayete bağlı bir suçta şikayet şartı yoksa soruşturma işlemleri yürütülmeyecektir. Muhakeme şartı gerçekleşmeden gereksiz bir şekilde CMK m. 134'teki tedbirlerin uygulanması, kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmesine neden olur⁷⁷.

⁷¹ Bostancı ve Benzer, "Search, Copy and Seizure", 1214.

⁷² "Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak uygun ortamda muhafaza edilir."

⁷³ Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 100.

⁷⁴ Bu tedbirin yalnızca soruşturma evresinde kullanabileceğini belirten görüşler için bkz. Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 426; Koruma tedbirlerindeki kanunilik ilkesinden hareketle bu tedbirlerin yalnızca soruşturma aşamasında kullanılabileceğini, fakat kovuşturma aşamasında uygulanabilmesi için açık bir kanuni düzenleme gerektiği yönünde görüş için bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, 429.

⁷⁵ Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Bası, (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 373; Değirmenci, *Sayısal Delil*, 334; Şen ve Eryıldız, *Elkoyma*, 204.; Benzer yönde, Baştürk, "Bilgisayar Sistemleri", 25; Özen ve Özocak, "Adli Bilişim", 62; Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 9.

⁷⁶ Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 100; Her ne kadar kovuşturma aşamasında sanığın ilgili tedbirlerin uygulanmasıyla haberi olabileceği ve bunun sonucunda delillerin yok edilebileceği ihtimali ile pratik bir faydasının olmayacağı ileri sürülebilirse de, teknolojinin gelişimiyle birlikte yok edilen delillerin geri getirilmesi mümkün olduğundan bu tedbirlere kovuşturma aşamasında da başvurulabileceğini vurgulamaktayız.

⁷⁷ Gökhan Yaşar Duran, "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy. 173 (Ocak-Şubat 2019): 221.

4.2. Bilişim Sisteminin Kapsamı

4.2.1. Bilgisayar

Yukarıda belirtildiği üzere bilişim kavramı; bilgisayar, bilgisayar programı ve bilgisayar kütüklerinden daha üst bir kavramdır. Fakat bilişim teknolojisinin temelini bilgisayar oluşturmaktadır. Bilgisayar hakkında *“aritmetik ve mantıksal işlemler yapabilmesi yanında, bir problemin çözümünde gerekli işlemler, kendisine tanıtılarak (programlanarak) veriyi işleyebilen elektronik makinalardır”* şeklinde bir tanım ortaya konulabilir⁷⁸. AK-SSS’de ise bilgisayar bir sistem olarak ele alınmıştır. Madde 1-a hükmünde yer alan bilgisayar sistemi: *“bir veya birden fazlası belirli bir yazılım çerçevesinde otomatik olarak veri işleyebilen bir cihazı veya birbirine bağlı birbiriyle ilişkili bir dizi cihaz”* şeklinde bir tanımlanmıştır. CMK’da bilgisayara ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında, *“belleğindeki programa uygun olarak aritmetik ve mantıksal işlemleri yapabilen, karar verebilen yürüteceği programı ve işleyeceği verileri ezberinde tutabilen, çevresiyle etkileşimde bulunabilen araçları ifade etmektedir”* demek suretiyle bilgisayara bir tanım getirmiştir⁷⁹. İlgili tanım açısından bilgisayarın en önemli özelliği veri işleyebilmesi ve saklayabilmesidir. Zira bir bilişim sisteminin en önemli özelliklerini de bunlar oluşturur. Bu özelliklere sahip olan cihazlar bilgisayar olarak nitelendirilir ve CMK m. 134’teki koruma tedbirlerine konu olurlar.

Bu tedbirler sadece bilgisayarlarla sınırlı değildir. Bilgisayarlar bir ağ temelinde birleşerek daha kapsamlı bir bilişim sistemini oluşturabilirler. Bu bakımdan bahse konu koruma tedbirleri bu ağlar üzerinde de uygulanabilir niteliktedir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 17. maddesinin 3. fıkrası uyarınca verilerin yedeklenmesi sırasında ilgili işlemlerin bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri açısından da uygulanabileceğinden söz edilmiştir.

Bilgisayara bağlanabilen ve veri depolayabilen diğer birimler üzerinde de arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanabileceği yönünde herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Suça ilişkin delilin CD, DVD, USB Flash Bellek, harici sabit disk, mp3-mp4 ve diğer çalıcılar, hafıza kartlar, akıllı kartlar, dijital kameralar, dijital fotoğraf makineleri, oyun konsolları ve ağ cihazları üzerinde bulunması mümkündür.

Tablet cihazların bilgisayar niteliğini taşıdıkları yönünde bir kuşku bulunmamakla beraber akıllı telefonların bilgisayar niteliğinde olup olmadıkları tartışılmıştır. Akıllı telefonlar bakımından telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri mi yoksa CMK m. 134’teki arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin mi uygulanıp uygulanmayacağı yönünde bir soru ortaya çıkmıştır. Doktrinde baskın görüş; birçok bilgi, belge, fotoğraf ve video barındırdıklarından bahisle akıllı telefonları bir bilgisayar olarak kabul etmektedir⁸⁰. Bu bakımdan akıllı telefonların barındırdıkları elektronik verilerin elde edilmesinde CMK m. 134 hükmü uygulanacaktır. Yargıtay da akıllı telefonların sakladığı veriler bağlamında yapılacak incelemenin CMK m. 134 hükmüne göre yürütüleceğini belirtmektedir. Fakat iletişim unsuru ağır basıyorsa bu durumda CMK m. 135 hükmünün uygulanacağına işaret

⁷⁸ Gülcü ve Alan, *Bilgisayarın Temelleri*, 3.

⁷⁹ YCGK’nın E.2019/353, K.2020/367, 22.09.2020.

⁸⁰ Dülger, *Bilişim Suçları*, 677; Özen ve Özocak, “Adli Bilişim” 69-70; Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda”, 275; Aktaş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 219; Keskin, “Bilişim Suçlarında”, s. 653; Benek, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 400; Apış, “Bilişim Sistemine Girme”, 79.

edilmiştir⁸¹. Buradaki sorun iletişimin telekomünikasyon yoluyla değil, internet yoluyla gerçekleştirildiği zaman hangi koruma tedbirinin uygulanacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Örneğin, elkoyma sırasında akıllı telefonu içerisinde yer alan bir sohbet programına yeni bir mesaj gelmesi mümkündür. İnternet yoluyla gerçekleştirilen iletişim geleceğe yönelik bir özellik arz ediyorsa CMK m. 135 hükmü uygulanmalıdır. Başka bir ifadeyle bir sohbet programında geçmişe yönelik bir içerik elde edilecekse CMK m. 134 hükmüne müracaat edilmelidir.

CMK m. 135 hükmüne başvurulması ya da CMK m. 134 hükmüne istisnai ek bir düzenleme getirilmesi yönünde bir öneri ileri sürülmüştür. Bu yaklaşım akıllı telefonların CMK m. 134 hükmüne tabi olmayacağını ve bu hususun önemli bir eksiklik teşkil ettiğini belirtmektedir⁸². Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli değildir. CMK m. 134'teki tedbirlerin hangi cihazlar üzerinde uygulanacağı önceden belli olması mümkün değildir. Teknolojik gelişime bağlı olarak hangi cihazların ileride bu tedbire konu olacağı, normun amacı gözetilerek belirlenmelidir. Keza her bir cihazın kanunda veya yönetmelikte tek tek yer alması beklenemez⁸³. Önemli olan husus cihazın bilişim yeteneğine, yani veri işleyebilmesi ve saklayabilme yeteneğine sahip olmasıdır. Akıllı telefonda iletişim içeriklerinin CMK m. 135 hükmüne göre değil, CMK m. 134 hükmüne göre alınmasının kötüye kullanım doğurabileceği ön plana çıkarılmıştır⁸⁴. Bu eleştiri de doğru değildir. Zira CMK m. 134 hükmüyle CMK m. 135 arasında katalog suç sınırlaması hariç, şüphe derecesi ve başka surette delil elde edememe şartları aynıdır. Temel hak ve özgürlüklere müdahale noktasından CMK m. 134 hükmünün de sıkı şartlar içerdiği ifade edilmelidir.

4.2.2. Bilgisayar programı

Bilgisayar, yazılım ve donanım olmak üzere iki bileşenden oluşan bir cihazdır. Donanım bilgisayarın somut kısmıdır. Yazılım ise soyut kısmını oluşturur. Yazılım da kendi içerisinde program ve veri olmak üzere iki kısma ayrılır. Yerine getirilmesi istenen işlemleri bir sıra dahilinde belirlemek üzere oluşturulan komutlar dizisi, bilgisayar programı olarak tanımlanabilir⁸⁵. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 1-B maddesinin g bendinde ise bilgisayar programı: *"Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını... ifade eder."* Şeklinde tanımlanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında da aynı hususlara vurgu yapmaktadır⁸⁶.

⁸¹ "Kişilerin birbirleri ile haberleşmeleri ve bunların içeriklerinin "iletişim" kapsamına girdiği akıllı cep telefonuna ilişkin haberleşme kayıtlarının tümü hakkında CMK'nın 135 ila 138. maddeleri uyarınca; yine aynı zamanda akıllı telefonlar kayıtlı bilgi ve verileri otomatik olarak işleme tabi tutma özelliğine sahip olduklarından, bilgisayar özelliği nedeniyle de taşıdığı bilgi ve verilerde arama ve el koyma yapılması için CMK'nın 134. maddesi uyarınca arama ve el koyma kararı alınması gereklidir. Akıllı olmayan tuşlu telefonlar ise nitelikleri nedeniyle sadece haberleşme için kullanıldığından bu telefonlar yönünden CMK'nın 135. maddesi uyarınca arama kararı alınmalıdır. Yargıtay 10. CD., E.2020/12500, K.2021/12899 sayılı ve 02.11.2021 tarihli kararı.

⁸² Seda Yağmur Sümer, "Ceza Muhakemesinde Mobil Telefona/Akıllı Telefona Elkoyma ve Müdahale İmkanları", İzmir Barosu Dergisi 87, sy.1 (Ocak 2022): 105-108; Akıllı telefonlara yönelik CMK m. 134 hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmekle beraber kanunilik ilkesi uyarınca akıllı telefonlar için özel bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu belirtilmektedir. Keskin, "Bilişim Suçlarında", 654.

⁸³ Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", 278.

⁸⁴ Sümer, "Ceza Muhakemesinde Mobil Telefona", 109.

⁸⁵ Gülcü ve Alan, *Bilgisayarın Temelleri*, 24.

⁸⁶ "Bir bilgisayar vasıtasıyla belirli bazı görevleri gerçekleştirmek için oluşturulan yazılı talimatlar dizisi..." (YCGK, E.2019/353, K.2020/367, 18.06.2020).

Bilgisayar programı sayesinde kullanıcılar, bilgisayarlara işlem yaptırma ve veri işleme gücüne kavuşurlar. Kullanım amacına göre birçok program tasarlanmıştır. Elektronik veriler bilgisayar programları sayesinde görünür hale gelmektedir. Adli bilişim süreci de bilgisayar programları sayesinde yürütülmektedir. Ayrıca bilgisayar programı bulundurma kendisi de suç oluşturabilir. Örneğin, TCK m. 245/A hükmü uyarınca bir bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun bilişim suçları ya da bilişim sistemleriyle araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi amacıyla oluşturulması durumunda bunların imali ve depolanması suç oluşturmaktadır⁸⁷. Dolayısıyla suç teşkil eden programların tespiti ve bunların delil olarak muhafaza edilmesi noktasında da CMK m. 134 hükmünün uygulanması önemlidir.

Teknolojinin gelişmesi özellikle terör örgütlerinin gizli bir şekilde iletişimine kolaylaştırıcı bir etki sunmuştur. Bazı programlar, akıllı telefonlara ve diğer mobil cihazlara indirilerek şifreleme yoluyla gizli bir iletişim imkanı sunar. Buradan hareketle CMK m. 134 ve m. 135 hükümleri arasında bir uygulama sorunu yeniden baş göstermiştir⁸⁸. Yargıtay 16. CD bir kararında internet ortamında çeşitli programlar ya da birtakım sosyal iletişim siteleri programla gerçekleştirilen iletişime dair kayıtların aranmasında CMK m. 135 hükmünün değil, CMK m. 134 hükmünün uygulanacağını işaret etmiştir. Ayrıca iletişime dair hususlar bilgisayar kütüğüne kayıt altına alınmışsa bu durumda CMK m. 134 hükmünün uygulanacağına vurgu yapılmıştır⁸⁹. Şayet iletişim aktif olarak mevcutsa bunların gizli bir şekilde erişimi bakımından CMK m. 135 hükmünün uygulanacağı açıktır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 16. Ceza Dairesi ile aynı yönde karar vermiştir⁹⁰. Anayasa Mahkemesi Aydın Yavuz ve Diğerleri bireysel başvuru kararında bu programın terör örgütü soruşturması bakımından kuvvetli bir belirti olduğunu ifade etmiştir⁹¹.

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Gazi Ünal, "Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında Yasak Cihaz veya Programlar Suçu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, sy. 2 (Nisan 2022): 583 vd.

⁸⁸ Karşılaştırmalı hukukta, Encrochat gibi şifreli iletişim programları birçok davaya konu olmuştur. *R v. A ve diğerleri* davasında, Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi, iletişim içeriğinin sistemde depolanırken mi yoksa devam eden bir iletişim sırasında mı elde edildiği sorusunu incelemiştir. Temyiz Mahkemesi, depolanmış iletişim içeriğine bir arama tedbiri uygulandığını tespit etmiştir. Bu gerekçeyle, telekomünikasyon yoluyla iletişimin izlenmesine yönelik tedbirlerin uygulanmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. Temyiz Mahkemesi, depolanmış iletişim içeriğini delil olarak kabul etmiştir. Bkz. UK Temyiz Mahkemesi, *R. v. A ve diğerleri* kararı, son güncelleme 14 Mayıs 2024, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/07/A-v-R.pdf>; Bu konuyla ilgili yakın tarihli bir karar için, bkz. UK Court of Appeal, *R v. Murray and the others*, son güncelleme 14 Mayıs 2024, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/03/R-v-Murray-Others-2023-EWCA-Crim-282.pdf>,

⁸⁹ Yargıtay 16. CD. E.2015/3, K. 2017/3, 24.04.2017.

⁹⁰ YCGK E.2019/295, K. 2021/545, 11.11.2021.

⁹¹ "Bunların yanı sıra başvuru Burhan Güneş ve Aydın Yavuz'un, FETÖ/PDY üyelerinin kendi aralarındaki iletişimi sağladığı ifade edilen "ByLock" uygulamasının kullanıcı oldukları tespit edilmiştir (bkz. §§ 98, 103). Anılan uygulamanın özelliklerine ilişkin olarak soruşturma ve kovuşturma mercilerinde yapılan tespit ve değerlendirmeler (bkz. § 106) gözönüne alındığında kişilerin bu uygulamayı kullanmalarının veya kullanmak üzere elektronik/mobil cihazlarına yüklemelerinin soruşturma makamlarınca FETÖ/PDY ile olan ilgi bakımından bir belirti olarak değerlendirilmesi mümkündür. Bu belirtinin derecesi elbette söz konusu uygulamanın ilgili kişi tarafından kullanılıp kullanılmadığı, kullanım şekli, kullanım sıklığı, haberleşme yapılan kişilerin FETÖ/PDY içindeki konumu ve önemi, haberleşmenin içeriği gibi hususlara bağlı olarak her somut olayda farklı olabilir. Bununla birlikte darbe teşebbüsüyle veya FETÖ/PDY ile ilgili olarak yürütülen soruşturmalarda, soruşturma makamlarınca veya tutuklama tedbirine karar veren mahkemelerce, "ByLock"un kullanılmasının ve/veya kullanılmak üzere elektronik/mobil cihazlara yüklenmesinin somut olayın

4.2.3. Bilgisayar kütükleri

Bilgisayar kütüklerinden ne anlaşılacağı noktasında bir tartışma söz konusudur. Öncelikle kütük kavramından “log” kayıtlarının anlaşılması gerektiğinden söz edilmiştir. Ancak log kayıtlarının kütük kavramına karşılık gelmediği ifade edilmiştir. İnsan müdahalesi sonucu bilişim sistemi tarafından oluşturulan saklanan dosyalar bilgisayar kütüğü olarak açıklanmıştır. Bununla birlikte insan müdahalesi olmaksızın yalnızca bilişim sistemi tarafından üretilen ve saklanan dosyalar ise “log” kavramına karşılık gelmektedir⁹². Başka bir açıdan “log” internet hizmet sağlayıcılarının internet erişimini gerçekleştirdikleri kullanıcılara özgülenen IP (İnternet Protocol) numaraları ve diğer erişim bilgilerinin depolandıkları veri tabanlarından oluşmaktadır⁹³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında log kayıtlarının bilgisayar üzerinde olay kayıtları anlamına geldiğini ve ancak kastedilenin veri tabanı olduğunu ortaya koymuştur⁹⁴.

Konuyla ilgili olarak bir diğer görüş, elektronik veri kaydetme özelliği bulunan tüm cihazları bilgisayar kütüğü olarak kabul etmektedir⁹⁵. Yine bu görüşe benzer bir şekilde, CD, DVD, USB flash bellek, harici sabit disk, hafıza kartları vb. gibi bilgisayara bağlanabilen tüm diğer donanımlarda bulunan verilerin bilgisayar kütüğü olduğuna değinilmektedir. Buna dayanak olarak da yukarıda bahsedilen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin m. 17, f. 3 hükmü gösterilmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu görüşü yeni içtihatlarında benimsemiştir⁹⁶.

Yine Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin m. 17, f. 3 hükmü gerekçe gösterilerek arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütüklerine de uygulanabileceğine vurgu yapılmıştır⁹⁷. Bilgisayar ağları sayesinde farklı yerlerdeki kişiler arasında iletişim sağlanabilmekte ve paylaşımına açık ortamlarda dosya veri ve bilgi aktarımları yapılabilmektedir. Uzak bilgisayar kütükleri bakımından kişi, bizzat kullandığı bilgisayar üzerinde değil, bilakis kullandığı bilgisayar aracılığı ile ortak paylaşımına ve kullanıma açık diğer veri depolama araçlarına erişebilmektedir. YCGK yukarıda yer verilen bilgisayar kütüğü ile ilgili yeni içtihatlarında bilgisayar ağları üzerinde de CMK m. 134’teki tedbirlerin uygulanabileceğini ifade etmiştir. Kanaatimizce bilgisayar kütüğü kavramından

koşullarına göre suçun işlendiğine dair "kuvvetli belirti" olarak kabul edilmesi, anılan programın özellikleri itibarıyla temelsiz ve keyfî bir tutum olarak değerlendirilemez. Dolayısıyla "ByLock" kullanıcısı olduğu belirtilen başvuru Burhan Güneş ve Aydın Yavuz bakımından bu yönüyle de suç şüphesine ilişkin kuvvetli bir belirtinin bulunduğu sonucuna varmak gerekir.” Bkz. Aydın Yavuz ve Diğerleri 2016/22169 bireysel başvuru numaralı Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararı prg. 267; Program dahilinde teknik özellikler için bkz. Prg. 106.

⁹² Değirmenci, *Sayısal Delil*, 52, 53.

⁹³ Özbek, “Elektronik Ortamda”, 305.

⁹⁴ YCGK, E.2019/353, K. 2020/367, 18.06.2020.

⁹⁵ Keskin, “Bilişim Suçlarında”, 651.

⁹⁶ “CMK’nın 134. maddesindeki “bilgisayar kütükleri” ifadesi teknik anlamda sadece masaüstü ve dizüstü bilgisayarlarda bulunanları değil; CD, DVD, flash disk, disket, harddisk vs. tüm çıkarılabilir bellekler, telefon vb. dijital tabanlı mobil cihazlarda dahil olmak üzere herhangi bir bilgi işlem veya veri toplama araç ya da gerecinde bulunabilecek tüm dijital dosyaları kapsamaktadır. Adli Ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma” kenar başlıklı 17. maddesinde el koyma sırasında zorunlu kılınan yedekleme işleminin, “bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımlar hakkında da” uygulanmasının dayanağı budur.” YCGK, E.2023/285, K.2023/432, 14.09.2023; YCGK, E.2019/448, K.2023/436, 14.09.2023.

⁹⁷ Benek, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 374.

“log” kayıtları, veri depolama birimleri, veri tabanları, uzak bilgisayar kütükleri ve bilgisayar ağları anlaşılabilir. Bu şekilde tedbirlerin konusunun geniş yorumlanması esas nedeni teknolojik gelişime karşı ayak uydurabilmektir. Bu noktada ileri sürülen temel hak ve özgürlükleri kısıtlanmasına dair eleştiriler isabetli değildir⁹⁸. Zira somut delillere dayanan kuvvetli şüphe, başka surette delil elde edilmemesi ve hakim kararına dair koşulları temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından oldukça yeterlidir.

4.3. Tedbirlerin Uygulanacağı Kişiler Bakımından Kapsam

CMK m. 134 hükmünde belirtilen arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programı veya kütükleri üzerinde gerçekleşeceği açıktır. Madde lafzından anlaşılan fiili kullanımdır. Bu bakımdan ilgili bilgisayarın şüpheliye ait olması gerekmemektedir⁹⁹. Ancak suç şüphesi altında olmayan kişilerin bilgisayarları, şüpheli tarafından kullanılmadıkça CMK m. 134 hükmündeki tedbirlere konu olmayacaktır¹⁰⁰. Başka bir ifadeyle genel hükümlere atıf yapılarak şüphelinin kullandığı bilgisayarlara uygulanacak olan tedbirler üçüncü kişilere karşı genişletilmeyecektir¹⁰¹. Şüphelinin diğer kişilerin bilgisayarlarını kullandığı ileri sürülüyorsa bunun mutlaka arama kararının gerekçesinde izah edilmesi gerekmektedir. Diğer kişilere ait bilgisayarların münhasıran aranması için kanuni düzenleme yapılması şarttır¹⁰². Bu yönde bir kanuni düzenleme yapılacaksa tanıklıktan çekinebilecek diğer kişilerin elektronik verileri açısından bir hüküm ortaya koymak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Yalçınkaya v. Türkiye kararına konu olan Bylock programı açısından da konunun incelenmesi gerekir¹⁰³. Aralık 2016’da Milli İstihbarat Teşkilatı, Bylock verilerine ilişkin ilgili veri depolama birimlerini Ankara Cumhuriyet Savcılığına teslim etmiştir. Bunun akabinde Ankara 4. Sulh Ceza Hakimliği, bu verilerin incelenmesi bağlamında CMK m. 134 tedbirine hükmetmiştir. İlgili veriler esasen programın ana sunucularının bulunduğu Litvanya’dan elde edilmiştir. İlk etapta CMK m. 134’te şüpheli dışında kişilerin bu tedbire konu olmayacağı akla gelmektedir. CMK m. 134 hükmü yalnızca şüpheli açısından uygulanabilmektedir. Genel bir hüküm olan diğer kişilerle ilgili arama koruma tedbirine dair CMK’nın 117. maddesi de burada uygulama alanı bulamaz. Ancak burada dikkat çekici bir nokta vardır. İlgili tedbirler şüphelinin bizzat kullandığı bilgisayar,

⁹⁸ Eleştiriler için bkz. Sümer, “Ceza Muhakemesinde Mobil Telefona”, 105 vd. Kanunda belirtilmeyen bir hususun yönetmelikte gösterilerek koruma tedbirlerinin alanının şüpheli aleyhine genişletildiğine dair eleştiri için bkz. Erdoğan, “Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna”, 28.

⁹⁹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir içtihadında bu hususlara vurgu yapmıştır:

“CMK’nın 134/1. maddesinde “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde” arama ve kopyalama işleminin yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu maddede arama ve kopyalama işlemlerinin yapılacağı araçların şüpheliye ait olmasını aramamış, şüphelinin fiilen bu araçları kullanıyor olmasını yeterli görmüştür. Maddede özellikle “şüphelinin kullandığı” ifadesine yer verilmiştir; zira üzerinde arama ve kopyalama işlemi yapılacak bilişim sisteminin şüpheliye ait olması gerekmez. Şüphelinin maliki olduğu, kiraladığı, ödünç aldığı ya da ortak kullanıma açık bir bilgisayarı eylemini gerçekleştirirken kullanması bu tedbirin uygulanması için yeterlidir.” YCGK E. 2022/9-51, K. 2022/141, 03.03.2022

¹⁰⁰ Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 372.

¹⁰¹ Karşı görüş için bkz. Yaşar ve Dursun, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 22.

¹⁰² Doktrinde üçüncü kişilerin bilişim sistemlerinde suç delillerinin araştırılmasıyla ilgili olarak rızaen arama yapılmasının kanuna eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Değirmenci, *Sayısal Delil*, 320.

¹⁰³ AİHM, Yalçınkaya v. Türkiye, Başvuru no:15669/20, 26.09.2023.

akıllı telefon veya diğer veri depolama birimlerinden değil, bir bilgisayar programının ağ sunucusu üzerinden şüphelinin uzaktan kullandığı ve erişebildiği verilere yönelik uygulanmıştır. Dolayısıyla şüphelinin kullanmadığı veriler üzerinde bir tedbir uygulanmamış olup şüpheliyle ilgisi olmayan veriler de soruşturmaya dahil edilmemiştir. Nitekim AİHM de adli sürecin MİT'in dijital materyali adli makamlara tevdi etmesinden sonra başladığını ve bu andan itibaren soruşturmanın CMK hükümlerine göre yürütülmesi gerektiğini ifade ederek Bylock kullanımının belirlenmesi ve değerlendirilmesi için yapılan işlemleri hukuka uygun bulmuştur¹⁰⁴. Bahse konu koruma tedbirleri, mağdurunun bilgisayarı üzerinde uygulanıp uygulanmayacağı sorunu tartışılmalıdır. CMK m. 134'te buna ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰⁵. Belirtilmelidir ki bir bilişim suçunun delillerinin mağdurunun bilgisayarında bulunması mümkündür. Mağdur bu delile istinaden suç duyurusunda bulunabilir. Mağdur, suça ilişkin diğer delillerin kendi bilgisayarında bulunabileceği ihtimaliyle tedbirlerin uygulanmasını mahkemeden veya Cumhuriyet savcılığından talep edip edemeyeceği sorusu ileri sürülebilir¹⁰⁶. Konuya dair bir kanuni düzenleme bulunmasa bile kendisine karşı işlenen suçlarla sınırlı olmak kaydıyla mağdurun bilgisayarında arama yapılabilmesi mümkündür. Fakat burada CMK m. 134'teki koşullar söz konusu olmayacaktır¹⁰⁷.

Bilgisayarın yaygınlaşması adli hizmetlerin de sanal ortama aktarılması sonucunu doğurmuştur. O kadar ki avukatlar duruşmaların bir kısmı e-duruşma yoluyla gerçekleştirmektedirler. Bu bakımdan avukatların şüpheli olmaları durumunda bilgisayarlarının aranması gündeme geldiğinde hangi koruma tedbirinin uygulanacağı sorunu baş göstermiştir. Nitekim CMK'nın 130. maddesi avukat bürolarında arama, elkoyma ve postada elkoyma tedbirlerine yer veren özel bir hükümdür. Böyle bir özel hüküm verilmesinin esas nedeninin savunma dokunulmazlığının korunması olduğu gayet açıktır. Ne de olsa avukatın bilgisayarının aranması sadece suç şüphesi altında olan avukatın değil, suçla hiçbir ilgisi olmayan müvekkillerin de etkileneyeceği bir duruma neden olabilir¹⁰⁸. CMK m. 134 hükmünde ise avukatlara ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Şüpheli bir avukatın bilgisayarı üzerinde koruma tedbirleri uygulanacaksa ölçülülük ilkesi dikkate alınmalı, CMK m. 130 ve CMK m. 134 hükümleri birlikte uygulanabilmelidir. Böylelikle baro başkanı veya onu temsil eden avukat, şüpheli avukatın bilgisayarında arama işlemi yapılırken yanında bulunmalı ve avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye dair görüşlerini ileri

¹⁰⁴ Kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Efe Can Karabulut, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye Karar İncelemesi", *AHBVÜ-Hukuk Fakültesi Karar İncelemeleri Dergisi* 2, sy.2 (Aralık 2023): 103 vd.

¹⁰⁵ Yargıtay, eski bir kararında suçtan zarar gören tüzel kişinin bilgisayarında arama yapılabilmesini mümkün olduğunu belirtmiştir:

..virüs içeren bir e-posta veya e-postaların... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs bulaştırması sonucu doğacak zararın, şirketin gönderdiği e-postalar aracılığıyla başka adreslere virüs göndererek başka bilgisayarlara zarar vermesi ve kendi bilgisayarlarının sistem dosyalarını silerek çalışamaz duruma getirip iş ve zaman kaybına neden olması olduğunu... öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması..." Yargıtay 11. CD, E.2005/6367, K. 2007/2551, 16.04.2007.

¹⁰⁶ Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 93.

¹⁰⁷ Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda...", s. 277.

¹⁰⁸ Milana Pisaric, "Search and Seizure of Lawyer's Computers", *Thematic Conference Proceedings of International Significance* 9, sy.1 (2017): 196.

sürebilmelidir^{109,110}. Avukatın bilgisayarlarına ve veri saklama birimlerine bu tedbirler uygulanırken gerekli şartlara uyulmaması, ölçülülük ilkesine riayet edilmemesi, müvekkil-avukat gizliliğine uygun şekilde ve kısmi bir şekilde verilerin kopyalanması mümkünken tüm verilere elkonulması ve tedbirlere dair etkin denetim imkanlarının sunulmaması, AİHM tarafından ihlal kararlarına konu olmuştur¹¹¹.

4.4. Uzaktan Erişim, E-Posta ve Bulut Bilişimde Koruma Tedbirlerinin Uygulanabilirliği Sorunu

4.4.1. Uzaktan erişim yoluyla arama

Uzaktan erişim yoluyla arama (veya uzaktan arama) suç delilinin var olduğu noktasında bir bilişim sistemine gizli bir şekilde erişilerek delil arama faaliyeti olarak karşımıza çıkar. Bu yöntemle adli makamlar, ağa bağlı bir bilgisayarın sabit diskinde veya bilgisayara bağlı diğer veri depolama birimlerinde arama imkanına kavuşurlar. İlaveten elektronik posta trafiğinin izlenmesi ve ağ tarayıcısının faaliyetlerinin denetlenmesi de uzaktan arama ile mümkün hale gelmektedir¹¹².

Uzaktan erişim yoluyla aramada şüpheli, kullanmış olduğu bilişim sisteminde arama yapıldığı ve delil toplandığı noktasında herhangi bir bilgisi olmamaktadır¹¹³. Bu yönüyle bahse konu yöntem, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerine benzemektedir. Genel olarak bu yöntem Uzaktan Adli Yazılım (Remote Forensic Software-RFS), programıyla da mümkün olabilmektedir¹¹⁴. Bu program internet yoluyla gizli bir şekilde şüphelinin bilgisayarına yüklenebilmekte şüphelinin kullandığı süre boyunca kopyalama yoluyla delil toplanılmaya devam etmektedir.

Bu yöntem Almanya'nın Nord-Rhein Westfalen eyaletinde Anayasa'yı Koruma Kanunu'nun 5. maddesine (Article 5.2 no: 11) 20.12.2006 tarihinde eklenmişti. Bu değişiklik, gizli izleme, internet üzerindeki keşif ve bilgi sistemlerine gizli erişim olmak üzere önemli tedbirleri içermekteydi. Alman Anayasa Mahkemesi 27.02.2008 tarihinde bu değişiklik hakkında iptal kararı vermiştir. İptal kararında mahkeme, Alman Anayasası'nın 1. maddesindeki insanlık onuruna ve 2. maddesindeki kişi özgürlükleriyle ilgili kanun değişikliğinin bağdaşmadığını

¹⁰⁹ Aynı görüşte, Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 24.

¹¹⁰ 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'na göre, hakim ve savcıların görevleriyle ilgili suç iddiasına dair inceleme ve soruşturma işlemleri adalet müfettişlerince yerine getirilir. Kanun'un 101. maddesi uyarınca müfettişler, yeminle dinleme, istinabe yoluna başvurma ve zorunlu hallerde arama yapabilirler. Fakat buradaki arama tedbiri, genel arama tedbirinden farklı olarak hüküm altına alınmış olan CMK m. 134'teki tedbirlerden farklılık arz eder. Bu yüzden bilişim sistemlerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine dair CMK m. 134 hükmü adalet müfettişlerince uygulanamaz. Bu durumda CMK m. 134'teki hüküm hakim ve savcılar bakımından da uygulanabilir. Değirmenci, *Sayısal Delil*, 327-337; Askeri mahallerde bulunan bilgisayarları arama bakımından CMK m. 119 ile CMK m. 134 hükmü birlikte uygulanmalıdır. Bkz. Duran, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 236.

¹¹¹ Wieser ve Bicos Beteiligung GmbH v. Avusturya, Başvuru No: 74336/01, 16.10.2007; *Petri Sallinen ve Diğerleri v. Finlandiya*, Başvuru No: 50882/99, 27.09.2005; *Smirnov v. Rusya*, Başvuru No: 71362/01, 07.06.2007; *Robathin v. Avusturya*, Başvuru No: 30457/06. İlgili kararlara ilişkin değerlendirmeler için bkz. Pisaric, "Search and Seizure", 200 vd.

¹¹² Değirmenci, *Sayısal Delil*, 225.

¹¹³ Özen ve Özocak, "Adli Bilişim", 50.

¹¹⁴ Literatürde bahse konu programla ilgili olarak "online arama" "federal trojan" gibi çeşitli yakıştırmalar yapılmıştır. Bkz. Wieke Abel ve Burkhard Schafer, "The German Constitutional Court on the Right Confidentially and Integrity of Information Technology Systems – A Case Report on BverfG, NJW 2008, 822.", *A Journal of Law, Technology & Society* 1, sy. 1 (April 2009): 108.

ifade etmiştir. Kararda bireylerin, bilgi teknolojisi sistemlerinde mahremiyet ve bütünlüğün sağlanması yönünde hakları olduğu belirtilerek kanun değişikliği ile bunların ihlal edildiğine işaret edilmiştir¹¹⁵.

CMK'nın 134. maddesinde bu yöntemle bir arama yapılabileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Keza Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin m. 17, f. 3 hükmündeki uzak bilgisayar kütükleri üzerindeki ortak paylaşıma ve kullanıma açık veri depolama araçları üzerinde uygulanan tedbirler de uzaktan erişim yoluyla arama kapsamına girmemektedir. İlgili yönetmelikte şüphelinin kendisi bu verileri ağ üzerinden kullanabilme imkanına sahipken bu yöntemde şüphelinin bilgisayarına uzaktan erişim sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu iki husus birbirine karıştırılmamalıdır.

Bu yöntemle bilişim sistemi üzerine arama yapmak, şüphelinin deliller üzerinde sorgulama ve haklarının korunmasını isteme hakkını bertaraf etmektedir. Çünkü elde edilen deliller üzerinde özet (hash) değerinin alınması söz konusu olmayacağından kopyalanan delil ile orijinal delil arasında bir karşılaştırma yapılamamaktadır. Ortaya çıkan bu durumda elde edilen delilin güvenilirliğine itibar edilmeyecektir¹¹⁶. Öte yandan kolluk veya üçüncü kişiler, bu yöntemle hukuka aykırı müdahalelerde bulunabilirler¹¹⁷. Keza kolluk veya üçüncü kişiler, uzaktan aramayı mümkün kılan programlarla bilişim sistemine delil aktarabilirler.

Temel hak ve özgürlükler açısından bakıldığında uzaktan erişim yoluyla arama ağır ihlallere neden olacaktır. Konuya dair bir düzenleme olmamasıyla birlikte bu yöntemin uygulanmasının hukuka aykırı olduğu açıktır¹¹⁸. Herhangi bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmadığından haberleşmenin gizliliğini ihlal (TCK m. 132), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme (TCK m. 136), bilişim sistemine girme (TCK m. 243) ve sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun işlendiği ileri sürülebilir¹¹⁹.

4.4.2. E-Postalarda arama

E-posta, mektupla yapılan iletişimin internet alanına yansımından ibarettir. Buradaki iletişim klasik kağıt-zarf-postane üçlemesinden ziyade, bilişim aracı, elektronik posta belgesi ve elektronik posta sunucusu ile gerçekleşmektedir. E-posta hazırlanıp gönder komutu verildiğinde ilk olarak e-posta sunucusuna ulaşır. Daha sonra sunucu tarafından alıcının kullanıcı adı ve parolası kontrol edildikten sonra alıcıya iletilir. İlk zamanlar gönderildiği zaman sunucuların veri tabanından silinen e-postalar artık geniş depolama olanakları sayesinde silinmemekte ve sunucuda saklanabilmektedirler¹²⁰.

E-postalarda mesaj içeriği bizzat suç teşkil edebileceği gibi bunlara ekleri de bir suça delil teşkil edebilir. Bunların araştırılması maddi gerçeğe ulaşmada önemlidir. Üstelik bir bilgisayar virüsü e-posta ekine yüklenerek diğer kişilere iletilebilmektedir. Bu durumda kişinin bilgisayarına virüs bulaştırılmakta ve verilerin yok edilmesi halinde TCK m. 244

¹¹⁵ Abel ve Schafer, "The German Constitutional Court" 109 vd.

¹¹⁶ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 236.

¹¹⁷ Özen ve Özocak, "Adli Bilişim", 50; Aynı görüşte, Aktaş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 231.

¹¹⁸ Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", 282; Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 24; Yavuz Erdoğan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Eklenmesi Gereken Depolanmış Verilerin Korunmasına İlişkin Koruma Tedbirleri", *Terazi Hukuk Dergisi* 13, sy.142 (Haziran 2018): 28.

¹¹⁹ Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde", 181.

¹²⁰ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 152-153; Keza e-postalar, internet servis sağlayıcılarının tuttıkları rutin yedeklemeleri içerisinde de yer alabilirler. Bkz. Berber, *Adli Bilişim*, 124.

hükmündeki suç işlenmektedir. E-postalar aynı zamanda bir iletişim aracıdır. Dolayısıyla CMK m. 135 hükmünün mü yoksa bilişim sistemlerine uygulanan koruma tedbirlerinin mi geçerli olacağı konusu tartışmalıdır¹²¹. Aynı tartışma AK-SSS'nin açıklayıcı memorandumunda da yapılmış ve hangi koruma tedbirinin uygulanacağı konusunda takdiri sözleşmeye taraf devletlere bırakmıştır¹²².

Bu durumda tedbirlerin niteliğinden hareket edilerek cevap aranmaya çalışılmalıdır. E-postaların internet yoluyla elde edilmesi mümkünse bu durumda CMK m. 135'teki iletişimin denetlenmesi tedbirleri gündeme gelecektir¹²³. E-posta yoluyla CMK m. 135'teki tedbirlerin geleceğe yönelik olduğu unutulmamalıdır. İlgili e-postalar göndericiden sunuculara, sunuculardan alıcılara gönderildiği sırada akış halindedir¹²⁴. CMK m. 135'teki tedbirler ileride gönderilecek ve alınacak e-postalarla sınırlıdır. E-posta kutusuna e-posta düştüğü anda artık durağan bir veriden bahsedilmelidir. Bu takdirde CMK m. 134'teki tedbirlerin uygulanması gerekecektir¹²⁵. E-postalar alıcının bilgisayarında kayıtlıysa ve geçmişe dönük bir arama gündeme geliyorsa bu takdirde CMK m. 134'teki tedbirler uygulama alanı bulacaktır^{126,127}. Yukarıda zikrettiğimiz Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E.2015/3, K. 2017/3, 24.04.2017 tarihli kararında da bu yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

4.4.3. Bulut Bilişim üzerinde arama

Elastiki ve ölçeklenebilir bilgi teknolojileri olanaklarının, birden fazla kullanıcıya sanal hale getirilen bir ortamda hizmet olarak sunulmasına bulut bilişim denilmektedir¹²⁸. Bulut bilişim diğer bir ifadeyle dış kaynak kullanımına istinaden kullanıcılarına program kullanabilme ve veri yükleyebilme hizmeti sağlayan, internet bağlantısı olan her yerden erişilmesi mümkün olan bir bilgi teknolojisi çeşididir¹²⁹. Burada önemli olan husus sanallaştırmadır. Tek bir bilgi merkezi, farklı kullanıcılara hizmet sağlayabilmek için sanallaştırılmakta ve çok sayıda sisteme dönüştürülmektedir¹³⁰.

İnternet yoluyla kişi kendi bilgilerini bulut bilişim hizmet sağlayıcılarına gönderebilir. Bu sayede bulut bilişimde yer alan bilgilerini kendi bilgisayarını kullanmaksızın başka bir cihaz üzerinden de erişebilir. Bulut bilişim aynı zamanda bir medya alanıdır. Kişiler video, fotoğraf, ses ve çeşitli metin dosyalarını kendi bilgisayarlarında tutmak yerine bulut bilişime

¹²¹ E-postalar üzerinde CMK m. 129 hükmünde yer alan postada elkoyma tedbirinin uygulanmayacağı barizdir. Zira elektronik veri ile somut bir posta arasında farklılık söz konusudur ve ayrı koşullar gündeme gelecektir. Bkz. Ünal, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 91.

¹²² Bkz. AK-SSS memorandumun 190. paragrafı.

¹²³ Sümer, "Ceza Muhakemesinde Mobil Telefona", 104.

¹²⁴ Burak Melemez, "Mesajlaşma Uygulamaları İle Bulut ve Sosyal Medya Ortamlarından Sayısal Delillerin Elde Edilmesi", *TBB* 167, (Temmuz-Ağustos 2023): 93.

¹²⁵ Melemez, "Mesajlaşma Uygulamaları", 92.

¹²⁶ Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi*, 430; Özen ve Özocak, "Adli Bilişim", 70; Duran, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 70,

¹²⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) bir kararında e-postalarda arama noktasında, postada elkoymaya (§ 99) dair hükümlerin kıyasen uygulanabileceğini belirtmiştir. Karar için bkz. BGH 1 StR 76/09, 31.03.2009, 1828, son güncelleme 19 Eylül 2024, <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/1/09/1-76-09.php>.

¹²⁸ Onur Sevlı ve Uğur Küçükşille, "Bulut Ortamında Adli Bilişim", 6. *Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı*, (Ankara: 2013), 268.

¹²⁹ Metin Turan, *Bulut Bilişim*, (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 72.

¹³⁰ Sevlı ve Küçükşille, "Bulut Ortamında Adli Bilişim", 269.

yükleyebilir. Bilinmelidir ki, bulut bilişimdeki veriler, hizmet sağlayıcının veri saklama merkezlerinde bulunmakta ve bu merkezler üzerinden sanal ortama sunulmaktadır¹³¹. Bu alandaki verilerin mülkiyeti hizmet sağlayıcıların nezdinde bulunsun da kullanıcılara aittir¹³². Bu noktada kişilere ilişkin verilerin bulut bilişimde sanal ortamda bulunması, diğer kişi ve kuruluşlara ait bilgilerin yine bu ortamda şifreli olarak saklanması, bulut bilişim alanına dair hukuki düzenlemelerin eksikliği, sistem yöneticilerinin buluttaki bilgilere her an değiştirebilme gücünün bulunması, bunlara olan güvenilirliği noktasında şüphe doğurmaktadır. Bu alandaki verilerin güvenilirliğinin etkilenmesi; ceza muhakemesinde kullanılabilmesi, hükme esas alınması ve maddi gerçeğe ulaşma bakımından engel oluşturduğu ifade edilebilir¹³³. Buna karşılık bu alandan elde edilen delillerin güvenilir oluşu başka diğer bulgularla test edilebiliyorsa bunların ceza muhakemesinde kullanılabilmesi açısından herhangi bir engel olmamalıdır.

Bulut bilişim alanındaki elektronik verilerin elde edilmesinde üç farklı yöntem karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan birincisi CMK m. 134'teki tedbirlerdir. İkincisi ise kullanıcılara ait bilgilerin girilmesi suretiyle bulut bilişimdeki saklanan verilerin elde edilmesidir. Bulut bilişim hizmet sağlayıcısı yurt içi veya yurt dışında bulunan veri saklama merkezlerinde Son olarak bulut bilişim hizmet sağlayıcıları yurt dışında ise bunlardan veri elde edilmesi, adli yardımlaşma yoluyla gerçekleşmesidir¹³⁴.

Kişinin kendi bilgisayarındaki verilerin kullanımı fiziki bir kullanımdır. Bulut bilişimde ise bu kullanım fiziki değil, sanaldır¹³⁵. Dolayısıyla CMK m. 134 hükmündeki “*şüphelinin kullandığı*” ibaresinden hem fiziki hem de sanal bir kullanım öngörülmüşse bu durumda bulut bilişim alanı üzerinde de arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir¹³⁶. Maddedeki “*bilgisayar kütükleri*” ibaresinin bulut bilişimi de kapsadığına vurgu yapılmaktadır. Buna ek olarak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin m. 17, f. 3 hükmündeki “*bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri*” ibaresinin de sanal kullanıma gerekçe oluşturduğu belirtilebilir¹³⁷. Buna karşılık CMK'nın 134. maddesinde, maddenin açıklayıcı gerekçesinde bulut bilişime dair bir açıklığın olmadığından bahsedilmektedir¹³⁸. Aynı hususlar yönetmelikteki ilgili hüküm açısından da ileri sürülebilir. Her ne kadar bulut bilişimdeki verilerin şüpheli tarafından kullanımı söz konusu olsa da arama tedbirinin hizmet sağlayıcılarının veri depolama merkezlerinde uygulanacağı ihtimali belirlemektedir. Dolayısıyla CMK m. 117 hükmündeki diğer kişiler

¹³¹ Ayrıca veri saklama merkezlerinin sabit olması da gerekmez. Elektronik veriler bulut hizmet sağlayıcısına ait veri merkezleri arasında sürekli bir akış halinde de olabilir. Melemez, “Mesajlaşma Uygulamaları”, 103.

¹³² Bu alana ilişkin veri saklama merkezlerinde bulunan tüm veriler, kullanıcılara ait değildir. Kullanıcı tarafından yüklenen ve sanal makinelerde işlenen veriler kullanıcıya aittir. Buna karşılık kullanım bilgileri, kullanıcı hesap bilgileri ile kullanıcılara ait verilerin nerede tutulduğu, ne zaman sanal ortama aktarıldığı ve ne zaman değişikliğe uğramasına ilişkin bilgileri ve sistemin fiziki unsurlarının mülkiyeti hizmet sağlayıcıya aittir. Resul Göksoy, *Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması*, (Ankara: Seçkin Yay., 2019), 133.

¹³³ Sarsıkoğlu, “Ceza Muhakemesinde Delil”, 527.

¹³⁴ Melemez, “Mesajlaşma Uygulamaları”, 102.

¹³⁵ Melemez, “Mesajlaşma Uygulamaları”, 104.

¹³⁶ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 321, 322.

¹³⁷ İlgili görüş için bkz. Uğraş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında”, 116.

¹³⁸ Özde Dereboylular, “Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümleri Uygulanabilirliği” *Ceza Hukuku Dergisi* 14, sy 39, (Nisan 2019): 183.

bakımından arama tedbiri gündeme gelmektedir¹³⁹. İlgili diğer kişi, bulut bilişim hizmeti veren bir tüzel kişi de olabilir. Şüphelinin kullandığı, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri üzerinde arama yapılabilmesi mümkünse de bunun çok geniş bir şekilde anlaşılması oldukça belirsizdir. Örneğin aynı işyerinde birbirine bağlı bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesi gayet olasıdır. Fakat bu hükümlerin bulut bilişimi içerecek şekilde anlaşılması ve tedbirin uygulanmasının nasıl yapılacağı hususunda özel bir düzenleme gerektiği kanısındayız.

Bu düzenlemenin olmayışı Cumhuriyet savcılığının CMK m. 160 ve m. 161 hükümleri uyarınca bulut bilişim hizmet sağlayıcılarından bilgi edinebilmesi ihtimalini gündeme getirmektedir. Örneğin, yurt içinde faaliyet gösteren bulut bilişim hizmeti sağlayan tüzel kişiden şüphelinin bilgilerini istemesi durumunda ne şekilde bir işlem yapılacağı hususunda bir belirsizlikle karşı karşıya kalınmaktadır. Şüphelinin kullandığı bilgiler, aynı zamanda suç şüphesi altında olmayan diğer kişilerle paylaşılabilir. Diğer bir anlatımla bulut bilişimde şüphelinin kullandığı veriler, diğer kişilerin de verileri olabilir¹⁴⁰. Bu itibarla ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmadaki kamu yararı ile kişilerin özel hayatın gizliliği noktasında çıkar çatışması ortaya çıkmaktadır¹⁴¹. Maddi gerçeğe ulaşmak için bulut bilişimde genel soruşturma yetkilerine istinaden veri talep edilmesi ve bunların elde edilmesi temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale oluşturur. Özellikle kendi bilgisayarını üzerinde CMK m. 134 hükmündeki sıkı şartlar aranırken, bulut bilişimdeki verilerin genel soruşturma yetkilerine dayanılarak elde edilmesi bir çelişki yaratacaktır. Bu çelişkiyle karşılaşmamak adına bulut bilişimde bir arama yapılması gündeme gelirse, konuya dair yeni bir düzenleme getirilinceye kadar CMK m. 134'teki tedbirler uygulanmalıdır¹⁴². Bu alanda tüm veriler üzerinden arama kararı verilememeli, kullanıcı bilgisi, üst veri bilgileri ve IP adresleri ile sınırlı bir şekilde tedbir yürütülmelidir¹⁴³.

Bulut bilişimde kullanıcı bilgi ve şifrelerin girilmesiyle verilere ulaşılması mümkündür. Fakat şüphelinin bu bilgileri adli makamlara verme gibi bir verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim, Anayasa'nın m. 38, f. 5 hükmü uyarınca hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yolda delil göstermeye zorlanamayacaktır. Böylelikle şüpheli bulut bilişime erişim için gerekli bilgi ve şifreleri vermekten kaçınabilir. Kullanıcı adı ve şifreler, şüpheliye başvurulmaksızın birtakım programlar aracılığı ile kırılabilmesi mümkündür¹⁴⁴. Fakat bu yöntem, veriler üzerinde savunma makamının

¹³⁹ Alman ceza muhakemesi hukukunda bulut bilişim alanında verilerin aranmasında belgelerin ve veri taşıyıcıların incelenmesi (StPO § 110/3) tedbiri uygulanmaktadır. Tedbirlerden üçüncü kişilerin etkilendiği ileri sürülüyorsa StPO § 98/2 hükmü uyarınca hakim veya mahkeme tarafından bir karar verilmesi gerekir. Bu durumda bu verilere sahip olan üçüncü kişiler de StPO § 33/2/3 hükümleri uyarınca dinlenebilme hakkından yararlanabilmektedir. Bkz. Uğraş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 114.

¹⁴⁰ Örneğin, "google drive" ya da "yandex disk" uygulaması dolayısıyla birden fazla kişi aynı metni yazabilmekte, tablo oluşturabilmekte ve sunum dosyası hazırlayabilmektedir. Bununla birlikte ilgili dosya üzerinde hangi tarih ve zamanda hangi işlemin gerçekleştirildiği de belirlenebilmektedir.

¹⁴¹ Dereboylular, "Bulut Bilişim", 175.

¹⁴² Aynı yönde bkz. Melemez, "Mesajlaşma Uygulamaları", 105; Bulut bilişim alanında CMK m. 134 hükmünün uygulanabileceğine dair diğer görüşler için bkz. Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında" 394; Çekiç, "Bilgisayar Verilerinde", 181.

¹⁴³ Göksoy, *Dijital Delillerin Elde Edilmesi*, 133.

¹⁴⁴ Alman ceza muhakemesi hukuku uygulamasında, hukuka uygun olarak verilen bir arama kararına istinaden ilgili şifreler adli bilişim uzmanlarınca kırılabilir. İlgili yöntemin zorlayıcı da olsa orantılı olabileceğine değinilmiştir. Bkz. Uğraş, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 114.

karşılaştırma yapma imkanını ortadan kaldırmaktadır. Bu sorunun oluşmaması için bulut bilişimde arama tedbiri, adli bilişim uzmanı olan bilirkişilerce (CMK m. 63) yürütülmeli ve şüphelinin bu inceleme bakımından bir uzmandan mütalaa (CMK m. 67, f. 6) almasına olanak tanınmalıdır¹⁴⁵.

Bulut bilişim alanında CMK m. 134'teki tedbirlerin uygulanmasında karşılaşılan en mühim sorun hizmet sağlayıcılarının ülke dışındaki bir tüzel kişi olması veya bu tüzel kişi yerel olsa bile verilerinin başka bir ülkede veri depolama merkezinde saklanmasıdır¹⁴⁶. Bu durumda soruşturmaya konu olacak verilerin nasıl elde edileceği sorusuna cevap aranmalıdır. Zira koruma tedbirlerinin uygulanması başka bir ülkenin yargı yetkisi alanına girmektedir. Sorunun çözümü için adli yardımlaşma yoluna gidilecektir. AK-SSS'nin m. 19/2 hükmü özel bir adli yardımlaşma hükmüdür. Sözleşmeye taraf olan devletler, birbirlerinin yargı yetkisi alanında, işbirliği dahilinde arama veya sisteme erişimlerini çabuk bir şekilde sağlama yönünde kanuni düzenlemeler yapma yükümlülüğü altındadır¹⁴⁷. Sözleşmedeki bu hükme ilişkin mevzuatımızda özel bir düzenleme henüz yapılmamıştır¹⁴⁸. Sözleşmeye taraf olmayan bir devletin egemenlik yetkisi altındaki verilere erişim açısından karşılıklı olarak imzalanan adli yardımlaşmaya dair özel sözleşmelerdeki hükümler rol oynayacaktır.

Adli yardımlaşma yoluna gidilmeden sorunun bir diğer çözümü şüphelinin rızasıdır. AK-SSS'nin m. 32/b hükmünde ilgili verileri şüphelinin kendi rızası ile verebilmesine olanak tanınmıştır¹⁴⁹. Şayet şüphelinin böyle bir iradesi yoksa sözleşmenin 19. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Adli yardımlaşmadan kaçınmak amacıyla böyle bir yola başvurulması, şüphelinin veri üzerinde tasarruf edebilme yetkisini kazandırır. Bu çerçevede suça konu olabilecek verilerin şüpheli tarafından ortadan kaldırılabilme ve tahrip edebilme riski doğmuş olacaktır. İlgili riskler nedeniyle sözleşmenin 32/b hükmü eleştirilmiştir¹⁵⁰.

¹⁴⁵ Duran, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 224.

¹⁴⁶ Dereboylular, "Bulut Bilişim", 183; Şayet bulut bilişim sisteminin hizmet sunucuları ve veri depolama merkezleri yurt dışında yer alıyorsa kullanıcıya ait hesap bilgileri ve şifreler bir program sayesinde kırılarak kullanıcıya ait verilere erişim sağlanıyorsa hizmet sağlayıcının bulunduğu ülkede suç oluşturabileceği ihtimali akla gelmekte ve bu tür bir yönteme başvurulmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Değirmenci, *Sayısal Delil*, 249.

¹⁴⁷ AK-SSS m. 19/2 hükmü şu şekildedir:

"Taraflardan her biri, paragraf 1.a uyarınca, makamlarının özel bir bilgisayar sisteminin tamamını veya bir kısmını araması veya benzer şekilde bunlara erişim sağlaması söz konusu olduğunda ve aranan verilerin kendi ülkesindeki başka bir bilgisayar sisteminin tamamında veya bir kısmında depolanmış olduğuna inanmak için gerekçeleri bulunduğu ve söz konusu veriler yasalara uygun biçimde ilk sistemden erişebilir veya ilk sistem için kullanılabilir olduğunda, makamlarının arama veya benzer şekilde sisteme erişim işlemlerini süratle diğer sisteme teşmil edebilmelerini sağlamak için gerekli olabilecek yasama tedbirlerini ve diğer tedbirleri kabul edecektir."

¹⁴⁸ Melemez, "Mesajlaşma Uygulamaları", 126.

¹⁴⁹ Sözleşmenin 32. maddesinin b bendindeki hüküm şu şekildedir:

"Kendi ülkesindeki bir bilgisayar sistemi aracılığıyla, diğer tarafın ülkesindeki depolanmış verilerine, eğer bu taraf, söz konusu bilgisayar sistemi aracılığıyla veriyi ifşa etme yetkisini yasal olarak haiz bulunan kişinin yasal ve gönüllü onayını sağlayabilirse, söz konusu verilere erişebilir veya bunlara temin edebilir".

¹⁵⁰ Erdoğan, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna", 28.

4.5. Tesadüfen Elde Edilen Delillerin Durumu

Bir bilgisayar üzerinde arama tedbiri uygulandığı sırada delille ilgili bilgilerin yanı sıra, yargılama ile ilgisi olmayan önemli derecede veri içerdiği vakidir. Kural olarak hakim veya mahkeme kararında belirtilen suçla sınırlı olmak kaydıyla bilişim sisteminde arama tedbiri uygulanacaktır. Arama kararında aramanın nedenini oluşturan fiile yer verilmesi bir mecburiyet arz eder (CMK m. 119). Buradan hareketle soruşturmaya konu olan bir suç haricinde arama tedbiri genişletilmeyecektir. Aksi takdirde yapılan uygulanan arama ve kopyalama tedbirleri hukuka aykırı olduğu gibi elde edilen elektronik deliller de hukuka aykırı olur.

Kural bu olmakla birlikte, soruşturmaya konu olan suçun arandığı sırada başka bir suçun işlendiği izlenimini uyandıran bir delille karşı karşıya kalındığında ne şekilde hareket edileceği sorusu akla gelmektedir. Örneğin, bir bilişim suçunun delilleri bilgisayarda arandığı sırada, çocuk pornografisine (TCK m. 226, f. 3) dair resim ve videolara rastlanabilir. CMK'da tesadüfen elde edilen deliller başlığı altında düzenlenen 138. maddenin 1. fıkrasında arama ve elkoyma sırasında soruşturma ve kovuşturma dışında diğer bir suçun işlendiği şüphesini doğuran delillerin elde edinmesini düzenlemektedir. İlgili delil muhafaza altına alınarak Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilecektir. Bu hüküm, genel arama ve elkoyma hükümlerinin uygulanmasıyla elde edilen delilleri konu edinmektedir. Maddenin 2. fıkrası, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleriyle ilgilidir. İletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması sırasında soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan ve fakat CMK m. 135, f. 8 hükmünde belirtilen katalog suçlardan birinin işlendiği şüphesini doğuran bir delil elde edilirse bu delil muhafaza altına alır ve durum Cumhuriyet savcılığına derhal bildirilecektir¹⁵¹. Katalog kapsamına girmeyen bir suça ilişkin delil elde edilirse bunun değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair bir hüküm kanunda bulunmamaktadır. Dolayısıyla katalog kapsamında sayılmayan bir suçtan delil elde edilmişse bunun yargılamada kullanılabilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde CMK m. 138, f. 2 hükmü devre dışı kalacaktır¹⁵².

CMK m. 134'te yer alan koruma tedbirleri, yukarıda belirtildiği üzere CMK'nın 116 ve 123. maddeleri arasında yer alan arama ve elkoyma koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturur. Bu bahisle CMK m. 138, f. 1'de belirtilen hüküm uygulama alanı bulacaktır¹⁵³. Bu doğrultuda bir bilgisayar üzerinde arama, kopyalama ve elkoyma uygulandığı sırada soruşturma konusu suçtan başka bir suça ilişkin delile rastlanılırsa, bu delil muhafaza altına alınacak ve derhal Cumhuriyet savcılığına bildirilecektir¹⁵⁴. Bu delil muhafaza altına

¹⁵¹ CMK m. 138, f. 2 hükmü, "hakim kararı aranması" koşulunun bir defaya mahsus olmak üzere bir istisnasını teşkil etmektedir. Böylelikle hakkında karar verilmemiş olan kimse, ilk kez dinlenilmişse, bu delilin ceza muhakemesinde kullanılması mümkün hale gelmiştir. Fakat dinlemeye takılan kişiyle ilgili iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin uygulanması gerekiyorsa bu hususta yeni bir karar alınması için müracaat edilmelidir. Şayet soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan başka ve katalog suç dahilinde bir suça dair tesadüfen delil elde edilmişse, bu durum Cumhuriyet savcılığına bildirilecek ve yeni bir soruşturma açılacaktır. Yeni soruşturma kapsamında koşulları gerçekleşmişse iletişimin denetlenmesine ilişkin karara hükmedilebilecektir. Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi*, 387.

¹⁵² Ünal, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 124.

¹⁵³ Tesadüfen elde edilen delilin şikâyeteye bağlı bir suç olması halinde ne şekilde bir uygulama yapılabileceğine dair bkz. Yaşar ve Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 29.

¹⁵⁴ Şahin, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda", s. 278; Benek, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında", 404.

alındıktan sonra arama kararında belirtilen suça ilişkin delillerin aranmasından vazgeçilip diğer suça dair delillerin aranmasına başvurulamaz. Buradan hareketle başka delillere de erişilirse artık tesadüfen elde edilen delilden söz edilemez¹⁵⁵. Elde edilen deliller artık arama kararına dayanmadığı için hukuka aykırı olacaktır. Tesadüfen elde edilen delil muhafaza altına alınmış ve Cumhuriyet savcılığına bildirilmişse bu delile konu olan suç hakkında yeni bir soruşturma açılmalıdır. Cumhuriyet savcılığı yeni suç dolayısıyla bilgisayar üzerinde arama yapılması için CMK m. 134 hükümlerine uygun olarak hakimden karar talep edebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamı söz konusuysa arama kararını bizzat Cumhuriyet savcısı verebilir ve bu karar yirmi dört saat içinde hakim onayına sunulur.

Doktrinde, CMK m. 134'teki tedbirler ile CMK m. 135'te düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin müdahale ettiği temel hak ve özgürlükler alanının hemen hemen aynı olduğu ve hatta CMK m. 134 hükmünün daha fazla hakka müdahale ettiği ifade edilmektedir. Bu yüzden CMK m. 134 hükmü açısından da katalog suçlara yer verilmesi gerektiği savunulmaktadır¹⁵⁶. CMK m. 134'te sayılan tedbirler için bir suç sınırlaması yoktur ve her suç bu tedbirin konusunu oluşturmaktadır. Kanaatimizce de temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından yaklaşıldığında, CMK m. 135 hükmünde katalog suçlar öngörülmüşken CMK m. 134'te katalog suçlara yer verilmemesi bir eksiklik teşkil eder¹⁵⁷.

5. Sonuç

Öncelikle bilişim sisteminde arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin CMK'nın 134. maddesine "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe" ibaresi, 6526 sayılı Kanun'unla getirilmiş olup temel hak ve özgürlüklere orantılı müdahale bakımından isabetli olduğunu belirtmek gerekir. Bu Kanunla şüphe seviyesi makul şüpheden kuvvetli şüphe seviyesine doğru çekilmiştir. Bununla birlikte 7145 sayılı Kanunla getirilen değişiklik sonrası gecikme sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcılığının tedbirlere karar vermesi bilişim suçlarıyla mücadele bakımından önemlidir. Benzer hususlar telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından öngörülmüşken, bilişim sisteminde uygulanacak koruma tedbirleri için düzenlenmemesi bir eksiklik teşkil etmekteydi. Bu eksikliğin giderilmesini olumlu bulmaktayız.

Bilişim sisteminde arama ve kopyalama işlemlerinin olay yerinde gerçekleştirilmesi yapılan işlemin uzun sürmesine neden olabilmekteydi. Bu durum kanunda yer almasa da doğrudan elkoymayı gündeme getirmekteydi. Önemli olan cihazlara değil, olay yerindeki verilerin elkonulması, yani kopyalanmasıdır. Ancak 7145 sayılı Kanun'la işlemin uzun süreceği gerekçesiyle doğrudan bilgisayarlara veya veri saklama birimlerine elkonulması, mümkün hale getirilmiştir. Böylelikle elkoymaya yeni bir kanuni temel hazırlanmıştır. Bu düzenlemenin getirilmiş amacı savunma makamının itirazlarına cevap oluşturmaktır. Fakat olay yerinde cihazlardaki verilerin kopyalanmasının esas olduğu ve elkoymanın son çare olduğu unutulmamalıdır. Ayrıca elkoyma uygulanırken arama tutanağında (CMK m. 121) neden "işlemin uzun sürecek" olduğu açıklanmalı ve keyfiliğe neden olunmamalıdır.

¹⁵⁵ Değirmenci, *Sayısal Delil*, 449.

¹⁵⁶ Aktaş, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 235.

¹⁵⁷ Aktaş, "Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında", 235; Arslan, "Dijital Delil", 258.

Aramanın kapsamı açısından uzaktan aramanın CMK m. 134 hükmü kapsamında olmadığı özellikle vurgulanmalıdır. Bir bilgisayar programının gizli bir şekilde şüphelinin bilgisayarına yerleştirilmesinin temel hak ve özgürlüklere ve kişisel verilerin korunmasına ağır bir müdahale anlamına geleceği açıktır. Sadece şüphelinin değil, şüpheliyle ilişki kuran tüm diğer kişilerin de temel hak ve özgürlükleri ağır bir ihlalle karşı karşıya kalacaktır. Bu konuda kanuni bir düzenleme getirilse dahi, özel hayatın gizliliğine ilişkin Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık oluşturacağı düşüncesindeyiz.

Bulut bilişim alanında arama ve kopyalama tedbirlerinin uygulanması açısından CMK m. 134 hükmünde bir açıklığın olduğundan bahsetmek güçtür. Nitekim CMK m. 134 hükmünde geçen şüphelinin kullanımı fiziki olup sanal değildir. Bilgisayar ağlar ve diğer uzak bilgisayar kütüklerinde arama yapılması, bulut bilişime tam karşılık gelmemektedir. Bulut bilişimde veriler esasen bu alanda faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılarının veri depolama merkezlerinde bulunmaktadır. Bu durumda Cumhuriyet savcılığının genel soruşturma yetkilerine dayanarak yurt içinde faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılarından elektronik delil talep edip edemeyeceği sorunu baş göstermektedir. CMK m. 134 hükmü varken, genel soruşturma yetkilerine dayanılarak bulut bilişim alanında delil elde edilmesinin temel hak ve özgürlüklere ciddi bir müdahale teşkil ettiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından CMK m. 134 hükmünün hali hazırda uygulanması gerektiği söylenebilir de uygulamada tereddütlerin önüne geçebilmek kaydıyla bu konuda açık bir kanuni düzenlemeye ihtiyaç olduğu belirtilmelidir. Diğer bir ifadeyle CMK m. 134 hükmü, bulut bilişim alanındaki elektronik delillerin elde edilmesine yönelik tadil edilmelidir.

Bulut bilişim alanındaki verilere kullanıcı adı ve şifre bilgisinin temin edilmesiyle de ulaşılabilir. Fakat şüpheliden bu bilgilerin temin edilmesine yönelik bir zorlamaya başvurulmamalıdır. Zira Anayasa'nın m. 38, f. 5'teki hüküm gayet açıktır. Nasıl ki CMK m. 134'te bilgisayarın bir kısmında veya tamamında şifrenin çözülebilmesi amacıyla elkoymanın uygulanması mümkünse, bulut bilişim alanındaki verilere erişmek amacıyla da şifrenin çözülebilmesi mümkün olmalıdır. Fakat bu husus yalnızca yurt içinde faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılar için uygulanabilir. Bunun için kanuni bir düzenleme yapılması şarttır.

CMK m. 134 sadece şüphelinin kullandığı bilişim sistemleri üzerinde koruma tedbirlerini temel almaktadır. Aynı zamanda bu husus CMK m. 117 hükmündeki diğer kişiler bakımından bir arama tedbirini gündeme getirmektedir. Çünkü bulut bilişim alanındaki veriler sadece şüpheli tarafından değil, paylaşımına açık olduğu takdirde diğer kişiler tarafından da kullanılabilir. Yine bu veriler veri depolama merkezlerinin uhdesinde tutulmaktadır. Diğer kişiler nezdinde tutulan şüphelinin kullandığı verilere ne olacağı noktasında da her suç bakımından değil, belli suçlar bağlamında ilgili tedbirlere başvurulması gerektiği fikri akla gelmektedir.

CMK m. 134'teki tedbirler bakımından herhangi bir suç sınırlaması yoktur. Kanaatimizce hem tedbirlerin müdahale ettiği temel hak ve özgürlüklerin korunması, hem de tesadüfen elde edilen delillerin soruşturulması açısından bir katalog suç sınırlamasına ihtiyaç vardır. Özellikle bulut bilişim bakımından katalog suç sınırlamasının yer alması gerektiği sonucuna ulaşmaktayız. CMK m. 134 hükmü açısından bir suç sınırlaması getirilmeyecekse bile diğer kişilerle birlikte kullandığı veriler bakımından katalog suçlara yer verilmesi gerektiği fikrindeyiz. Bu sayede hem maddi gerçeğe bir adım daha yaklaşılabilecek hem de temel hak ve özgürlükler kademeli ve orantılı bir şekilde korunmuş olacaktır.

Kaynaklar / References

- Abel Wieke ve Burkhard Schafer. "The German Constitutional Court on the Right Confidentially and Integrity of Information Technology Systems – A Case Report on BverfG, NJW 2008, 822.". *A Journal of Law, Technology & Society* 1 sy 1 (April 2009): 99–108.
- Aktaş Batuhan. "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerinde Bir İnceleme.". *YÜHFD* 14, sy. 2 (2017): 211–239.
- Apış, Özge. "Bilişim Sistemine Girme Suçu Bakımından Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama Elkoyma Tedbiri.". *Yasama Dergisi* 37, (özel sayı) (2017): 49–86.
- Arslan, Çetin. "Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi.". *CHKD* 3, sy. 2 (2015): 253–266.
- Aydın, Emin Doğan. *Bilgisayar, Bilgi İşlem ve Telekomünikasyon Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2007. 1.
- Baştürk, İhsan. "Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." *Fasikül Dergisi* 9 (Ağustos 2010): 23–32.
- Benek, Neslihan Ateş. "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma." *CHKD* 10, sy. 2 (Aralık 2022): 367–411.
- Berber, Leyla Keser. *Adli Bilişim*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Bostancı, Ümit., ve Recep. Benzer. "Search, Copy and Seizure on the Computers in the Turkish Legal System." *International Journal of Human Sciences* 12, no. 2 (2015): 1192–1229.
- Casey, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime*. 2nd ed. Newyork-London: Academic Press, 2004.
- Çekiç, Burak. "Bilgisayar Verilerinde Arama, Kopyalama El Koyma Tedbirinin Hukuki Niteliği ve Benzer Kavramlar." *NKÜHFD* 1 (2021): 153–186.
- Değirmenci, Olgun. *Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- Dereboylular, Özde. "Bulut Bilişim Bakımından Arama ve Elkoymaya İlişkin Hükümleri Uygulanabilirliği." *Ceza Hukuku Dergisi* 93 (Nisan 2019): 161–202.
- Duran, Gökhan Yaşar "Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, sy. 173 (Ocak-Şubat 2019): 173–241.
- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. 10. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Erdoğan, Yavuz. "Türk Ceza Muhakemesi Hukukuna Eklenmesi Gereken Depolanmış Verilerinin Korunmasına İlişkin Koruma Tedbirleri." *Terazi Hukuk Dergisi* 13, sy. 142 (2018): 14–31.
- Göksoy, Resul. *Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Gülcü, Aslan., ve Mehmet Ali Alan. *Bilgisayarın Temelleri ve İnternet Rehberi*. Ankara: Detay Yayıncılık, 2003.

- Karabulut Efe Can. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye Karar İncelemesi", *AHBVÜ-Hukuk Fakültesi Karar İncelemeleri Dergisi* 2, sy.2 (Aralık 2023): 95-176.
- Karagülmez, Ali. *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*. 2.Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Keskin, Salih. "Bilişim Suçlarında Ceza Muhakemesi Kanununun 134. Maddesindeki Hükümlerin Uygulanmasında Yaşanan Aksaklıklar." *Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 11, sy. 2 (2021): 649-668.
- Melemez, Burak. "Mesajlaşma Uygulamaları ile Bulut ve Sosyal Medya Ortamlarından Sayısal Delillerin Elde Edilmesi." *TBBĐ* 167 (Temmuz-Ağustos 2023): 83-132.
- Özbek, Veli Özbek. "Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi." *İÜHFĐ* 59, sy. 1-2 (Temmuz 2001): 181-202.
- Özen, Muharrem. ve Gürkan Özocak. "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)." *Ankara Barosu Dergisi* 1 (Ocak 2015): 43-77.
- Pisarcic, Milana. "Search and Seizure of Lawyer's Computers." *Thematic Conference Proceedings of International Significance* 9, sy. 1 (2017): 195-204.
- Sarsıkoğlu, Şenel. "Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı." *TAAD* 6, sy. 22 (Temmuz 2015): 507-534.
- Sevli, Onur. ve Uğur Küçüksille. "Bulut Ortamında Adli Bilişim.". 6. *Uluslararası Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı Bildiriler Kitabı*. Ankara: 2013.
- Sümer, Seda Yağmur. "Ceza Muhakemesinde Mobil Telefona/Akıllı Telefona Elkoyma ve Müdahale İmkanları." *İzmir Barosu Dergisi* 87, sy. 1 (Ocak 2022): 61-119.
- Şahin, Cumhuri. *Ceza Muhakemesi Kanunu: Gazi Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Şahin, Cumhuri. "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." *Yaşar Hukuk Dergisi* 1, sy. 2 (Temmuz 2019): 271-286.
- Şahin, Cumhuri., ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 14. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Şen, Ersan., ve Sefa Eryıldız. *Elkoyma*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Tanrıkulu, Cengiz. *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve El Koyma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Taşkaya, Sevim Sena. "Dijital Deliller ve Türk Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma." *Ceza Muhakemesinde Delil*, Ed. Pınar Memiş Kartal, 129-163. İstanbul: Der Yayınları, 2020.
- Uğraş, Dilek Özge. "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." *TBBĐ* 154 (Mayıs Haziran 2021): 97-134.
- Ünal, Osman Gazi "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Ünal Osman Gazi, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 26, sy. 2 (Nisan 2022): 589-646.

Ünver, Yener., ve Hakan. Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 13. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.

Yaşar, Yusuf., ve İsmail. Dursun. “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri.” *MÜHFHAD* 19, no. 3 (2013): 3–34.

Yenisey, Feridun., ve Ayşe Nuhoglu. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

Yazar Hakkında / About the Author

Dr. Öğr. Üyesi Osman Gazi ÜNAL | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
osman.unal[at]hbm.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3101-0645

Osman Gazi ÜNAL 2007 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesini bitirmiştir. 2009 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başlamıştır. 2009 yılında Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı'na tezli yüksek lisans programına katılmış, 2011 yılında "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Elkoyma ve Kopyalama" adlı tezini savunarak mezun olmuştur. 2020 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü'nden "Türk Ceza Hukuku'nda Tehlike Suçları" adlı tezini savunarak doktor unvanını kazanmıştır. 2022 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde doktor öğretim üyesi olarak atanmıştır. 2022 yılından bu yana Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmaya devam etmektedir. Ceza hukuku alanında yayımlanmış 3 kitabı, 8 makale ve 4 bildirisi bulunmaktadır.

Asst. Prof. Dr. Osman Gazi ÜNAL | Ankara Hacı Bayram Veli University |
osman.unal[at]hbm.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3101-0645

Osman Gazi ÜNAL graduated from Istanbul University Faculty of Law in 2007. He began working as a research assistant at Gazi University Faculty of Law in 2009. In 2009, he completed a master's degree with a thesis in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at the Gazi University Institute of Social Sciences. He graduated in 2011 by defending his thesis, "Search, Seizure, and Copying in Computers, Computer Programs, and Files." In 2020, he earned his doctorate from Ankara Hacı Bayram Veli University Institute of Graduate Education by defending his thesis, "Dangerous Crimes in Turkish Criminal Law." He was appointed as an assistant professor at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law in 2022. He has been working at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law since 2022. He has published three books, eight articles, and four papers in the field of criminal law.

DİJİTAL DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU VE REKABET HUKUKUNDAKİ ARAŞTIRILMA USULLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Arş. Gör. Eda TAŞTEMÜR
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi

Özet

Teşebbüsler arasındaki rekabetin sağlıklı bir biçimde tesisi hem ülke ekonomisi hem tüketicinin refahı açısından önem arz ettiği için rekabete aykırı davranışlar yaptırım altına alınmıştır. Rekabet ihlallerinin tespitinde teşebbüs ve çalışanları nezdindeki belgeler önemli birer delil teşkil edebilmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 15'e göre gerekli görülen hallerde, bu delillerin elde edilmesi amacıyla teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunulabilmektedir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin defterleri, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verileri ve belgeleri incelenebilmektedir. İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlü olup aleyhlerinde yapılan araştırmada uzmanlarla aktif olarak işbirliği yapmak zorundadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda hakkında yürütülen soruşturma ve kovuşturma dolayısıyla kişiye uygulanabilecek koruma tedbirleri de temel haklara müdahale etmekle birlikte farklı usul ve güvenceler getirmektedir. Bu kapsamda çalışmanın ilk bölümünde rekabetin korunması için Türkiye'de ve Avrupa'da öngörülen dijital verilerde yerinde incelemeye ilişkin düzenlemeler; ikinci bölümde Türkiye'deki ceza yargılamasında bilişim sistemlerinde arama ve elkoymaya ilişkin düzenlemeler açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ceza muhakemesi bağlamında bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma tedbirleri ile rekabet hukuku kapsamında yerinde inceleme tedbirleri arasındaki farklılıklar, mevcut düzenlemeler ve merci kararları incelenerek ortaya konulmuştur. Her iki müdahale de kişilerin özel hayatına sınırlama getirmesine ve özel hayata etkileri yönünden aynı olmasına karşılık uygulanma şartları arasındaki farklılıklar vurgulanmıştır. Son bölümde ise yerinde incelemenin temel haklara getirdiği sınır yönünden AYM ve AİHM tarafından ortaya konulan prensipler ile uyumlu olup olmadığı incelenmiştir. Bu şekilde Türk Hukukunda kabul edilmiş olan yerinde inceleme yetkileri incelenerek mevcut düzenleme ile olması gereken düzenlemeye yönelik bir sonuca ulaşmak hedeflenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Delil, Rekabet Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma, Yerinde İnceleme

COMPARISON OF DIGITAL EVIDENCE INVESTIGATION PROCEDURES IN CRIMINAL PROCEDURE LAW AND COMPETITION LAW

Ress. Asst. Eda TAŞTEMÜR
Eskişehir Osmangazi University

Abstract

Since the establishment of fair competition between enterprises is important for both the country's economy and the welfare of the consumer, anti-competitive behavior has been sanctioned. Documents held by the enterprise and its employees can constitute important evidence in detecting competition infringements. According to Article 15 of the Act No. 4054 on the Protection of Competition, when deemed necessary, investigations may be carried out in undertakings and associations of undertakings in order to obtain evidence. For this purpose, the books of undertakings or associations of undertakings, all kinds of data and documents kept in physical and electronic media and information systems can be examined. Those concerned are obliged to provide copies of the requested information, documents, books, and other tools and must actively cooperate with the inspector in the investigation conducted against them. The protection measures that can be applied to a person due to the investigation and prosecution carried out in the Code of Criminal Procedure also interfere with fundamental rights and bring different procedures and guarantees. In this context, in the first section of the study, the regulations regarding on-site inspection of digital data in Turkey and Europe for the protection of competition; in the second section, the regulations regarding search and seizure of information systems in criminal proceedings in Turkey are explained. In the third section, the differences between search and seizure measures in information systems in the context of criminal procedure and on-site inspection measures within the scope of competition law are revealed by examining existing regulations and authority decisions. Although both interfere with people's private lives and are the same in terms of their effects on private life, the differences in the procedural conditions are emphasized. In the last section, it is examined whether on-site inspections are compatible with the principles set forth by the Turkish Constitutional Court and the ECtHR in terms of the limits imposed on fundamental rights. In this way, it is aimed to reach a conclusion regarding the regulation as it should adopted with the current regulation by examining the on-site inspection powers accepted in Turkish Law.

Keywords

*Digital Evidence, Competition Law, Criminal Procedure Law, Search and Seizure of
Information Systems, On-Site Inspection*

1. Giriş

Rekabet, firmaların talep edilen olma yarışı içerisinde, daha kaliteli ürün ve hizmeti daha düşük fiyata sunmaya yönelten önemli bir araçtır. Rekabetin serbestçe sağlanabildiği durumlarda kıt kaynaklar verimli kullanılabilmekte ve ülkenin refah düzeyi arttırılabilmektedir. Bu ekonomik yarış, yeni buluşların yapılmasına ve ülke ekonomisinin bir bütün halinde kalkınmasına da katkıda bulunmaktadır.¹ Rekabetin korunması görevi Devlete düşmektedir. Anayasa m. 167'ye göre “Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler”.² Rekabet sürecindeki bozukluk ekonomik sistemin bütününe etkileyeceğinden “sağlıklı piyasaların oluşması, girişimcilerin özendirilmesi, sınırlı ülke kaynaklarının etkin dağılımı ve bunların en verimli bir şekilde kullanımını temin”³ amacıyla 1994 yılında Rekabetin Korunması Hakkında Kanun düzenlenmiştir. Bu Kanun’un 27. maddesine göre Rekabet Kurulu, Kanunda yasaklanan faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında, başvuru üzerine veya res’en inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak; Kanunda düzenlenen hükümlerin ihlal edildiğinin tespit edilmesi üzerine, bu ihlallere son verilmesi için gerekli tedbirleri alıp bundan sorumlu olanlara idari para cezaları uygulamak yetkisine sahiptir.⁴

Çalışmamızın konusu Rekabet Kurulu’nun rekabete aykırı davranışları tespit etmek için kullandığı yerinde inceleme yetkisi kapsamında dijital delilleri elde etme usulüne ilişkindir. Gelişen teknolojiyle birlikte insanlar arası iletişimin büyük oranda elektronik ortama kaydığı gibi teşebbüslerin tuttuğu kayıtlar da elektronik ortama aktarılmıştır. Bu sebeple rekabete aykırı davranışın tespitinde en önemli araçlardan biri dijital deliller haline gelmiştir. Dijital deliller “bir elektronik araç üzerinde saklanan veya bu araçlar aracılığıyla iletilen soruşturma açısından değeri olan bilgi ve veriler”⁵ olarak tanımlanabilir. İçerisinde dijital delilleri barındıran bilgisayar, akıllı telefon gibi bilişim sistemleri mahremiyet düzeyi yüksek bir alana girilmesi anlamına gelir. Bu durumda müdahalenin kişi üzerindeki etkisi ağırlaşmakta ve ölçülü kabul edilebilmesi için aranan gereklilik ve orantılılık şartları önem kazanmaktadır. Bilişim sisteminde aramanın şartlarına ilişkin ölçülülük ilkesini gözetken objektif ve öngörülebilir bir hukuki rejim; kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmesi riskinin azalmasını sağlar. Çalışma kapsamında rekabet hukukunda yerinde inceleme ile ceza muhakemesi kapsamında bilişim sistemlerinde arama ve elkoymanın seçilmesinin temel sebebi Anayasa Mahkemesi tarafından 2023 yılında Ford Otomotiv⁶ bireysel başvurusunda

¹ “Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Gerekçe”, par. 2, erişim 21 Temmuz 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/tr/Sayfa/Mevzuat/4054-sayili-kanun/kanunun-genel-gerekcesi>.

² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun Numarası: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, Resmî Gazete Tarih: 9/11/1982, Sayı:17863, erişim 21 Temmuz 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>.

³ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Gerekçe, par. 19-21.

⁴ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 4054, Kabul Tarihi : 7/12/1994, Resmî Gazete Tarih: 13/12/1994 Sayı : 22140, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4054.pdf>.

⁵ Muharrem Özen ve Gürkan Özocak, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134).” *Ankara Barosu Dergisi* (2015): 59.

⁶ AYM, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/40991, Karar Tarihi: 23/3/2023, R.G. Tarih ve Sayı: 20/6/2023-32227, erişim 21 Temmuz 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/40991>.

verilen ihlal kararıdır. Bu karar ile Rekabet Kurulu'nun keyfiyete varabilecek geniş kapsamlı bir yetkiye sahip olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple hukukun farklı alanlarında uygulanan tedbirlerin birbirlerinden nasıl farklılaştığı ve bu farklılığın meşru sebeplerinin olup olmadığı sorusu sorularak insan hakları boyutuyla her iki tedbir de ele alınmaya çalışılmıştır. Bu amaçla ilk önce yerinde inceleme ve bilişim sistemlerinde arama ve elkoymaya ilişkin hukuki düzenlemeler incelenecektir.

2. Yerinde İnceleme Yetkisine İlişkin Hukuki Düzenlemeler: Türkiye ve Avrupa Birliği

Türkiye'de rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler Avrupa Birliği üyelik süreci kapsamında gelişmiştir. "Gümrük Birliğinin Son Döneminin Uygulamaya Konmasına İlişkin 1/95 Sayılı Türkiye-AT Ortaklık Konseyi Kararı" madde 39'da "*Türkiye, gümrük birliği ile hedeflenen ekonomik bütünleşmeye ulaşmak amacıyla, rekabet kurallarıyla ilgili mevzuatının AT mevzuatıyla uyumlu hale gelmesini ve etkin biçimde uygulanmasını temin edecektir*"⁷ şeklinde belirtildiği üzere İngiliz, AB ve ABD düzenlemeleri esas alınarak Rekabetin Korunması Hakkında Kanun düzenlenmiştir.⁸ Bu bölümde Türk mevzuatı ve buna esas teşkil eden Avrupa Birliği mevzuatında yerinde inceleme yetkisinin nasıl düzenlendiği incelenecektir.

2.1. Türkiye

4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun düzenlendiği zaman Avrupa Birliği mevzuatında yerinde inceleme yetkisi 17/62 Sayılı Konsey Tüzüğü'nün⁹ 14. maddesinde yer almaktaydı. Bu maddede, Avrupa Ekonomi Topluluğu Andlaşması'nın¹⁰ rekabet hukuku kurallarına ilişkin hükümlerinin Komisyona verdiği görevler yerine getirilirken teşebbüslerde gerekli incelemelerin yapılabileceği ifade edilmekteydi.¹¹ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da ise yerinde inceleme yetkisi 15. maddede düzenlenmiştir. Bu madde şu şekildedir:

"Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin:

-
- ⁷ Türkiye-Avrupa Topluluğu Ortaklık Konseyi Kararları (Turkey-European Union Association Council Decisions) 1964-2000 Cilt 1, erişim 21 Haziran 2024, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/2_turkiye_ab_iliskileri/2_1_ortaklik_iliskileri/2_1_3_ortaklik_konseyi_kararlari_2000e_kadar/1995_1_95_okk_tr.pdf.
- ⁸ M. Tamer Müftüoğlu, "Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması", *Rekabet Kurumu Dergisi* 1, no. 1 (2000): 10; Hamdi Pınar, "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi." *Rekabet Kurumu Dergisi* 15, no. 2 (2014): 60.
- ⁹ EEC Council: Regulation No 17: First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of The Treaty Official Journal 013, 21/02/1962 P. 0204-0211, erişim 21 Temmuz 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31962R0017&from=en>.
- ¹⁰ Treaty Establishing The European Economic Community (Roma, 25.03.1957), erişim 21 Temmuz 2024, https://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_3_antlasmalar/1_3_1_kurucu_antlasmalar/1957_treaty_establishing_eec.pdf.
- ¹¹ 17/62 Sayılı (Mülga) Konsey Tüzüğü'nün 14. maddesinin ilgili kısmının İngilizce orijinali şu şekildedir: "In carrying out the duties assigned to it by Article 89 and by provisions adopted under Article 87 of the Treaty, the Commission may undertake all necessary investigations into undertakings and associations of undertakings."

a) Defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir,¹²

b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir,

c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir. İnceleme, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar.

İlgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hakimi kararı ile yerinde inceleme yapılır."

Kurul, gerekli gördüğü hallerde, teşebbüslerde bulunan fiziki ve dijital verileri inceleme, incelenen verilerin kopyalarını ve fiziki örneklerini alma ve ayrıca incelemeler sırasında yazılı veya sözlü açıklamalar isteme yetkisine sahiptir. Bu incelemeyi yapmak için hakim kararı gerekmemektedir. Ancak incelemeye engel olunması halinde sulh ceza hakimi kararı gerekmektedir (RKHK m. 15/3). Öte yandan 16. maddede incelemenin engellenmesi halinde idari para cezası uygulanacağı düzenlenmektedir. İnceleme yapılabilmesi için Kurul kararı, yetki belgesi, bunun içerisinde incelemenin amacı belirtilmelidir. Ancak soruşturmaya konu iddiaların kapsamının belirtilmesi gerekmemektedir.¹³

Bilişim sistemlerinde yer alan her türlü verinin yerinde incelemeye konu olabileceği düzenlenmiş olmakla birlikte bunun hukuka uygun şekilde icrasının nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin belirsizlikler bulunmaktadır. Bu sebeple Rekabet Kurulu, 2020 yılında Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuzu yayınlamıştır.¹⁴ Kılavuzda belirlenen usul, Avrupa Komisyonu 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/4 uyarınca yapılan incelemelere ilişkin açıklayıcı notundaki¹⁵ yöntemlere uygun şekilde kabul edilmiş ancak farklı olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelere atıfta bulunulmamıştır.¹⁶ Yerinde incelemeye muhatap olan teşebbüslerin katlanma yükümlülüğü, Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasında "*ilgililer istenen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür*" şeklinde ifade edilmiştir. Bu yükümlülüğün kapsamı 2020 yılından Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin

¹² 4054 Kanun'un 15. maddesinin 1. fıkrasının a bendi, 2020 yılında 7246 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değiştirilerek elektronik ortam ve bilişim sistemlerinde tutulan verilerin incelenmesi yetkisi açıkça hüküm altına alınmıştır. Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No. 7246, Kabul Tarihi: 16/6/2020, erişim 21 Haziran 2024, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/06/20200624-1.htm>.

¹³ Gönenç Gürkaynak, *Rekabet Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 477.

¹⁴ Rekabet Kurumu, Kabul Tarihi:08.10.2020, Karar Sayısı:20-45/617, erişim 21 Temmuz 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>.

¹⁵ AB Komisyonu, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not, 11.09.2015, Explanatory note on Commission inspections pursuant to Article 20(4) of Council Regulation (EC) No 1/2003, erişim 21 Haziran 2024, https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-03/inspections_explanatory_note_en.pdf.

¹⁶ Gürkaynak, 58, 481.

İncelenmesine İlişkin Kılavuz'da¹⁷ daha net bir şekilde ortaya konulmuştur. Kılavuza'da teşebbüs yetkililerinin "tam ve aktif destek" verme zorunluluğu olduğu, kullanılan bilişim teknolojileriyle ilgili yazılım ve donanımlar hakkında bilgi vermek, sistem yöneticisi yetkilerini sağlamak, teşebbüs çalışanlarının e-posta hesaplarına uzaktan erişim hakkı tanımak, bilgisayar ve sunucuları ağ ortamından izole etmek, kullanıcıların kurumsal hesaplarına erişimlerini sınırlandırmak, yedeklenmiş kurumsal verileri geri yüklemek gibi hususlarda yükümlülük altında olduğu belirtilmiştir.¹⁸

Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz'a göre cep telefonu, tablet gibi taşınabilir elektronik cihazlar kime ait olduğuna bakılmaksızın teşebbüse ait bilgi içerip içermediğine göre inceleme konusu yapılabilecektir. Bu husus hızlı gözden geçirme ile tespit edilecek ve teşebbüse ait bilgi içermeyen tamamen kişisel kullanımdaki cihazları inceleme konusu yapılamayacaktır. Teşebbüse ait veri içerenlerde delil niteliği olan ve olmayan şeklinde ayrılacaktır.¹⁹ İnceleme esnasında görevli Meslek Personelince gerekli görülmesi durumunda; incelenecek dijital veriler, adli bilişim yöntemleri ile kısmen veya bütün olarak ayrı veri depolayıcılarına kopyalanır.²⁰

2.2. Avrupa Birliği

16 Aralık 2002'de Avrupa Birliği Bakanlar Konseyi 2003/1 Sayılı Tüzüğü²¹ kabul etmiş ve Tüzük 1 Mayıs 2004'te yürürlüğe girerek Avrupa Birliği Anlaşması'nın²² 81 ve 82. maddelerinin uygulanmasını düzenleyen 17/62 Sayılı Tüzüğü²³ kaldırmıştır.²⁴ 2003/1 Sayılı Tüzük m. 18 Komisyon'a denetim görevi kapsamında teşebbüs ve teşebbüs birliklerinden her türlü bilgiyi isteme; m. 19 yürütülen soruşturma kapsamında rızaya dayalı ifade alma; m.

¹⁷ Rekabet Kurumu, Kabul Tarihi:08.10.2020 Karar Sayısı:20-45/617, erişim 21 Temmuz 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>.

¹⁸ Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz, par. 5.

¹⁹ Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz, par. 4.

²⁰ Adli bilişim yöntemi ile alınan kopya, verinin orijinalliğinin bozulmadığını teminat altına alan mantıksal ve fiziksel yolla elde edilen eş kopyadır. Adli bilişim yöntemleri ile kopyası alınan verilerin orijinal halleriyle birebir aynı oldukları, hash değerleri hesaplanarak teyit edilir. İnceleme sonunda gerekli görülen dijital veriler iki ayrı veri depolayıcısına kopyalanır. Elde edilen kopyalardan biri teşebbüse teslim edilir. İnceleme sonunda hazırlanacak tutanak ekinde söz konusu dijital verilerin hash değerlerine yer verilir. Tutanak, görevli Meslek Personeli ve teşebbüs yetkilisi tarafından imzalanır. Teşebbüs yetkilisinin tutanağı imzalamaktan imtina etmesi halinde, bu durum tutanağa yazılır ve tutanak, en az iki Meslek Personeli tarafından imzalanır. İki nüsha olarak düzenlenen tutanağın bir nüshası teşebbüs yetkilisine verilir. İnceleme bitiminde, tutanak ekinde teşebbüse teslim edilen ve Meslek Personelince bir örneği alınan dijital verileri içeren veri depolayıcıları hariç olmak üzere, inceleme süresince kullanılan tüm veri depolayıcıları, içerdiği veriler geri getirilemeyecek şekilde silinir. Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz, par. 6-9.

²¹ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, erişim 8 Temmuz 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R0001>.

²² The Treaty Establishing The European Community, Rome, 25 March 1957, erişim 28 Mayıs 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT>.

²³ EEC Council: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty, erişim 28 Mayıs 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A31962R0017>.

²⁴ Laurent Garzaniti v. dğr. "Dawn of a New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003", *Antitrust Law Journal*, 72, no. 1 (2004): 159, erişim 21 Temmuz 2024, <http://www.jstor.org/stable/40843620>

20 yerinde inceleme yetkisi vermektedir.²⁵ 1/2003 Sayılı Tüzük'ün 21. maddesi²⁶ uyarınca AB Komisyonu, teşebbüs yöneticilerinin ve çalışanlarının konutları veya taşıtı gibi işyeri dışındaki yerlerde de inceleme yapma yetkisine sahiptir. Gerekli belgelerin işyeri dışındaki bu yerlerde bulunduğu dair makul şüphe bulunması ve hakim kararı olması halinde inceleme yapılabilir. Dolayısıyla işyeri dışındaki yerlerde inceleme farklı bir rejime tabidir.²⁷ RKHK ise Rekabet Kurumuna teşebbüs yöneticilerine ve çalışanlarına ait konutlarda inceleme yapma yetkisi tanımamaktadır.

Komisyon tarafından görevlendirilenler m. 20/3 doğrultusunda gönüllü inceleme (*voluntary investigations*) yaptığında, incelemenin amacı hakkında bilgi vermesi, incelemenin yapıldığı ülke otoritelerinin haberdar edilmesi ve inceleme esnasında teşebbüs çalışanları eşlik ederek soruları cevaplamaları gerekmektedir.²⁸ Gönüllü inceleme rızaya dayalıyken 20/4 doğrultusunda Komisyon tarafından alınan karara dayalı olarak zorunlu inceleme (*mandatory investigation*) yapıldığında, muhatapların katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır ve işbirliği yapılmadığında 23/1-c uyarınca ceza verilmektedir.²⁹ Gönüllü incelemelerde bu yaptırım yerinde inceleme talebinin kabul edilmesinden sonra doğmaktadır.³⁰ Zorunlu incelemelerde de gönüllü incelemelerde olduğu gibi soruşturmanın konusunun ve işbirliği yapılmaması halinde uygulanacak cezaların belirtmesi gerekir.³¹

1/2003 Sayılı Tüzük m. 20/2-b uyarınca Komisyon tarafından inceleme yapmak üzere yetkilendirilen görevliler, "hangi ortamda saklandığına bakılmaksızın" işle ilgili defter ve diğer kayıtları incelemeye ve bu defter veya kayıtların kopyalarını almaya yetkilidir. Buna dijital verilerin incelenmesi ve kopyalarının alınması da dahildir.³² Teşebbüs temsilcileri, denetçilerin çalışmalarına müdahale etmeden, denetçiler tarafından yapılan işlemleri

²⁵ Garzaniti vd. 166.

²⁶ 21. madde İşyeri dışındaki incelemeyi düzenlenmiştir. Rekabetin ihlal edildiğini kanıtlamaya yardımcı olabilecek, işle ve incelemenin konusuyla ilgili hangi ortamda saklandığına bakılmaksızın defter veya diğer kayıtların mevcut olduğuna dair makul bir şüphe varsa, ilgili teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin, yöneticilerin ve diğer personelinin evleri de dahil olmak üzere diğer bina, arazi ve ulaşım araçlarına ilişkin olarak Komisyon kararıyla inceleme yapılabilir. Kararda, incelemenin konusu ve amacı belirtilecek, incelemenin başlayacağı tarih belirlenecek ve kararın Adalet Divanı tarafından yeniden incelenmesi hakkını belirtilecektir. Özellikle Komisyonun 1. paragraf anlamında bir şüphenin mevcut olduğu sonucuna varmasına neden olan nedenleri belirtir. Komisyon bu tür kararları, incelemenin gerçekleştirileceği Üye Devletin rekabet otoritesine danıştıktan sonra alacaktır. 1. paragraf uyarınca kabul edilen bir karar, ilgili Üye Devletin ulusal adli makamının önceden izni olmadan uygulanamaz. Ulusal yargı makamı, özellikle şüpheli ihlalin ciddiyeti, aranan delilin önemi ve ilgili teşebbüsün katılımı dikkate alınarak, Komisyon kararının gerçek olduğunu ve öngörülen zorlayıcı tedbirlerin ne keyfi ne de aşırı olmadığını kontrol edecektir. Ulusal yargı makamı, doğrudan veya Üye Devlet rekabet kurumu aracılığıyla, Komisyon'dan, öngörülen zorlayıcı tedbirlerin orantılılığının kontrolüne izin vermek için gerekli olan unsurlara ilişkin ayrıntılı açıklamalar talep edebilir. Ancak ulusal adli makam, incelemenin gerekliliğini sorgulayamaz veya Komisyon dosyasında kendisine bilgi verilmesini talep edemez. Komisyon kararının hukuka uygunluğu yalnızca Adalet Divanı tarafından incelemeye tabi olacaktır.

²⁷ Coşkun G, "1/2003 Sayılı AB Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Getirilen Kurallar", Rekabet Bülteni, 7.13, 2005, 57; Garzaniti vd. 172.

²⁸ Coşkun, 56

²⁹ Komisyon yetkililerinin habersiz şekilde teşebbüste yaptığı incelemelere şafak baskını olarak isimlendirilmektedir. Garzaniti vd. 171.

³⁰ 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not, par, 1.

³¹ Garzaniti vd. 171.

³² Yalçın A, *AB ve Türk Rekabet Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Kabul Edilebilirliği*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi No: 190, 2022, 39, erişim 11 Temmuz 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/ahmet-yalcin-20220915164021652.pdf>.

gözlemleme hakkına sahiptir. AB Komisyonu, “1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not”a göre, teşebbüse ait tüm bilişim sistemleri (örneğin masaüstü bilgisayarlar, dizüstü bilgisayarlar, tabletler ve diğer mobil cihazlar) ve tüm depolama araçlarını (örneğin USB, CD, DVD) aranabilir. İşyerinde bulunduğu takdirde işle ilgili amaçlarla kullanılan kişisel cihazlar da yerinde inceleme konusu olabilir.³³ Denetçiler, kendi özel yazılımlarından ve/veya donanımlarından (“Adli Bilişim Araçları- Forensic IT Tools”) yararlanabilirler. Bu Adli Bilişim araçları, Komisyon’un, (EC) 1/2003 Sayılı Tüzüğün 20/2-b maddesi uyarınca, teşebbüslerin sistem ve verilerinin bütünlüğüne saygı göstererek özellikle kurtarılanlar veriler de dahil olmak üzere verilerin kopyalarını oluşturarak teşebbüsün sistem ve verilerinin incelenmesine olanak tanır. Teşebbüs, denetçiler ile tam ve aktif işbirliği yapmakla yükümlüdür. Teşebbüs, inceleme kararının tebliğinden itibaren, elindeki delilleri korumak için özel bir titizlikle hareket edecek ve gerekli tüm tedbirleri alacaktır. Personelini ve temsilcilerini bu konuda bilgilendirmek teşebbüsün sorumluluğundadır. Kasten veya dikkatsizlik sebebiyle kayıtların silinmesi (veya tahrif edilmesi) Komisyonun incelemesini engelleme olarak kabul edilebilir. Engelleme durumunda Komisyon, teşebbüse bir önceki iş yılındaki toplam cirosunun %1’ine kadar para cezası uygulayabilir.³⁴

3. Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma (CMK M. 134)

Türk ceza muhakemesi hukukunda bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma Ceza Muhakemesi Kanunu m. 134’te düzenlenmiştir. Madde başlığı “*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*”dır. Arama konusu olarak madde metninde bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri denilmiş olsa da burada kastedilen bilişim sistemi içerisindeki veri tabanıdır. Bilişim sisteminde depolanmış veriler aranmaktadır. Bilgisayar olarak isimlendirilmese de akıllı telefonlar, tabletler gibi verileri dijital olarak kaydetme ve işleme kabiliyetine sahip her türlü cihaz ve veri tabanları, CD, hard disk gibi veri depolayan araçlar da bu madde kapsamında arama konusu yapılmaktadır.³⁵ Bilgisayar yerine arama konusunu daha iyi ortaya koyacak bilişim sistemi ifadesinin kullanılması gerektiği görüşüne katılmaktayız.³⁶ Bu sebeple çalışmada bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma ifadesi tercih edilmiştir.

CMK m. 134’e göre bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama

³³ AB Komisyonu, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not, par. 10.

³⁴ AB Komisyonu, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not, par. 10-15.

³⁵ Dilek Özge Uğraş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 154 (2021): 103,104; Cumhur Şahin, “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134).” *Yaşar Hukuk Dergisi* 1, no. 2 (2019): 272-273; Çağatay Yüksel, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 57.

³⁶ Yüksel, 76; Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 638.

yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verilir. Suç şüphesi altında olmayan 3. kişilere ait bilgisayarlarda ancak şüpheli tarafından kullanıldığı takdirde arama veya elkoyma mümkündür. Bu bilişim sistemleri, bulundukları yerde incelenebiliyor, arama ve elkoyma konusu yapılabiliyorsa fiziksel olarak alıp götürülmeyip kopya alınması söz konusudur. Burada yapılan işlem sistemdeki tüm verilerin yedeklenmesi ve bu sayede verilerin bütünlüğü korunmakta, bunun bir kopyası şüpheliye verilmektedir.³⁷ Dolayısıyla ceza muahekesinde dijital delillerin elde edilmesi için arama ve elkoyma işlemiminin yapılabilmesi için bir suçla ilgili soruşturma yapılıyor olması, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması ve hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının emrinin bulunması gerekir.

4. Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Bilişim Sistemlerinde Arama ile Rekabet Hukuku Kapsamında Dijital Verilerde Yerinde İnceleme Usullerinin Önemli Farklılıkları

Bilişim sistemlerinde arama yapılması, işlendiği iddia edilen fiilin suç veya kabahat olmasından bağımsız olarak kişilerin temel haklarına yapılan müdahalenin kişi üzerinde oluşturduğu etkisi açısından farklılık oluşturmamaktadır. Suçlar ve kabahatler, hukuka aykırı fiiller olup birbirlerinden haksızlık muhtevaları yönünden nitelik olarak değil nicelik olarak farklılaşmaktadır.³⁸ Kabahatler de haksızlık içeriği suçlara göre daha az olmakla birlikte hukuka aykırı fiillerdir. Bu noktada hem suçun hem kabahatin araştırılması amacıyla yapılan arama, ulaşılmak istenen meşru amaç yönünden ve demokratik toplumda gereklilik yönünden farklılaşmaktadır. Devletin, kişilerin özel hayata saygı haklarına ve haberleşme hürriyetlerine keyfi olarak müdahale etmeme yükümlülüğü hukuk dalının değişmesiyle ortadan kalkmamakta yahut değişmemektedir. Hukukun farklı alanlarında ve farklı amaçlarla icra ediliyor olsa dahi özel hayata saygı ve bunun bir yansıması olan haberleşme özgürlüğü gibi haklara getirilen ağır bir sınırlama olan bilişim sistemlerde aramanın, şartları yönünden nasıl farklılaştığının ortaya konulması amacıyla bu bölümde yerinde inceleme yetkisinin, CMK m. 134'te yer alan şartların karşılığı olan güvenceleri karşılayıp karşılamadığı sorusunun cevabı aranmıştır.

4.1. Adli Mercilerden Alınan Bir Kararın Bulunması

Ceza muhakemesinde bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma tedbirinin uygulanabilmesi için m. 134'e göre hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı kararı bulunmalıdır. RKHK m. 15/1'de ise Rekabet Kurulu kararıyla yerinde inceleme yapılacağı belirtilmiş hemen ardından üçüncü fıkra da yerinde incelemenin engellenmesi olasılığının bulunması halinde sulh ceza hakimi kararıyla yerinde inceleme yapılacağı belirtilmiştir. Üçüncü fıkra 2003'te eklenmiş olup Anayasa m. 20 ve 21 ile uyumlu hale getirmek amaçlanmışsa da mevcut düzenleme hakim kararı olmaksızın yerinde incelemeye imkan vermektedir. Birinci fıkra ve üçüncü fıkra birlikte yorumlandığında, Rekabet Kurulu kararıyla yerinde incelemenin yalnızca rıza halinde mümkün olduğu anlaşılmaktaysa da Kanunun devamında yerinde incelemeyi engellemeye ağır yaptırımlar bağlanmıştır.³⁹ Şu anki haliyle Rekabet Kurumu hakim kararı olmaksızın idari nitelikte bir karar olan Rekabet

³⁷ Şahin Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 354-355.

³⁸ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 118.

³⁹ Emel Badur ve Burcu Ertem Burcu, "Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları: Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2010): 120.

Kurulu kararıyla bilişim sistemlerinde yerinde inceleme yapmaktadır.⁴⁰ Konuya ilişkin Danıştay önüne gelen bir davada Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Danıştay, yerinde inceleme yetkisinin Anayasa'nın 21. maddesine aykırılık iddiasını 2009 yılında verdiği bu kararda ciddi bulmamıştır.⁴¹ Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 8/1-f'de kolluk tarafından ilgilinin rızasıyla konutta ve işyerinde aramaya izin veren hükmü iptal ettiği kararda Danıştay, "*Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlanabileceği belirtilirken, anılan hakların "vazgeçilmez" niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde "ilgilinin rızası"na yer verilmemiştir.. "rıza" müessesesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabileceğini*" belirtmiştir.⁴² Adli veya önleme araması kapsamında kişi haklarını ihlal eden bu hükmü yerinde olarak iptal ederken tespit edilen esasların, rekabet hukukunda uygulama alanı bulmaması anlaşılabilir değildir. RKHK m. 15 rıza halinde hakim kararı olmaksızın yerinde incelemeyi mümkün kılmaktadır. Burada da aynı şekilde Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde rızasının sınırlandırma sebebi olarak kabul edilmemesi sebebiyle rızaya dayalı olarak hakim kararı olmaksızın bilişim sistemlerinde yapılan yerinde incelemenin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği kanaatindeyiz.⁴³

2020 yılında RKHK m. 15/1-a değiştirilerek bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verinin yerinde arama konusu yapılabileceği açıkça belirtilmiştir. Bu hüküm aleyhine açılan iptal davasında AYM ret kararı vermiştir.⁴⁴ İptal gerekçesi kişisel verilerin kaydedilmesi ve işlenmesinde yeterince güvence içermemesi olarak sunulmuş olup AYM yalnızca bu yönden inceleme yapmıştır. Anayasa Mahkemesi "*yerinde incelemenin engellenmesi veya engelleme olasılığının doğması hâlinde yerinde inceleme ancak sulh ceza hâkiminin kararı ile mümkün olup Kurulun kendiliğinden zor kullanma yetkisi bulunmamaktadır*"⁴⁵ şeklinde yalnızca yerinde incelemenin engellenmesi ihtimali olduğunda hakim kararının gerekeceği hususuna değinmiş ancak hakim kararı hususunda inceleme yapılmamıştır. Kararın karşıoyu

⁴⁰ Civan Başar ve Hazar Başar, "Rekabet Kurumunun, İnceleme Yetkisi Kapsamında İletişime ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi: 4054 Sayılı Kanunun 15'inci Maddesi Yeterli mi?", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 193 (2020): 1441; Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2017-5-40, Karar Sayısı: 18-03/34-21, Karar Tarihi: 18.01.2018, erişim 21 Ağustos 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=adac9e63-9ea6-433e-b004-6dfca3739abe>.

⁴¹ "4054 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (a), (b), (c) bentlerinde yer alan, " Kurul, bu Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Bu amaçla teşebbüslerin veya teşebbüs birliklerinin: a) Defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir, b) Belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebilir, c) Teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabilir," kuralının, Anayasa'nın "Konut dokunulmazlığı" başlıklı 21. maddesinde yer alan, "Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." kuralına aykırı olduğu ileri sürülmüşse de, Dairemizce davacının Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi bulunmayarak işin gereği görüldü", Danıştay 13. Daire, E. 2009/5890, K. 2013/847, 26.03.2013, erişim 21 Haziran 2024, <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/danistay/13-daire-e-2009-5890-k-2013-847-t-26-3-2013>.

⁴² Danıştay 10. Daire, Esas: 2005/6392, Karar:2007/948, 13.03.2007, erişim 28 Mayıs 2024, <https://proxy.hacibayram.edu.tr:2671/ictihat/danistay/e-2005-6392-k-2007-948-t-13-3-2007>.

⁴³ Başar ve Başar, 1443.

⁴⁴ AYM, E. 2020/67, K. 2022/139, 09.11.2022, RG Tarih ve Sayı: 30/3/2023-32148, erişim 11 Temmuz 2024, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Dosyalar/Kararlar/KararPDF/2022-139-nrm.pdf>.

⁴⁵ AYM, E. 2020/67, K. 2022/139, 09.11.2022, par. 49-51.

içerisinde, usulüne uygun hakim kararı olmaksızın yapılan incelemenin Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilmişse de çoğunluk düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmamıştır. Bu kararlar ilgili iki önemli hususa değinmek gerekir. İlk olarak hakim kararı olmaksızın rızaya dayalı bilişim sistemlerinde yapılan aramalar, insan hakları korumalarını etkisiz hale getirebilir. Anayasada rıza, insan haklarının kısıtlanmasının meşru bir nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, yargı kararı olmaksızın rızaya dayalı bilişim sistemlerinde yapılan yerinde inceleme, Anayasayı ihlal edecektir. İkinci olarak rızanın geçerli olamayacağı ileri sürülebilir. İşletmeler, engelleme durumunda uygulanan idari para cezası nedeniyle rıza göstermek zorunda kalmaktadır. Bu nedenle, uygulamada müfettişlere rıza göstermeyen işletmelere dair herhangi bir örnek bulmak çok zordur. Bu kararın ardından 2023 yılında Ford Otomotiv tarafından yapılan bireysel başvuruda, hakim kararı olmaksızın yerinde inceleme yapılması yeniden gündeme gelmiş ve bu sefer bu uygulamanın konut dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiği sonucuna varılmıştır.⁴⁶ Ancak bu bir bireysel başvuru olduğu için ihlalin kaynağı olan RKHK m. 15 yürürlükte kalmaya devam etmiştir.

Ford Otomotiv kararından sonra Rekabet Kurulu tarafından verilen Aydın Seramik kararında⁴⁷ hakim kararı olmaksızın teşebbüsün çalışanlarının bilgisayarlarında ve mobil cihazlarında yerinde inceleme gerçekleştirilmiştir. Kararda belirtilen farklı gerekçede, AYM tarafından ihlal kararı verilmiş olan Ford Otomotiv başvurusuna değinilmiş ve yerinde incelemenin dayanağı olan kanun hükmü hala yürürlükte olduğu için yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasında sakınca bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak AYM'nin bireysel başvuru kararı sonrasında, engelleme/geciktirme fiillerinin ve buna göre verilecek idari para cezalarının, idari yargıda içtihat oluşana kadar görüşülmemesi gerektiği görüşü belirtilmiştir. Bu karar bireysel başvuruda ihlal kararı verilmesinden sonra da ihlalin kaynağını oluşturan kanun hükmü iptal edilmediği takdire olduğu gibi uygulanmaya devam edeceğini göstermektedir.

AB düzenlemelerine bakıldığında, 1/2003 Sayılı AB Konsey Tüzüğü'nün 20. maddesinin 4. fıkrasında yerinde inceleme kararında incelemenin konusu ve amacının, zamanı, kapsamı gibi kararda bulunması gereken hususlar belirtilmişse de yerinde inceleme yapılması için önceden alınmış bir hakim kararının bulunması şartına yer verilmemiştir. Ne AİHM ne de ABAD yerinde inceleme yapılması için böyle bir gereklilik aramaktadır.⁴⁸ Ancak hakim kararı usuli bir güvence sağladığından bunun yerini dolduracak başka usuli güvenceler gerekebilmektedir. Deutsche Bahn davasında ABAD, 1/2003 sayılı Yönetmeliğin m. 20/4 maddesi uyarınca kabul edilen Komisyon kararıyla Deutsche Bahn ve bağlı ortaklıklarının işyerlerinde zorunlu inceleme yapılmasının, önceden alınmış adli nitelikte bir karar olmasa

⁴⁶ AYM, Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2019/40991, Karar Tarihi: 23/3/2023, R.G. Tarih ve Sayı: 20/6/2023-32227, erişim 21 Temmuz 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/40991>

⁴⁷ Karara konu yerinde incelemede hakim kararı olmaksızın bilişim sistemlerinde yerinde inceleme gerçekleştirilmektedir. Bu incelemenin yapıldığı teşebbüs çalışanlarından teşebbüste bulunmayan A, çağrılarak bilgisayarlardan ve kullandığı mobil cihazlardan hiçbir veri silinmemesi gerektiği, aksi halde idari yaptırım uygulanacağı bilgilendirmesi yapılmıştır. A'nın teşebbüse gelmesiyle birlikte teşebbüs malvarlığında olamayan fakat teşebbüse ait veri içerdiği beyan edilen mobil cihazında, kendisine bilgilendirme yapıldıktan sonra sosyale medya platformunda katılımcı olduğu gruplardan ayrılarak yerinde incelemeyi engellendiği kabul edilmiştir. Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı : 2023-4-020, Karar Sayısı : 23-39/742-256, Karar Tarihi: 17.08.2023, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=a38ff0c5-2d06-456a-9e76-b90591043ac9>.

⁴⁸ Helena Andersson, *Dawn Raids Under Challenge: A Study of the European Commission's Dawn Raid Practices in Competition Cases from a Fundamental Rights Perspective*, (Stockholm: Stockholm University, 2017), 64.

bile AİHS m. 8 ile uyumlu olduğu sonucuna varmıştır. ABAD, yerinde inceleme yapılırken davasında 5 temel güvencenin, önceden alınmış hakim kararının sağladığı güvenliği sağlayacağını kabul etmiştir:

- 1) İnceleme kararları, 1/2003 sayılı Tüzük m. 20/4 ve AB Mahkemelerinin içtihatlarında belirtilen koşullara uygun olarak denetimin konusu ve amacı, denetimin başlayacağı tarih, araştırılan deliller ve soruşturmanın ilgili olduğu konular, etkilendiği düşünülen pazar, şüphelenilen rekabet ihlalinin temel özellikleri, öngörülen yaptırımlar ile kararın Adalet Divanı tarafından yeniden incelenmesini isteme hakkını açıklayan bir gerekçe içermelidir.⁴⁹
- 2) Komisyon incelemeleri yürütürken şu sınırlamalara tabidir: (i) ticari olmayan belgeler soruşturmanın dışında tutulur; (ii) incelemeye tabi olan teşebbüsler hukuki yardım alabilir ve teşebbüs bünyesinde çalışanlar hariç avukat-müvekkil gizliliği kuralları tarafından korunurlar; ve (iii) 1/2003 Sayılı Tüzük, teşebbüse aktif işbirliği yükümlülüğü getirirse de, Komisyon, ilgili teşebbüsü ihlalin varlığını kabul etmesini gerektirebilecek yanıtlar vermeye zorlayamaz. Komisyon iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür (iv) Komisyon, teşebbüslere inceleme kararıyla birlikte, örneğin yerinde inceleme sırasında ve sonrasında dijital delillere el konulması ve analiz edilmesi de dahil olmak üzere Komisyonun yetkilerine ilişkin bilgi içeren açıklayıcı not verir.⁵⁰
- 3) Komisyonun zor kullanarak yerinde inceleme yapması mümkün değildir. Komisyon denetçileri, teşebbüsün rızası olmaksızın işyerine veya eşyasına zorla erişim sağlayamaz veya işletme personelini kendilerine bu tür bir erişim sağlamaya zorlayamaz veya arama yapamaz.⁵¹ Ayrıca Komisyon, incelemeye başlamadan önce ve denetimin yürütülmesi sırasında teşebbüslere avukatlarına danışmaları için süre vermelidir.⁵²
- 4) Teşebbüsün incelemeye karşı çıkması durumunda, ilgili Üye Devletin iç hukukundaki tedbirler uygulanır. Böyle bir senaryoda Komisyon, denetimi gerçekleştirmek için Üye Devletin yardımını aramalıdır; bu, eğer ulusal hukuk uyarınca gereklyse, ulusal mahkemelerden önceden adli izin alınması gerektir.⁵³
- 5) Yerinde inceleme sonrasında kararın hukuka uygunluğunun denetimi yollarının bulunması gerekir.⁵⁴

Bu sayılan güvenceler savunma hakkının sağlanması açısından önemli olabilmektedir. Ancak Türk Hukuku açısından bu güvencelerin varlığının hakim kararına gerek olmadığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Zira özel hayatın gizliliğini sınırlandıran dijital delillerde aramaya ilişkin hakim kararı gerekliliğinin kaynağı olan Anayasa m. 20'de hâkim kararı veya

⁴⁹ ABAD, (The Court of Justice of the European Union (CJEU), French: Cour de justice de l'Union européenne or "CJUE"; Latin: Curia) judgment of 6 September 2013, Deutsche Bahn and Others v Commission, T-289/11, EU:T:2013:404, par. 75 ve 77, erişim 21 Temmuz 2024,

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=140725&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5207312>; France Télécom v Commission, erişim 21 Temmuz 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=66047&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5215196>.

⁵⁰ Deutsche Bahn, par. 79-84.

⁵¹ Deutsche Bahn, par. 86.

⁵² Deutsche Bahn, par. 89.

⁵³ Deutsche Bahn, par. 93.

⁵⁴ Deutsche Bahn, par. 95.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri olmadıkça hakkın sınırlanamayacağı açıkça belirtilmiştir.

4.2. Başka Türlü Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması

Ceza muhakemesinde bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma ancak son çare olarak kullanılabilen ağır bir tedbirdir.⁵⁵ Başka türlü delil elde edilemesinin mümkün olmaması aramanın şartlarından biri olarak CMK m. 134'te gösterilmiştir. Bu durum ölçülülük ilkesinin bir sonucudur. CMK m. 134'te yer alan tedbir temel hak ve hürriyetlere getirdiği sınır açısından ağır bir tedbir olduğu için daha hafif tedbirlere öncelik verilmiştir.⁵⁶

1/2003 Sayılı Tüzük'ün başlangıç kısmının 34. paragrafında, Dijital Delil Toplama Yetkisi Hakkında Tavsiye Kararı'nın⁵⁷ 6. paragrafında ve İncelemeler ve Bilgi Talepleri Hakkında Tavsiye Kararı'nın⁵⁸ 4. paragrafında ölçülülük ilkesine uygun hareket edilmesi gerektiği belirtilmekteyken RKHK'da yer alan yerinde inceleme yetkisine ilişkin düzenlemelerde ölçülülük ilkesine riayet etmesi gerektiği belirtilmemiştir. Rekabete ilişkin düzenlemelerde ölçülülük ilkesine ilişkin bir ifadeye yer verilmese dahi Anayasa m. 13 gereği temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, RKHK m. 15'te 2020 yılında yapılan değişikliğe ilişkin iptal davasında *"iletişim, veri depolama, üretim ve pazarlama gibi alanlardaki teknolojik gelişim ve dönüşüm gözetildiğinde rekabet ihlallerinin teşebbüslerin iç yapıları ve piyasa gücü gibi veriler üzerinde uzman incelemesi yapılmaksızın ortaya çıkarılması mümkün değildir. Bu durum teşebbüsler bünyesinde bulunan defter, kayıt, belge ve elektronik verilerin elde edilmesini ve değiştirilemeyecek ya da ortadan kaldırılamayacak şekilde saklanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla kuralla öngörülen sınırlamanın anılan amaca ulaşma bakımından gerekli olma kriterinin sağlandığı değerlendirilmiştir. Teşebbüslerin tuttuğu defter ve kayıtlar dışında rekabet ihlallerinin ortaya çıkarılması açısından elde edilebilecek gerçeğe uygun, delil zinciri korunmuş başkaca delil bulma imkânı mevcut olmayabilmektedir. Bu kapsamda inceleme sırasında elde edilen defterler, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde bulunan her türlü veri ve belgelerin kopyalarının ve fiziki örneklerinin alınabilmesi gerekeceği açıktır"*⁶⁰ şeklinde halihazırda rekabet ihlali fiillerini tespit etmek için elverişli olabilecek tek aracın yerinde inceleme olduğu ön kabulünde bulunmuştur.

ABAD, Hoechst kararında yerinde inceleme yaparken yalnızca tanımlanabilen belge veya dosyalar araştırılabilir olsaydı, inceleme hiçbir yararlı amaca hizmet etmeyeceğinden bu inceleme yetkisinin bilinmeyen bilgi öğelerini aramaya yönelik olduğunu belirtmiştir. Rekabeti ihlal eden davranışın ortaya çıkarılması için geniş soruşturma yetkileri veriliyor

⁵⁵ Özen ve Özocak, 62.

⁵⁶ Yüksel, 100.

⁵⁷ ECN, Recommendation on the Power to Collect Digital Evidence, Including by Forensic Means, 2013, s. 3, par. 6, erişim 21 Haziran 2024, https://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_09122013_digital_evidence_en.pdf.

⁵⁸ ECN, Recommendation on Investigative Powers, Enforcement Measures and Sanctions In the Context of Inspections and Requests for Information, 2013, s. 2, par. 4, erişim 21 Haziran 2024, https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_powers_to_investigate_enforcement_measures_sanctions_09122013_en.pdf.

⁵⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 13.

⁶⁰ AYM, E. 2020/67, K. 2022/139, 09.11.2022, par. 49-51.

olsa da bu yetkilerin kullanılması ilgili teşebbüslerin haklarına saygı gösterilmesini sağlamaya hizmet eden koşullara tabidir. Komisyon'un soruşturmanın konusunu ve amacını belirtmesi, yalnızca ilgili teşebbüslerin tesislerinde gerçekleştirilecek soruşturmanın haklı olduğunu göstermek için değil, aynı zamanda teşebbüslerin işbirliği yapma görevlerinin kapsamını değerlendirebilmelerini sağlamak ve aynı zamanda teşebbüslerin savunma hakkını korumak için de temel bir gerekliliktir.⁶¹

Yerinde inceleme kararlarında gerekliliğe ilişkin gerekçelerin bulunması delilin başka türlü elde edilmesinin mümkün olup olmadığını ortaya koymak açısından önem arz etmektedir. Rekabet Kurulu tarafından verilen Türk Eczacıları Birliği kararında, yerinde inceleme sırasında istenen bilginin verilmemesi nedeniyle ceza verilmiştir. Kararın ilginç kısmı karşıoyda, başkaca kaynaktan temin edilebilecek bilgilerin verilmemesi nedeniyle ceza verilemeyeceğinin belirtilmesidir.⁶² Bu noktada artık müdahalenin ölçülü olduğundan bahsedilemez. Rekabet ihlallerinin, teşebbüslerin gizlediği fiillerinin ortaya çıkarılmasıyla ispat edilebiliyor olması yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasını zorunluluk haline getirebilmektedir. Burada başka türlü delil elde edilemiyor olması ile kastedilen ve yerinde inceleme için aranması gereken husus bu incelemenin kapsamının ölçülülük ilkesine göre belirlenmesidir. İncelemenin işyerinde, fiziki belgelerde arama şeklinde yahut teşebbüsün bilişim sistemlerinde veya çalışanların mobil cihazlarında arama şeklinde gerçekleştirilmesi yolları seçilirken bunların hepsi veya bir kısmının gerçekleştirileceği durumlarda mümkün olduğunca kişi haklarını koruyan yöntemler seçilmelidir. Aksi halde bu geniş yetkinin keyfi bir şekilde kullanılması riski artacaktır.

4.3. Kuvvetli Suç Şüphesi

Ceza muhakemesinde bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma için kuvvetli suç şüphesi aranmakta olup bu şüphe “beyond the reasonable doubt” ile eşdeğer olarak makul şüphenin ötesine geçen, bir suçun işlendiğini gösteren somut olaylarla desteklenmiş bulguların bulunduğu durumlardaki şüpheyi ifade etmektedir.⁶³ Yargılama sonunda kişinin mahkum edileceğinin kuvvetle muhtemel olması, suç işlendiği yönünde kuvvetli şüphenin var olduğu şeklinde kabul edilmektedir. Bu tedbirin uygulanması için soruşturma konusu suçun işlendiği ve arama yapılacak bilişim sisteminde bu suçun delillerinin bulunduğu yönünde olmalıdır.⁶⁴

Rekabet otoritelerinin yerinde inceleme yetkisini kullanabilmesi rekabet ihlalden şüphelenmesi için somut olguların varlığının aranması gerektiğine ilişkin bir ifade ne 1/2003 Sayılı Tüzük'te ne de RKHK'de yer almaktadır. Ancak Avrupa Birliği uygulamasında içtihat yoluyla getirilmiş sınırlar mevcuttur. ABAD kararlarıyla gelişen anlayış, yerinde inceleme yetkisinin nasılsa bir delil bulunur şeklinde, bir rekabet ihlaline ilişkin delil bulma ihtimalini arttırmak amacıyla “balık avı seferleri (fishing expeditions)” şeklinde

⁶¹ ABAD, Hoechst AG v. Commission of the European Communities, Joined Cases 46/87 and 227/88, EU:C:1989:337, 21.09.1989, par. 27-29, erişim 21 Temmuz 2024, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61987CJ0046>.

⁶² RKK, KS: 15-28/336-108, KT: 07.07.2015, s. 7, erişim 5 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b9eb10d1-4159-4d7d-b26f-81716c1b7251>.

⁶³ Dülger, 640; Özen ve Özocak, 62.

⁶⁴ Yüksel, 99.

kullanılamayacağı yönündedir.⁶⁵ Nexans kararında⁶⁶ ABAD, yerinde inceleme yapılması için “ilgili piyasada rekabetin ihlal edildiğinden şüphelenmek için makul gerekçelere sahip olma” kriterini ortaya koymuştur.⁶⁷ Şüphe şartı bakımından, tıpkı ceza muhakemesinde olduğu gibi şüphe sadece belirli bir teşebbüsün rekabeti ihlal eden eyleminin bulunduğu yönünde değil incelemenin kapsamı açısından gerekmektedir. Sadece şüphelenilen piyasa ile ilgili verilerle incelemenin sınırlanması gerekmektedir. Ceske Drahy kararında⁶⁸ belli bir tarihten sonra rekabeti ihlal eden eylemin bulunduğunu gösteren makul gerekçenin bulunduğu, buna karşılık bu tarihten öncesi için gerekçe bulunmamakta olduğu için yerinde inceleme kararının kısmen iptaline karar verilmiştir.⁶⁹ Kararda yerinde inceleme yapılması için gerekli olan kriter; “inceleme yapılacak teşebbüsün rekabeti ihlal ettiğinden şüphelenmek için makul gerekçelere sahip olunması” olarak ifade edilmiştir.⁷⁰

Rekabet Kurulu, Groupe SEB kararında, inceleme konusu teşebbüsün aynı pazarda rekabet olduğu bir başka teşebbüse ait bilgileri kullanarak fiyat eşitleme yöntemi uyguladığı iddiasını içeren şikayet başvurusunda bulunulmuş. Bu başvurunun ekinde teşebbüs direktörlerine ve müdürlerine bu hususta gönderilen e-postalara yer verilmiştir. Bunun üzerine gerekli görülen çalışanların bilgisayarlarında yerinde inceleme yapılmıştır. Bilgisayarında inceleme yapılacak çalışanların teşebbüs dışına çıkmamaları konusunda uyarılmasına rağmen ayrılması nedeniyle söz konusu kişilerin bilgisayarında inceleme yapılamamış, sadece e-postalarına uzaktan erişim sağlanabilmiştir.⁷¹ Kararda yalnızca e-posta hesabına uzaktan erişim yapılmaya çalışılmamakta aynı zamanda bu hesabı kullanan kişinin hazır olmadığı bir yerden uzaktan erişim sağlanmaya çalışılmaktadır. Burada ceza muhakemesinden farklı olarak Rekabet Kurulu tarafından uzaktan arama yapılabildiği görülmektedir. Buna karşılık CMK m. 134 kapsamında aramanın fiziksel olarak yapılması mümkündür. Uzaktan bilişim sistemine erişilmesi suretiyle arama yapılması yeterli güvenceleri sağlamadığı için hukuka aykırı kabul edilmektedir.⁷²

Rekabet Kurulunun bilişim sistemlerindeki yerinde inceleme yetkisinin oldukça geniş olduğu ortadadır. Bunu sınırlandırmak için bilişim sistemlerinde inceleme yapılabilmesinde bir şüphe standardına ihtiyaç vardır. Çünkü söz konusu alanlarda, çoğu zaman, teşebbüse ait ticari verilerin yanı sıra teşebbüs çalışanı ve yöneticilerine ait mahrem veriler de bulunabilmektedir. Şüphe standardı yalnızca teşebbüsün rekabeti ihlal edici fiili işlemesine yönelik değil inceleme konusu bilişim sistemlerinde delil bulunacağına olan inancı da

⁶⁵ Andersson, 229-230.

⁶⁶ ABAD Genel Mahkeme 8. Daire, Nexans France SAS ve Nexans SA v. European Commission, T-135/09, EU:T:2012:596, 14.11.2012.

⁶⁷ Andersson, 228-232.

⁶⁸ ABAD Genel Mahkeme 8. Daire, Ceske Drahy v. European Commission, T-325/16, EU:T:2018:368, 20.06.2018, erişim 21 Temmuz 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203183&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2411512>.

⁶⁹ ABAD Genel Mahkeme 8. Daire, Ceske Drahy v. European Commission, T-325/16, EU:T:2018:368, 20.06.2018, par. 98-99, erişim 21 Temmuz 2024, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=203183&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2411512>.

⁷⁰ Jeremie Jourdan ve Fanny Abouzeid, “Competition Law and Fundamental Rights.” *Journal of European Competition Law & Practice* 11, no. 10 (2020): 626.

⁷¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2019-2-036, Karar Sayısı: 20-03/31-14, Karar Tarihi: 09.01.2020, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=b7085aec-faf9-4023-8be7-3cb7801cbcf2>.

⁷² Şahin, 282.

kapsamalıdır. Ceza muhakemesinde suç şüphesi altında olmayan 3. kişilere ait bilişim sistemlerinde ancak bu sistemler şüpheli tarafından kullanıldığı takdirde arama veya elkoyma mümkündür.⁷³ Dolayısıyla bilişim sistemi şüphelinin mülkiyetinde olmak zorunda değildir. 3. kişiye ait olabilir ancak şüphelinin kullanması ve suç delilini içinde barındırıyor olduğu konusunda kuvvetli şüphe olması gerekir.⁷⁴ AB Komisyonu, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Nota göre, teşebbüse ait bilişim teknolojileri ortamını (örneğin bulut hizmetleri, sunucular, masaüstü bilgisayarlar, dizüstü bilgisayarlar, tabletler ve diğer mobil cihazlar) ve tüm depolama ortamlarını (örneğin USB, CD, DVD) aranabilir. İşyerinde bulunduğu takdirde işle ilgili amaçlarla kullanılan kişisel cihazlar da yerinde inceleme konusu olabilir.⁷⁵ Rekabet Kurumu tarafından yayınlanan Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz'un 4. paragrafında da taşınabilir iletişim cihazlarının (cep telefonu, tablet vb.) teşebbüse ait dijital veri içerip içermediğine göre inceleme konusu yapılabileceği kabul edilmiştir. İçerisinde teşebbüse ait bilgi bulunmayan ve tamamen çalışanın kişisel kullanımında olan bilişim sistemleri inceleme kapsamına alınamaz. Ancak bu durumun tespiti amacıyla yapılacak hızlı gözden geçirileceği kabul edilmiştir. Teşebbüse ait veri içerdiği tespit edilen taşınabilir iletişim cihazları ise adli bilişim araçları vasıtasıyla incelenir. İnceleme neticesinde dosya kapsamında delil niteliği taşıdığı düşünülen veriler ayrıştırılır ve delil niteliğinde görülmeyen diğer bütün veriler, geri getirilemeyecek şekilde kalıcı olarak silinir. Kurul, belgelerin teşebbüs ile işçi-işveren ilişkisi bulunmadığı durumlarda, bağımsız avukat ile yapılan yazışmaların savunma hakkının kullanımıyla doğrudan ilgisinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmektedir. Çiçek Sepeti kararında, şirket çalışanın bilgisayarından alınan toplam üç sayfa belge ile ilgili olarak teşebbüs vekili tarafından ileri sürülen avukat- müvekkil yazışması gizliliği iddiası nedeniyle ilgili belgeler kapalı zarf içinde teslim alınmıştır. Teşebbüs vekilince ileri sürülen avukat-müvekkil yazışması gizliliği iddiasının değerlendirilebilmesi amacıyla toplam üç sayfa belgede adı geçen avukatın bağımsız avukat olup olmadığı hususunda teşebbüsten bilgi talebinde bulunulmuştur. Avukatın Çiçek Sepeti bünyesinde bordrolu çalıştığı, iddia konusu üç sayfa belgenin bağımsız avukat ile yapılan yazışma niteliği taşıyamaması nedeniyle, avukat-müvekkil yazışmalarının gizliliği ilkesi kapsamında olmadığı değerlendirildiğinden iade talebinin reddedilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.⁷⁶

Ege Gübre kararında⁷⁷ çalışanın kullandığı e-posta hesabında teşebbüsle ilgili olmayan kişisel e-postalarının da olduğu için bunda yapılacak incelemenin, önaraştırma konusu ile sınırlı olacağının belirtilmiş bu e-postaya uzaktan erişim sağlanarak belli anahtar kelimeler aratılmak suretiyle yerinde inceleme yapılmıştır. Rekabet Kurumu uzmanları, dijital veriler üzerinde yerinde yaptığı esnada teşebbüs çalışanlarının tam ve aktif olarak destek verme

⁷³ Şahin ve Göktürk, 354-355.

⁷⁴ Uğraş, 103.

⁷⁵ AB Komisyonu, 1/2003 Sayılı Konsey Tüzüğü Madde 20/4 Uyarınca Yapılacak İncelemelere İlişkin Açıklayıcı Not, par. 10.

⁷⁶ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2020-3-006, Karar Sayısı: 20-32/405-186, Karar Tarihi: 02.07.2020, erişim 28 Mayıs 2024, h <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c1355245-c043-4741-998e-70d5de769809>.

⁷⁷ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2018-3-76, Karar Sayısı: 19-06/51-18, Karar Tarihi: 07.02.2019, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=8ce10261-aaad-4c90-9b4c-381d9fa481fe>.

yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu sebeple çalışanların kişisel kullanımında olan taşınabilir iletişim cihazlarının dahi teşebbüse ait bilgi içerip içermediği konusunda inceleme yapılması mümkündür. Mosaş kararında,⁷⁸ çalışanın bilgisayarında inceleme yapılırken görevli personel e-postaların silindiği fark edince durumun anılan teşebbüs yetkilisine sorulması sırasında bir başka raportör tarafından yetkilinin “Mosaş” başlıklı çevrimiçi yazışma grubunda teşebbüs ile ilgili yazıştığının görülmesi üzerine yetkilinin telefonu istenmiş, yetkilinin telefonu vermesi sonrasında ise söz konusu yazışmalar yetkilinin iş bilgisayarından açılarak incelenmiştir. Yazışmaların incelenmesinden, yerinde inceleme yapan meslek personellerinin fotoğrafının çekilerek grupta paylaşıldığı; “interneti kes girmesinler”, “modemi bozalım”, “mailleri silin” gibi ifadelerin olduğu görülmüş, bunun üzerine görevli meslek personeli tarafından mevcut yazışmaların ekran görüntüsü alınmıştır. Yerinde inceleme kapsamında yalnızca bilgisayar değil, cep telefonu gibi iletişim araçları ve bunların içerisindeki sayısız sosyal medya platformu incelenebilmektedir. Bu karardan anlaşıldığı üzere sadece teşebbüsün rekabet ihlaline ilişkin teşebbüsle ilgili olarak bilgi bulunup bulunmadığı hususu değil yerinde incelemenin engellendiği şüphesini oluşturan durumlarda bu hususun ortaya konulması için de bilişim sistemlerinde araştırma yapılması mümkündür. Öyle ki o anın şartları altında -dosyaya yalnızca soruşturma konusu fiil ve yerinde incelemenin engellenmesi ile ilgili bilgiler girse de- içerisinde kişisel yazışmalarında olduğu bilişim sistemlerinin incelenmesi,⁷⁹ bu yazışmaların ekran görüntüsünün alınması mümkündür.⁸⁰ RKKH m. 15 fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü veriyi ve belgeyi inceleme, bunların kopyasını alma yetkisi verdiği için Kurul emrinde çalışan uzmanların yapacağı araştırmanın sınırlarının öngörülemez derecede geniştir. Rekabet Kurulu Askaynak kararında⁸¹ özellikle kartel iddiaları bakımından elde edilebilecek yazışmaların ihlali ortaya koymakta son derece önemli olduğu da dikkate alındığında, iş için kullanıldığı anlaşılan kişisel e-posta hesaplarında yerinde incelemenin gerçekleştirilememesinin incelemenin akıbetini doğrudan etkiler nitelikte olduğunu vurgulamıştır. Olayda şirket hesabı konuşmalarında delil bırakmamak adına gelecek iletişimleri kişisel hesaplar üzerinden kurmaları gerektiği şeklindeki yazışmaların bulunması üzerine çalışanın kişisel hesabında inceleme gereği görülmüştür. Bu olay özelinde yerinde incelemenin sınırlarını genişletmeyi haklı kılacak şüphe bulunmaktadır. Bunun gibi delillerin bir şüphe standardı oluşturmaları incelemenin keyfi şekilde uygulanmasının önüne geçebilecektir.

⁷⁸ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2018-2-13, Karar Sayısı: 18-20/356-176, Karar Tarihi: 21.06.2018, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=9ccdfcd-75dc-496a-be1a-30aa06a1ba36>.

⁷⁹ Eti kararında da çalışanın mobil cihazında yapılan inceleme esnasında kendilerine daha önceden herhangi bir veri silinmemesi uyarısında bulunulmasına rağmen bazı yazışmalarının silindiğine ilişkin emareler bulunması ile yerinde incelemenin engellendiği kabul edilmiştir. Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2021-2-012, Karar Sayısı: 21-24/278-123, Karar Tarihi: 29.04.2021, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=5a6a8baf-31f0-44cf-96c7-278940729ad9>.

⁸⁰ Mosaş Kararı, par. 7.

⁸¹ Rekabet Kurulu Kararı, Dosya Sayısı: 2019-1-054, Karar Sayısı: 19-46/793-346, Karar Tarihi: 26.12.2019, erişim 28 Mayıs 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=97b88295-00eb-4fec-b492-207c39764750>.

5. Dijital Verilerde Yerinde İnceleme Yetkisinin Özel Hayatın Gizliliği Açısından Değerlendirilmesi

Anayasa m. 13 gereği temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz..⁸²

Anayasa'nın "Özel hayatın gizliliği" kenar başlıklı 20. maddesinde

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

AİHS "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

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

Devlet, kişilerin özel hayatına keyfi olarak müdahale etmemek şeklinde negatif ve üçüncü kişilerin haksız saldırılarını önlemek şeklinde pozitif yükümlükler altındadır. Bilişim sistemlerinde gerçekleştirilen arama Anayasa m. 20 ve AİHS m. 8 ile koruma altına alınan özel hayatın gizliliğini sınırlandırılan, devletin kişisel verilere⁸³ erişmesini sağlayan

⁸² Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, m. 13.

⁸³ "Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere kişisel veri -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmekte olup bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgileri değil telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, öz geçmişi, resmi, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, sağlık bilgileri, genetik bilgileri, IP adresi, e-posta adresi, alışveriş alışkanlıkları, hobileri, tercihleri, etkileşimde bulunduğu kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler

tedbirlerden biridir. AİHM ve aynı doğrultuda AYM, “özel hayat” kavramının geniş bir kavram olduğunu belirtmektedir. Özel hayata saygı hakkı alt kategorisinde geçen *özel hayat* kavramı AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve *bireyin kişiliğini serbestçe geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi* ile *kişisel bağımsızlık* kavramlarının özel hayata saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır.⁸⁴ Kişinin mesleki hayatında getirilen sınırlamalar, bireyin sosyal kimliğini etkilediği ölçüde yine özel hayata müdahale teşkil edebilecektir. AİHM bireylerin genellikle iş yaşamında dış dünyayla ilişkiler kurduğunu hatırlatarak bireyin kimliğini oluşturmalarının ve sosyalleşmesinin önemli bir aracı olan dış dünyayla ilişki kurma hakkının bireyin iş çevresini de kapsadığını, bu durumun serbest meslek bağlamında özellikle geçerli olduğunu ifade etmiştir.⁸⁵

Bilişim sistemlerinde arama, özel hayatın gizliliği hakkına sınırlama getirmektedir.⁸⁶ AB rekabet hukukunun uygulanması için Komisyon tarafından teşebbüsler veya teşebbüs birlikleri üzerinde gerçekleştirilen yerinde inceleme, yani 1/2003 sayılı Tüzüğün 20/4 maddesi uygulaması teşebbüsün, AİHS m. 8/1 kapsamındaki haklara müdahale teşkil etmektedir. AİHS m. 8/2 kapsamında Komisyon incelemelerinin yasaya uygun olması, meşru bir amaç taşıması, demokratik bir toplumda gerekli olması gerekir.⁸⁷ Anayasa mahkemesi de hak ihlali iddialarını incelerken bu yöntemi benimsemektedir. Anayasa Mahkemesi, RKHK m. 15’te 2020 yılında yapılan değişikliğe ilişkin iptal davasında düzenlemenin meşru amacının Anayasa m. 167’de belirtilen yüklenen özel teşebbüslerin güvenli ve serbest piyasa içinde çalışmasını sağlama ve piyasalarda fiilî şekilde veya anlaşmayla doğacak tekel ve kartelleşmeyi önleme yükümlülüğü kapsamında piyasada rekabete aykırı davranış ya da işlemlerin tespit edilmesi olduğunu; rekabet ortamının korunması suretiyle piyasaların sağlıklı ve düzenli şekilde işlemlerini sağlamak için rekabet ihlallerinin tespit edilebilmesi amacıyla getirilen sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir.⁸⁸ AİHM de yerinde incelemenin, rekabete aykırı davranışa ilişkin kanıt elde etmek olup müdahale “ülkenin ekonomik refahı” hem de “ihlalin önlenmesi” meşru amacına hizmet ettiğini kabul etmiştir.⁸⁹ Rekabeti korumak amacıyla gerçekleştirilen yerinde incelemelerin insan hakları boyutuyla incelendiği AİHM ve AYM kararlarında genel olarak hukuki sorun demokratik toplumda gereklilik üzerinde yoğunlaşmaktadır. AİHM, ölçülülük değerlendirmesi yaparken incelemeyi haklı kılacak uygun ve yeterli gerekçeler ile inceleme

kişisel veri kapsamındadır” (AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015).

⁸⁴ AİHM, Sidabras ve Džiautas/Litvanya, B. No: 55480/00, 59330/00, 27/7/2004, par 43; K.A. ve A.D./Belçika, B. No: 42758/98, 45558/99, 17/2/2005, par. 83; Koch/Almanya, B. No: 497/09, 19/7/2012, par. 51; Celal Oraj Altunörgü Başvurusu, Başvuru Numarası: 2018/31036, Karar Tarihi: 12/1/2021, R.G. Tarih ve Sayı: 5/2/2021-31386, [https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/31036#:~:text=No%3A%202018%2F31036\)%20ba%20şvurusunda,hürriyetinin%20ihlal%20edilmediğine%20karar%20vermiştir.](https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/31036#:~:text=No%3A%202018%2F31036)%20ba%20şvurusunda,hürriyetinin%20ihlal%20edilmediğine%20karar%20vermiştir.;); E.Ü. Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/13010, Karar Tarihi: 17/9/2020, R.G. Tarih ve Sayı: 14/10/2020-31274, erişim 28 Mayıs 2024, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/13010.>

⁸⁵ AİHM, Niemitz v. Almanya, B. No: 137/1088, 16/12/1992, par. 29

⁸⁶ Şahin, 271.

⁸⁷ AİHM, Societe Colas Est vd. v. Fransa, B. No. 37971/97, Karar Tarihi 16/04/2002, par. 43-45.

⁸⁸ AYM, E. 2020/67, K. 2022/139, 09.11.2022, par. 46,47.

⁸⁹ AİHM, Societe Colas Est vd. v. Fransa, par. 44.

yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemeye elverişli güvencelerin bulunup bulunmadığını göz önünde bulundurmaktadır.⁹⁰

Canal Plus davasında AİHM, yerinde inceleme kararında şüphelenilen rekabet ihlalinin temelini oluşturan temel olguları ve unsurları ortaya konulmuş olması ve bu rekabet ihlallerine ilişkin kanıt aramak amacıyla inceleme yetkisi vermesi sebebiyle yerinde incelemeyi haklı çıkaracak uygun ve yeterli nedenlerin bulunduğunu tespit etmiştir.⁹¹ Buna karşılık Smirnov davasında kişinin ikametgahında yürütülen arama ve el koyma tedbirinin uygun ve yeterli nedenlere dayanmadığı, arama emrinde aramanın amacı, herhangi bir suçla ilişkin delil elde edilmesini sağlayacağına inanılmasının nedenleri veya neden bu evde delillerin bulunduğu hakkında hiçbir bilgiye yer verilmemiştir.⁹² Yerinde incelemeyi haklı kılacak seviyede uygun ve yeterli nedenlerin bulunup bulunmadığının her somut olayda ayrıca belirlenmelidir. İnceleme kararlarının, incelemenin konusunu ve amacını belirtmesinin yanı sıra özellikle potansiyel olarak etkilenen pazarlar ve sektörler, olası ihlalin niteliği ve incelemeye tabi teşebbüsün iddia edilen katılımının derecesi dahil olmak üzere, şüpheli ihlalin temel özelliklerine ilişkin açıklamalar içermesi gerekir. İnceleme kararında genel (yani soruşturmaya tabi tüm ürünler, sektörler veya bölgelerle ilgili olarak) veya soyut açıklamalar yeterli neden kabul edilmeyecektir. İnceleme kararında belirtilen gerekçenin kısa, genel veya belirsiz olması durumunda, AİHS'nin 8. maddesinin ihlali söz konusu olacaktır. Yine Komisyonun denetim kararında Komisyon'un incelemediği belirli ürünleri ve/veya sektörleri kapsayan aşırı geniş bir denetim emri vermesi durumunda AİHS'nin 8. maddesi ihlal edilmiş olacaktır.⁹³ Yukarıda vurgulandığı üzere ceza yargılamasında kuvvetli suç şüphesi tespit edilirken AİHM tarafından ortaya konulan "uygun ve yeterli neden" kriterine uygun olarak somut delillere dayalı olarak hem suç işlendiğine dair şüphenin hem de bu suçun delillerinin bilişim sisteminde bulunduğu dair şüphenin bulunması gerekir. Buna karşılık yerinde inceleme yetkisinde böyle bir şart belirtilmemiştir.

AİHM tarafından ölçülülük değerlendirmesinde kullanılan bir diğer kriter inceleme yetkisinin kötüye kullanılmasını engellemeye elverişli güvencelerin bulunup bulunmadığıdır. Bu güvencelerden biri de hakim kararıdır. AİHM Colas Est davasında, yerinde incelemenin, bir yargıç tarafından önceden herhangi bir emir çıkarılmadan ve kolluk amiri hazır bulunmadan gerçekleştirildiği olayda, güdülen meşru amaçlarla tam olarak orantılı olduğunun kabul edilemeyeceği sonucuna varmıştır. Tedbir ölçülü olmadığı ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli görülmediği için AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği tespit etmiştir.⁹⁴ Ancak önceden alınmış bir hakim kararının eksik olmasının ihlal teşkil edeceği genel bir kabul değildir. Camenzind davasında, kişinin evinin aranmasına ilişkin yasaya uygun olduğu ve meşru bir amaç taşıdığı kabul edilmiş demokratik bir toplumda gerekli olması konusunda her ne kadar arama öncesi hakim kararı olmasa da İsviçre mevzuatının sağladığı güvenceleri ve özellikle aramanın sınırlı kapsamını dikkate alarak müdahalenin

⁹⁰ Harun Gündüz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 99, (Ankara: Rekabet Kurumu, 2009): 24-25.

⁹¹ AİHM, *Société Canal Plus and Others v. France*, B, No. 29408/08, Karar Tarihi 21.12.2010, par. 55.

⁹² AİHM, *Smirnov v. Russia*, Application 71362/01, 7.7.2007, par. 47.

⁹³ *ABAD, Nexans France and Nexans v Commission*, T-135/09, EU:T:2012:596, paras. 46-94 and 95-101.

⁹⁴ *Societe Colas Est*, par.49-51.

güdülen amaçla orantılı olduğunu kabul etmiştir.⁹⁵ Camenzind davasında AİHM, bir arama tedbirine ilişkin önceden adli yetkilendirme verilmemiş olmasına rağmen, İsviçre hukukunda sağlanan şu güvencelerin başvuruçuyu korumak için yeterli olduğu sonucuna varmıştır: (i) aramalar ancak bazı üst düzey devlet memurlarının yazısı üzerine ve özel eğitim almış görevliler tarafından yapılabilir; (ii) aramalar ancak bir suça ilişkin delillerin ele geçirilmesine yol açabilecek makul bir olasılık (reasonable likelihood) varsa gerçekleştirilebilir; (iii) aramaların başlangıcında yetkililerin kimliklerini kanıtlamaları ve aramanın amacına ilişkin bilgi vermeleri gerekir; ve (iv) aramadan etkilenen kişinin, arama sırasında hazır bulunma, temsil edilme ve hem arama emrinin hem de arama kaydının bir kopyasını alma hakkı vardı ve aramadan sonra denetim yolları imkanı vardır.⁹⁶ Soci  t   Colas davasında olduğu gibi, arama 50'den fazla binayı kapsamıyor olması ve binlerce belgeye elkonulmamış olması orantılılık değerlendirmesinde etkili olmaktadır.⁹⁷ Delta Pek  rny davasında,   ek rekabet otoriteleri, önceden alınmış bir hakim kararı olmaksızın teşebbüs çalışanlarının elektronik postalarını incelemiş ve kopyasını almıştır. Gerçekleştirilen yerinde incelemede sonradan yapılacak yargısal denetim mekanizmaları dahil diğer usuli güvencelerin önceden alınacak hakim kararı eksikliğini telafi edebileceğini açıkça kabul etmiştir.⁹⁸ AİHM tarafından aranan usuli güvenceler ile yukarıda sayılmış olan ABAD tarafından verilmiş Deutsche Bahn kararında sayılan usuli güvenceler paralellik göstermektedir.

AİHM, Vinci davasında, aralarında rekabet soruşturmasının konusuyla ilgisi olmayan bir dizi belgenin yanı sıra hukuki mesleki imtiyazla korunan belgeler de dahil olmak üzere, Fransız ulusal rekabet kurumu tarafından büyük miktarda elektronik belgeye el konulmasının orantısız olduğu ve AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini kabul etmiştir.⁹⁹ AİHM, başvuruçuların bu tür belgelere denetim sırasında el konulmasını önleyecek bir sistemin bulunmaması durumunda, adli makamlar tarafından yapılacak etkin bir sonradan denetim mekanizmasının gerekli olduğunu belirtmiştir.¹⁰⁰ AİHM'e göre, incelemeyi yapan mahkeme, rekabet otoritesi tarafından el konulan belgelerin konuyla ilgisiz olup olmadığını tespit etmek amacıyla somut bir analiz yapmak yerine, kendisini denetimlerin resmi bir analizini yapmakla sınırlamış ve/veya veya imtiyazlı ve -eğer   yleyse- iadelerini emredebilir.¹⁰¹ Janssen Cilag davasında ise mahkemenin AİHS'nin 8. maddesi uyarınca rekabet denetiminin orantılılık analizini yaptığı sonucuna varmıştır.¹⁰²

Çalışma sonucunda ulaşılan üç temel öneri   u şekildedir:

- 1) Deutsche Bahn kararındaki beş güvence, hakim kararının eksikliğini doldurmak için kabul edilmektedir. Ancak Türk hukuku açısından, bu güvencelerin hakim kararı yerine ge  cebileceğini yorumlamak mümkün değildir. Çünkü hakim kararına ilişkin gerekliliğin

⁹⁵ AİHM, Camenzind v. İsviçre, B. No: 136/1996/755/954, Karar Tarihi 16.12.1997, par. 47, erişim 28 Mayıs 2024, <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58125>.

⁹⁶ Camenzind v. Switzerland, par. 46.

⁹⁷ Andersson, 68.

⁹⁸ Andersson, 66, 71.

⁹⁹ AİHM, Vinci Construction and GTM G  nie Civil et Services v. France, B. No. 63629/10 ve 60567/10, Karar Tarihi 2,4,2015, par. 80-81.

¹⁰⁰ Vinci Construction, par. 78.

¹⁰¹ Vinci Construction, par. 79.

¹⁰² AİHM, Janssen Cilag S.A.S. v. France, B. No. 33931/12, Karar Tarihi 21.03.2017, par. 22-23.

kaynağı Anayasa'dır. 20. maddede, hakkın hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri olmaksızın kısıtlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. İhlal kararına rağmen yerinde incelemeler devam etmektedir. Çalışmanın ilk önerisi, Rekabet Kanunu'nun Anayasa'ya uygun olarak değiştirilmesidir.

- 2) Rekabet ihlalleri dijital verilerin yerinde incelenmesiyle kanıtlanabilse bile, incelemenin kapsamı ölçülülük ilkesine göre belirlenmelidir. İkinci öneri, mevcut düzenlemenin, yerinde inceleme kararlarının gerekçelerinde neden fiziksel belgelerin, işletmenin bilişim sistemlerinin veya çalışanların mobil cihazlarının aranması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiği ve bunların teşebbüse bildirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmasıdır. İnsan haklarına en az müdahale eden yöntemler seçilmelidir.
- 3) Son olarak, şüphe kriteri, bilgi sistemlerinin yerinde incelenme sınırlarının genişletilmesini haklı gösterebilir. Şüphe standardı olarak delillerin gösterilmesi, incelemelerin keyfi olarak uygulanmasını önleyebilir. Bu şüphe, kararların gerekçelendirilmesinde delillerle desteklenmelidir.

Bu önerilerle, iki delil elde etme prosedürü arasında bir paralellik kurmak ve bunların anayasa ile uyumlu olmasını sağlamak amaçlamaktadır.

6. Sonuç

Çalışmanın konusu olan ceza hukuku ve rekabet hukukunda dijital delil inceleme prosedürlerinin karşılaştırılmasının çıkış noktası, 2023 yılında Türk Anayasa Mahkemesi'nin yerinde inceleme yapan uzmanların insan hakları ihlaline ilişkin kararıdır. Bu kararla birlikte, Rekabet Kurulu'nun keyfiliğe yol açabilecek geniş bir yetkiye sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmiştir. Hem rekabet hem de ceza muhakemesi hukukları, dijital delil elde etmek için kendi araçlarına sahiptir. Bu çalışmada, bu prosedürler insan hakları perspektifinden ele alınmakta ve farklı hukuk alanlarında uygulanan tedbirlerin birbirinden nasıl farklılaştığı ve bu farklılıkların meşru sebeplerinin olup olmadığı sorusu sorulmuştur.

Teknolojik gelişmelerle birlikte iletişim ve veri depolama, bilişim sistemlerine taşınmış ve dijital verilerin uzman incelemesi olmadan yasa dışı faaliyetleri ortaya çıkarmak neredeyse imkansız hale gelmiştir. Bu nedenle, farklı hukuk alanları yasa dışı eylemleri tespit etmek için dijital delilleri kullanmaktadır. Ceza muhakemesi ve rekabet hukukunda, bilişim sistemlerindeki her türlü veri ve belge aranabilmektedir. Her iki hukuk dalı da insan haklarına müdahalede bulunmakta ancak farklı prosedürler ve güvenceler getirmektedir. Bu bağlamda, yerinde inceleme ve ceza muhakemesinde dijital verilerin elde edilmesine yönelik kanuni düzenlemeler incelenmiş, ardından aralarındaki farklar vurgulanmıştır. Son bölümde ise bu farklılıkların insan hakları ilkeleriyle uyumlu olup olmadığı değerlendirilmiştir.

Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 1994 yılında adil rekabeti sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Rekabet Kanunu'nun 27. maddesine göre, Rekabet Kurulu, Kanun ile yasaklanmış faaliyetler ve hukuki işlemler hakkında inceleme, soruşturma ve araştırma yapmaya yetkilidir. Fiziksel veya elektronik ortamda tutulan defter, belge ve her türlü veri üzerinde yapılan bu incelemelere yerinde inceleme denir. Rekabet Kanunu'nun 15. maddesi yerinde inceleme yetkisini düzenlemektedir. Kurul bilişim sistemlerindeki her türlü veriyi inceleme yetkisine sahiptir ve bunun şartı Kurul'un gerekli görmesidir; zira kanunda başka bir koşul öngörülmemiştir. Uzmanların incelemenin konusunu ve amacını göstermeleri

gerekmektedir. İşletme incelemeye izin vermezse, inceleme ceza soruşturmasında tedbir kararı veren sulh ceza hakimi kararıyla yapılacaktır. Ancak yerinde incelemenin engellenmesi durumunda işletmeye idari para cezası uygulanacaktır.

Türkiye'deki rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler, Avrupa Birliği üyelik süreci kapsamında gelişmiştir. Bu nedenle Rekabet Kanunu, AB düzenlemeleri temel alınarak düzenlenmiştir. AB 2003/1 sayılı Tüzük, Avrupa Komisyonu'na yerinde inceleme yapma yetkisi vermektedir. 20. maddede Komisyonun inceleme yetkileri, iş ile ilgili belgelerin, hangi ortamda saklandığına bakılmaksızın incelenmesini kapsamaktadır. Hem Türk hem de AB düzenlemelerine göre, işletmeye ait tüm bilişim sistemleri ve depolama ortamları yargı kararı olmaksızın aranabilir. İşyerinde bulunan ve iş amaçlı kullanılan kişisel cihazlar da yerinde incelemeye tabi olabilir. İşletme, müfettişlerle tam ve aktif iş birliği yapmakla yükümlüdür ve delilleri korumak için gerekli tüm tedbirleri almalıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu ve Rekabet Hukuku kapsamında bilişim sistemlerinde arama arasındaki ilk fark, yargı kararı zorunluluğudur. Rekabet Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrası, yerinde incelemenin idari bir karar olan Rekabet Kurulu kararıyla yapılacağını belirtmektedir. Ancak üçüncü fıkrafta, incelemenin engellenme ihtimali varsa, bunun sulh ceza hakimi kararıyla yapılacağı belirtilmiştir. Uygulamada yerinde inceleme kararları Rekabet Kurulu tarafından verilmektedir.

2009 yılında, yargı kararı eksikliğine ilişkin bir anayasa aykırılığı iddiası Rekabet Kanunu'nun 15. maddesi aleyhine öne sürülmüştür. Danıştay, yerinde incelemenin konut dokunulmazlığı hakkına aykırı olmadığını tespit etmiştir. 2020'de Anayasa Mahkemesi, 15. maddeye karşı açılan iptal davasını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, 15. maddenin üçüncü fıkrasına vurgu yapmış ve esasen yerinde incelemenin sadece işletmenin rızasıyla mümkün olduğunu, uzmanların hâkim kararı olmadan zor kullanamayacağını savunmuştur. Halbuki rızaya dayalı bilişim sistemlerinde yapılan aramalar, insan hakları korumalarını etkisiz hale getirebilir. Anayasada rıza, insan haklarının kısıtlanmasının meşru bir nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, yargı kararı olmaksızın rızaya dayalı bilişim sistemlerinde yapılan yerinde inceleme, Anayasayı ihlal edecektir. Ayrıca rızanın geçerli olamayacağı ileri sürülebilir. İşletmeler, engelleme durumunda uygulanan idari para cezası nedeniyle rıza göstermek zorunda kalmaktadır. Bu nedenle, uygulamada müfettişlere rıza göstermeyen işletmelere dair örnek bulmak çok zordur.

2023 yılında Ford Otomotiv tarafından yapılan bireysel başvuruda, yargı kararı olmaksızın yapılan yerinde inceleme yeniden gündeme gelmiş ve bu sefer Anayasa Mahkemesi, bu uygulamanın mesken dokunulmazlığı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak, bu bireysel bir başvuru olduğu için Rekabet Kanunu'nun 15. maddesi yürürlükte kalmıştır. Ford Otomotiv kararı sonrasında, bilgi sistemleri üzerindeki yerinde incelemeler hâlâ yargı kararı olmaksızın yapılmaktadır. Rekabet Kurulu'nun uygulamaları, bireysel bir başvuruda ihlal kararı verilse bile, ihlale kaynak olan yasal düzenleme iptal edilmedikçe veya değiştirilmedikçe bu uygulamanın aynen devam edeceğini göstermektedir.

Arama prosedürleri arasındaki ikinci fark, başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Bu durum, ölçülülük ilkesinin bir yansımasıdır. Delil elde etmek için mevcut seçenekler belirlendikten sonra, meşru amacı gerçekleştirmek için insan haklarına en az müdahale eden yöntemin seçilmesi gerekmektedir. 134. maddede yer alan tedbir, insan

haklarına ve özgürlüklere müdahale açısından ağır bir tedbir olduğundan, delil elde etmek için başka bir yöntem varsa, dijital delil araması yapılmamalıdır. Rekabet Kanunu, bu ilkeyi açıkça belirtmemektedir. Ancak böyle bir ifade olmasa bile, bilgi sistemlerinin aranması ölçülü olmalıdır. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamalar ölçülülük ilkesine aykırı olmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, yerinde incelemenin bu ilkeye uygun olduğunu kabul etmektedir. 2020 yılında 15. maddeye karşı açılan iptal davasında Mahkeme, teknolojik gelişmelerle birlikte defter, kayıt, belge ve elektronik verilerin elde edilmesinin meşru amaca ulaşmak için gerekli olduğunu belirtmiştir. Bilgi sistemleri üzerindeki yerinde incelemenin rekabeti sınırlayan davranışları tespit etmek için tek araç olduğu varsayılmıştır. Rekabet ihlallerinin, işletmelerin gizli eylemlerinin ortaya çıkarılmasıyla kanıtlanabileceği gerçeği, yerinde inceleme yetkisinin kullanılmasını zorunlu hale getirebilir. Ancak, devam eden soruşturmanın koşulları incelenmeden bu varsayılmamalıdır. Aksi takdirde, bu geniş yetkinin keyfi kullanımı riski artacaktır.

Prosedürler arasındaki üçüncü fark, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığıdır. Ceza yargılamasında güçlü şüphe, "kişinin yargı sonunda mahkûm edileceğinin kuvvetle muhtemel olması" olarak tanımlanır. Soruşturmaya konu suçun işlendiğine dair güçlü dayanakların yanı sıra, aramaya konu bilişim sisteminde delil bulunduğu dair de güçlü gerekçeler olmalıdır. Rekabet Kanunu'nda yerinde inceleme yapılması için şüphe gerekliliği konusunda bir düzenleme yoktur. AB düzenlemelerinde de bu konuda bir ifade bulunmamaktadır. Ancak Avrupa Birliği uygulamalarında içtihatlarla getirilen sınırlar vardır. AB içtihadı, "rekabetin ihlal edildiğine dair makul sebepler" olmasını şart koşar. Rekabet Kurulu'nun geniş yetkisini sınırlamak için bir şüphe standardı gereklidir. İşletmeyle ilgili verilerin yanı sıra, çalışanların ve yöneticilerin kişisel verileri de bilişim sistemlerinde bulunabilir. Rekabet Kanunu'nda bir şüphe standardı ifadesi olmasa da, 15. madde yerinde inceleme kararlarının inceleme konusu ve amacını içermesi gerektiğini belirtmektedir. Arama gerekçesi olarak inceleme konusu ve amacı, makul gerekçeleri içermelidir. Dolayısıyla mevcut düzenleme, iyi gerekçelendirilmiş bir inceleme kararı vermek için gerekli şüphe standardı olarak yorumlanmalıdır. Bilişim sistemlerinin aranması, Anayasa'nın 20. maddesinde korunan özel hayatın gizliliği hakkını sınırlandırır. Kişinin, belgelerinin veya eşyalarının aranabilmesi için, bir hakim tarafından verilmiş bir karar ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkilendirilmiş bir merciin yazılı emri olmalıdır.

Çalışma sonucunda üç temel öneride bulunulmuştur:

- 1) Deutsche Bahn kararındaki beş güvence, hakim kararının eksikliğini doldurmak için kabul edilmektedir. Ancak Türk hukuku açısından, bu güvencelerin hakim kararı yerine geçebileceğini yorumlamak mümkün değildir. Çünkü hakim kararına ilişkin gerekliliğin kaynağı Anayasa'dır. 20. maddede, hakkın hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili merciin yazılı emri olmaksızın kısıtlanamayacağı açıkça belirtilmiştir. İhlal kararına rağmen yerinde incelemeler devam etmektedir. Çalışmanın ilk önerisi, Rekabet Kanunu'nun Anayasa'ya uygun olarak değiştirilmesidir.
- 2) Rekabet ihlalleri dijital verilerin yerinde incelenmesiyle kanıtlanabilse bile, incelemenin kapsamı ölçülülük ilkesine göre belirlenmelidir. İkinci öneri, mevcut düzenlemenin, kararların gerekçelerinde neden fiziksel belgelerin, işletmenin bilişim sistemlerinin veya çalışanların mobil cihazlarının aranması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiği şeklinde yorumlanmasıdır. İnsan haklarına en az müdahale eden yöntemler seçilmelidir.

3) Son olarak, şüphe kriteri, bilgi sistemlerinin yerinde incelenme sınırlarının genişletilmesini haklı gösterebilir. Şüphe standardı olarak delillerin gösterilmesi, incelemelerin keyfi olarak uygulanmasını önleyebilir. Bu şüphe, kararların gerekçelendirilmesinde delillerle desteklenmelidir.

Genel olarak, bu öneriler, iki prosedür arasında bir paralellik kurmayı ve bunların anayasa ile uyumlu olmasını sağlamayı amaçlamaktadır.

Kaynaklar / References

- Andersson, Helena. *Dawn Raids Under Challenge: A Study of the European Commission's Dawn Raid Practices in Competition Cases from a Fundamental Rights Perspective*. Stockholm: Stockholm University, 2017.
- Badur, Emel ve Ertem Burcu. "Rekabet Kurulu'nun Denetim Yetkisini Kullanma Araçları: Geçici Tedbir, Bilgi İsteme ve Yerinde İnceleme Kararları." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* (2010): 102-122.
- Başar, Civan ve Başar, Hazar. "Rekabet Kurumunun, İnceleme Yetkisi Kapsamında İletişime ve Özel Hayatın Gizliliğine Müdahalesi: 4054 Sayılı Kanunun 15'inci Maddesi Yeterli mi?" *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 15, no. 193 (2020): 1427-1460.
- Coşkun, G. "1/2003 Sayılı AB Konsey Tüzüğü Çerçevesinde Getirilen Kurallar." *Rekabet Bülteni* 7, no. 13 (2005): 43-60.
- Dülger, Murat Volkan. *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Garzaniti, Laurent, Gudofsky, Jason ve Moffat, Jane. "Dawn of a New Era? Powers of Investigation and Enforcement Under Regulation 1/2003", *Antitrust Law Journal*, 72, no. 1 (2004): 159-207, erişim 21 Temmuz 2024, <http://www.jstor.org/stable/4084362>
- Gündüz, Harun. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Rekabet Hukuku Uygulamasına Etkileri*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi No. 99. Ankara: Rekabet Kurumu, 2009.
- Gürkaynak, Gönenç. *Rekabet Hukuku*. 7. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Jourdan, Jeremie ve Abouzeid, Fanny. "Competition Law and Fundamental Rights." *Journal of European Competition Law & Practice* 11, no. 10 (2020): 623-640.
- Müftüoğlu, M. Tamer. "Rekabet Kanunu ve İki Yıllık Uygulaması", *Rekabet Kurumu Dergisi* 1, no. 1 (2000): 5-23.
- Özen, Muharrem ve Özocak, Gürkan. "Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m. 134)." *Ankara Barosu Dergisi* (2015): 43-77.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Pınar, H. "Rekabet Hukuku ile Haksız Rekabet Hukuku İlişkisi." *Rekabet Kurumu Dergisi* 15, no. 2 (2014): 59-87.
- Şahin, Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)." *Yaşar Hukuk Dergisi* 1, no. 2 (2019): 271-286.
- Şahin, Cumhur ve Göktürk, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku – 1*. 12. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.
- Uğraş, Dilek Özge, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 154 (2021): 97-134.
- Yalçın, A. *AB ve Türk Rekabet Hukukunda Hukuka Aykırı Delillerin Kabul Edilebilirliği*. Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi Serisi No. 190, 2022, erişim 11 Temmuz 2024, <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/ahmet-yalcin-20220915164021652.pdf>.
- Yüksel, Çağatay, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK m. 134)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.

Yazar Hakkında / About the Author

Arş. Gör. Eda TAŞTEMÜR | Eskişehir Osmangazi Üniversitesi |
eda.tastemur[at]ogu.edu.tr | ORCID: 0000-0002-6914-4569

Eda Taştemür 2018 yılında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 2021 yılında Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalı yüksek lisans programını tamamladı. 2021 yılında başladığı Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında hala doktora programı öğrencisidir. 2020 yılında Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim dalında araştırma görevlisi olarak atanmıştır. 2020 ila 2024 yılları arasında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne görevlendirilmiştir. Şu an hala Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisidir.

Ress. Asst. Eda TAŞTEMÜR | Eskişehir Osmangazi University |
eda.tastemur[at]ogu.edu.tr | ORCID: 0000-0002-6914-4569

Eda Taştemür graduated from Yeditepe University Faculty of Law in 2018. In 2021, she completed her master's degree in Public Law at the Galatasaray University. She is currently a doctoral student in Criminal Law and Criminal Procedure Law at Ankara Hacı Bayram Veli University. In 2020, she was appointed to Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law as a research assistant in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law. Between 2020 and 2024, she was assigned to Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law. She is still a research assistant at Eskişehir Osmangazi University Faculty of Law.

VERGİ KAÇAKÇILIĞI SUÇUNUN ÖNLENMESİNDE DİJİTAL EKONOMİNİN ULUSLARARASI DÜZENLEMELER ÇERÇEVESİNDE VERGİLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Kübra ÖZEROL
Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi

Özet

Teknoloji ile geometrik orandaki bir hızla ilerleyen dijitalleşme ekonominin de dijitalleşmesine neden olmuş, bunun sonucunda sosyolojik değişimler meydana gelmiştir. Devletlerin meydana gelen sosyolojik değişimlere kayıtsız kalamaması, bu sürecin ortaya çıkarmış olduğu sorunlara aksiyon alınmasını zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda ekonomik hayatta meydana gelen başlıca sorun olan vergi kaçakçılığı suçunun önlenmesi, devletlerin vergi gelirlerinin azalmasının önüne geçilebilmesi adına vergi politikalarında nasıl ve ne şekilde değişikliğe gidileceği tartışılır hale gelmiştir. Bu bağlamda büyük ölçüde vergi kaybına neden olan vergi planlama stratejilerinin vergi kaçakçılığına girip girmeyeceği başlıca bir sorundur. Bu soruna ait OECD'nin gerçekleştirmiş olduğu düzenlemeler çalışma kapsamında incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi, Uluslararası Vergi Kaçakçılığı, OECD, BEPS, Sütun I, Sütun II

TAXATION OF THE DIGITAL ECONOMY WITHİN THE FRAMEWORK OF INTERNATIONAL REGULATIONS FOR PREVENTING TAX EVASION CRIME

Asst. Prof. Dr. Nazlı Kübra ÖZEROL
Erzincan Binali Yıldırım University

Abstract

Digitalization, which progresses at a geometric rate with technology, has also caused the economy to become digital, resulting in sociological changes. States cannot remain indifferent to the sociological changes that have occurred, making it necessary to take action on the problems that this process has created. The debate now revolves around the modification of tax policies to tackle the primary issue of tax evasion in the economy and to halt the decline in state tax revenues. In this context, a major issue is whether tax planning strategies, which result in significant tax losses, will contribute to tax evasion. The study will examine the regulations made by the OECD regarding this problem.

Keywords

Taxation of the Digital Economy, International Tax Evasion, OECD, BEPS, Pillar I and Pillar II

1. Giriş

Elektronik ticaret ve buna bağlı olarak gelişen dijital ekonomi önemini giderek artmaktadır. Küresel hayata adapte olmaya çalışan şirket modellerinin hızlı değişimlere ve artan talebe yanıt verecek şekilde uyarlanması, hükümetlerin mali gündemleri açısından kritik bir endişe kaynağı haline gelmektedir. Bu anlamda dijital pazar dramatik bir oranda büyürken devletlerin bu pazardan paylarını alabilmek adına birtakım soruların cevabı aranmaktadır. Bu sorular içerisinde dijital ekonomi vergiye tabi olup olamayacağı; tabi olacak ise dijital ekonomiye vergi koymak için başlıca yerel bir mevzuat düzenlemesine mi ihtiyaç duyulacağı yahut küresel anlamda gerçekleştirilecek bir düzenleme ile uluslararası ölçekte yeknesak bir işleyişe mi tabi olunmasının yerindeliği üzerinedir. Ülkelerin kolektif veya bağımsız faaliyetlerinin küresel ekonomi üzerindeki potansiyel etkileri neler olduğu da bu kapsamda cevap aranan sorular arasındadır. Bu alanda vergilendirilemeyen kazancın büyüklüğü devletleri vergi kaçakçılığı ve dolandırıcılığı konusunda daha da duyarlı hale getirmektedir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu md. 359'da vergi kaçakçılığı suçu; uzun ve tahdidi bir düzenleme ile yer almaktadır¹. Maddenin metninden de anlaşılacağı gibi, kaçakçılık, vergi ziyaı şartı aranmaksızın, objektif olarak kasıtlı işlenebileceği kanunda yazılı fiillerle, devletin vergi alanında koymuş olduğu kamu düzenini bozucu ve hukuk düzeninin kabul etmediği fillere denilmektedir². Vergi kaçakçılığını öğretide pek çok tanımlı bulunmaktadır. En geniş anlamıyla; vergi kaçakçılığını, mükellefinin, bu mükellefiyetinden kısmen veya tamamen imtina etmek için kanuna aykırı hileli ve aldatıcı davranışlarda bulunması olarak tanımlanması mümkündür. Bunun yanında Avrupa Komisyonu, vergi kaçakçılığı ile aynı anlam içerisinde kullanılan vergi dolandırıcılığı (tax fraud) kavramını, dünyanın küreselleşme sürecinde vergi idarelerinin karşılaşmış olduğu küresel bir olgu olarak kabul etmekte, vergi mükellefinin kasıtlı olarak beyannamesindeki vergi matrahını olduğundan daha az gösterdiği durumları ifade edeceğini belirtmiştir³. Vergi kaçırmak ile karıştırılsa da vergiden kaçınma, vergi mükelleflerinin vergi matrahını azaltma veya yok etme şeklinde vergiye karşılık olarak verdikleri tepkiler olup suç olarak düzenlenmemektedir. Ve fakat ekonominin dijitalleşmesi ile birlikte şirketlerin vergiden kaçındıkları miktarların yüksek meblağlara ulaşması devletleri büyük hazine zararına uğratmaktadır. Bu nedenle, vergiden kaçınmanın kapsamı ve bunun makul sınırı hakkında bir uzlaş olmasına rağmen özellikle son dönemlerde vergiden kaçınma faaliyetlerinin azaltılması gerektiği hakkında vergi reformu ve yasal düzenlemeler yapılması gerektiği üzerinde durulmaktadır⁴. Vergiden kaçınmayı sadece şirket kaynaklı bir problem olarak ele almak, soruna sığ bir bakış açısı ile yaklaşılmasına neden olmaktadır. Zira bu durum sadece şirketler tekeline indirgenecek bir durum olmaktan uzak, işteş bir eylemdir. Vergiden kaçınılma yoluyla elde edilen gelirin büyüklüğü bazı devletleri ve bölgeleri sorunlu durumun birer paydaşı haline getirmektedir.

¹ 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>.

² Hasan Hüseyin Bayraklı, *Vergi Ceza Hukuku*, (Afyonkarahisar: Külcüoğlu Mat.,2006), 241.

³ "EU Coherent Strategy Against Fiscal Fraud 2006", European Commission, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_06_221.

⁴ Esra Uygun, "Vergiden Kaçınmayı Önlemeye Yönelik Küresel Asgari Kurumlar Vergisi", *International Journal of Public Finance* 7, sy. 1(2022):94 DOI: 10.30927/ijpf.1067733 2022.

Devletlerin vergi mevzuatlarında çokuluslu şirketler lehine yaptıkları (ya da yapmaktan imtina ettikleri) mevzuat düzenlemeleri ile uluslararası yatırımları ülkelerine çekmeye çalışmakta, serbest piyasada vergiden kaçınma fırsatları yaratılmaktadır. Kurumlar vergisinden kaçınan şirketler, hükümet gözetiminden uzakta olacakları, vergi oranları üzerinde yüksek rekabetin bulunduğu vergi bölgelerindeki uluslararası finans merkezlerinde bulunmak istemektedirler⁵. Bu şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerde adil şekilde vergi ödemeyip kurumlar vergisinden kaçınmaları, farklı şirketleri ve farklı bölgeleri aynı anda etkilemektedir. Neticesinde küresel sonuçlar doğmakta, kurumlar vergisinden kaçınmanın uluslararası boyuta sahip olması nedeniyle uluslararası müdahaleye ihtiyaç duyulmaktadır.

Kamu gelirlerinin temel kaynağını vergi oluşturmaktadır. Vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma neticesinde ortaya çıkan kamu gelirlerindeki azalma topluma negatif olarak yansıyacak, vergi etkinliğin düşmesine neden olacaktır. Vergi kaçakçılığının toplum dahilinde mali, sosyal ve ekonomik etkileri bulunmaktadır. Hukuki, sosyolojik, tarihi bağlamda vergi kaçakçılığı nedenleri etkileşim halindedir, birbirinden bağımsız değerlendirilmemelidir. Bu nedenlerin kapsamına küreselleşme de dâhil olunca var olan sorunlar ve buna bağlı çözüm önerileri için de küresel çözümlere ihtiyaç duyulması kaçınılmaz hal almıştır. Küresel dijital ekonominin büyümesi, tüketicilerin mukim olduğu ülkelerdeki vergi gelirlerinin azalması sorununu doğurmuştur⁶. Dijital ekonomi gelişirken, firmaların kaynak yetki bölgelerinde geniş bir hizmet imkânı sunmasını sağlamaktadır. Bu durum geleneksel yaklaşımın değişmesine neden olmaktadır. Zira hizmet sağlanırken herhangi bir somut varlık olmadan da gelir elde edilmesi sonucu klasik dinamikleri etkilemektedir. İnternetin sağlamış olduğu kolaylıklar, gayri maddi hak ve varlıklara kıymet atfedilmesi ile bir araya geldiğinde, transfer fiyatlandırması yoluyla çok uluslu şirketler kârlarını mukim ülkelere verginin hiç olmadığı ya da az olduğu ülkelere kaydırmalarına olanak sağlamaktadır⁷. Bahsedilen bu durum karşısında gelişmekte olan ülkelerin, gelişmiş ülkelere kıyasla kurumlar vergisi gelirlerine daha fazla bağımlı oldukları gerçeği ile hareket edildiğinde bu maliyetler, gelişmekte olan ülkeleri gelişmiş ülkelere kıyasla daha fazla olumsuz etkilemektedir.

Gündemdeki tüm olumsuzluklar arasında OECD kapsamında ele alınan uluslararası vergi hukuku konusuna giren “Base Erosion and Profit Shifting – BEPS” olarak adlandırılan matrah aşındırma ve kâr aktarma olarak adlandırılan vergi planlama stratejileri önem arz etmektedir. Matrah aşındırma; çok uluslu ya da grup şirketlerin ülkeler arası mevzuat farklılıklarından faydalanarak “çifte vergilendirilme” sorununun önüne geçmek için meydana getirdikleri durumu; kâr aktarma ise, kârın yüksek oranlı ülkelere düşük oranlı ülkelere suni olarak kaydırılmasını ifade etmektedir. BEPS sorunun oluşturmuş olduğu global vergi gelir kaybı OECD verilerine göre yıllık 100 - 240 milyar dolar veya küresel kurumlar vergisi gelirlerinin %4-10’ u arasında olduğunu tahmin etmektedir⁸. Meblağın

⁵ Uygun, “Vergiden Kaçınmayı Önlemeye Yönelik Küresel Asgari Kurumlar Vergisi”, 94.

⁶ Cockfield, A. J., “Tax Wars: How to End the Conflict Over Taxing Global Digital Commerce”, Berkeley Business Law Journal, doi: <https://doi.org/10.15779/Z38H70815H>, 17(2), (2020): 353.

⁷ Lucas-Mas, C.O. ve Junquera-Varela, R.F., Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency, doi: 10.1596/978-1-4648-1654-3, Worldbank Publications: Washington., 2021,S. 1-2

⁸ “What is BEPS?”, OECD, Erişim tarihi 6 Eylül 2025, <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.

büyüklüğü, vergi planlama stratejisi olarak geçen BEPS sorununa ne denli ciddiyetle gerektirdiğini de gözler önüne sermektedir. BEPS stratejileri OECD'ye göre çoğunlukla kanun dışı değildirler. Bu stratejiler Gayri maddi varlıkların ve risk yönetiminin artan önemi ile karakterize edilmektedirler. Ancak bunun yanında kullanılan programlardan bazıları kanun dışıdır ve devletler bunlarla mücadele etmektedirler. Bu kapsamda mevcut negatif durumu nötrlemek adına “Dijital Hizmet Vergileri” gibi yöntemler tercih edilmektedir. Burada ulusal düzeyde tek taraflı tedbirlerin alınması ve tarife misillemeleri önemli metotlardır. OECD'nin bu husustaki tahminleri gerçekleşecek düzenlemelerin ile küresel GSYİH' nın %1' ine mal olabileceği yönündedir. OECD bu sebeple daha efektif çözüm sağlayabilmek adına “İki Sütunlu Çözüm” uygulaması geliştirilmesini talep etmektedir. Böylece ticaret savaşlarının, ticaret ve yatırımları olumsuz yönde etkileyecek belirsizliğin önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

2. Dijital Ekonominin Vergilendirilmesindeki Zorluklar

Uluslararası vergilendirme kurallarının temelini, yabancı bir şirket kazancının ancak ancak yabancı şirketin fiziksel varlığının bulunduğu yerde vergilendirilebileceği öngören, 1920'li yıllarda yapılan uluslararası verileendirme anlaşmaları oluşturmaktadır. Zira yüzyıl öncesinde ekonominin fiziksel mallar etrafında şekillendiği dönemlerde mevzuatın bu yönde hazırlanması kanunun amacına uygun düşmekteydi. Günümüzde, dijitalleşen dünya ile fiziki mallar haricinde, maddi olmayan duran varlıklarında bulunmaktadır. Çok uluslu şirketler (ÇUŞ) çoğunlukla fiziksel varlığın hiç olmadığı yahut çok az olduğu yetki alanlarında büyük ölçekli işler yürütmektedir. Maddi olmayan duran varlıkların (telif hakkı ve patentler gibi) büyümesi ve şirketlerin kârlarını çok az vergi uygulayan veya hiç vergi uygulamayan ülke ve bölgelere kaydırma yeteneği çok uluslu şirketlerin kârlarının hakkıyla vergilendirilemediği sonucunu doğurmaktadır⁹. Bu nedenle dijital ekonominin vergilendirilebilmesi için uluslararası düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

3. Dijital Ekonominin Vergilendirilmesi ve Uluslararası Düzenlemeler

3.1. Genel Açıklamalar

Ekonomik büyüme ve küresel refah ekosistemi içerisinde öngörülebilir, verimli ve sürdürülebilir bir uluslararası vergi sisteminin merkezi konumu yadsınamaz¹⁰. Dijitalleşen ekonominin gelişimine sınırlar koymanın zorluğu dikkate alındığı zaman hem vergi haklarının sağlanması hem de kapsamlı çözüm için geliştirilen ve aşağıda açıklanacak olan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) projesi önem arz etmektedir. Zira çözüme varılması halinde uluslararası vergi sistemi güvence altına alınacak, geleneksel ve dijital işlemler arasında vergi eşitliği sağlanabilecektir. Çözüme varılamaması durumunda ise; kırılganlığını koruyan küresel ekonomide, hükümetlerin gelir (vergi) toplayamaması sonucunda yatırımlara ve ekonomik büyümeye zarar verecektir.

⁹ Nazlı Kübra Çelik, *İktisadi ve Hukuki Yönleriyle Transfer Fiyatlandırması*, (Ankara: Adalet Yay. 2023), 169 vd.

¹⁰ Mustafa Çolak, “Dijitalleşen Ekonomide Vergileme Zorluklarına Karşı Son Uluslararası Uzlaşım Planı ve Değerlendirmesi.” *Yaklaşım Dergisi* 345 (Eylül 2021): 72.

Yeni ve çoğunlukla maddi olmayan varlıklara dayalı yeni değerlerin ortaya çıkması, hedef pazarlara fiziksel olarak yakınlık ihtiyacını sürekli törpülerken, yeni iş modelleri yaratan tüm sektörler için ise yapısal bir devrime neden olmuştur. Bu durum, sınır ötesi faaliyetlerden elde edilen gelirler üzerindeki vergi haklarının tüm ülkeler için kabul edilebilir bir şekilde dağıtılmasına yönelik mevcut kâr tahsisi ve bağlantı kurallarının etkinliğini sürekli olarak zorlamaktadır¹¹.

Vergilerin nerede ödenmesi (fiziki mevcudiyete dayalı nexus kuralları) ve kârın ne kadarının vergilendirilmesi gerektiğini (“emsallere uygunluk ilkesine dayalı kâr dağıtımı” kuralları) belirleyen küresel vergi sisteminin temel unsurları, çok uluslu işletmelerin hedeflerini desteklemektedir. Bu süreçte çözüm için geliştirilen uluslararası düzenlemelerin temelini OECD’nin BEPS Eylem Planı ve yeni iki sütunlu (aşamalı) çerçeve planı açıklanacaktır.

3.2. OECD Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Projesi

Teknolojinin hızla ilerlemesi, dünya genelinde iş yapma ve işlere yaklaşım biçimlerini köklü bir şekilde değiştirmiştir. Küreselleşen yeni ekonomi, yatırımların ülkeler arasında serbestçe dolaşmasını sağlamakta ve dijital ekonomi faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi, matrahın belirlenmesi ve verginin hesaplanması gibi konular, ülkeler arasındaki yerel düzenlemelerin farklılıkları nedeniyle vergi kayıplarına yol açmaktadır.

Teknolojinin hızlı büyümesi, iş yapma ve işlere bakış şekillerini köklü bir biçimde değiştirmiştir. Küreselleşmiş yeni ekonomi, yatırımların ülkeler arasında dolaşımını mümkün kılmakta ve dijital ekonomi faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi, matrahın belirlenmesi ve verginin hesaplanması gibi konular, ülkeler arasındaki yerel düzenlemelerin farklılıkları nedeniyle vergi kayıplarına sebep olmaktadır.

Dijitalleşmenin getirmiş olduğu vergilendirme sorunlarının OECD bünyesinde Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma Projesi (BEPS) ile çözülememiş olması ülkeleri bu konuda tek taraflı önlemler almaya itmiş ve başta dijital hizmet vergileri olmak üzere birçok ülkede birçok vergi ve önlem yürürlüğe girmiştir. Bu vergi ve önlemler ise “çifte vergilendirmeme” sorunundan “çoklu vergilendirme” sorununa bir geçişe neden olmuş bu da OECD ve mukim ülkeleri bu sorunların çözümü için harekete geçirmiştir¹².

OECD, uluslararası şirketlerin, ülkelerin vergi kurallarındaki boşlukları ve uyumsuzlukları kullanarak kârlarını ekonomik faaliyetin az olduğu veya hiç olmadığı düşük veya vergisiz yerlere yapay olarak kaydıran vergi planlama stratejilerini BEPS (Matrah Aşındırma ve Kâr Aktarımı) olarak tanımlamaktadır¹³. BEPS uygulamaları, çok uluslu şirketler için yeni bir durum olmamakla birlikte, çoğunlukla vergiden kaçınma şeklinde görünmektedir. Ancak, vergi kaçakçılığı olarak görüldüğü bazı durumlar da mevcuttur. Küreselleşmenin ulaşım, dijital ve teknolojik alanlardaki gelişmeleri hızla etkilemesi, vergi cenneti ülkelerin özellikle uluslararası vergi rejiminde rekabetçi bir ortam yaratması, çok uluslu şirketlerin vergi planlamalarındaki avantajlarını en üst düzeye çıkarmasına olanak sağlamıştır. Söz konusu

¹¹ Çolak, “Dijitalleşen Ekonomide Vergileme Zorluklarına Karşı Son Uluslararası Uzlaşım Planı ve Değerlendirmesi” 72.

¹² Billur Yaltı, “BEPS’in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi Ötesinde mi?” Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), Edt. Billur Yaltı. (İstanbul: Beta Yayınları, 2018): 175.

¹³ “What is BEPS?”

olanaklardan tam olarak yararlanan ve agresif vergi planlamaları yapmaya devam eden bazı çokuluslu şirketler, özellikle 2000'li yılların sonunda toplumun her kesimi tarafından daha görünür hale gelmiştir. Bu durum, kamuoyunda yüksek kazanç elde etmesine rağmen mukim ülkede hiç vergi ödemeyen ya da asgari vergi ödeyen şirketlerin etik dışı görüldüğü ve kabul edilebilir sınırı aştığı düşüncesini pekiştirmiştir.

BEPS uygulamalarının dezavantajı olarak, ülkelerin ve uluslararası vergi sisteminin adalet ve bütünlüğünü bozması, vergi mükelleflerinin gönüllü uyumunu zayıflatması ve devletlerin dolaysız ve dolaylı vergi gelirlerinin azalmasını saymak mümkündür. Yukarıda da değinildiği gibi, OECD, BEPS uygulamalarına ilişkin yıllık 100-240 milyar USD arasında gelir kaybına yol açtığı ve bu tutarın küresel kurumlar vergisi gelirinin %4-10'una denk geldiğini deklare etmiştir¹⁴. Çok uluslu şirketlerin yerel düzeyde faaliyetlerine devam eden şirketlere karşı rekabet etmek için BEPS uygulamalarını tercih etmeleri rekabet eşitsizliğine neden olmaktadır. Bu durum çok uluslu şirketler tarafından yaygın uygulama haline geldiğinde tüm ülkeleri zincirleme olarak etkilemekte, bilhassa gelişmekte olan ülkeler bağlamında daha da dramatik bir hal almaktadır. Zira gelişmekte olan ülkelerin kurumlar vergisinden elde edecekleri gelire gelişmiş ülkelere daha fazla bağımlı olması BEPS uygulamaları neticesinde daha fazla kamu zararı meydana gelmesine dolayısıyla da vergi politikası sorunlarının doğmasına neden olmuştur¹⁵. Nihayetinde dijital ekonominin doğrudan ve dolaylı olarak vergilendirme üzerinde ciddi etkiler doğurması vergi idarelerini etkileyen geniş kapsamlı bir konudur.

Çok uluslu şirketlerin agresif vergi planlamalarından vazgeçmek istememesi küresel anlamda devletlerin siyasi gündem ajandalarında BEPS uygulamalarını üst sıralara çıkartmıştır. Bilhassa gelişmiş ülkelerin, gelişmekte olan ülkelere nazaran, azalan vergi gelirleri karşısında daha kudretli verdikleri tepkiler verip, tüm ekonomik birimlerin kazancı elde ettikleri ülkelerde adil bir vergi yükü ile mükellef olmaları gerektiği hususunu dile getirmeye başlamışlardır. Bu kapsamda G20 liderleri, OECD üyeleri ile birlikte geniş ve kapsamlı bir önlem paketi olan, 15 eylemden oluşan BEPS Eylem Planı'nı 2013 Eylül ayında kabul edilmiş, 2015 Kasım ayında Antalya'daki G20 Liderler Zirvesinde onaylanmıştır. Eylem planları özünde izleme ve artırılmış şeffaflık ile desteklenmiştir. Yerel mevzuatın uluslararası vergi anlaşmaları hükümleri vasıtasıyla uyumlaştırılıp, yeknesak hale getirilerek uluslararası ölçekte koordineli olunması amaçlanmıştır. İçerinde bulunduğumuz süreçte, 130'dan fazla ülke ve yargı bölgesini kapsamı içine alan Vergi Amaçlı Şeffaflık ve Bilgi Alışverişi Küresel Forumu (Global Forum), uluslararası şeffaflık standartlarını tutarlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağladığı gibi BEPS Eylem Planlarının uygulanabilmesi adına benzer çabayı sergilemektedir. Bu kapsamda 2016 yılında oluşturulan OECD/G20 Inclusive Framework-IF/ Kapsayıcı Çerçeve'de yer alan 135'ten fazla ülke, vergiden kaçınma ile etkin mücadele, uluslararası vergi kurallarının daha tutarlılığının arttırılması ve daha şeffaf uluslararası vergi ortamının sağlanmasını amaç edinen 15 eylemi uygulamaya başlamıştır¹⁶. BEPS eylem planı dijital ekonomiden elde edilen kazançların vergilendirilmesi ile başlamaktadır. 1 numaralı

¹⁴ "What is BEBS?"

¹⁵ Detaylı bilgi için bkzn. Çelik, 261 vd.; "Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)" OECD, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, <http://www.oecd.org/tax/beps/flyer-inclusive-framework-on-beps.pdf>.

¹⁶ Gülşen Gedik, "BEPS Eylem Planları Kapsamında Türk Vergi Mevzuatında Yapılan Değişiklikler." Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1, no. 2 (2020):31 vd.

eylem planının etkileri ve kapsamı sebebiyle en önemli başlık olan ekonominin dijitalleşmesini ilk sıraya aldığını söylemek mümkündür.

Dijital ekonomi teknoloji tabanlı çok uluslu şirketlere, vergisel anlamda büyük avantajlar sağlamaktadır. Bu durum ülkelerin vergi gelirlerinin azalmasına hazine zararına neden olmaktadır. OECD bu sorunu çözebilmek adına öncelikli olarak var olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları kapsamında sabit işyeri (permenenet establisment) tanımı üzerinde çalışmalar gerçekleştirmiştir¹⁷. Ancak, dijital faaliyetlerde vergileme yetkisi için sabit işyeri bulunmasının zorunlu olmadığı sonucuna erişilmesine rağmen bu sonucun çözüm için kafi düzeyde etkili ve yeterli olmadığı da anlaşılmıştır. Bunun üzerine OECD /G20 üyesi ülkeler BEPS'in ekonominin dijitalleşmesinden kaynaklanan vergi zorluklarının ele alınmasına yönelik iki sütunlu yaklaşım üzerine çalışmaya başlamıştır.

3.2.1. Sütun I - Sütun II Raporları ve Vergileme

E- Ticaret şirketlerini de kapsayan çokuluslu işletmelerin faaliyet gösterdikleri ve kâr elde ettikleri yerlerde vergi ödemelerini sağlamayı amaçlayan, aynı zamanda vergilemede kesinlik ve istikrarı da hedefleyen, OECD nezdindeki ülkelerin küresel milli gelirinin %90'ının fazlasını temsil eden 130 ülke uluslararası vergi reformu için kapsayıcı bir anlaşma çerçevesi üzerinde hemfikir kalmışlardır.

Bu çerçeve anlaşma yukarıda da değinildiği gibi küreselleşmiş ve dijitalleşmiş değişen 21. yüzyıl ekonomisinin de amaca uygun olmayan vergi sisteminin temel unsurlarını güncellemektedir. OECD'de BEPS çalışmaları kapsamında, Tax Challenges Arising from Dİgitalisation- Report on Piller One Blueprint ve Report on Piller Two Blueprint başlıklı bizim çalışmamızda Sütun I ve Sütun II olarak adlandıracağımız somut çözüm önerileri içeren raporlar yayımlanmıştır. OECD üyesi olan ve müzakereye katılan ülke ve yönetimler, müzakerelerin sonuçlandırılması için iki sütunlu yaklaşımla, teknik çalışmaların tamamlanması için Ekim 2021'e kadar son tarihin yanında 2023 'te etkili bir uygulama planının yürürlüğe girmesi konusunda fikir birliği içerisinde olmuştur. Ülkemiz bu anlamda sütun II 'nin kabulü, yerel mevzuatta yer alması konusunda 16 Temmuz 2024 tarihinde yasa tasarısını kanunlaştırıp güncel bir gelişmeye imza atmıştır.

Bu iki sütunlu raporlar özetle;

Sütun I; dijital şirketler de dâhil olmak üzere büyük çokuluslu işletmeler ve ülkeler arasında yer alan kârın ve vergi haklarının daha adil bir şekilde dağıtılmasını amaçlayan düzenlemeler içermektedir. Firmaların fiziksel bir varlığı olup olmadığına bakılmaksızın, bu çokuluslu işletmeler tarafından bazı vergilendirme hakları kendi ülkelerinden ticari faaliyette bulundukları ve kâr elde ettikleri pazarlara yeniden tahsis edilmesini düzenlemektedir.

Sütun II ise; ülkelerin vergi tabanlarını korumak için kullanabilecekleri küresel bir asgari kurumlar vergisi oranının getirilmesi yoluyla kurumlar vergisi üzerindeki rekabete bir sınırlama konulmasını amaçlamaktadır.

¹⁷ Altan Rençber, "Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri" (İstanbul: Filiz Yay., 2021), 2. ;OECD, "Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments" (Paris: OECD Pub., 2004), 3.

Sütun I ve Sütun II'nin uygulamaya geçmesiyle birlikte, 100 Milyar ABD dolarından fazla kâr üzerindeki vergi haklarının her yıl yeniden tahsis edilmesi beklenilmekte ve asgari oranı en az %15 küresel asgari kurumlar vergisinin yıllık ek küresel vergi gelirine de yaklaşık 150 Milyar ABD doları gelir üreteceği tahmin edilmektedir¹⁸.

Sütun I ve Sütun II eylem planlarının başarıya ulaşması uluslararası vergi sisteminin istikrara kavuşturulması, yeni vergi mükellefleri ve vergi idareleri için vergide öngörülebilirlik ve en uygun vergileme ilkelerinin uygulanabilirliğine de katkı sağlayacaktır¹⁹.

3.2.1.1. Sütun I

Sütun I, vergilendirme haklarının yeniden belirlenmesi dâhilinde, fiziksel varlığı olmayan, ticari mevcudiyet ve faaliyetler sorununun ele alınasını, verginin hangi ülkede ve neye göre ödenmesi gerektiğinin belirlenmesini, müşterilerin ya da kullanıcıların bulunduğu yargı bölgelerindeki karın ne kadarının vergilendirilebileceğini belirleyecektir. Sütun I'in başarılı olması için tüm üye ülkelerin yahut olabildiğince çok ülkenin mutabakatı gerekmektedir. Bu nedenle, OECD kendi üyeleri dışında diğer ülkelerin de çözüme müdahil olması için IF adıyla (OECD/G20 Inclusive Framework- Kapsayıcı Çerçeve) bir girişim başlatmıştır. Sütun 1, Ağustos 2021'de ülkeler tarafından kabul edilmiş, Aralık 2022'de, OECD kamuoyu geri bildirimi toplamak amacıyla ilk Tartışma Taslağı'nı yayımlamış olup bu taslak, önerilen yaklaşımı ana hatlarıyla belirlemiş ve metodolojiyi geliştirmek için tüm paydaşlardan geri bildirim almıştır. Temmuz 2023'te, ilk tartışma taslağı için gelen geri bildirimleri içeren ve ek detaylar ve iyileştirmeler sunan ikinci Tartışma Taslağı yayımlanmıştır. Şubat 2024'te basitleştirilmiş ve kolaylaştırılmış yaklaşım ile ilgili OECD Raporu yayımlanmıştır. Bu Rapor, süreç boyunca paydaşlardan gelen tüm geri bildirim ve analizleri entegre ederek yaklaşımın temel prensiplerini ortaya koyan, bununla beraber yine de ilave bilgi ve açıklama gerektiren bir rapor olarak özetlemek mümkündür. Haziran 2024'te, Şubat ayında yayımlanan raporda belirtilen bazı kavramlara açıklık getirilmiş, en önemlisi mevzuatın ülke mevzuatlarına alınmasına temel oluşturacak ülke listeleri ve karlılık düzeltmelerine ilişkin ilave bilgiler paylaşılmıştır²⁰.

Sütun I 'in esasları üç ana unsur üzerine kurgulanmıştır:

- Çok uluslu şirketlerin veya işkolu düzeyinde hesaplanan artık kârının bir kısmı üzerinden ilgili pazar ülkesine verilen yeni bir vergilendirme hakkı (A Miktarı)
- Emsallere Uygunluk İlkesi' ne uygun olarak bir pazar ülkesinde fiziksel olarak gerçekleşen belirli temel pazarlama ve dağıtım faaliyetleri için sabit bir getiri (B Miktarı)
- Etkin anlaşmazlık önleme ve çözüm yoluyla verginin belirginliğini iyileştirme süreçleri (Vergilendirmede Belirlilik)

a) A Miktarı, Çok uluslu şirketlerin veya işkolu düzeyinde hesaplanan artık kârının bir kısmı üzerinden ilgili pazar ülkesine verilen yeni bir vergilendirme hakkı

¹⁸ "Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)", OECD, Erişim 6 Eylül 2025 <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax/global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.html> .

¹⁹ Çolak, "Dijitalleşen Ekonomide Vergileme Zorluklarına Karşı Son Uluslararası Uzlaşı Planı ve Değerlendirmesi".

²⁰ "Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)".

A Miktarının amacı, en büyük 100 kadar çok uluslu şirketin karlarının bir bölümünü faaliyet gösterdikleri ülkelere yeniden tahsis etmesini sağlamaktır. A Miktarı, OECD'nin ilk Planından bu yana büyük değişiklik göstermiştir. Özetle, ilk etapta sadece otomatik dijital hizmetler sağlayan ya da tüketiciye dönük işletmeler olan çok uluslu şirketlere uygulanması planlanmakta iken bu durum geçerliliğini yitirmiş kavram kapsam dâhilindeki tüm büyük ve yüksek kârlı çok uluslu şirketler için geçerli olacak şekilde düzenlenmiştir²¹. A Miktarı en temelde büyük ve çok kârlı çok uluslu işletmelere ilişkin uluslararası vergilendirme çerçevesini güncellemektedir. Bu amaçla da fiziksel bir "yere" dayanmayan yeni bir bağlantı noktasını kurgulamaktadır.

Ekim 2023 tarihinde yayınlanan "Birinci Sütunun A Miktarının Uygulanmasına Yönelik Çok Taraflı Sözleşme"de 1 ile 14. maddeler arasında A Miktarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Bunun haricinde Sözleşmenin birçok eki A de Miktarına ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Sözleşmede A Miktarına ilişkin düzenlenen kuralların kısaca özetlediğimizde²²:

Kapsam kuralları (SCOPE): A Miktarının yalnızca büyük ve yüksek kârlı çok uluslu şirketler için geçerli olmasını sağlamak üzere tasarlanmış eşikler içermektedir. Bu eşikler mümkün olduğunca nicel ve objektif bir şekilde uygulanacak, kolayca idare edilebilecek ve bir vergi mükellefinin kapsam dâhilinde olup olmadığına ilişkin belirlilik sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. İlgili hükümlere göre bir grup Düzeltmiş Gelirlerin 20 milyar Euro'dan fazla olması ve vergi öncesi kâr marjının yüzde 10'dan fazla olması halinde kapsanan bir gruptur. İstisnai durumlarda, grubun açıklanan bölümü tek başına A Miktarı kapsamında olabilirken, grup bir bütün olarak olmayabilir. Bu kurala aynı zamanda bazı istisnalar da getirilmiştir. Regüle Edilmiş Finansal Kuruluşlar, Nitelikli Maden Çıkarma Grupları, Savunma Grupları ve Otonom Yerel Yetki Alanlarına dair istisnalar bulunmaktadır.

Özel amaçlı bir bağlantı kuralı (NEXUS): A Miktarını almaya uygun olan pazar yetki alanlarını belirlemektedir. Bağlantı kuralı, bir grubun pazar yetki alanında ürettiği gelir miktarına dayalı nicel eşikler içermektedir. Daha küçük pazar yetki alanları için daha düşük bir bağlantı eşiği uygulanarak bunların da A Miktarından yararlanabilmelerinin sağlanması planlanmaktadır. Bu yeni bağlantı kuralı ise güvenilir göstergelere veya tahsis anahtarlarına dayalı olarak bir grup gelirlerinin nerede elde edildiğini belirlemek için bir metodoloji sağlayan ayrıntılı gelir kaynağı kuralları ile desteklenmektedir.

Vergi matrahı kuralları: A Miktarını hesaplama için kullanılacak olan bir grubun karının (veya zararının) hesaplanmasına yönelik adımları sağlamaktadır. Bu karların kısmi olarak yeniden dağıtımı için temel oluşturan kâr ölçüsüdür. Bir grubun Kabul Edilebilir Finansal Muhasebe Standartları uyarınca hazırlanan Konsolide Finansal Tabloları, vergi matrahının belirlenmesi için başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Bu kurallar, sınırlı sayıda "defterden - vergiye düzeltme" (Book to tax) ve gzararlarını ileriye taşımalarına izin veren bir çerçeve içermektedir.

²¹ "Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy", OECD, Ekim 2021, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

²² OECD, *Progress Report On Amount A of Pillar One*, (Paris: OECD Pub. Ağustos 2022): 8-9.

Kâr tahsisi kuralları (QUANTUM): Grubun gelirlerinin %10'unu aşan kârının %25'ini uygun pazar yetki alanlarına tahsis eden bir formüle dayanmaktadır. Bu kârlar, Grubun söz konusu yetki alanında ürettiği gelir miktarıyla orantılı olarak ve Pazarlama ve Dağıtım Kârları Güvenli Limanı'ndan kaynaklanan herhangi bir ayarlamaya tabi olarak pazar yetki alanlarına tahsis edilecektir.

Çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasına ilişkin kurallar: Mevcut kar tahsis sistemine ek olarak A Miktarının uygulanmasından kaynaklanan her türlü çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması için uygulanacaktır. Kurallar, çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasından sorumlu olacak vergilendirme yükünü hafifletecek yetki alanlarını (Relieving Jurisdictions) belirlemek için niceliksel ve yetki alanı bazında uygulanacaktır. A Miktarının hangi oranda vergilendirileceği ise belirlenmemiştir. Tahsis edilen A Miktarı, yerel gelir vergileri oranları üzerinden vergilendirilecektir.

b) B Miktarı, Emsallere Uygunluk İlkesi' ne uygun olarak bir pazar ülkesinde fiziksel olarak gerçekleşen belirli temel pazarlama ve dağıtım faaliyetleri için sabit bir getiri

14 Ekim 2020 tarihinde, OECD/G20 Kapsayıcı Çerçevesi, "Dijitalleşmeden Kaynaklanan Vergi Zorlukları - Birinci Sütun Planı Raporu"nu yayınlamıştır. Raporda, B Miktarının, temel pazarlama ve dağıtım faaliyetlerinin emsallere uygunluk ilkesine göre fiyatlandırılması sürecini kolaylaştırmayı ve böylece vergi belirliliğini artırmayı ve vergi mükellefleri ile vergi idareleri arasındaki yoğun ihtilafları azaltmayı amaçladığı belirtilmiştir. Plan ayrıca B Miktarının düşük kapasiteli yetki alanlarının ihtiyaçlarını karşılaması gerektiğini de vurgulamıştır.

8 Ekim 2021'de Kapsayıcı Çerçeve ekonominin dijitalleşmesinden kaynaklanan vergi zorluklarını ele almak için iki ayaklı bir çözüm üzerinde anlaşmıştır. Kapsayıcı Çerçeve Bildirisi, B Miktarını Birinci Sütunun bileşenlerinden biri olarak tanımlamış ve 6 No.lu Çalışma Grubunu B Miktarının tasarlanması için teknik çalışmaları yürütmekle görevlendirmiştir. B Miktarına ilişkin ayrıntılar ise yazım tarihi itibarıyla 8 Aralık 2022 – 25 Ocak 2023 tarihli "Public Consultation Document Pillar One – Amount B" ile belirlenmiş ve kamunun istişaresine açılmıştır.

B Miktarı, Birinci Sütunun kritik bir bileşenini oluşturmaktadır. A Miktarı üzerindeki çalışma, uluslararası vergilendirme çerçevesini büyük ve çok kârlı çok uluslu şirketler açısından güncellerken, B Miktarı mevcut transfer fiyatlandırması kurallarını tüm vergi mükellefleri için basitleştirmektedir.

B Miktarı, transfer fiyatlandırması kurallarının, çok uluslu şirketlerin faaliyet gösterdikleri ülkelerde muhtemelen en sık karşılaştıkları alan olan temel pazarlama ve dağıtım faaliyetlerine uygulanmasına odaklanmaktadır. Bazı düşük kapasiteli yetki alanlarından gelen raporlar, dağıtım faaliyetlerine ilişkin transfer fiyatlandırması uyuşmazlıklarının, tüm transfer fiyatlandırması uyuşmazlıklarının %30 ila %70'ini temsil ettiğini tahmin etmektedir. B Miktarı, vergi belirliliğini artırmayı, uyum ve idari maliyetleri azaltmayı ve özellikle yerel piyasa da karşılaştırılabilirlik yokluğundan muzdarip olan düşük kapasiteli yetki alanlarına yardımcı olmayı amaçlamaktadır.

Belirtmek gerekir ki dağıtım faaliyeti, çok uluslu şirketler için işletmelerinin farklı aşamalarında yaratılan değerın başarılı bir şekilde realize edilmesinde kilit bir işleve sahiptir. Genel olarak dağıtım kavramı genişletir ve yeniden satış için malların satın alınması,

promosyon veya reklam faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi, malların depolanması, müşterilerin belirlenmesi, satışların sonuçlandırılması ve siparişlerin işlenmesi, faturalama ve tahsilat veya müşteri desteği sağlanması gibi pazarlama, satış ve lojistik işlevlerinin yerine getirilmesini kapsar. Dağıtım, toptan veya perakende dağıtım faaliyetlerini ifade edebilir; her iki faaliyet de çok uluslu şirket grubu için tedarik zincirinin son aşamasını temsil edebilir. Bu, mülkiyeti ve fiziksel malları ilişkili perakende dağıtım işletmelerine devreden bir toptan dağıtımıcının veya malları bağımsız müşterilere devreden bir perakende dağıtımıcının durumu olabilir. Bu belge kapsamında ele alınan kontrol edilen işlemler bağlamında, yaygın bir dağıtım anlaşması türü, ilişkili işletmeler tarafından tedarik edilen malları üçüncü taraflara toptan olarak dağıtan bir ilişkili işletmeyi içermektedir²³.

c) Vergilendirmede Belirlilik - Etkin anlaşmazlık önleme ve çözüm yoluyla verginin belirginliğini iyileştirme süreçleri

OECD'nin Temmuz 2022 İlerleme Raporunda, OECD Kasım 2022 "Birinci Sütun' un İdare ve Vergi Belirliliği Unsurlarına İlişkin İlerleme Raporu" ile yeni vergilendirme hakkının idaresine ilişkin taslak kuralları ve Dijital Ekonomi Görev Gücü tarafından geliştirilen vergi belirliliğine ilişkin hükümler ile alakalı düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelere kısmen uygun olarak da Çok Taraflı Sözleşme'nin 5. bölümünde 14-37. maddeler arasında düzenlemeler yapılmıştır²⁴.

²³ Paydaşlardan alınan girdiler ışığında 17 Temmuz 2023 tarihinde yayımlanan İstisare Belgesi, B Miktarı' nın temel uygulama çerçevesini ana hatlarıyla ortaya koymaktadır; buna göre belge yedi bölüme ayrılmıştır:

- Bölüm I: Giriş bölümü ile birlikte ilgili terimlerin tanımları yapılmıştır.

- Bölüm II: Miktar B'nin Kapsamı, Alternatif A ve Alternatif B şeklinde iki alternatif sunmaktadır. Alternatif A, temel dağıtımın ayrı bir niteliksel kapsam belirleme kriterine ihtiyaç duyulmaksızın Miktar B fiyatlandırma metodolojisi kapsamında güvenilir bir şekilde fiyatlandırılabilmesi görüşünü desteklemektedir. Ancak Alternatif B, temel olmayan katkıların belirlenmesini ve Miktar B kapsamından çıkarılmasını amaçlayan ek kapsam belirleme kriterleri gerektirmektedir.

-Bölüm III: Kapsam dahilindeki işlemlere en uygun yöntem ilkesinin İşleme Dayalı Net Kar Marjı Yöntemi şeklinde uygulanması ile ilgilidir.

- Kısım IV: Basitleştirilmiş ve kolaylaştırılmış yaklaşım kapsamında emsallere uygun getirinin, emsallere uygun sonuçların bir yaklaşımını yansıtan bir fiyatlandırma matrisi kullanılarak belirlenmesi, temel pazarlama ve dağıtım faaliyetlerinde yer alan şirketlerin küresel veri setine dayalı olarak geliştirilmiştir.

- Bölüm V: Miktar B Belgelendirme Gereklilikleri; vergi idarelerinin, mükelleflerin kontrol edilen işlemlerinin kapsam dahilinde olup olmadığının değerlendirilmesine yönelik yeterli, ilgili ve güvenilir bilgiye sahip olmalarını ve dolayısıyla kontrol edilen işlemi Miktar B fiyatlandırma metodolojisini izleyerek fiyatlandırabilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır.

-Bölüm VI: Çok uluslu şirketlerin iş modellerini yeniden düzenlemesi şeklinde kapsam dahilinde olup olmamaya ilişkin geçiş sorunlarıyla ilgilidir.

-Bölüm VII: Kapsam içi temel pazarlama ve dağıtım işlemleri için B Miktarı uygulaması yoluyla Vergi Belirliliği ile ilgilidir.

²⁴ Bu kapsamda ilgili hükümler 4 kısımdan oluşmaktadır: Birinci kısım, A Miktarı için idari süreci belirlemektedir: Kapsam içi Grupların, ilgili bilgilerin sunulmasından verginin ödenmesine ve çifte vergilendirmenin engellenmesine kadar A Miktarı kurallarına nasıl uyacaklarına ilişkin ayrıntılı prosedürler içermektedir. İkinci kısım, A Miktarı için vergi belirliliği çerçevesine ilişkindir. A Miktarının temel unsurlarından biri, kapsam dahilindeki Gruplara çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması da dahil olmak üzere yeni kuralların tüm yönleri üzerinde belirlilik sağlayan yenilikçi bir vergi belirliliği çerçevesidir. Üçüncü kısım, A Miktarı ile ilgili konularda vergi belirliliğine ilişkindir: Kapsam içi Gruplar ayrıca, A Miktarı ile ilgili tüm konularda (örneğin transfer fiyatlandırması ve ticari kâr anlaşmazlıkları) çifte vergilendirmeyi önleyecek anlaşmazlık önleme ve çözüm mekanizmalarından zorunlu ve bağlayıcı bir şekilde yararlanacaktır. Daha önceki ilerleme raporunda yer almayan dördüncü kısım ise bilgi değişimi ve uluslararası iş birliğine ilişkindir.

3.2.1.2. Sütun II

OECD'ye göre Sütun II modeli, çok uluslu şirketlerin hasılatının 750 milyon € üzerinde olması halinde ilgili ülkelerdeki kârlarından alınan efektif vergi oranı %15'in altında olduğu durumlarda öncelikli olarak kaynak ülkenin düzenlemelerinin esas alınmasını içermektedir. Bu model ile amaçlanan çok uluslu şirketlerin %15'ten az vergi yüküne sahip olmaları halinde, %15'lik oran ile efektif vergi oranı arasındaki farkın öncelikli olarak operasyonun gerçekleştiği kaynak ülke tarafından alınmasını, şirketin nihai ana ortağının kurulu olduğu ya da iştirakinin bulunduğu ülkede vergilendirilmesinin sağlanmasıdır.

Bu modelin özünü Küresel Matrah Aşındırmayı Önleme Rejimini (Global anti-Base Erosion) (GloBE) oluşturan kurallar oluşturmaktadır. OECD'nin Küresel Asgari Vergi için Model Kuralları²⁵, ülkelerin vergi anlaşmaları oluştururken kullanabilecekleri üç ana kural ve dördüncü bir vergiye tabi kuralı içermektedir:

Kural 1: Gelire Dahil Etme (IIR-Income Inclusion Rule); %15'in altında vergilendirilen kazançların ilave vergilendirme için hedeflenmesine izin veren iki önlemden birisidir. Gelire dahil etme kuralı ile ana (merkezdeki) kuruluşun faaliyet gösterdiği tüm yetki alanlarında %15 Küresel Asgari Verginin tutarlı bir şekilde ödenmesini sağlamak için, daha düşük vergilendirilen yabancı bağlı ortaklıkların nihai ana kuruluşuna "extra" bir vergi uygulanır.

Kural 2: Eksik Vergilendirilmiş Kârlar Kuralı (UTPR-Undertaxed Profits Rule) eşit vergilendirme yaratmayı amaçlayan Küresel Asgari verginin ikinci ölçüsü olup, Gelire Dahil Etme kuralına bir destek olarak çalışmaktadır. Gelire Dahil Etme Kuralının uygulanmadığı durumlarda, Eksik Vergilendirilmiş Kârlar Kuralının uygulanmadığı durumlarda, Eksik Vergilendirilmiş Karlar Kuralı, hükümetlere kesintileri reddetme veya aksi takdirde Gelire Dahil Etme Kuralı kapsamında toplanmayacak vergileri toplamak için benzer eylemlerde bulunma yetkisi vermektedir.

Kural 3: Yurtiçi Asgari Vergi (DMT- Domestic Minimum Tax), Nitelikli Yurtiçi Asgari Ek Vergi (QDMTT- Qualified Domestic Minimum Top-up Tax) olarak da bilinen bu vergi devletlere aksi halde yurtdışına akacak ek vergileri toplama ve saklama seçeneği sunmaktadır. Yurtiçi Asgari Kurumlar Vergisi uygulayan ülkeler, Gelire Dahil Etme Kuralı ve Eksik Vergilendirilmiş Karlar Kuralı ile uygulanan önlemlere tabi değildir.

Kural 4: Vergi Kuralına Tabi Olma (STTR- Subject to Tax Rule); gelişmekte olan ülkelerin, toplam vergi maliyetini %9'a çıkarmak gelişmiş bir ülke ile yapılan bir vergi anlaşması kapsamında tamamen veya kısmen muaf tutulan belirli sınır ötesi ödemeler (faiz, telif ücretleri, hizmetler) üzerinde ilave bir stopaj vergisi uygulanmasına olanak tanır. Vergi kuralına tabi olma vergileri, Sütun II vergilerinin geri kalanına mahsup edilebilir.

Yukarıda da değinildiği gibi, bu düzenleme ile çok uluslu şirketlerin toplamda küresel olarak %15'ten az vergi ödemesi durumunda, %15'lik oran ile efektif vergi oranı arasındaki farkın öncelikli olarak operasyonun gerçekleştiği kaynak ülke tarafından alınmasını, mümkün değil ise ana şirketin mukim olduğu ya da iştirakinin bulunduğu ülkede vergilendirilmesini amaçlamaktadır.

OECD 2024 Ocak ayında gerçekleştirdiği seminerler ile, Ekonominin Dijitalleşmesinden Kaynaklanan Vergi Zorluklarının Çözümüne Yönelik İki Sütunlu Çözümünden Küresel Asgari Verginin (GMT) ekonomik etki değerlendirmesine ilişkin bir güncelleme yaparak

²⁵ OECD, *Tax Challenges Arising from Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, (Paris: OECD Publishing, 2021).

değerlendirmede bulunmuştur. Bu seminerlerin çıktısı olarak iki tane çalışma belgesini deklare etmiştir.

1. Küresel Asgari Vergi ve Çok Uluslu İşletme Kârlarının Vergilendirilmesi,
2. Çok Uluslu İşletmelerin Etkin Vergi Oranları: Küresel Düşük Vergili Kâra İlişkin Yeni Kanıtlar

Çalışma özetle günlük kullanımda vergi cenneti olarak da adlandırdığımız, düşük vergi oranına sahip olan “yatırım merkezleri”²⁶ nde kurumlar vergisi gelirinde büyük artış görüleceği öngörüsünde bulunulmuştur.

Sütun II'ye adaptasyonun bir an evvel sağlanması için OECD'ye üye devletlerin takvimleri farklılık gösterse dahi, devletler ilgili mevzuat düzenlemelerini gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar²⁷. Ancak Sütun II'ye uyum konusunda mükellefiyetleri yerine getirmeyen, ihlal eden üye devletler hakkında, Avrupa Komisyonu, Konsey Direktifi 2022/2523'ten (Asgari Vergilendirme Direktifi) dayanak gösterir yaptırımlar uygulamaya başlamıştır²⁸. Bu kapsamda 25 Ocak 2023 tarihinde, Komisyon, AB hukukuna uyum meselesi olarak, OECD Sütun II'yi uygulamak ve adaptasyon sağlamak adına ulusal mevzuatta hangi kanuni düzenlemeleri gerçekleştirdiği yahut gerçekleştireceği hakkında Avrupa Komisyonuna bilgi vermekten imtina eden dokuz üye Devlete bildirim mektupları göndermiştir.

Türkiye'de konuya ilişkin olarak OECD uygulaması ile yeknesaklık sağlanmıştır. 02.08.2024 tarih ve 32620 sayılı Resmi Gazete' de 7524 Sayılı Vergi Kanunları ile Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun yayımlanmıştır.

Kanunun 36. maddesi ile 5520 sayılı Kanuna 32/C maddesi eklenerek, Yurt İçi Asgari Kurumlar Vergisi ihdas edilmiştir. Buna göre, Kurumlar Vergisi Kanunun 32 ve 32/A maddeleri kapsamında belirlenen kurumlar vergisi oranı uygulanmak suretiyle hesaplanan kurumlar vergisi, indirim ve istisnalar düşülmeden önceki kurum kazancının %10'undan az olamayacaktır. Düzenlemeye göre, yurt içi asgari kurumlar vergisi hesaplanırken asgari kurumlar vergisi matrahından aşağıdaki istisna ve indirimler düşülebilmektedir.

²⁶ Bu ülkeler arasında Bermuda, Britanya Virjin Adaları, İrlanda, Jersey, Guernsey, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve Singapur'u sayılabilir.

²⁷ Bu kapsamda; Birleşik Krallık, asgari vergilendirmede değişiklikler de dâhil olmak üzere uygulanan 2024 Finans Yasası'nı (İkinci Sütun kapsamında) onaylamıştır. Birleşik Arap Emirlikleri (BAE) İkinci Sütun kurallarının uygulanmasına ilişkin BAE'nin taslak politikasına genel bir bakış içeren Küresel Asgari Vergi-İkinci Sütun kurallarının uygulanması konusunda kamuoyu istişaresini başlatmıştır. Hindistan, Japonya, Kore, Malezya, Filipinler, Suudi Arabistan, Singapur, Sri Lanka, Birleşik Arap Emirlikleri ve Vietnam gibi ülkeler, spektrum kullanım ücretlerinden indirimlerden küresel asgari vergi uygulamasının güncellemelerine kadar çeşitli vergi önlemlerini deklare etmiştir. Japonya'da konu ile ilgili kanuni düzenleme 31 Mart 2023 itibarıyla onaylandı. Buna göre Japonya'da gelire dâhil etme kuralı 1 Nisan 2024 veya sonrasında başlayan mali yıllar için geçerli hale geldi. Güney Kore'nin sürece adaptasyonunu, OECD Modeli ile uyumlu olan Sütun II kurallarını 23 Aralık 2022'de Kore parlamentosu tarafından onaylayarak mevzuat düzenlemesini gerçekleştirmiştir. Güney Kore'de Gelire dâhil etme kuralı 1 Ocak 2024'te yürürlüğe girerken, az vergilendirilmiş ödeme kuralının ise 1 Ocak 2025' te yürürlüğe girmesi planlanmıştır. Avustralya'da ise, 1 Ocak 2024 veya sonrasında başlayan vergi yılları için % 15 Küresel Asgari Vergi önlemlerini uygulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ali Ayaz, “Global Asgari Kurumlar Vergisinde Sona Doğru”, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, www.pwc.com.tr.

²⁸ Avrupa Komisyonu Konsey Direktifi 2022/2523, <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2523>.

4. Sonuç

Hızla gelişen teknolojiler yeni gelişen iş modellerini ve buna bağlı olarak dijital ekonomiyi oluşturmuştur. Dijital ekonomi de küresel ekonomik yapıyı ve vergilendirme sistemlerini sürekli olarak dönüştürmektedir. Bu sebeple işletmeler ve vergi idareleri için vergi planlamasının etkin bir yöntemle yönetilmesi önem arz etmektedir. Çok uluslu şirketlerin ekseriyetle kurumlar vergisini kötüye kullandığı dikkate alındığında OECD'nin iki sütunlu yaklaşımı kapsamında önerilen asgari oranlı kurumlar vergisine yönelik düzenlemenin küresel ekonomiye önemli düzeylerde vergi hasılatı sağlaması beklenmektedir. OECD planlanan düzenlemelere adaptasyon sağlanması halinde ticaret savaşlarının olumsuz yöndeki etkilerini de bertaraf edileceğini deklare etmektedir²⁹. Çok uluslu şirketlerin kârlarını geliştirmekte olan ülkelere aktarmasını engelleyerek vergi cennetlerine son verilmesine yardımcı olmayı hedefleyen bu düzenleme, geliştirmekte olan ülkeler tarafından sağlanan vergi teşviklerinin savurgan boyutlara varmamasını da amaçlamaktadır.

İki sütunlu bu planda, çok uluslu şirketlerin kârları ve vergilemem haklarının ülkeler arasında daha adilane dağıtılmasını Sütun I hedeflerken, Sütun II vergi matrahında, vergi rekabeti nedeniyle meydana gelen aşınmaların önüne geçebilmek adına asgari oranlı küresel bir kurumlar vergisi önerisini amaçlamaktadır. Sütun II ile planlanan küresel asgari kurumlar vergisi uygulaması çok uluslu şirketlerin kazançlarını kurumlar vergisi oranı daha düşük olan yatırım merkezlerine taşınmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Küresel anlamda benzer vergi oranlarının uygulanması ile matrah aşındırma ve kar kaydırma önemini yitirecek, yatırım merkezi olarak adlandırılan ülkeler cazip olmaktan çıkacaktır. Ancak uygulamada Sütun I ve Sütun II'nin başarıya ulaşabilmesi için yatırım merkezi bir başka ifadeyle vergi cenneti ülkelerin de Sütun I ve Sütun II'nin uygulanmasının sağlanması gerekmektedir. Aksi halde zararlı vergi rekabeti ve matrah aşındırmasını önleyip, devletlerin hazine zararının önüne geçilmesi mümkün olmayacaktır. Daha katılımcı ve etkin vergi sistemleri kurallarının gelişmesi ile bu sorunun önüne geçilebilecektir.

²⁹ "Statement Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project", OECD, Ekim 2021, Erişim Tarihi 6 Eylül 2025, <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>. : 13.

Kaynaklar / References

- Ayaz, Ali. "Küresel Asgari Kurumlar Vergisinde Sona Doğru." PwC Türkiye. Erişim: www.pwc.com.tr.
- 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu, son güncelleme 6 Eylül 2025, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.4.213.pdf>.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin. *Vergi Ceza Hukuku*. Afyonkarahisar: Külcüoğlu Matbaası, 2006.
- Cockfield, A. J. "Tax Wars: How to End the Conflict Over Taxing Global Digital Commerce." *Berkeley Business Law Journal* 17, no. 2 (2020): 353–380. <https://doi.org/10.15779/Z38H70815H>.
- Çelik, Nazlı Kübra. *İktisadi ve Hukuki Yönleriyle Transfer Fiyatlandırması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Çolak, Mustafa. "Dijitalleşen Ekonomide Vergileme Zorluklarına Karşı Son Uluslararası Uzlaşım Planı ve Değerlendirmesi." *Yaklaşım Dergisi* 345 (Eylül 2021).
- European Commission. *Council Directive 2022/2523*. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2022/2523>.
- European Commission. "EU Coherent Strategy Against Fiscal Fraud 2006." Son Erişim Tarihi 6 Eylül 2025 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/MEMO_06_221.
- Gedik, Gülşen. "BEPS Eylem Planları Kapsamında Türk Vergi Mevzuatında Yapılan Değişiklikler." *Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2020): 27–48.
- Lucas-Mas, C. O., ve R. F. Junquera-Varela. *Tax Theory Applied to the Digital Economy: A Proposal for a Digital Data Tax and a Global Internet Tax Agency*. Washington: World Bank Publications, 2021. <https://doi.org/10.1596/978-1-4648-1654-3>.
- OECD. "Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)." Erişim 6 Eylül 2025 <https://www.oecd.org/en/topics/policy-issues/base-erosion-and-profit-shifting-beps.html>.
- OECD. *Progress Report on Amount A of Pillar One*. OECD Publishing, Ağustos 2022.
- OECD. "What is BEPS?" 1 Haziran 2024. Erişim 6 Eylül 2025 <https://www.oecd.org/tax/beps/about/>.
- OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Ekim 2021. Erişim 6 Eylül 2025 <https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/topics/policy-issues/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.
- OECD. *Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Paris, OECD Publishing, 2004.
- OECD. *Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Erişim 6 Eylül 2025 <https://www.oecd.org/en/topics/sub-issues/global-minimum-tax/global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.html>.

- OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Subject to Tax Rule (Pillar Two)*. Paris: OECD Publishing, 2021. <https://doi.org/10.1787/782bac33-en>.
- Rençber, Altan. *Uluslararası Gelişmeler Işığında Vergi Hukukunda İşyeri*. İstanbul: Filiz Yayınevi, 2021.
- Uygun, Esra. “Vergiden Kaçınmayı Önlemeye Yönelik Küresel Asgari Kurumlar Vergisi.” *International Journal of Public Finance* 7, no. 1 (2022): 93–112. <https://doi.org/10.30927/ijpf.1067733>.
- Yaltı, Billur. “BEPS’in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi Ötesinde mi?” In *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, edited by Billur Yaltı, 175–193. İstanbul: Beta Yayınları, 2018.

Yazar Hakkında / About the Author

**Dr. Öğr. Üyesi Nazlı Kübra ÖZEROL | Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi |
nazli.celik[at]erzincan.edu.tr | ORCID ID: 0000-0003-3394-625X**

Yazar 1987 Eskişehir doğumludur. Lise eğitimini İzmir Atatürk Lisesi'nde tamamlamış, 2010 yılında Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuş, 2011 yılında Fakülteye Mali Hukuku ABD. Araştırma görevlisi olarak atanmıştır. "Vergi Hukuku Kapsamında Sorumluluk" teziyle yüksek lisansını Erzincan Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD'de tamamlamıştır. 2015 yılında Gazi Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD doktora programına birincilikle girmiş, 2023 yılında Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünden "Transfer Fiyatlandırmasının İktisadi ve Hukuki Yönleri ile Değerlendirilmesi" teziyle hukuk doktoru unvanını almıştır. 2022 yılında Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Bölümünden mezun olmuştur. 2012 yılında Georg-Agust Universitat, Göttingen/Almanya'da, 2022 yılında Brüksel/Belçika ve Amsterdam/Hollanda'da International Bureau of Fiscal Documentation Kurumda araştırma faaliyetlerinde bulunmuştur. Halen Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Doktor öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Ulusal ve uluslararası hakemli dergilerde makaleleri, çeşitli kitaplarda bölümleri ve yurt içi ve yurt dışındaki kongrelerde sunulmuş bildirileri bulunmaktadır. Evli olup, iyi düzeyde İngilizce bilmektedir.

**Asst. Prof. Dr Nazlı Kübra ÖZEROL | Erzincan Binali Yıldırım University |
nazli.celik[at]erzincan.edu.tr | ORCID: 0000-0003-3394-625X**

The author was born in Eskişehir in 1987. She completed her high school education at İzmir Atatürk High School and graduated from Erzincan University Faculty of Law in 2010. In 2011, she was appointed to the faculty as a research assistant in the Department of Financial Law. She completed her master's degree with a thesis on "Liability within the Scope of Tax Law" at Erzincan University's Faculty of Social Sciences, Department of Public Law. In 2015, she entered the Gazi University Faculty of Social Sciences, Department of Public Law doctoral program at the top of her class. In 2023, she received her doctorate from the Graduate Education Institute of Hacı Bayram Veli University in Ankara with her thesis on "Evaluation of Transfer Pricing from Economic and Legal Aspects." She graduated from the Department of Finance at Anadolu University's Faculty of Economics in 2022. She conducted research at Georg-Agust University, Göttingen, Germany, in 2012, and at the International Bureau of Fiscal Documentation in Brussels, Belgium, and Amsterdam, Netherlands in 2022. She currently serves as an associate professor at the Faculty of Law at Binali Yıldırım University, Erzincan. She has published articles in national and international peer-reviewed journals, chapters in various books, and papers presented at national and international congresses. She is married and speaks fluent English.

RİSK TOPLUMU AÇISINDAN KORE'DE TAKSİR DÜZENLENMESİ¹

Prof. Dr. Myoungsu KO
Seul Ulusal Üniversitesi

Özet

Bu makale, Kore’de ihmale dayalı suçların temel teorisine genel bir bakış sunmakta ve risk toplumu bağlamında Kore’nin bu suçları nasıl düzenlediğini incelemektedir. İhmale dayalı suçlar için cezalandırıcı çerçevedeki boşlukları gidermeye yönelik şu eğilimler tespit edilmiştir. Bu eğilimler somut örnekler aracılığıyla ayrıntılandırılmaktadır. 1-İhmale dayalı suçların çoğu vakasında, içtihat hukuku objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin oluşumunu açıkça ortaya koymamaktadır. Ayrıca içtihat, özellikle idari ceza hukukunun düzenleyici hükümlerinin ihmal yoluyla ihlal edildiği vakalarda bu tür bir ihlali kolaylıkla tanımaktadır. 2-Kore Ceza Kanunu’nun müşterek faillik ile ilgili olan 30. maddesi, ihmale dayalı suçlara da uygulanmaktadır. Bu durum, birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilen ihmale dayalı müşterek eylemlerde (sözde ihmale dayalı müşterek faillik) bireysel nedensellik ilişkisinin aranmasından vazgeçilmesine imkân sağlamaktadır. 3-Ağır (endüstriyel) kazaları önlemek için kanun koyucu cezai hükümler öngörmüştür. Ciddi Kazaların Cezalandırılması Hakkında Kanun’un 9. maddesi, işverenlere ve yönetici personele güvenlik ve sağlık korumalarını sağlama yükümlülüğü getirmektedir.

Anahtar Kelimeler

İhmal Teorisi, Risk Toplumu, Objektif Özen Yükümlülüğünün İhlali, Nedensellik, İhmale Dayalı Müşterek Faillik, İhmale Dayalı İhmali Suç, Ciddi Kazaların Cezalandırılması Hakkında Kanun

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Başar PANCAROĞLU | Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi | basar.pancaroğlu[at]op.edu.tr | ÖRCİD: 0000-0002-2283-4693

THE REGULATION OF NEGLIGENCE IN KOREA IN THE CONTEXT OF THE RISK SOCIETY

Prof. Dr. Myoungsu KO
Seoul National University

Abstract

This article provides an overview of the basic theory of negligence offenses in Korea and examines how Korea regulates such offenses in response to a risk society. The following trends have been identified to address gaps in the punitive framework for negligence offenses. These trends are detailed through specific examples. 1. In most cases of negligent offenses, case law does not explicitly articulate the establishment of a breach of an objective duty of care. Furthermore, case law readily recognizes such a breach, especially in cases involving violations of regulatory provisions of administrative criminal law through negligence. 2. Article 30 of the Criminal Code of Korea, which pertains to co-perpetration, is also applied to negligence offenses. This allows the establishment of individual causation to be waived in cases of negligent joint action by multiple individuals (so-called negligent co-perpetration). 3. To prevent serious (industrial) accidents, the legislator has enacted penalty provisions. Article 9 of the Serious Disaster Punishment Act imposes obligations on business owners and managerial personnel to ensure safety and health protections.

Keywords

Negligence, Theory of Negligence, Risk Society, Breach of Objective Duty of Care, Causation, Negligent Co-Perpetration, Negligent Omission, Serious Disaster Punishment Act

1. Giriş

Günümüzde, risk toplumuna bir tepki olarak önleyici tedbirler alınması dünya çapında gözlemlenebilir bir olgudur ve bu konuda Kore de bir istisna değildir. Oldukça gelişmiş bir sanayi toplumunda amaç, en etkili devlet yaptırımı olarak ceza hukukunun erken kullanımı yoluyla tehlike kaynaklarından doğan hukuki menfaat ihlallerini önlemek veya düzenlemektir. Öne çekilmiş cezalandırma olgusu, küreselleşmiş, ticarileşmiş ve çoğullaşmış sosyal yapıları ile karmaşık ve çeşitli risk kaynaklarının bir sonucu olarak vatandaşların güvenlik toplumu arzusunun kadar uzanmaktadır. 19. ve 20. yüzyıllarda yalnızca sabit bir biçimde genel kabul görmüş normlara karşı işlenen suçlar cezalandırılmaktaydı. Amaç, davranış normlarının ihlaline cezai yaptırımlar uygulayarak bireyi sosyal düzene entegre etmektir. Ancak, normlar ve değer yapıları çoğullaştıkça, davranış normlarının sabit bir biçimde oluşturulması konusunda fikir birliğine varmak daha zor hâle gelmiştir. Ayrıca, risk kaynakları daha çeşitli ve karmaşık hale geldiğinden, herkesin potansiyel olarak normları ihlal edebileceği de kabul edilmiştir. Bu bağlamda, devletin kapsamlı gücü nedeniyle belirli normları ihlal eden bireylere odaklanmak yerine, çeşitli sapmaların ortaya çıkmasına olanak tanıyan tüm nüfus ve koşullara (yapı, statü, bölge ve grup dâhil) odaklanılmaktadır. Devletin kontrol sistemi cezalandırmadan, yeniden sosyalleşmeye ve ardından yeniden sosyalleşmeden ampirik olarak normal olanın idaresine dönüşmüştür. Bu, durum odaklı suç önleme tedbirleri olarak adlandırılmaktadır². Buna ek olarak devlet, somut tehlikeden önceki seviyede yer alan soyut ve istatistiksel riski kontrol etmekte ve yönetmektedir. Bu, aykırılık teşkil eden davranışın ortaya çıkmasından önceki düzeyde devlet müdahalesini haklı çıkarır. Cezalandırmada bir boşluk tespit edilirse, yasa koyucu derhal yeni bir suç yaratır. Özellikle ceza hukuku sorumluluğunu, teşebbüs ve hazırlık aşamaları ile somut ya da soyut tehlike suçları gibi biçimlere kaydırarak suçların oluşmasını engeller.

Ancak, taksirli suçlara teşebbüs cezalandırılmamaktadır. Bu nedenle taksirli suçlarda cezalandırılabilirliğin öne çekilmesi bir sorun teşkil etmemektedir. Ancak, modern sanayi toplumunda, taksirli eylemler nedeniyle hukuki menfaatler giderek daha fazla ihlal edilmekle kalmamakta, aynı zamanda bu ihlallerin boyutu da ciddi boyutlara ulaşmaktadır. Taksirli bir suç, hukuki menfaati ihlali eden bir netice meydana gelmiş ve ex-post olarak tespit edilen bulguların elde edilen normatif değerlendirme yoluyla objektif bir özen yükümlülüğü ihlali ve fiil ile netice arasındaki nedensellik bağı kurulmuşsa cezalandırılır. Bu unsurlar nedeniyle, taksirli suçlar alanında bir ceza boşluğunun ortaya çıkması ve tersine, taksirli suçlarda fiil haksızlığının keyfi olarak belirlenmesi muhtemeldir. Özellikle objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve nedensellik bağının tespiti bakımından taksirli suçların ihdas edilmesini kolaylaştırma yönünde açık bir eğilim bulunmaktadır. Somutlaştırmak gerekirse:

1) Çoğu taksirli suçta, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin gerekçesi somut olarak belirtilmemiştir. Mahkeme, özellikle İdari Ceza Kanunu tarafından yasaklanan bir eylem söz konusu olduğunda, objektif özen yükümlülüğünün ihlalini kolayca kabul eder.

2) Kore Ceza Kanunu'nun 30. maddesi uygulanarak, bireysel nedenselliğin belirlenmesinden feragat edilir (taksirli iştirakin kabulü).

² Singelstein and Stolle, *Die Sicherheitsgesellschaft - Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert* (2011), 47 f.

3) Yasa koyucu ciddi (endüstriyel) felaketleri önlemek için işletenlere, yöneticilere vb. sağlık ve güvenliği sağlamak için yükümlülükler getiren çeşitli düzenlemeler yürürlüğe koymuştur (Bkz. Ciddi Kazaların Cezalandırılması Hakkında Kanun § 6)³.

Aşağıda, bu eğilim somut olaylarla açıklanmaktadır. Bunun için öncelikle Kore'deki taksirli suçlara ilişkin temel teoriler özetlenmektedir. Bu makalenin amacı Kore'deki taksir düzenlemesini tanıtmak olduğundan, buna ilişkin ayrıntılı eleştiriler ve iyileştirme önerileri burada tartışılmayacaktır⁴.

2. Taksirli Suçlar Dogmatğine Genel Bakış

Kore'deki taksirli suçlar dogmatğının temel sistemi (tartışmalı durumu da dahil olmak üzere) büyük ölçüde Almanya'dan etkilenmiştir, öyle ki Alman dogmatğı ile neredeyse aynıdır.

2.1. Kore Ceza Kanunu'nun Taksirli Suçlara İlişkin Hükümleri

Kore Ceza Kanunu'nun taksirli suçlara ilişkin temel hükümleri aşağıdaki gibidir. Alman Ceza Kanununun (dStGB)⁵ aksine, Kore Ceza Kanunu (korStGB) taksirin tanımı ve cezalandırılmasına ilişkin açık bir hüküm içermektedir. Buna ek olarak, korStGB'nin özel hükümler kısmının 26. bölümünde 266, 267 ve 268. maddelerde de taksirli suçlar bulunmaktadır.

§ 14 (Taksir)

Normal olarak dikkat edilmesi gereken özeni göstermeyerek bir suçun oluşumuna neden olan kişi, yalnızca taksirli davranış kanunda açıkça suç olarak düzenlemişse cezalandırılabilir.

§ 266 (Taksirli Yaralama)⁶

Taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olan kişi 5 milyon won'a kadar para cezasıyla cezalandırılır.

³ 26 Ocak 2021 tarihinde (27 Ocak 2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir), Ciddi Kazaların Cezalandırılması Kanunu adı verilen özel bir kanun yürürlüğe girmiştir. Eğer bir çalışan iş yerinde ölür ve işverenin ya da yöneticinin bu yükümlülükleri ihlal ettiği ve bunun sonucunda ölümün meydana geldiği kanıtlanırsa, bu kişiler cezaya çarptırılabilir (bkz. Ciddi Kazaların Cezalandırılması Kanunu § 6). Bu yasa yürürlüğe girmeden önce, kazalar için cezai yaptırımlar yalnızca sağlık ve güvenlik konusunda asıl karar verme yetkisi olmayan şantiye müdürleri veya fabrika müdürlerine uygulanırken, karar verme yetkisine sahip yönetim ekibi cezalandırılmıyordu. Bu nedenle, işyerlerindeki zararlı veya tehlikeli faktörler iyileştirilememiş ve sürekli ciddi kazalar meydana gelmiştir. Bu sorunu asıl karar verme yetkisine sahip işleten ve yöneticileri cezalandırmak suretiyle çözmek amacıyla söz konusu kanun çıkarılmıştır.

⁴ Daha fazla ayrıntı için bkz: Ko, *Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip* (2021), 17 ff.; Ko, "Handlungsunrecht der Fahrlässigkeitsdelikte: Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit," *Korean Journal of Comparative Criminal Law* 23, no. 3 (2021): 41 ff.; Ko, "Eine Studie zur Beschränkungen der Bestrafung von Fahrlässigkeitsdelikten im Seeverkehr – fokussierend auf objektive Sorgfaltspflicht," *Ajou Law Journal* 9, no. 3 (2021): 286 f.

⁵ Bkz. dStGB § 15 Kasıtlı ve taksirli davranış Kanun açıkça taksirli eylemleri cezalandırmadığı sürece sadece kasıtlı eylemler cezalandırılabilir.

⁶ Karş. § 229 dStGB Taksirli Yaralama Taksirle başka bir kişiyi yaralayan kişi, üç yılı aşmayan bir hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılır.

§ 267 (Taksirli Öldürme)⁷

Taksirle bir kişinin ölümüne neden olan kişi, iki yıla kadar hapis veya 7 milyon won'a kadar para cezası ile cezalandırılır.

§ 268 (Mesleğin İcrası Sırasında⁸ Taksir veya Ağır Taksirden Kaynaklanan Yaralama/Ölüm)

Mesleğin icrası sırasında taksir veya ağır taksirle bir kişinin yaralanmasına veya ölümüne neden olan kişi beş yıla kadar hapis veya 20 milyon won'a kadar para cezasıyla cezalandırılır.

Ayrıca, taksirle yangına neden olma gibi çeşitli suçlar bakımından taksirli suçlara ilişkin cezai hükümler de bulunmaktadır.

Buna ek olarak, Karayolları Trafik Kanunu gibi çeşitli yan ceza kanunlarında (veya idari ceza kanunlarında) taksirli davranışın cezalandırılmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. Kore Yüksek Mahkemesi (KorOGH) , 11 Şubat 2010 tarihli ve 2009do9807 sayılı kararında, idari ceza kanunlarında bile, açık hükümlerin bulunduğu veya taksirli davranışları cezalandırma amacının yorumdan açıkça anlaşıldığı durumlar dışında, KorStGB'nin genel hükümler bölümü § 14 uyarınca yalnızca “kasıt” varsa ceza verilebileceğine karar vermiştir. Bu, taksirli davranışın cezalandırıldığının yorumdan açıkça anlaşılması koşuluyla, açık bir hüküm olmasa bile taksirli davranışın cezalandırılabilmesi anlamına gelmektedir⁹. Ancak, söz konusu kararın bu istisnai açıklaması haklı olarak temel kural haline gelmemiştir. Bu nedenle, idari ceza kanunu cezalandırmaya ilişkin açık bir hüküm öngörmediği sürece, yasak normun taksirli bir şekilde ihlali cezalandırılmaz.

2. 2. Kore'deki Taksirli Suçlar Dogmatığının Özü

Aşağıda, Kore'nin taksirli suçlar dogmatığının özünü kısaca özetlemekteyiz. Taksirli ve kasıtlı suçlar arasında şu şekilde bir ayırım yapılmaktadır: ilki, hukuki menfaatin ihlali üzerinde etkisi olan bir risk eylemi ile ilgiliyken, ikincisi, iradenin belirli bir şekilde hukuki menfaat ihlaline yönelik olduğu ve nedensel sürecin temel özelliklerini ortaya çıkardığı ve suç tanımının gerçekleşmesini sağlayan somut bir davranışla ilgilidir. Taksirli suçlarda, risk eylemi tipe uygun somut bir neticeye yönelik değildir, bu nedenle risk eyleminin gerekli özeni göstermediği ancak yasal menfaatlerin ihlaline yol açması halinde geriye dönük olarak tespit edilir. Taksirli suçların haksızlık tanımı, kasıtlı suçlarının haksızlık tanımından farklı unsurlar incelenerek tespit edilmelidir. Bu bağlamda, taksirin ölçütü genellemeye mi (hâkim görüştür) yoksa bireyselleştirmeye mi dayandığı ve objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin bağımsız bir özellik olarak işlev görüp görmediği tartışmalıdır.

2.2.1. Taksirli Suçlarda Hareket Haksızlığı: Objektif Özen Yükümlülüğünün İhlali

Hâkim görüşe göre (h.M.), taksir ikili bir ölçüte göre incelenmektedir. Uygulanacak özenin türü ve derecesi, suç tipleri düzeyinde objektif ortalama özen yükümlülüğü temelinde belirlenir ve daha sonra kusurluluk düzeyinde, failin davranışının bireysel özellikleri temelinde kişisel olarak beklenebilir olup olmadığı belirlenir. Daha açık ifade etmek

⁷ Vgl. § 222 dStGB Taksirle Öldürme Taksirle bir kişinin ölümüne neden olan kişi beş yıla kadar hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.

⁸ Alman Ceza Kanunu sadece ağır taksiri daha fazla bir şekilde cezalandırmakta, ancak mesleğin icrası sırasındaki taksiri [özel olarak] cezalandırmamaktadır.

⁹ Daha fazla ayrıntı için bakınız Shin, “*Verwaltungsstrafrecht und Bestrafung der Fahrlässigkeitsdelikte - fokussierend auf korOGH Urteil vom 11.2.2010, 2009do9807*,” *Seoul Law Journal* 52, no. 1 (2009): 129 ff.

gerekirse, özen yükümlülüğünün ihlali, failin ait olduğu ilişkiler çemberindeki vicdanlı ve ihtiyatlı bir kişinin nasıl davranacağı açısından incelenmelidir. Bu görüş, öncelikle, haksızlığı tipikleştiren suç tanımının uyarı fonksiyonuna dayanmaktadır. Buna karşılık azınlık görüşü, ceza hukukunun konusunun failin cezai sorumluluğu olduğuna ve bu nedenle onun özen yükümlülüğünün yalnızca kendisinin kapasitesine dayanması gerektiğine işaret etmektedir. Buna ek olarak, taksirli suçların yapısı, olgusal değersizliği ile güçlü paralellikleri nedeniyle kasıtlı suçların suç yapısıyla farklı olmamalıdır.

Ancak, subjektif özen yükümlülüğünün ihlalini subjektif bir suç tanımı olarak sınıflandırma girişimi, taksirli suçların doğası gereği bahsedilecek nedenlerle reddedilmektedir. Öncelikle, taksirli suçların suç yapısını kasıtlı suçlarla uyumlu hale getirmeye gerek yoktur. Taksir, kasıtlı suçlardan özel ve farklı bir yapıya sahiptir, bu nedenle doğasına uygun bağımsız bir yapıyla oluşturulmalıdır. Suçun yapısı, yalnızca suçun sınıflandırılması ve dolayısıyla suçun gerçekleşmesinin kontrolü bakımından bir çerçevedir. Bundan ziyade önemli olan, suçun değersizliğinin özünün, suçun yapısı aracılığıyla kapsamlı bir şekilde incelenebilmesidir. Ayrıca, herkes yasalarca öngörülen asgari özen kurallarına uygun davranmalıdır. Objektif olarak standartlaştırılmış kriterler olmaksızın, yetenezsiz bir kişi fiilin işlendiği anında hukuken doğru bir şekilde nasıl hareket edeceğini tam olarak bilemeyecektir. Herkesin her an tüm gücünü kullanması imkansızdır ve bu nedenle insanlardan bunu yapmalarını beklemek mantıksızdır. Bu nedenle, taksirli suçlarda haksız fiil, objektif özen yükümlülüğünün ihlal edilmesinde yatmaktadır.

2.2.2. Bağımsız Bir Unsur Olarak Objektif Özen Yükümlülüğünün İhlali

Bilindiği üzere Roxin, özen yükümlülüğünün ihlalinin, objektif isnadın yalnızca ayrılmaz bir parçası olduğunu, özen yükümlülüğünün ihlali ile öngörülebilirlik veya kaçınılabilirliğin objektif isnat doktrininin ötesinde bir içeriğe sahip olmadığını iddia etmektedir¹⁰. Bu görüş Kore'de ortaya atılmış ve bazıları tarafından desteklenmiştir. Bu görüşe göre, taksirli suçların değersizliği, artırılmış tehlikeli davranışın kanuni tanımıyla belirlenir ve daha sonra fiilin neden olduğu olay değersizliği faile isnat edilir. Isnadın konusunu yalnızca objektif olarak öngörülebilir olan şey oluşturduğundan, objektif öngörülebilirlik objektif isnadın kapsamında yer almaktadır. Schmidhäuser ve Schröder ayrıca özen yükümlülüğünün ihlalinin kavramsal belirsizliği, pratik rolünün olmaması ve dolayısıyla gereksizliği nedeniyle bunun bağımsız bir unsur olmadığına işaret etmektedir¹¹. Buna göre, tüm alanları somut özen yükümlülüğü öngören hükümlerle düzenlemek mümkün değildir. Özen yükümlülüğü sadece belirli bir durumda her zaman var olmakla kalmaz, aynı zamanda içeriği de belirli bir durumda birçok farklı şekilde kurgulanabilir. Bu nedenle, failin hangi yükümlülüğü yerine getirmesi gerektiğini normatif olarak belirlemek mümkün değildir ve dolayısıyla norm, normun uyarı fonksiyonunu yerine getiremez.

Taksirli suçlarda netice sorumluluğundan kaçınmanın önemli olduğu dikkate alındığında, taksirli suçlarda haksız fiil, suçun bağımsız bir objektif unsuru olan özen yükümlülüğünün objektif ihlaline dayanmaktadır. Bu aynı zamanda taksir iddiasının nedenine de karşılık gelmektedir. Taksirli suçlardaki haksız fiil belirlenirken, neticenin objektif öngörülebilirliği (nedensel süreç de dâhil olmak üzere) objektif özen yükümlülüğünün ihlali ile yakından ilişkili olmalıdır. Objektif öngörülebilirlik durumunda objektif özen yükümlülüğünün ihlali,

¹⁰ Ko, *Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip* (2021), 118 f.

¹¹ Schmidhäuser, FS-Schaffstein, 129 (131 ff.); Schröder, JZ 1989, 776 (776 ff.).

ilgili ilişkiler çemberindeki vicdanlı veya ihtiyatlı bir kişinin genel yaşam deneyimlerine dayanarak neleri dikkate alacağına göre belirlenir. Bu konuda somut koşullar ve failin sosyal rolü (her türlü özel bilgi dâhil) göz önünde bulundurulur.

2.2.3. Müstakil Failin Taksirli Davranışında Nedensellik Ölçütü

Taksirli suçların objektif isnadını belirlemek için, “yükümlülüğe aykırılık bağlamı” veya “koruma amacı bağlamı” olarak adlandırılan özel koşullar gereklidir. İhlal edilen özen normunun, meydana gelen neticeleri önlemeye hizmet edip etmediği ve yükümlülüğe uygun alternatif davranışlarla neticenin önlenip önlenemeyeceği incelenmelidir. Eğer netice objektif olarak kaçınılmaz ise, objektif isnat reddedilir. Kaçınılabirlik teorisine göre, yükümlülüğe uygun alternatif davranışlarda bulunulması halinde netice kesinliğe yakın bir olasılıkla gerçekleşecek olsa bile, fail “in dubio pro reo” ilkesi uyarınca beraat eder. Buna karşılık, riskin artırılması doktrini, taksirli bir davranışın, yükümlülüğe uygun alternatif davranışa kıyasla neticenin meydana gelme riskini artırıp artırmadığı kriterini kullanır.

11. 12. 1990 tarih ve 90do694 sayılı kararında Kore Yüksek Mahkemesi’nin (korOGH), taksirli suçları gerekçelendirecek nedensellik bağının varlığının kaçınılabirlik teorisine göre değerlendirildiğini açıkça belirtmiştir. Bu karardaki gerçekler aşağıdaki gibidir:

Mağdur ameliyattan yaklaşık bir hafta sonra akut fulminan hepatit semptomları gösteren karaciğer yetmezliğinden ölmüştür. Bu karaciğer yetmezliğinin, mağdurun ameliyat sırasında halihazırda karaciğer sorunlarının olması ve bu sorunların halotanlı anestezi ve açık ameliyatla daha da kötüleşmesinden kaynaklandığı bilinmektedir. Açık ameliyat öncesinde, hastanın karaciğerindeki herhangi bir anormallliği tespit etmek için serum biyokimyasal reaksiyonuna dayalı bir test gibi kapsamlı bir karaciğer fonksiyon testi yapılması özen yükümlülüğüdür. Bununla birlikte, sanık sadece idrar testi yaptırmış ve ardından test sonuçlarına dayanarak ameliyatı gerçekleştirmiştir. Buradaki mesele, sanığın özen yükümlülüğünü ihlal etmesinin mesleğin icrasında taksirle öldürme olarak cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır.

Kore Yüksek Mahkemesi sanığı suçsuz bulmuştur. Sanığın ameliyattan önce mağdura karaciğer fonksiyon testi yapmış olması halinde mağdurun ölmeyeceğinin kanıtlanması gerekiyordu. Bu da bu davada kaçınılabirlik teorisinin uygulandığı anlamına gelmektedir. Ancak, tüm taksirle öldürme veya yaralama olaylarında nedensellik bağı bu kaçınılabirlik teorisine göre kurulmamaktadır. Bunun yerine, taksirli suçlarda bile riskin artırılması teorisi temelinde objektif isnatta bulunma eğilimi vardır.

3. Taksirli Suçlarda Müsterek Failliğin Kabul Edilmesi

Almanya'nın aksine, Kore'de taksirle iştirak kabul edilmektedir. Temsili bir dava olan “Sampoong Alışveriş Merkezinin Çökmesi” davası (korOGH kararı, 23 Ağustos 1996, 96do1231) burada sunulmaktadır.

Olay: 29 Haziran 1995 günü akşam saat 6 sularında Kore'nin Seul kentindeki Sampoong Alışveriş Merkezi tamamen çöktü. Birçok müşteri bodrum katındaki gıda bölümünde bulunuyordu. 500'den fazla kişi öldü; 930 kişi yaralandı. Beşinci katın tavanındaki çatlak birkaç gün önce fark edilmişti. Buna rağmen, yetkililer Alışveriş Merkezi'ni normal şekilde işletmeye devam etmeye karar verdiler. Kazaya, inşaat şirketinin yönetim kurulu başkanı ve

birkaç müdürü, işçiler ve amirleri, yapı denetim yetkilileri ve mimarlar gibi çeşitli tarafların taksirinin neden olduğu tespit edildi, zira tüm taraflar binanın inşası ve bakımından farklı düzeylerde sorumluydu.

İlgililer, Kore Ceza Kanunu §§ 30 ve 268 hükümleri uyarınca taksirle yaralama ve taksirle öldürme suçlarına iştiraktan cezalandırılmıştır. Özellikle, “bina inşaatının uygunsuz planlanması, yetersiz tasarım, inşaat sürecinin uygunsuz kontrolü, binanın dikkatsiz bakımı” söz konusudur. Kore Yüksek Mahkemesi (KorOGH) haklı olarak bu etkileşimli durumu (konstelasyon) kümülatif nedensellik olarak anlamıştır. İlgili taraflar söz konusu mülkün inşasını ve bakımını birlikte gerçekleştirmişlerdir. Başka bir deyişle, “güvenlik için çok yönlü özen yükümlülüğüne” tâbiydiler. Bu nedenle, Sampoong Alışveriş Merkezi’nin çöküşü, içlerinden birinin taksirli davranışından değil, taksirle gerçekleştirilen icrai ve ihmali olmak üzere ilgili tüm tarafların kümülatif yükümlülük ihlallerinden kaynaklanmıştır.

Kore Yüksek Mahkemesi (KorOGH), nedensellik ve isnat edilebilirlik sorunlarını taksirle iştiraki kabul ederek kolayca çözmüştür. Mahkemeye göre, Kore Ceza Kanunu § 30’da “suç” kavramı taksirli suçları da kapsar, böylece iştirak hükümler kasıtlı ve taksirli suçların kombinasyonunun yanı sıra icrai ve ihmali olarak da ortaya çıkabilir. Belirleyici olan, ilgili taraflar arasında açık veya zımni bir niyet anlaşması veya karşılıklı anlayış olup olmadığı ve buna uygun olarak birlikte hareket edip etmedikleridir. Burada önemli olan, suçun müştereken işlenmesi değil, fiillerin müştereken gerçekleştirilmesidir. Birden fazla katılımcıdan birinin taksirli davranışıyla işlenen bir aykırılık, ancak diğer aykırılıklar birlikte neticeye ulaşır.

Ancak, aşağıdaki nedenlerden dolayı taksirle iştirak kabul edilmemelidir:

1) Ceza hukuku özene aykırı fiillerle ancak hukuki menfaatlerin ihlaline yol açması halinde ilgilenir. Özene aykırılık ancak neticenin ortaya çıkmasından sonra “suç” haline gelebilir. Bu, hukuki menfaat ihlalini etkileyen tehlikeli fiillerin ancak olaydan sonra, yani hukuki menfaat ihlali gerçekleştiğinde belirlendiği ve her bir failin haksız fiilinin - hem bilinçsiz taksir hem de bilinçli taksir durumunda - taksirli fiil anında her bir kişiye ayrı ayrı yüklenen kendi özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine bağlı olduğu anlamına gelir. Taksirli suçlarının bu yapısı temelinde, bağımsız bir haksız fiil teşkil etmeyen taksirli olarak neticeye birlikte etki gösteren taraflar olabilir.

2) Medeni hukukun aksine, ceza hukuku, temsilcinin yaptığı hukuki işlemin temsil edilen taraf lehine ve aleyhine doğrudan bir etkiye sahip olduğu bir temsil ilişkisini tanımaz. Bunun nedeni, ceza hukukunda öngörülen hukuki sonuçların, insanın doğuştan gelen, son derece kişisel doğasından kaynaklanan haklara yönelik olması olabilir. Kusur ilkesi, ceza hukukunda öngörülen yaptırımın bu son derece kişisel haklara tecavüz etmesine kadar geri götürülebilir. Cezalandırma yoluyla yapılan saldırı, doğuştan gelen bu hakları ihlal ettiğinden, ancak suçun son derece kişisel, yani bireyin kendi özgür davranışı olması hâlinde haklı görülebilir. Ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki bu temel fark nedeniyle, iştiraki temsil olarak yorumlayan medeni hukuktan esinlenen çözümler de ikna edici değildir. Aynı nedenle, bir “isnat birliği” veya “kolektif anlam birliği” şeklinde kolektif yaklaşımlar da sürdürülemez. Suça iştirakte isnadiyet yapısını ve bireysel nedensellikten feragat etmeyi, bunun Kore Ceza Kanunu’nun 30. maddesinin işlevinden kaynaklandığını varsayarak zorlanmadan haklı çıkarmaya çalışmaktadırlar. Ancak, suçun birlik (Kollektif) tarafından münferit katılımcılara neden ve nasıl tam olarak atfedilebileceğini açıklamak mümkün olmayacaktır.

4. Gerçek Olmayan İhmali Suçlar Üzerinden Kanunu Dolanan Çözüm (Umgehungslosung)

İlk olarak, ihmal suretiyle işlenen taksirli suçlara yaklaşımı ele alan bir Alman içtihadı ("mum" davası; BayObLG, NJW 1990, 3032) sunulacaktır.

Olay: "Sanıklar çeşitli barları gezdikten sonra, partiye devam etmek için bildikleri boş tatil evine gitmişlerdir. Eve kırılmış bir pencereden girmişlerdir. Daha sonra üst kata bakmak için oturma odasından ayrıldılar. Yaklaşık 10-15 dakika sonra oturma odasına döndüklerinde, yerde duran halının çok güçlü bir şekilde yandığını ve alevlerin yaklaşık 2 metre yüksekliğinde olduğunu fark etmişlerdir. Her iki sanık da yangını söndürmenin anlamsız olacağına inanmıştır. Daha sonra kaçmışlardır. Ev tamamen yanmıştır. Çocuk mahkemesi sanıkların taksirle yangına neden olma suçundan beraatine karar vermiştir."

Bölge mahkemesi (BayObLG) "in dubio pro reo" ilkesine göre her iki sanığın da sorumluluğunu reddetmiştir çünkü burada da yangının bireysel nedenselliği tespit edilememiştir. "Mumları yerleştirmemiş olan kişi, mumların sağlamlığını kontrol etmekle yükümlü değildir." Bu durumda, münferit eylemin nedenselliği tespit edilememiştir. BayObLG, garantörün yükümlülüğü üstlenmesiyle ilgili olarak bir karar vermiştir. BayObLG, her bir ilgilinin müdahalede bulunma garantörlüğü içerisinde olduğunu kabul etmiştir çünkü "mumların aydınlatma olarak kullanılması yangına neden olabilir" ve bunların kullanımı "temelde tehlikelidir". Bu nedenle her bir ilgili "makul olanı yapmakla", yani bir yangının meydana gelmesini önlemek için uygun güvenlik önlemlerini almakla yükümlüdür. Buna rağmen, her ilgili, uygun güvenlik önlemlerini almayarak önceden gerçekleştirdikleri tehlikeli davranış nedeniyle kendilerine yüklenen özen yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

Yakın zamanda Kore'de de aynı yaklaşımın uygulandığı bir dava (Kore Yüksek Mahkemesi-korOGH 9 Mart 2023 tarihli, 2022do16120 numaralı karar) görülmüştür.

Olay: 19 Mart 2020 tarihinde, saat 17:22:02 ve 17:22:25 sularında, sanıkların her biri fabrika binasının dış duvarında bulunan geri dönüşüm kutusunun yanında sigara içmiştir. Birinci sanık sigara izmaritinden çıkan kuru fiskelemiş ve ardından sigara izmaritini geri dönüşüm kutusunun hemen yanında bulunan bir çöp poşetine atarak oradan uzaklaşmıştır. İkinci sanık da aynı şeyi yapmıştır: fakat o, sigara izmaritini geri dönüşüm kutusuna doğru fırlatmış ve sonra uzaklaşmıştır. Bu sırada rüzgâr, yangının çıktığı geri dönüşüm kutusu yönünde güçlü bir şekilde esmekteydi. Sanıklar ile geri dönüşüm kutusu arasındaki mesafe yaklaşık 1 ila 3 metre arasındaydı ve orada kağıt gibi kolay alev alabilen nesneler yığılmıştı. Sanıkların sigara içmeyi bırakmalarından üç ila dört dakika sonra, ilk ateşlemenin yapıldığı yer olduğu düşünülen geri dönüşüm kutusundan duman yükselmeye başlamıştır. Üçüncü bir şahıs tarafından yangın çıkarılmış olma ihtimali son derece düşüktür ve başka hiçbir elektriksel ya da kimyasal tutuşma nedeni yoktur. Yangın fabrika binasına sıçramış ve bina tamamen tahrip olmuştur. Sanıklar, Kore Ceza Kanununun 170(1) maddesi uyarınca taksirle yangına neden olma suçunun müşterek faili (Kore Ceza Kanunu'nun 30. maddesi) ve sanıkların her biri bu suçun müstakil faili olmakla suçlanmıştır.

Mahkeme, bu davadaki yangının iki sanıktan birinin sigara izmaritinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespit edilemediğini belirtmiştir. Bununla birlikte, sanıkların her biri taksirle yangına neden olmadan suçlu bulunmuştur. Mahkeme, yangının çıkmasını öngörebilecekleri için sanıkların taksirini kabul etmiştir. Öncelikle, taksirle yangına neden

olma suçu bakımından müşterek fail olarak cezalandırılmaları kabul edilmemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, taksirle iştirak, özen yükümlülüğünün birlikte ihlalini gerektirmektedir. Başka bir deyişle, birden fazla kişinin özen yükümlülüğü karşılıklı olarak birliktelik arz etmesi gerekir. Bu ise, sadece bir kişinin özen yükümlülüğünü ihlal etmesiyle değil, ancak ilgili kişilerden her birinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinde neticenin ortaya çıktığı bir durumdur. Bu dava bu gerekliliği yerine getirmemektedir, bu nedenle sanıklar haklı olarak taksirli olarak müşterek fail sıfatıyla cezalandırılmamıştır. Bununla birlikte, garantörlük yükümlülüklerinin (iş) sözleşme ilişkileri bağlamında dürüstlük kuralından kaynaklanması halinde, sanıkların riskleri ortadan kaldırmakla yükümlü oldukları varsayılmaktadır. Sanıkların her biri, sigara izmaritlerindeki korları söndürmek için önlem alma yükümlülüklerini taksirle yerine getirmediğinden, gerçek olmayan ihmali suç yoluyla taksirle yangına neden olmadan suçlu bulunmuşlardır.

Kore Yüksek Mahkemesi (KorOGH) de bu yaklaşımı benimsemiştir. İcrai davranış yoluyla taksir olup olmadığını tartışma konusu olarak görmemiş ve sanıkların suçun işlendiği sırada iş sözleşmesinden kaynaklanan ikincil yükümlülüklerle dayanan bireysel bir yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre, bu yükümlülükler dürüstlük kuralına dayanmaktadır. Suçun işlendiği tarihte, sanıkların her biri hukuki olarak gereken özel faaliyeti yerine getirmemiştir. Bu doğrultuda, sanıkların her biri ihmal suretiyle taksirli hareketlerinden dolayı suçlu bulunmuştur.

Yukarıda bahsedilen iki olay, suçlamanın ağırlık merkezinin değiştirilmesi suretiyle icrai davranış yerine ihmal yoluyla nedenselliğin varsayılabilirliğini göstermektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda, bir kişinin belirli olaylar ve sonuçlarla ilgili nedensellik ve garantörlük ilişkisi, ceza hukuku sorumluluğunu haklı gösterebilir. Buna ek olarak, icrai suçtaki nedensellik bağının yerini ihmalde bulunan failin garantörlük ilişkisi almaktadır. İlk bakışta, gerçek olmayan ihmali suçları kullanan bu yaklaşım, taksirli müşterek faillik olmaksızın taksirli olarak neticeye birlikte etki gösterme durumlarında nedensellik ve objektif isnadiyet sorunlarını çözmek için bir alternatif olarak görülmektedir. Ancak, her taksir, gereken özenin gösterilmemesini gerektirir. Ayrıca, taksirli fiilin cezalandırılması, sonradan yapılacak bir değerlendirmeden kaynaklanmaktadır. Taksirli suçlarda, özellikle de bilinçsiz taksirli suçlar söz konusu olduğunda, neticenin ortaya çıkmasıyla ilişkili tesadüfi etkenlerin dışlanması önemlidir. Bu nedenlerle, gerçek olmayan ihmali suçlara dayalı bir çözüm ilke olarak reddedilmelidir. Aksi takdirde, “versari in reillicita” doktrinine, yani netice sorumluluğuna geri dönmekten başka bir seçenek kalmayacaktır.

5. Sonuç

Daha önce de belirtildiği üzere, Kore'de risk toplumuna yanıt vermek için ceza hukukunun aktif ve önleyici bir şekilde kullanıldığı görülmektedir. Taksirli suçların ortaya çıkmasını kolaylaştırmak ve böylece tehlikeli davranışları kontrol etmek için çeşitli yaklaşımlar izlenmektedir. Bu yaklaşımlar kabul edilirse, bu durum netice sorumluluğu [objektif/kusursuz sorumluluk] ile eşdeğer olabilir. Taksirli suçlarda, belirli bir hukuki menfaati ihlal etme iradesi yoktur, bu nedenle netice haksızlığı sadece hareket haksızlığının dışında mevcuttur. Bu nedenle, taksirli suçlarda, hareket haksızlığı ile netice haksızlığı arasındaki çok sayıda tesadüfi faktörün ortadan kaldırılması özellikle önemlidir.

Ceza hukuku “ultima ratio” olarak hareket eder. Cezalandırma her zaman hukukun üstünlüğü ilkelerine, özellikle de kusur ilkesine dayanmalıdır. Riskli davranışları kontrol altına almak için en iyi çözüm her taksirli davranışı cezalandırmak değildir. Bu bağlamda ceza hukukunun ikincilik ilkesi her zaman gözetilmelidir.

Kaynaklar / References

Gropp, Walter. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller.

Ko, Myöüng-Sü. *Fahrlässige Mittäterschaft und Schuldprinzip*. Berlin: Düncker & Humblot, 2021.

Ko, Myöüng-Sü. "Eine Studie zur Beschränkungen der Bestrafung von Fahrlässigkeitsdelikten im Seeverkehr – foküssierend auf objektive Sorgfaltspflicht." *Ajou Law Journal* 9, no. 3 (2021).

Ko, Myöüng-Sü. "Handlungsunrecht der *Fahrlässigkeitsdelikte*: Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit." *Korean Journal of Comparative Criminal Law* 23, no. 3 (2021).

Kretschmer. "Das Fahrlässigkeitsdelikt." *Juristische Ausbildung* (Jura) (2000).

Roxin, Claus, ve Luís Greco. *Strafrecht: Allgemeiner Teil I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Aufl. München: C.H. Beck, 2020.

Schmidhäuser, Ernst. In *Festschrift für Hans-Heinrich Schaffstein*. Köln: Heymann.

Schröder, Horst. "Rezension oder Beitrag." *JuristenZeitung* (JZ) (1989).

Shin. "Verwaltungsstrafrecht und Bestrafung der Fahrlässigkeitsdelikte – foküssierend auf ÖGH Urteil vom 11.2.2010, 2009do9807." *Seoul Law Journal* 52, no. 1 (2010).

Singelstein, Tobias, ve Peer Stolle. *Die Sicherheitsgesellschaft: Soziale Kontrolle im 21. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Campus Verlag, 2011.

Yazar Hakkında / About the Author

Prof. Dr. Myoungsu KO | Seul Ulusal Üniversitesi

Prof. Dr. Myoungsu Ko, 10 Aralık 2020 tarihinde Humboldt-Universität zu Berlin'de Ceza Hukuku alanında hukuk doktoru (Dr. iur.) unvanını almıştır. 1 Ocak 2018 – 31 Aralık 2020 tarihleri arasında Konrad Adenauer Vakfı'ndan burs almaya hak kazanmıştır. 20 Şubat 2014 – 31 Mayıs 2016 tarihleri arasında Kore Cumhuriyeti Deniz Harp Okulu'nda öğretim üyesi olarak görev yapmıştır. 1 Mart 2022 – 31 Temmuz 2023 tarihleri arasında Kore Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak çalışmıştır. 1 Ağustos 2023 – 28 Şubat 2024 tarihleri arasında Kore Askerî Akademisi'nde öğretim üyeliği görevinde bulunmuştur. 1 Mart 2024 tarihinden itibaren Seul Ulusal Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğretim üyesi olarak görevine devam etmektedir.

Prof. Dr. Myoungsu KO | Seoul National University

Prof. Dr. Myoungsu Ko received her Doctor of Laws (Dr. iur.) in Criminal Law from Humboldt-Universität zu Berlin on December 10, 2020. She was awarded a scholarship from the Konrad Adenauer Foundation from January 1, 2018, to December 31, 2020. She served as a faculty member at the Republic of Korea Naval Academy from February 20, 2014, to May 31, 2016. She served as a faculty member at the School of Law, Korea University, from March 1, 2022, to July 31, 2023. She served as a faculty member at the Korea Military Academy from August 1, 2023, to February 28, 2024. Since March 1, 2024, she has been a faculty member at the School of Law, Seoul National University.

OBJEKTİF ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÜZERİNE DEĞERLENDİRMELER ÖZELİNDE BAYRAM OTEL DAVASI

Doç. Dr. M. Emre TULAY

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

23.10.2011 günü saat 13.41'de, Van ilinde, şiddeti 7,1 ile 7.3 arasında değişen ve ciddi yıkıcı etkileri olan bir deprem meydana gelmiştir. Bu depremden sonra artçı şoklar devam etmiş, 09.11.2011 tarihinde meydana gelen 5,7 şiddetindeki depremde, Van merkezde bulunan Bayram Otel yıkılmıştır. Bu yıkım sonucunda 24 kişi hayatını kaybetmiş, bir kişi de yaralanmıştır. Olayla ilgili başlatılan soruşturma neticesinde yargılama aşamasına geçilmiş, *Bayram Otel Davası* olarak adlandırılan süreç işlemeye başlamıştır. Ancak bu dosya kapsamında verilen mahkumiyet hükmü halen kesinleşmiş değildir. İlgili dosya, taksirli suçun yapısı bakımından önemli tartışma konuları barındırmaktadır. Nitekim taksirin türüne ilişkin belirlemenin yanı sıra meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinin isnadiyeti meselesi, ciddi bir tartışma konularıdır. Bu tebliğ kapsamında ele alınan sorun ise dava konusu özelinde objektif özen yükümlülüğünün tespiti meselesidir. Birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli suçlarda, sorumluluk sahasının doğru şekilde belirlenmesi halinde, taksirli suça ilişkin diğer koşulların tahlili de kolaylaşacaktır. Bu durumda, gerçekten sorumlu olan kişilerin cezalandırılması, aslında sorumluluğu bulunmayan kişilerin ise cezasız kalması mümkün olacaktır. Dolayısıyla taksirli suça ilişkin değerlendirmelerin hem ilk hem de en önemli ayağı, objektif özen yükümlülüğünün sınırlarının doğru şekilde çizilmesidir. Bayram Otel Davası, taksirli suçlar özelinde incelenmesi gereken ve halen güncelliğini koruyan bir örnek teşkil etmektedir.

Anahtar Kelimeler

Deprem, Bayram Otel, Taksirli Suç, Fail Çokluğu, Objektif Özen Yükümlülüğü

EVALUATIONS ON THE OBJECTIVE DUTY OF CARE IN THE BAYRAM HOTEL CASE

Assoc. Prof. Dr. M.Emre TULAY
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

On 23.10.2011 at 13.41, an earthquake with a magnitude ranging between 7.1 and 7.3 with serious destructive effects occurred in Van province. Aftershocks continued after this earthquake and Bayram Hotel in the centre of Van collapsed in an earthquake of 5.7 magnitude on 09.11.2011. As a result of this collapse, 24 people lost their lives and one person was injured. As a result of the investigation launched into the incident, a trial was initiated and the process known as the Bayram Hotel Case began. However, the judgement of conviction within the scope of this file has not yet been finalised. The relevant file contains important issues of discussion in terms of the structure of the negligent offence. As a matter of fact, in addition to the determination of the type of negligence, the issue of attribution of the consequences of death and injury is a matter of serious debate. The problem addressed within the scope of this communiqué is the determination of the objective duty of care. In negligent offences committed by more than one person, if the area of responsibility is determined correctly, the analysis of other conditions regarding the negligent offence will be easier. In this case, it would be possible to punish those who are actually responsible, while those who are not actually responsible would remain unpunished. Therefore, both the first and the most important pillar of the evaluation of negligent offences is to draw the boundaries of the objective duty of care correctly. The Bayram Hotel Case constitutes an example that should be analysed in the context of negligent offences, and which is still up to date.

Keywords

Earthquake, Bayram Hotel, Negligent Offence, Multiplicity of Perpetrators, Objective Duty of Care

1. Olayın Özeti

23.10.2011 tarihinde yerel saatle 13.41'de Van şehir merkezinin yaklaşık 20 km. kuzeyinde, Erçek Gölünün batısında Kasımoğlu Köyü civarlarında, değişik kuruluşlara göre şiddeti 7.1 ile 7.3 arasında değişen yıkıcı bir deprem meydana gelmiş, Van il merkezinin yanı sıra Erciş ilçesi ve civar köylerde önemli hasara yol açmıştır. Depremi birinci haftasında, bölgede büyüklüğü 4.0-4.9 arasında değişen 114 deprem meydana gelmiş olup yedisinin şiddeti 5.0'dan büyüktür. İlk deprem sonrası artçı şoklar devam ederken 9.11.2011 tarihinde 5.7 şiddetinde ve farklı bir faydan kaynaklanan ve merkez üssü Van il merkezinin güney batısında kalan Edremit ilçesi olan ikinci bir deprem meydana gelmiştir. Anılan bu son deprem sonucunda, sanık T. Bayram'ın sahibi ve işleteni olduğu *Bayram Otel* yıkılarak çökmüş, göçük ve enkaz altında kalan 24 kişi hayatını kaybetmiş, bir kişi de yaralanmıştır.

2. Safahat ve Mercilerin Çözüm Şekilleri

1. Bayram Otel davasına ilişkin yargılama süreci özetle şu şekilde gerçekleşmiştir: Sanık *Tevfik Bayram* hakkında Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinde kamu davasının açılmasını müteakiben dosya Mahkemenin 2012/260 esasına kaydedilmiş, Mahkemenin 07/10/2013 tarih, 2012/260 Esas ve 2013/369 Karar sayılı kararıyla sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuş, kararın katılan vekilleri ve sanık müdafileri tarafından temyiz edilmesi üzerine Yargıtay 12. Ceza Dairesi 27/06/2014 tarih, 2014/8620 Esas ve 2014/16069 Karar sayılı kararı ile hükmü bozmuştur. Bozma sonrasında dosyanın 2014/386 Esas sayılı dava dosyasına kaydının yapıldığı, Mahkemenin 01/10/2015 tarih, 2014/386 Esas ve 2015/290 Karar sayılı kararı ile mahkumiyet hükmü kurduğu, dosyanın temyiz edildiği, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2016/4242 Esas, 2016/10443 Karar sayılı bozma ilamı ile hükmün bozulduğu, bozma sonrası dosyanın Mahkemenin 2016/411 Esas sayılı dava dosyasına kaydının yapıldığı, 01/12/2016 tarih, 2016/411 Esas ve 2016/468 Karar sayılı kararının temyiz edildiği, hükmün Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 17/01/2019 tarih ve 2018/7322 Esas, 2019/808 Karar sayılı ilamı ile bozulduğu, bozma sonrasında dosyanın Mahkemenin 2019/133 Esas sayılı sırasına kaydının yapıldığı, 22/03/2019 tarih, 2019/133 Esas ve 2019/356 Karar sayılı kararının temyiz edildiği, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 17/02/2022 tarih, 2020/1794 Esas ve 2022/1215 Karar sayılı ilamı ile son hükmün de bozularak tekrar ele alınmak üzere Van 2. Ağır Ceza Mahkemesine gönderildiği ve Mahkemenin 25.05.2023 tarihinde 2022/129 Esas ve 2023/134 Karar sayılı nihai kararını verdiği anlaşılmaktadır.

2. 23.10.2011 tarihinde Van ilinde meydana gelen depremde Bayram Otelin yıkılması ve yıkımın sonuçları hakkındaki soruşturmada *T.Bayram* dışındaki şüpheliler hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiştir. Sanık hakkında yürütülen muhakeme neticesinde ise Van 2. Ağır Ceza Mahkemesince 07.10.2013 tarihinde sanık T. Bayram hakkında bilinçli taksirle birden fazla insanın ölümü ve yaralanmasına sebep olmadan ötürü mahkumiyet kararı verilmiştir (TCK m. 85/2). Karar tarihi itibarıyla hüküm, temyiz kanun yoluna tabidir.

Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinin mahkumiyet kararını temyizen inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 27.06.2014 tarihinde sanığın bilinçli taksirle hareket ettiğine dair tespiti hukuka uygun bulmuş; ancak "... iki sınır arasında temel ceza belirlenirken adalet, hakkaniyet ve nasafet kurallarına uygun makul ve azami hadde yakın bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, 10 yıl temel ceza tayini" ile "Kendisini vekille temsil ettiren katılan G.K. vekilinin

02.05.2013 tarihli dilekçesi ile şikayetten vazgeçtiği anlaşılmakla, şikayetten vazgeçme ile katılmanın hükümsüz kaldığı dikkate alınmadan, katılan yararına vekalet ücretine hükmedilmesi” gerekçeleriyle bozma kararı vermiştir. Daire’nin bilinçli taksir hakkındaki tespiti oyçokluğuyla varılmıştır. Dairenin iki üyesi, sanığın neticeyi öngördüğünden söz edilemeyeceğinden bahisle bilinçli taksirin koşulları oluşmadığı görüşü ile çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Kararda, değerlendirmeye konu olan ve bilirkişi raporuna da atıf yapılan “ ‘T.Bayram’ ticaret unvanı ile 01/04/1974 tarihinden itibaren otel, kiraathane ve hamam işletmeciliği iş konularında meşgul olduğu anlaşılan, 19/09/2003 tarihinden itibaren de resmi olarak Bayram Otel işletmecisi olan sanığın, mülkiyeti kendisinin de hissedarı ve sorumlusu olduğu M.S.Bayram San. ve Tic. Ltd. Sti’ye ait olan, Van İlinin 1. derece deprem bölgesi olmasına rağmen statik projesi, statik hesap raporu ve zemin raporu olmaksızın, 1964 yılında konut olarak, inşaat tekniğine ve mevzuatına aykırı şekilde, 2011 yılında ölmüş bulunan babası M.S.Bayram tarafından inşa ettirilen, 1969 yılından itibaren otel olarak işletilen bodrum, 5 normal kat ve üstü çelik konstrüksiyon çatı sistemi kapatılmış bulunan kaçak teras kattan oluşan otel binasını, söz konusu eksikliklerini bilmesine rağmen 1975, 1998 ve 2007 tarihli Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yetkisi ve olanağı bulunmasına rağmen güçlendirmede, otel binasının özellikle yaşı ve bulunduğu bölge itibarıyla yüksek riskli deprem kuşağında yer almasına rağmen, depremden bir yıl kadar önce yaptırdığı bir milyon lirayı geçen tadilatın, otel binasının taşıyıcı sistemi ile değil, otelin iç ve dış dizaynı ile ilgili olduğu nazara alındığında, sanığın kusurunun ilk deprem sonrası gerekli inceleme ve hasar tespiti yaptırmamakla, bu tespitler yapılana kadar oteli kullanmamakla sınırlı olmadığı, inşaat ve tadilatlarında eksiklikleri bulunduğunu bildiği eski otel binasının en azından 2007 deprem yönetmeliğine uygun hale getirilmemesi, binanın taşıyıcı sisteminin güçlendirilmemesi sebebiyle de kusurlu olduğu” şeklindeki değerlendirmeler son derece önemlidir. Buna karşın, karara muhalif kalan üyelerin değerlendirmeleri ise şöyledir: “İlk deprem öncesinde, deprem anında ve sonrasında otel binasında, nitelikli bir hasar bulunmadığı yönündeki güvenlik kamerası kayıtları, sanığın ilk deprem sonrası hasar tespiti için Van Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’na başvurduğuna ilişkin savunması, bu savunmanın tanık beyanları ve bu arada Afad şube müdürü tanık A.Gözmen’in beyanı ile desteklenmesi, Albaraka Türk Katılım Bankası tarafından 23.10.2011 tarihli deprem sonrası Van şubesi ile sınırlı olarak, Yargıcı İnşaat Tic. ve San. Ltd. Sti’ne, Bayram Otel altındaki Van şubesinin durumunun genel bir değerlendirmesi sonucu verilen 25.10.2011 tarihli raporun sonuç kısmında iskan edilebilir şeklindeki tespit ve bu raporu hazırlayan makine mühendisi tanık I.S.Yargıcı’nın duruşmada binaya girilebilir olduğunu ancak küçük bir risk olduğunu ifade etmesi, otelin sigortasını yapmış olan Axa Sigorta A.Ş. eksper tarafından düzenlenen 01.11.2011 tarihli Deprem Ekspertiz Raporu’nda; ilk deprem sonrası binada sadece boya, dış cephe ve zemin seramik hasarları için 10.520 TL tazminat ödemesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmış olması, ilk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri, ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kuruluşu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları ile sanığın kardeşi A. Bayram’ın enkazdan çıkarılmış olması ve sanığın kendisinin de otelde kaldığına dair aksi ispat edilemeyen savunması nazara alındığında binanın yapımında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan

sanığa yüklenebilecek kusurun ilk deprem sonrası bina ile ilgili tespitleri yaptırmamaktan ibaret olduğu, gerek yapılan dış kaplamada gerekse binanın içinde yapılan tadilatlarda binadaki hasarları gizleme yönünde hareket edildiğine ilişkin bir tespitin bulunmaması karşısında, sanığın neticeyi öngördüğünden söz edilemeyeceğinden bilinçli taksirin koşulları oluşmadığı görüşü ile çoğunluk görüşüne katılmıyoruz”.

3. Bozmadan sonraki yargılama neticesinde Van 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 1.10.2015 tarihinde yine bilinçli taksirle birden fazla insanın ölümüne neden olmaya dayanarak 15 yıl 5 ay 50 gün hapis cezasına hükmetmiştir. Yeni hükme kaşı da temyiz kanun yoluna başvurulmuştur. Yargıtay 12. Ceza Dairesi bu defa “... bozma ilamına uyularak yapılan yargılaması sonunda, sanığın eyleminde bilinçli taksirin koşullarının oluştuğu kabul edilmiş ise de taksir ile bilinçli taksir arasındaki ayırıcı ölçüt taksirde failin öngörülebilen nitelikteki neticeyi öngörememesi, bilinçli taksir halinde ise bu neticeyi öngörmüş olmasına rağmen sırf sansına veya başka etkenlere, hatta kendi beceri ve bilgisine güvenerek hareketini sürdürmesidir... Yine ilk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri, ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kuruluşu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları ile sanığın kardeşi A.Bayram’ın enkazdan çıkarılmış olması ve sanığın kendisinin de otelde kaldığına dair aksi ispat edilemeyen savunması diğer delillerle birlikte nazara alındığında sanığın neticeyi öngördüğü halde sonucun gerçekleşmeyeceğine ilişkin, şansına veya başka etkenlere güvenerek hareket ettiğinden söz edilemeyeceğinden bilinçli taksir koşullarının oluşmadığı gözetilmeksizin bilinçli taksir nedeniyle sanık hakkında tayin olunan cezanın TCK’nın 22/3. maddesi uyarınca arttırılması” ve “Sanık hakkında TCK’nın 85/2, 22/3 maddeleri uyarınca tayin edilen 18 yıl 8 ay hapis cezasının aynı Kanun’un 62 maddesi uyarınca 1/6 oranında indirilmesi sırasında 15 yıl 6 ay 20 gün yerine 15 yıl 5 ay 50 gün hapis cezası tayini, Kendisini vekille temsil ettiren katılan Esra Yüce lehine karar tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi uyarınca vekalet ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi” gerekçeleriyle 17.06.2016 tarihinde bozma kararı vermiştir. Daire’nin iki üyesi “... gözleme dayalı ön hasar tespit raporunda güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiği, binanın risk taşıdığı belirtilmesine rağmen sanığın bir daha deprem yaşanmayacağına inanması, geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle bu riski göze aldığı ve oteli, kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, depreme dayanıklılık testi yaptırmadan ve 23.10.2011 tarihindeki depremden sonra işletmeye devam ettiği anlaşıldığından, sanığın meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK’nın 22/3. maddesi kapsamında öngördüğü, dolayısıyla da olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu, mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığından, çoğunluğun bilinçli taksir olmadığına dair bozma görüşüne katılmıyoruz” şeklindeki görüşleriyle karara muhalif kalmışlardır.

Kararın dayanağını teşkil eden “Sanığın ilk deprem sonrası hasar tespiti için Van Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’na başvurduğuna ilişkin savunması, bu savunmanın tanık beyanları ve bu arada Afad şube müdürü tanık A.Gözmen’in beyanı ile desteklenmesi ve bozmadan sonra yapılan yargılama sırasında ortaya çıkan ve sanığın işleteni olduğu Bayram Otel’in ilk depremden sonra “HASARLI-OTURULUR” olduğunu bildiren “ÖN HASAR TESPİT FORMU” ile sabit olup, bu belge içeriği zabıt mümzi tanıklarca da teyit edilmiş olup bu kabulün

aksini gösteren kanıt da bulunmamaktadır. Albaraka Türk Katılım Bankası tarafından 23.10.2011 tarihli deprem sonrası Van şubesi ile sınırlı olarak, Yargıcı İnşaat Tic. ve San. Ltd. Sti'ne, Bayram Otel altındaki Van şubesinin durumunun genel bir değerlendirmesi sonucu verilen 25.10.2011 tarihli raporun sonuç kısmında iskan edilebilir şeklindeki tespit ve bu raporu hazırlayan makine mühendisi tanık I.S.Yargıcı'nın duruşmada binaya girilebilir olduğunu ancak küçük bir risk olduğunu ifade etmesi, otelin sigortasını yapmış olan Axa Sigorta A.Ş. eksperleri tarafından düzenlenen 01.11.2011 tarihli Deprem Ekspertiz Raporu'nda; ilk deprem sonrası binada sadece boya, dış cephe ve zemin seramik hasarları için 10.520 TL tazminat ödemesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmış olması da yukarıda verilen sonuçları doğrulamaktadır. Yine ilk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililerin, büyük bir depremde sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri, ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kuruluşu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları ile sanığın kardeşi A.Bayram'ın enkazdan çıkarılmış olması ve sanığın kendisinin de otelde kaldığına dair aksi ispat edilemeyen savunması diğer delillerle birlikte nazara alındığında sanığın neticeyi öngördüğü halde sonucun gerçekleşmeyeceğine ilişkin, şansına veya başka etkenlere güvenerek hareket ettiğinden söz edilemeyeceğinden bilinçli taksir koşullarının oluşmadığı gözetilmeksizin bilinçli taksir nedeniyle sanık hakkında tayin olunan cezanın TCK'nın 22/3. maddesi uyarınca arttırılması..." şeklindeki değerlendirmeler son derece önemlidir.

İlgili karara muhalif kalan üyelerin yaklaşımı ise şöyledir: "Toplam 24 kişinin öldüğü, katılan M.Deniz'in ise yaralandığı olayın yargılaması sırasında alınan ve hükme esas tutulan Karadeniz Teknik Üniversitesi Mühendislik Fakültesi öğretim üyelerinden kurulu Nisan 2012 tarihli bilirkişi raporunda da işaret edildiği üzere, otelin 19/09/2003 tarihinden itibaren işletmecisi olan "sanığın işlettiği otel binasının 1964 yılında inşa edilen, 1978, 1998 ve 2007 deprem yönetmeliklerine göre güçlendirilmemiş eski bir bina olduğu, otele sonradan ilave edilen kısımların bulunduğu, proje dışı yapılan ek kısımların binalarda deprem güvenliği açısından son derece tehlike oluşturduğunun bilindiği, otel binasının babası tarafından inşa ettirilmiş olması nedeniyle sanığın, otelin eski bir bina olduğu, sonradan yapılan esaslı değişikliklerden ve otele ek yük yükleyen çelik konstrüksiyon çatıdan haberdar olduğu, otel binasının dış cephesinin amerikansyding denilen bir kaplama malzemesi ile kaplanarak yenilenmesi, kolonların alçıpanlarla giydirilmiş olması, tavanlara asma tavan ve alçıpan kartonpiyer uygulamalarının yapılması nedeniyle dışarıdan yapılacak basit bir gözlemlerle çatlakların görünmeyeceği ve hasar tespiti yapılmasının mümkün olmadığı hususunun sanık tarafından bilindiği, kaplama yapılmış binalarda kaplamanın altına bakılarak, matkaplarla bu kaplamalar açılarak sıvalarda, kolonlarda çatlaklar olup olmadığının incelenmesi, taşıyıcı sistemden numuneler alınıp test edilmesi gerektiği, sanığın kesin hasar tespit raporu hazırlanması için inceleme yaptırmak, isin uzmanlarından görüş almak, bilimsel analizler yaptırmak yerine 120 kişilik barınma kapasitesi olan, toplu olarak yaşayan insan sayısının fazla olduğu eski bir binayı, 23 Ekim 2011 tarihinde gerçekleşen 7,2 büyüklüğündeki depremde sonra işletmeye devam ettiği, sanığın Bayram Otel binasının evveliyatını çok iyi bilen ve uzun yıllardır da bu binada faaliyet gösteren otelin işletmeciliğini yapan tecrübeli bir tacir olduğu, binanın eski olması, sonradan yapılan esaslı değişikliklerin binaya ek yük yüklemesi, yenileme faaliyeti kapsamında yapılan kaplama işlemi nedeniyle duvar ve kolonlardaki çatlakların dışarıdan gözle bakılarak tespit edilememesi nedeniyle binanın 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen depremde hasar görmüş olabileceğinin, ileride yaşanacak

herhangi bir depremde, otel binasının daha önce aldığı hasar nedeniyle yıkılabileceğinin sanık tarafından da öngörülmesi gereken bir husus olduğu, otelin alt katında faaliyet gösteren Albaraka Türk Bankası için hazırlanmış, gözleme dayalı ön hasar tespit raporunda güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiği, binanın risk taşıdığı belirtilmesine rağmen, sanığın bir daha deprem yaşanmayacağına inanması, geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle bu riski göze aldığı ve oteli, kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, depreme dayanıklılık testi yaptırmadan ve 23.10.2011 tarihindeki depremden sonra işletmeye devam ettiği anlaşıldığından, sanığın meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK'nın 22/3. maddesi kapsamında öngördüğü, dolayısıyla da olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu, mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığından, çoğunluğun bilinçli taksir olmadığına dair bozma görüşüne katılmıyoruz”.

4. Bozmadan sonraki yargılama neticesinde Van 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 22.3.2019 tarihli kararıyla, ilk iki hükmünün aksine bu kez *basit taksirle birden fazla insanın ölümüne neden olmadan dolayı mahkumiyet hükmü tesis etmiştir.*

Yeni hükmü temyizen inceleyen Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 17.2.2022 tarihinde oybirliğiyle aldığı kararda daha önceki iki bozma gerekçesinden ayrılmıştır. Kararın gerekçesi özetle şu şekildedir: “...Tüm bu tespitler karşısında; sanığın Bayram Otel binasının evveliyatını çok iyi bilen ve uzun yıllardır da bu binada faaliyet gösteren otelin işletmeciliğini yapan tecrübeli bir tacir olduğu, binanın eski olması yanında sonradan yapılan esaslı değişikliklerin binaya ek yük yüklemesi, yenileme faaliyeti kapsamında yapılan kaplama işlemi nedeniyle duvar ve kolonlardaki çatlakların dışarıdan gözle bakılarak tespitinin mümkün olmaması nedeniyle, binanın 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen depremde hasar görmüş olabileceğinin ve ileride yaşanabilecek herhangi bir depremde otel binasının daha önce aldığı hasar nedeniyle yıkılabileceğinin sanık tarafından da öngörülmesi gerektiği, otelin alt katında faaliyet gösteren Albaraka Türk Bankası için Y. İnşaat Ltd. Şirketi tarafından ilk deprem sonrası 25.10.2011 tarihinde yapılan gözlem neticesinde hazırlanmış olan ve ön hasar tespitlerini içeren raporda; binanın taşıyıcı sisteminin uygun bulunmadığının, bu sınıfa giren binalardan olası bir depremde çok kötü olmayan bir davranış beklendiğinin, bu nedenle de binanın Türkiye Deprem Yönetmeliğindeki bazı yönetmelik maddelerinde belirtilen hususları yerine getirmediğinin, binada güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiğinin ve tüm bu sebeplerle binanın risk taşıdığı belirtilmesine rağmen tüm bu tespitlerden haberdar olan sanığın yaşanabilecek olası bir depremde binanın yıkılabileceğini öngördüğü, buna karşın oteli kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, yeniden bir deprem yaşanmayacağına ilişkin hatalı güveni sebebiyle muhtemel bir deprem riskinin gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile ve önceki tecrübelerinin olumsuz sonuçlanmamasına yönelik hatalı güveni ile 23.10.2011 tarihindeki ilk depremden sonra depreme dayanıklılık testi yaptırmaksızın oteli işletmeye devam ettiği, bu suretle sanık hakkında bilinçli taksir koşullarının oluştuğu anlaşıldığından, sanık hakkında temel cezadan TCK'nın 22/3. Maddesi gereğince artırım yapılması gerektiğinin gözetilmemesi...” nedeniyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. “Kasıtlı suçlardan hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olan TCK'nın 53. maddesinin 1. fıkrasındaki güvenlik tedbirlerine taksirli suçlarda hükmedilemeyeceğinin gözetilmemesi” ve “5237 sayılı TCK'nın 53/6. maddesinde, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla islenen taksirli suçtan mahkumiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri

alınmasına karar verilebileceğinin düzenlendiği; belli bir meslek veya sanatın gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla islenen taksirli suçtan mahkumiyet halinde meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına karar verilebilmesi için söz konusu meslek veya sanatın icrasının ruhsatnameye tabi olması gerektiği gözetilmeden ve çalışma hayatını kısıtlayacak biçimde sanığın 3 yıl süre ile otel işletmeciliği yapmaktan yasaklanmasına karar verilmesi” ise diğer bozma gerekçeleridir.

Oybirliğiyle alınan kararın gerekçesini teşkil eden değerlendirmelerde 2014 yılındaki değerlendirmelere dönüş yapıldığı söylenmelidir.

5. Yargıtay’ın 2022 tarihli bozma kararı sonrasında Van 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 25.05.2023 günü sanık hakkında yeni bir hüküm tesis etmiştir. Yargıtay’ın bilinçli taksire ilişkin değerlendirmelerini kabul eden mahkeme, sanığı birden fazla kişiyi bilinçli taksirle öldürme suçundan dolayı 15 yıl 6 ay 20 gün hapis cezasıyla cezalandırmıştır. Daha önce tutukluk haline son verilen sanık hakkında adli kontrol tedbiri uygulanmaya devam etmektedir.

Yerel mahkemenin son hükmündeki hukuki değerlendirmeleri özetle şu şekildedir: “*Toplam 24 kişinin öldüğü, katılan M.Deniz’in ise yaralandığı hükme esas tutulan Karadeniz Teknik Üniversitesi Mühendislik Fakültesi öğretim üyelerinden kurulu Nisan 2012 tarihli bilirkişi raporunda da işaret edildiği üzere, otelin 19/09/2003 tarihinden itibaren işletmecisi olan “sanığın işlettiği otel binasının 1964 yılında inşa edilen, 1978, 1998 ve 2007 deprem yönetmeliklerine göre güçlendirilmemiş eski bir bina olduğu, otele sonradan ilave edilen kısımların bulunduğu, proje dışı yapılan ek kısımların binalarda deprem güvenliği açısından son derece tehlike oluşturduğunun bilindiği, otel binasının babası tarafından inşa ettirilmiş olması nedeniyle sanığın, otelin eski bir bina olduğu, sonradan yapılan esaslı değişikliklerden ve otele ek yük yükleyen çelik konstrüksiyon çatıdan haberdar olduğu, otel binasının dış cephesinin amerikansyding denilen bir kaplama malzemesi ile kaplanarak yenilenmesi, kolonların alçıpanlarla giydirilmiş olması, tavanlara asma tavan ve alçıpan kartonpiyer uygulamalarının yapılması nedeniyle dışarıdan yapılacak basit bir gözlemlerle çatlakların görünmeyeceği ve hasar tespiti yapılmasının mümkün olmadığı hususunun sanık tarafından bilindiği, kaplama yapılmış binalarda kaplamanın altına bakılarak, matkaplarla bu kaplamalar açılarak sıvalarda, kolonlarda çatlaklar olup olmadığının incelenmesi, taşıyıcı sistemden numuneler alınıp test edilmesi gerektiği, sanığın kesin hasar tespit raporu hazırlanması için inceleme yaptırmak, işin uzmanlarından görüş almadan 120 kişilik barınma kapasitesi olan, toplu olarak yaşayan insan sayısının fazla olduğu eski bir binayı, 23 Ekim 2011 tarihinde gerçekleşen 7,2 büyüklüğündeki depremden sonra ara vermeksizin işletmeye devam ettiği, sanığın Bayram Otel binasının evveliyatını çok iyi bilen ve uzun yıllardır da bu binada faaliyet gösteren otelin işletmeciliğini yapan tecrübeli bir tacir olduğu, binanın eski olması, sonradan yapılan esaslı değişikliklerin binaya ek yük yükleme, yenileme faaliyeti kapsamında yapılan kaplama işlemi nedeniyle duvar ve kolonlardaki çatlakların dışarıdan gözle bakılarak tespit edilememesi nedeniyle binanın 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen depremde hasar görmüş olabileceğinin, ileride yaşanacak herhangi bir depremde, otel binasının daha önce aldığı hasar nedeniyle yıkılabileceğinin sanık tarafından da öngörülmesi gereken bir husus olduğu, otelin alt katında faaliyet gösteren Albaraka Türk Bankası için hazırlanmış, gözleme dayalı ön hasar tespit raporunda güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiği, binanın risk taşıdığı belirtilmesine rağmen, sanığın bir daha deprem yaşanmayacağına inanması, geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle bu riski göze aldığı ve oteli, kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu*

anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, depreme dayanıklılık testi yaptırmadan 23.10.2011 tarihindeki depremden sonra hiç ara vermeden işletmeye devam ettiği maddi olayın bu şekilde geliştiği kabul ve vicdani kanaatine varılmıştır”.

Van 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2023 tarihli kararı temyiz kanun yoluna taşınmıştır. Yargıtay, dosyada verilen son kararı incelemeye geçmemiştir. Bu nedenle, verilen mahkumiyet hükmü henüz kesinleşmemiştir.

3. Çözümlemesi Gereken Hukuki Problemler

İnceleme konumuz *Bayram Otel* davası, taksirli suç altında ele alınmaya değer birçok husus barındırmaktadır. Ancak bizim bu çalışma özelinde odaklanacağımız sorun, taksirli suçta cezai sorumluluğun yükleneceği kişi ya da kişilerin belirlenmesine ilişkin kriterlerin tespiti ve bu kriterlerin somut olaya uyarlanmasıdır. Bu bağlamda çözümlemesi gereken hukuki problemler şu şekilde özetlenebilir:

1. Deprem sonrası bina göçmesi sebebiyle meydana gelen ölüm ve yaralama neticesinden dolayı dosyada yalnızca otel sahibi ve işleten *T.Bayram* sanık sıfatını haizdir. Otel sahibi ve işletenin fail olarak görülmesi yerinde midir?
2. Sanığın dışında başka kişilerin failliği sorgulandığında, olay kapsamında başka kimlerin failliği tartışılabilir?
3. Birden fazla kişinin sorumlu olması halinde, aralarında iştirak ilişkisi bulunmayan kişilerin cezai sorumluluğu nasıl tespit edilecektir?

4. Hukuki Değerlendirmelerimiz

4.1. Genel Olarak

Afet ya da kazalar sonucu meydana gelen çoklu ölüm ve yaralanmalar, ceza hukukunun doğal ilgi sahasına girmektedir. Bu tür olaylarda, konuları itibarıyla birçok kişi şüpheli pozisyonundadır. Deprem, sel, tsunami gibi olaylar insanlar tarafından önlenemeyecek doğal süreçlerdir¹. Ancak bu türden afetlerin olumsuz sonuçlarının önlenabilir veya etkilerinin azaltılabilir olması, faillerin ceza hukuku sorumluluğunu tartışmayı gerektirir².

Afet ve kazaları önleme, teknik uzmanlık ve teknolojik yeterlilik gerektirir. Bu noktada yetki ve sorumluluk dağılımı yasal düzenlemelerle belirlenmelidir. Yetki ve sorumluluk sınırları açıkça düzenlenmezse iki sorun ortaya çıkar: Birincisi, proje ve yatırımlar daha fazla geliştirilemez, özellikle de ilgili aktörler sorumluluklarını bilmeden harekete geçemezler. İkincisi, operasyon sırasında veya proje bittikten sonra hukuka aykırı bir fiil işlenirse aktörlerin cezai sorumluluğu belirlenemez.

¹ Karşılaşılan afetleri doğal afetler ve insan kaynaklı afetler şeklinde kategorize etmek mümkündür. Bu sınıflandırma, afetler sonucunda meydana gelen ağır neticeler bakımından hukuki sorumluluğun tespiti bakımından da önemli ölçütler barındırır, bkz. Rengier, Rudolf, “*Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen*,” *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars 3.-5. Juli 2012 in Konstanz* içinde (Baden-Baden: Nomos, 2013), 131.

² Literatürde “Afet Ceza Hukuku” gibi genel bir başlıklandırmaya da yer verilmektedir, bkz. Rengier, “*Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen*,” 132.

Yapı ve inşaat faaliyetleri söz konusu olduğunda, inşaat süreçlerinde aktif rol alan veya bu konuda yetkilendirilen kişilerin hukuki sorumluluk alanlarının sınırlandırılması kolay değildir. Konuya birçok mevzuat hükmü dahildir. İnşaat süreci genellikle uzun zaman alır ve karmaşık iş ve işlemlerin takibini gerektirir. Bu süreçte nedensellik bağı, objektif isnadiyet, ihmali davranış, öngörülebilirlik ve beklenebilirlik gibi maddi ceza hukuku kurumları, karşılaşılan sorunların çözümünde başvurulmayı beklemektedir.

Taksirli suçta cezai sorumluluğun tespitinde, öncelikle failin belirlenmesi gerekir. Dolayısıyla sorulması gereken ilk soru, suçtan kimin/kimlerin sorumlu olabileceğidir. Bir inşaat faaliyetinde birden fazla kişi rol üstlenir. Mühendis, mimar, teknik personel, yapı denetçisi, belediye ruhsat yetkilisi, inşaat şirketi, işçi, taşeron gibi kişi ve kurumlar ilk akla gelen sùjelerdir. Örneğin, bir depremde bina çökmesi sonucu birden fazla kişi ölse veya ağır yaralansa, yukarıda anılan ve akla gelen tüm kişiler fail olarak sorumlu tutulabilecek midir? Öncelikle bu sorunun doğru cevaplanması gerekir. Dolayısıyla, ilk aşamada potansiyel failler tespit edilmeli, akabinde suçun yapısına has analize geçilmelidir. Bu yöntem uygulanmadığı takdirde iki önemli sorun ortaya çıkacaktır: Birincisi, cezalandırılması gereken kişiler muhakeme evrelerine dahil edilmeyerek işledikleri eylemler yaptırımsız kalacaktır. İkincisi, tersi bir durum olarak, aslında suçlu olmayan kişinin yargılanması ve belki ceza alması tehlikesidir. Bu iki sorun, dava konusu olayın hukuki çözüm yöntem ve kriterlerinin belirsizliğinden kaynaklanmaktadır.

Dikkat çekilen sorun bilhassa büyük felaketlerden sonra ortaya çıkmaktadır. Bir tren kazasının ya da maden göçüğünün kurbanları bugün hala yargıdaki davaların tarafı konumundadır. Çok sayıda mağdur ve potansiyel failin yanı sıra davayla ilgili ayrıntılar, söz konusu yargılamaların çok uzun sürmesine sebep olmaktadır. Bu durum öncelikle adli yargılama ilkesini ihlal etmektedir. Karşılaşılan olumsuz durum, yargılamanın hemen başında faillerin doğru şekilde sınırlandırılması ve tespit edilmesini daha da önemli hale getirmektedir.

4.2. Depremden Sonra Meydana Gelen Neticeler Bakımından Failin Belirlenmesi

4.2.1. Kişinin Dikkat ve Özen Yükümlülüğü Altında Bulunması

Kamuoyunda *Bayram Otel Davası* olarak anılan ve çalışmamız konu edindiğimiz olay, bugün itibarıyla bakıldığında yaklaşık on iki yıldır derdesttir. Dosyaya konu olayda sanık sıfatı taşıyan kişi, işletme sahibi ve yöneticisi olan *T.Bayram*'dır. Depreme bağlı bina çökmesi neticesinde 24 kişinin öldüğü bir olayda sorumlu olarak tek sanığın yer alması, inşaat ve yapı faaliyetlerinden doğan cezai sorumluluğun muhtemel sınırları düşünüldüğünde, ilk etapta faillğin tespiti noktasında son derece sığ bir değerlendirme yapıldığını göstermektedir.

Fail, tipik hareketi gerçekleştiren kişidir³. Suç fiiline birden fazla kişinin dahil olduğu durumlarda ise fail, fiil üzerinde hakimiyet kuran kişidir (hakimiyet teorisi)⁴. Depreme bağlı meydana gelen bina göçmesi ve göçüğe bağlı oluşan ölüm ve yaralanmalarda, failin öldürme

³ Johannes Wessels, Werner Beulke ve Helmut Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 45. Baskı (Heidelberg: C.F. Müller Yay., 2015) Rn. 741.

⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası (Ankara: Seçkin Yay., 2023) 596; Wessels, Beulke ve Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rn. 745.

eylemine bizzat gerçekleştirmesi söz konusu olmaz. Fakat depremin şiddetine dayanıklılık gösteremeyen yapının inşasında, depreme dayanıklılık bakımından mevzuatta aranan koşulların tatbikinde dikkatsiz ve özensiz davranan kişiler, öldürme eylemine taksirli şekilde sebebiyet vermiş olurlar. Burada sonraki aşamada, taksirin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilir.

Taksir, esas olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranış demektir⁵. Taksirli davranışta; failden beklenen özene aykırılık halinde dikkatsizlik/özensizlik, neticenin meydana gelmesine engel olabilecek tedbirlerin alınmaması halinde ise tedbirsizlik söz konusudur⁶. Kişinin kendisinden beklenen ve yükümlü olduğu dikkat ve özene aykırı davranması halinde meydana gelen neticeden sorumluluğu tartışılır. O halde taksirli sorumluluğun tespitinde ilk olarak; kişinin, dikkatli ve özenli davranması beklenen kategoride yer alıp almadığı analizi gündeme gelir⁷. Mevcut yasal düzenlemeler yahut somut olayın içerdiği koşullar bakımından belirli bir özenle hareket etmek zorunda olmayan kişinin, taksirli suçla ilişkilendirilen fiil bakımından sorumluluğundan bahsedilemez.

Tartışılan taksirli suç fiili bakımından kimlerin sorumlu olduğu meselesi, normatif düzenlemeler ölçüsünde belirlenir. Mesela henüz yeni yürümeye başlayan bir çocuğun düşüp yaralanmasında, çocuk üzerinde gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün kimde olduğu, Medeni Kanun ve sözleşme uyarınca tespit edilir. Buna göre yasal hükümlere göre ebeveynin, çocuğun bir bakıcı denetiminde olması halinde sözleşmeden doğan yükümlülük gereği bakımının taksirli sorumluluğu sorgulanır.

Yapı ve inşaat faaliyetleri sırasında ve sonrasında meydana gelen ve ceza hukukunun ilgi alanına giren neticeler bakımından kimlerin dikkat ve özen yükümlülüğü altında olduğu, yani kimlerin fail olarak görülebileceği, mevzuat hükümlerine göre belirlenir. Keza yapı sahibi ve işleten ile başka kişiler arasında akdedilen sözleşme hükümleri uyarınca üstlenilen sorumluluk da kanunların emredici hükümlerine aykırı düşmedikçe sorumluluğun sınırlarını çizmek bakımından önemlidir. *Bayram Otel* davasındaki süreç ve hukuki yaklaşımı da bu çerçevede değerlendirmemiz gerekir.

4.2.2. Objektif Özen Yükümlülüğünün Normatif Kaynağı

Taksirli suçların haksızlık içeriğini, birbiriyle sıkı bağlantı içinde bulunan üç unsur oluşturmaktadır⁸.

- Objektif olarak emredilen özen yükümlülüğünün ihlali
- Özene aykırı davranışın belli bir neticeye sebebiyet vermesi
- Nedensellik bağı ve neticenin faile objektif isnat edilebilirliği

⁵ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 261; Wessels, Beulke ve Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rn. 939. Taksirin teorik ve pratik düzeyde çekirdeğini oluşturan unsur, dikkat ve özen yükümlülüğüdür, bkz. Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yay. 2023) 491.

⁶ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı (Ankara: Seçkin Yay., 2023), 429.

⁷ Wessels, Beulke ve Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Rn. 939 vd.

⁸ Genel olarak bkz. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 66. Baskı (München: C.H. Beck Yay., 2019) § 16 Rn. 14; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı (Ankara: Adalet Yay., 2023) 201; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 5. Baskı (München: C.H. Beck Yay., 2019) 507.

Çalışmamız, failin tespiti noktasında belirleyici olması bakımından objektif özen yükümlülüğü ile sınırlandırılmıştır.

Kişiden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğünün kaynağını, *hukuk normları* ve *müşterek tecrübe* olarak ikiye ayırmak mümkündür⁹. Dikkat ve özen yükümlülüğü, genellikle failin şahsi kabiliyetlerinden bağımsız biçimde *pozitif hukuk kurallarıyla* belirlenmektedir¹⁰. Dikkat ve özen yükümlülüğünün *diğer kaynağını oluşturan müşterek tecrübe*; toplumun, belirli faaliyetleri yürütenlerden beklediği dikkat ve özen görevini ifade etmektedir¹¹. Bir kişinin taksirli fiilinden söz edildiğinde, pozitif hukukun veya müşterek tecrübenin belirli bir faaliyetin icrasıyla bağlantılı olarak öngördüğü dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiği tespit edilmiş olur¹². Ancak her durumda, hukuki değerden mücerret, soyut bir özen yükümlülüğünün varlığından bahsetmek mümkün değildir¹³.

Kasten işlenen suçta olduğu gibi taksirli suçta da zaman bakımından belirleyici olan an, fiilin işlendiği andır¹⁴.

Taksirli suçun yapısında fiilin haksızlık içeriği objektif özene aykırılığa göre tespit edilirken, subjektif özene aykırılık değerlendirmesi kusurluluk altında analiz edilmelidir¹⁵.

Türk Hukukunda yapı ve inşaat faaliyetlerine bağlı doğan hukuki sorumluluğun tespitinde normatif düzenleme olarak İmar Kanunu, Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği ve Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği öne çıkmaktadır¹⁶. Anılan hukuki düzenlemeler içinde Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği'nin 2017 yılında, Yapı Denetimi Uygulama Yönetmeliği'nin ise 2008 yılında yürürlüğe girdiği hatırlatılmalıdır¹⁷.

İlgili mevzuat hükümlerinde, ruhsat aşaması ve ruhsat sonrası yapı kullanma izni sürecinde rol oynayan idari ve teknik personelin yetkileri belirlenmiştir. Bu noktada, normatif içerikte zikredilen kişilerin sınırsız ve koşulsuz bir sorumluluk sahası içinde olduklarını söylemek doğru değildir. Somut normlar, karşılaşılan hukuki sorunlarda kimin fail, yani muhakeme

⁹ Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı (Ankara: Adalet Yay., 2023) 554; Muhammet Demirel, *Taksirli Suç*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yay., 2024) 176; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 205.

¹⁰ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı (Ankara: Adalet Yay., 2022) 447; Demirel, *Taksirli Suç*, 176; Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, § 16 Rn. 12a; Georg Freund ve Frauke Rostalski, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 3. Baskı (Berlin: Springer Yay., 2020) 177; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 202 vd.; Özgüç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 262; Rengier, "Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen," 134.

¹¹ Demirel, *Taksirli Suç*, 177; Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 492; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 25. Baskı (Ankara: Adalet Yay., 2021) 232.

¹² Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 232; Helmut Frister, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 9. Baskı (München: C.H. Beck Yay., 2020) 167.

¹³ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 445; Freund ve Rostalski, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 177; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 202; Özgüç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 262.

¹⁴ Frister, *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, 170.

¹⁵ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 204 vd.; Murmann, *Grundkurs Strafrecht*, 513; ayrıca bkz. Hans-Heinrich Jescheck ve Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*, 5. Baskı (Berlin: Duncker & Humblot Yay., 1996) 566.

¹⁶ Genel olarak ayrıca bkz. Özgüç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 270 vd.; Oğuz Sancakdar, *İmar Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Seçkin Yay., 2024) 484 vd.

¹⁷ Sancakdar, *İmar Hukuku*, 484 vd.

evreleri açısından kimin şüpheli/sanık olacağını tespit açısından önem taşımaktadır. Bir projenin yapılması, faaliyete geçmesi, kontrolü, mevzuat-proje-yapı uyumunun denetimi safhalarının bazısı ya da her birinde *yapı müteahhidi, şantiye şefi, yüklenici firma, fenni mesul, valilik ya da belediye bünyesinde ruhsat işlemleriyle yetkilendirilen birimin* rolü ve bu role dayalı sorumlulukları gündeme gelir.

Deprem sonucu oluşan ölüm ve yaralama neticesi ile ilişkilendirilen ve nedensel sürece dahil görünen hareket kimin/kimlerin ihmali ya da icrai davranışının ürünüyse fail olarak sorumluluğu tartışılacak kişi de odur. Mesela bina göçmesinin nedeni statik projenin mevzuata aykırılığı ise somut vakada fail olarak ilk sırada konumlandırılacak kişi de mimar ve mühendis olacaktır¹⁸.

Birçok teknik bilgi ve tecrübeyi gerektiren yapı faaliyetinde yapı sahibini, herhangi bir teknik kusur dolayısıyla re'sen sorumlu görmek hem objektif özen yükümlülüğüne hem de taksirli suçta kusurluluk başlığı altında kişisel beklenebilirlik kriterine aykırı olacaktır. Nitekim normatif açıdan İmar Kanunu m. 28'de (fıkra 2 ve 8), yapı faaliyetlerini takip bakımından asıl sorumlunun fenni mesul olduğu belirtilmiş; yapı sahibinin, yapının fenni mesuliyetini üstlenemeyeceği açıkça düzenlenmiştir.

Yapı sahibine hukuken düşen görev, yapı inşa işinin yapım ve denetimini, mevzuatta aranan koşullara uygun biçimde işinde ehil ve yetkin birisine devretmektir¹⁹. Neticeyi doğuran harekete yönelik fiilin bir başkasına terkinde, *yetkinin devredildiği kişinin olay kapsamında yetkili ve ehil olması* gerekir. Yetkilendirme ve sorumluluk tevcihi, yürütülen faaliyetin gerektirdiği donanımına sahip olan, mevzuatın aradığı yetkinlik şartlarını haiz olan kişilerin seçimini gerektirmektedir. Yürütülecek faaliyet bakımından sorumluluk yüklenen kişinin ilgili iş için yetkin olup olmadığı, görevi tevdi eden kişi ya da makamın araştırma yükümlülüğüne dahildir²⁰.

5. Sonuç

Dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan taksirli sorumlulukta haksızlık içeriğin kapsam ve sınırları, objektif özen yükümlülüğü ile belirlenir. Objektif özen yükümlülüğünün ana kaynağı ise failin yöneldiği fiille ilişkilendirilen normatif düzenlemelerdir. Başka deyişle, objektif özen yükümlülüğünün somutlaşmış hukuki sınırları bulunmalıdır.

¹⁸ Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 270.

¹⁹ Demirel, *Taksirli Suç*, 338; Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 270. Bu sorumluluk, pek tabii yetkili idari makamlar için de geçerlidir, bkz. Rengier, "Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen," 133.

²⁰ "Olay tarihinde sanığın yönetim kurulu üyesi olduğu Ç... Anonim Şirketinin Gemerek ilçesinde bulunan ve şirketin fabrikalarından biri olan tuğla fabrikasında işçi olarak çalışan katılanın, elini kasnağa kapatarak nitelikli şekilde yaralandığı olayda, sanık müdafii tarafından sunulan bilgi ve belgelere göre olayın gerçekleştiği fabrikaya sorumlu işletme müdürü olarak F... isimli şahsın 25/05/2007 tarihinde yönetim kurulu kararı ile atandığı, sanığın şirketine ait başkaca fabrikaların bulunduğu ve her bir fabrikaya sorumlu müdür atandığı, olayın meydana geldiği fabrikanın idare ve sorumluluğun F... ye ait olduğunun anlaşıldığı, ancak mevcut dosya kapsamından F... nin mesleki yeterliliği ve sorumluluğu hakkında inceleme yapılamadığı, bu kapsamda öncelikli olarak mahkemece F... hakkında yapılan suç duyurusu gereği dava açılıp açılmadığının araştırılarak, açılmış bir davanın bulunması halinde incelemeye esas dosya ile birleştirilerek, tüm delillerin birlikte değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile sanığın mahkumiyetine karar verilmesi...", Yarg. 12. CD, 08.11.2017, 2017/8583 K.; değerlendirmeler bakımından aynı yönde bkz. Yarg. 9. CD, 13.7.2009, 2009/8387 K.

Objektif özen yükümlülüğü, taksirli ceza sorumluluğunu gerektiren fiilde failin tespiti bakımından da önem taşır. Esasen, objektif özen yükümlülüğü tahlilinin doğal sonucu olarak, taksirli suça ilişkin çözümlemede ilk ayağın fail tespiti olduğunu söylemek, yanlış olmayacaktır.

Hakim, taksirli suç isnadının yer aldığı bir olayı çözümlerken, öncelikle kişiden beklenen objektif özen yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını tespit etmeli, bu doğrultuda cezai sorumluluğu tartışılacak olan kişileri belirlemelidir. Muhakeme evreleri bakımından bu tahlil, pekâlâ soruşturma evresinde şüphelilerin tespiti bakımından Cumhuriyet savcısına da düşen bir görevdir.

Yapı ve inşaa faaliyetleriyle ilgili mevzuat hükümleri değerlendirildiğinde; *yapı sahibinin yanı sıra yapı müteahhidi, şantiye şefi, yüklenici firma, fenni mesul, valilik ya da belediye bünyesinde ruhsat işlemleriyle yetkilendirilen birimin* ceza sorumluluğunun potansiyel muhatabı oldukları görülmektedir. Esasen teknik bilgi ve donanım gerektiren yapı ve inşaa işlerinde, sorumluluğun asıl yüklenicisi olarak yapı sahibini görmek doğru değildir. Üstelik yapı sahibinin, süreçteki ana sorumlulardan biri konumunda olan fenni mesulün yetki ve sorumluluğunu üstlenemeyeceği İmar Kanununda açıkça zikredilmiştir. Böyleyken, yapı sahibinden asıl beklenen özenli davranış, yapı ve inşaa faaliyetinin yürütülmesinde, mevzuatta belirlenen koşulları haiz, alanında yetkin ve ehil birisini görevlendirmektir. Prensip olarak yapı sahibi, bu sorumluluğu layıkıyla yerine getirmediği takdirde sorumlu olacaktır.

Çalışmamıza konu edindiğimiz *Bayram Otel* davasında, kovuşturma evresinde cezaya müstahak olan kişinin yapı sahibi olduğu görülmektedir. Otelin, asıl büyük depremden sonra meydana gelen ikinci büyük depremde yıkılmış olması, yalnızca yapı sahibini sanık olarak değerlendirmek bakımından tek başına yeterli olmamalıdır²¹.

Bayram Otel davasında yürütülen soruşturma sonucunda sadece yapı sahibi ve işleten hakkında dava açılmış, ilgili dosyada diğer şüpheliler için kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiştir. Oysa bilirkişi raporları ve mahkeme içtihatlarında belirtildiği üzere, bina ruhsatsız şekilde inşaa edilmiştir. Nitekim kararlarda yer alan “*Van İlinin 1. derece deprem bölgesi olmasına rağmen statik projesi, statik hesap raporu ve zemin raporu olmaksızın, 1964 yılında konut olarak, inşaat tekniğine ve mevzuatına aykırı şekilde, 2011 yılında ölmüş bulunan babası M.S.Bayram tarafından inşaa ettirilen, 1969 yılından itibaren otel olarak işletilen bodrum, 5 normal kat ve üstü çelik konstrüksiyon çatı sistemi kapatılmış bulunan kaçak teras kattan oluşan otel binasını, söz konusu eksikliklerini bilmesine rağmen 1975, 1998 ve 2007 tarihli Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yetkisi ve olanağı bulunmasına rağmen güçlendirmedeği..*” şeklindeki tespitler, bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Ruhsatsız yapıların ara dönemlerdeki idari düzenlemeler uyarınca, güncel mevzuata uygun hale getirilmesi, yani güçlendirme çalışmalarının yapılması gerekir. Şayet mevcut yapının güncel mevzuata uygunluğunun güçlendirme metotlarıyla da sağlanması olanaksızsa, artık yapının yıkılması safhasına geçilir. Oysa olayda, eski bir yapının, normatif düzenlemelere aykırı biçimde varlığını devam ettirdiği, üstelik otel olarak kullanıldığı

²¹ Ayrıca bkz. Demirel, *Taksirli Suç*, 740 vd.

görülmektedir. İdarenin yapacağı basit bir teknik analiz ve değerlendirmeye ulaşılabilen bu bilgiler, yapı ruhsatı, iskan belgesi ve işletme ruhsatı düzenlemekle yetkili olan kişilerin de objektif özen yükümlülüğü bakımından sorumlu olduklarını ortaya koymaktadır.

Tartışılması gereken diğer bir husus, ilk depremden sonra verilen raporları düzenleyen, teknik bilgiye sahip meslek erbabı kişilerin sorumluluğu hakkındadır. Bu bağlamda, mahkeme kararlarında yer verilen şu kısım önemlidir: *“İlk deprem sonrası hasar tespiti için Van Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığı’na başvurduğuna ilişkin savunması, bu savunmanın tanık beyanları ve bu arada Afad şube müdürü tanık A.Gözmen’in beyanı ile desteklenmesi, Albaraka Türk Katılım Bankası tarafından 23.10.2011 tarihli deprem sonrası Van şubesi ile sınırlı olarak, Yargıcı İnşaat Tic. ve San. Ltd. Sti’ne, Bayram Otel altındaki Van şubesinin durumunun genel bir değerlendirmesi sonucu verilen 25.10.2011 tarihli raporun sonuç kısmında iskan edilebilir şeklindeki tespit ve bu raporu hazırlayan makine mühendisi tanık I.S.Yargıcı’nın duruşmada binaya girilebilir olduğunu ancak küçük bir risk olduğunu ifade etmesi, otelin sigortasını yapmış olan Axa Sigorta A.Ş. eksperleri tarafından düzenlenen 01.11.2011 tarihli Deprem Ekspertiz Raporu’nda; ilk deprem sonrası binada sadece boya, dış cephe ve zemin seramik hasarları için 10.520 TL tazminat ödemesi yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmış olması, ilk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri, ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kuruluşu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları...”* Bir kere, ilgili raporlar gerçekten mevzuatın aradığı koşulları taşıyorsa; bina sahibi açısından sadece taksirin türü bakımından değil, objektif isnadiyet çerçevesinde de bir hukuki değerlendirme yapmak gerekir. Detayları başlıca bir çalışma konusu oluşturacak bu konuda, bütüncül bir değerlendirme kapsamında, eklenen taksirli davranışın önceki taksirli davranış bakımından isnat edilebilirliği engelleyemeyeceğini söylemekle yetiniyoruz²². Şayet raporlar hatalı ise bu kez ilk depremin üzerine eklenen ve objektif özen yükümlülüğüne aykırı yeni bir kusurlu davranış devreye girmektedir. Bu durumda, objektif özen yükümlülüğünü ihlal eden Afad yetkilileri ile binanın zemin katındaki banka hakkında iskan edilebilir raporu düzenleyen inşaat firması yetkililerinin de sorumluluk kapsamına alınması icap eder. Ancak yıkılan Bayram Oteli ile ilgili olarak, burada andığımız kişiler hakkında ek bir soruşturma ya da yeni bir davaya rastlanılmamıştır. Objektif özen yükümlülüğü dairesinde yer alan yetkili kişiler hakkında bir adım atılmamış olması, hukuken önemli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Alıntıladığımız değerlendirme kısmında sigorta şirketiyle ilgili kısmın ise deprem bakımından başlıca bir objektif özen yükümlülüğü dairesine dahil edilmesi söz konusu olamaz. Çünkü şirketin tespiti, ilk depremin ortaya çıkardığı somut zararla sınırlıdır. Sigorta şirketinin, mevcut yapının iskan durumunu değerlendirmek gibi, mevzuata dayanan bir yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla şirketin olay yerinde yaptığı tespitin, sanık ve diğer kişilerin cezai sorumluluğu üzerinde bir etkisinin olmadığı söylenmelidir.

Kararda anılan kısımda yer verilen *“ilk deprem sonrası Van Valisi ile diğer yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem*

²² Bu konudaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. Demirel, *Taksirli Suç*, 741 vd.

beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri, ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kurulusu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları” şeklindeki tespit, Van valisi ve diğer kamu görevlilerinin sorumluluğu da tartışmaya açılabilir. Ancak yapılan açıklamalar yönüyle, kamu otoritesini temsil eden kişilerin vatandaşları hasarlı binalara yönlendirme gibi bir söylemlerinin bulunmadığı ve ayrıca doğal afetin tekrar edip etmeyeceği konusunda yapılan açıklamaların, hasarlı binaları güvenliği hale getirmesi gibi bir etki ve sonucu olmadığı açıktır²³. Bu nedenle, ilk deprem sonrası yapılan açıklamalar itibarıyla il valisi ve diğer yetkili kamu görevlilerinin sorumlu olduklarını söylemek mümkün değildir. Fakat objektif özen yükümlülüğü bakımından sorunlu görünen husus “*ilk deprem nedeniyle yurt içinden ve yurt dışından gelen yardım kurulusu görevlileri ile gazetecilerin ve bu arada bir kısım kamu görevlilerinin güvenli buldukları için Bayram Otelde kalmaları*” yönündeki bilgidir. Van depremi sonrasında yurt içi ve yurt dışından birçok kişi seferber olmuştur. Yardım amacıyla ve kamu görevlileriyle irtibatlı biçimde şehre gelen kişilerin yine yetkili kişilerce Bayram Otel’e intikalleri sağlanmışsa, bu noktada sorumluluk alanına ayrı bir pencere açmak gerekir²⁴. Çünkü *Bayram Otel* bir turizm işletmesidir. Dolayısıyla bu yapı kişiye ait olsa bile, yapı dolayısıyla bir kamu hizmeti üstlenmektedir. Haliyle eski, ruhsatı olmayan, üstelik yapıldıktan sonra hukuka aykırı biçimde eklemeler yapılan bir binayı, tüm bölgeyi etkileyen bir deprem sonrası detaylı bir test ve incelemeden geçirmeden, işletme ruhsatının ve iskanın muhafaza edilmesine müsamaha göstermek, bu durumu bilerek kişileri otele yönlendirmek, çok açık biçimde objektif özen yükümlülüğünü ihlal etmektedir. Olayla ilgili bu değerlendirmelerin yapılmaması, hukuken önemli eksikliklerdir²⁵.

Birden fazla kişi tarafından işlenen taksirli suçlarda atılması gereken ilk adım, objektif özen yükümlülüğünün sınırlarının doğru biçimde çizilmesidir. Bu dairede yer alan kişileri belirledikten sonra, eklenen taksirli davranışların objektif isnadiyete etkisi irdelenmeli, nihayet kişisel beklenebilirlik üzerinden kusurluluk değerlendirmesi yapılmalıdır. Kişinin objektif özen yükümlülüğü sahasına dahil edilmesi, tek başına cezai sorumluluk için yeterli değildir. Ancak objektif özen yükümlülüğünün doğru şekilde tespit edilmemesi, sonraki adımları da bir nevi boşa çıkarmaktadır. Meselenin bu adımlar takip edilmeden çözümlenmesi halinde hem objektif özen yükümlülüğü altındaki kişilerin sorumluluk dışı kalması tehlikesi doğabilecek hem de taksirli suç dogmatığı içinde birden fazla kişinin taksirli davranışında sorumluluk tevcihi bakımından yanlış sonuca varılması muhtemel olacaktır. Sonuç olarak vurgulamak gerekir ki; objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın somut çerçevesinin yanlış çizilmesi, adeta “gömleğin ilk düğmesinin yanlış iliklenmesi” etkisi gösterir.

²³ Aynı yönde Demirel, *Taksirli Suç*, 743.

²⁴ Ayrıca bkz. Demirel, *Taksirli Suç*, 749.

²⁵ Valiliğin açıklamalarının otel işletmecisinin ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisi, ayrıca “güven ilkesi” kapsamında değerlendirmelidir, bkz. Demirel, *Taksirli Suç*, 744 vd. (748).

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 18. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Demirel, Muhammet. *Taksirli Suç*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Dülger, Murat Volkan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Fischer, Thomas. *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*. 66. Baskı. München: C.H. Beck, 2019.
- Freund, Georg ve Frauke Rostalski. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 3. Baskı. Berlin: Springer, 2020.
- Frister, Helmut. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 9. Baskı. München: C.H. Beck, 2020.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 25. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- Jescheck, Hans-Heinrich ve Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil*. 5. Baskı. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 16. Baskı. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Murmann, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*. 5. Baskı. München: C.H. Beck, 2019.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 19. Bası. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Rengier, Rudolf. "Die Rolle des Strafrechts bei Katastrophen." In *Die Rolle des Rechts bei der Bewältigung von Katastrophen: Vorträge des 5. Trilateralen deutsch-japanisch-koreanischen Seminars 3.-5. Juli 2012 in Konstanz*, 131-140. Baden-Baden: Nomos, 2013.
- Sancakdar, Oğuz. *İmar Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Wessels, Johannes, Werner Beulke ve Helmut Satzger. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 45. Baskı. Heidelberg: C.F. Müller, 2015.

Yazar Hakkında / About the Author

**Doç. Dr. M. Emre TULAY | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
emre_tulay[at]hotmail.com | ORCID: 0000-0002-7828-8302**

Doç. Dr. M. Emre Tulay, 2005 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans, 2013 yılında Almanya Bochum Ruhr Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde "*Zeitlicher Geltungsbereich von Strafrechtsnormen-Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması*" konulu çalışmasıyla yüksek lisans (LL.M.), aynı fakültede 2017 yılında "*Kriminelle Vereinigungen im deutschen Strafrecht im Vergleich zum türkischen Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik-İştirak Kurumunun Özel Görünümü Altında Alman ve Türk Ceza Hukukunda Suç Örgütleri*" adlı çalışmasıyla doktora eğitimini tamamlamıştır. Dr. Tulay, doçentlik takdim tezi olarak kaleme aldığı "Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata (*error in persona vel obiecto*)" adlı eserle 2023 yılında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku bilim alanında doçent unvanı almaya hak kazanmıştır. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi olan yazarın, çoğunluğu suç teorisiyle ilgili olmak üzere çok sayıda makale, bildirisi ve kitabı bulunmaktadır.

**Assoc. Prof. Dr. M. Emre TULAY | Ankara Hacı Bayram Veli University |
emre_tulay[at]hotmail.com | ORCID: 0000-0002-7828-8302**

Assoc. Prof. Dr. M. Emre Tulay completed his BA degree at Ankara University, Faculty of Law in 2005, his MA degree (LL.M.) at Ruhr University, Bochum, Germany, with his thesis titled "*Zeitlicher Geltungsbereich von Criminal Law Rules-Application of Criminal Law Rules with Respect to Time*" in 2013, and his PhD degree at the same faculty in 2017 with his thesis titled "*Kriminelle Vereinigungen im deutschen Criminal Law im Vergleich zum türkischen Criminal Law unter besonderer Berücksichtigung der Beteiligungsdogmatik-Criminal Organizations in German and Turkish Criminal Law under the Special Aspect of the Institution of Participation*". Dr. Tulay earned the title of associate professor in Criminal and Criminal Procedure Law in 2023 with his thesis titled "Error in Persona or Subject in Criminal Law" (Error in Persona and Obiecto). A faculty member in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, the author has authored numerous articles, papers, and books, most of which are related to crime theory.

TÜRK HUKUKUNDA TAKSİRLİ SUÇ: ALMAN HUKUKUNDAKİ GELİŞME IŞIĞINDA KARŞILAŞTIRMALI BİR BAKIŞ¹

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL
İstanbul Üniversitesi

Özet

Hem Türk Ceza Kanunu'nda hem de Alman Ceza Kanunu'nda istisnai olarak cezalandırılan taksirli suçların temeli, hakim görüşe göre özen yükümlülüğünün ihlalidir. Burada özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği noktasında belirleyici unsurun ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda taksir düzenlemesinin madde gerekçesine göre bunun için failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir. Bu ifadelerle göre ortalama bir kişi olarak ölçüt figür esas alınır ve bu suretle somut olayda özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediği belirlenir. Bu noktada failin kişisel anlamda yetersizlik durumu kusurda ele alınır. Böylelikle “çifte özen anlayışı” kapsamında taksirli suçun tipiklik alanında objektif özene aykırılık, kusur alanında ise sübjektif özene aykırılık şeklinde bir inceleme yapılır ve failin yetenekleri hiçbir şekilde dikkate alınmaz. Esasında Türk Ceza Kanunu'nda benimsenen bu prensip, öğretide mevcut olan görüşlerden biridir ve “geleneksel çifte özen anlayışı” olarak nitelendirilebilir. Zira Alman öğretisinde iki görüş daha ileri sürülmektedir: Biri geleneksel çifte özen anlayışının modernize edilmesi suretiyle oluşturulmuş çifte özen anlayışı, diğeri failin bireysel anlamda yeteneklerinin ya da yetersizliklerinin dikkate alındığı bireyselleştirilmiş özen anlayışıdır. Bu görüşlerden hangisinin benimsendiği yönündeki soru, taksirli suçun yapısında sistematik anlamda bir değişikliğe neden olacaktır. Dolayısıyla taksirli suçun sistematik yapısı için öncelikle bu sorunun yanıt bulması gerekmektedir. Bu çalışma genel olarak ve Türk hukukunda bu sorun üzerine yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Taksir, Taksirli Suç, Özen Yükümlülüğünün İhlali, Çifte Özen Anlayışı, Bireyselleştirilmiş Özen Anlayışı

¹ Bu makale, yazarın “Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu” başlıklı doçentlik çalışmasından üretilmiştir. Makalenin yazım süreci, Berlin Humboldt Üniversitesi'nde, Prof. Dr. Martin Heger'in yönetiminde gerçekleştirilen bir araştırma kapsamında gerçekleştirilmiş olup eser, TÜBİTAK (Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu) doktora sonrası araştırma projesi kapsamında desteklenmiştir. Bu kapsamda yazar, TÜBİTAK'a teşekkür eder. Ayrıca yazar, bu esere yönelik destekleri ve kıymetli yorumları için özellikle Prof. Dr. Martin Heger'e ve Prof. Dr. Luís Greco'ya teşekkür eder.”

NEGLIGENCE OFFENSE IN TURKISH LAW: A COMPARATIVE PERSPECTIVE IN THE CONTEXT OF ITS DEVELOPMENT IN GERMAN LAW

Assoc. Prof. Dr. Muhammed DEMİREL
Istanbul University

Abstract

According to the prevailing view, the basis of the exceptionally punishable negligence offenses under both the Turkish Penal Code and the German Penal Code is the breach of the duty of care. This raises the question of what the decisive criterion is for determining whether the duty of care has been breached. The reasoning behind the provision governing negligence in the Turkish Penal Code adopts an objective approach, disregarding the offender's personal abilities. In line with this reasoning, the standard of a hypothetical average person is applied to determine whether the duty of care has been breached in the specific case. At this point, the offender's personal incapacity is considered under the culpability. Thus, under the framework of the "dual diligence theory (two-tiered concept)", a negligent offense is examined as a breach of objective diligence in terms of the objective and subjective elements of the offense and as a breach of subjective diligence under the element of culpability, while the offender's superior skills are not considered at all. This principle, which has been adopted by the Turkish Penal Code, is one of the established theories in legal scholarship and can be referred to as the "traditional dual diligence theory." In German doctrine, two additional theories are advocated: first, the modernized dual diligence theory, which is a development of the traditional theory; and second, the individualized diligence theory, which considers the personal (in)abilities of the offender. The adoption of any of these views would lead to a structural change in the systematics of negligence offenses. Therefore, to clarify the systematic structure of negligence offenses, this question must first be answered. This study has been conducted on this subject both generally and specifically with respect to Turkish law.

Keywords

Negligence, Negligence Offense, Breach of Duty of Care, Dual Diligence Theory, Individualized Diligence Theory

1. Genel Olarak

Özellikle hayat ve beden bütünlüğü gibi belirli hukuki değerlerin ihlal edilme tehlikesini beraberinde getiren günlük hayatın birçok alanında teknik gelişmeler söz konusudur.² Bunun sonucunda taksirle işlenen suçların sayısı artmıştır.³ Bu nedenle yakın zamana kadar ihmal edilen taksir;⁴ günümüzde büyük önem kazanmıştır.⁵ Bu durum, öğretide teorik anlamda uzun süre “üvey evlat” muamelesi gören taksirin,⁶ aniden “en gözde evlat” haline geldiği şeklinde ifade edilmektedir.⁷ Buna rağmen Alman öğretisinde “bilinmeyen yapı” olarak görülen taksirin yapı ve sistematığı konusunda tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.⁸ Bu husus, taksirli suçlar üzerine bir çalışma yapmayı oldukça zorlaştırmaktadır.⁹ Bu bağlamda, literatürde taksirin hangi koşullar altında cezalandırılması gerektiği ve taksirin unsurlarının neler olduğu konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu farklı bakış açılarına dayanarak bu makalede Türk ve Alman hukukunda taksir, karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bu bağlamda taksirli suçun temel kavramlarına ve unsurlarına değineceğiz ve bunun cezalandırılıp cezalandırılmaması gerektiği sorusunu inceleyeceğiz.

- ² Hans-Heinrich Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht* (Freiburg im Breisgau: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1965), 5; Bernd Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, *Juristische Arbeitsblätter* (1975): 435; Reinhart Maurach and et. al., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (München: C.F. Müller, 2014), § 43 kn. 45; § 44 kn. 17; Susanne Beck, “Fahrlässigkeit”, *Handbuch des Strafrechts, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2* (Heidelberg: C. F. Müller, 2020), § 36 kn. 3.
- ³ Volker Krey and Robert Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer, 2022), kn. 1338; Fritjof Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C. H. Beck, 2004), 162; Georg Freund and Frauke Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin: Springer, 2019), § 5 kn. 8; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2024), 185; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2024), kn. 821. Gerçekten Welzel, *Engisch'in taksir üzerine yaptığı çalışmasından* (Karl Engisch, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht* (Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1964), 476) otuz yıl sonra radikal değişiklikler olduğunu ve sadece Almanya'da 1957 yılında taksirli suçların 102.000 mahkeme kararıyla tüm suçların en yüksek sayısına ulaştığını, özellikle trafik ihlallerinde bunun belirgin olduğunu belirtmiştir (Hans Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1961), 5). Benzer yönde görüş için bakınız Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 4.
- ⁴ Joachim Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, *Juristische Ausbildung*, (2000): 267.
- ⁵ Friedrich-Christian Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, *Juristen Zeitung*, (1989): 776; Walter Gropp and Arndt Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin: Springer, 2020), § 12 kn. 5; Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 267; Koca ve Üzülmaz, *Ceza Genel*, 185, 186.
- ⁶ Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung, Band IV* (Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919), 310, 311; Gottfried Boldt, “Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, (1956): 335; Hans-Joachim Rudolphi, “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”, *Juristische Schulung*, (1969): 549.
- ⁷ Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 435; Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 162, 163; Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 3.
- ⁸ Thomas Weigend, “Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat”, *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2002* (Tübingen: 2002), 129; Johannes Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, *Juristische Schulung*, (2012): 16; Koca ve Üzülmaz, *Ceza Genel*, 186, 187.
- ⁹ Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, 16.

2. Taksirli Suçun Esasları

2.1. Bir Haksızlık Şekli Olarak Taksirli Suç

Alman literatüründe savaş sonrası döneme kadar yaygın şekilde kabul edilen¹⁰ klasik öğretide¹¹ hareket, dış dünyadaki değişiklik (netice) ve nedensellik, tipiklik alanına aittir. Bu anlayışla suçun objektif ve sübjektif unsurları arasında kesin bir ayırım yapılmıştır.¹² Fiilin objektif yönü, tipe uygunluk ve hukuka aykırılığa karşılık gelirken sübjektif yönü kusura karşılık gelmektedir.¹³ Böylelikle öğretide “psikolojik kusur kavramı” kabul edilmiştir.¹⁴ Kast ve taksir, kusur şekli ve kusur türü olarak nitelendirilmiştir.¹⁵

Taksirli suçun unsuru, bu anlamda sadece hareketin, neticenin ve nedenselliğin gerçekleşmesini ifade eder. Buna göre objektif özen yükümlülüğünün ihlali, kusurun normatif bir unsuru olarak kabul edilir.¹⁶ Bu, kasıtlı ve taksirli suçların yalnızca kusurda birbirinden ayrılabilirlikleri yönündeki düşünceye dayanmaktadır.¹⁷ Kasıtlı ve taksirli suçların salt kusur şekli olarak ifade edildiği bu anlayış, 2005 yılında yeni bir kanunun

¹⁰ Franz von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlin: J. Guttentag, 1894), § 27 II, III; Max Ernst Mayer, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht* (Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901), 18, 20, 22; Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem* (Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1904), 98, 99; Ernst Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, (Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1906), 9, 11, 42, 43; Karl Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung, Band II* (Leipzig: Verlag von Felix Mainer, 1914), 82 vd.; Robert von Hippel, *Deutsches Strafrecht, Das Verbrechen Allgemeine Lehren, Band II* (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930), 366; Robert von Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts* (Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932), 90, 93; Adolf Schönke and Horst Schröder, *Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C. H. Beck, 1974), § 59 kn. 144; Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975), 10/77. Gerçekten Prusya Ceza Kanunu’nda özellikle “kast” ve “taksir” ifadelerinin kusur şekli olarak kullanıldığına dikkat çekilmiştir (Felix Bruck, *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht* (Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner, 1885), § 7, 22).

¹¹ Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 437, 512; Claus Roxin and Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I* (München: C.H. Beck, 2020), § 24 kn. 3.

¹² Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, (Berlin: Duncker&Humblot, 1996), § 22 II 1.

¹³ v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 126.

¹⁴ M. E. Mayer, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 140; v. Hippel, *Deutsches Strafrecht, Das Verbrechen Allgemeine Lehren*, 364, 373.

¹⁵ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 46; v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 127; v. Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, §§ 40, 41; Franz von Liszt and Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927), § 41 I; Binding, *Die Normen und Ihre Übertretung, Band II*, 326; Max Ernst Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts* (Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915), 251; Max Ernst Mayer, *Die schuldhaftige Handlung und ihre Arten im Strafrecht*, 139; Edmund Mezger, *Strafrecht Lehrbuch* (Berlin: Verlag von Duncker&Humblot, 1949), 349; Edmund Mezger, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 1, 8. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1957, § 59 III; Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10/77.

¹⁶ v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 143; M. E. Mayer, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*, 251, 257; Mezger, *Strafrecht Lehrbuch*, 349, 363.

¹⁷ Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 10/77.

yürürlüğe girmesine kadar Türk öğretisinde de büyük ölçüde kabul edilmiştir.¹⁸ Bu görüş, bazı yazarlar tarafından hâlâ savunulmaktadır.¹⁹

Savaş sonrası dönemde Alman öğretisi, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin kusur alanına değil, tipe uygunluk alanına ait olduğu anlayışını benimsemiştir. Bu nedenle taksir esas itibarıyla bir haksızlık şeklidir. Kuşkusuz ki bu hususta günümüzde Türk öğretisinde de hâkim görüş olan final hareket öğretisi önemli bir rol oynamıştır. Yeni kanunla birlikte Türk öğretisinde hâkim olan görüşe göre hem kast hem de taksir birer haksızlık şekli olarak kabul edilmektedir.²⁰

Kuşkusuz ki taksirin kusur kısmı, taksirin çifte bir yapıyı haiz olduğu anlamına gelecek şekilde - kısmen de olsa - korunmuştur. Esasen bir haksızlık şekli olan ve kısmen kusurda muhafaza edilen taksirin bu çifte yapısı Türk kanununda da açıkça görünmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlığı altında taksir şu şekilde tanımlanmaktadır:

"Madde 22

(1) **Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.**

(2) **Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.**

¹⁸ Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953), 323; Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II* (İstanbul: Beta, 1997), 244; Kayıhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967), 22; Turhan Tufan Yüce, *Ceza Hukuku Dersleri, C.1* (Manisa: Şafak Basım, 1982), 336; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975), 158; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), 298; Kayıhan İçel vd. *Suç Teorisi* (İstanbul: Beta, 2004), 247; Silvia Tellenbach, *Einführung in das türkische Strafrecht* (Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, 2003), 32. Eski Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde bir yazar, taksiri kusur türü olarak kabul etmemiştir. Gerçekten Önder, taksiri kusur türü olarak görmenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bakınız Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*, 299, 300. Ancak 2003 Hükümet Tasarısında taksir düzenlemesinin gerekçesinde şu ifadeler yer almaktaydı: "Maddede cürümlerde istisnai bir kusurluluk şekli olan taksir tanımlanmış..."

¹⁹ Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2023), 458; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2023), 417; Nur Centel vd. *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta, 2023), 384; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: US-A Yay., 2022), 281; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (Ankara: Savaş, 2023), 233; Tuğçe Hacıfazlıoğlu, "Taksirin Unsurları", *Fasikül Dergisi*, 101 (Nisan 2018): 11; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin, 2022), 450; Serap Kaygusuz, *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları* (Ankara: Adalet, 2019), 21. Gökcan ve Artuç, taksiri genel olarak bir haksızlık şekli olarak kabul etmiş olmalarına rağmen çalışmalarının bazı kısımlarında bunun bir kusur şekli olduğunu kabul etmişlerdir (Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 1* (Ankara: Adalet, 2021), 416).

²⁰ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2024), 259; İzzet Özgenç, "Bilinçli Taksir", *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* (İstanbul: 2004), 713; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Genel*, 190; M. Emin Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2023), 455; Ahmet Gökcan, "Taksirle Yaralama Suçu (TCK m. 89)", *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* içinde, editör Mahmut Koca (Ankara: Seçkin, 2020), 353; Fatih Selami Mahmutoğlu ve Serra Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi* (İstanbul: Beta, 2021), 332; Veli Özer Özbek vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin, 2023), 496; Öztürk ve Erdem, *Ceza Hukuku*, kn. 824; Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2024), 552; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta, 2021), 341; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2024), 242; Neslihan Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi* (Ankara: Seçkin, 2016), 30; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, "Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler", *Adalet Dergisi*, 64 (Temmuz 2020): 241; Mustafa Özen, *Ceza Hukukunda Taksir* (Ankara: Adalet, 2011), 58; Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 54; Melik Kartal, "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, 44 (Aralık 2020), 929.

(3) Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır.

(4) Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir.

(5) Birden fazla kişinin taksirle işlediği suçlarda, herkes kendi kusurundan dolayı sorumlu olur. Her failin cezası kusuruna göre ayrı ayrı belirlenir.”²¹

Madde 22’de (fıkra 1) yer alan “taksirle işlenen fiiller” ifadesiyle taksirin bir kusur şekli değil, bilakis bir haksızlık şekli olduğu anlaşılabılır.²² Ayrıca Türk Ceza Kanunu’ndaki yasak hatasına ilişkin hükümde (md. 30/4²³) “kasıtlı hareket etmemiştir” ifadesi yerine “cezalandırılmaz” ifadesinin kullanılması da kast ve taksirin kusurdan ayrıldığını ve bir haksızlık şekli olarak kabul edildiğini göstermektedir.²⁴ Bu bağlamda failin suç bakımından kast ve taksirinin bulunmaması nedeniyle beraat edeceği yönündeki Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223/2-c hükmü de değerlendirilmelidir. Bununla birlikte taksir hükmünde, taksirle işlenen suçun cezasının failin kusuruna göre belirleneceği ve cezanın belirlenmesine ilişkin aşağıdaki hükmün (TCK 61) taksirin kusur yönünü gösterdiği tespit edilebilir:²⁵

“Cezanın Belirlenmesi

Madde 61: (1) Hakim, somut olayda;

...

f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.”²⁶

Tüm bu bilgiler göz önünde bulundurulduğunda günümüzde taksirin tipiklik alanında özel bir haksızlık şekli ve bunun yanında çifte bir fonksiyon görecektir şekilde kusur kapsamında konumlandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Ancak bu durum, Türk mahkeme kararlarında tam olarak kabul görmemektedir.²⁷ Yeni Türk Ceza Kanunu’nun (2005) yürürlüğe girmesinden bu yana 19 yıl geçmesine rağmen Yargıtay kararlarında bu konuda hala kesin bir birliktelik bulunmamaktadır. Taksir, bazı kararlarda bir haksızlık şekli olarak kabul edilirken²⁸ az sayıda mahkeme kararında hala bir kusur şekli olarak ele alınmaktadır.²⁹

²¹ Benzer bir çeviri için bakınız Silvia Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch Türk Ceza Kanunu* (Berlin: Duncker&Humblot, 2008).

²² Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 929.

²³ “İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz.”

²⁴ Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 30.

²⁵ Koca ve Üzülmüş, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 243; Gökcan ve Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, 414, dn. 3; Göktürk, *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, 30.

²⁶ Benzer yönde çeviri için bakınız Tellenbach, *Das türkische Strafgesetzbuch*.

²⁷ Koca ve Üzülmüş, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 242.

²⁸ Bu karar için bakınız Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15.07.2008, Esas 2008/3-174, Karar 2008/191.

²⁹ Koca ve Üzülmüş, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 242; Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 943. Bu karar için bakınız Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 26.05.2021, Esas 2020/7422, Karar 2021/4276. Ayrıca bakınız Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 22.02.2021, Esas 2021/1728, Karar 2021/1819; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 11.02.2021, Esas 2019/3781, Karar 2021/1415; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 03.02.2021, Esas 2019/10744, Karar 2021/1053.

2.2. “Özen Yükümlülüğünün İhlali” Olarak Taksir

Türk Ceza Kanunu’nda taksirin tanımına ilişkin açık bir düzenleme bulunabilirken (TCK madde 22 fıkra 2) Alman Ceza Kanunu’nda böyle bir durum söz konusu değildir. Türk Ceza Kanunu’nda taksirin tanımı şu şekildedir: “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*” Dolayısıyla Türk öğretisinde taksirin tanımı ve gerekçelendirilmesi, sadece TCK madde 22 fıkra 2 hükmüne dayanırken Alman öğretisi, Alman Medeni Kanunu § 276 hükmünde yer alan “*trafikte gerekli özen*” şeklindeki genel formülasyondan hareket etmektedir.

Taksirin temeli, özellikle 20. yüzyılın başında Alman öğretisinde önemli bir sorun olmuş ve özel bir konuma sahip olmuştur. Bunun temel nedeni, belirtildiği üzere kanunda taksirin açık ve somut bir tanımının bulunmamasıdır. Açık bir düzenlemenin yokluğu karşısında Alman ceza hukuku öğretisinde teorik gelişmeler kapsamında farklı görüşler ileri sürülmüştür.³⁰ Alman hukukunda hakim görüşe göre³¹ taksiri temellendiren unsur “objektif özen yükümlülüğünün ihlali”dir. Bu görüşe göre tipiklik kapsamında yer alan neticeye neden olma, özen yükümlülüğünün ihlaline dayanmalıdır.³²

³⁰ Esasen Kretschmer de yapısal şemalara ilişkin bir enflasyon olduğunu belirtmiştir (Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 269).

³¹ Werner Niese, *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit* (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1951), 64; Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 13; Paul Bockelmann and Klaus Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C. H. Beck, 1987), § 20 B I 2; Rudolphi, “Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre”, 549; Udo Ebert, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg: C.F. Müller, 2001), 165; Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 163; Weigend, “Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat”, 134; Eric Hilgendorf and Brian Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C. H. Beck, 2022), § 12 kn. 2; Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: Vahlen, 2017), § 17 kn. 14; Johannes Wessels and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Heidelberg: C.F. Müller, 2023), kn. 1105; Rolf Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Hamburg: Rolf Schmidt Verlagsteam, 2019), kn. 846; Torsten Schaefer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 15)”, in *AnwaltKommentar StGB (AK)*, (Heidelberg: C. F. Müller, 2020), § 15 kn. 50; Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 6, 38; Susanne Beck, “Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1”, *Juristische Arbeitsblätter*, (2009): 112; Uwe Murmann, *Grundkurs Strafrecht* (München: C.H. Beck, 2022), § 30 kn. 8; Eberhard Struensee, “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, *Juristen Zeitung* (1987): 56; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1350; Hans Kudlich, “Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, in *Strafgesetzbuch Kommentar Herausgegeben von Bernd von Heintschel-Heinegg* (München: C. H. Beck, 2021), § 15 kn. 35; Urs Kindhäuser and Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Baden-Baden: Nomos, 2024), § 33 kn. 22; Carsten Momsen, “Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 15)”, in *Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB – Strafgesetzbuch* (Hürth: Carl Heymanns, 2020), § 15 kn. 62; Bernd Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Stuttgart: 2019), kn. 1006; Harro Otto, “Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422”, *Juristische Schulung* (1974): 708; Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis* (Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1988), kn. 11; Friedrich Dencker, “Strafrecht: Die erfolgreiche Fahrerflucht”, *Juristische Schulung* (1980), 212, dn. 26; Frank Neubacher, “Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Strafbarkeitsrisiken des Vollzugspersonals”, *Juristische Schulung* (2005), 859. Esasen Baumann vd. özen yükümlülüğünün ihlalini vurgulamıştır (Jürgen Baumann and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Bielefeld: Verlag Ersnt und Werner Giesecking, 2021), § 12 kn. 19). Freund ve Rostalski’nin “özen yükümlülüğünün ihlali” ifadesini kullanmış olmalarına rağmen “hatalı davranış” terimini tercih etmiş olmaları dikkat çekicidir. Bakınız Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 92.

³² Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 22; Rolf Dietrich Herzberg, “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht* (2001): 573.

Ancak bu kriter, kavramsal ve/veya içeriksel nedenlerle eleştiriye maruz kalmaktadır.³³ İlk eleştiri, “özen yükümlülüğünün ihlali” kavramının kendisine karşı yöneltilmektedir. “Özen yükümlülüğü” şeklindeki ifade, norm mantığı açısından yanlış görülmektedir.³⁴ Taksirli suç, kasıtlı icrai suç gibi norm ihlalinden kaçınmaya yönelik olarak yapılandırılmış olmasına rağmen³⁵ “özen yükümlülüğü” ifadesinin taksirli icrai suçun ihmali suç gibi yorumlanmasına yol açtığı vurgulanmaktadır.³⁶ Özen yükümlülüğünün ihlali öğretisinin taksirli suçlar ve ihmali suçlar bağlamında garantörlük konumunu eşitlediği ve taksirli neticeli suçları soyut tehlike suçlarına indirgediği³⁷ ve de hukuka uygunluk nedenlerinde teorik anlamda tutarsızlıklara yol açtığı iddia edilmektedir.³⁸ Bu bağlamda ikinci olarak, “özen yükümlülüğünün ihlali” kriterinin muğlak ve belirsiz olduğu³⁹ ve keza taksirli suçun kapsamını belirlemek açısından yeterince sınırlandırıcı olmadığı⁴⁰ ileri sürülmektedir. Ayrıca bu kriterle, taksirli sorumluluğun tam olarak tespit edilemeyeceği ve kriterin yalnızca sorumluluk açısından bir belirti olduğu yönünde bir eleştiri yöneltilmektedir.⁴¹

Bu eleştiri nedeniyle Alman hukuk literatüründe bazı yazarlar, özen yükümlülüğünün ihlali kriteri yerine tipikliğin “öngörülebilirliği” kriterini esas almışlardır.⁴² Esasen F. C. Schroeder’e göre taksir, tipikliğin gerçekleşmesinin fark edilebilirliği olarak geliştirilmiştir.⁴³ Alman

³³ Eberhard Schmidhäuser, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, in *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (Göttingen: Verlag Otto Schwartz&Co, 1975), 149; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 11; Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Berlin: Walter de Gruyter, 1991), 9/6; Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 121, 136; Friedrich-Christian Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1* (Berlin: De Gruyter, 2003), § 16 kn. 157, 158; Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C. H. Beck, 2023), 12/2; Ingeborg Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 15)”, in *Nomos Kommentar (NK), Kindhäuser/Neumann/Paeffgen Strafgesetzbuch, Band 1* (Nomos, 2017), vor §§ 13 kn. 154.

³⁴ Schmidhäuser, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, 149; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 12; Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 121; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/6.

³⁵ Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 121; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/6.

³⁶ Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, 779; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, kn. 158; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 12; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/6.

³⁷ Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, 779; Joachim Vogel and Jens Bülte, “Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 15)”, in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar* (Berlin: De Gruyter, 2020), § 15 kn. 173; Gunnar Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit (§ 15)”, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1* (München: C. H. Beck, 2020), § 15 kn. 115; Günther Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt* (Berlin: Walter de Gruyter, 1972), 66.

³⁸ Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 158; Vogel and Bülte, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 173.

³⁹ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 12; Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 121, 136; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/6, 7; Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 108; Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, 776; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 158.

⁴⁰ Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 157.

⁴¹ Schmidhäuser, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, 137; Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, 778.

⁴² Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/5-7; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 127; Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12/3.

⁴³ Schroeder, “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, 779; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 Kn. 157. Öngörülebilirlik faktörleri için bakınız Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 132.

öğretisinde öngörülebilirlik de bazı yazarlar tarafından taksirin temeli olarak yeterli görülmemiş, bunun yerine yalnızca objektif isnadiyet temel alınmıştır.⁴⁴ *Roxin/Greco*'ya göre failin ilk baştan itibaren hukukun önem taşıyan bir tehlike oluşturmamış olması halinde özene aykırılıktan söz edilemez.⁴⁵ *Roxin/Greco*, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi unsurunun genel isnadiyet kriterlerinin ötesine geçmediğine, bu nedenle taksirli sorumluluk açısından başka hiçbir kriterin gerekli olmadığına işaret etmişlerdir.⁴⁶

Öncelikle Alman öğretisinde taksirin yapısına ilişkin tartışmanın temel nedeninin, Alman Ceza Kanunu'nda taksir kavramına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması olduğu açıkça vurgulanmalıdır. *Herzberg*'e göre özen yükümlülüğünün ihlali öğretisi, bağlantının kurulması suretiyle asgari bir kriter olarak görülmelidir. Bu, taksirli suçlarda hareketin değersizliğinin belirlenmesine yönelik olarak değerli ve önemli bir katkı sağlayabilir.⁴⁷ Kanaatime göre özen yükümlülüğünün ihlalinin gereksiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmesi suretiyle başka bir hata daha yapılmaktadır. "Özen yükümlülüğünün ihlali" kriteri, tamamen hatasız olmasa da⁴⁸ taksirli hareketin yapısını somutlaştırma gibi önemli bir görevi üstlenmektedir.⁴⁹ Bu bakımdan özen yükümlülüğünün ihlali öğretisinin taksirli suçları soyut tehlikeli suçlara indirgediği iddiası⁵⁰ doğru değildir. Bilakis özen yükümlülüğünün ihlali kriteri olmaksızın taksirli suçların soyut tehlike suçları olarak görünmesi yönünde bir risk söz konusudur. Bu tür durumlarda davranışı yasaklamak için somut bir kriter olmadığından⁵¹ objektif isnadiyet öğretisi bazı kolaylıklar sağlasa da "özen yükümlülüğünün ihlali" kriteri anayasaya uygunluk ilkesini garanti eden bir kriterdir.⁵² Bu nedenle otomobil sürücüsünden davranışlarını her zaman tüm olası tehlikelere göre yönlendirmesi istenmez.⁵³ Bu tür bir durumda taksir açısından bir referans noktası işlevi gören "özen yükümlülüğünün ihlali" olmaksızın "izin verilen risk" üzerinden salt objektif isnat kriteri altında taksirli suçun tanımlanması belirsizdir ve kanuni düzenlemelerin yanı sıra kanunilik ilkesini de ihlal etmektedir.⁵⁴ Kanun koyucu, daha önce izin verilen bir riski bugünden yarına yasaklı olarak kabul edebilir. Bu bağlamda *Herzberg*'in örneği⁵⁵ çok önemlidir: "...Eğer bir yönetmelik, Paternoster asansörlerinin yalnızca 30 Haziran'a kadar kullanılmasına izin veriyorsa ve sakar bir çocuk böyle bir asansörü kullanırken zarar görürse sorumlu kişilerin ceza sorumluluğu, asansörün kullanımının hala izin verilmiş mi yoksa zaten yasaklanmış mı

⁴⁴ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 9. Duttge'nin görüşünü, "izin verilen riskin aşılması" kriterine atıf yaparak objektif isnadiyet çerçevesinde geliştirdiği görülmektedir. Bakınız Duttge, "Vorsatz und Fahrlässigkeit", § 15 kn. 105 vd.

⁴⁵ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 11.

⁴⁶ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 12.

⁴⁷ Herzberg, "Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit", 574; Rolf Dietrich Herzberg, "Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt", *Juristische Schulung* (1996), 380.

⁴⁸ Bakınız Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 24

⁴⁹ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C.H. Beck, 2023), § 52 kn. 11; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 14; Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk* (İstanbul: Beta Yay., 1998), 328.

⁵⁰ Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 66, 67; Vogel and Bülte, "Vorsatz und Fahrlässigkeit", § 15 kn. 173; Duttge, "Vorsatz und Fahrlässigkeit", § 15 kn. 115.

⁵¹ Beck tarafından şu cümle vurgulanmıştır: "İzin verilen risk kurumunun hukuki bağlayıcılık açısından henüz yeterince netleşmemiş olduğu belirtilebilir" Bakınız Beck, "Fahrlässigkeit", § 36 kn. 95.

⁵² Beck, "Fahrlässigkeit", § 36 kn. 12.

⁵³ Weigend, "Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat", 135.

⁵⁴ Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 164.

⁵⁵ Herzberg, "Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit", 570.

olduğuna bağlıdır...” Bugünün risk toplumunda faaliyetlerin işbölümü ile gerçekleştirildiği alanlarda her kişinin yetki ve sorumluluklarını belirleyen normları dikkate almak önemlidir.⁵⁶

Esasında izin verilen riskin aşılması durumunda özen yükümlülüğüne dayanan normlar da dikkate alınır ve bu normlara, normların muhatapları olan kişiler tarafından uyulup uyulmadığı incelenir. Bunun bilincinde olan *Roxin/Greco*, özen kurallarının izin verilen riskin aşılmasına dair önemli bir belirti olduğunu vurgulamak zorunda kalmışlardır.⁵⁷ Her ne kadar açıkça belirtilmese de bu vurgu, özen yükümlülüğünün ihlal edilmesine geri dönüşten başka bir anlama gelmemektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Türk hukukunda böyle bir tartışma bulunmamaktadır. Türk hukukunda, “öngörülebilir özen yükümlülüğünün ihlali” kriteri kabul edilmektedir. Bu durum, 2005’ten önce eski kanun yürürlükteyken de farklı değildi. Hem eski hem de mevcut ceza kanununun taksir konusunda açık ifadeler içerdiği görülmektedir. Eski Türk Ceza Kanunu’nda taksirin genel bir tanımı bulunmamakla birlikte bu kavram, kayıtsızlık (md. 399, 303), dikkatsizlik (md. 274 III) ve tedbirsizlik (md. 455 I, 459 I) olarak belirli suç tiplerinde genel olarak kullanılmıştır.⁵⁸ Bunun yanında taksirle öldürmeyi cezalandıran 455. madde tam bir tanım dahi içermektedir: “*Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile...*”⁵⁹ Bu bakımdan özen yükümlülüğünün ihlali, eski Türk Ceza Kanunu’nun genel bölümünde değil, bilakis özel bölümünde yer almasına rağmen normatif bir temele sahipti.⁶⁰ Yukarıda belirtildiği gibi taksir, yeni Türk Ceza Kanunu’nda açık bir şekilde tanımlanmış ve “özen yükümlülüğünün ihlali”ne dayandırılmıştır.⁶¹ “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*” Bu çerçevede taksirin normatif temelini özen yükümlülüğünün ihlali olduğu yönündeki görüş, Türk öğretisinde benimsenmiştir.⁶²

⁵⁶ Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 17.

⁵⁷ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 11 kn. 67.

⁵⁸ Tellenbach, *Einführung in das türkische Strafrecht*, 215.

⁵⁹ Tellenbach, *Einführung in das türkische Strafrecht*, 33.

⁶⁰ Dönmezer ve Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*, 245, 254; İçel vd. *Suç Teorisi*, 250; Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*, 297; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, 158, 159.

⁶¹ Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet, 2019), 445; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği*, 8.

⁶² Özgenç, “Bilinçli Taksir”, 714; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 262; Yener Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu* içinde (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları (TBB), 2008), 908; Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 456; Gökçen, “Taksirle Yaralama Suçu”, 354; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 201; Mahmutoğlu ve Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 344; Özbek vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 498, 499; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 563; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 455; Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Öldürme”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* VIII, sy. 2 (2013): 268; Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Yaralama”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 119-120 (2014), 70; Koca ve Üzülmüş, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 241; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği*, 66; Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 929. Centel/Zafer/Çakmut, “öngörülebilirliğe” bu kriterle oranla daha fazla önem vermişlerdir. Ayrıca yazarlar, “özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi” yerine “davranış kurallarına uymama” ifadesini tercih etmişlerdir (Centel vd. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 387).

2.3. Çifte Özen Anlayışı (Çift Katmanlı Konsept) ve Bireyselleştirilmiş Özen Anlayışı (Tek Katmanlı Konsept)

2.3.1. Genel Esaslar

Taksirin esasını oluşturan özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi unsuru, günümüzde **önemli ölçüde** haksızlık kapsamında yer almaktadır. **Bu suretle** taksirin kusur yönü korunmuş olur. **Dolayısıyla taksir, kusura dayalı olan bir haksızlık şekli olarak görülebilir.** Tek katmanlı konseptle karşılaştırıldığında bu anlayış çift katmanlı konsept olarak tanımlanabilir.⁶³ Burada öncelikle her iki görüş açıklanacak ve devamında taksirin unsurları incelenecektir.

2.3.2. Bireyselleştirilmiş Özen Anlayışı (Tek Katmanlı Konsept)

Klasik öğretinin farklı bir görünüm şekli olarak tanımlanmasına rağmen⁶⁴ taksiri bir haksızlık şekli olarak kabul ettiğinden modern bir görüş olan tek katmanlı bu konsept,⁶⁵ “bireyselleştirme teorisi”,⁶⁶ “bireysel taksir kavramı”,⁶⁷ “bireysel özene aykırılık teorisi”⁶⁸ olarak ifade edilmekte ve günümüzde Alman öğretisinde azınlık görüş⁶⁹ tarafından savunulmaktadır. Bu anlayış, 1962 Alman Ceza Kanunu tasarısında taksirli suçta esas alınmıştır.⁷⁰

⁶³ Öztürk ve Erdem, *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 822.

⁶⁴ Buna rağmen Kindhäuser and Zimmermann, çift katmanlı taksir yapısının nedensel hareket öğretisine dayandığını belirtmektedirler. Benzer yönde görüş için bakınız Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 927.

⁶⁵ Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 23; Urs Kindhäuser and Eric Hilgendorf, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar* (Baden-Baden: Nomos, 2022), § 15 kn. 44.

⁶⁶ Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, 18.

⁶⁷ Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 133; Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 60.

⁶⁸ Christian Laue, “Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts”, *Juristische Arbeitsblätter* (2000): 668.

⁶⁹ Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 138 vd.; Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 23; Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12/5-8; Günther Stratenwerth and Lothar Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: Verlag Franz Vahlen, 2011), § 15 kn. 13, 15; Rostalski, “Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes”, 76; Karsten Gaede, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in *Strafgesetzbuch Kommentar, Herausgegeben von Holger Matt/Joachim Renzikowski* (München: Verlag Franz Vahlen, 2020), § 15 kn. 34; Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 107; Andreas Hoyer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017), § 16 kn. 25; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/5; Schmidhäuser, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, 157; Jakobs, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, 66; Momsen, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 65; Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 3; Urs Kindhäuser, “Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung”, *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (1994): 212; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht* (Berlin: De Gruyter Recht, 2004), § 10 kn. 13, 14. Hoyer, “bireyselleştirilmiş taksir ölçütü” kavramını kullanırken (Hoyer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 16 kn. 25) Duttge, “hareketin haksızlığının bireyselleştirilmesi”nden söz etmekte (Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 95) ve Kretschmer “bireyselleştirme bakış açısı” ifadesini tercih etmektedir (Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 271).

⁷⁰ Bu tasarı, § 28 fıkra 2 hükmündeki failin şartlara ve kişisel durumlarına göre yükümlü olduğu ve yapabileceği özeni göz ardı etmesini gerektirmektedir. Bakınız Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 21.

Tablo 1

Tek Katmanlı Taksir Konsepti / *Single-Layer Negligence Concept*⁷¹

I. Tipiklik

1. Hareket
2. Özen Yükümlülüğünün İhlali
3. Neden Olunan Netice
4. Bireysel Öngörülebilirlik
5. Objektif İsnadiyet Kapsamında Neticeye Neden Olmadan Bireysel Kaçınılabilirlik

II. Hukuka Aykırılık

III. Kusur

1. Kusurun Unsurları (Kusur Yeteneği, Mazeret Nedenleri vb.)

Bu öğretiye göre gerekli özen, sadece somut kişinin bireysel yeteneklerine göre belirlenmelidir. Neticenin özene uygun öngörülebilirliği ve kaçınılabilirliği, faile göre tespit edilir. Beklenebilir tehlikeyi öngörmeye ve kaçınmaya yönelik somut failin bireysel yetenekleri, taksirin unsuru olarak tipiklik alanında yer alır. Bu temelden hareketle bu bakış açısı, “*tek katmanlı taksir modeli*” olarak ifade edilir.⁷² Türk öğretisinde de hem eski Kanun⁷³ hem de yeni Kanun⁷⁴ döneminde bu bakış açısını savunan yazarlar bulunmaktadır.

Özen yükümlülüğünün ihlal edilmesi, bu anlayışa göre objektif ölçüt figürden tamamen bağımsız şekilde tek başına failin bireysel yetenekleri üzerinden belirlenir. Yani hareketinin tehlikeliliğini yeterince öngörebilecek konumda olmayan ve bu nedenle ölçüt figürün altında yer alan kişi, taksirli hareketinden sorumlu tutulmaz.⁷⁵ Zira kişi, neticeden sakınmaya yönelik bir dürtüye sahip değildir. Bunun nedeni, ortalamanın altındaki yetenekleri nedeniyle neticeyi öngöremeyen bir kişinin taksirle işlenen suçun haksızlığını gerçekleştirmemiş olmasıdır. Dolayısıyla bu kişinin taksirli sorumluluğu söz konusu değildir.⁷⁶ “*ultra posse nemo obligator*”. Bu çerçevede otoyolda aşırı hızla araç kullanmak, tecrübeli bir araç sürücüsü için izin verilen bir davranış olarak değerlendirilebilirken acemi

⁷¹ Bu tablo, hâkim olan tek katmanlı taksir konseptine göre oluşturulmuştur. Bakınız Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 109.

⁷² Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 58; Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 23. Çifte özen konsepti, karma taksir kusur kavramı olarak ifade edilmiştir (Schmidhäuser, “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, 158).

⁷³ İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 142, 143; İçel vd. *Suç Teorisi*, 251; İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 464; Faruk Erem, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C. 1 (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 500.

⁷⁴ Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 244; Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, 121; Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 1 (Eylül 2006): 53; Centel vd. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 384, dn. 74; Hafızoğulları ve Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 294; Serkan Meraklı, *Ceza Hukukunda Kusur* (Ankara: Seçkin, 2020), 219, 220.

⁷⁵ Stratenwerth and Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 15 kn. 14; Rostalski, “Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes”, 78; Hoyer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 16 kn. 17; Stratenwerth, FS-Jescheck, 292, 293; Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9/8.

⁷⁶ Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 144; Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 29; Otto, JuS 1974, 707.

bir sürücü için kabul edilebilir olamaz.⁷⁷ Bu görüşe göre yetenekli ve tecrübeli kişilerin, bu yeteneklerini kullanmak konusunda açıkça yükümlü oldukları da belirtilebilir.⁷⁸

2.3.3. Çifte Özen Anlayışı (Çift Katmanlı Konsept)

Taksir, hem Türk⁷⁹ hem de Alman⁸⁰ öğretisinde hakim görüş tarafından çift katmanlı konseptte göre ele alınmaktadır. Tipiklik içerisinde failin durumunda makul bir insanın yerine getirebileceği objektif özen gerekli görülmektedir. Failin durumunda bulunan bu genelleştirilmiş ölçüt figür, özen yükümlülüğü doğrultusunda hareket etmelidir. Bu figür, ilgili yaşam alanındaki bir kişinin durumuna göre dikkatli ve özenli bir kişinin normatif örneğidir.⁸¹ Ölçüt figür tarafından gösterilebilecek özeni yerine getirmeyen kişi, taksir nedeniyle sorumlu tutulabilir. Kişinin bunu yapabilecek durumda olup olmadığı sorusu, tek katmanlı taksir konseptinde olduğu gibi ilk olarak taksirin tipikliği alanında değil, bilakis taksirin kusur alanında incelenir.

⁷⁷ Stratenwerth and Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 15 kn. 13. Bu bağlamda Türk öğretisinde sürücü belgesi olmayan bir çocuğa, hem yaş hem de eğitimsizlik nedeniyle trafikte özen yükümlülüğünün yüklenemeyeceği ve dolayısıyla çocuğun özen yükümlülüğünü ihlal ettiğinin belirtilemeyeceği yönünde bir düşüncenin (Halil Güner, “Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, 519) savunulduğu görülmektedir ki kanaatimize göre bu görüş aynı zamanda bireyselleştirilmiş özen anlayışına göre de şüpheli bir yaklaşım olarak değerlendirilebilir.

⁷⁸ Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 31, 33; Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 166; Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 161; Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 23; Stratenwerth and Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 15 kn. 13.

⁷⁹ Özgenç, “Bilinçli Taksir”, 715; Koca ve Üzülmmez, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 242; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatığı*, 41, 46; Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 473; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 262, 278; Koca ve Üzülmmez, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 201; Öztürk ve Erdem, *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 833; Özbek vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 496; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 445; Özen, *Ceza Hukukunda Taksir*, 151, 152.

⁸⁰ Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*, 30; Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin: Walter de Gruyter, 1969), 132, 134, 135; Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 26; Armin Kaufmann, “Das fahrlässige Delikt”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, (1964): 47; Manfred Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt* (Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974), 16; Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 166; Bockelmann and Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20 B I 3; Baumann and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 25; Murmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 30 kn. 8; Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 16; Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 160, 161; Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 843; Wessels and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1107; Jescheck and Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 54 I 3; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1365; Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 512, 515; Klaus Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2023), kn. 824; Detlev Sternberg-Lieben/Frank Schuster, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (München: C. H. Beck, 2019), § 15 kn. 118; Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 21; Beck, “Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1”, 112; Schaefer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 51; Karl Lackner and Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch: StGB* (München: C.H. Beck, 2018): § 15 kn. 38; Friederike von Zezschwitz, “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç”, Çeviren Koray Doğan, *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 26 (Aralık 2014): 246.

⁸¹ BGHSt 7, 307 (Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 23).

Tablo 2

Çift Katmanlı Taksir Konsepti / *Double-Layer Negligence Concept*

I. Tipiklik

1. Hareket
2. Özen Yükümlülüğünün İhlali
3. Neden Olunan Netice
4. Objektif Öngörülebilirlik
5. Objektif İsnadiyet (Objektif Kaçınılabilirlik)

II. Hukuka Aykırılık

III. Kusur

1. (Sübjektif) Bireysel Öngörülebilirlik ve Kaçınılabilirlik
2. Kusurun Diğer Unsurları (Kusur Yeteneği ve Mazeret Nedenleri vb.)

*Bu görüşün geleneksel modeline göre*⁸² tipiklikte sadece ölçüt figür esas alınır. Dolayısıyla üstün yeteneğe herhangi bir önem atfedilmez, bununla birlikte ortalamanın altında yetenek durumu kusurda dikkate alınır. Türk öğretisinde de yaygın olan⁸³ bu görüşe göre yetenekleri ortalamanın altında olan bir kişiye karşı kusur çerçevesinde herhangi bir kınama yöneltilemez. Bu nedenle özen yükümlülüğünün ihlali, somut failin neyi öngörebileceğinden ve neden kaçınabileceğinden bağımsızdır. Bu görüş, özel yetenekleri olan kişilerin adeta ödüllendirildiği gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmiştir. Zira bu görüşte, söz konusu özelliklerin kullanılması gerekli görülmez ve bu da haksız ayrıcalıklara yol açar.⁸⁴ Bu

⁸² von Hippel, *Deutsches Strafrecht*, 363; Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 513, 514; Bernd Schünemann, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”, *Festschrift für Friedrich Schaffstein* (Göttingen: Verlag Otto Schwartz&Co, 1975), 167; Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, 66; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 148; von Zezschwitz, “Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç”, 246.

⁸³ Özgenç, “Bilinçli Taksir”, 715; Koca ve Üzülmüş, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 242; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 57; Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 458, 473; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 204, 208; Yıldız, *Ceza Özel Hukuku, II*, 103; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 572, 573; Özen, *Ceza Hukukunda Taksir*, 151, 152; Gökcan ve Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 1*, 415; Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 349; Yıldız, “Taksirle Öldürme”, 268. Türk öğretisinde “taksirin çifte fonksiyonu” (Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 473; Gökcan, “Taksirle Yaralama Suçu”, 353) veya “çifte özen yükümlülüğünün ihlali” olarak (Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 40) ifade edilmektedir.

⁸⁴ Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, 66; Schroeder, “Irrtum über Tatumstände”, § 16 kn. 148; v. Hippel, *Deutsches Strafrecht, Das Verbrechen Allgemeine Lehren, Band II*, 363; Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 513, 514; Schünemann, “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?”, 167; Sternberg-Lieben/Schuster, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 141. Maurach, eserinin dördüncü baskısında ortalama bir kişinin esas alındığı durumlarda ortalamanın üzerinde yeteneklere sahip bir kişinin ayrıcalıklı duruma geldiğine dikkat çekmiştir (Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1971), 572).

bakımdan Alman öğretisinde⁸⁵ ve Alman mahkeme kararlarında⁸⁶ hakim olarak kabul edilen ve Türk öğretisinde de benimsenen⁸⁷ *modern anlamda çifte özen anlayışına* göre⁸⁸ ölçüt figüre karşı özel bilgi veya yeteneklere sahip olan fail, kusurda değil, tipiklikte dikkate alınırken kişinin ölçüt figüre karşı yetersizliği, kusurda ele alınır. Bu görüşe göre trafik kurallarını ihlal eden ve ortalamanın altındaki bireysel yetenek durumu nedeniyle kaçınamayacağı bir trafik kazasına neden olan kişi, taksirli bir suç işlemiş olur. Buna rağmen failin mazur görülebilir bir kişisel yetersizliği söz konusu ise fail, kusur kapsamında cezalandırılmayabilir.

Bir aile hekimi, yalnızca bir cerrah tarafından yapılabilecek bir ameliyatı gerçekleştirmek zorunda kaldığında ve tüm çabalarına rağmen hastayı kurtaramadığında hekimin bu yetersizlik durumu, bireyselleştirilmiş özen anlayışının aksine tipiklik içerisinde değil, kusurda ele alınır.⁸⁹ Fail, aracı süremeyeceğini fark edebilecek durumda olmasına rağmen sürerse ceza hukuku anlamında sorumluluğu, üstlenilmiş taksir sorumluluğu kapsamında devam eder.⁹⁰ Ancak özel bilgi veya yetenekleriyle ölçüt figürden daha fazlasını yapabilecek olan failden daha fazlasını yapması beklenir.⁹¹ Bu durumda kavşaktaki mevcut tehlikeyi bilen failin bu özel bilgisi,⁹² kusurda değil, bireyselleştirilmiş özen anlayışında olduğu gibi tipiklikte dikkate alınır.⁹³ Burada da ortalama bir sürücünün yapamayacağı özel bir manevra

⁸⁵ Jescheck, *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*, 26; Armin Kaufmann, “Das fahrlässige Delikt”, 47; Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 166; Murmann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 30 kn. 8; Bockelmann and Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20 B I 3; Baumann and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 25; Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 16; Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 160, 161; Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 843; Wessels and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1107; Jescheck and Weigend, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 54 I 3; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1365; Schünemann, “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, 512, 515; Rolf Dietrich Herzberg, “Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt”, *Juristische Ausbildung* (1984): 402, 403; Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 824; Sternberg-Lieben/Schuster, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 118; Beck, “Fahrlässigkeit”, § 36 kn. 21; Beck, “Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1”, 112; Schaefer, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 51; Heger, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 38.

⁸⁶ BGHSt 20, 315 (Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 13). Gerçekten bu sonuç, Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin şu formülasyonundan çıkarılabilir: “Eğer bir kişi, subjektif bilgileri ve yetenekleriyle bu ihlali önleyebilecekse ve söz konusu yükümlülüğe aykırılık objektif ve subjektif olarak öngörülebilir şekilde neticeye yol açmışsa o zaman bu kişi objektif yükümlülüğe aykırılık gerçekleştirmiş olur.” BGHSt 49, 1 (Gaede, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 33; Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33 kn. 13).

⁸⁷ Öztürk ve Erdem, *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 828; Durmuş Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin, 2022), 230.

⁸⁸ Türk öğretisinde bazı yazarlar, bu görüşü karma olarak ifade etmektedir (Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 88; Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 931). Bu görüşün çifte özen kapsamında karma olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususu şüphelidir.

⁸⁹ Ertuğrul Ünal, *Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme Suçu (TCK m. 85)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 143.

⁹⁰ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 54; Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 272; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1347, 1366.

⁹¹ Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 19; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1349; Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 230.

⁹² Braunschweig VRS 13, 286 (Bockelmann and Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20 B I b); Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 20; Hoffmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 824; Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 23; Kaspar, “Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte”, 20.

⁹³ Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 20.

ile bir kazayı önleyebilen bir motosiklet yarışçısından bu özel yeteneğini trafik içinde kullanması, aynı şekilde bir yüzme öğretmeninden de özel yeteneklerini kullanarak birini boğulmaktan kurtarması beklenir.⁹⁴ Aksi takdirde bu kişilerin özel yetenekleri dikkate alınır ve taksirli suçtan dolayı sorumlulukları ön plana çıkar.

3. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'ndaki taksire ilişkin maddenin gerekçesindeki ifadeler doğrultusunda objektif kriter öncelikle failin kişisel yetenekleri hiçbir şekilde dikkate alınmayacak şekilde tipiklik çerçevesinde ele alınır:

“Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranmalarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.”

Bu cümlelerin devamında madde 22'nin gerekçesinde kusur kapsamında failin bireysel durumunun dikkate alınması gerektiği vurgulanmıştır. Bu şekilde geleneksel çifte özen anlayışının Türk Ceza Kanunu'nda kabul edildiği kolaylıkla anlaşılmaktadır:⁹⁵

“Taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat, özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır. Bütün bu yeteneklere sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı davranan kişi, suç tanımında belirlenen neticenin gerçekleşmesine neden olması durumunda, taksirli suçtan dolayı kusurlu sayılarak sorumlu tutulacaktır.”

Burada gerekçedeki “failin ortalamanın üstündeki kişisel yetenekleri dikkate alınmaksızın” ifadesinin ne anlama geldiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bireyselleştirilmiş özen anlayışına göre failin yetenekleri veya yetersizlikleri ile modern anlamda çifte özen anlayışına göre failin yetenekleri tipiklik kapsamında ele alınır. Başka bir deyişle her iki görüşe göre de failin bireysel anlamda üstün yetenekleri tipiklik çerçevesinde değerlendirilir. Ancak madde gerekçesinde yapılan bu açıklamaya göre failin üstün yetenekleri tipiklik kapsamında dikkate alınmaz. Fail, ortalamanın üstünde bir yeteneğe sahip olsa bile objektif kriterler esas alınır ve yalnızca bireysel anlamda ortalamanın altındaki yetenekler kusurda göz önünde bulundurulur. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda geleneksel anlamda çifte özen anlayışının kabul edildiği belirtilebilir. Türk öğretisinde modern bakış açısını savunan yazarlar olsa da⁹⁶

⁹⁴ Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 23; Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 161; Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 271, 272; Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1038; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 61; Sternberg-Lieben/Schuster, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 138; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1349; Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 21.

⁹⁵ Karşılaştırmalı Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatiği*, 46, 88.

⁹⁶ Öztürk ve Erdem, *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 828; Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 230; Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 932.

hâkim görüşün,⁹⁷ kanun koyucunun iradesine uygun olarak, geleneksel anlamda çifte özen anlayışına göre şekillendiği belirtilebilir.

Türk öğretisindeki çoğu yazarın,⁹⁸ failin ortalamanın üstünde yeteneğinin olması durumunda ne olacağı konusunda sessiz kalması, üstün yeteneklere önem vermedikleri şeklinde yorumlanabilir. Zira bu yazarların, kişinin sahip olduğu bilgiyi göz ardı edememeleri⁹⁹ ve üstün yetenekler hakkında herhangi bir açıklama yapmamış olmaları, sadece bu şekilde anlaşılabilir. Eski kanun dönemi boyunca Türk mahkeme kararlarında bireysel özen anlayışının temel alındığı belirtilebilir.¹⁰⁰ Ayrıca bu uygulama, yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdiği ilk dönemde de mahkeme kararlarında kabul edilmeye devam etmiştir.¹⁰¹ Ancak günümüzdeki mahkeme kararlarında çifte özen anlayışının esas alındığı ve objektif kriterin yanı sıra özel bilginin de dikkate alındığı ifade edilmelidir.¹⁰²

Bu konuya ilişkin olarak burada savunulan görüşe göre aşağı sınırdaki genelleştirici, yukarı sınırdaki ise bireyselleştirici bir görüş benimsenmeli ve *ortalamanın üstünde yetenekli kişiye göre*¹⁰³ bireyselleştirme şeklinde “halter kuralı” uygulanmalıdır. Daha önce modern anlamda çifte özen anlayışı olarak belirttiğimiz bu görüş, *Roxin/Greco* tarafından şu şekilde ifade edilmiştir: “Yani aşağıya doğru genelleştirilmeli, yukarıya doğru bireyselleştirilmelidir.”¹⁰⁴ Buna göre normal bir kişinin kaldırabileceği ağırlık belirlenir ve halter bu noktada sabitlenir. Bu nedenle hiç kimse, sosyal ilişkilerin ilgili alanında, ortalama, aklı başında bir insandan daha fazlasını bilmek veya araştırmak zorunda değildir. Ortalama, aklı başında bir kişinin, bir neticeyi öngörebileceği yönündeki tespit, failin somut durumda bu unsuru kısa bir araştırma ve bilgi edinme ile öngörebileceğini gösterir. Başka bir deyişle, failin bilgisiz veya ortalamanın altında yeteneğe sahip olması durumu, genellikle faili standartlara uyma yükümlülüğünden muaf tutmaz. Bu kişiden bilgi eksikliğini gidermesi veya yeteneklerini geliştirmesi beklenir ve bunu yapamazsa genel normla karşılaştırıldığında yetersiz durumda kalacağı bir duruma düşmemesi beklenir.¹⁰⁵

⁹⁷ Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 208; Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 458, 473; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 566, 572; Gökcan ve Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Cilt 1, 415; Zafer, 349.

⁹⁸ Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 458; Koca ve Üzülmüş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 207, 208; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 566; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 108. Akbulut, ralli sürücüsünden bahsetmesine rağmen özen yetenekten açıkça bahsetmemiş, bilakis sadece özel bilgiden bahsetmekle yetinmiştir (Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 567).

⁹⁹ Kartal, öğretilerde failin özel bilgisinin taşıdığı öneme dikkat çekmiştir (Kartal, “Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi”, 932).

¹⁰⁰ YCGK, 24.04.1960, İtiraz 24/3 (İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*, 99, dn. 212 Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 247).

¹⁰¹ Y. 9. CD., 05.11.2008, 11946 (Onur Yiğit, *Taksirli Suçlar* (Ankara: Adalet, 2016), 32).

¹⁰² Karar için bakınız Mahmutoglu ve Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 353, dn. 94.

¹⁰³ Siehe für die Aussage Kudlich, “Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, § 15 Rn. 45.3.

¹⁰⁴ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 57. Benzer şekilde Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 161; Kretschmer, “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, 272; Kudlich, “Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, § 15 kn. 45.3; Sternberg-Lieben/Schuster, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 133.

¹⁰⁵ Puppe, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, vor §§ 13 kn. 160;

4. Taksirli Suçta Sûbjektif Unsur Sorunu

Ceza hukuku doktrininde suç öğretileri, kasıtlı suç temel alınarak geliştirilmiş olduğundan Alman öğretisinde *bir görüş*¹⁰⁶ tarafından taksir, kasttan bağımsız olarak, bağımsız bir şekilde yapılandırılmış olup teşebbüs, iştirak veya içtima gibi suçun özel bir görünüm şekli olarak görülmektedir. Bu nedenle günümüz Alman öğretisindeki *birkaç istisna*¹⁰⁷ dışındaki *neredeyse bütün yazarlar*¹⁰⁸ taksiri, kasıtlı suçtan bağımsız olarak ele almaktadır. Buna karşılık bazı istisnalar¹⁰⁹ dışında Türk öğretisinde¹¹⁰ taksir, subjektif tipiklik içerisinde ele alınmakta olup bu yaklaşım, Yargıtay kararlarında¹¹¹ da kendini göstermektedir:

“...Sanığın, öngörülebilir tehlikeye rağmen yol kenarında çukur kazması ve herhangi bir önlem almaması, taksirle öldürme suçunun subjektif unsurunu oluşturmaktadır...”

Kanaatime göre taksirin suçun subjektif unsurları içerisinde konumlandırılması, klasik suç öğretisinde kusur kapsamında fail ve fiil arasındaki subjektif bağın öngörülmesi yönündeki anlayışa dayanmaktadır. Buna göre taksirin subjektif tipiklikte konumlanması, özen yükümlülüğünün ihlalinin subjektif tipiklikte incelenmesi yönündeki görüşü ortaya çıkaracaktır.¹¹²

¹⁰⁶ Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 984; Frauke Rostalski, “Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes”, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2016): 73, 74; Hans Kudlich, “Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln”, in *Strafgesetzbuch Kommentar Herausgegeben von Bernd von Heintschel-Heinegg* (München: C. H. Beck, 2021), § 15 kn. 29; Wolfgang Mitsch, “Fahrlässigkeit und Straftatsystem”, *Juristische Schulung* (2001): 105; Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 190, 191; Öztürk ve Erdem, *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 822. Bu nedenle Burgstaller, çalışmasının başlığının, “Taksir” değil, “Taksirli Suç” olduğunu açıklamıştır (Burgstaller, 30).

¹⁰⁷ Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 163; Diethelm Kleszczewski, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Leipzig: Leipziger Univeristätsverlag, 2017), kn. 195.

¹⁰⁸ Gaede, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 29; Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 841, 843; Kindhäuser and Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 33; Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 1, 2; Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 972; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 10 kn. 1; Stratenwerth and Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 15 kn. 1; Wessels and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1105; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 1; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 1; Maurach and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 42 kn. 1; Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 1. Bu bakış açısı yeni değildir. Esasen Maurach'ın çalışmasında, taksiri suçun özel görünüm şekilleri altında incelediği görülebilir. Bakınız Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil* (Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1971), § 42.

¹⁰⁹ Özbek vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 492, 493; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, kn. 822.

¹¹⁰ Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 323; Sulhi Dönmezer, *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2004), 110; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 259; Ünver, *Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi*, 908; Artuk vd. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 441; Mahmutoglu ve Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 331; Centel vd. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 384; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 550; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 240; Yıldız, “Taksirle Öldürme”, 267; Yıldız, “Taksirle Yaralama”, 74; Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 450, 451; Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 442; Ünal, *Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme Suçu (TCK m. 85)*, 134; Koca/Üzülmöz, taksirli suçun özel incelemesini yapmışlardır (Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 201). Buna rağmen yazarlar, taksiri kast gibi subjektif tipiklikte ele almışlardır (Koca ve Üzülmöz, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 185 vd). Mahmutoglu/Karadeniz, taksiri kasttan bağımsız olarak görmelerine rağmen (Mahmutoglu ve Karadeniz, *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*, 332) taksiri, adeta kastın daha hafif şekliymişçesine subjektif tipiklik içerisinde incelemişlerdir. Zafer, suç teorisinin taksirin açıklanması noktasında yeterli olmadığını ve taksirli suçların özel bir yapıya sahip olduğunu ifade etmiştir. Ancak yazar, tarihsel gelişmeyi dikkate alarak taksirli suçların subjektif tipiklikte ele alınmasının makul olduğunu belirtmiştir (Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 342, 343). Tezcan/Erdem/Önok, objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin taksirle öldürme suçu kapsamında subjektif tipiklikte ele almışlardır (Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 229).

¹¹¹ YGCK, 24.04.1995, 2/108-134 (Karar için bakınız Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 422, dipnot 578).

¹¹² Ünal, *Taksirle Ölüme Sebepiyet Verme Suçu (TCK m. 85)*, 134.

Alman öğretisinde taksirli suçta subjektif tipiklik kural olarak ele alınmaz, tipiklik kapsamında objektif-sübjektif ayrımı yapılmaz.¹¹³ Suç için yalnızca objektif tipiklik ve hukuka aykırılık gerekli görülür; bireysel öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik, burada gerekli görülmez, bilakis kusurda dikkate alınır. Bu temelden hareketle Alman öğretisinde taksirli suçun tipikliği kapsamında objektif-sübjektif ayrımı yapılmaz.¹¹⁴ Bunun yanında bir görüş,¹¹⁵ sübjektif tipikliği yalnızca bilinçli taksirde kabul ederken diğer görüş,¹¹⁶ sübjektif tipikliği bilinçli ve bilinçsiz taksir arasında ayrım yapmaksızın ve bireysel öngörülebilirliği sübjektif tipiklikte ele almaksızın tüm taksirli suçlarda kabul etmektedir. Bu anlayış, özellikle Türk öğretisinde yaygın olup¹¹⁷ taksirli suç, subjektif tipiklik kapsamında kasıtlı suç gibi değerlendirilir. Ancak Türk öğretisinde *Koca/Üzülmez*'e göre özen yükümlülüğünün tipiklikle ilişkilendirilmesi, haksızlık ve kusur arasındaki ayrımı ortadan kaldırdığından failin özen yükümlülüğünü bireysel olarak öngörebilir olup olmadığı kusurda incelenmeli ve sübjektif tipiklik yalnızca bilinçli taksirde kabul edilmelidir.¹¹⁸

Burada savunulan görüşe göre failin fiili işlediği esnada tıpkı kasıtlı suçlarda olduğu gibi bilinçli taksirle işlenen suçlarda da öngörülebilirlik bulunabileceği ve işlenen fiil bakımından irade unsuru üzerine bir değerlendirme yapılabileceği belirtilebilir. Dolayısıyla bilinçli taksirde her durumda sübjektif unsurun bulunduğundan söz edilebilir. Taksirli hareketin öngörülebilirliği, temel olarak kasıtlı hareketin kastına karşılık gelir ve bu öngörülebilirlik, bilinçli taksirin unsuru olarak failin özen yükümlülüğünü ve tüm suç koşullarını tasavvurunda bulundurmasını gerektirmez, sadece mevcut bilgiye sahip olmasını yeterli kılar.¹¹⁹ Bu bağlamda *Gössel*'in şu ifadeleri¹²⁰ oldukça önemlidir:

¹¹³ Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrdelikte*, 8; Bockelmann and Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20 B I 3; Heinrich, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1018; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 40; Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 52 kn. 6, 11; Hofmann-Holland, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 816; Hilgendorf and Valerius, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 11; Krey and Esser, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 1340; Kudlich, "Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln", § 15 kn. 31.1; Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, kn. 846.

¹¹⁴ Mitsch, "Fahrlässigkeit und Straftatsystem", 107.

¹¹⁵ Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 73; Kretschmer, "Das Fahrlässigkeitsdelikt", 269; Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 42; Beck, "Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1", 111; Kaspar, "Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte", 16, 17; Bockelmann and Volk, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 20 B I 3.

¹¹⁶ Haft, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 163; Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 153 vd; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 10 kn. 4; Kindhäuser and Zimmernann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 9 kn. 6; Kindhäuser and Hilgendorf, *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, § 15 kn. 78; Kindhäuser, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", 197; Maurach and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 43 kn. 170; Struensee, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", 60, 62.

¹¹⁷ Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 323; Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 259; Mahmutoğlu ve Karadeniz, 331; Centel/Zafer/Çakmut, 384; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 441; Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 550; Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 240. Bu noktada taksirli suçlarda sübjektif tipikliğin gerekliliğine dair detaylı açıklamalar için bakınız Kartal, "Taksirin Suç Sistematğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi", 936.

¹¹⁸ Koca ve Üzülmez, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 203, 204.

¹¹⁹ Struensee, "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", 60; Maurach and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 43 kn. 170; Otto, *Grundkurs Strafrecht*, § 10 kn. 4; Roxin and Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 24 kn. 73.

¹²⁰ Maurach and et al., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 43 kn. 39.

“Cramer tarafından kullanılan mükemmel yüzücü, ölüm tehlikesiyle karşı karşıya olan karısına sadece ortalama yüzme yetenekleriyle yüzerse ve bu yüzden geç kalırsa kanlı bir kitap homunculus gibi kalacaktır: Böyle bir durumda kurtarmak isteyen biri, otomatik olarak elindeki mevcut ve harekete geçirilebilir durumdaki tüm güçleri kullanacaktır –özel yetenekleri devreye sokması için özel bir karar almasına gerek bulunmamaktadır. Ancak yüzücümüz, özel yeteneklerini bilinçli olarak kullanmazsa o zaman subjektif tipiklik unsuru (kasıtlı ve taksirli suçlarda) olan öngörü kabul edilebilir olmalıdır.”

Bu bağlamda *Gropp/Sinn*’in vurguladığı gibi olası kasttan sadece irade unsuru üzerinden farklılık gösteren bilinçli taksirin subjektif tipikliği, daha çok bir ihtiyaç olarak görülebilir.¹²¹ Nihayetinde özen yükümlülüğünün ihlalini ve neticeyi öngören fail ile kendisi tarafından işlenen fiil arasında psikolojik bir bağın bulunduğu belirtilebilir. Subjektif tipikliğin bu anlayışla reddedilmesi, subjektif tipiklik için öngörülebilirliğe ek olarak irade unsurunun zorunlu olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Kuşkusuz bu durumda şu soru ortaya çıkacaktır: Olası kastta gerçekten subjektif tipiklik bulunmakta mıdır? Subjektif tipiklik için neticeyi kabullenmek yeterli görülür mü? Eğer fail, fiil esnasında özen yükümlülüğünü ihlali ve neticeleri öngörüyorsa bu bağlamda fail ile kendisi tarafından işlenen fiil arasındaki subjektif bağlantının kabul edilmesi gerekir.

5. Görüş

Bu açıklamalardan sonra burada savunulan görüş, bir tablo aracılığıyla sunulacaktır. Aşağıdaki tabloda görüleceği gibi taksirli suçlar açısından tipik hareketin genel kriterleri yerine getirilmiş olmalıdır.¹²² Dolayısıyla taksirli suç yapısal olarak kasıtlı suç gibi genel anlamda aynıdır.¹²³ Taksirli suçta her ne kadar tipe uygun hukuka aykırı bir hareketin varlığı yeterli olsa da çifte özen anlayışı çerçevesinde failin cezalandırılması için failin taksire dayalı kusurunun bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda tablodaki kusurun belirtilmesi, kusurun taksirli suçun bir unsuru olarak kabul edileceği anlamına gelmemelidir.¹²⁴ Bununla ilgili olası yanlış anlamaları önlemek amacıyla tablonun başlığı, “Taksirli Suçun Yapısal Unsurları” değil, “Cezalandırılabilir Taksirli Suçun Yapısı” olarak belirlenmiştir. Sonuç olarak taksirli suçun yapısı, Türk öğretisinde Alman ceza hukukunda olduğu gibi şu şekilde açıklanabilir: Taksirli suçun objektif tipiklik kapsamında hareket, objektif özen yükümlülüğünün ihlali, neden olunan ve objektif olarak öngörülebilir ve isnat edilebilir netice yer alırken taksire dayalı kusur kapsamında kusur yeteneği, subjektif (bireysel) öngörülebilirlik ve kaçınılabilirlik, nihayet özene uygun davranışın beklenebilirliği yer almaktadır.

¹²¹ Gropp and Sinn, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 12 kn. 153.

¹²² Freund and Rostalski, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 5 kn. 15.

¹²³ Stratenwerth and Kuhlen, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 15 kn. 2; Ebert, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 163; Kindhäuser and Hilgendorf, *Nomos Kommentar Strafrechtsgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*, § 15 kn. 44.

¹²⁴ Koca/Üzülmez, “kusur tipi” kavramını kullanmışlardır. (Koca ve Üzülmez, “İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa”, 242).

Tablo 3**Cezalandırılabilir Taksirli Suçun Yapısı / Structure of Punishable Negligent Offense****I. Tipiklik**

1. Hareket
2. Özen Yükümlülüğünün İhlali
3. “Neden Olunan” Netice
4. Objektif Öngörülebilirlik
5. Objektif İsnadiyet (Kaçınılabilirlik)

-Sübjektif Tipiklik (Bilinçli ve Bilinçsiz Taksir Ayrımı Bağlamında)

II. Hukuka Aykırılık**III. Taksire Dayalı Kusur**

1. Kusur Yeteneği
2. Kusurun Diğer Unsurları (Mazeret Nedenleri vb.)
3. Sübjektif Öngörülebilirlik ve Kaçınılabilirlik
4. Özene Uygun Davranışın Beklenebilirliği

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Adalet, 2024.
- Alacakaptan, Uğur. *Suçun Unsurları*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2023.
- Baumann, Jürgen, Ulrich Weber, Wolfgang Mitsch and Jörg Eisele. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bielefeld: Verlag Ersnt und Werner Giesecking, 2021.
- Beck, Susanne. "Fahrlässiger Umgang mit der Fahrlässigkeit! – Teil 1". *Juristische Arbeitsblätter* (2009), 111-115.
- Beck, Susanne. "Fahrlässigkeit", in *Handbuch des Strafrechts, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2*. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.
- Beling, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Scientia Verlag Aalen, 1906.
- Binding, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung, Band II*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1914.
- Binding, Karl. *Die Normen und Ihre Übertretung, Band IV*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1919.
- Bockelmann, Paul and Klaus Volk. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 1987.
- Boldt, Gottfried. "Zur Struktur der Fahrlässigkeit-Tat". *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* (1956): 335-373.
- Bruck, Felix. *Zur Lehre von der Fahrlässigkeit im heutigen deutschen Strafrecht*. Breslau: Verlag von Wilhelm Koebner, 1885.
- Burgstaller, Manfred. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem /Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta, 2023.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Dencker, Friedrich. "Strafrecht: Die erfolgreiche Fahrerflucht". *Juristische Schulung* (1980): 210-214.
- Dönmezer, Sulhi. *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Seçkin, 2004.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C. II*. İstanbul: Beta, 1997.
- Duttge, Gunnar. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. München: C. H. Beck, 2020.
- Ebert, Udo. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller, 2001.
- Eidam, Lutz. "Zum Ausschluss strafrechtlicher (Fahrlässigkeits-)Verantwortlichkeit anhand des Vertrauensgrundsatzes – ein Überblick". *Juristische Arbeitsblätter* (2011): 912-917.
- Engisch, Karl. *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*. Berlin: Scientia Verlag Aalen, 1964.
- Erem, Faruk. *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 1*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.

- Freund, Georg and Frauke Rostalski. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 2019.
- Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2023.
- Gaede, Karsten. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: Verlag Franz Vahlen, 2020.
- Gökcan, Hasan Tahsin ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 1*. Ankara: Adalet, 2021.
- Gökçen, Ahmet. "Taksirle Yaralama Suçu (TCK m. 89)", *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* içinde (Ankara: Seçkin, 2020) 349-398.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Gropp, Walter and Arndt Sinn. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Springer, 2020.
- Güner, Halil. "Çocuk Sanıklarda Taksirin ve Bilinçli Taksirin Uygulanabilirliği". *Terazi Hukuk Dergisi* 9, sy. 100 (Aralık 2014): 507-522.
- Hacıfazlıoğlu, Tuğçe. "Taksirin Unsurları". *Fasikül Dergisi*, sy. 101 (Nisan 2018): 10-16.
- Hafizoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2022.
- Haft, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2004.
- Hakeri, Hakan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2024.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Heinrich, Bernd. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: 2019.
- Herzberg, Rolf Dietrich. "Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt". *Juristische Schulung* (1996): 377-386.
- Herzberg, Rolf Dietrich. "Die Schuld beim Fahrlässigkeitsdelikt". *Juristische Ausbildung* (1984): 402-414.
- Herzberg, Rolf Dietrich. "Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2001): 568-582.
- Hilgendorf, Eric and Brian Valerius. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C. H. Beck, 2022.
- Hoffmann-Holland, Klaus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2023.
- Hoyer, Andreas. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2017.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2023.
- İçel, Kayıhan, Füsun Sokullu-Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu ve Yener Ünver. *Suç Teorisi*, İstanbul: Beta, 2004.
- Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- Jakobs, Günther. *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*. Berlin: Walter de Gruyter, 1972.

- Jescheck, Hans-Heinrich. *Aufbau und Behandlung der Fahrlässigkeit im modernen Strafrecht*. Freiburg im Breisgau: Hans Ferdinand Schulz Verlag, 1965.
- Jescheck, Hans-Heinrich and Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker&Humblot, 1996.
- Kartal, Melik. "Temel Suç Öğretileri Işığında Taksirin Suç Sistematiğine Göre Nasıl Konumlandırılacağı Meselesi". *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 44 (Aralık 2020): 913-948.
- Kaspar, Johannes. "Grundprobleme der Fahrlässigkeitsdelikte". *Juristische Schulung* (2012): 16-21.
- Kaufmann, Armin. "Das fahrlässige Delikt". *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht* (1964): 41-55.
- Kaygusuz, Serap. *Yargıtay Uygulamaları Kapsamında Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları*. Ankara: Adalet, 2019.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatiği*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Kindhäuser, Urs. "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (1994): 197-223.
- Kindhäuser, Urs and Eric Hilgendorf. *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar*. Baden-Baden: Nomos, 2022.
- Kindhäuser, Urs and Till Zimmermann. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2024.
- Kluszczewski, Diethelm. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Leipzig: Leipziger Univeristätsverlag, 2017.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. "Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler". *Adalet Dergisi* 147, sy. 64 (Temmuz 2020): 239-268.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Kretschmer, Joachim. "Das Fahrlässigkeitsdelikt". *Juristische Ausbildung* (2000): 268-276.
- Krey, Volker and Robert Esser. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: Kohlhammer, 2022.
- Kudlich, Hans. "Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln". in *Strafgesetzbuch Kommentar Herausgegeben von Bernd von Heintschel-Heinegg*. München: C. H. Beck, 2021.
- Kühl, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Vahlen, 2017.
- Heger, Martin. "Vorsatz und Fahrlässigkeit", in *Lackner/Kühl Strafgesetzbuch: StGB*. München: C.H.Beck, 2023.
- Laue, Christian. "Der Tatbestand des fahrlässigen Erfolgsdelikts". *Juristische Arbeitsblätter* (2000): 666-671.
- Mahmutoglu, Fatih Selami ve Serra Karadeniz. *Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi*. İstanbul: Beta, 2021.
- Maurach, Reinhart. *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1971.
- Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, Heinz Dölling, Christian Laue and Joachim Renzikowski. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2*. Tübingen: C. F. Müller, 2014.

- Mayer, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts*. Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1915.
- Mayer, Max Ernst. *Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht*. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1901.
- Meraklı, Serkan. *Ceza Hukukunda Kusur*. Ankara: Seçkin, 2020.
- Mezger, Edmund. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1*. Berlin: Walter de Gruyter, 1957.
- Mezger, Edmund. *Strafrecht Lehrbuch*. Berlin: Verlag von Duncker&Humblot, 1949.
- Mitsch, Wolfgang. "Fahrlässigkeit und Straftatsystem". *Juristische Schulung* (2001): 105-112.
- Momsen, Carsten. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Satzger/Schluckebier/Widmaier StGB – Strafgesetzbuch*. Hürth: Carl Heymanns, 2020.
- Murmann, Uwe. *Grundkurs Strafrecht*. München: C.H. Beck, 2022.
- Neubacher, Frank. "Fortgeschrittenenhausarbeit – Strafrecht: Strafbarkeitsrisiken des Vollzugspersonals". *Juristische Schulung* (2005): 1101-1106.
- Niese, Werner. *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1951.
- Otto, Harro. "Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht – OLG Hamm, NJW 1973, 1422". *Juristische Schulung* (1974): 702-710.
- Otto, Harro. *Grundkurs Strafrecht*. Berlin: De Gruyter Recht, 2004.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2023.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet, 2019.
- Özen, Mustafa. *Ceza Hukukunda Taksir*. Ankara: Adalet, 2011.
- Özgenç, İzzet. "Bilinçli Taksir". *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı* içinde. İstanbul (2004) 697-722.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulanalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Puppe, Ingeborg. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Nomos Kommentar (NK), Band 1*. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- Radbruch, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*. Berlin: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1904.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2023.
- Rostalski, Frauke. "Normentheorie und Fahrlässigkeit zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes". *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (2016): 73-89.
- Roxin, Claus and Luís Greco. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: C.H. Beck, 2020.
- Rudolphi, Hans-Joachim. "Vorhersehbare und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitstheorie". *Juristische Schulung* (1969): 549-557.

- Schaefer, Torsten. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *AnwaltKommentar StGB*. Heidelberg: C. F. Müller, 2020.
- Schmidhäuser, Eberhard. "Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung". in *Festschrift für Friedrich Schaffstein*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz&Co (1975): 129-158.
- Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch*. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1975.
- Schmidt, Rolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Hamburg: Rolf Schmidt Verlagsteam, 2019.
- Schönke, Adolf and Horst Schröder. *Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C. H. Beck, 1974.
- Schroeder, Friedrich-Christian. "Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandverwirklichung". *Juristen Zeitung* (1989): 776-780.
- Schroeder, Friedrich-Christian. "Irrtum über Tatumstände". *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Band 1*. Berlin: De Gruyter, 2003.
- Schünemann, Bernd. "Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte". *Juristische Arbeitsblätter* (1975) 435-444, 511-516, 647-656, 715-724, 787-798.
- Schünemann, Bernd. "Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik?". *Festschrift für Friedrich Schaffstein*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz&Co, 1975: 159-176.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin, 2022.
- Sternberg-Lieben, Detlev and Frank Schuster. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*. München: C. H. Beck, 2019.
- Stratenwerth, Günther and Lothar Kuhlen. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Verlag Franz Vahlen, 2011.
- Struensee, Eberhard. "Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts". *Juristen Zeitung* (1987): 53-63.
- Taner, Tahir. *Ceza Hukuku Umumi Kısım*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Tellenbach, Silvia. *Einführung in das türkische Strafrecht*. Freiburg im Breisgau: Edition Iuscrim, 2003.
- Tellenbach Silvia. *Das türkische Strafgesetzbuch Türk Ceza Kanunu*. Berlin: Duncker&Humblot, 2008.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2022.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş, 2023.
- Ulsenheimer, Klaus. *Arztstrafrecht in der Praxis*. Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1988.
- Ünal, Ertuğrul. *Taksirle Ölüme Sebebiyet Verme Suçu (TCK m. 85)*. Ankara: Adalet, 2017.
- Ünver, Yener. "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi". *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları (TBB), 2008: 881-917.
- Ünver, Yener. "YTCK'da Kusurluluk". *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 1 (Eylül 2006): 37-73.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. İstanbul: Beta, 1998.

- Vogel, Joachim and Jens Bulte. "Vorsatz und Fahrlässigkeit". in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*. Berlin: De Gruyter, 2020.
- von Hippel, Robert. *Deutsches Strafrecht, Das Verbrechen Allgemeine Lehren, Band II*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1930.
- von Hippel, Robert. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Verlag von Julius Springer, 1932.
- von Liszt, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin: J. Guttentag, 1894.
- von Liszt, Franz and Eberhard Schmidt. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. Berlin und Leipzig: Walter de Gruyter, 1927.
- von Zezschwitz Friederike. "Kast, Taksir ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç". Çeviren Koray Doğan. *Ceza Hukuku Dergisi*, sy. 26 (Aralık 2014): 245-247.
- Weigend, Thomas. "Zum Verhaltensunrecht der fahrlässigen Straftat". in *Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag*. Tübingen: C.F. Müller Verlag, 2002: 129-144.
- Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.
- Welzel, Hans. *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte*. Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1961.
- Wessels, Johannes, Werner, Beulke and Helmut Satzger. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: C.F. Müller, 2023.
- Yıldız, Ali Kemal. "Taksirle Öldürme". *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* VIII, sy. 2 (2013): 257-283.9
- Yıldız, Ali Kemal. "Taksirle Yaralama". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, sy. 119-120 (2014): 65-101.
- Yiğit, Onur. *Taksirli Suçlar*. Ankara: Adalet, 2016.
- Yüce, Turhan Tufan. *Ceza Hukuku Dersleri, C.1*. Manisa: Şafak Basım, 1982.
- Zafer, Hamide. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta, 2021.

Yazar Hakkında / About the Author

**Doç. Dr. Muhammed DEMİREL | İstanbul Üniversitesi |
demirelm[at]istanbul.edu.tr | ORCID: 0000-0001-9162-1459**

Doç. Dr. Muhammed Demirel, 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2012 yılında "Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi" başlıklı çalışması ile yüksek lisansını İstanbul Üniversitesi'nde tamamlamıştır. 2017 yılında "Suça İştirakte Bağlılık Kuralı" başlıklı tezi ile doktora öğrenimini İstanbul Üniversitesi'nde tamamlamıştır. 2022 yılında "Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu" başlıklı doçentlik eseri ile doçentlik unvanını elde etmiştir. 2010 yılından bu yana İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında görev yapmaktadır.

**Assoc. Prof. Dr. Muhammed DEMİREL | Istanbul University |
demirelm[at]istanbul.edu.tr | ORCID: 0000-0001-9162-1459**

Assoc. Prof. Dr. Muhammed Demirel graduated from Istanbul University Faculty of Law in 2009. He completed his master's degree at Istanbul University in 2012 with a dissertation titled "The Effect of Following a Superior's Order on Criminal Liability." He completed his doctorate at Istanbul University in 2017 with a dissertation titled "The Rule of Commitment in Complicity in Crime." He earned his associate professorship in 2022 with his dissertation titled "Criminal Liability Arising from Negligence within the Framework of the Double Care Concept." He has been working in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Istanbul University Faculty of Law since 2010.

PAMUKOVA TREN KAZASI OLAYINA İLİŞKİN YARGI KARARLARININ ANALİZİ¹

(SAKARYA AĞIR CEZA MAHKEMESİ, YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ, ANKARA BÖLGE
İDARE MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI)

Doç. Dr. Muhammed DEMİREL
İstanbul Üniversitesi

Özet

22.07.2004 tarihinde *Haydarpaşa-Ankara* arasında sefer yapan 11006 Sefer Sayılı *Yakup Kadri Karaosmanoğlu* isimli ekspres yolcu treni, saat 19.45 sıralarında *Sakarya İli Pamukova* ilçesi *Mekece Köyü* mevkiinde 183/387 kilometrede raydan çıkmış, bu kaza neticesinde 37 kişi hayatını kaybetmiş, 90 kişi yaralanmıştır. Bu olay üzerine Türkiye’de 2004 yılında bir yargılama süreci başlatılmış, birçok yargı merci tarafından olaya ilişkin olarak karar verilmiştir. Yargılama süreci o kadar uzun sürmüştür ki nihayetinde 25.12.2019 tarihinde Yargıtay 12. Ceza Dairesi dava zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşmesine karar vermiştir. Bu karar analizinde olaya ilişkin olarak yürütülen yargılama süreci incelenmekte ve bu çerçevede bir değerlendirme yapılmaktadır.

Anahtar Kelimeler

Tren Kazası, Taksirle Öldürme, Taksirle Yaralama, Zamanaşımı, Karar Analizi

¹ Karar analizinde yer alan teorik açıklamalarda, yazarın kendisine ait eserden (“Muhammed Demirel, Taksirli Suç, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024”) yararlanılmıştır.

ANALYSIS OF JUDICIAL DECISIONS REGARDING THE PAMUKOVA TRAIN ACCIDENT

Assoc. Prof. Dr. Muhammed DEMİREL
Istanbul University

Abstract

On July 22, 2004, the express passenger train *Yakup Kadri Karaosmanoğlu*, operating under train number 11006 on the *Haydarpaşa-Ankara* route, derailed at approximately 19:45 at kilometer 183/387 near the *village of Mekece* in the *Pamukova* district of *Sakarya* Province. The accident resulted in the death of 37 individuals and injuries to 90 others. As a result of the train accident, a criminal investigation and judicial process was initiated in Turkey in 2004, during which various judicial authorities rendered decisions concerning the incident. The proceedings extended over an exceptionally long period of time, culminating in a decision by the Court of Cassation (12th Criminal Chamber) on December 25, 2019, to dismiss the public charges against the defendants on the grounds of the statute of limitations. The present analysis examines the course of the criminal proceedings related to the incident and offers an evaluation of the judicial response.

Keywords

Train Accident, Negligent Homicide, Negligent Bodily Injury, Statute of Limitations, Case Law Analysis

1. Olay

22.07.2004 tarihinde Haydarpaşa-Ankara arasında sefer yapan 11006 Sefer Sayılı Yakup Kadri Karaosmanoğlu isimli ekspres yolcu treni, saat 19.45 sıralarında Sakarya İli Pamukova ilçesi Mekece Köyü mevkiinde 183/387 kilometrede raydan çıkmış, bu kaza neticesinde 37 kişi hayatını kaybetmiş, 90 kişi yaralanmıştır.

2. Yargılama Süreci

1. Olay nedeniyle Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığı nezdinde bir soruşturma başlatılmış, bu kapsamda bilirkişiler görevlendirilmiş, üç kişilik heyet olay yeri keşfinde bulunmuş, 18.08.2004 tarihinde kazaya karışan vagonlar üzerinde ayrı bir inceleme daha yapılmıştır.

2. Bilirkişi raporunda, raydan çıkan trenin tarife kitapçığında (livre) olay yerinde yapılabilecek hızın 80 km/h olarak yazılı olduğu, tren raydan çıktığında hızının 130 km/h olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla sorumlu makinistlerin trenin hızını kitapçığa göre ayarlamadıkları, trenin raydan çıktığı yerin bir dönemeç (kurba) kesimi olduğu, olay yerinde, rayların eski ve yıpranmış olduğu, traverslerin taşıma gücünün olması gerekenden az olduğunu gösteren deray izlerinin görüldüğü, üstyapının hat işletim-proje hızında yerine getirmesi gereken şartname koşullarına tam uyumlu olmadığı, dolayısıyla statik ve dinamik yüklere karşı tam güvenliği sağlamadığının gözlemlendiği, raydan çıkmanın meydana gelmesinde dönemeç kesimine yüksek hızla girilmesinin yanı sıra bu kesime ait üstyapının (ray, travers, balast, küçük malzemeler, balast altı tabakalar ve makaslar, kruazman vb. gibi üstyapı tesisleri) statik ve dinamik dayanımının yetersizliğinin, bir başka deyişle fiziksel ve muhtemelen geometrik bozukluğunun etkisinin olduğu, özellikle Arifiye-Eskişehir arasında küçük dönemeç yarıçapları nedeniyle hızların sık aralıklarla değiştiğinin görüldüğü, bu denli değişik hız uygulamalarının seyir kontrolünü zorlaştırıcı etki yaratarak seyir güvenliğini önemli ölçüde azaltacağı, küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirlerin alınması gerektiği, sistemin bu türden kontrol düzenekleri ile donatılmamış olmasının olayın meydana gelmesine etkisinin bulunduğu, olay yerindeki üstyapının yeterli bakım ve onarımının yapılmamış olması ve değişik yarıçaplı dönemeçler nedeniyle ortaya çıkan sık aralıklı hız değişimini güvenli bir seyir kontrolü ile gerçekleştirecek sistemlerin bulunmamasının kazanın oluşumunda 4/8 oranında etkili olduğu, kazanın meydana gelmesinde birinci tren makinisti F.K.'nın, trenin hızını gerektiği gibi ayarlamayarak seyir kontrolü için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle 3/8 oranında kusurlu olduğu, ikinci tren makinisti R.S.'nin birinci makinisti hız konusunda uyarmaması nedeniyle 1/8 oranında kusurlu olduğu, tren şefi K.C.'nin ise ilgili mevzuat uyarınca seyir kontrolü ile ilgili görevi bulunmadığından kusuru olmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

3. Soruşturma sonucunda birinci makinist F.K., ikinci makinist R.S. ve tren şefi K.C. hakkında 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 389. maddesinde düzenlenen tedbirsizlik, meslek veya sanatında tecrübesizlik ya da nizam, emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demir yolu üzerinde kazaya neden olma suçunu işledikleri iddiasıyla 07.09.2004 tarihinde Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi nezdinde dava açılmıştır. Ayrıca Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığı, makinistlere yardımcı olacak otomatik ya da yarı otomatik kontrol sistemlerinin kurulması gerektiği hâlde kurulmadığı ve üstyapıda eksikliklerin kazanın meydana gelmesinde rol

oynadığı iddiası ile Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları Genel Müdürlüğü (TCDD) yetkilileri hakkında yürüttüğü soruşturmada yetkisizlik kararı vermiş ve soruşturma evrakını Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiştir.

4. Bu çerçevede bundan sonraki aşamalara, birinci makinist F.K., ikinci makinist R.S. ve tren şefi K.C. ile TCDD yetkilileri hakkında olmak üzere ikili ayırım yapılarak yer verilecektir. İlk olarak makinistler ve tren şefi bakımından yürütülen süreç (5.1 vd.), sonrasında TCDD yetkilileri hakkında yürütülen süreç ortaya konulacaktır. (6.1. vd.)

5. Makinistler ve tren şefi bakımından yürütülen süreç şu şekildedir:

5.1. Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, bir kez daha bilirkişi raporu düzenlenmesini istemiştir. 30.04.2007 tarihli bilirkişi raporunda, olayın meydana gelmesinde 3/8 oranında kusurun F.K.'nın, 1/8 oranında kusurun R.S.'nin, 4/8 oranında kusurun ise işletmeden sorumlu kurum olan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryollarında (TCDD) olduğu, K.C.'nin ise herhangi bir kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.

Ayrıca söz konusu raporda kazanın hızlandırılmış tren uygulamasından hemen sonra meydana geldiği, bu uygulama için gerekli ek tedbirlerin yeterince alınmadığı kanaati bildirilmiştir.

Bu bilgiler çerçevesinde Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 01.02.2008 tarih ve 2004/196 Esas, 2008/31 Karar sayılı karar ile olayın 5237 Sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce 27.02.2004 tarihinde meydana gelmesi sebebiyle 5237 Sayılı Yasanın 7/2. maddesi gereğince sanıklar lehine olan yasa hükümlerin uygulanması gerekeceği, bu nedenle sanıklar hakkında uygulanan 765 Sayılı TCK'nın 389/1. maddesinde öngörülen cezanın üst sınırının 5 seneye kadar hapis olduğu, buna mukabil 5237 Sayılı Yasada aynı eylem için öngörülen cezanın 85/2. maddede 2 yıldan 15 yıla kadar olduğu, dolayısıyla 765 Sayılı Yasanın sanıklar lehine olduğundan yasa hükmü gereği 765 Sayılı TCK'ya göre hüküm kurulması gerektiği kanaatine ulaşarak TCK 389/1 maddesine binaen F.K.'nın 2 yıl 6 ay hapis ve 1.000 TL adli para cezasıyla, R.S.'nin ise 1 yıl 3 ay hapis ve 733 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiş, aynı kararda K.C.'nin beraatine hükmetmiştir.

5.2. Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 12.07.2010 tarihli kararıyla K.C. hakkındaki davanın zamanaşımı süresinin dolması nedeniyle düşürmüş, diğer sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet kararlarını ise bozmuştur. Yüksek Mahkeme, "aralarında menfaat çatışması bulunan sanıklar aynı müdafî tarafından temsil edilmesi, lehlerine vekâlet ücretine hükmedilen katılanların ad ve soyadları gerekçeli karar başlığına yazılmamış olması, davaya katılma hakkı bulunmayan bazı kişilerin davaya katılmasına karar verilip lehlerine vekâlet ücretine hükmedilmiş olması, katılması hükümsüz kalan kişiye gerekçeli karar başlığında katılan olarak yer verilmiş ve lehine vekâlet ücretine hükmedilmiş olması, davaya katılmalarına karar verilen bazı kişiler gerekçeli karar başlığında gösterilmemiş, davaya katılma yönünde talebi bulunmayan bir mağdur gerekçeli karar başlığında katılan olarak gösterilmiş olması, olayda ölen bir kişinin, gerekçeli karar başlığında şikâyetçi olarak gösterilmiş olması, F.K. ve R.S. hakkında verilen adli para cezasının taksitlendirebilmesine ilişkin normun uygulanıp uygulanmayacağı hususunda bir kararın verilmemiş olması, suçun işlendiği yerin, gerekçeli karar başlığına yazılmamış olması, sebebiyet verdikleri yargılama giderlerinin sanıklardan ayrı ayrı tahsiline karar verilmesi gerekirken müştereken tahsiline karar verilmiş olması,

hükümden sonra yapılan yasal değişiklik uyarınca R.S. hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu” şeklindeki gerekçelerle bozma kararı vermiştir.

5.3. Yerel mahkeme (Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi), 07.02.2012 tarihli kararında, sanıklara isnat olunan eylemin 765 sayılı mülga TCK’nın 389. maddesinde düzenlenen taksirle demir yolu üzerinde kazaya neden olma suçunu oluşturduğunun Yargıtay’ın 12.07.2010 tarihli kararıyla belirlendiği, söz konusu suç için kanunda öngörülen dava zamanasını süresinin dolduğu, bu nev’i suçlarda ölen ve/veya yaralanan kişi sayısının bir de olsa bin de olsa verilebilecek cezanın üst sınırının 5 sene ağır hapis cezası olmasına, yani olaydan mağdur veya olayda ölen kişi sayısının bu cezayı daha fazla arttırmasının mümkün bulunmamasına ve suç tarihinden sonra yürürlüğe giren 5237 Sayılı TCK’nın 7/2. madde ve fıkrası gereğince daha lehe olan 765 Sayılı TCK’nın sanıklar lehine uygulanmasında yasal zorunluluk olmasına gerekçesiyle sanıklar hakkında açılan davaların zamanışımının dolması nedeniyle düşürülmesine karar verilmiştir.

5.4. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 03.02.2014 tarihli (2013/23958 Esas ve 2014/2292 Karar sayılı) kararında, sanıklara isnat edilen eylemin 765 sayılı mülga Kanun’un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu kapsamında da değerlendirilebileceği sonucuna varmış, sanıkların hukuki durumunun söz konusu norm çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği ve suç eşyası esas defterine kayıtlı eşyalar hakkında bir karar verilmesinin gerektiği gerekçesiyle hükmün bir kez daha bozulmasına karar vermiştir.

5.5. Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, bozma kararına uygun şekilde 24.11.2014 tarihinde sanık R.S.’nin 1 yıl 15 gün hapis ve 50 TL adli para cezasıyla, sanık F.K.’nın ise 3 yıl 1 ay 15 gün hapis ve 152 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına hükmetmiştir. Mahkeme, kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışlarını göz önünde bulundurduğunda yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varamadığını belirterek sanık R.S. hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermemiş, ancak cezasının ertelenmesi hâlinde ileride tekrar suç işlemeyeceği konusunda vicdani kanaate vardığını ifade ederek sanık R.S. hakkında hükmettiği cezaları ertelemiştir.

5.6. Mahkemenin bu kararı, sanık müdafileri ile bazı katılanların vekilleri tarafından temyiz edilmiş, kusurun tamamen sanıklarda olduğunun göz ardı edildiği, yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaat oluşmadığı gerekçesiyle sanık R.S. hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmemesine rağmen aynı sanığa verilen cezaların ertelenmesine karar verildiği, böylece bir çelişkiye düşüldüğü ve sanıklara verilen cezaların ortaya çıkan zarara nazaran az olduğu ileri sürülmüştür.

5.7. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 30.03.2016 tarihinde, katılma isteminde bulunmalarına rağmen bu konuda herhangi bir karar verilmeyen mağdurlara gerekçeli kararın tebliğ edilmediği gerekçesiyle bahse konu eksikliklerin giderilmesi için dava dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar vermiştir.

5.8. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 26.09.2018 tarihinde, “ölenler ve mağdurlar ile bazı katılanların isimlerinin gerekçeli karar başlığında yazılmadığı, davaya katılma hakkı olmayan bir mağdurun gerekçeli karar başlığında katılan olarak gösterildiği, katılma taleplerini hükümsüz hâle gelen bazı katılanlar ile hatalı olarak davaya katılmasına karar verilen bir

mağdura gerekçeli karar başlığında katılan olarak yer verildiği, sanıklar hakkında 765 sayılı mülga Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçundan mahkûmiyet kararı verildiği hâlde gerekçeli karar başlığında suç isminin taksirle demir yolu kazası tehlikesine sebebiyet verme olarak yazıldığı, suçun işlendiği zaman dilimi ile sanıkların gözaltı, tutuklanma ve tahliye tarihlerinin gerekçeli karar başlığına yazılmadığı, sanıklar hakkındaki hapis cezaları üst haddeden tayin edildiği hâlde adalet ve hakkaniyete uygun olmayacak şekilde sanıklara az miktarda adli para cezasının tayin edildiği, sanık müdafilerinin hükmedilen hapis cezalarının adli para cezasına çevrilmesini ve hükmolunan adli para cezalarının taksitlendirilmesini de kapsayan lehe hükümlerin uygulanmasına ilişkin talepleri hakkında karar verilmediği, sanık R.S. hakkında yeniden suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaat edinilemediği gerekçesiyle hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmamasına karar verildikten sonra sabıkasız geçmişinden dolayı ileride tekrar suç işlemeyeceği hususunda olumlu kanaat edinildiğinden bahisle hükmedilen hapis cezasının ertelenmesine karar verilmek suretiyle hükümde çelişkiye neden olduğu, sanıkların gözaltı ve tutuklulukta geçirdikleri sürelerin cezalarından mahsubuna karar verilmesi gerektiğinin gözetilmediği, lehlerine maktu vekâlet ücretine hükmolunan katılanların ad ve soyadlarının kararda yazılması gerektiğinin gözetilmediği, yaşı küçük bazı katılanlar için vekil görevlendirilmesi nedeniyle zorunlu vekillik ücretlerinin yargılama gideri olarak sanıklardan tahsil edilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmediği, yargılama giderlerinin her bir sanığa sebebiyet verdikleri tutar kadar ayrı ayrı yükletilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmediği, uyulmasına karar verilen 3/2/2014 tarihli bozma ilamında vurgulandığı hâlde suç eşyası esas defterine kayıtlı eşya hakkında bir karar verilmediği" yönündeki gerekçelerle kararın bozulmasına karar vermiştir.

5.9. Sakarya Ağır Ceza Mahkemesi, 01.04.2019 tarihli kararıyla Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin bozma kararına uyarak F.K.'nın 15.784 TL adli para cezasıyla, R.S.'nin ise 47.352 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına hükmetmiş ve verilen adli para cezalarını birer ay arayla 20 eşit taksite bölüp ertelemiştir.

5.10. Yerel mahkemenin bu kararı, sanık müdafileri ile bazı katılanların vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

5.11. Nihayet Yargıtay 12. Ceza Dairesi, dava zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle 25.12.2019 tarihinde sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşmesine karar vermiştir.

6. Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, makinistlere yardımcı olacak otomatik ya da yarı otomatik kontrol sistemlerinin kurulması gerektiği hâlde kurulmadığı ve üstyapıda eksikliklerin kazanın meydana gelmesinde rol oynadığı iddiası ile TCDD yetkilileri hakkında yürüttüğü soruşturmada yetkisizlik kararı vermesi ve soruşturma evrakını Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş olması nedeniyle olayla ilgili TCDD yetkilileri hakkında yürütülen süreç şu şekildedir:

6.1. Öncelikle Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na verilen dilekçelerde hızlı trenlerin 06.06.2004 tarihinde hiçbir bilimsel çalışma ve altyapı hazırlığı yapılmadan sefere konulduğu, 22.07.2004 tarihinde meydana gelen tren kazasına, eskimiş demir yolu ağı üzerindeki altyapı yetersizliği, rayların eskiliği, niteliksizliği gibi faktörlerin davetiye çıkardığı, yol yenileme çalışmalarının saatte 120 km hıza göre yapılmasına rağmen

Haydarpaşa-Ankara güzergâhında saatte 140 km seviyesinde hız yapılmasına altyapının uygun olmadığı iddiaları dile getirilerek TCDD üst düzey yetkilileri hakkında görevi kötüye kullanma suçlarından ihbarda bulunulmuştur.

6.2. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca Ulaştırma Bakanlığı'ndan ilgili kişiler hakkında soruşturma izni verilmesini talep etmiştir.

6.3. Ulaştırma Bakanlığı, 04.10.2004 tarihinde TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiştir. Soruşturma izni verilmesine dair kararda, tren yolu kazasında çok sayıda kişinin ölmesi ve bu durumun kamuoyunda uzun süre tartışılması nedeniyle konunun adli mercilerce incelenmesine imkân sağlanmasının isabetli olacağı gerekçesine yer verilmiştir.

6.4. Soruşturma izin kararına yapılan itirazı değerlendiren Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.03.2005 tarihinde verdiği kararda, *"olayın niteliği itibariyle ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K'nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı"* şeklindeki gerekçeyle itirazın kabulüne ve S.K. hakkındaki soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın kaldırılmasına karar vermiştir.

6.5. Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, itiraz üzerine Ankara Bölge İdare Mahkemesi tarafından verilen soruşturma izni kararının kaldırılmasına dair kararın kesin nitelikli olması ve soruşturma yapma imkânı bulunmaması sebebiyle 12.04.2005 tarihinde soruşturmanın işleminden kaldırılmasına karar vermiştir.

7. Nihayet tüm bu aşamalardan sonra Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru sonucu verdiği 2020/8844 başvuru numaralı ve 26.07.2022 tarihli, *Burcu Demirkaya ve Yücel Demirkaya Başvurusu (2)* kararında özetle aşağıdaki değerlendirmeleri yaparak ihlal sonucuna ulaşmıştır:

7.1. Demir yolu taşımacılığı gibi kişilerin yaşamı ya da fiziksel bütünlüğü bakımından tehlike potansiyeli taşıyan faaliyetler söz konusu olduğunda kamu makamları tarafından bu faaliyetlerin güvenli bir şekilde yerine getirilebilmesi için gereken makul tedbirlerin alınması gerekir. Dolayısıyla somut başvuruya konu olayda devletin demir yolu taşımacılığı faaliyetinin işletimi, güvenliği, kontrolü ve denetimi konularında alacağı makul tedbirlerle yaşamı koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. 31/8/2004 tarihli bilirkişi raporunda, başvuruya konu tren kazasının gerçekleştiği demir yolunda üstyapının yeterli bakım ve onarımının yapılmamış olması ve kaza yapan trende değişik yarıçaplı dönemeçler nedeniyle ortaya çıkan sık aralıklı hız değişimini güvenli bir şekilde sağlayacak sistemlerin bulunmaması hususlarının kazanın oluşumunda önemli bir neden olduğu tespiti yapılmıştır. Öte yandan başvuruya konu ceza yargılaması yalnızca makinistlerin trenin hızını kurallara uygun şekilde belirlememe eylemlerini konu edinmiştir. Dolayısıyla ceza yargılaması sürecine katılan adli makamlar tarafından bilirkişi raporunda tren yolunun fiziksel yeterliliği, bakım ve onarımı ile teknik sistem eksikliği olarak tarif edilen kaza nedenlerine dayalı sorumluluk ile ilgili bir tespit yapılmamıştır.

7.2. Demir yolu üstyapısının trenlerle güvenli bir şekilde seyahat edebilecek şekilde yapılandırılması, gerekli teknik donanımın sağlanması ve denetim vasıtasıyla hizmetin kişilerin yaşamı ve fiziksel bütünlükleri bakımından güvenli bir şekilde devamının temin edilmesi hususlarının yetkili kamu makamları tarafından yerine getirilmesinin gerekli

olduğu tartışmasıdır. Başvuru dosyasında, olay yerinde yapılan incelemelere dayanan ve uzman bilim insanları tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda tespit edilen hususların doğru olmadığını gösteren bir unsur bulunmamaktadır.

7.3. Bu açıklamalar ışığında onlarca kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olan somut başvuruya konu tren kazasında yetkili makamların demir yolu taşımacılığı gibi tehlikeli bir faaliyet nedeniyle kişilerin yaşamı ve fiziksel bütünlüğüne karşı oluşan riskleri bertaraf etmek için kendilerine düşen pozitif yükümlülük kapsamında gerekli ve yeterli önlemleri aldıkları söylenemez.

7.4. Kazanın ardından derhâl başlatılan soruşturmada delillerin süratle toplanarak olayın meydana geldiği şartların ortaya çıkarıldığı ve sorumluların tespit edildiği görülmüştür. Buna karşılık demir yolunun güvenli bir şekilde işletilmesi için gerekli üstyapı, teknik donanımı sağlama ve denetim konularında kusurları olduğu değerlendirilen kamu görevlileri hakkında açılan bir ceza davası bulunmamaktadır. Kusur ve sorumlulukları yargı sürecine katılan tüm adli birimler tarafından kabul edilen makinistler hakkındaki ceza davası ise zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. Neticede bu derece vahim sonuçları olan bir olayda kusurlu oldukları bilirkişi raporlarıyla tespit edilmesine karşılık cezai sorumluluğuna yargı organlarınca kesin olarak karar verilen kimse bulunmamaktadır.

7.5. Bu durumda somut olayda yargı sisteminin yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesindeki caydırıcı rolünü yerine getirdiği söylenemeyeceği gibi olayın ciddiyeti karşısında yetkili makamlar tarafından gösterilen tepkinin derecesinin de yeterli olmadığı değerlendirilmiştir.

7.6. İncelenen başvuruda başvuru sahiplerinin yaşam haklarının maddi ve usul boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir. Ancak Anayasa'nın 38. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca suç için sonradan yürürlüğe giren kanunda öngörülen daha uzun dava zamanaşımı süresi geçmişte işlenen suç yönünden uygulanmadığı için kararın bir örneğinin yeniden yargılama yapılmak üzere Ceza Mahkemesine gönderilmesi mümkün görülmemiştir.

7.7. Öte yandan yalnızca ihlal tespitinin başvuru sahiplerinin uğradığı zararların giderilmesi bakımından yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla *eski hâle getirme* kuralı çerçevesinde ihlalin bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılabilmesi için başvuru sahiplerinin talebi de dikkate alınarak yaşam hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvuru sahiplerine ayrı ayrı net 90.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesi gerekir.

8. Yukarıdaki bilgiler doğrultusunda aşağıda öncelikle taksirle öldürme suçu çerçevesinde olaydaki kişilerin sorumluluklarına ilişkin hem teorik açıdan hem de olay açısından bir değerlendirme yapılacak ve sonrasında mahkemelerin verdikleri kararlar üzerine bir analize yer verilecektir.

3. Değerlendirme

1. Değerlendirmeye konu olayın 765 sayılı mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmiş olması nedeniyle 765 sayılı TCK hükümleri çerçevesinde bir inceleme yapılacak, ancak bazen 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK hükümlerine de değinilecektir. Bu noktada 22.07.2004 tarihinde Haydarpaşa-Ankara arasında sefer yapan 11006 Sefer Sayılı Yakup Kadri Karaosmanoğlu isimli ekspres yolcu treninin, saat 19.45 sıralarında Sakarya İli Pamukova ilçesi Mekece Köyü mevkiinde 183/387

kilometrede raydan çıkması suretiyle 37 kişinin hayatını kaybetmesi ve 90 kişinin yaralanması şeklindeki neticelerin gerçekleşmesi şeklindeki dava konusu olayda, taksirli bir suçun işlendiğinden söz edilebilir. Nitekim gerek Sakarya Ağır Ceza Mahkemesi gerekse Yargıtay 12. Ceza Dairesi kararlarından anlaşıldığı üzere değerlendirmeye konu olay, taksirli suç olarak kabul edilmiş ve buna göre yargılama yapılmıştır.

2. Bununla birlikte hem savcılık hem de yerel mahkeme kararında suçun, 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu” olarak değil, yalnızca 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen “taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu” şeklinde kabul edildiği görülmektedir. Buna mukabil Yargıtay, ilginç bir şekilde 12.07.2010 tarihli kararıyla değil, ikinci kez kararın kendisine gelmesi üzerine 03.02.2014 tarihli kararında, sanıklara isnat edilen davranışın, 765 sayılı TCK’nın 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu” kapsamında değerlendirilebileceği sonucuna varmış ve ilk derece mahkemesi kararının bozulması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu çerçevede dosya kapsamında işlenen suçun taksirli suç olduğunda tereddüt olmasa da değerlendirme kapsamında ele alınması gereken ilk husus, söz konusu olayda tam anlamıyla hangi taksirli suçun işlenmiş olduğudur. 37 kişinin hayatını kaybedip 90 kişinin yaralandığı tren kazasında incelenmesi gereken suç, 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen “taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu” mudur, yoksa 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu” mudur?

2.1. Bu sorunun yanıtlanması için öncelikle her iki suç tanımına yer verilmesinde fayda bulunmaktadır. Buna göre 765 sayılı mülga TCK’nın 389. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir:

“Bir kimse tedbirsizlik veya meslek veya sanatında tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demiryolu üzerinde bir kaza vukuu tehlikesine meydan verirse üç aydan otuz aya kadar hapse ve iki yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye ve kaza vukubulmuş ise beş seneye kadar ağır hapse ve yüz elli liradan aşağı olmamak üzere ağır cezayı nakdiye mahkum olur.”

Yine 765 sayılı mülga TCK’nın 455. maddesi ise şu şekildedir:

“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.

Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456 ncı maddenin 2’nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkum olur.

Yukardaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.”

2.2. Yukarıdaki suç tanımları dikkate alındığında en baştan belirtmek gerekir ki, 37 kişinin hayatını kaybedip 90 kişinin yaralandığı tren kazası olayında bu suçlardan hangisinin işlediği yönünde bir tartışmanın yapılması abesle iştigaldir. Zira 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen suçun tanımına göre tedbirsizlik veya meslek veya sanatında tecrübesizlik veya nizam ve emir ve kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demiryolu üzerinde bir kazanın gerçekleşmesi yönünde bir tehlikeye sebebiyet veren kişinin cezalandırılması öngörülmüş olup bunun için herhangi bir ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleşmesi şart değildir. Yani bu suç tipi, zarar değil, tehlike suçu olup esasen mülga Kanun döneminde, mevcut 5237 sayılı TCK'nın 180'inci maddesinde düzenlenen, "Trafik güvenliğini taksirle tehlikeye sokma" başlıklı suça karşılık gelmektedir:

"Deniz, hava veya demiryolu ulaşımında, kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye taksirle neden olan kimseye üç aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

2.3. Görüldüğü üzere her iki suç tipi de taksirlidir ve fakat suç tanımları dikkate alındığında 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünün soyut tehlike, 5237 sayılı TCK md. 180 hükmünün ise somut tehlike suçu olduğu ifade edilebilir. Nitekim 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmüne göre suçun oluşumu için taksirli olarak demiryolu üzerinde bir kaza vukuu tehlikesine sebebiyet verme yeterliyken 5237 sayılı TCK md. 180 hükmüne göre deniz, hava veya demiryolu ulaşımında tehlikeye taksirle neden olmak yeterli olmayıp ayrıca bu tehlikenin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlikeye neden olması gerekmektedir. Şu halde her ne kadar 5237 sayılı TCK md. 180 hükmü, demiryolundaki neden olunan tehlikelerin dışında deniz ve hava yolundaki neden olunan tehlikeleri de kapsamında bulundurmasından mütevellit 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmü karşısında daha geniş olsa da tek başına bir kaza tehlikesine sebebiyet verilmesinin yeterli olmaması, ayrıca bu tehlikenin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından bir tehlike arz etmesi noktasında daha dardır ve bu anlamda 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmü gibi soyut tehlike değil, somut tehlike suçudur.

2.4. Kuşkusuz ki bu açıklamalar, 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünün kapsamının daha iyi anlaşılması açısından yapılmaktadır. Buna göre söz konusu madde hükmü, herhangi bir ölüm ya da yaralanma neticesinin gerçekleşmesini gerekli kılmayan, hatta 5237 sayılı TCK md. 180 hükmünde olduğu gibi gerçekleşen kaza tehlikesinin kişilerin hayatı, sağlığı veya malvarlığı bakımından gerçekleşmesi gibi bir şartı da öngörmeyen, yalnızca kaza tehlikesine neden olmayı yeterli addeden soyut tehlike suçudur. Bu çerçevede o dönem Yargıtay kararlarının da bu şekilde olduğu görülmektedir. Nitekim Yargıtay'ın (9. Ceza Dairesi) 16.01.1981 tarihli (1980/5046 Esas ve 1981/126 Karar sayılı) kararında, olayda demiryolu araç ve gereçlerinde vagonların devrilmesi, demiryoluna ait eşyanın tahribi gibi ağır ve büyük zararın meydana gelmediği, sadece sanığın kendisinin yaralanmış bulunması karşısında TCK'nın 389. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi yerine ikinci cümlesi ile ceza belirlemesi hukuka aykırı görülmüştür.

2.5. Bununla birlikte demiryolunda bir kaza tehlikesinin dışında bir kazanın gerçekleşmesi söz konusu olmuş ve bunun sonucunda ölüm ve/veya yaralanmalar gerçekleşmiş ise bu durumda artık 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen "taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu"ndan ziyade 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen "taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu" gündeme gelecektir. Gerçekte her iki suç da işlenmiş

olmasına rağmen görünüşte içtima kuralları kapsamında tehlike suçları neticesinde aynı zamanda zarar suçunun meydana gelmesi halinde zımni nitelikte asli norm-tali norm ilişkisinin bulunduğu ve zarar suçunun tehlike suçuna göre asli norm olduğu belirtilebilir.² Bu çerçevede tehlike suçu olan 765 sayılı TCK md. 389 hükmü, tali bir norm olup somut olayda bir zarar suçu olan 765 sayılı TCK md. 455 hükmü gündeme gelmediği sürece, yani bir ölüm ya da yaralanma gerçekleşmediği müddetçe cezalandırmanın temelini teşkil edebilir. Şayet somut olayda bir ölüm ve/veya yaralanma söz konusu ise artık yalnızca asli norm olan 765 sayılı TCK md. 455 hükmünden bahisle cezalandırma mevzu bahis olabilir. Nitekim o dönem Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin 16.11.2005 tarihli (2004/13573 Esas ve 2005/25160 Karar sayılı) kararı gereğince sevk ettiği araçla hemzemin geçitten geçerken trenle çarpışması sonucu meydana gelen olayda mağdur İ.A.'nın 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralanmasına neden olan sanığın eyleminin 765 Sayılı TCK'nın 459/2. maddesine uyduğu halde suç vasfında yanılgiya düşülerek aynı Kanun'un 389/1. maddesi gereğince hüküm kurulması bozma gerekçesi olarak görülmüştür.

2.6. Buna rağmen ne yazık ki inceleme konusu olayda Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, dosya konusu olayda 37 kişinin hayatını kaybetmesi ve 90 kişinin yaralanması yönündeki neticelerin gerçekleşmiş olması karşısında Kanun'daki açık düzenlemeye ve yukarıda yer verildiği üzere Yargıtay'ın bu tür durumlardaki uygulamasına rağmen tuhaf bir şekilde 765 sayılı mülga Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçunu hiçbir şekilde dikkate almamış, 01.02.2008 tarihli karar ile iki tren makinisti hakkında yalnızca 765 sayılı TCK'nın 389/1 maddesine binaen hüküm tesis etmiş, tren şefi K.C. hakkında beraat kararı verirken treni kullanmakta olan makinist F.K.'nın 2 yıl 6 ay hapis ve 1.000 TL adli para cezasıyla, diğer makinist R.S.'nin ise 1 yıl 3 ay hapis ve 733 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Yerel mahkemesinin kararından daha ilginç olanı ise, Yargıtay 2. Ceza Dairesi'nin kararıdır. Zira Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 12.07.2010 tarihli kararında yerel mahkemenin kararının bozulması yönünde bir sonuca ulaşmış olmasına rağmen suçun niteliğini hiçbir şekilde ele almamış, dosyanın esas ile ilgilenmemiştir. Yargıtay, uygulamada sıklıkla yaptığı üzere burada da “usul, esastan önemlidir” anlayışıyla dosyanın esas ile ilgilenmeden uygulamadaki isimlendirmesiyle “usul bozması” yaparak dosyayı usulden kaynaklı eksikliklerden bahisle bozmuş ve yerel mahkemeye göndermiştir. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı, esasa girmeden usulden inceleme yapması, basit bir incelemeyle tespit edilebilecek olan suçun nitelendirmesine ilişkin hiçbir şekilde belirleme yapmamış olması, dosyanın ikinci defa aynı suç ile önüne gelmesine neden olmuştur ki bu arada neredeyse yaklaşık dört senelik bir zaman geçmiştir. Nitekim yerel mahkeme (Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi), dosyayı ikinci kez incelemiş ve 765 sayılı mülga TCK'nın 389. maddesinde düzenlenen tedbirsizlik veya meslek ya da sanatında tecrübesizlik, nizam ve emir ile kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demir yolu üzerinde kazaya neden olma suçu bağlamında sanıklar hakkında açılan davaların zamanaşımının dolması nedeniyle düşürülmesine karar vermiştir. Ancak bu durumda Yargıtay 2. Ceza Dairesi, 03.02.2014 tarihli kararıyla, sanıklara isnat edilen eylemin 765 sayılı mülga Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu kapsamında da değerlendirilebileceği

² Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II* (İstanbul: Beta, 1992), 485.

sonucuna varmış ve yerel mahkeme kararını bu defa suçun niteliği açısından bozmuş, dosya kapsamında 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen “taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu”nın yanında 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu”ndan da hüküm kurulabileceği sonucuna ulaşmıştır.

2.7. Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin esasen kolaylıkla tespit edebileceği suçun belirlenmesi noktasındaki bu hatasının ve keza Yargıtay 2. Ceza Dairesi’nin dosya ilk defa önüne geldiğinde dosyanın esasını ve dolayısıyla suçu incelemeksizin salt usulden inceleme yaparak dosyayı usulden bozması şeklindeki uygulamada sıkça yapılan hatalı yöntemin sonucu, dava zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle sanıklar hakkındaki davalarının düşmesine karar verilmesi yönündeki Yargıtay’ın 25.12.2019 tarihli kararıdır. Yargıtay, sanıklara isnat edilen fiilin 765 sayılı mülga Kanun’un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu kapsamında da değerlendirilebileceği sonucuna ulaştığı 03.02.2014 tarihli kararından yaklaşık 5 yıl sonraki kararıyla davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi yönünde bir karar vermek zorunda kalmış, bu suretle dosya kapsamında hiçbir sanığın ve ilgili kişinin cezalandırılmaması yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi’nin 26.07.2022 tarihli, *Burcu Demirkaya ve Yücel Demirkaya Başvurusu (2)* kararında, “...Neticede bu derece vahim sonuçları olan bir olayda kusurlu oldukları bilirkşi raporlarıyla tespit edilmesine karşılık cezai sorumluluğuna yargı organlarınca kesin olarak karar verilen kimse bulunmamaktadır. Bu durumda somut olayda yargı sisteminin yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesindeki caydırıcı rolünü yerine getirdiği söylenemeyeceği gibi olayın ciddiyeti karşısında yetkili makamlar tarafından gösterilen tepkinin derecesinin de yeterli olmadığı değerlendirilmiştir. İncelenen başvuruda başvuruçuların yaşam haklarının maddi ve usul boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir...” şeklindeki ifadelerle ortaya konulmuş, haklı bir şekilde trende yakınları zarar gören başvuruçuların yaşam haklarının maddi ve usul boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir.

2.8. Bu noktada yukarıdaki yer verilen olay ve neticeler açıkça göstermektedir ki yargı sistemimiz içerisinde bu tür bariz hatalar içeren kararlara imza atan ve birçok insanın önemli derecede hak ihlaline sebebiyet veren yargı organı mensuplarının, bu kararları nedeniyle sadece tazminat anlamında değil, ceza hukuku anlamında da sorumlu tutulabilmelerini sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç olduğu izahtan varestedir. Katılan veya vekilleri tarafından olayda 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen “taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu”ndan ziyade taksirle ölüme neden olma suçunun işlendiği ileri sürülmüş olmasına rağmen yerel mahkeme ve Yargıtay tarafından taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu, Yargıtay’ın 03.02.2014 tarihli kararına kadar ısrarlı bir şekilde hiçbir şekilde tartışılmamışsa bu durumda ilgili yargı mensuplarının mağdurların zarar görmesine neden olmak suretiyle yükümlülüklerini ihlal ettikleri ifade edilebilir.

3. Yukarıdaki bilgiler çerçevesinde yargılamaya konu tren kazası sonucu 37 kişinin hayatını kaybedip 90 kişinin yaralandığı olayda, “taksirle ölüme neden olma” suçunun düzenlendiği

765 sayılı TCK'nın 455'inci madde hükmü çerçevesinde bir değerlendirme yapılmalıdır. Söz konusu hükmün birinci fıkrası şu şekildedir:

“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur.”

Madde hükmünün ikinci fıkrası ise şu şekildedir:

“Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruhiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456 ncı maddenin 2'nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuş ise dört seneden on seneye kadar hapis ve 1.000 liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkum olur.”

Yargılama konusu olayda, ilgili kişiler hakkında nihai olarak verilen hükümlerin yerinde olup olmadığı hususu, yukarıda tanımına yer verilen taksirle ölüme neden olma suçu çerçevesinde değerlendirilecektir.

3.1. Taksirli suçun esası, 765 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmında değil, yine taksirle ölüme neden olma suçunun düzenlendiği 765 sayılı TCK'nın 455'inci maddede yer almaktadır. Buna göre madde hükmünde yer alan, *“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile”* şeklindeki ifadelerin, taksirli davranışa karşılık geldiği ifade edilmelidir. Bu suretle taksirli suçun esasının, kısaca *“özen yükümlülüğüne aykırılık”* olduğu açıkça belirtilebilir. Nitekim bu husus, 5237 sayılı TCK md. 22 hükmünde, *“Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla...”* şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da taksirli suçlar kapsamındaki davranışlar, değerden yoksun olmayıp özene aykırılık teşkil eder ve böylelikle norma aykırılık gündeme gelir. Bu açıdan taksirli suçlarda hareketin haksızlığı, özen yükümlülüğüne aykırılığa dayanır. Söz gelimi trafikte özensiz davranarak diğer kişilerin yaşamı üzerinde tehlike oluşturan bir kimsenin işlediği suç kapsamındaki hareketin teşkil ettiği haksızlık, bu özensiz davranıştan kaynaklanır.

3.2. *“Taksirli”* hareketi ya da *“taksirli olarak”* bir neticeye *“neden olmayı”* ceza yaptırımını altına alan her bir hukuk normu, salt belirli bir hareketin yapılma(ma)sını ya da genel olarak belirli neticelere neden olunmasını ceza yaptırımını altına almıştır. Söz gelimi taksirle öldürme suçu kapsamında yalnızca *“Dikkat ve özenin ihlali suretiyle, yani taksirle başkasının ölümüne neden olma”* ceza yaptırımını altına alınmıştır. Bununla birlikte bu suç tanımında yer alan *“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile ölüme neden olma”*nın ne anlam ifade ettiği, daha doğrusu hareket tanımı açık bırakılmıştır. İşte bu çerçevede kasıtlı suçlardan farklı olarak taksirli suçlarda neticeye taksirle neden olmanın tespit edilmesi için metodik olarak evvela hukuk düzeni tarafından somut durumda hangi davranışın gerekli olduğu ortaya konmalıdır. Dolayısıyla taksirli suçların her biri tipiklik dışındaki durum ve koşullar üzerinden tamamlanma ihtiyacının söz konusu olduğu kurallardır. Bu kurallar, bilhassa trafik gibi tehlikeli davranışların oldukça fazla olduğu alanlarda söz konusudur ki inceleme konumuz olan demiryolları bu alanlar arasında yer almaktadır. Buna uygun şekilde bu alanlara ilişkin normların mümkün olduğunca somutlaştırılmaya çalışıldığı ve uygun kuralların detaylı bir

şekilde belirlenmiş olduğu görülebilir. Böylece taksirli sorumluluk, riskin kontrol altına alınması ve fark edilebilir olması için genel beklenen güvenlik standartlarının sağlanmasını güvence altına alma fonksiyonunu yerine getirmiş olur.

3.3. Taksirli suçlar kapsamında özen yükümlülüğü, bireysel koşullardan bağımsız bir genelleştirme suretiyle standart hareket yapıları üzerinden normatif olarak belirlenir, somutlaştırılır. Esasen bu durum, başkasına ait belirli ya da belirlenebilir hukuki değerler açısından davranışın genel anlamda tehlikeliliğine bağlanmasını ifade eder. Nitekim bu husus, Türk Ceza Kanunu'nda taksire ilişkin hükmün madde gerekçesinde yer alan şu ifadelerden açıkça anlaşılmaktadır:

“Bu dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, failin kişisel yetenekleri göz önünde bulundurulmaksızın, objektif esastan hareket edilir. Nitekim toplum hâlinde yaşamının güvenli bir biçimde sürdürülebilmesi için, çeşitli alanlarda kişilerin dikkat ve özenli davranışlarıyla ilgili kurallar konmaktadır. İnşaat faaliyeti, sağlık hizmetlerinin yürütülmesi ve trafik düzeniyle ilgili kurallar, dikkat ve özen yükümlülüğüne örnek olarak gösterilebilir.”

Yargıtay kararında³ bu kurallar şu şekilde ifade edilmiştir:

“...Toplumsal yaşamda belli faaliyetlerde bulunan kimselerin başkalarına zarar vermemek için birtakım önlemler alması ve bazı davranış kurallarına uyma zorunlulukları bulunmaktadır. Bu kurallar, toplum olarak yaşama zorunluluğundan doğabileceği gibi, devletin müdahalesiyle de ortaya çıkabilmektedir. Taksirli suç, bu kuralların ihlal edilmesi sonucu belirir, fail tedbirli ve öngörülü davranmamış olduğu için cezalandırılır. Bu bakımdan sorumluluğun nedeni, öngörebilme imkân ve ödevinin varlığına rağmen sonuca iradi bir hareketle neden olmaktan kaynaklanmaktadır...”

3.4. Bu çerçevede özenin kaynağı, öncelikle uzun tecrübeler sonucunda elde edilen birikimle yetkili merciler tarafından öngörülen yazılı hukuk normları olabilir. Bunun yanında tecrübe ve deneyim sonucu oluşan teamüller de özenin kaynağı olabilir. Özen normları, her şeyden önce ceza kanununun bizzat kendisinde yer almaktadır. Buna göre yükümlülük, doğrudan ceza kanununda yer alan, bilhassa tehlike suçu niteliğindeki suç tiplerinden çıkartılabilir. Nitekim sarhoş şekilde motorlu araç kullanarak trafik güvenliğini tehlikeye düşürmek (5237 sayılı TCK md. 180; § 316 StGB) ve yine ateş yakarak mahallede yaşayan insanların hayatını tehlikeye düşürecek şekilde yangına neden olmak (5237 sayılı TCK md. 171), özen yükümlülüğüne aykırı bir davranıştır.

Özen normları, ceza kanununun dışındaki başka kanunlarda da yer alabilir. Bu kanunların birçoğunda yükümlülükler doğrudan yer verilerek kişilerden belirli bir şekilde hareket etmeleri beklenmektedir. Özen normlarının en çok düzenlendiği alan, kuşkusuz ki yan kanunlar, özel ceza kanunları ya da ceza içeren özel kanunlardır. Bu kanunların başında sürücüler açısından gerek hız (md. 50 vd.) gerek sollama ve park etme (md. 53, 54 vd.) anlamında birçok özen yükümlülüğünün öngörüldüğü 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu gelmektedir. Bununla birlikte bu yükümlülükler, yukarıda belirtildiği üzere kanunla değil, yönetmelik ve hatta genelge ile de öngörülmüş olabilir. Bu açıdan özen normlarının hangi yetkili merci tarafından öngörüldüğünün ya da toplumsal yaşamın hangi alanına ilişkin olduğunun bir önemi bulunmamaktadır.

³ YCGK, 16.10.2007, E. 2007/9-192, K. 2007/211 (Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Öldürme”. *Ceza Özel Hukuku, Kişilere Karşı Suçlar* içinde, C. II (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 268).

Tüm bunların yanında yazılı hukuki normların belirli bir çerçeve çizmediği durumlarda olayı irdeleyen hâkim tarafından, hareket özgürlüğüne dair menfaatlerle tehlikeden kaçınmaya dair menfaatlerin dengelenmesi suretiyle, somut olayda özene aykırı hareket edilip edilmediği belirlenmeye çalışılır. Dolayısıyla söz konusu özen normlarının dışında toplumsal hayatta yazılı ya da yazısız olan bazı kurallar, çeşitli meslek ve sanat alanlarında, gündelik yaşam içerisinde karşılaşılan olaylardaki tecrübe ve deneyim sonucu zaman içerisinde oluşan teamüller sonucunda şekillenir. Bunlar, sabit hale gelmiş davranış modelleri yahut genel tecrübe kuralları olarak anılır. Bunların her biri, hukuk normlarının yeterli olmadığı noktada devreye girerek özen yükümlülüğünün temelini oluşturur.⁴ Bu kurallar, hukuki düzenlemelerle belirlenen kurallara destek mahiyetinde olup normların içeriklerinin somutlaşması noktasında önemli bir etki gösterir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 177'nci maddesinde düzenlenen "Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması" suçunun temelini oluşturacak şekilde bir hayvanın bakımını üstlenen kişi açısından hayvanın diğer insanlara olası saldırılarını önlemesi yönünde aldığı ya da alacağı önlemler, tamamen teamüllerden kaynaklıdır.⁵

3.5. Bu bilgiler çerçevesinde öncelikle makinistler ve tren şefi bakımından, sonrasında ise TCDD yetkilileri açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna göre ilk olarak makinistlerin ve tren şefinin özen yükümlülüklerinin kaynağı üzerinde durulmalıdır. Kazanın meydana geldiği tarihte, trenin kullanılmasına ilişkin olarak kimin, hangi yönde bir yükümlülüğünün bulunduğu konusunda, "Trenlerin Hazırlanması ve Trafikine Ait Yönetmelik" hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Söz konusu "Trenlerin Hazırlanması ve Trafikine Ait Yönetmelik" kapsamında, "Trenlerde Görevlendirilecek Personel Sayısı" başlıklı 30'uncu maddede trenlerin türlerine göre trende bulundurulması gereken personeller belirtilmiştir. Kazaya konu trende, iki makinistin ve bir tren şefinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu noktada trende personel görevlendirilmesine ilişkin olarak gerekli yükümlülüğün yerine getirildiği belirtilebilir ki bu yükümlülük hem TCDD yetkilileri hem de tren şefi açısından söz konusudur.

3.6. Makinist, mevzuatla belirlenmiş çalışma süresi ve çalışma kuralları içerisinde emniyetli, konforlu ve ekonomik bir şekilde, iş sağlığı ve güvenliği, emniyet, çevre ve kalite standartları ile mevzuata, iş talimatına uygun olarak, tren setini teslim almak, sürmek, sevk ve idare etmek, tren seyrini, tren setinin kullanma talimatına, kalkış-varış tarifesine ve seyrüseferle ilgili tüm mevzuata uygun olarak yürütmek gibi yükümlülüklerin yanında görevli olduğu treni gerektiği şekilde idare etme görevini üstlenen kişidir. Nitekim kazanın gerçekleştiği tarihte, personellerin görevlerine ilişkin olarak hangi mevzuat hükümlerinin dikkate alındığı tarafımızca bilinmemekle birlikte günümüzde yürürlükte olan, "Trenlerin Hazırlanması ve İşletilmesinde Görev Yapan Personelin Görev, Yetki ve Sorumluluklarına Ait 205 Numaralı Genel Emir" in "Görev, Yetki ve Sorumluluklar" başlıklı İkinci Bölümü kapsamında Yüksek Hızlı Tren makinistinin görev, yetki ve sorumlulukları detaylı bir şekilde belirlenmiştir. Söz konusu 205 Numaralı Genel Emir'in 6'ncı maddesinde, "YHT makinistinin görev, yetki ve sorumlulukları" düzenlenmiştir. Buna göre Yüksek Hızlı Tren makinisti, "*Mevzuatla belirlenmiş çalışma süresi ve çalışma kuralları içerisinde emniyetli, konforlu ve ekonomik bir şekilde; iş sağlığı ve güvenliği, emniyet, çevre ve kalite standartları ile mevzuata, iş talimatına uygun olarak, tren setini teslim almak, sürmek, sevk ve idare etmek*" ile yetkili ve yükümlü kılınmıştır.

⁴ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2024), 261.

⁵ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: C.H. Beck, 2023), § 52 kn. 18.

3.7. Esasen makinistin, treni emniyetli, konforlu ve ekonomik bir şekilde, mevzuata, iş talimatına uygun şekilde idare etmek şeklinde bir yükümlülüğü haiz olduğu hususu, bu türden bir Emir ya da genelge bulunmasa dahi teamül (yerleşik uygulama) gereği de pekala ileri sürülebilir, temellendirilebilir. Zira bir trenin makinistinden o trenin işleten kişinin anlaşılması gerektiği, herkes tarafından bilinebilecek temel bir tanımdır. Bir yerin işleteni, tabii olarak o yerin işletilmesinden sorumlu kişidir. Şu halde bir treni işleten kişinin makinist olduğu yönündeki bilgi karşısında trenin hızının artırılmasından ya da azaltılmasından, yani hız ayarlarının belirlenmesinden makinistin sorumlu olduğu ifade edilebilir. Nitekim günümüzde geçerli olan 205 Numaralı Genel Emir'in 7'nci maddesine göre trenin emniyetli, konforlu ve ekonomik bir şekilde, mevzuata, iş talimatına uygun şekilde idare edilmesi yönündeki yükümlülüğün bütün tren makinistleri bakımından öngörüldüğü göze çarpmaktadır. Bu noktada soruşturma aşamasında hazırlanan bilirkişi raporundaki, *"raydan çıkan trenin tarife kitapçığında (livre) olay yerinde yapılabilecek hızın 80 km/h olarak yazılı olduğu, tren raydan çıktığında hızının 130 km/h olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla sorumlu makinistlerin trenin hızını kitapçığa göre ayarlamadıkları"* şeklindeki tespitler dikkate alındığında kaza esnasında treni idare etmekte olan birinci makinistin kaza anında treni 130 km hızla kullandığı ve fakat tarife kitapçığına göre kazanın olduğu yerde treni en fazla 80 km hızla kullanabileceği, bu çerçevede gerekli hız sınırına uymayarak özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla *"Olay sırasında treni kendisinin kullandığı, normal hızla seyretmekte iken 183/100 km'ye geldiğinde fren yaptığı ve virajı normal şekilde geçtiği, o sırada çekme olduğu ve aynadan baktığında 2. vagonun 1. vagondan koptuğu, 2. vagon dahil olmak üzere vagonların devrildiklerini gördüğü..."* şeklinde savunmada bulunan makinist F.K.'nın taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olma suçu (765 sayılı TCK md. 455/2) bakımından hareketinin bulunduğu, bununla birlikte neticeyi öngörüp öngörmediği noktasında ayrıca bir değerlendirme yapmanın mümkün olduğu ifade edilmelidir.

3.8. Treni kullanmakta olan makinistin özen yükümlülüğü belirlendikten sonra bu defa ikinci makinist bakımından bir değerlendirme yapılmalıdır. Burada gerek mahkeme kararlarında gerekse bilirkişi raporunda gerekse kendi savunmasında makinistin, ikinci makinist olarak anıldığı görüldüğünden incelemede söz konusu makinistten "ikinci makinist" olarak bahsedilmektedir. Bu noktada söz konusu makinistin başmakinist olmadığı, keza kaza esnasında treni kullanmakta olan makinistin de başmakinist olmadığı, buna göre makinistler arasında bu yönde hiyerarşik olarak bir ilişkinin bulunmadığı, bilakis treni kullanan makinistin sırf treni kullanmakta olduğu için birinci makinist, diğerinin ise birinci makinistin yanında bulunması nedeniyle ikinci makinist olarak zikredildiği anlaşılmaktadır. Bir defa inceleme kapsamında makinistler arasında herhangi bir ast-üst ilişkisinin bulunmuyor olması, eşdeğer nitelikte olmaları oldukça önemlidir. Zira treni bizzat kullanan kişi olmamasına rağmen ikinci makinistin, birinci makinistin özen yükümlülüğüne uygun hareket etmemesi nedeniyle meydana gelen kazadaki ölüm ve yaralanmalardan, yani taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olma suçu (765 sayılı TCK md. 455/2) bakımından sorumlu tutulup tutulamayacağına ve sorumlu tutulacaksa hangi ölçüt çerçevesinde sorumlu tutulacağına ilişkin değerlendirme açısından kişiler arasındaki ilişkinin niteliği önem arz etmektedir. İşte buna ilişkin irdeleme, taksirli suçlarda "güven prensibi" bağlamında yapılmalıdır. Nitekim ikinci Makinistin, *"yollarına devam ederlerken hatta diğer sanığın bir ara livredeki hıza uyduğunu beyan ettiğini, o sırada kendisinin ikinci makinist konumunda olduğunu, livrenin treni kullanan birinci makinistin önünde olduğundan kendisinin göremediğini, viraja normal şekilde girdiklerini"* şeklindeki ifadeleri dikkate

alındığında, ikinci makinistin yükümlülüğünün çerçevesi ancak güven prensibine göre belirlenebilir. Bu hususa ilişkin olarak gerekli incelemeye güven prensibine dair teorik açıklamaların ardından yer verilecektir.

3.9. Tren şefi, trende görev yapan, makinistler de dahil olmak üzere bütün personelin üstü konumundadır ve bu anlamda trenin denetiminden ve gözetiminden sorumlu kişidir. Nitekim 205 Numaralı Genel Emir'in 6'ncı maddesinin dördüncü fıkrasında makinistin trendeki görevi esnasında tren şefine ve varsa başmakiniste karşı sorumlu olduğu açıkça belirtilmiş, bu suretle tren şefinin trendeki hizmet esnasında bütün kişilerin amiri konumunda bulunduğu ifade edilmiştir. Yine günümüzde geçerli olan 205 Numaralı Genel Emir'in 5'inci maddesine göre tren şefi bakımından somut olay açısından oldukça önemli olan bir yükümlülüğün öngörüldüğü dikkat çekmektedir. Buna göre maddenin birinci fıkrasının (m) bendi çerçevesinde tren şefi, *"Dikkatini trenin emniyetle seyrine vermek, diziye gözetim altında tutmak, makinistin kalkış-varış tarifesi, ilgili modeller ve mevzuatta belirtilen hız sınırlarına uyduğunu izlemek"* ile yetkili ve görevlidir. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre tren şefinin, görev yaptığı trende görevli tüm personelin amiri olduğuna açıkça yer verilmiştir. Kuşkusuz ki 205 Numaralı Genel Emir'de yer alan bu hükümler bulunmasa bile tren şefinin trende amir konumunda olup trende görevli tüm personel üzerinde bir denetim ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğu hususunun demiryolları hizmetinde bulunan herkes bakımından teamülün bir gereği olduğu pekala ileri sürülebilir. Nihayetinde yukarıda görüleceği üzere günümüzde mevcut olan düzenlemede dahi makinistin, trendeki görev esnasında tren şefine ve varsa başmakiniste karşı sorumlu olduğu belirtilerek esasen tren şefi ile başmakinist üst konuma yerleştirilmiş, buradan hareketle eğer trende başmakinist yoksa tren şefi tek başına trenin hiyerarşik olarak en üst amiri olarak telakki edilmiştir. Böylelikle her ne kadar bilirkişi raporunda tren şefi K.C.'nin ilgili mevzuat uyarınca seyir kontrolü ile ilgili bir görevi bulunmadığından kusurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmışsa da trenin en üst amiri konumunda sayılabilecek olan tren şefinin somut olaydaki özen yükümlülüğünün kapsamı ve buna uygun hareket edip etmediği, aşağıda yer alan güven prensibine ilişkin açıklamaların ardından belirlenmeye çalışılacaktır.

3.10. Son olarak TCDD yetkilileri açısından bir değerlendirme yapılacak olursa, öncelikle bu kişilerin kim ya da kimler olduğuna ilişkin kesin bir açıklama yapılmayacağı belirtilmelidir. Bu incelemede bu kişi(ler)den yalnızca *"TCDD yetkilisi kişiler"* olarak bahsedilecektir. Dolayısıyla bu incelemede, eldeki kısıtlı bilgi çerçevesinde ancak bu şekilde bir değerlendirme ile yetinilecektir. Bir defa TCDD yetkilisi kişiler açısından özen yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı noktasında bir incelemenin yapılma nedeni, bilirkişi raporunda yer alan şu açıklamalardır:

"...trenin raydan çıktığı yerin bir dönemeç (kurba) kesimi olduğu, olay yerinde, rayların eski ve yıpranmış olduğu, traverslerin taşıma gücünün olması gerekenden az olduğunu gösteren deray izlerinin görüldüğü, üstyapının hat işletim-proje hızında yerine getirmesi gereken şartname koşullarına tam uyumlu olmadığı, dolayısıyla statik ve dinamik yüklere karşı tam güvenliği sağlamadığının gözlemlendiği, raydan çıkmanın meydana gelmesinde dönemeç kesimine yüksek hızla girilmesinin yanı sıra bu kesime ait üstyapının (ray, travers, balast, küçük malzemeler, balast altı tabakalar ve makaslar, kruazman vb. gibi üstyapı tesisleri) statik ve dinamik dayanımının yetersizliğinin, bir başka deyişle fiziksel ve muhtemelen geometrik bozukluğunun etkisinin olduğu, özellikle

Arifiye-Eskişehir arasında küçük dönemeç yarıçapları nedeniyle hızların sık aralıklarla değiştiğinin görüldüğü, bu denli değişik hız uygulamalarının seyir kontrolünü zorlaştırıcı etki yaratarak seyir güvenliğini önemli ölçüde azaltacağı, küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirlerin alınması gerektiği, sistemin bu türden kontrol düzenekleri ile donatılmamış olmasının olayın meydana gelmesine etkisinin bulunduğu, olay yerindeki üstyapının yeterli bakım ve onarımının yapılmamış olması ve değişik yarıçaplı dönemeçler nedeniyle ortaya çıkan sık aralıklı hız değişimini güvenli bir seyir kontrolü ile gerçekleştirecek sistemlerin bulunmamasının kazanın oluşumunda 4/8 oranında etkili olduğu..."

3.11. Bilirkişi raporunda yer verilen bu bilgiler, kaza esnasında treni kullanmakta olan 1. Makinist F.K.'nın, "14 yıldan beri normal trenlerde makinistlik yaptığı ve hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığı, daha önce hiç kullanmadığı ve ilk seferi olduğu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığı, hızlandırılmış tren ile normal tren arasında en büyük farklılığın hızlı trende süratin belli yerlerde yükselip belli yerlerde yavaşlamasından ibaret olduğu ve bu sürelerin kısa olduğu" yönündeki savunması ile birlikte dikkate alındığında, kuşkusuz ki TCDD yetkilisi kişiler bakımından özel bir incelemenin yapılması bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte gerek TCDD yetkilisi kişilerin kaza öncesinde ve esnasında trenle olan ilişkilerinin diğer kişilere göre daha uzak olması nedeniyle gerekse trende yetkili kişilerin görevlendirilmiş olması ve ayrıca trenin tarife kitapçığında (livre) olay yerinde yapılabilecek hızın belirlenmiş olduğu yönündeki bilgi çerçevesinde tıpkı 2. Makinist ve tren şefinde olduğu gibi bu inceleme de aşağıda yer alan güven prensibine ilişkin açıklamaların ardından yapılacaktır.

4. Esasında özen yükümlülüğü, daha önce ifade edildiği üzere başka kriterlerle somutlaştırılmakta, böylece yükümlülüğün kapsamı daha belirgin hale gelmektedir. İşte kanunda açıkça yer almamasına rağmen yorum yoluyla özen yükümlülüğünün kendi içerisinde sınırlandırılmasını yahut bazen genişletilmesini ve bu suretle somutlaştırılmasını sağlayan önemli bir yardımcı kriter daha geliştirilmiştir: İzin verilen risk bağlamında güven prensibi.

En basit örnek olarak ateşli silah ve reçetesiz kullanıldığında tehlikeli olabilecek nitelikteki ilaç üretimi gibi birçok insan davranışı, faydalı amaçların yanında amaçlanmayan muhtemel hukuki değer ihlalleri ile yan yana ilerlemesine rağmen faydalı olması nedeniyle hukuken "izin verilen" konumda bulunmakta, böylece toplumda rahatlıkla sergilenebilmekte ve özene aykırı görülmemekte, dolayısıyla haksızlık teşkil etmemektedir.⁶ Bu risklerin ortaya çıkmaması için bu hareketlerin gerçekleştirilmesinden vazgeçilecek olursa, bu davranışlarla toplumsal yaşamın kolaylaşması yönünde meydana gelecek faydalar sağlanamamış olacaktır. Bu nedenle bu davranışlarla toplumsal anlamda elde edilecek kesin faydalar ve ortak menfaat uğruna olası bazı risklere katlanılmakta ve bu hareketleri gerçekleştiren kişiler, davranışlarının "kaçınılmaz" sonuçları nedeniyle kınanmamaktadır.

⁶ Kayhan İçel, *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk* (İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967), 144, 145.

4.1. Bu çerçevede güven prensibi, şahsi sorumluluk prensibi bağlamında izin verilen riskin bir görünüm şekli, uygulanma biçimidir ve hiç kimsenin başkasının fiili nedeniyle ceza sorumluluğunun bulunmadığı yönündeki Anayasal düzenlemenin (md. 38) ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan, "*Ceza sorumluluğu şahsidir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz.*" şeklindeki hükmün (md. 20) karşılığıdır.⁷ Güven prensibi, Yargıtay kararında⁸ şu ifadelerle ortaya konmuştur:

"...Diğer yandan birden çok kişinin faaliyetinin iştiraki söz konusu olduğu durumlarda, taksir sorunu, başkalarının doğru biçimde davranacağına güven ilkesi ile çözümlenmelidir. Böylece disiplinler arası bir ekip çalışmasında, herkes diğerlerinin doğru hareket ettiğine güvenmek zorunda olduğundan, grupta çalışanlardan her biri sadece kendi faaliyet tipine ait meslek kurallarına uyulmasından sorumludur."

4.2. Güven prensibine uygun şekilde hareket eden kişinin, özene aykırı davranışından söz edilemez. Bu prensip, kural olarak yükümlülükleri çerçevesinde hareket eden kişinin, aksinin kabulü için somut bir emare bulunmadığı, ciddi bir neden⁹ göze batmadığı süreçte trafikte bulunan yaya ya da yolcuların yahut iş birliği içerisinde görev yaptığı diğer kişilerin kendisi gibi özene uygun hareket ettikleri düşüncesiyle, bu kişilere güvenerek davranış sergilemesine izin verilmesini ifade eder.¹⁰ Böylece bu prensibe göre diğer kişilerin de özene uygun hareket edeceklerine güvenerek davranış sergileyen her bireyin, kural olarak kendi hareketinden kendisinin sorumlu olduğu esas alınır ve dolayısıyla hiç kimse, başkasının özene uygun hareket edip etmediğini dikkate alma ya da kendisini olası özene aykırı hareketlerine göre ayarlama ihtiyacı duymaz.¹¹ Öyle ki aksi durumda başta ulaşım araçlarının kullanımı ile akıcı trafiğin sağlanması olmak üzere, toplumsal yaşamda modern faaliyetlerin icrası ve cerrahi operasyonlar, bina inşaatı gibi ortak faaliyetler ya mümkün olmaz ya da katlanılmaz şekilde zorlaşır, ki bu noktada izin verilen risk düşüncesinde olduğu gibi menfaatlerin dengelenmesi yoluna gidilmelidir.¹²

4.3. Özellikle trafikte gündeme gelen bu prensip, ameliyatlarda olduğu gibi yatay ve dikey anlamda iş birliği içerisinde gerçekleştirilen ve çok fazla kişinin tehlikeyle ilgili ya da sorumlu olduğu durumlarda da gündeme gelebilir.¹³ Bu çerçevede inceleme konusu olayda

⁷ Yener Ünver, "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008* (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008), 898; Elvan Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 101.

⁸ YCGK, 16.05.2000, E. 2000/9-104, K. 2000/110 (Yakup Gökhan Doğramacı, *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İşbirliği ve Güven İlkesi* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016), 104).

⁹ RGSt 12, 81 (Heribert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen* (Tübingen: J. C. B. Mohr, 1986), 12); BayObLG VRS 28, 140 (Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht* (Berlin: Walter de Gruyter, 1969), 133).

¹⁰ Hans Welzel, *Fahrlässigkeit und Verkehrdelikte* (Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1961), 18; Yener Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998), 338; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 92.

¹¹ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 133.

¹² BGHSt 4, 47 (Joachim Renzowski, "Strafrechtliche Haftung bei Arbeitsteilung am Bau", *Strafverteidiger* (2009): 443).

¹³ Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, s. 133; Manfred Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt* (Wien: Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974), 63; Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, s. 345; Mahmut Koca and İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin, 2024), 209; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 92.

işbirliği içerisinde hareket edilerek sürdürülen bir işlemde söz edilebilir. Dolayısıyla iş bölümü içerisinde yapılan faaliyetlerde güven prensibi bağlamında özel bir irdelemenin yapılması gerekir. İş birliği halinde yapılan işlerde, iletişim, koordinasyon, nitelik ve yetki paylaşımı konularında eksiklikler ortaya çıkabilmekte, bunlar da olumsuz neticelere yol açabilmektedir.¹⁴ Elbette herkesin her an diğer çalışanların özen yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerini dikkate almak durumunda kaldığı bir çalışma alanında, iş birliği içerisinde çalışmadan söz edilemez.¹⁵ Bu noktada genel olarak birden fazla kişiyle birlikte faaliyete katılan bir kişinin, iş bölümü çerçevesinde yapılan işin kendi sorumluluğunda olan kısmını yaparken diğer kısımlarını iş arkadaşlarının hatasız şekilde yapacaklarına güvenerek terk edebilmesine ancak belirli koşullarda imkân veren, müsaade eden kurum, tam olarak güven prensibidir.¹⁶ İş bölümü içerisinde gerçekleştirilen bu tür faaliyetlerde yatay ve dikey çalışma ilişkisi içerisinde bulunan kişilerin varlığından söz edilebilir.¹⁷ Burada iş bölümü içerisinde faaliyet gösteren her bir kişinin yükümlülüğünün belirlenmesi, ilgili meslek alanının uzmanından destek alınarak bu alanın kuralları bağlamında bir değerlendirmenin yapılması gerekir.¹⁸ Bunun için iş birliği içerisinde yapılan faaliyetlerde mutlaka yatay ve dikey ilişki dikkate alınmalıdır.¹⁹

4.4. İşbirliği içerisinde gerçekleştirilen faaliyetlerde yatay ve dikey olmak üzere iki tür ilişki bulunmaktadır. Buna göre aynı derecede bulunan ve aynı yetkilere sahip birden fazla eş zamanlı hareket eden kişiler arasında söz konusu olan **yatay iş bölümünün** varlığı halinde nasıl bir değerlendirmenin yapılacağı ele alınmalıdır. Bu iş bölümü esasına dayalı çalışma şeklinde, bir hiyerarşi ilişkisi ve dolayısıyla emir alma-verme bulunmamaktadır.²⁰ Bu çerçevede birinci makinist ile ikinci Makinist arasındaki ilişki yatay ilişki olarak görülebilir. Şu halde treni kullanmakta olan birinci makinistin yanında bulunan ikinci makinistin sorumluluğu, yatay ilişki kuralları çerçevesinde belirlenmelidir.

Her şeyden evvel yatay ilişkide güven prensibi, farklı uzmanlık alanlarında eş zamanlı olarak hareket eden kişiler açısından geçerli görülmektedir. Bunun tıp hukukundaki en tipik örneği, anestezi uzmanı ile cerrahi uzmanı gibi farklı uzmanlık alanlarında bulunan aynı dereceli kişilerdir. Nitekim Alman Federal Yüksek Mahkemesi, operasyonlarda operasyona katılan farklı alanlarda görev yapan uzman hekimlerin kural olarak diğerinin “uzmanlık bölümünden hareketle meslektaşının kusursuz iş birliğine güvenebileceğini”²¹ açıkça ifade

¹⁴ Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis* (Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller, 1988), kn. 139.

¹⁵ Günter Stratenwerth, “Arbeitsteilung und Ärztliche Sorgfaltspflicht”, in *Festschrift für Eberhard Schmidt* (1961): 388.

¹⁶ OLG Naumburg 14.09.2004 – 1 U 97/03, MedR 2005, 232 (Gunnar Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1* (München: C. H. Beck, 2020), § 15 kn. 147); Burgstaller, *Das Fahrlässigkeitsdelikt*, 63; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 99.

¹⁷ Duttge, “Vorsatz und Fahrlässigkeit”, § 15 kn. 147.

¹⁸ Gunnar Duttge, “Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit”, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (2009): 145.

¹⁹ Berrin Akbulut, “Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008* içinde (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008): 289.

²⁰ Doğramacı, *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İşbirliği ve Güven İlkesi*, 68.

²¹ BGH NJW 1980, 649, 650 (Claus Roxin and Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I* (München: C.H. Beck, 2020), § 24 kn. 25; Hans-Heinrich Jescheck and Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, (Berlin: Duncker&Humblot, 1996), § 55 I 3e); Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 102.

etmiştir. Şu hâlde anestezi uzmanı ile operatörün sorumluluk alanları farklı olup bir ameliyatta birbirlerinin teşhis ve tedavi yöntemlerine güvenerek hareket etmeleri bakımından güven prensibi ve dolayısıyla “bireysel-münferit bütüncül sorumluluk prensibi”²² gündeme gelebilir,²³ ki bu aynı zamanda bir ihtiyaçtır.²⁴

Bununla birlikte aynı uzmanlık alanında aynı derecede olup birbirini zamansal anlamda takip eden, yani iş bölümü içerisinde “eş zamanlı hareket etmeyen” kişiler arasında güven prensibi kabul edilmemelidir. Öyle ki bu durumda herkes aynı tehlikeyle yüzleşmekle yükümlüdür ve hiç kimsenin başka bir kişiye bu derece güvenmesine müsaade edilmez.²⁵ Dolayısıyla kişiler farklı uzmanlık alanında ve eş zamanlı olarak hareket ediyorlarsa güven prensibinden hareketle birbirlerinin hukuka uygun hareket edeceklerine dair bir güven içerisinde hareket etmelerine müsaade edilecekken aynı durum aynı görevi yerine getirmek durumunda olan kişiler açısından geçerli görülemez.

4.5. Tüm bu bilgiler çerçevesinde mevcut olayda, esasen her ikisi de tren makinisti olan ve aynı anda, eş zamanlı olarak birlikte kabinde bulunarak yolu izlemekte olan iki makinistin aynı uzmanlık alanında eş zamanlı olarak görev yapan iki kişi olduğu ifade edilebilir. Bu makinistler arasındaki tek fark, birinin kaza esnasında treni kullanan kişi olması, diğerinin ise yanında bulunuyor olmasıdır. Hatta o kadar ki, tren şefi olan K.C.’nin savunmasında yer alan, “...ayrıca tren defterinde birinci makinist olarak R.S.’yi yazdığını, ancak kaza sırasında treni F.K.’nin kullandığını, her ikisinin de makinist sıfatı taşıdığını ve her ikisinin treni kullanma yetkilerinin olduğunu beyan etmiş...” şeklindeki ifadeler de esasen her iki makinistin benzer yükümlülüğe sahip olduğunu doğrulamaktadır. O esnada trenin hangisi tarafından kullanıldığından ziyade her ikisinin de tren idare edilirken gerekli denetimi ve gözetimi yerine getirip getirmediği önem arz etmektedir. Buna göre ikinci makinist, birinci makinistin treni hız sınırına uygun şekilde kullandığına güvenemez. Bu anlamda ikinci makinist, birinci makinistin treni nasıl kullandığını mutlak surette takip etmeli, özene aykırı bir durum tespit ettiğinde derhal uyarıda bulunmalı, uyarısına karşılık bulamadığında da gerekirse müdahalede bulunmalıdır. Nitekim bilirkişi raporunda, birinci makinist F.K.’nin trenin hızını gerektiği gibi ayarlamayarak seyir kontrolü için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle 3/8 oranında kusurlu olduğu, ikinci makinist R.S.’nin ise birinci makinisti hız konusunda uyarmaması nedeniyle 1/8 oranında kusurlu olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir ki bu sonuç da ikinci makinist R.S.’nin güven prensibine dayanamayacağını ortaya koymaktadır.

4.6. Ayrıca bu noktada birinci makinist olan F.K.’nin sağ tarafında oturmakta olan ikinci makinist R.S.’nin, “yollarına devam ederlerken hatta diğer sanığın bir ara livredeki hıza uyduğunu beyan ettiğini, o sırada kendisinin ikinci makinist konumunda olduğunu, livrenin treni kullanan birinci makinistin önünde olduğundan kendisinin göremediğini, viraja normal şekilde girdiklerini” şeklindeki beyanı özel olarak dikkate alınmalıdır. Görüldüğü üzere ikinci makinist, birinci makinistin bir ara hız sınırına uygun hareket ettiğini tespit etmiş, takibini

²² Duttge, “Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit”, 146.

²³ Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (München: Vahlen, 2017), § 17 kn. 38; Duttge, “Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit”, 146.

²⁴ Daniel Neuhofer, “Arbeitsteilung bei Bauprojekten – Strafe für die Fehler der anderen?”, in *Festschrift für Burkhard Messerschmidt* (München: C.H. Beck, 2018) 235.

²⁵ BGHSt 47, 224 (Ingeborg Puppe, “Begehen durch Unterlassen”, in *Nomos Kommentar, Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen Strafbuch, Band 1* (Nomos, 2017), vor §§ 13 kn. 164).

gereği gibi yerine getirmiştir. Buna karşılık ikinci makinist, sonrasında livre trenin kullanan birinci makinistin önüne olduğu için hız sınırına uyup uymadığını göremediğini belirtmiş, bu suretle esasen kaza anında ve bu ana yakın zamanda birinci makinistin hız sınırına uyup uymadığını gözden kaçırdığını ortaya koymuştur. Nitekim bilirkişi raporunda, kaza anında trenin gitmesi gereken hız sınırı olan 80 km hızın çok üstünde bir hızla, yani 130 km hızla gittiği yönünde bir tespit yapılmıştır. Dolayısıyla ikinci makinistin, birinci makinistin olay anında hız sınırına uygun hareket etmediğini bilmemesinin, öngörmemesinin mümkün olmadığı, buna rağmen ifadesinin doğru kabul edilmesi halinde dahi özene uygun hareket etmediği yönünde bir tespit yapılabileceği pekala belirtilebilir.

4.7. İşbirliği içerisinde gerçekleştirilen faaliyetlerdeki ilişkilerden bir diğeri, dikey ilişki olup mevcut olayda makinistlerle tren şefi arasındaki ilişki bu türden bir ilişki olarak nitelendirilebilir. Benzer şekilde makinistlerle tren şefi ve TCDD yetkilisi kişiler arasındaki ilişki de dikey ilişki türünden görülebilir. **Dikey iş bölümünün** geçerli olduğu bu ilişki türünde de kural olarak güven prensibi geçerlidir. Dikey işbirliği, belirli uzmanlık alanları içerisinde kurul ya da emir üzerinden görev dağılımını ifade eder ve kişiler arasında belirli bir ast-üst şeklindeki hiyerarşi ilişkisini gerekli kılar.²⁶ Bu çerçevede tren şefi, kendi sorumluluk alanında her türlü yetkiye sahip olup bu alanda gerçekleşen her işlem açısından sorumlu olur.²⁷ Bu noktada her şeyden önce üst konumdaki kişinin esas itibarıyla seçme, bilgilendirme, gözetleme ve organize etme konularında özenli davranması gerekir.²⁸ Nitekim mevcut olayda tren şefi olan K.C.'nin savunmasında yer alan, *“tren defterinde birinci makinist olarak R.S.’yi yazdığını, ancak kaza sırasında treni F.K.’nin kullandığını, her ikisinin de makinist sıfatı taşıdığını ve her ikisinin treni kullanma yetkilerinin olduğu”* yönündeki ifadeleri de esasen treni hangi makinistin kullanacağı konusunda bir yetkisinin bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla olayda yüksek hızlı tren sistemine yeni geçilmiş olduğu ve hatta kazanın gerçekleştiği bu yolculuğun makinistlerin ilk yüksek hızlı tren sürüşleri olduğu dikkate alındığında söz gelimi bu makinistlerden birinin bunu yapamayacağı açık olduğu halde sürüş görevini diğerine vermesi gerekirken yapamayacağı açık olan makiniste vermesi, özene aykırı bir davranış olarak görülebilir. Ancak tren şefi, her iki makinistin de treni kullanma yetkisinin bulunduğunu belirterek esasen her iki makinistin de eş değer olduğuna işaret etmiştir. Bu açıdan tren şefi bu konuda özene aykırı bir davranışının bulunmadığını belirtmek istemiştir.

4.8. Bu noktada tren şefinin, *“tren defterinde birinci makinist olarak R. S.’yi yazdığı, ancak kaza sırasında treni F.K.’nin kullandığı”* yönündeki ifadesi ayrıca değerlendirilmelidir. Zira tren şefinin defterine yazdığı ile gerçek durum uyuşmamaktadır. Buna göre treni F.K. değil de tren şefinin deftere yazdığı şekilde R.S. kullanmış olsaydı belki de kaza gerçekleşmeyebilirdi. İşte bu türden bir yaklaşımla tren şefinin sorumluluğuna gidilebilir mi? Bu soru, treni kullanmakta olan birinci makinist F.K.’nin, *“14 yıldan beri normal trenlerde makinistlik yaptığını ve hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını, hızlandırılmış tren ile normal tren arasında en büyük farklılığın hızlı trende süratin belli yerlerde yükselip belli yerlerde yavaşlamasından ibaret olduğunu ve bu sürelerin kısa olduğu”* şeklindeki ifadesi çerçevesinde özel bir önem arz etmektedir. Çünkü ne kadar tecrübeli

²⁶ Neuhöfer, “Arbeitsteilung bei Bauprojekten – Strafe für die Fehler der anderen?”, 235.

²⁷ Neuhöfer, “Arbeitsteilung bei Bauprojekten – Strafe für die Fehler der anderen?”, 235.

²⁸ RGSt 19, 204 (Reinhart Maurach and et. al., *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2* (München: C.F. Müller, 2014), § 43 kn. 91); Ünver, “Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi”, 884; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 101.

olursa olsun, hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını belirten F.K.'nın bu durumu karşısında şayet diğer makinist R.S. bir eğitim almış ya da daha evvel bu türden bir tren kullanmış ise bu durumda kuşkusuz ki treni, tren şefinin deftere ismini yazdığı makinistin kullanması pekala önem arz eder hale gelir. Ancak her iki makinist de tren şefinin ifadesinde belirttiği gibi benzer durumda ise bu durumda, *"Treni F.K. değil de tren şefinin deftere yazdığı şekilde R.S. kullanmış olsaydı belki de kaza gerçekleşmeyebilirdi."* şeklindeki cümle, varsayımsal olmaktan öteye geçmeyecek, salt bu durum tren şefinin özene aykırı hareketinin bulunduğu yönünde bir tespiti mümkün kılmayacaktır.

4.9. Bunların dışında tren şefinin, trenin seyir halindeyken hızını kontrol etmekle yükümlü olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir defa daha evvel sıklıkla adı geçen ve günümüzde yürürlükte olan 205 Numaralı Genel Emir'in "Tren Şefinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları" başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan, *"Dikkatini trenin emniyetle seyrine vermek, diziyi gözetim altında tutmak, makinistin kalkış-varış tarifesi, ilgili modeller ve mevzuatta belirtilen hız sınırlarına uyduğunu izlemek"* şeklindeki hüküm gereğince günümüzde tren şefinin bu şekilde bir yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Bununla birlikte bilirkişi raporunda, tren şefi K.C.'nin ise ilgili mevzuat uyarınca seyir kontrolü ile ilgili görevi bulunmadığından kusuru olmadığı kanaatine ulaşılmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda kazanın gerçekleştiği tarihte tren şefi açısından bu şekilde bir yükümlülük öngören somut bir normun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen daha önceki açıklamalarda yer verildiği üzere özen yükümlülüğünün temeli her zaman normlardan kaynaklı olmak zorunda değildir. Nitekim bazı durumlarda özen yükümlülüğü, teamüller sonucu ortaya çıkabilir. Buna göre yola çıkmadan önce trenin hangi bölümlerde kaç kilometre hızla gideceğine dair livrelerin kendisine de verildiğini ve olay günü livreleri aldığını belirten tren şefine söz konusu livrelerin verilmiş olması, kendisinin de bu yönde bir kontrol yükümlülüğüne sahip olduğu şeklinde açıklanabilir. Zira tren şefinin bu şekilde bir yükümlülüğü bulunmadığı takdirde trenin hangi bölümlerde kaç kilometre hızla gideceğine dair livrelerin kendisine verilmesinin ne anlam ifade ettiği belirsiz kalmaktadır. Tren şefi, yolculuk esnasında bulunduğu birinci vagondan lokomotif geçmesinin mümkün olmadığını belirtmiş ve kumandada yer alan makinistlerle doğrudan bir irtibatının bulunmadığına yer vermiştir. Bununla birlikte tren şefinin ifadesinde belirttiği hız kontrolünü yapabileceği ara salona geçişi yolculuk esnasında mümkünse ve fakat belirli aralıklarla bu kontrolü gerçekleştirmemişse bu durumda pekala özene aykırı davranışından söz edilebilir. Şu halde olayda tren şefinin ifadesinde yer alan ara salona trenin hareket etmekte olduğu esnada geçişinin mümkün olup olmadığı ve geçişi mümkünse bu salona gidip hız kontrolünü belirli aralıklarla gerçekleştirip gerçekleştirmediği tespit edilmeli, bu suretle sorumluluğu noktasında bir sonuca ulaşılmalıdır. Nihayet tren şefinin, trenin hangi yerde kaç kilometre hızla gideceğine dair livrelerin kendisine verildiği ve olay günü livreleri aldığı, bunu denetlemesinin mümkün olmadığı yönündeki beyanı, kişinin özene aykırı davranışının bulunmadığından ziyade ancak neticeyi önlemesinin beklenebilir olmadığından bahisle kusurunun bulunmadığı yönünde yorumlanabilir. Dolayısıyla kişinin özene aykırı hareketinin bulunduğu yönünde bir tespit yapılsa da olayın koşulları çerçevesinde kişinin kusurunun olmadığı sonucuna ulaşılması pekala mümkündür. Ancak bu incelemeyi, dosyayı inceleyen hakimin bizzat kendisinin yapması, bilirkişilerin yapmaması gerekmektedir.

5. Nihayet karar incelemesi kapsamında TCDD yetkilisi kişiler bağlamında bir inceleme yapılmalıdır. Zira olayda ilk olarak Sakarya Cumhuriyet Başsavcılığı, makinistlere yardımcı olacak otomatik ya da yarı otomatik kontrol sistemlerinin kurulması gerektiği hâlde kurulmadığı ve üstyapıda eksikliklerin kazanın meydana gelmesinde rol oynadığı iddiası ile TCDD yetkilileri hakkında yürütülen soruşturmada yetkisizlik kararı vermiş ve soruşturma evrakını Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na göndermiş, ikinci olarak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca Ulaştırma Bakanlığı'ndan ilgili kişiler hakkında soruşturma izni verilmesini talep etmiş, üçüncü olarak Ulaştırma Bakanlığı, 04.10.2004 tarihinde TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiş, tüm bunlara rağmen soruşturma izin kararına yapılan itirazı değerlendiren Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 16.03.2005 tarihinde verdiği kararda, *“olayın niteliği itibariyle ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K'nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı”* şeklindeki gerekçeyle itirazın kabulüne ve S.K. hakkındaki soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın kaldırılmasına karar vermiştir. Bununla birlikte özellikle ifade etmek gerekir ki tarafımızca söz konusu karara ulaşılamamış olmakla birlikte kuvvetle muhtemel yetkili kişi olan S.K. hakkında görevi kötüye kullanma suçundan bahisle bir soruşturma izni talep edilmiştir. Nitekim olayda Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'na değişik tarihlerde verilen dilekçelerde süper ekspreslerin 06.06.2004 tarihinde hiçbir bilimsel çalışma ve altyapı hazırlığı yapılmadan sefere konulduğu, 22.07.2004 tarihinde meydana gelen tren kazasına eskimiş demir yolu ağı üzerindeki altyapı yetersizliği, rayların eskiliği, niteliksizliği gibi faktörlerin davetiye çıkardığı, yol yenileme çalışmalarının saatte 120 km hıza göre yapılmasına rağmen *Haydarpaşa-Ankara* güzergâhında saatte 140 km seviyesinde hız yapılmasına altyapının uygun olmadığı iddiaları dile getirilerek TCDD üst düzey yetkilileri hakkında görevi ihmal ve kötüye kullanma suçlarından ihbarda bulunduğu bilgisi bulunmaktadır.

5.1. Şu halde bu başlık altında iki husus üzerine bir değerlendirme yapılmalıdır. Birincisi, Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, *“olayın niteliği itibariyle ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K'nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı”* şeklindeki gerekçeli kararı; ikincisi ise TCDD kapsamında tren makinistleri ve tren şefi dışında bu kaza ile ilgili sorumlu tutulabilecek başka kişilerin, özellikle de üst düzey yetkililerin sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığıdır.

5.2. Öncelikle Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin kararı, gerekçe itibariyle hatalıdır. Buradaki hata, Ulaştırma Bakanlığı tarafından 04.10.2004 tarihinde yalnızca TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca Ulaştırma Bakanlığı'ndan doğrudan TCDD genel müdürü S.K. hakkında değil, ilgili kişiler hakkında soruşturma izni verilmesini talep etmiş olduğu görülmektedir. Keza hazırlanan bilirkişi raporunda TCDD kapsamındaki belirli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi kusur olarak gösterilmiş, buna karşılık TCDD kapsamında belirli kişi ya da kişiler zikredilmemiş, bu husus olması gerektiği şekilde yargı organlarına bırakılmıştır. Bu çerçevede Ulaştırma Bakanlığı'nın sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiş olması, diğer ilgili kişiler hakkında soruşturma izni vermemiş olması esas sorun olarak telakki edilebilir.

5.3. Bu noktada Ulaştırma Bakanlığı nezdinde olaya ilişkin kapsamlı bir soruşturmanın yapıp yapılmadığı tarafımızda bilinmemektedir. Şayet olaya ilişkin olarak Ulaştırma Bakanlığı nezdinde bu şekilde bir soruşturma yapılmış ve ilgili kişilerden sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi yönünde bir sonuca ulaşılmışsa bunun anlamı bir ihtimal olarak şu olabilir: *“Bilirkişi raporunda belirtilen eksiklikler, diğer yetkililer ve TCDD Genel Müdürü S.K. tarafından bilinmekte ya da öngörülmekteydi ve fakat genel müdür altında yer alan yetkili kişilerin yazılı uyarılarına rağmen TCDD Genel Müdürü S.K., söz konusu eksikliklere rağmen trenin bu şekilde yola çıkmasını emretmiş, hukuka aykırı bir emir vermiştir. Diğer yetkili kişiler ise, hukuka aykırı olsa dahi yazılı emir üzerine Anayasa md. 137 hükmü gereğince bu emri yerine getirmek durumunda kalmışlar, bu nedenle gerçekleşen neticeden sorumlu görülmemişlerdir.”* Bu ihtimal dışında Ulaştırma Bakanlığı nezdinde yapılan soruşturma sonucunda sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi, bunun dışındaki diğer yetkili kişiler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş olması, başka türlü izah edilebilir görünmemektedir. Bu kapsamda Ulaştırma Bakanlığı nezdinde yapılan soruşturma sonucunda TCDD Genel Müdürü S.K. dışındaki diğer ilgili diğer kişiler hakkında verilen men-i muhakeme kararına karşı herhangi bir idari başvuru ve/veya yargı yoluna gidilip gidilmediği de önem arz etmektedir. Nitekim Ulaştırma Bakanlığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda ilgili diğer kişiler hakkında neden soruşturma izni verilmemesi yönünde karar verildiği oldukça önem arz etmektedir ve fakat tarafımızca bu hususlar bilinmemektedir. Bu kişiler karşısında Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nin, *“olayın niteliği itibarıyla ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K’nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı”* şeklindeki gerekçeyle verdiği karar, hiçbir şekilde hukuka uygun görünmemektedir. Öyle ki Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, soruşturma izni talep etmeksizin, kendisi de aynı gerekçeyle pekala re’sen bir takipsizlik kararı verebilirdi. Ancak Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, olayda bilirkişi raporuna dayalı olarak TCDD’de görev yapan yetkili kişiler hakkında soruşturma izni talep etmiş, bu suretle kurumun iç düzeni içerisinde kazaya neden olacak şekilde kimlerin hangi özene aykırı davranışının bulunduğu tespit edilmesi yönünde bir gereklilikten hareket etmiş, Ulaştırma Bakanlığı da kurum içerisinde yaptığı soruşturma sonucunda sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi yönünde bir karara ulaşmıştır. Bununla birlikte Ulaştırma Bakanlığı’nın verdiği karardan hareketle idare bu denli takdir yetkisi verilmesinin ortaya çıkartabileceği sorunun doğrudan inceleme konusu olayda vuku bulduğu görülmektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcılıkları nezdinde ilgili idareden olayla ilgili kişilerin tespit edilip soruşturma izni verilmesi talep edilmemesi, ilgili kişiler kim ise bunların tespit edilmesi ve somut kişiler hakkında soruşturma izni talep edilmesinin daha hızlı ve etkili sonuç ortaya çıkartacağı belirtilebilir.

5.4. TCDD kapsamında tren makinistleri ve tren şefi dışında bu kaza ile ilgili sorumlu tutulabilecek başka kişilerin, özellikle üst düzey yetkililerin sorumlu tutulmasının mümkün olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Bir defa üst düzey kişilerle tren makinistleri ve tren şefi arasındaki ilişki, dikey ilişki türü olup güven prensibi çerçevesindeki değerlendirmeler buna göre yapılmalıdır. Ayrıca TCDD yetkili kişileri arasındaki ilişkiler de dikey ilişki örneği olarak telakki edilebilir. Zira TCDD Genel Müdürü S.K. ile diğer yetkililer arasındaki ilişki, açık bir şekilde dikey ilişkidir. Bu tür riskin yüksek olduğu tren işletmelerinde güven

prensibinin istisnaları gündeme gelir. Bunlara güvensizlik durumları denir.²⁹ Şayet somut olayda güvensizlik durumları mevcut ise bu durumda artık güven prensibinden bahsedilemez. Nitekim hukuk düzeninde ilişkiler çerçevesinde hiç kimsenin gerçeklere karşı gözlerini kapatmış, hakikatten uzaklaşmışçasına gereksiz bir güven içerisinde hareket etmesine müsaade edilmez. Bu güvensizlik durumları şu şekilde sıralanabilir: 1. Somut olayda diğer kişinin özene uygun hareket etmeyeceğine dair somut belirtilerin ve emarelerin mevcut olması, 2. Kişinin kendi özene aykırı davranışlarının bulunması, 3. Özel denetleme yükümlülüğünün söz konusu olması, 4. Mesleki hareketlerin işlenen suça katkı olarak görünmesi. Bu tür durumlardan birinin varlığı halinde, bir kişinin diğer kimselerin özene uygun davranacaklarına yönelik güven içerisinde hareket ettiğini ileri sürmesi, geçerli bir savunma olarak kabul edilemez.

5.5. Olayda bilirkişi raporunda yer alan şu ifadeler karşısında TCDD yetkilisi kişiler bakımından diğer kişinin özene uygun hareket etmeyeceğine dair somut belirtilerin ve emarelerin mevcut olması, kişinin kendi özene aykırı davranışlarının bulunması ve özel denetleme yükümlülüğünün söz konusu olması durumlarından bahsedilebilir. Yani yukarıdaki yer verilen güvensizlik durumlarından neredeyse üçü bu olayda mevcut haldedir: *“...olay yerinde, rayların eski ve yıpranmış olduğu, traverslerin taşıma gücünün olması gerekenden az olduğunu gösteren deray izlerinin görüldüğü, üstyapının hat işletim-proje hızında yerine getirmesi gereken şartname koşullarına tam uyumlu olmadığı, dolayısıyla statik ve dinamik yüklere karşı tam güvenliği sağlamadığının gözlemlendiği, raydan çıkmanın meydana gelmesinde dönemeç kesimine yüksek hızla girilmesinin yanı sıra bu kesime ait üstyapının (ray, travers, balast, küçük malzemeler, balast altı tabakalar ve makaslar, kruazman vb. gibi üstyapı tesisleri) statik ve dinamik dayanımının yetersizliğinin, bir başka deyişle fiziksel ve muhtemelen geometrik bozukluğunun etkisinin olduğu, özellikle Arifiye-Eskişehir arasında küçük dönemeç yarıçapları nedeniyle hızların sık aralıklarla değiştiğinin görüldüğü, bu denli değişik hız uygulamalarının seyir kontrolünü zorlaştıracı etki yaratarak seyir güvenliğini önemli ölçüde azaltacağı, küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirlerin alınması gerektiği, sistemin bu türden kontrol düzenekleri ile donatılmamış olmasının olayın meydana gelmesine etkisinin bulunduğu, olay yerindeki üstyapının yeterli bakım ve onarımının yapılmamış olması ve değişik yarıçaplı dönemeçler nedeniyle ortaya çıkan sık aralıklı hız değişimini güvenli bir seyir kontrolü ile gerçekleştirecek sistemlerin bulunmaması...”*

5.6. Bir defa hem trafik hem de iş birliği içerisinde gerçekleştirilen faaliyetler açısından gündeme gelebilecek olan “kişinin özene uygun hareket etmeyeceğine dair somut belirtilerin ve emarelerin mevcut olması” durumlarında fiili gerçekleştiren kişi, diğer kimselerin davranışlarına güvenemeyeceğini, güvenmemesi gerektiğini ortaya koyan bazı “somut emareleri” fark ederse ya da bu emareler “açıkça”³⁰ öngörülebilir ise güven prensibi sınırlandırılır ve yerini güvensiz durumlara bırakır, bu tür durumlarda yüksek bir özen

²⁹ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 39.

³⁰ Klaus Kirschbaum, *Der Vertrauensschutz im deutschen Straßenverkehrsrecht* (Berlin: Duncker&Humblot, 1980), 113, 114.

gösterilerek olumsuz neticenin gerçekleşmesini önleme gerekli addedilir.³¹ Bu açıdan organizasyon kusuru nedeniyle yetersiz eğitime ya da tecrübesine rağmen kendisinden fazlası beklenen ast kadroda bulunan kişinin (olayda makinist) üstlenmiş olduğu faaliyet sonrasında ortaya çıkan taksirli netice, organizasyonda yer alan ve ast kadroda bulunan kişinin (olayda makinist) yetersiz eğitiminden haberdar olan diğer kişiler (TCDD yetkilisi kişiler) açısından güven prensibi kapsamında yer almaz, bu durum işlemi gerçekleştiren makinist başta olmak üzere organizasyonda yer alan ve makinistin söz konusu işlemi gerçekleştirmek bakımından yetersiz olduğu bilgisine vakıf olan kişilerden hiçbirini sorumluluktan kurtarmaz.³² Bu çerçevede treni kullanan birinci Makinist F.K.'nın, *"14 yıldan beri normal trenlerde makinistlik yaptığını ve hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını, hızlandırılmış tren ile normal tren arasında en büyük farklılığın hızlı trende süratin belli yerlerde yükselip belli yerlerde yavaşlamasından ibaret olduğunu ve bu sürelerin kısa olduğu"* yönündeki ifadeleri, bilirkişi raporunda yer alan, *"bu denli değişik hız uygulamalarının seyir kontrolünü zorlaştıracı etki yaratarak seyir güvenliğini önemli ölçüde azaltacağı, küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirlerin alınması gerektiği"* şeklindeki tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde esasen olumsuz neticelerin, TCDD'nin belirli ilgili yetkilileri bakımından öngörülebilir durumda olduğu sonucuna pekala ulaşılabilir. Kaldı ki bilirkişi raporunda yer alan tespitler karşısında TCDD'nin ilgili yetkililerinin kendi özene aykırı davranışlarının varlığından da söz edilebilir ki bu da bir diğer güvensizlik durumu olarak gösterilebilir. Bu türden küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirler alınmaksızın, onlarca insanın yaşamı ve beden bütünlüğü açısından tehlike arz edecek şekilde bir makinistin eline hangi bölgelerde hangi hızla gitmesi gerektiğini gösteren bir kitapçık verilmek suretiyle hızı devamlı surette azaltıp artırmanın makinistin kendisine bırakıldığı bir sistemin devreye sokulması, açık bir güvensiz durum örneğidir ve böyle bir durumda üst konumda bulunan kişilerin makinistlere güvenmesinden hiçbir şekilde bahsedilemez. Böyle bir durumda kaza sonucu gerçekleşen ölüm ve yaralanmalar, pekala bu durumdan sorumlu yetkili TCDD görevlilerine isnat edilebilir.³³

5.7. Nitekim olaya ilişkin Anayasa Mahkemesi kararlarında da bu hususlar, şu ifadelerle ortaya konmuştur:

"Bir kişinin yaşamına yönelik gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunduğu kamu makamlarınca bilindiği ya da bilinmesi gerektiği durumlarda, görevlileri aracılığıyla makul ölçüler çerçevesinde ve bu tehlikenin gerçekleşmesini önleyebilecek şekilde önlemler almalıdır (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, § 53)."

³¹ Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 39; Ünver, *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*, 339; Keçelioğlu, *Taksirli Suçun Dogmatigi*, 96.

³² BGHSt 55, 121, 134 (Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 38).

³³ BGHSt 55, 121, 134 (Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 17 kn. 38).

“Demiryolu taşımacılığı faaliyeti niteliği itibarıyla kişilerin yaşamı ve vücut bütünlüğü bakımından birtakım riskler içermektedir. Bu tehlikeli olma durumu nedeniyle kamu makamları, demir yollarının işletilmesinde gerekli güvenlik tedbirlerini almalı; trenlerin seyrüseferinde veya gar ve benzeri işletmelerde istenmeyen ölüm ve yaralanma olaylarının önüne geçmek için makul ölçüler çerçevesinde gerekenleri yapmalıdır (*Gürkan Kaçar ve diğerleri*, B. No: 2014/11855, 13/9/2017, § 68; *Hüseyin Münüklü*, B. No: 2014/5973, 13/9/2017, § 62).”

“Kasıtlı olmayan fiiller nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında kamu makamlarının muhakeme hatası veya dikkatsizliği aşan bir kusuru olduğu yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu makamların kendilerine verilen yetkiler kapsamında tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda -ilgililer diğer hukuk yollarına başvurmuş olsalar dahi- kişilerin hayatının tehlikeye girmesine neden olanlar hakkında bir ceza soruşturması yürütülmesi gerekir (*Serpil Kerimoğlu ve diğerleri*, § 60).”

5.8. Bununla birlikte tam anlamıyla bilinmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi kararındaki bilgilerden hareketle TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izninin 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu”ndan değil, görevi kötüye kullanma suçundan verildiği anlaşılmaktadır. Eğer gerçekten TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni, 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu”ndan değil de sadece görevi kötüye kullanma suçundan bahisle verilmişse bu da açıkça hukuka aykırı bir karardır. Zira burada TCDD Genel Müdürü S.K.’nin fiili bakımından kasıtlı bir suç değil, taksirli bir suç söz konusudur. Bilirkişi raporundaki ifadeler dikkate alındığında gerekli özen yükümlülükleri yerine getirilmemiş ve taksirli olarak kazaya ve sonrasında ölüm ve yaralanmalara neden olunmuştur. Bu tür durumlarda ne yazık ki Yargıtay da birçok kararında hatalı şekilde *hekimlerin* özensiz ya da ihmali davranışlarını, “Görevi Kötüye Kullanma suçu (TCK md. 257)” üzerinden değerlendirmeye almakta, buradan şayet hekim özel hastanede çalışıyorsa bu defa memur olmadığı için bu suçun oluşmadığı sonucuna ulaşmakta, böylece özensizlik nedeniyle oluşabilecek olan taksirle yaralama suçunu ve keza bu suçun nitelikli hallerini, şayet meydana gelmişse taksirle öldürme suçunu tamamen göz ardı etmekte, görevi kötüye kullanma suçuna hekimler üzerinde adeta “bir koruma kalkanı” işlevi atfetmektedir.³⁴ Halbuki görevi kötüye kullanma suçu, kasten işlenen bir suçtur ve özensiz davranış halinde gündeme gelmez.³⁵ Bu nedenle bu türden olaylarda doğrudan görevi kötüye kullanma suçuna başvurmak yerine ilk planda taksirle yaralama suçu veya duruma göre taksirle öldürme suçu ve hatta kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu düşünülmeli,³⁶ sonrasında şayet gerçekleştirilen özensiz davranışla söz konusu neticelerin ilişkili olduğu hukuki değerler korunmuyorsa ve işlenen fiil “kasıtlı” ise bu defa kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi bağlamında bir değerlendirme yapılmalıdır.

³⁴ Y. 12. CD., 06.04.2017, 17126/2899 (Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi, Cilt 1* (Ankara: Adalet, 2021), 430, dn. 50). Y. 12. CD., 07.05.2015, 2015/2180, 2015/7599 (Özgenç, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 271, dn. 332).

³⁵ Hakan Hakeri, *Tıp Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 129, 130.

³⁶ Durmuş Tezcan vd. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 226.

5.9. Bu bilgiler çerçevesinde Ulaştırma Bakanlığı nezdinde kapsamlı bir soruşturmanın yürütülmesi ve ilgili TCDD yetkilileri belirlenerek bu kişilerin 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu”ndan bahisle yargılanmaları gerekirdi. Ulaştırma Bakanlığı nezdinde yapılan soruşturma sonucunda sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi, diğer kişiler hakkında bu iznin verilmemiş olması, sonrasında da Ankara Bölge İdare Mahkemesi kararıyla TCDD Genel Müdürü S.K. hakkındaki soruşturma izninin kaldırılması şeklindeki hususlar dikkate alındığında kanaatimize göre şu şekilde bir sonuca ulaşılabilir: TCDD Genel Müdürü S.K., tek başına ön plana çıkarılmak suretiyle TCDD nezdinde görev yapan ve olaydaki özensizliklerden sorumlu olabilecek diğer yetkili kişiler üzerinde adeta bir paratoner görevi görmüş, nihayetinde TCDD nezdinde sorumlu olabilecek hiç kimse yargılanmamıştır.

6. İnceleme kapsamında zamanaşımına ve lehe kanun uygulamasına ilişkin bir değerlendirmeye yer vermeye gerek görülmemiştir.

4. Sonuç Yerine

1. İnceleme konusu olayda yerel mahkeme, dosya konusu olayda 37 kişinin hayatını kaybetmesi ve 90 kişinin yaralanması yönünde neticeler gerçekleşmiş olması karşısında Kanun'daki açık düzenlemeye ve yukarıda yer verildiği üzere Yargıtay'ın bu tür durumlardaki uygulamasına rağmen 765 sayılı mülga Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçunu dikkate almamış, yalnızca 765 sayılı TCK'nın 389/1 maddesine binaen hüküm tesis etmiştir. Yargıtay ise yerel mahkemenin kararının bozulması yönünde bir sonuca ulaşmış olmasına rağmen suçun nitelendirmesini hiçbir şekilde konu etmemiş, dosyanın esasına girmemiştir. Yargıtay, uygulamada sıklıkla yaptığı üzere “usul, esastan önemlidir” anlayışıyla dosyanın esasına girmeksizin “usul bozması” yaparak dosyayı usulden kaynaklı eksikliklerden bahisle bozmuş ve yerel mahkemeye göndermiştir. Ancak Yargıtay'ın bu yaklaşımı, esasa girmeden usulden inceleme yapması, basit bir incelemeyle tespit edilebilecek olan suçun nitelendirmesindeki hataya dair hiçbir şekilde belirleme yapmamış olması, dosyanın ikinci defa aynı suç nitelendirmesi ile önüne gelmesine neden olmuştur ki bu arada neredeyse yaklaşık dört senelik bir zaman geçmiştir. Nitekim yerel mahkeme (Sakarya 2. Ağır Ceza Mahkemesi), dosyayı ikinci kez incelemiş ve 765 sayılı TCK'nın 389. maddesinde düzenlenen tedbirsizlik veya meslek ya da sanatında tecrübesizlik, nizam ve emir ile kaidelere riayetsizlik neticesi olarak demir yolu üzerinde kazaya neden olma suçu bağlamında sanıklar hakkında açılan davaların zamanaşımının dolması nedeniyle düşürülmesine karar vermiş, ancak bu durumda Yargıtay, 03.02.2014 tarihli kararıyla, sanıklara isnat edilen eylemin 765 sayılı Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu kapsamında da değerlendirilebileceği sonucuna varmış ve kararı bu defa suçun nitelendirmesi açısından bozmuş, dosya kapsamında 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen “taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu”nun yanında 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen “taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu”ndan da oluştuğu sonucuna ulaşmıştır.

2. Yerel mahkeme tarafından kolaylıkla tespit edilebilecek olan suçun nitelendirmesi noktasındaki bu hatanın ve keza Yargıtay'ın dosya ilk defa önüne geldiğinde dosyanın esasını ve dolayısıyla suçun nitelendirilmesini incelemeksizin salt usulden inceleme yaparak dosyayı "usulden bozması" şeklindeki uygulamada sıkça yapılan hatalı yöntemin sonucu, dava zamanaşımı süresinin dolduğu gerekçesiyle sanıklar hakkındaki kamu davalarının düşmesine karar verilmesi yönündeki Yargıtay (2. Ceza Dairesi)'in 25.12.2019 tarihli kararıdır. Yargıtay, sanıklara isnat edilen eylemin 765 sayılı Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu kapsamında da değerlendirilebileceği sonucuna ulaştığı 03.02.2014 tarihli kararından yaklaşık 4 yıl sonraki kararıyla davanın zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi yönünde bir karar vermiş, bu suretle dosya kapsamında hiçbir sanığın ve ilgili kişinin cezalandırılmaması yönünde bir sonuç ortaya çıkmıştır. Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2022 tarihli, Burcu Demirkaya ve Yücel Demirkaya Başvurusu (2) kararında, *"...Neticede bu derece vahim sonuçları olan bir olayda kusurlu oldukları bilirkşi raporlarıyla tespit edilmesine karşılık cezai sorumluluğuna yargı organlarınca kesin olarak karar verilen kimse bulunmamaktadır. Bu durumda somut olayda yargı sisteminin yaşam hakkı ihlallerinin önlenmesindeki caydırıcı rolünü yerine getirdiği söylenemeyeceği gibi olayın ciddiyeti karşısında yetkili makamlar tarafından gösterilen tepkinin derecesinin de yeterli olmadığı değerlendirilmiştir. İncelenen başvuruda başvuru sahiplerinin yaşam haklarının maddi ve usul boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir..."* şeklindeki ifadelerle ortaya konulmuş, haklı bir şekilde trende yakınları zarar gören kişilerin yaşam haklarının maddi ve usul boyutuyla ihlal edildiğine karar verilmiştir.

3. Bu noktada yukarıdaki yer verilen olay ve neticeler açıkça göstermektedir ki üst mahkemelerin salt usulden kaynaklı eksiklikler tespit ettiğinde esasa hiç girmeden dosyayı bozup doğrudan bir alt mahkemeye göndermesi, bu olayda olduğu gibi bazı önemli dosyaların zamanaşımından düşmesine neden olabilmektedir. Zira Yargıtay, basit bir incelemeyle dahi yanlış olduğu tespit edilebilecek olan suçun nitelendirmesine ilişkin olarak da bir belirleme yapmış olsaydı inceleme konusu olayda kuvvetle muhtemel 4 sene kaybedilmiş olmayacak, bu suretle dosya zamanaşımından düşmeyecekti. Bununla birlikte yargı sistemimiz içerisinde bariz hatalar içeren kararlara imza atan ve birçok insanın önemli derecede hak ihlaline sebebiyet veren yargı organı mensuplarının, bu kararları nedeniyle sadece tazminat anlamında değil, ceza hukuku anlamında da sorumlu tutulabilmelerini sağlayacak düzenlemelere ihtiyaç olduğu izahtan varestedir. Gerçek şu ki olayda 765 sayılı TCK md. 389/1 hükmünde düzenlenen "taksirle demiryolu üzerinde bir kaza tehlikesine neden olma suçu"ndan ziyade taksirle ölümüne neden olma suçunun işlendiği ileri sürülmüş olmasına rağmen ısrarlı bir şekilde gerek yerel mahkeme gerekse Yargıtay nezdinde taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçunun, Yargıtay'ın 03.02.2014 tarihli kararına kadar hiçbir şekilde tartışılmadığı belirlenebiliyorsa bu durumda ilgili yargı mensuplarının mağdurların zarar görmesine neden olmak suretiyle görevi kötüye kullandıkları ifade edilebilir.

4. 765 sayılı mülga Kanun'un 455. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen dikkatsizlik ve tedbirsizlik neticesi birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu açısından yapılacak değerlendirmede;

4.1. Treni Kullanan birinci makinist: Soruşturma aşamasında hazırlanan bilirkişi raporundaki, *“raydan çıkan trenin tarife kitapçığında (livre) olay yerinde yapılabilecek hızın 80 km/h olarak yazılı olduğu, tren raydan çıktığında hızının 130 km/h olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla sorumlu makinistlerin trenin hızını kitapçığa göre ayarlamadıkları”* şeklindeki tespitler dikkate alındığında kaza esnasında treni idare etmekte olan birinci makinistin kaza esnasında treni 130 km hızla kullandığı ve fakat tarife kitapçığına göre kazanın olduğu yerde treni en fazla 80 km hızla kullanabileceği, bu çerçevede gerekli hız sınırına uymayarak özen yükümlülüğüne uygun hareket etmediği sonucuna ulaşılabilir. Dolayısıyla *“Olay sırasında treni kendisinin kullandığını, normal hızla seyretmekte iken 183/100 km’ye geldiğinde fren yaptığını ve virajı normal şekilde geçtiğini, o sırada çekme olduğunu ve aynadan baktığında ikinci vagonun birinci vagondan koptuğunu, ikinci vagon dahil olmak üzere vagonların devrildiklerini gördüğünü...”* şeklinde savunmada bulunan makinist F.K.’nın taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olma suçu (765 sayılı TCK md. 455/2) bakımından tipik hareketinin bulunduğu, bununla birlikte neticeyi öngörüp öngörmediği, öngörmüş ise kabullenip kabullenmediği noktasında ayrıca bir değerlendirmenin yapılabileceği ifade edilmelidir.

4.2. Trenin Kullanan Makinistin Yanında Bulunan İkinci Makinist: Mevcut olayda, esasen her ikisi de tren makinisti olan ve aynı anda, eş zamanlı olarak birlikte kabinde bulunarak yolu izlemekte olan iki makinistin aynı uzmanlık alanında eş zamanlı olarak görev yapan iki kişi olduğu ifade edilebilir. Bu makinistler arasındaki tek fark, birinin kaza esnasında treni kullanan kişi olması, diğersinin ise yanında bulunuyor olmasıdır. Hatta o kadar ki, tren şefi olan K.C.’nin savunmasında yer alan, *“...ayrıca tren defterinde birinci makinist olarak Recep Sönmez’i yazdığını, ancak kaza sırasında treni Fikret Karabulut’un kullandığını, her ikisinin de makinist sıfatı taşıdığını ve her ikisinin treni kullanma yetkilerinin olduğunu beyan etmiş...”* şeklindeki ifadeler de esasen her iki makinistin de benzer yükümlülüğe sahip olduğunu doğrulamaktadır. Yani o esnada trenin hangisi tarafından kullanıldığından ziyade her ikisinin de tren idare edilirken gerekli denetimi ve gözetimi yerine getirip getirmediikleri önem arz etmektedir. Buna göre ikinci makinist, birinci makinistin treni hız sınırına uygun şekilde kullandığına güvenemez. Bu anlamda ikinci makinist, birinci makinistin treni nasıl kullandığı konusunda mutlak surette bir takipte bulunmalı, özene aykırı bir durum tespit ettiğinde derhal uyarıda bulunmalı, uyarısına karşılık bulamadığında da gerekirse müdahalede bulunmalıdır. Nitekim bilirkişi raporunda, birinci tren makinisti F.K.’nın trenin hızını gerektiği gibi ayarlamayarak seyir kontrolü için gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle 3/8 oranında kusurlu olduğu, ikinci tren makinisti R.S.’nin ise birinci makinisti hız konusunda uyarmaması nedeniyle 1/8 oranında kusurlu olduğu sonucuna ulaşıldığı görülmektedir ki bu sonuç da ikinci makinist R.S.’nin güven prensibine dayanamayacağını ortaya koymaktadır. Ayrıca bu noktada birinci makinist olan F.K.’nın sağ tarafından oturmakta olan ikinci makinist R.S.’nin, *“yollarına devam ederlerken hatta diğer sanığın bir ara livredeki hıza uyduğunu beyan ettiğini, o sırada kendisinin ikinci makinist konumunda olduğunu, livrenin treni kullanan birinci makinistin önünde olduğundan kendisinin göremediğini, viraja normal şekilde girdiklerini”* şeklindeki beyanı özel olarak dikkate alınmalıdır. Görüldüğü üzere ikinci makinist, birinci makinistin bir ara hız sınırına uygun hareket ettiğini tespit etmiş, takibini gereği gibi yerine getirmiştir. Buna karşılık ikinci makinist, sonrasında livre trenin kullanan birinci makinistin önüne olduğu için hız sınırına uyup uymadığını göremediğini belirtmiş, bu suretle esasen kaza anında ve bu ana yakın

zamanda birinci makinistin hız sınırına uyup uymadığını gözden kaçırdığını ortaya koymuştur. Nitekim bilirkişi raporunda, kaza anında trenin gitmesi gereken hız sınırı olan 80 km hızın çok üstünde bir hızla, yani 130 km hızla gittiği yönünde bir tespit yapılmıştır. Dolayısıyla ikinci makinistin, birinci makinistin olay anında hız sınırına uygun hareket etmediğini bilmemesinin, öngörmemesinin mümkün olmadığı, buna rağmen ifadesinin doğru kabul edilmesi halinde dahi özene uygun hareket etmediği yönünde bir tespit yapılabileceği pekala belirtilebilir.

4.3. Tren şefi: Tren şefi, kendi sorumluluk alanında her türlü yetkiye sahip olup bu alanda gerçekleşen her işlem açısından sorumlu olur. Bu noktada her şeyden önce üst konumdaki kişinin esas itibarıyla seçme, bilgilendirme, gözetleme ve organize etme konularında özenli davranması gerekir. Nitekim mevcut olayda tren şefi olan K.C.'nin savunmasında yer alan, *“tren defterinde birinci makinist olarak R.S.’yi yazdığını, ancak kaza sırasında treni F. K.’nin kullandığını, her ikisinin de makinist sıfatı taşıdığını ve her ikisinin treni kullanma yetkilerinin olduğu”* yönündeki ifadeleri de esasen treni hangi makinistin kullanacağı konusunda bir yetkisinin bulunduğunu, bu konuda bir seçme yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla olayda yüksek hızlı tren sistemine yeni geçilmiş olduğu ve hatta kazanın gerçekleştiği bu yolculuğun makinistlerin ilk yüksek hızlı tren sürüşleri olduğu dikkate alındığında söz gelimi bu makinistlerden birinin bunu yapamayacağı açık olduğu halde sürüş görevini diğerine vermesi gerekirken yapamayacağı açık olan makiniste vermesi özene aykırı bir davranış olarak görülebilir. Buna mukabil tren şefinin, her iki makinistin de treni kullanma yetkilerinin bulunduğunu belirterek esasen bu konuda her iki makinistin de eş değer olduğuna işaret ettiği, dolayısıyla bu hususta bahsettiğimiz şekilde bir özene aykırı davranışının bulunmadığının altını çizmek istediği pekala anlaşılabılır.

Bu noktada tren şefinin, *“tren defterinde birinci makinist olarak R. S.’yi yazdığı, ancak kaza sırasında treni F.K.’nin kullandığı”* yönündeki ifade ayrıca değerlendirilmelidir. Zira tren şefinin defterine yazdığı ile gerçek durum uyuşmamaktadır. Buna göre treni F.K. değil de tren şefinin deftere yazdığı şekilde R.S. kullanmış olsaydı belki de kaza gerçekleşmeyebilirdi. İşte bu türden bir yaklaşımla tren şefinin sorumluluğuna gidilebilir mi? Bu soru, treni kullanmakta olan birinci makinist F.K.’nin, *“14 yıldan beri normal trenlerde makinistlik yaptığını ve hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını, hızlandırılmış tren ile normal tren arasında en büyük farklılığın hızlı trende süratin belli yerlerde yükselip belli yerlerde yavaşlamasından ibaret olduğunu ve bu sürelerin kısa olduğu”* şeklindeki ifadesi çerçevesinde özel bir önem arz etmektedir. Çünkü ne kadar tecrübeli olursa olsun, hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını belirten F.K.’nin bu durumu karşısında şayet diğer makinist R.S. bir eğitim almış ya da daha evvel bu türden bir tren kullanmış ise bu durumda kuşkusuz ki treni, deftere ismini yazdığı makinistin kullanması pekala önem arz eder hale gelir. Ancak her iki makinist de tren şefinin ifadesinde belirttiği gibi benzer durumda ise bu durumda, *“Treni F.K. değil de tren şefinin deftere yazdığı şekilde R.S. kullanmış olsaydı belki de kaza gerçekleşmeyebilirdi.”* şeklindeki cümle, varsayımsal olmaktan öteye geçmeyecek, tren şefinin özene aykırı hareketinin bulunduğu yönünde bir tespiti mümkün kılmayacaktır.

Bunların dışında tren şefinin, trenin seyir halindeyken hızını kontrol etmekle yükümlü olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Bir defa daha evvel sıklıkla adı geçen ve günümüzde yürürlükte olan 205 Numaralı Genel Emir'in "Tren Şefinin Görev, Yetki ve Sorumlulukları" başlıklı 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde yer alan, "*Dikkatini trenin emniyetle seyrine vermek, diziye gözetim altında tutmak, makinistin kalkış-varış tarifesini, ilgili modeller ve mevzuatta belirtilen hız sınırlarına uyduğunu izlemek*" şeklindeki hüküm gereğince günümüzde tren şefinin bu şekilde bir yükümlülüğünün bulunduğu açıktır. Bununla birlikte bilirkişi raporunda, tren şefi K.C.'nin ise ilgili mevzuat uyarınca seyir kontrolü ile ilgili görevi bulunmadığından kusuru olmadığı kanaatine ulaşılmış olduğu göz önünde bulundurulduğunda kazanın gerçekleştiği tarihte tren şefi açısından bu şekilde bir yükümlülük öngören somut bir normun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen daha önceki açıklamalarda yer verildiği üzere özen yükümlülüğünün kaynağı her zaman normlardan kaynaklı olmak zorunda değildir. Nitekim bazı durumlarda özen yükümlülüğü, teamüller sonucu ortaya çıkabilir. Buna göre yola çıkmadan önce trenin hangi bölümlerde kaç kilometre hızla gideceğine dair librelerin kendisine de verildiğini ve olay günü libreleri aldığını belirten tren şefine söz konusu librelerin verilmiş olmasının temel nedeni olarak kendisinin de bu yönde bir kontrol yükümlülüğüne sahip olduğu şeklinde açıklanabilir. Zira tren şefinin bu şekilde bir yükümlülüğü bulunmadığı takdirde trenin hangi bölümlerde kaç kilometre hızla gideceğine dair librelerin kendisine verilmesinin ne anlam ifade ettiği belirsiz kalmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar tren şefi, yolculuk esnasında bulunduğu 1. vagonun lokomotifine geçmesinin mümkün olmadığını belirtmişse ve dolayısıyla kumandada yer alan makinistlerle doğrudan bir irtibatının bulunmadığına yer vermişse de şayet kendisinin ifadesinde belirttiği hız kontrolünü yapabileceği ara salona geçişi yolculuk esnasında mümkünse ve fakat belirli aralıklarla bu kontrolü gerçekleştirmemişse bu durumda pekala özene aykırı davranışından söz edilebilir. Şu halde olayda tren şefinin ifadesinde yer alan ara salona trenin hareket etmekte olduğu esnada geçişinin mümkün olup olmadığı ve geçişi mümkünse bu salona gidip hız kontrolünü belirli aralıklarla gerçekleştirip gerçekleştirmediği tespit edilmeli, bu suretle sorumluluğu noktasında bir sonuca ulaşılmalıdır. Nihayet tren şefinin, trenin hangi yerde kaç kilometre hızla gideceğine dair librelerin kendisine verildiği ve olay günü libreleri aldığı yönündeki ifadeleri karşısında bunu denetlemesinin mümkün olmadığı yönündeki beyanı, kişinin özene aykırı davranışının bulunmadığından ziyade ancak neticeyi önlemesinin beklenebilir olmadığından hareketle kusurunun bulunmadığı şeklinde ifade edilebilir. Bu anlamda kişinin özene aykırı hareketinin bulunduğu yönünde bir tespit yapılsa da olayın koşulları çerçevesinde kişinin kusurunun olmadığı sonucuna pekala ulaşılabilir. Ancak bu incelemeyi, dosyayı inceleyen hakim bizzat kendisinin yapması, bilirkişilerin yapmaması gerekmektedir.

4.4. TCDD Yetkilileri: Bu başlık altında Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, "*olayın niteliği itibarıyla ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K'nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı*" şeklindeki kararı değerlendirilmelidir. Öncelikle Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin kararı, gerekçe itibarıyla hatalıdır. Esasen buradaki hata, Ulaştırma Bakanlığı tarafından 04.10.2004 tarihinde yalnızca TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiş olmasından kaynaklanmaktadır. Zira Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer

Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun uyarınca Ulaştırma Bakanlığı'ndan doğrudan TCDD genel müdürü S.K. hakkında değil, ilgili kişiler hakkında soruşturma izni verilmesini talep etmiş olduğu görülmektedir. Keza hazırlanan bilirkişi raporunda TCDD kapsamındaki belirli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi kusur olarak gösterilmiş, buna karşılık TCDD kapsamında belirli kişi ya da kişiler zikredilmemiş, bu husus olması gerektiği şekilde yargı organlarına bırakılmıştır. Bu çerçevede Ulaştırma Bakanlığı'nın sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesine karar vermiş olması, diğer ilgili kişiler hakkında soruşturma izni vermemiş olması esas sorun olarak telakki edilebilir.

Bu noktada Ulaştırma Bakanlığı nezdinde olaya ilişkin kapsamlı bir soruşturmanın yapılıp yapılmadığı tarafımızda bilinmemektedir. Şayet olaya ilişkin olarak Ulaştırma Bakanlığı nezdinde bu şekilde bir soruşturma yapılmış ve ilgili kişilerden sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi yönünde bir sonuca ulaşılmışsa bunun anlamı bir ihtimal olarak şu olabilir: *"Bilirkişi raporunda belirtilen eksiklikler, diğer yetkililer ve TCDD Genel Müdürü S.K. tarafından bilinmekte ya da öngörülmekteydi ve fakat genel müdür altında yer alan yetkili kişilerin yazılı uyarılarına rağmen TCDD Genel Müdürü S.K., söz konusu eksikliklere rağmen trenin bu şekilde yola çıkmasını emretmiş, hukuka aykırı bir emir vermiştir. Diğer yetkili kişiler ise, hukuka aykırı olsa dahi yazılı emir üzerine Anayasa md. 137 hükmü gereğince bu emri yerine getirmek durumunda kalmışlar, bu nedenle gerçekleşen neticeden sorumlu görülmemişlerdir."* Bu ihtimal dışında Ulaştırma Bakanlığı nezdinde yapılan soruşturma sonucunda sadece TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni verilmesi, bunun dışındaki diğer yetkili kişiler hakkında men-i muhakeme kararı verilmiş olması, başka türlü izah edilebilir görünmemektedir. Bu kapsamda Ulaştırma Bakanlığı nezdinde yapılan soruşturma sonucunda TCDD Genel Müdürü S.K. dışındaki diğer ilgili diğer kişiler hakkında verilen men-i muhakeme kararına karşı herhangi bir idari başvuru ve/veya yargı yoluna gidilip gidilmediği de önem arz etmektedir. Nitekim Ulaştırma Bakanlığı tarafından yapılan soruşturma sonucunda ilgili diğer kişiler hakkında neden men-i muhakeme kararı verildiği oldukça önem arz etmektedir ve fakat tarafımızca bu hususlar bilinmemektedir. Bu kişiler karşısında Ankara Bölge İdare Mahkemesi'nin, *"olayın niteliği itibarıyla ve hakkındaki iddialarla sınırlı olarak S.K'nın Türk Ceza Kanunu kapsamında suç sayılabilecek bir fiil veya eyleminin olmadığı"* şeklindeki gerekçeyle itirazın kabulüne ve TCDD Genel Müdürü S.K. hakkındaki soruşturma izni verilmesine ilişkin kararın kaldırılması ilişkin 16.03.2005 tarihli kararı, hiçbir şekilde hukuka uygun görünmemektedir. Bununla birlikte Ulaştırma Bakanlığı'nın verdiği karardan hareketle idare bu denli takdir yetkisi verilmesinin ortaya çıkartabileceği sorunun doğrudan inceleme konusu olayda vuku bulduğu görülmektedir. Dolayısıyla Cumhuriyet Savcılıkları nezdinde ilgili idareden olayla ilgili kişilerin tespit edilip soruşturma izni verilmesi talep edilmemesi, ilgili kişiler kim ise bunların tespit edilmesi ve somut kişiler hakkında soruşturma izni talep edilmesinin daha hızlı ve etkili sonuç ortaya çıkartacağı belirtilebilir.

Bu açıdan organizasyon kusuru nedeniyle yetersiz eğitime ya da tecrübesine rağmen kendisinden fazlası beklenen ast kadroda bulunan kişinin (olayda makinist) üstlenmiş olduğu faaliyet sonrasında ortaya çıkan taksirli netice, organizasyonda yer alan ve ast kadroda bulunan kişinin (olayda makinist) yetersiz eğitiminden haberdar olan diğer kişiler (TCDD yetkilisi kişiler) açısından güven prensibi kapsamında yer almaz, bu durum işlemi gerçekleştiren makinist başta olmak üzere organizasyonda yer alan ve makinistin söz

konusu işlemi gerçekleştirmek bakımından yetersiz olduğu bilgisine vakıf olan kişilerden hiçbirini sorumluluktan kurtarmaz. Bu çerçevede treni kullanan birinci makinist F.K.'nın, *"14 yıldan beri normal trenlerde makinistlik yaptığını ve hızlandırılmış treni ilk kez o gün kullandığını, daha önce hiç kullanmadığını ve ilk seferi olduğunu, hızlandırılmış tren için ayrı bir eğitim almadığını, hızlandırılmış tren ile normal tren arasında en büyük farklılığın hızlı trende süratin belli yerlerde yükselip belli yerlerde yavaşlamasından ibaret olduğunu ve bu sürelerin kısa olduğunu"* yönündeki ifadeleri, bilirkişi raporunda yer alan, *"bu denli değişik hız uygulamalarının seyir kontrolünü zorlaştırıcı etki yaratarak seyir güvenliğini önemli ölçüde azaltacağı, küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirlerin alınması gerektiği"* şeklindeki tespitlerle birlikte değerlendirildiğinde esasen olumsuz neticelerin, TCDD'nin belirli ilgili yetkilileri bakımından öngörülebilir durumda olduğu sonucuna pekala ulaşılabilir. Kaldı ki bilirkişi raporunda yer alan tespitler karşısında TCDD'nin ilgili yetkililerinin kendi özene aykırı davranışlarının varlığından da söz edilebilir ki bu da bir diğer güvensizlik durumu olarak gösterilebilir. Bu türden küçük yarıçaplı dönemeçler nedeniyle hızın yalnızca insan kontrolüne bırakılması risk oluşturacağından makinistlere yardımcı olacak bilgisayar destekli otomatik-yarı otomatik kontrol sistemleri gibi tedbirler alınmaksızın, onlarca insanın yaşamı ve beden bütünlüğü açısından tehlike arz edecek şekilde bir makinistin eline hangi bölgelerde hangi hızla gitmesi gerektiğini gösteren bir kitapçık verilmek suretiyle hızı devamlı surette azaltıp artırmanın makinistin kendisine bırakıldığı bir sistemin devreye sokulması, açık bir güvensiz durum örneğidir ve böyle bir durumda üst konumda bulunan kişilerin makinistlere güvenmesinden hiçbir şekilde bahsedilemez. Böyle bir durumda kaza sonucu gerçekleşen ölüm ve yaralanmalar, pekala bu durumdan sorumlu yetkili TCDD görevlilerine isnat edilebilir.

Bununla birlikte tam anlamıyla bilinmemekle birlikte Anayasa Mahkemesi kararındaki bilgilerden hareketle TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izninin 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen *"taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu"*ndan değil, görevi kötüye kullanma suçundan verildiği anlaşılmaktadır. Eğer gerçekten TCDD Genel Müdürü S.K. hakkında soruşturma izni, 765 sayılı TCK md. 455/2 hükmünde düzenlenen *"taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve birçok kişinin yaralanmasına sebebiyet verme suçu"*ndan değil de sadece görevi kötüye kullanma suçundan bahisle verilmişse bu da açıkça hukuka aykırı bir karardır.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. "Tıp Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008* içinde. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Burgstaller, Manfred. *Das Fahrlässigkeitsdelikt*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1974.
- Doğramacı, Yakup Gökhan. *Tıbbi Uygulamalarda Ekip İşbirliği ve Güven İlkesi*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2016.
- Duttge, Gunnar. "Arbeitsteiliges Zusammenwirken und Fahrlässigkeitsstrafbarkeit", *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht* (2009): 145-150.
- Duttge, Gunnar. "Vorsatz und Fahrlässigkeit", in *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1*. München: C. H. Beck, 2020.
- İçel, Kayıhan. *Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*. İstanbul: Cezaevi Matbaası, 1967.
- Jescheck, Hans-Heinrich and Thomas Weigend. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Berlin: Duncker&Humblot, 1996.
- Keçelioğlu, Elvan. *Taksirli Suçun Dogmatığı*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Koca, Mahmut and İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Kühl, Kristian. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: Vahlen, 2017.
- Maurach, Reinhart and et. al. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2*. München: C.F. Müller, 2014.
- Neuhöfer, Daniel. "Arbeitsteilung bei Bauprojekten – Strafe für die Fehler der anderen?", in *Festschrift für Burkhard Messerschmidt*. München: C.H. Beck, 2018.
- Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*. İstanbul: Beta, 1992.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin, 2024.
- Puppe, Ingeborg. "Begehen durch Unterlassen", in *Nomos Kommentar, Kindhäuser / Neumann / Paeffgen Strafgesetzbuch, Band 1*. Nomos, 2017.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2023.
- Renzkowski, Joachim. "Strafrechtliche Haftung bei Arbeitsteilung am Bau", *Strafverteidiger* (2009): 443-446.
- Roxin, Claus and Luís Greco. *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I*. München: C.H. Beck, 2020.
- Schumann, Heribert. *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1986.
- Stratenwerth, Günter. "Arbeitsteilung und Ärztliche Sorgfaltspflicht", in *Festschrift für Eberhard Schmidt* (1961).
- Ulsenheimer, Klaus. *Arztstrafrecht in der Praxis*. Heidelberg: R. v. Decker & C. F. Müller.
- Ünver, Yener. "Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi". *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları: V. Türk – Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat – 1 Mart 2008*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008. 881-917.

Ünver, Yener. *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1998.

Welzel, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: Walter de Gruyter, 1969.

Welzel, Hans. *Fahrlässigkeit und Verkehrdelikte*. Karlsruhe: Verlag C. F. Müller, 1961.

Yıldız, Ali Kemal. “Taksirle Öldürme”. *Ceza Özel Hukuku, Kişilere Karşı Suçlar* içinde. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Yazar Hakkında / About the Author

**Doç. Dr. Muhammed DEMİREL | İstanbul Üniversitesi |
demirelm[at]istanbul.edu.tr | ORCID: 0000-0001-9162-1459**

Doç. Dr. Muhammed Demirel, 2009 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuştur. 2012 yılında "Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi" başlıklı çalışması ile yüksek lisansını İstanbul Üniversitesi'nde tamamlamıştır. 2017 yılında "Suça İştirakte Bağlılık Kuralı" başlıklı tezi ile doktora öğrenimini İstanbul Üniversitesi'nde tamamlamıştır. 2022 yılında "Çifte Özen Anlayışı Çerçevesinde Taksirli Suçtan Doğan Ceza Sorumluluğu" başlıklı doçentlik eseri ile doçentlik unvanını elde etmiştir. 2010 yılından bu yana İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında görev yapmaktadır.

**Assoc. Prof. Dr. Muhammed DEMİREL | Istanbul University |
demirelm[at]istanbul.edu.tr | ORCID: 0000-0001-9162-1459**

Assoc. Prof. Dr. Muhammed Demirel graduated from Istanbul University Faculty of Law in 2009. He completed his master's degree at Istanbul University in 2012 with a dissertation titled "The Effect of Following a Superior's Order on Criminal Liability." He completed his doctorate at Istanbul University in 2017 with a dissertation titled "The Rule of Commitment in Complicity in Crime." He earned his associate professorship in 2022 with his dissertation titled "Criminal Liability Arising from Negligence within the Framework of the Double Care Concept." He has been working in the Department of Criminal and Criminal Procedure Law at Istanbul University Faculty of Law since 2010.

**DÖKME LPG TESİSATINDA GAZ KAÇAĞI KAYNAKLI PATLAMA:
YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ'NİN 29.06.2022 TARİHLİ
E. 2019/345 K. 2022/5272 SAYILI KARARININ İNCELENMESİ**

Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ
Necmettin Erbakan Üniversitesi

Özet

Konya'daki bir öğrenci yurdunda, dökme LPG tesisatındaki gaz kaçağı dolayısıyla 2008 yılında bir patlama gerçekleşmiştir. Olayda 18 kişi hayatını kaybetmiş ve 28 kişi yaralanmıştır. Yapılan incelemeler sonucunda projeye aykırı bazı durumlar tespit edilmiştir. Birden fazla kişinin yargılandığı olayda farklı mercilerce farklı sonuçlara varılmıştır. Bu çalışmada, olayı konu edinen Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.06.2022 tarihli E. 2019/345 K. 2022/5272 sayılı kararı tahlil edilerek meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinden kimlerin ceza hukuku sorumluluğunun olduğu araştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Taksir, Bilinçli Taksir, Olası Kast, İhmalî Hareket, Dikkat ve Özen Yükümlülüğü

**EXPLOSION DUE TO GAS LEAKAGE IN A BULK LPG INSTALLATION:
ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE 12TH CRIMINAL CHAMBER
OF THE TURKISH COURT OF CASSATION DATED 29.06.2022 WITH
CASE NUMBERS 2019/345-2022/5272**

*Ress. Asst. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ
Necmettin Erbakan University*

Abstract

In 2008, an explosion occurred in a student dormitory in Konya due to a gas leak in the bulk LPG installation. In the incident, 18 people lost their lives and 28 people were injured. As a result of the investigations, certain conditions contrary to the project were identified. In the case where multiple individuals were prosecuted, different conclusions were reached by various authorities. In this study, by analyzing the decision of the 12th Criminal Chamber of the Court of Cassation dated 29.06.2022 with case number E. 2019/345 K. 2022/5272 concerning the incident, an investigation was conducted into which individuals bear criminal liability for the resulting deaths and injuries.

Keywords

Negligence, Conscious Negligence, Probable Intent, Omissive Act, Duty of Care and Attention

1. Olay

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 29.06.2022 tarihli E. 2019/345 K. 2022/5272 sayılı kararına konu teşkil eden olay şu şekilde gerçekleşmiştir:

Konya ili Taşkent ilçesi Balcılar beldesinde bulunan B... Öğrenci Yurdu, B... Kurs ve Okul Talebelerine Yardım Derneği bünyesinde faaliyet göstermekte ve yatılı olarak hizmet sunmaktadır. İ... Anonim Şirketi ile B... Öğrenci Yurdu Müdürlüğü arasında 08.06.2006 tarihinde "Dökme LPG İkmal ve Ariyet Tesis Teslim Sözleşmesi" imzalanır ve yurda dökme LPG tesisi verilmesi ile bu tesiste kullanılacak LPG'nin tesliminin gerçekleştirilmesine ilişkin hususlar kararlaştırılır. Dökme LPG tesisi kurulum işi, İ... Anonim Şirketi tarafından E... Mühendislik firmasına verilir. Zira İ...Anonim Şirketi ile E... Mühendislik arasında 08.07.2003 ve 09.04.2007 tarihlerinde "Yetkili Teknik Servis Sözleşmesi" imzalanmıştır. Bahsi geçen sözleşme uyarınca E... Mühendislik, yetkili servis olarak faaliyet göstermekte ve İ... Anonim Şirketinin yazılı bildirimi doğrultusunda bildirilen müşterilere mevcut tank, tesisat ve ekipmanların bakımı ve onarımı konusunda hizmet sunmaktadır.

E...Mühendislik, B... Öğrenci Yurdunda gerçekleştirdiği montaj işini 26.06.2006 tarihinde tamamlar ve "Dökme LPG Sistem Teslim ve Montaj Bitirme Tutanağı" hem B... Öğrenci Yurdu Müdürlüğü hem de E... Mühendislik tarafından imzalanır. Ertesi gün, 27.06.2006 tarihinde öğrenci yurduna kontrole gelen İ... Anonim Şirketinden görevli S1 ve S2, montajı gerçekleştiren firmanın yaptığı tesisatın fenni usullere ve standartlara uygun olduğunu beyan eden "Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay" adlı tutanağı tanzim eder. Yurt müdürü S3'e konu hakkında eğitim verilir ve LPG tesisi teslim edilir; bu konuda 08.07.2006 tarihinde "Dökme LPG Sistem İlk LPG Teslim ve Eğitim Tutanağı" tanzim edilir. E... Mühendislik ilerleyen zamanlarda, İ... Anonim Şirketi ile arasındaki yetkili teknik servis sözleşmesi uyarınca 27.02.2007 ve 01.07.2008 tarihlerinde B...Öğrenci Yurdunda bulunan sistemin işleyişini denetler ve bu tarihlerde birer adet "İ... Ekoenerji Sistem Periyodik Kontrol Raporu" tanzim eder.

B... Öğrenci Yurdunun içindeki mutfakta, yemek pişirmek için LPG tesisatına bağlı bir ocak bulunur. Dökme LPG tanklarda basıncın yüksek olması dolayısıyla, basıncın düşürülmesi amacıyla, gaz yakan cihaz ile dökme LPG tankı arasında iki adet regülatör kullanılması gerekir. Ancak 27.02.2007 tarihinde gerçekleştirilen periyodik kontrolde sadece birinci kademe regülatörün basıncı ölçülerek 1.2 bar seviyesine ulaşılır, buna karşın ikinci kademe regülatörle ilgili herhangi bir ifadeye periyodik kontrol raporunda yer verilmez. 01.07.2008 tarihinde gerçekleştirilen periyodik kontrol sonucunda düzenlenen raporda ise tesisatın her iki kademesindeki basınç 1.3 bar olarak ölçülür. Bunlara ek olarak, 27.02.2007 tarihli raporda havalandırma menfezinin yer aldığı tespit edilmesine karşın, 01.07.2008 tarihli raporda ise havalandırma menfezinin bulunmadığı ifade edilir.

Bir süre sonra, B... Öğrenci Yurdunda bulunan LPG tesisatında kaçak ortaya çıkar. Kaçak sonucu ortaya çıkan gaz, ocağın bulunduğu mutfakta birikir. Sıkışan gaz dolayısıyla son periyodik kontrolden bir ay sonra, 01.08.2008 tarihinde saat 04.00 sularında bir patlama gerçekleşir ve yurt binası çöker. Yurtta kalmakta olan 18 kişi hayatını kaybeder ve 28 kişi yaralanır.

Patlama olayından sonra yapılan incelemelerde, gaz yakan cihaz ile dökme LPG tankı arasında iki adet regülatör kullanılması gerekliliğine ve tesisatın projesinde de iki adet regülatör bulunmasına rağmen, gerçekte sadece bir adet regülatör kullanıldığı ortaya çıkar. Dolayısıyla gaz kaçağına neden olan ocağın, doğrudan birinci regülatörden çıkan yüksek

basınçla beslendiği anlaşılr. Yurtta bulunan ocağın da kapalı ortamlarda kullanılmaya elverişsiz olan yüksek basınçlı sahra ocağı olduğu görülür. Ayrıca tesisat ile ocak arasındaki hortumun standartlara uymadığı, ikinci kademedede bulunması gereken regülatörün sökülmesi sonucunda takıldığı, uç kısmındaki parlaklıktan anlaşılabacağı üzere sökülüp takılma işlemine maruz bırakıldığı, zaten standartlara uygun olmayan sert yapıdaki bu hortumun sökülüp takılarak kullanılmasının hortum yapısını daha çok sertliğe ve kalıcı şekil değişikliğine uğrattığı tespit edilir. Tüm bu etkenlerin sonucu olarak sistemdeki yüksek gaz basıncının kelepçeli bağlantı noktalarından sızmaya başladığı ve gaz kaçağının bu şekilde gerçekleştiği anlaşılr.

2. Mercilerin Çözüm Şekilleri

1) İlk derece mahkemesi olarak Konya 2. Ağır Ceza Mahkemesi, 14.02.2017 tarih ve E. 2009/243 K. 2017/40 sayı ile:

a) S2, S3 ve S4¹ hakkında TCK'nın 85/2, 62/1, 63. maddeleri gereğince mahkûmiyet,

b) S1 ve diğer beş sanık hakkında beraat,

kararı vermiştir.

2) Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesi, 13.04.2018 tarih ve E. 2017/3024 K. 2018/643 sayı ile "istinaf başvurularının düzeltilerek esastan reddine" karar vermiştir.

3) Yargıtay 12. Ceza Dairesi 29.06.2022 tarih ve E. 2019/345 K. 2022/5272 sayı ile:

a) S2'nin müdafininin duruşmalı inceleme isteminin "hükmedilen cezanın on yıl hapis cezasından aşağı olması nedeniyle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 318. maddesi gereğince" reddine karar vermiştir.

b) İlgililerin sair temyiz itirazlarının reddine; ancak

aa) "...uzun süredir öğrencilerin hayatlarını hiçe sayacak şekilde tehlikeli madde statüsünde yer alan LPG kullanımının standartlara aykırı bir şekilde, özensiz kullanımına devam edilmesinde, hatalı kullanımların düzeltilmesinde ısrarcı olunmadan sistemin çalışmasına izin verilmesinde, öngörmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmekte olup, bu şekildeki kanun, yönetmelik ve işin oluruna aykırı LPG kullanımının yüksek risk oluşturduğunun bilinmesine ve bu durumun geri dönülmez sonuçlara yol açabileceğini öngörebilmelerine rağmen sonucun gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile hareket ederek yüksek risk içeren LPG kullanımına ve sistemin çalışmasına uzun süre devam edildiği olayda, bilinçli taksir koşullarının gerçekleştiğinin kabulü ile sanıkların bu kabule göre hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu" ve

bb) "İş sözleşmesi gereği dökme gaz müşteri tesislerinin standartlara uygunluğunun devamını sağlamakla sorumlu olan teknik destek sorumlusu [S4'ün] 26/05/2008 tarihinde teknik destek sorumlusu olarak [İ...] A.Ş.'de göreve başladığı, sözleşmede 2 aylık deneme süresinin öngörüldüğü, somut olaydaki kazanın sanığın işle ilgili deneme süresinin bitiminden 6 gün sonra meydana geldiği, sanık müdafinin temyiz dilekçesi ekinde sunduğu fotokopi şeklindeki "Konya Bölge 2008 Bakım Bildirimleri" ve "Periyodik Bakım Günlük Hakediş Formu"nda [İ...]

¹ S4, İ... Anonim Şirketi görevlisidir, ancak karara konu teşkil eden olay yukarıda özetlenirken S4'e yer verilmemiştir; bunun gerekçesi, patlamanın gerçekleşmesinden sonraki süreçte ilgililerin ceza hukuku sorumluluğu araştırılırken gündeme gelen bir mevkideki çalışanın belirlenmeye çalışılması aşamasında S4'ün isminin geçmesidir.

A.Ş. teknik destek sorumlusu olarak [X]'in imzasının bulunması ile sanık [S1'in] duruşmada verdiği beyanında, kendisinin şirketten ayrılmadan önce şirkete teknik eleman olarak ...'in alınmış olduğunu, periyodik kontrollerin sorumluluğun [X]'de olduğunu beyan etmesi ile sanık [S4'ün] kollukta verdiği beyanında, işe başladıktan sonra 01.06.2008 tarihinde LPG yetkili personel belgesini aldığını, iki haftalık bir oryantasyon sürecinden sonra 12.07.2008 tarihinde şirketin kendisine otomobil verdiğini ve bu tarihten 19 gün sonra anılan kazanın meydana geldiğini, kaza ile bir bağlantısının bulunmadığını, tankın kurulmasından sonra 3. teknik personel olarak görev yaptığını beyan etmesi ve duruşmada verdiği beyanında, işe başladıktan hemen sonra sorumluluk yüklenmediğini beyan etmesi karşısında, kazanın meydana geldiği yurttaki kurulu bulunan LPG tesisine ilişkin teknik işlerin [İ...] A.Ş. adına teknik destek sorumlusu olarak [X] tarafından takip edilip edilmediğinin, sanık [S4'ün] anılan tesisin denetiminde, kontrolünde sorumluluğunun bulunup bulunmadığının şüpheye yer vermeyecek şekilde araştırılmasından sonra sanık hakkında hukuki durumun takdir ve tayin edilmesi gerektiği”

gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması kanuna aykırı addedildiğinden ve ilgili temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden, açıklanan nedenlerle isteme uygun şekilde Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 12. Ceza Dairesi tarafından yapılan istinaf incelemesi sonucunda verilmiş olan istinaf başvurularının düzeltilerek esastan reddine ilişkin hükmün CMK m. 302/2 uyarınca bozulmasına karar vermiştir².

3. Çözümlemesi Gereken Hukuki Problemler

Söz konusu olay bağlamında çözümlemesi gereken hukuki problem, meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinden kimlerin ceza hukuku sorumluluğunun olacağına ilişkindir.

4. Değerlendirme

Öncelikle, meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinin fail veya faillerinin kim veya kimler olabileceğinin ele alınması ve bu kapsamda sorumluluk çerçevesinin çizilmesi, ardından bu neticelerin ilgili kişi veya kişilere isnat edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerekir. Bunun için, karara konu teşkil eden olayın maddi koşullarının açıklığa kavuşturulması önem taşır. Somut olayda, “dökme LPG tesisi”nin patlaması söz konusudur. Bu doğrultuda, 02.03.20025 tarihli ve 5307 sayılı Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Kanunu ve Elektrik Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu kapsamda çıkarılmış olan yönetmeliklere ve yapılmış olan diğer hukuki düzenlemelere başvurulmalıdır. Zira ancak bu şekilde, kim veya kimlerin hangi yükümlülükler altında olduğu anlaşılabilir.

5307 sayılı Kanun’un 2’nci maddesinde ve Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Lisans Yönetmeliği’nin 4’üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan tanımlara göre, dökme LPG “LPG dağıtıcıları tarafından kullanıcıların tüplü ve otogaz LPG hariç, tüketim mahallindeki tanklarına teknik düzenlemelere uygun özel nakliye araçlarıyla LPG ikmalini” ifade eder. Yine aynı hükümlere göre dökme LPG kullanıcısı, “dökme LPG’yi kullanan gerçek veya tüzel kişi”; dağıtıcı, “LPG dağıtım yetkisi olan ve lisanslarına işlenmesi halinde depolama, dolum, taşıma işlemleri yapabilen sermaye şirketi”, piyasa faaliyeti, “LPG’nin ithali, ihracı, depolanması,

² Bozma sonrası ilk derece mahkemesi kararı verilmiş, söz konusu karar çalışmanın gerçekleştirildiği tarih itibarıyla Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nde temyiz incelemesinde olup henüz kesinleşmemiştir.

taşınması, dağıtımı ve bayiliği; dağıtım, “LPG'nin, tüplü ve otogaz olarak kullanıcılara ve bayilere; dökme olarak kullanıcılara satış ve ikmal faaliyetlerinin bütünü” anlamına gelmektedir. Bu bilgiler doğrultusunda, karara konu teşkil eden olayda İ...Anonim Şirketi “dağıtıcı”, B... Öğrenci Yurdu ise “dökme LPG kullanıcısı”dır.

Somut olayda; dökme LPG tesisatının satışı, kurulumu, LPG ikmali ve iki defa periyodik kontrol şeklinde kaydedilen aşamalar yer almaktadır. İlk olarak, bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi yukarıda yer verilen tanımlar dolayısıyla LPG'nin dağıtımı anlamına geleceğinden, dağıtıcının lisansa sahip olması gerekmektedir. Zira 5307 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre “LPG'nin dağıtımı, taşınması ve otogaz bayilik faaliyetlerinin yapılması (tüplü LPG bayiliği hariç), depolanması, LPG tüpünün imalatı, dolumu, muayenesi, tamiri ve bakımı ile bu amaçla tesis kurulması ve işletilmesi için lisans alınması zorunludur.” Yine aynı kanunun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre “... dağıtıcı lisansı sahipleri LPG dağıtım hakkına sahip olur.” İncelemeye konu kararda LPG dağıtım lisansına ilişkin bir hususa değinilmemiş olsa da Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından ilan edilen “LPG Piyasası Dağıtıcı Lisansları” arasında İ... Anonim Şirketi'nin de lisansının bulunduğu, lisansın başlangıç ve bitiş tarihleri olan 03.02.2006-03.02.2036 tarihleri arasında LPG dolum, depolama ve taşıma faaliyetlerinde bulunabileceğinin belirtildiği görülmektedir³. Dolayısıyla ilk aşamada ifade etmek gerekir ki, İ... Anonim Şirketi, lisansı bulunan yetkili bir kuruluştur. Bu gerekçeyle, karara konu teşkil eden olayda olduğu gibi, kullanıcılara dökme LPG satış ve ikmalinde bulunabilme yetkisine sahiptir. Nitekim yine 5307 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre, “Dağıtıcı lisansı sahipleri, kendi mülkiyetlerindeki veya sözleşmelerle oluşturacakları bayilerinin istasyonlarına otogaz LPG dağıtımı, kullanıcılara dökme LPG satış ve ikmali, tüplü LPG dağıtım ve pazarlaması, taşıma, dolum ve depolama faaliyetlerinde bulunabilirler.” Ancak dağıtım lisansı, sadece hak sahibi olmayı değil aynı zamanda yükümlülük altında bulunmayı da beraberinde getirmektedir ve bu yükümlülüklerin başında ise 5307 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme yer almaktadır: “Piyasa faaliyetinde bulunanlar, kötüniet veya tehlikeli eylem sonucunu doğuracak her türlü işlemde özenle kaçınmak, bunların oluşumunun engellenmesi için her türlü tedbiri almak ve istenmeyen durumları en kısa sürede gidermek zorundadır.” Sonuç olarak anlaşılmaktadır ki, piyasa faaliyetinde bulunmaya yetkili olan dağıtıcıların, kanundan kaynaklanan objektif dikkat ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla somut olayda İ... Anonim Şirketi yetkililerinin, kanundan kaynaklanan objektif dikkat ve özen yükümlülüğü bulunduğunu ifade etmek mümkündür.

5307 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesine göre, bu kanun kapsamında lisans sahibi olan dağıtıcıların diğer yükümlülükleri arasında somut olay bağlamında ön plana çıkacak olanlar ise şunlardır: “a) Ticari ve teknik mevzuata uygun davranmak”, “c) Kamunun can, mal ve çevre güvenliği ile kendi tesis ve faaliyetlerini önemli ölçüde tehdit eden veya olumsuz etkileyen bir durum oluştuğunda, kamu yetkililerini ve bundan etkilenme ihtimali bulunan ilgilileri haberdar etmek, tehdidin niteliği ve niceliği ile bunu önlemek üzere alınmakta olan tedbirleri Kuruma [Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu] bildirmek”, “ı) Asli faaliyetlerinde eğitim ve sertifika almış personel çalıştırmak”.

³ <https://lisans.epdk.gov.tr/epvys-web/faces/pages/lisans/lpgDagitici/lpgDagiticiOzetSorgula.xhtml>, son erişim tarihi: 16.11.2024.

Dağıtıcıların dökme LPG faaliyetleri hakkında ise dağıtıcılara, özel başka yükümlülükler de yüklenmiştir. Bu yükümlülükler 5307 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde yer almaktadır; buna göre:

“Dağıtıcılar dökme LPG faaliyeti yaparken;

- 1) Sadece sözleşme yaptıkları kullanıcılara dökme LPG ikmali yapmak,*
- 2) LPG ikmali yaptıkları sözleşmeli kullanıcıların, dağıtıcı veya kullanıcı tarafından kurulmuş, dökme LPG tesis ve tesisatlarının ilgili teknik düzenlemelere uygunluğunu tespit etmek, periyodik kontrolleri yapmak, teknik düzenlemelere uygun olmayan tesislere LPG ikmali yapmamak,*
- 3) LPG ikmalini, mülkiyetinde veya tasarrufu altında tescilli markasını, unvanını ve amblemini taşıyan teknik düzenlemelere uygun araçlar ile yapmak,*
- 4) Kullanıcılara teslim ettikleri dökme LPG'nin, farklı amaçlarla kullanılması halinde Kuruma bildirmek ve ikmal yapmayı durdurmak,*
- 5) Kullanıcının dökme LPG tesislerini yürürlükteki teknik düzenlemelere uygun olarak kurmak, bu işlem esnasında uzman personel kullanmak ve bu esnada oluşan zarar ve ziyanı tazmin etmek,*
- 6) Kullanıcıları, dökme LPG kullanımı ve tesisin işletilmesi konusunda bilgilendirmek,*
- 7) Kullanıcıların arıza, kontrol ve bakım taleplerini zamanında yerine getirmek üzere gerekli tedbirleri almak,*

ile yükümlüdür.”

Görüldüğü üzere, genel yükümlülüklerin yanı sıra dökme LPG faaliyeti gerçekleştiren dağıtıcılara işin özellikleri dikkate alınarak özel birtakım yükümlülükler de yüklenmiştir. İ... Anonim Şirketi ile B... Öğrenci Yurdu Müdürlüğü arasında 08.06.2006 tarihinde “Dökme LPG İkmal ve Ariyet Tesis Teslim Sözleşmesi” imzalanması ve yurda dökme LPG tesisi verilmesi ile bu tesiste kullanılacak LPG'nin tesliminin gerçekleştirilmesine ilişkin hususların bu şekilde meşru bir zemine sahip olması dolayısıyla, B... Öğrenci Yurduna LPG ikmali yapılması süreci en başında hukuka uygun bir şekilde başlamıştır. Ancak sürecin devamında düzenleyici kurallara aykırılıkların gerçekleşmeye başladığı anlaşılmaktadır.

İncelenen karara konu teşkil eden olay bağlamında 5307 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde yer alan yukarıdaki fıkrada bulunan özellikle iki, beş ve altıncı bentler ön plana çıkmaktadır. İlk olarak ikinci bent bakımından değerlendirme yapmak gerekir; nitekim önemi dolayısıyla bu bentte hüküm altına alınmış olan kurala başka düzenlemelerde de rastlanmaktadır. Gerçekten, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Dağıtım Şirketleri ile Yetkili Bayilerin ve Tüketicilerin Uymaları Gereken Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğin 20'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, LPG dağıtıcılarının, LPG ikmali yaptıkları sözleşmeli kullanıcıların, dağıtıcı veya kullanıcı tarafından kurulmuş dökme LPG tesisi ve tesisatlarının ilgili teknik düzenlemelere uygunluğunu tespit etmek, periyodik kontrollerini yapmak, teknik düzenlemelere uygun olmayan tesislere LPG ikmali yapmamakla yükümlü oldukları bir kez daha ifade edilerek tekrarlanmıştır. Karara konu teşkil eden olayda sürecin bu kurala uygun şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin değerlendirilmesi önem taşır.

Karara konu teşkil eden olayda, dökme LPG tesisatının İ... Anonim Şirketi'nin doğrudan kendi görevlileri tarafından değil, E... Mühendislik tarafından kurularak teslim edildiği görülmektedir. Ancak LPG sisteminin teslim edilmesinin ertesi günü olan 27.06.2006 tarihinde, olması gerektiği üzere öğrenci yurduna kontrole gelen İ... Anonim Şirketinden görevli S1 ve S2, montajı gerçekleştiren E... Mühendisliğin yaptığı tesisatın fenni usullere ve standartlara uygun olduğunu beyan eden "Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay" adlı tutanağı tanzim etmişlerdir. Dolayısıyla, sözleşmeli kullanıcının, dökme LPG tesis ve tesisatlarının ilgili teknik düzenlemelere uygunluğunu tespit etme görevi İ... Anonim Şirketi tarafından yerine getirilmiştir. Ancak düzenlenmiş olan bu tutanaklarda dökme LPG tesisatında herhangi bir sorun yer alıp almadığına dair bir ifadenin bulunup bulunmadığına incelemeye konu kararda değinilmemiştir. Bu nedenle, olayın birden fazla ihtimalini tartışarak değerlendirmemiz gerekmektedir; ya dökme LPG tesisatının kurulumu teknik düzenlemelere uygun şekilde gerçekleştirilmiş ve bu gerçeğe uygun bir tutanakla tespit edilmiştir ya da tesisat en başından beri teknığe uygun değildir. Bu gerekçeyle, söz konusu beşinci maddenin yukarıda anılan beşinci bendine ("*[k]ullanıcının dökme LPG tesislerini yürürlükteki teknik düzenlemelere uygun olarak kurmak, bu işlem esnasında uzman personel kullanmak ve bu esnada oluşan zarar ve ziyayı tazmin etme*") yükümlülüğüne) uygun davranıp davranılmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda ayrıca son olarak eklemek gerekir ki, B... Öğrenci Yurdu müdürü olan S3'e eğitim verildiği görüldüğünden söz konusu beşinci maddenin yukarıda zikredilen altıncı bendine ("*[k]ullanıcıları, dökme LPG kullanımı ve tesisin işletilmesi konusunda bilgilendirme*") yükümlülüğüne) uygun hareket edilmiştir. Zira 08.07.2006 tarihli "Dökme LPG Sistem İlk LPG Teslim ve Eğitim Tutanağı" ile ilk LPG tesliminin yapıp S3'e eğitim verildiğinin belirtildiği anlaşılmaktadır.

Buraya kadar ortaya konulan hukuki dayanaklar ve somut olaya yansımaları bakımından varlığının tartışılması gereken hususlar, ihtimal seviyesinde kalıp değerlendirilmesi gereken meseleler olarak aşağıda ele alınacaktır. Buna ek olarak, olayın devamında kesin aykırılıklar göze çarpmamaktadır. Çünkü ilk periyodik kontrolün gerçekleştirilmesiyle beraber, dökme LPG tesisatının kullanılmasına ilişkin süreç özensiz ve çelişkili bir hâl almaya başladığından kesin derecedeki ihmaller gerçekleşmiştir.

İlk olarak, 27.02.2007 tarihli birinci periyodik kontrol raporunda patlamanın gerçekleştiği ocağın bulunduğu mutfakta "havalandırma menfezinin bulunduğu" belirtilmesine rağmen 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrol raporunda "hava menfezinin bulunmadığı" tespit edilmiştir. Bununla da sınırlı kalmayıp, 27.02.2007 tarihli birinci periyodik kontrol raporunda dökme LPG tesisatının birinci kademe regülatöründe 1.2 bar basınç ölçülmesine karşın ikinci kademedeki regülatörün basıncı ölçülmemiştir. 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrol raporunda ise her iki kademedeki regülatörün basıncının 1.3 bar olduğu ölçülmüştür. Oysa projeye göre, ocak ile dökme LPG tankı arasında iki adet regülatörün bulunması gerekmektedir; birinci kademedeki regülatörle tanktan gelen basınç 1-1,5 bar seviyelerine düşürülebilir iken ikinci kademedeki regülatör ise birinci kademe basıncı düşürülen gazın geldiği çelik boruda bulunarak gaz basıncını cihazın yanma basıncına ayarlar ve böylece çelik borudan, ocağa giden lastik hortuma basıncı düzenlenmiş gaz iletilmiş olur. Buna karşın, her iki periyodik kontrol raporunda hem kurala aykırı tespitlerde bulunulmuştur hem de raporlardaki ifadeler birbirleri ile çelişir niteliktedir. Burada fazla sayıda ihtimal gündeme gelebilir. Ancak kanaatimizce, mutfakta kullanılan ocağın yüksek

basınçla çalışabilen sahra ocağı olduğu ve patlamadan sonra yapılan incelemelerde ikinci kademe regülatör bulunmadan sistemin kullanıldığının anlaşılması dolayısıyla şu iki ana ihtimalin üzerinde durmak gerekir:

1) Birinci ihtimal: Bu ihtimalde, dökme LPG tesisatının kurulumunun teknik düzenlemelere uygun şekilde gerçekleştirildiği ve “Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay” tutanağıyla tesisatın fenni usullere ve standartlara uygunluğunun gerçek olarak tespit edildiği varsayılmıştır. Bu ihtimal de kendi içinde üç alt ihtimalden oluşmaktadır: birinci alt ihtimale göre ikinci kademe regülatör dağıtıcı şirketin uygunluk tutanağı alındıktan sonra yurt görevlileri tarafından sökülmüş olabilir, ikinci alt ihtimale göre ikinci kademe regülatör dağıtıcı şirketin uygunluk tutanağı alındıktan sonra bozularak çalışamaz hâle gelmiş olabilir, üçüncü alt ihtimalde ise kullanılan ocak tipi dolayısıyla ikinci regülatör işlevsiz kalmış olabilir.

a) Birinci alt ihtimal: Bu alt ihtimalde, her iki periyodik kontrol zamanında da ikinci regülatör bulunmadığı veya bulunmasına rağmen çalışmadığı varsayılmıştır. Bu sebeple birinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevli ikinci regülatördeki basıncı ölçemediği için rapora bu kademedeki basınç değerini yazamamıştır. İkinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevli de birinci kademedeki regülatörden elde ettiği basıncı, ikinci kademe regülatördeki basıncı bu regülatörün yokluğu dolayısıyla ölçemediği için bu kademedeki basınç değeri olarak tekrar aynen yazmış olabilir. Bu ihtimalin önemi, ilk periyodik kontrol raporunda ikinci kademe regülatör basıncına hiç yer verilmemesinden ve ikinci periyodik kontrol raporunda her iki regülatörden çıkan basıncın eşit seviyelerde bulunmasının teknik olarak rasyonel olmamasından ileri gelmektedir. Zira her iki kademe regülatördeki basınç eşit ise ya birinci regülatör de aynı işi gördüğünden ikinci regülatöre zaten gerek yoktur ya da ikinci regülatör hiç çalışmıyordur veya gerçekte mevcut değildir. Ancak somut olayda proje gereği ikinci regülatöre gerek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, burada ikinci regülatörün hiç çalışmadığı veya gerçekte olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

b) İkinci alt ihtimal: Bu alt ihtimalde, her iki periyodik kontrol yapıldığı esnada da ikinci kademe regülatörün gerçekte mevcut olduğu, ancak birinci periyodik kontrol raporu düzenlenirken ikinci kademe regülatörün basıncının ölçülmesinin dikkatsizlik neticesinde unutulduğu varsayılmıştır. Ayrıca, birinci periyodik kontrolün ardından öğrenci yurdundaki bir görevli tarafından ikinci kademe regülatörün çıkarılmış olması, daha sonra ikinci periyodik kontrolden önce ikinci kademe regülatör tekrar takılmış ve fakat kontrolden sonra tekrar çıkarılmış olması da mümkündür. Bu ihtimallerde, ikinci periyodik kontrolde ikinci kademe regülatör basıncının birincisi ile eşit olması, regülatörün çalışmıyor olmasından kaynaklanmış olabilir. Bu ihtimalin önemi ise dökme LPG tesisatını ocağa bağlayan ve aynı zamanda standartlara aykırı olan lastik hortumun sökülüp takılma işlemlerine maruz bırakılmasının tespit edilmiş olmasından ileri gelmektedir.

c) Üçüncü alt ihtimal: Bu alt ihtimalde, her iki periyodik kontrol yapıldığı esnada da ikinci kademe regülatörün gerçekte mevcut olduğu, ancak ikinci kademedeki regülatörün işlevinin gaz basıncını ocağın yanma basıncına ayarlamak olması ve ocak olarak yüksek basınçla çalışan sahra ocağı tercih edilmesi dolayısıyla, ikinci kademedeki regülatörün yanlış ocak seçimi nedeniyle basıncı daha fazla düşürme işlevini yerine getirmediği varsayılmıştır. Bu alt ihtimale göre, birinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevli, ikinci kademe regülatör basıncını ölçtüğünde ortaya çıkan sonuç birinci kademedeki regülatördekine eşit olduğu için aynı sayısal değeri yeniden yazmayı tercih etmemiş olabilir. İkinci periyodik kontrolü

gerçekleştiren görevli ise her iki kademedeki regülatörlerin basıncını ölçmesi sonucunda eşit değerler elde etse de rapora bunu yazmış olabilir. Bu alt ihtimalde ayrıca, patlamadan sonra regülatörün bulunmadığı tespit edildiği için, ikinci periyodik kontrol tamamlandıktan sonra ikinci kademe regülatörün çıkarılmış olma ihtimali gündeme gelmektedir.

2) İkinci ihtimal: Bu ihtimalde, dökme LPG tesisatının en başından beri fenni usullere ve standartlara uygun olmadığı, ancak kurulumdan sonra kontrole gelen dağıtıcı şirket yetkilileri tarafından “Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay” adlı tutanağın teknik aykırılıklara göz yumularak gerçeğe aykırı şekilde tanzim edildiği varsayılmıştır. Devamında ise birinci ihtimalde olduğu gibi çeşitli alt ihtimal zincirleri gündeme gelmiştir.

Yukarıdaki ihtimaller, sınırsız sayıdaki ihtimaller arasından somut olayın şartları neticesinde ön plana çıkan ihtimallerdir. İncelemeye konu bozma kararı sonucunda verilecek yeni kararda bu ihtimallerin tartışılması ve muğlak noktaların giderilmesi gerekir. Zira bu noktalar, periyodik kontrol raporlarını tanzim eden ilgililerin ceza sorumluluklarının belirlenmesi noktasında önem taşımaktadır. Ancak kesin olan, periyodik kontrol raporlarının birbirleri ile çelişmesine, son periyodik raporda havalandırma menfezinin bulunmadığının tespit edilmesine, ikinci regülatörle ilgili bir sorun olduğunun anlaşılmasına ve neticede periyodik kontrollerin olumsuz neticelenmesi gerekliliğine, tüm bu nedenlerle dökme LPG sisteminin teknik düzenlemelere uygun olmamasına rağmen, 5307 sayılı Kanun’un 5’inci maddesine ve Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Dağıtım Şirketleri ile Yetkili Bayilerin ve Tüketicilerin Uymaları Gereken Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğin 20’nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca LPG ikmali yapılmaması gerekmesine karşın öğrenci yurduna LPG ikmali gerçekleştirildiğidir. Nitekim Yargıtay özel dairesi de teknik aykırılıklara rağmen LPG ikmali gerçekleştirilmesini usulsüz bulmuştur. Birinci raporda ikinci kademe regülatör basıncının ölçülmemesine, ikinci raporda havalandırma menfezinin bulunmadığının ve ikinci kademe regülatör basıncının birincisinininkine eşit şekilde 1.3 bar olduğunun tespit edilmesine rağmen, mevzuata göre gerçekleştirilmemesi gereken LPG ikmalinin gerçekleştirilmesi ve dökme LPG tesisinin çalışmaya devam etmesi sonucunda patlama gerçekleşmiştir. Burada meydana gelen neticelerin kimlere isnat edilebileceği meselesi, yukarıdaki iki ihtimal üzerinden ayrı ayrı değerlendirme yapılarak çözümlenmelidir:

1) Birinci ihtimal bakımından, öncelikle dağıtıcı firma olan İ... Anonim Şirketi görevlileri S1 ve S2 tarafından tanzim edilen “Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay” tutanağıyla tesisatın fenni usullere ve standartlara uygunluğunun gerçeğe paralel şekilde tanzim edilmesine rağmen patlama olayının gerçekleşerek ölüm ve yaralanmaların husule gelmesi neticelerinin kendilerine isnat edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda kanaatimizce S1 ve S2 ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamamalıdır; zira tanzim ettikleri tutanak dökme LPG tesisatının sadece o anki uygunluğuna ilişkindir. Tesisatın patlama anında fenni usul ve standartlara aykırı olduğu ortaya çıkmış olsa da bahsi geçen tutanağın tanzim edildiği anda, tesisatın usul ve standartlara aykırı olduğuna dair bir iz veya emareye rastlanmamıştır. Sadece olayın bu kadarı hakkında yapılabilecek değerlendirmeye göre; bahsi geçen tutanağı sırf kendileri tanzim ettikleri için S1 ile S2’nin ceza sorumluluğuna gidilmesi veya S1 ile S2’nin tanzim ettikleri tutanak dolayısıyla bu kişilerin bağlı oldukları birimin amirinin veya yine sırf S1 ile

S2 İ... Anonim Şirketinde çalıştığı için bu şirketin ilgili organının görevlilerinin sorumlu tutulması mümkün değildir. Zira borçlar hukukunda kimi zaman kusursuz sorumluluk hâlleri gündeme gelebilse de modern ceza hukukunda kişilerin cezalandırılabilmesi için en azından taksirle hareket etmeleri aranır ve dolayısıyla objektif ceza sorumluluğu kabul edilmez; 5237 sayılı TCK da bu paralelde objektif ceza sorumluluğunu benimsememiştir. Sonuç olarak bu ihtimalde, S1 ve S2 gerçekten de fenni usullere ve standartlara uygun olan bir tesisatı denetlemelerine karşın, kendilerinin dahil olmayan başka sebeplerden dolayı ilerleyen tarihlerde standart ve usullere aykırılıklar meydana geldiği için objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık gerçekleşmemiştir. Bu gerekçelerle, bu ihtimalde İ... Anonim Şirketi görevlileri S1 ve S2'nin ceza sorumluluğu gündeme gelmemektedir. Bundan sonra, meydana gelebilecek üç alt ihtimalin ayrı ayrı değerlendirilmesinde fayda vardır.

a) Birinci alt ihtimal bakımından, 27.02.2007 tarihli birinci ve 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrol raporunu tanzim eden E... Mühendislik görevlilerinin ceza sorumluluklarının incelenmesi gerekir. Buradaki ihtimalde, birinci kontrolü gerçekleştiren E... Mühendislik görevlisinin, ikinci kademe regülatör gerçekte bulunmadığı veya çalışmadığı için ölçüm gerçekleştiremediğinden basınç değerini yazmadığı varsayılmıştı. Ancak görevlinin, bunun yerine, tesisatın teknik standartlara uygun olmadığını tespit etmesi ve sonraki LPG ikmallerinin gerçekleştirilmemesi gerekirdi. Bu ihtimalde ayrıca, benzer şekilde, ikinci periyodik kontrol raporunu düzenleyen E... Mühendislik görevlisinin de ikinci kademe regülatörün gerçekte bulunmaması veya çalışmaması gerekçesiyle birinci regülatörden elde ettiği basıncı ikinci regülatörün basıncı olarak rapora yazdığı varsayılmıştı. Bu durumlarda, meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinin bu periyodik kontrolü gerçekleştiren görevliler tarafından öngörüldüğü ve fakat kabullenildiğinin, göze alındığının kabul edilmesi gerekir. Zira bahsi geçen görevlilerin, Mülga Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasası Eğitim Yönetmeliği kapsamında eğitim almış olmaları gerektiği için, periyodik kontrol sonucunda tespit ettikleri tekniğe aykırılıklar ve bu aykırılıkların giderilmediği takdirde meydana gelecek neticeler konusunda bilgili olmaları beklenir. Ancak periyodik kontrol neticesinde teknik aykırılık tespit edilmesine rağmen bunun ihmal edilmesi, meydana gelebilecek neticelerin öngörülmüş olmasına rağmen göze alındığını gösterir. Bu da olası katın varlığına işarettir; kanaatimizce bu alt ihtimalde herhangi bir taksir şekli gündeme gelmez. Zira açık havada çalışmaya göre imal edilmiş bir ocağın havalandırma menfezinin bulunmadığı kapalı bir ortamda çalıştırılması, projede bulunan ikinci regülatörün tesisattan sökülmesi ve ocaktan çıkan borunun hem standartlara aykırı hem de deforme olması dolayısıyla gaz kaçağı neticesinde bir patlama meydana gelmesi, gerçekleşme ihtimali kesine yakın bir netice olup herkes tarafından da öngörülebilir. Bu alanda özel olarak eğitim almış bir personelin, bu kaçınılmaz olarak kabul edilebilecek ihtimalin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi ise hayatın olağan akışına aykırı ve beklenemezdir. Diğer yandan, periyodik bakımı gerçekleştiren E... Mühendislik görevlileri gerek iş sözleşmeleri gerekse 5307 sayılı Kanun doğrultusunda belirli bir davranışta bulunmak ve görevinin gereğini yerine getirmekle yükümlü olmalarına (aykırılıkların giderilmesini sağlamak ve LPG ikmalini engellemek) karşın bu konuda da ihmalde bulunmuşlardır. Bu gerekçelerle E... Mühendislik'te çalışan her bir periyodik kontrol görevlisinin, meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali

davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada ayrıca, TCK'nın farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir (TCK m. 44)⁴.

⁴ Bu bahiste yeri gelmişken, teşebbüs hükümlerinin olası kastla işlenen suçlarda uygulanabilirliği meselesine değinmekte fayda vardır. Öğretide bu konuda iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Türk ceza hukukundaki hâkim görüşe göre, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir, zira olası kastla işlenen suçlarda sorumluluğun netice esas alınarak belirlenmesi gerektiği savunulmaktadır; bu gerekçeyle, bu görüşe göre birden fazla ölüm ve yaralanmanın olduğu olaylarda somut olayın şartları dikkate alındığında yaralanma neticeleri açısından olası kastla yaralama suçunun işlendiği kabul edilebilmektedir. Bu yönde örneğin bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 423; Veli Özer Özbeke v.d., *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 286; Berrin Akbulut, "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, s. 4 (2020): 337; Önder Tozman, "Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi", *Ceza Hukuku Dergisi* 5, sy. 12 (2010): 168..Buna karşın, öğretideki diğer görüşe göre ise olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür; bu gerekçeyle, bu görüşe göre birden fazla ölüm ve yaralanmanın olduğu olaylarda somut olayın şartları dikkate alındığında yaralanma neticeleri açısından olası kastla öldürme suçuna teşebbüs suçunun işlendiği kabul edilebilmektedir: bu yönde örneğin bkz. İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 716 vd.; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 356-357, kn. 614; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 506. Karşılaştırmalı hukuktan örnek vermek gerekirse Alman hukukunda olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını savunan yazarların azınlıkta olduğunu ve hatta günümüzde neredeyse temsilcisinin kalmadığı ifade edilmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Tozman, "Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi," 144.

Yargıtay'ın ise aksi yönde kararları da bulunmakla beraber daha yaygın ve güncel kararlarında olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını kabul ettiği görülmektedir:

"...Niteliği gereği olası kastla işlenen suça teşebbüsün mümkün olmadığı ve sanığın gerçekleşen sonuçtan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden, olası kastla öldürmeye teşebbüs suçundan mahkumiyetine karar verilmesi..." bozma nedeni sayılmıştır, bkz. Yargıtay 1. CD E. 2020/1038 K. 2021/3564 T. 09.03.2021.

"...Olası kast netice ile belirli hale gelir ve fail ancak meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilir. Yani olası kast halinde netice kastı belirler kuralı geçerlidir. Gerçekleşme ihtimali bulunan neticelere teşebbüs kabul edilemez. Olası kastla hareket edilmesi sonucunda yaralama gerçekleşmişse, yaralama ne kadar ağır olursa olsun fail olası kastla yaralamadan sorumlu olacak olası kastla öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmeyecektir. Bu kabulün diğer bir yönü de olası kastla hareket eden birden fazla failin benzer eylemlerinde neticeden sorumlu tutulabilmeleri için neticenin hangisinin eylemi ile meydana geldiğinin mutlak surette tespit edilmesi gerekmektedir..." Yargıtay CGK E. 2014/1-256 K. 2015/100 T. 14.04.2015.

Kanaatimizce, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliğinin kabul edilmesi, cezalandırılabilirliğin alanının katlanılamaz şekilde genişletilmesi endişesini beraberinde getirecektir. Bu sebeple incelemeye konu kararın tahlilinde, olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması gerektiği yönündeki görüş benimsenerek değerlendirmelerde bulunulmuştur. Bu görüşün benimsenmiş olması dolayısıyla, olası kastla hareket eden bir failin gerçekleştirdiği tek hareketle birden fazla ölüm ve yaralanma neticesinin meydana geldiği durumlarda, birden fazla suç tipi gerçekleştirilmiş olacağı için farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür; ana metindeki de görüş bu doğrultuda oluşturulmuştur. Buna karşın, öğretideki diğer görüş olan olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olduğu yönündeki kanaate göre ise gerçekleşen ölüm neticeleri açısından tamamlanmış olası kastla öldürme suçu, yaralanma neticeleri açısından ise teşebbüs aşamasında kalmış olası kastla yaralama suçu söz konusu olduğundan aynı neviden fikri içtimanın (TCK m. 43/2) şartlarının gerçekleştiği ve fakat kasten öldürme suçunun TCK'nın 43'üncü maddesinin üçüncü fıkrasında hüküm altına alınan istisnalardan bir tanesi olması dolayısıyla gerçek içtimanın uygulanması gerektiği neticesine ulaşılacaktır. Öğretide yer alan iki görüşten hangisinin benimsendiğine göre sonuçlar bu şekilde farklılık arz edecektir. Suçların içtiması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Neslihan Göktürk, "Türk Hukuku'nda Suçların İçtiması", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 2, sy. 1-2 (2014): 31-59.

Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği tartışmasına ek olarak, incelemeye konu olay bağlamında ayrıca ihmalî suçlara teşebbüs meselesi de gündeme gelebilir ve kısaca bu konuya değinmekte de fayda vardır. Bu mesele hakkında da Türk ceza hukuku öğretisinde iki görüş mevcuttur. Bizim

Bunlara ek olarak bu alt ihtimalde ayrıca, dağıtıcı şirket olan İ... Anonim Şirketi'nden söz konusu öğrenci yurdunun ikmal işleriyle ilgilenen kişinin de sorumlu tutulması gerekir. 10.05.2006 tarihli ve 26164 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasının olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan ikinci cümlesine göre *"teknik düzenlemelere aykırılık ve güvenlik ihlali nedeniyle feshedilen dökme gaz sözleşmeleri de Kuruma 30 gün içerisinde bildirilir."*⁵ Bu hükümde sözleşmenin feshedilmesi yükümlülüğünün bulunduğu kesin olarak düzenlenmemiş olsa da kanun koyucunun teknik düzenlemelere aykırılık ve güvenlik ihlali nedeniyle sözleşmenin feshedilmesine işaret etmiş olması önemlidir. Kaldı ki, 5307 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinden ve Sıvılaştırılmış Petrol Gazları Dağıtım Şirketleri ile Yetkili Bayilerin ve Tüketicilerin Uymaları Gereken Usul ve Esaslara İlişkin Tebliğin 20'nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinden, periyodik kontroller neticesinde teknik düzenlemelere uymadığı tespit edilen tesislere ikmal yapılmaması gerektiği sonucu çıkması karşısında dökme gaz sözleşmesinin feshedilmemesini beklememek de pratikte anlamsızdır. Sonuç olarak, periyodik kontrol raporlarını düzenleyen E... Mühendislik görevlilerin dışında, öğrenci yurduna LPG ikmalinde bulunmaya devam edilmesini sağlayan dağıtıcı şirket olan İ... Anonim Şirketi ilgilerin de sorumlu tutulabilmesi gerekir. Zira bu raporların eksik doldurulduğu ve raporların birbiri ile çeliştiği açıktır. Kanaatimizce, öğrenci yurduna LPG ikmalinden sorumlu olan İ... Anonim Şirketi görevlilerinin de yukarıdakilerle aynı gerekçelerle meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada da TCK'nın farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir (TCK m. 44)^{6,7}.

Bu alt ihtimalde son olarak, yurt görevlilerinin de sorumluluğuna gidilmesi gerekir. Çünkü, dökme LPG tesisatı kurulumunun ardından kontrole gelen dağıtıcı şirket olan İ... Anonim Şirketi yetkilileri S1 ve S2'nin kontrolleri doğrultusunda tesisatın tekniğe uygun olduğu

de katıldığımız görüşe göre, teşebbüse ilişkin hükümler icrai hareketle işlenen suçlarda uygulanabilir ve ihmali suçlara teşebbüs cezalandırılmaz; ancak ihmali hareketin başlı başına bir ceza gerektirdiği haller saklıdır, bu yönde örneğin bkz. Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 582; Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 440. Diğer görüşe göre ise gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı ve fakat görünüşte ihmali suçlara ise teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir, bu yönde örneğin bkz. Özбек vd. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 470.

- 5 Ancak bahsi geçen, Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasının olayın gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan ikinci cümlesi, daha sonra 21.06.2019 tarihli ve 30808 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sıvılaştırılmış Petrol Gazları (LPG) Piyasasında Yapılacak Denetimler ile Ön Araştırma ve Soruşturmalarda Takip Edilecek Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik'in 5'inci maddesi ile kaldırılmıştır.
- 6 Bu noktada olası kastla işlenen suçlara ve ihmali suçlara teşebbüs tartışmaları gündeme gelmektedir. Nitekim çalışmanın devamında da birden fazla muhtemel seyir üzerinden değerlendirmeler gerçekleştirileceği için kimi zaman ceza sorumlulukları bakımından benzer sonuçlara ulaşıldığında aynı tartışmaların yine gündeme gelmesi gerekecektir. Bu konularda öğretilerdeki görüşler, Yargıtay'ın tutumu ve değerlendirilmelerimize 3 numaralı dipnotta yer verilmiştir; bu gerekçeyle söz konusu tartışmaların gündeme geldiği noktada 3 numaralı dipnotta yer alan aynı açıklamalarımızın geçerli olduğunu belirtmekte fayda vardır.
- 7 Bu ihtimalde ceza hukuku sorumluluğu değerlendirilen tüm kişilerin isimlerine kararda yer verilmediğinden, kişilerin isimleri yerine "yerine getirdikleri görevlere" işaret ederek ceza hukuku sorumlulukları tespit edilmiştir. Aynı durum, çalışmanın devamı açısından da geçerlidir; zira S1, S2, S3, S4 ve daha sonra karara dahil olacak X haricinde, kişilerin isimleri ve görevleri konusunda karardan açık bir bilgiye ulaşılamamaktadır.

tespit edildikten sonra, eğer mutfağa fazla sayıdaki kişilere yemek hazırlamak için elverişli olan ve fakat kapalı ortamlarda kullanılmaya elverişli olmayan yüksek basınçla çalışabilen sahra ocağı alınmışsa ve bu ocağın daha iyi çalışabilmesi için ikinci kademe kurulum aşamasında bulunan regülatör sonradan çıkarılmışsa bunun çıkarılması dolayısıyla meydana gelen neticelerden öğrenci yurdu müdürü olan S3'ün sorumlu tutulması gerekir. Zira dökme LPG tesisatının nasıl kullanılacağına ilişkin eğitim S3'e verilmiş ve S3 konu hakkında bilgilendirilmiştir. Dolayısıyla yurt müdürü S3'ün de eğer ikinci kademe regülatör bilinçli olarak çıkarılmışsa bundan sorumlu tutulması gerekir. S3 bu konuda eğitilmiş olduğu için tesisatta tekniğe aykırı olacak gerçekleştirilecek değişikliklerin sonuçlarını öngörmesi beklenir. Ayrıca 5307 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre *"Dökme LPG kullanıcıları dağıtıcının bilgisi dışında dökme LPG sistemine başkalarının müdahale etmesine izin veremez."* Dolayısıyla S3'ün bir de kanundan kaynaklanan objektif dikkat ve özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak S3, eğitilmiş olmasına rağmen, E... Mühendislik çalışanı olan periyodik kontrol görevlilerinin aksine tekniğe aykırılıklar dolayısıyla meydana gelmesi kaçınılmaz olan patlamanın gerçekleşmeyeceğine güvenmiş olabilir. Zira teknik personel ile kullanıcının aldığı eğitim aynı olmadığından ve kullanıcı olarak S3 teknik personel kadar tecrübeli olmadığından, bu konuda muhtemel zararlı neticelerin gerçekleşmeyeceğine itimat etmiş olabilir. Ayrıca yurt müdürünün yurttaki düzenli olarak kalması, onu diğer muhtemel sorumlulardan (dağıtıcı şirket ve mühendislik firması yetkilileri) ayırmaktadır. Bu nedenle, yurt müdürü S3'ün kendi hayatını ve vücut bütünlüğünü de tehlikeye atacak şekilde davranmasını beklemek rasyonel değildir. Bu gerekçelerle kanaatimizce S3'ün meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK m.85/2, 22/3) cezalandırılması gerekir.

b) İkinci alt ihtimal bakımından, değerlendirme gerçekleştirirken yine öncelikle 27.02.2007 tarihli ilk periyodik kontrol raporunun düzenlendiği aşamadan başlamak gerekir. Bu alt ihtimalde, birinci periyodik kontrol yapıldığı esnada da ikinci kademe regülatörün gerçekte mevcut olduğu, ancak birinci periyodik kontrol raporu düzenlenirken ikinci kademe regülatörün basıncının ölçülmesinin dikkatsizlik neticesinde unutulduğu varsayılmıştı. Burada, ilk periyodik kontrolü gerçekleştiren E... Mühendislik görevlisinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı söz konusudur. İkinci kademedeki regülatörün basıncını ölçmeyi unuttuğundan tekniğe aykırılığı da tespit edemediği için, meydana gelebilecek zararlı neticeleri öngördüğünden bahsedilemez. 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevlinin de her iki kademedeki basıncı eşit ölçmesi dolayısıyla, alanında eğitim sahibi bir kişi olarak, teknik bir aykırılık olduğunu tespit edebilmesi gerekirdi. Zira her iki regülatör basıncının eşit çıkması ya regülatörlerden birinin bozuk olduğuna ya da teknik bir nedenle işlevini yerine getiremediğine delalettir. Bu gerekçelerle, E... Mühendislik çalışanı olan her iki görevlinin de dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareketle objektif olarak öngörülebilecek neticeleri öngörmemeleri, meydana gelen ölüm ve yaralanma neticeleri dolayısıyla taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK m.85) sorumlu tutulabilmelerini mümkün kılar⁸.

⁸ İki periyodik kontrolü gerçekleştiren görevlinin de aynı kişi mi olduğu yoksa farklı kişiler mi olduğu incelemeye konu karardan anlaşılamamaktadır. Eğer aynı kişi tarafından her iki kontrol gerçekleştirilmişse bu durum cezanın belirlenmesi aşamasında ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır. Eğer kontroller farklı kişiler tarafından gerçekleştirilmiş ise de bu durumda iki kişinin de işaret edildiği şekilde cezalandırılması gerekir. Somut olay değerlendirilirken, her ihtimale karşı, kişilerin farklı olması ihtimalinden yola çıkılmıştır. Ayrıca eklemek gerekir ki, farklı tarihlerde kontrol gerçekleştiren kişiler arasında iştirak ilişkisi mevcut değildir; kaldı ki TCK'nın bağlilık kuralına ilişkin 40'inci maddesinin birinci fıkrasına göre iştirak için kasten

Bunlara ek olarak bu alt ihtimalde yine yukarıdaki birinci alt ihtimalde olduğu gibi, dağıtıcı şirket olan İ... Anonim Şirketi'nden söz konusu öğrenci yurdunun ikmal işleriyle ilgilenen görevli veya görevlilerinin de birinci alt ihtimaldeki aynı gerekçelerle aynı şekilde sorumlu tutulması gerekir. Zira burada da her ne kadar birinci alt ihtimaldekilerden farklı gerekçelerle de olsa hem birbiriyle çelişen hem de eksiklikler ve teknik aykırı tespitleri içeren periyodik kontrol raporları mevcuttur. Dolayısıyla meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla, meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada da ayrıca TCK'nın farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 44).

Bu alt ihtimalde, birinci periyodik kontrolün ardından öğrenci yurdu tarafından ikinci kademe regülatör çıkarılmış, ancak daha sonra ikinci periyodik kontrolden önce ikinci kademe regülatör tekrar takılmış ve fakat kontrolden sonra tekrar çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu ihtimalde, kapalı ortamda kullanılmaya elverişli olmayan sahra ocağının mutfakta kullanıldığı konusunda periyodik kontrol görevlilerini yanıltmaya yönelik aldatıcı bir tutum sergilendiği varsayılmıştır. Nitekim incelenen karara konu teşkil eden olayda, dökme LPG tesisatını ocağa bağlayan ve aynı zamanda standartlara aykırı olan lastik hortumun sökülüp takılma işlemlerine maruz bırakıldığı tespit edilmiştir. Bu durumda, kanaatimizce yurt müdürü S3'ün yine yukarıda birinci alt ihtimalde olduğu gibi meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK m. 85/2, 22/3) cezalandırılması gerekir. Zira S3 eğitim almış olsa da hem teknik personel kadar teknik bilgi sahibi değildir hem de yurtda düzenli olarak bulunduğu için S3'ün kendi hayatını ve vücut bütünlüğünü de tehlikeye atacak şekilde davranmasını beklemek rasyonel değildir. Ancak S3'ün işlediği haksızlık fiilinin içeriği bu alt ihtimalde, birinci alt ihtimale kıyasla daha yoğundur. Zira bu alt ihtimale göre, periyodik kontrol görevlilerini yanıltmaya yönelik aldatıcı bir tutum sergilenmiştir. Bu sebeple cezanın belirlenmesi aşamasında bu hususun da göz önünde bulundurulması gerekir.

c) Üçüncü alt ihtimal bakımından, değerlendirme yapmak gerekirse her iki periyodik kontrolü gerçekleştiren E... Mühendislik görevlisinin de sorumluluklarının birbirine yine benzer olduğunu söylemek mümkündür. Zira bu alt ihtimalde, her iki periyodik kontrol yapıldığı esnada ikinci kademe regülatörün gerçekte mevcut olduğu, ancak birinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevlinin, ikinci kademe regülatör basıncını ölçmesiyle ortaya çıkan sonuç birinci kademedeki regülatördekine eşit olduğu için aynı sayısal değeri yeniden yazmayı tercih etmediği; ikinci periyodik kontrolü gerçekleştiren görevlinin ise her iki kademedeki regülatörlerin basıncını ölçmesi sonucunda eşit değer elde etse de rapora bunu yazdığı varsayılmıştı. Burada her iki kademedeki basıncın eşit ölçülmesi dolayısıyla, alanında eğitim sahibi kişiler olarak görevlilerin teknik bir aykırılık olduğunu tespit edebilmesi gerekirdi. Zira her iki regülatör basıncının eşit çıkması teknik olarak rasyonel bir sonuç değildir. Dolayısıyla her iki periyodik kontrolü gerçekleştiren görevlinin de dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket ederek objektif olarak öngörülebilecek neticeleri

işlenmiş bir fiilin varlığı arandığından Türk ceza hukukunda taksirli suçlarda iştirak kabul edilmemiştir. Bu açıklamalar, devam eden ihtimaller bakımından da geçerlidir.

öngörememeleri, meydana gelen ölüm ve yaralanma neticeleri dolayısıyla taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK m. 85/2) sorumlu tutulabilmelerini mümkün kılar.

Bunlara ek olarak bu alt ihtimalde yine yukarıdaki birinci ve ikinci alt ihtimalde olduğu gibi, dağıtıcı şirket olan İ... Anonim Şirketi'nden söz konusu öğrenci yurdunun ikmal işleriyle ilgilenen görevli veya görevlilerinin de birinci alt ihtimaldeki aynı gerekçelerle aynı şekilde sorumlu tutulması gerekir. Zira burada da her ne kadar birinci ve ikinci alt ihtimaldekilerden farklı gerekçelerle de olsa hem birbiriyle çelişen hem de eksiklikler ve teknik aykırı tespitleri içeren periyodik kontrol raporları mevcuttur. Dolayısıyla meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada da ayrıca TCK'nın farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 44).

Bu alt ihtimalde kullanılan ocak tipi yüksek basınçla çalışan sahra ocağı olduğu için ve ikinci kademedeki regülatörün işlevi gaz basıncını ocağın yanma basıncına ayarlamak olduğundan, ikinci kademedeki regülatör yanlış ocak seçimi dolayısıyla basıncı daha fazla düşürme işlevini yerine getirmiyordur. Bunun sebebi kapalı ortamda kullanılmaması gereken sahra ocağının havalandırma menfezi dahi bulunmayan yurt mutfağında kullanılmak üzere seçilmiş olmasından kaynaklanmaktadır. Bu alt ihtimale göre ayrıca, patlamadan sonra regülatörün bulunmadığı tespit edildiği için, ikinci periyodik kontrol tamamlandıktan sonra ikinci kademe regülatör çıkarılmış olmalıdır. Bu konulardaki sorumluluk ise yine dökme LPG tesisatı teslim edilirken kendisine eğitim de verilen yurt müdürü S3 olmalıdır. Bu ihtimalde, somut olayda meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinden yurt müdürü S3'ün yine bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK 85/2, 22/3) cezalandırılması gerekir. Zira önceki ihtimallerde de ifade edildiği gibi S3'ün kendi hayatını ve vücut bütünlüğünü de tehlikeye atacak şekilde davranmasını beklemek rasyonel olmadığından, olası kasttan bahsetmek de mümkün değildir.

2) İkinci ihtimal bakımından, dağıtıcı firma olan İ... Anonim Şirketi görevlileri S1 ve S2 tarafından tanzim edilen "Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay" tutanağının gerçeğe aykırı şekilde tanzim edilmesi neticesinde patlama olayının gerçekleşerek ölüm ve yaralanmaların husule gelmesi neticelerinin kendilerine isnat edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu durumda İ... Anonim Şirketi görevlileri S1 ve S2, fenni usullere ve standartlara uygun olmayan tesisat hakkında aksi yönde tespitte bulunmuşlardır. Söz gelimi, havalandırma menfezinin veya ikinci regülatörün yokluğunun ya da ocağa bağlı hortumun teknik standartlara uygun olmadığına tespit edilmesine rağmen uygunluk raporu verilmişse görevliler gerek iş sözleşmeleri gerekse 5307 sayılı Kanun doğrultusunda belirli bir davranışta bulunmak ve görevinin gereğini yerine getirmekle yükümlü olmalarına karşın bu konuda da ihmalde bulunmuşlardır. Bu gerekçelerle her bir görevlinin, meydana gelen ölüm ve yaralanmalar dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada ayrıca, TCK'nın farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır (TCK m. 44). Bu

ihtimalin devamında, birinci ihtimalde olduğu gibi alt ihtimaller gündeme gelebilir; bu durumda varılacak sonuçlar yine birinci ihtimalin alt ihtimallerindeki gibi devam edeceğinden burada ayrıca zikredilmeyecektir.

5. Sonuç

Görüldüğü üzere ihtimallerin tümü göz önünde bulundurulduğunda özen yükümlülüğü altında bulunan ve meydana gelen neticelerin kendilerine isnat edilebileceği kişiler;

1) Kurulumundan sonra dökme LPG tesisatı kontrol ederek “Dökme LPG Sistem Montaj Kontrol ve LPG Teslimine Uygunluk Onay” adlı tutanağı tanzim eden dağıtıcı şirket İ... Anonim Şirketi görevlileri S1 ve S2,

2) 27.02.2007 tarihli birinci ve 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrolü gerçekleştirerek “İ... Ekoenerji Sistem Periyodik Kontrol Raporu” adlı raporları tanzim eden E... Mühendislik görevlileri,

3) Çelişkili periyodik kontrol raporlarına ve teknik aykırılıklara rağmen LPG ikmali sağlayan dağıtıcı şirket İ... Anonim Şirketi görevlileri ve

4) Öğrenci yurdu müdürü S3’ten ibarettir.

Mercilerin çözüm şekillerine bakıldığında ise ilk derece mahkemesi olarak Konya 2. Ağır Ceza Mahkemesi’nin dökme LPG tesisatı kontrole gelen dağıtıcı şirket İ... Anonim Şirketi görevlilerinden S1 hakkında beraat kararı vermesine karşın S2 hakkında taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan (TCK m. 85/2) hüküm kurduğu görülmektedir. Ankara BAM bu hükmü yerinde görürken Yargıtay 12. Ceza Dairesi ise S2 bakımından bilinçli taksirin koşullarının gerçekleştiğini kabul etmiştir.

S1 ve S2 hakkında iki farklı hüküm tesis edilmesi düşündürücü olsa da kişiler arasında bir iş bölümü yapılmış olması muhtemeldir ve bu gerekçeyle S1 sorumlu tutulmamış olabilir. Söz gelimi, iş bölümü dolayısıyla S1’in denetiminden sorumlu olduğu kısımda herhangi bir teknik aykırılık bulunmuyorsa S1’in değil sadece teknik aykırılıkların bütünü bulduğu kısımdan sorumlu olan S2’nin sorumlu tutulmuş olması mümkündür. Böyle bir durumda S1’in sorumlu tutulmaması isabetli hâl alır; ancak bu şekilde bir iş bölümü bulunmuyorsa mahkemelerin S1’in sorumsuzluğu konusundaki görüşlerinin isabetsiz olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca Yargıtay 12. Ceza Dairesi kararından, S1’in dağıtıcı şirket İ... Anonim Şirketi’nden ayrıldığı ve S1 işten ayrılmadan evvel de yerine X’in alındığı anlaşılmaktadır. S1 hakkında mahkûmiyet hükmü tesis edilmemesinin gerekçesi, iş bölümünün yanı sıra bu noktadan da kaynaklanmış olabilir. Fakat, S1’in sonradan işten ayrılmış olması kanaatimizce önemli değildir; tesisatın kurulumu sonrasında denetimin S1 ve S2 tarafından müştereken gerçekleştirilmiş ve tesisatın uygunluğuna da müştereken karar verilmiş olması yeterlidir. Eğer bu aşamada ceza sorumluluğunu gerektirecek bir davranışta bulunulmuşsa sonradan işten çıksalar bile görevlilerin sorumlu tutulabilmesi gerekir. Çünkü objektif özen yükümlülüğü ile dikkat ve özene aykırı davranış, hareketin gerçekleştirildiği ana göre belirlenir. Öte yandan, kurulumdan sonra uygunluk denetimi gerçekleştiren S1 ve S2’nin, meydana gelen neticeler dolayısıyla manevi unsurlarına ilişkin kanaat ise çeşitli ihtimaller bağlamında değişkenlik gösterebilir ve bu ihtimaller yukarıda açıklanmıştır. Ancak kanaatimizce; sadece kurulumun denetlenmesi bakımından konuyu ele almak gerekirse S1’in de S2’nin de ceza hukuku bağlamında sorumlu tutulamaması gerekir, zira S1 ve S2 kurulumu kontrol ettikten sonra tesisat patlamaya kadar bir buçuk yıl sorunsuz çalışmıştır. Bu süreçte tesisata yetkisiz müdahale gerçekleştirilmiş ve bundan dolayı teknik aykırılıklar

kurulum sonrası kontrolün tamamlanmasının ardından husule gelmiş olabilir. Ceza muhakemesi hukukunda “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, S1 ve S2’nin tesisatın kurulumunu kontrol edip uygun bulmaları dolayısıyla sorumlu tutulmaları, tesisatın kontrol tarihinde de fenni usul ve standartlara uygun olmadığı ispatlanmadığı müddetçe mümkün değildir. Bu gerekçeyle kanaatimizce; S1’in yanı sıra S2’nin de beraat etmesi gerekirdi. Oysa Yargıtay 12. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesi tarafından hakkında bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan mahkûmiyet hükmü tesis edilen S2’nin, bilinçli taksirle hareket ettiği görüşündedir. Dairenin kararına, sadece “kurulumun denetlenmesi” perspektifinden gerçekleştirilen değerlendirme neticesinde bu yönden katılmamakla birlikte, S3’ün ceza hukuku sorumluluğu konusundaki düşünceler bakımından ise katılmaktayız.

Öğrenci yurdu müdürü olarak görevde bulunan S3 hakkında, ilk derece mahkemesince bilinçsiz taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olmaktan mahkûmiyet kararı verilmiştir. Ancak Yargıtay 12. Ceza Dairesi S3’ün de bilinçli taksirle hareket ettiği görüşündedir. Kanaatimizce, dairenin kararı bu yönüyle isabetlidir. Yukarıda ele alınan ihtimallerden hangisi gerçekleştirmiş olursa olsun; ihtimal dahilinde S3’ün hareketinin haksızlık içeriğinin yoğunluğu değişse bile, fail bakımından manevi unsur değişmeyecek ve yukarıda açıklanan gerekçelerle bilinçli taksir olarak kalacaktır. Buna karşın, ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin S3’ün bilinçsiz taksirinin bulunduğu yönündeki kabulleri ise kanaatimizce hatalı bir değerlendirmedir. Çünkü Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin de isabetli olarak ifade ettiği gibi *“uzun süredir öğrencilerin hayatlarını hiçe sayacak şekilde tehlikeli madde statüsünde yer alan LPG kullanımının standartlara aykırı bir şekilde, özensiz kullanımına devam edilmesinde, hatalı kullanımların düzeltilmesinde ısrarcı olunmadan sistemin çalışmasına izin verilmesinde, öngörmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden”* bahsedilmektedir ve bu sebeple S3’ün bilinçli taksirinin bulunduğu açıktır.

27.02.2007 tarihli birinci ve 01.07.2008 tarihli ikinci periyodik kontrolü gerçekleştiren E... Mühendislik görevlilerinin kimlikleri ve sorumlulukları hakkında incelemeye konu karar tam olarak açık değildir. Ancak, mercilerin çözüm şekillerine ilişkin başlıkta da yer verilen Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin bozma nedenlerinden ikincisinden anlaşıldığı kadarıyla, dökme LPG tesisatının kurulumunun uygunluğunu denetleyen İ... Anonim Şirketi’nden görevliler S1 ve S2 aynı zamanda periyodik kontrollerin denetiminden de sorumludur. Ancak S1 görevden ayrılmış ve yerine X göreve başlamıştır. Ayrıca dağıtıcı şirkette, dökme gaz müşteri tesislerinin standartlara uygunluğunun devamını sağlamakla yükümlü olarak 26.05.2008 tarihinde S4 iki aylık deneme süresine tabi olarak işe başlamıştır. Buna karşın S4; Konya bölgesinde, altında X’in imzasının bulunduğu bakım raporları dosyasını mahkemeye sunarak kendisinin deneme süresinin bitip işe başlamasından altı gün sonra patlamanın gerçekleştiği ve yetkilinin X olduğu konusunda itirazda bulunmuştur. Oysa deneme süresi içinde de işçinin özen ve diğer yükümlülükleri bulunmaktadır. Dolayısıyla eğer S4, iş bölümü çerçevesinde dökme gaz müşteri tesislerinin standartlara uygunluğunun devamını sağlamakla yükümlü ise deneme süresi içinde bulunması sorumsuzluk nedeni sayılamaz. Hatta, patlamadan bir ay önce gerçekleştirilen periyodik kontrol dolayısıyla, eğer bu kontrolün denetimi de S4’ün sorumluluğundaysa S4 de açık bir şekilde ceza hukuku sorumluluğu altındadır. Ancak somut olayda bu husus net değildir. Nitekim Yargıtay da bu hususun ve X’in sorumluluğu meselesinin daha net bir şekilde araştırılması ve tartışılarak açıklığa kavuşturulması gerektiğine işaret etmiştir. Fakat sonuç olarak; her iki periyodik kontrol raporunda da teknik

aykırılıklar tespit edilmesine rağmen, bu hata ve eksikler giderilmeden tesisatın işleyişine devam etmesine müsaade gösterildiği için bu iki periyodik kontrolü bizzat gerçekleştiren görevlilerin yanı sıra bu kontrolleri denetleyip kontrol sonuçlarına göre harekete geçmekle yükümlü kişilerin ceza hukuku bağlamında sorumlu tutulmaları gerekir. Kanaatimizce, havalandırma menfezinin bulunmaması ve ikinci kademe regülatörün çalışmaması veya yokluğu gibi hususların tespit edilmesine rağmen bunlar giderilmeden dağıtıcı firma görevlilerince LPG tesisatının işleyişinin devamına neden olacak şekilde LPG ikmaline devam edilmesi dolayısıyla, periyodik kontrol ilgililerinin ayrı ayrı, meydana gelen ölüm neticesi kadar kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan olası kastlarıyla (TCK m. 83, 21/2) ve meydana gelen yaralanma neticesi kadar kasten yaralama suçunun ihmali davranışla işlenmesinden olası kastlarıyla (TCK m. 88, 21/2) sorumlu tutulmaları gerekir. Burada da TCK'nın farklı neviden fikri içtimaa ilişkin hükmü (TCK m. 44) uygulanmalıdır. Bu doğrultuda bilinçli taksirin değil, olası kastın varlığının kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁹.

İncelemeye konu kararda da görüleceği üzere tehlikeli faaliyetlerin gerçekleştirilmesi sürecinde iş bölümünün açık şekilde önceden belirlenmiş olması, iç hukukumuzda tüzel kişilerin suç işleme kabiliyetlerinin kabul edilmediği de göz önünde bulundurulduğunda özel önem taşıyan bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁹ Yukarıda da ifade edildiği üzere, ceza hukuku sorumluluğu değerlendirilen tüm kişilerin isimlerine kararda yer verilmediğinden, kişilerin isimleri yerine "yerine getirdikleri görevlere" işaret ederek ceza hukuku sorumlulukları tespit edilmiştir. Zira S1, S2, S3, S4 ve daha sonra karara dahil olacak X haricinde, kişilerin isimleri ve görevleri konusunda karardan açık bir bilgiye ulaşılamamaktadır.

Kaynaklar / References

- Akbulut, Berrin. "Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)". *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 24, sy. 4 (2020): 273-357.
- Demirbaş, Timur. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Göktürk, Neslihan. "Türk Hukuku'nda Suçların İctimai". *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 2, sy. 1-2 (2014): 31-59.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.
- Tozman, Önder, "Türk ve Alman Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi", *Ceza Hukuku Dergisi* 5, sy. 12 (2010): 139-171.

Yazar Hakkında / About the Author

Arş. Gör. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ | Necmettin Erbakan Üniversitesi |
ocyavuz[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0139-3999

Özge Ceren YAVUZ KILIÇ, 2017 yılında, tam burslu olarak öğrenim gördüğü Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olmuştur. Yazar, aynı yıl Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde başladığı ceza ve ceza muhakemesi hukuku yüksek lisans eğitimini Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'in danışmanlığında "Hedefte Sapma ve Ceza Sorumluluğu" başlıklı teziyle 2019 yılında tamamlayarak Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünde ceza ve ceza muhakemesi hukuku doktora eğitimine başlamıştır. Yazarın "Tehlikeli Faaliyetlerin İcrası Sürecinde Meydana Gelen Zararlardan Dolayı Ceza Sorumluluğu" başlıklı doktora tez çalışması Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ'in danışmanlığında devam etmektedir. 2017 yılından itibaren Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında çalışmaktadır. Alanında ulusal ve uluslararası bilimsel çalışmaları bulunmaktadır.

Ress. Asst. Özge Ceren YAVUZ KILIÇ | Necmettin Erbakan University |
ocyavuz[at]erbakan.edu.tr | ORCID: 0000-0002-0139-3999

Özge Ceren YAVUZ KILIÇ graduated from Atılım University Faculty of Law in 2017 with a full scholarship. In the same year, she began her master's degree in criminal law and criminal procedure at Gazi University Institute of Social Sciences under the supervision of Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, completing it in 2019 with her thesis titled "Transferred Intent and Criminal Liability." She then started her doctoral education in criminal law and criminal procedure at Ankara Hacı Bayram Veli University Graduate School of Education. Her doctoral thesis, titled "Criminal Liability for Damages Occurring During the Execution of Dangerous Activities" continues under the supervision of Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ. Since 2017, the author has been working at Necmettin Erbakan University Faculty of Law, Department of Criminal Law and Law of Criminal Procedure. The author has national and international publications in her field.

KORE CEZA HUKUKUNDA YAPTIRIM SİSTEMİ REFORMU

-ÖZELLİKLE ELEKTRONİK İZLEME UYGULAMASINA

ODAKLANAN BİR İNCELEME-¹

Dr. Jinhwan CHANG
Kore Kriminoloji ve Adalet Enstitüsü

Özet

Bu tebliğ, yüksek riskli cinsel suçluları yönetmek için bir araç olarak önleme amaçlı gözetim altında tutma tedbirinin yerini elektronik izlemenin almasına odaklanarak Güney Kore'deki cezai yaptırım sistemi reformunu incelemektedir. Kore'nin -cezalar ve güvenlik tedbirlerinden oluşan- iki izli ceza hukuku sistemi, 2005 yılında benzer bir düşünsel evrim geçiren Türk sistemi ile yapısal benzerlikler paylaşmaktadır. Kore'deki reform geniş ölçüde, çoğunlukla mükerrir suçlular tarafından çocuklara ve ergenlere karşı işlenen cinsel suçlara yönelik kamuoyu tepkisinden kaynaklanmıştır. Bu olaylar, hassas grupların tehlikeli suçlulardan en iyi nasıl korunabileceği konusunda ulusal bir tartışma başlatmıştır. Kore'nin önleme amaçlı gözetim altında tutmayı kaldırma ve hedefe daha uygun ve temel hakları gözetilen bir tedbir olarak elektronik izlemeyi benimseme kararı, ceza politikasında önemli bir değişimi temsil etmektedir. Bu yaklaşım kamu güvenliği ile bireysel haklar arasında denge kurmakta ve yeniden suç işlemenin önlenmesi için pratik bir model sunmaktadır. Ceza adaletine dair benzer endişelerin güncel olarak tartışıldığı Türkiye açısından, Kore deneyimi etkili ve toplumsal olarak kabul gören yaptırım alternatiflerine ilişkin kıymetli bakış açıları sunmaktadır. Bu tebliğ, Kore'deki reformların Türkiye'de daha duyarlı ve insancıl ceza politikalarının geliştirilmesine nasıl katkı sağlayabileceğini vurgulayarak karşılaştırmalı diyalogu teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler

Kore Ceza Hukuku, Türk Ceza Reformu, Elektronik İzleme, Yeniden Suç İşlemeyi Önleme, Yaptırım Sistemi, Karşılaştırmalı Ceza Adaleti, Cinsel Suçlar, Kamu Güvenliği

¹ Tercüme Eden: Arş. Gör. Yusuf Minez – Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi Hukuk Fakültesi – yusuf.minez[at]gop.edu.tr – ORCID: 0000-0003-2436-2180

REFORM OF THE SANCTIONS SYSTEM IN KOREAN CRIMINAL LAW – WITH SPECIAL EMPHASIS ON THE INTRODUCTION OF ELECTRONIC MONITORING –

Dr. Jinhwan CHANG

Korean Institute of Criminology and Justice

Abstract

This paper explores the reform of the criminal sanction system in South Korea, focusing on the replacement of preventive detention with electronic monitoring as a tool to manage high-risk sexual offenders. Korea's dual-track criminal system—comprising punishments and security measures—shares structural similarities with the Turkish system, which underwent a similar conceptual evolution in 2005. The Korean reform was largely driven by public reaction to recurring sexual crimes against children and adolescents, often perpetrated by repeat offenders. These events sparked a national debate on how best to protect vulnerable populations from dangerous criminals. Korea's decision to abolish preventive detention and adopt electronic monitoring as a more targeted and rights-conscious measure represents a significant shift in penal policy. This approach balances public safety with individual rights and offers a practical model for recidivism prevention. For Turkey, where similar criminal justice concerns are actively discussed, the Korean experience provides valuable insights into effective, socially accepted sanction alternatives. This paper aims to stimulate comparative dialogue by highlighting how Korean reforms can inform the development of more responsive and humane criminal policies in Turkey.

Keywords

Korean Criminal Law, Turkish Penal Reform, Electronic Monitoring, Recidivism Prevention, Sanction System, Comparative Criminal Justice, Sexual Offenses, Public Safety

I. Giriş

Bu makale, Kore yaptırım sistemi reformunu ve bunun Türk ceza hukuku reformuna olası katkılarını ele almaktadır. Güney Kore'deki cezai yaptırım sistemi iki izli bir yapıya sahiptir ve cezaların yanı sıra iyileştirme ve güvenlik tedbirlerini kapsamaktadır. Türk yaptırım sistemi de 2005 yılından bu yana cezalar ve tedbirler arasında ayırım yapmaktadır ki bu da iki sistem arasında kavramsal bir yakınlık olduğunu göstermektedir. Aşağıda Kore ceza hukuku reformunun özellikleri, Almanya ve Amerika Birleşik Devletleri'ndeki durumla karşılaştırmalı olarak analiz edilmektedir. Kore'nin tehlikeli cinsel suçluları kontrol etmek için önleme amaçlı gözetim altında tutmayı kaldırıp yerine elektronik izlemeyi getirmesi özellikle vurgulanmalıdır. Dolayısıyla Kore'deki elektronik izlemenin anlaşılması ve uygulaması Türk ceza hukuku reformu için de önemli olabilir.

2. Kore Ceza Hukukunda Yaptırım Sistemi Reformuna Tarihsel Bakış

2.1. Cinsel Suçlar ve Diğer Tehlikeli Suçlarla Mücadele

2.1.1. Çocuklara ve Ergenlere Yönelik Cinsel Şiddet Konusunda Toplumun Duyarlılığının Artırılması

Güney Kore'deki yaptırım sistemi reformu, öncelikle toplumun tehlikeli, ciddi (cinsel) suçlulardan nasıl korunacağına ilişkin suç politikası tartışmasına dayanmaktadır. Bu suç politikası tartışmasının doğrudan çıkış noktası, çocuklara ve ergenlere yönelik cinsel istismar olmuştur. 2004 yılından bu yana Güney Kore'de çocuklara ve ergenlere yönelik bir dizi ağır suç meydana gelmiştir². Güney Kore'de çocuklara ve ergenlere karşı sürekli olarak işlenen bu ciddi suçlar halk arasında büyük ilgi ve öfke uyandırmıştır³. Bu suçların merkezinde, kendilerini başkalarına karşı savunamayacak durumda olan ve toplumun özel koruması altında bulunan mağdurlar yer almaktadır⁴. Her cinsel şiddet zalimce ve acı vericidir, ancak bu türden bir cinsel istismarda özellikle çocukların ve ergenlerin gelişimi üzerinde olumsuz etkiler ve huzurlu ve sağlıklı bir aile hayatını yok eden travmatik deneyimler meydana gelmektedir. Bu nedenle vatandaşların çoğu acı ve üzüntüyü paylaşmakta, çocuklara ve ergenlere yönelik cinsel suçların toplumda çok acil ve önemli bir sorun olarak ele alınması gerektiğine inanmaktadır.

² Temsili olaylar: Güney Kore'de 2001 yılında 4 yaşındaki bir çocuğun (kız) cinsel istismara uğradıktan sonra kafası kesilmiş ve uzuvları koparılmıştır. 2006 yılında 11 yaşındaki *Hyejin* ve 9 yaşındaki *Yeseul* kaçırılmış ve öldürülmüştür. Aralık 2008'de 8 yaşındaki bir kız çocuğu cinsel istismara uğramıştır. Şubat 2010'da bir kız çocuğu evinden kaçırılmış, cinsel istismara uğramış ve öldürülmüştür. Haziran 2010'da Busan'daki ilkokulunda 2. sınıfta okuyan bir çocuk kaçırılmış ve cinsel istismara uğramıştır.

³ Güney Kore'deki durumun ayrıntılı açıklaması için bkz. Ho-Joong Lee, "Social Security and Criminal Law," *Journal of Criminal Law* 25, no. 3 (2013): 281.

⁴ 2004 yılının sonunda, bu zalimane suçlar Kore kitle iletişim araçları vasıtasıyla kamuoyuna duyurulmuştur. Bu suretle söz konusu olaylar Güney Kore kamuoyunda önemli bir konu haline gelmiştir. Bunun sonucunda, halk arasında cinsel şiddet suçlarına karşı artan bir korku oluşmuş ve güvenlik ve suçun önlenmesine yönelik talepler kuvvetli bir şekilde yükselmiştir. Ek olarak insanların hükümetin ciddi (cinsel) suçlara ilişkin güvenlik politikasına olan güvensizliği de önemli ölçüde artmıştır. Halktaki öfke ve güvensizlik, politikacıların ve kanun koyucunun mevcut durumu yaklaşan parlamento ve cumhurbaşkanlığı seçimleri için büyük bir kriz olarak görmelerine yol açmıştır. Kore parlamentosu ve hükümet, sorunu hızlı bir şekilde çözmek için doğrudan ABD ceza politikasından uyarlanan bir dizi cezalandırıcı suç politikası önlemini hızlı bir şekilde uygulamaya koymaya çalışmıştır.

Toplumun bu şekilde duyarlı hale gelmesinde ayrıca özel bir faktör de rol oynamıştır: çocuklara ve ergenlere yönelik bu acımasız cinsel istismarların faillerinin çoğu daha önce aynı suçtan hüküm giymiştir ve istatistiki verilere göre bu tür cinsel suçluların yeniden suç işleme riski yüksektir⁵. Bu gerçeğin yanı sıra dönemin hükümetinin tehlikeli suçlulara karşı ceza adaleti politikasının başarısız olduğu ve ona artık güvenilemeyeceği de vatandaşlar tarafından kabul edilmiştir. Bu durum hemen cinsel suçlulara yönelik mevcut ceza politikasının sert bir şekilde eleştirilmesine ve devlet açısından da tehlikeli suçlulara karşı daha güçlü bir ceza politikasıyla karşılık vermek için doğrudan bir dürtüye yol açmıştır. Yaklaşan seçimler nedeniyle bu talepleri görmezden gelemeyen siyasi partilerin çoğu bu eğilimi takip etmiş ve cinsel suçlara karşı mücadele ilan etmeye ve uygun şekilde tepki göstermeye başlamıştır. Sonuç olarak, Güney Kore’de kısa bir süre içinde birçok yeni kanun kabul edilmiş veya kısmen değiştirilmiştir.

2.1.2. ABD ve Almanya ile Karşılaştırıldığında Kore Ceza Hukukunda Yaptırım Sistemi Reformu

Uluslararası alanda genellikle, tehlikeli (cinsel) suçlulara karşı yaklaşık 5 yasal önlem olduğu söylenmektedir⁶:

1. Hapis cezasının uzatılması (özellikle süresi belirsiz ve ömür boyu hapis cezası şeklinde),
2. Tehlikelilik durumunun tespitine bağlı olarak, hapis cezasının akabinde süresiz önleme amaçlı gözetim altında tutma,
3. Zihinsel veya psikolojik bir bozukluğun neden olduğu tehlikeliliğe dayalı olarak tedavi kurumlarına yatırma,
4. İnfaz aşamasındaki cinsel suç failleri için özel tedavi programları ve (kimyasal) kastrasyon,
5. Hürriyeti kısıtlayıcı yaptırımlardan salıverildikten sonra özel izleme ve bakım programları ve failin verilerinin internette veya resmi belgelerde yayımlanması gibi diğer tedbirler.

2.1.2.1. ABD

ABD tüm dünyada, tehlikeli (cinsel) suçlulara yönelik oldukça sert, neredeyse acımasız ceza hukuku politikasıyla tanınmaktadır. Birleşik Devletler’de birinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci önleyici tedbirler uygulanmaktadır⁷. Birinci tedbirle ilgili olarak Birleşik Devletler’deki tipik örnek, ismini beyzbola ait bir terimden alan “Üç Vuruş Kanunu”dur (Three Strikes Law). Beyzbol kurallarına göre, bir vurucu üçüncü başarısız vuruştan sonra elenir ve artık bir sonraki tura kadar oyuna katılamaz. Bu kanun uyarınca bir cürüm (Alm. Verbrechen, İng. Felony) dolayısıyla iki kez hüküm giymiş olan suçlular, tekrar hüküm

⁵ Güney Kore’deki durumun ayrıntılı açıklaması için bkz. Lee, Soo-Jung/Kim, Kyong-Ok, Correct Understanding on Recidivism Rate of Sex Offences and Searching for the Preventive Strategies of Recidivism, Korean Journal of Social and Personality Psychology Vol. 19 No. 3, 2005, S. 83-99.

⁶ Albrecht, *Strafrecht, Sicherheit und Sicherungsverwahrung: Internationale Entwicklungen* (2012), 185

⁷ E. Silverman, “Country Report United States of America,” in *Wegsperren? – Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter im internationalen Vergleich*, ed. H.-G. Koch, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht: Strafrechtliche Forschungsberichte (Berlin: Duncker & Humblot, 2011), 365–428.

giymeleri halinde otomatik ve zorunlu olarak ömür boyu hapis cezasına mahkûm edilmektedir⁸. Burada kanunun uygulanması açısından ilk iki suçun ne kadar süre önce işlendiğinin de bir önemi yoktur⁹. Cezaevindeki iyi hâl nedeniyle erken tahliye de çoğunlukla ancak 25 yıl sonra mümkündür¹⁰. Cinsel suçlular için uygulanan “Üç Vuruş” kanunları, bazı eyaletlerde hatta “iki vuruş” ve dahası “bir vuruş” olarak da genişletilmiştir. Buna göre özel ağırlaştırıcı koşullar varsa, sadece bir kez işlenen suçtan sonra bir cinsel suçluya en az 25 yıl olmak üzere ömür boyu hapis cezası vermek mümkündür¹¹.

Belirli suç failleri açısından cezanın yanı sıra üçüncü tedbir de kullanılmaktadır. Bununla ilgili bir örnek “Cinsel Yırtıcılar Kanunu” (Sexual Predators Law) olarak adlandırılan kanundur. Söz konusu kanun 1990’lardan bu yana çeşitli eyaletlerde yürürlükte. Daha önceki kanunlaştırma faaliyetleri ise 1930’lu yılların “Cinsel Psikopatlar Kanunları”nda mevcuttur. Bu kanunların temelinde bulunan varsayım, ilgili faillerin akıl hastası oldukları ancak kötü olmadıkları (“mad, not bad”), tedaviye ihtiyaç duydukları ve kısa süre içinde ıslah olmuş şekilde topluma geri salınabilecekleriydi¹². Dolayısıyla psikopat kanunlarının bu ilk nesli, ceza yerine tedavi iyimserliği ve tedavi altına alma özellikleriyle karakterize edilmiştir¹³. Ancak zamanla kanun koyucunun ve de kamuoyunun tedavi fikrine bakışı değişmiş ve bu kanunlar kısmen yeniden geri çekilmiştir. Bunlar, belirsiz bir şekilde formüle edildikleri ve şiddet eğilimli çocuk tecavüzcüleri, teşhirciler ve röntgencileri aynı kefiye koyarak tehlikeli suçluların düzgün bir şekilde filtrelenmesine izin vermedikleri için genel olarak başarısız addedilmişlerdir¹⁴. Bu nedenle, yüksek oranda yeniden suç işleme tehlikesi bulunan ve ıslah edilemeyen itiyadi suçluların (“Sexual Predators”) sonsuza kadar ya da en azından bu kişilerin bir daha asla tehlike oluşturmayacağından emin olana kadar hapsedilmesini mümkün kılacak bir enstrüman talep edilmiştir. Yani “Sexual Predators Law” ile, tehlikeli (tekerrür tehlikesi bulunan) cinsel suçluların hapis cezalarını çektikten sonra özel hukuk temelinde bir psikiyatri hastanesine yatırmaya dayanan kesin bir gözetime tabi tutulmaları güvence altına alınmalıdır¹⁵. Kanuna göre, - hapis cezası ertelenmiş olsa bile -

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tom R. Tyler and Robert J. Boeckmann, “Three Strikes and You Are Out, but Why?,” *Law & Society Review* 31, no. 2 (1997): 237–265.

⁹ Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi (Supreme Court), üçüncü suç için 25 yıl veya daha fazla hapis cezasının aşırı olmadığına ve dolayısıyla Ek Madde 8 uyarınca zalimane veya olağandışı bir ceza teşkil etmediğine karar vermiştir. Bkz. United States Supreme Court EWING v. CALIFORNIA, (2003) No. 01-6978.

¹⁰ Elsa Y. Chen, “Impacts of ‘Three Strikes and You’re Out’ on Crime Trends in California and Throughout the United States,” *Contemporary Criminal Justice* 24, no. 4 (2008): 345.

¹¹ California Ceza Kanunu § 667.61.

¹² John Q. La Fond, “Washington’s Sexually Violent Predator Law: A Deliberate Misuse of the Therapeutic State for Social Control,” *University of Puget Sound Law Review* 15 (1992): 661.

¹³ Karş. Roxanne Lieb and Scott Matson, *Sexual Predator Commitment Laws in the United States* (Olympia, WA: Washington State Institute for Public Policy, 1998), accessed [09.09.2025], <http://www.wa.gov/wsipp>

¹⁴ Frederick J. Hacker and Marcel Frym, “The Sexual Psychopath Act in Practise: A Critical Discussion,” *California Law Review* 43 (1955): 770.

¹⁵ “Cinsel Psikopatlar Kanunları” ile “Cinsel Yırtıcılar Kanunları” arasındaki en önemli ayırt edici özellikler şunlardır: Birincisi, Cinsel Yırtıcılar Kanunu kapsamında kuruma yerleştirme ancak hapis cezası çekildikten sonra gerçekleşmektedir. “Psikopati Kanunları” kapsamında ise kuruma yerleştirme hapis cezasına bir alternatiftir. İkinci olarak, yeni “Yırtıcı Kanunları” esasen mükerrirler ve itiyadi suçlulara yöneliktir, oysa “Psikopati Yasaları” ilk suçlular için bile geçerlidir. Üçüncü olarak, bir “cinsel predator” kurumuna gönderilen suçlular, ancak tehlikesiz olduklarına karar verildiğinde ya serbest bırakılmakta ya da gözetim (Supervision) gibi daha az ağır bir yaptırıma tabi tutulmaktadır. Buna karşılık, “Psikopati Yasaları” kapsamında mahkum edilen suçlular, tedavide başarısız olmaları halinde, normal bir infaz kurumunda hapis cezasına çarptırılmak

belirli koşullar altında¹⁶ ilgili kişiler, yeniden suç işleme riskinin tamamen ortadan kalktığı teşhis edilene kadar bir adli infaz kurumunda alıkonulabilir. Kanun şu anda aralarında Arizona, California, New York ve Florida'nın da bulunduğu 20 eyalette uygulanmaktadır.

ABD'de, bir tedavi tedbiri olarak kimyasal hadım da uygulanabilmektedir. Kimyasal hadım 1990'larda cinsel suçlulara karşı kanunların katılaştırılması ve yeniden düzenlenmesi kapsamında, belirli cinsel suçlular için ilk olarak California'da uygulanmaya başlanmıştır¹⁷. Ertesi yıl 13 eyalet daha bu tür kanunları takip etmiştir¹⁸. Daha sonra Alabama, Georgia, Iowa, Montana ve Wisconsin de bunlara eklenmiştir; böylece tüm eyaletlerin en az üçte birinin kastrasyon kanunlarını yürürlüğe koyduğundan yola çıkılabilir¹⁹. Kastrasyon kanunlarının kapsamı eyaletten eyalete değişmektedir. Bununla birlikte kanunların ağırlıklı olarak ortak noktası, kastrasyonun bir ceza olarak değil, hapis cezasının infazına devam edilmesinin yerine denetimli serbestlik koşuluyla erken tahliye nedeniyle infazdan sonra bir tedavi tedbiri olarak işleve sahip olmasıdır²⁰. Örneğin Kaliforniya'da cinsel suç işlendiği sırada mağdur 13 yaşından küçükse, denetimli serbestlik kapsamında bir yükümlülük olarak ertelenmiş bir cezanın ardından hakim tarafından Depo-Provera (medroksiprogesteron asetat, MPA) ile tedaviye karar verilmektedir²¹. Suç katalogu, akrabalar tarafından işlenenler (ensest) hariç tüm cinsel eylemleri içermektedir. Kastrasyona ilk mahkumiyetten sonra bile karar verilebilmektedir²². Şartlı tahliye edilen kişi, "İslah Departmanı" (Department of Corrections) infaz birimini artık gerekli olmadığı konusunda ikna edene kadar tedavi almaktadır. Şartlı tahliye edilen kişi tedavinin olası yan etkileri hakkında aydınlatılmalıdır.

Buna ek olarak, çoğu eyalette, uzun süreli hapis cezasından veya tedavi kurumundan tahliye edilen suçlular, yeniden suç işlenmesini önlemeye yönelik çeşitli denetimli serbestlik programlarıyla birlikte elektronik izleme yapılarak sürekli olarak izlenebilmektedir. ABD'de ayrıca tehlikeli cinsel suçlular açısından kişisel bilgilerin yayımlanmasına da karar verilebilmektedir. 2005 yılından bu yana Adalet Bakanlığı tarafından yönetilen ve tüm

üzere yeni bir karar için ilk mahkemeye geri gönderilebilirler. Karş. Rüdiger Gaenslen, *Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter: Forschung und Gesetzgebung in Deutschland, USA und den Niederlanden*, Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie (Tübingen: [Verlag], 2005), 143.

¹⁶ Bunun için gerçekleşmesi gereken şartlar şöyledir: 1) belirli bir cinsel suçun işlenmesi, 2) "zihinsel anormallik" veya "kişilik bozukluğu" teşhisi konulması, 3) "zihinsel anormallik" veya "kişilik bozukluğu" ile yeniden suç işleme riski arasında uygun bir nedensellik bağının bulunması. Bkz. Kansas Mevzuatı § 59-29a02 (a).

¹⁷ 17.09.1996 tarihli Kanun, Bölüm 596, § 2, 1996 California Mevzuatı 92 (California Ceza Kanunu § 645 (West 1997)).

¹⁸ Arizona, Colorado, Florida, Louisiana, Hawaii, Michigan, Mississippi, Missouri, New Jersey, New York, Oregon, Tennessee ve Texas, bkz. H.R. 8, Reg. Sess. (Ala. 1997); H.R. 2216, 43rd Leg., 1st Reg. Sess. (Ariz. 1997); H.R. 1133, 61st Leg., 1st Reg. Sess. (Colo. 1997); FLA. STAT. § 794.0235(1) (a) (1997); LA. REV. STAT. ANN. § 15.538(C) (West 1997); S. 215, 19th Leg. (Haw. 1997); H.R. 4307, 89th Leg., Reg. Sess. (Mich. 1997); S. 2465, Reg. Sess. (Miss. 1997); H.R. 753, 89th Leg., 1st Reg. Gen. Assembly (Mo. 1997); S. 1568, 207th Leg., 1st Ann. Sess. (N.J. 1996); S. 4925, 220th Leg., Ann. Sess. (N.Y. 1997); H.R. 3672, 69th Leg. Assembly (Or. 1997); H.R. 482, 100th Gen. Assembly (Tenn. 1997); H.R. 483, 100th Gen. Assembly (Tenn. 1997); H.R. 585, 100th Gen. Assembly (Tenn. 1997); S. 1152, 100th Gen. Assembly (Tenn. 1997); S. 1153, 100th Gen. Assembly (Tenn. 1997), Texas Senate Bill No. 123 (1997).

¹⁹ Alabama Mulls Chemical Castration Bill, The Associated Press, March 20, 2000.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gaenslen (dn. 14), s. 171 vd.

²¹ California Ceza Kanunu § 645.

²² California Ceza Kanunu § 645.

tehlikeli suçluların kayıtlı olduğu resmi bir web sitesi²³ bulunmaktadır. Bu web sitesindeki verilere herkesin erişimi vardır. Söz konusu site, ebeveynlere ve diğer ilgili vatandaşlara, kendilerine en yakın failin ne kadar uzakta yaşadığını veya çocuklarının okula giderken cinsel suçluların yaşadığı kaç evden geçtiğini göstermektedir. Burada isimler, tarihler ve mahkumiyetlerin ayrıntılarına ek olarak, cinsel suçluların bir fotoğrafı da genellikle listelenmektedir. Kişisel adres girilebilmekte ve o muhitte hangi yerlerde ve kaç eski mahkumun yaşadığı görülebilmektedir. Bazı eyaletlerde cinsel suçlardan mahkumiyetler ehliyetlerde bile kayıtlıdır²⁴. Örneğin Florida’da cinsel suçluların ehliyetlerinde ömür boyu “Sexual Predator” ibaresi bulunmaktadır. Ayrıca 31.10.2017 tarihinde “Uluslararası Megan Kanunu” (International Megan’s Law) olarak adlandırılan yeni bir kanun yürürlüğe girmiştir. Bu kanuna göre, başka suçların işlenmesini önlemek ya da seks turizmini engellemek amacıyla kayıtlı cinsel suçluların pasaportlarına da suçla ilgili bir ibare yazılması gerekmektedir²⁵.

2.1.2.2. Almanya

Sözü edilen “cinsel ceza hukukunun Amerikanlaşması” Almanya’da da gerçekleşmiştir. ABD’de olduğu gibi Almanya’da da cinsel suçları önlemenin ana yolu olarak özellikle hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler sertleştirilmektedir. Bununla birlikte, ABD’den farklı olarak, Alman ceza hukukunda, ceza ve güvenlik tedbirleri arasında katı bir ayrım yapan iki izli bir ceza hukuku sistemi benimsendiği için, hapis cezası yerine önleme amaçlı gözetim altında tutmanın (Sicherungsverwahrung) bulunması dikkate değerdir²⁶. Önleme amaçlı gözetim altında tutma 1990’ların ortalarından bu yana cinsel suçların önlenmesinde en mühim araç haline gelmiştir. Ceza Kanunu’nda yapılan değişikliklerle saklı tutulan önleme amaçlı gözetim altında tutma (vorbehaltene Sicherungsverwahrung) ve tamamlayıcı önleme amaçlı gözetim altında tutma (nachträgliche Sicherungsverwahrung) uygulaması getirilmiş, bu da tutulan kişi sayısını büyük ölçüde artırmıştır²⁷. Almanya’da önleme amaçlı gözetim altında tutmanın yanı sıra yukarıda bahsedilen 3. ve 5. yöntemler de kullanılmaktadır. Örneğin, 1.1.2011’de yürürlüğe giren “Önleme Amaçlı Gözetim Altında Tutma Hukukunun ve Beraberindeki Düzenlemelerin Revize Edilmesine İlişkin Kanun” ile (“Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen”), Terapi Amacıyla Yerleştirme Kanunu (Therapieunterbringungsgesetz / ThUG) ve elektronik konum izleme yeniden yapılandırılmıştır²⁸. Bunların amacı, AİHM’nin 17.12.2009 tarihli önleme amaçlı gözetim altında tutmaya dair kararının ardından ortaya çıktığı varsayılan güvenlik açıklarını

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Lisa L. Sample and Mary K. Evans, *Sex Offender Registration and Community Notification*, in *Sex Offender Laws: Failed Policies, New Directions* (New York: Springer Publishing Company, 2009).

²⁴ James N. Butcher, Susan Mineka, and Jill M. Hooley, *Klinische Psychologie*, 13th ed. (2009), 565.

²⁵ H.R. 515 (114th): International Megan’s Law to Prevent Child Exploitation and Other Sexual Crimes Through Advanced Notification of Traveling Sex Offenders.

²⁶ “Cezanın bağlantı noktası genellikle geçmişteki bir suç ve failin kusurluluğu olarak görülürken, iyileşirici ve koruyucu tedbirler failin tehlikeliliğiyle ilişkilidir ve geleceğe ilişkin bir korumaya yöneliktir.” Karş. Albin Eser, *Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht* (2001), 214.

²⁷ Wolfgang Pfister, “Die Maßregel der Sicherungsverwahrung - Gesetzliche Entwicklungen und Stand der Rechtsprechung,” in *Sicherungsverwahrung: Wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung*, ed. Müller, Nedopil, Saimh, Habermeyer, and Falkai (2012), 3–14.

²⁸ BT-Drs. 17/3403, S. 1; kanun koyucunun iradesi hakkında da bkz. Jörg Kinzig, “Die Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung,” *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 64 (2011): 181.

kapatmak ve tahliye edilecek kişileri yakından ve etkin bir şekilde izlemektir. ThUG §1'e göre, geriye dönük ağırlaştırma yasağı nedeniyle artık önleme amaçlı gözetim altında tutulamayacak olan, ancak psikolojik bir rahatsızlığı olan ve bu nedenle yüksek ihtimalle diğer kişilerin yaşamına, fiziksel bütünlüğüne, kişisel özgürlüğüne veya cinsel özerkliğine önemli ölçüde zarar verecek kişiler, uygun bir kapalı kuruma yerleştirilebilmektedir. Başka bir tedavi tedbiri olarak kimyasal kastrasyon ise kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Uygulamada bu tedbire gerçi gönüllülük esasına göre izin verilmektedir, testosteron hormonunu neredeyse kastrasyon seviyelerine düşürmek için kullanılabilecek tek ilaç olarak Androcur alınabilmektedir²⁹. Ancak Alman Ceza Kanunu (StGB) § 56c (3) no. 1 ile yasaklandığı için zorla kimyasal kastrasyon yaptırılamaz. Cezaevinden veya önleme amaçlı gözetim altında tutulmadan salıverilmesi gereken ancak hala tehlikeli olarak sınıflandırılan suçluların izlenmesi için StGB § 68b (I) c. 1 no. 12 uyarınca cezai yaptırımla desteklenen bir talimat olarak elektronik konum izleme getirilmiştir. Serbest bırakılan tehlikeli suçlular için internette teşhir de (Internetpranger) 2010 yılında Birlik Partilerinden bir politikacı tarafından ABD'ye atıfta bulunularak önerilmiş, ancak böyle bir prosedür anayasa hukuku kapsamında kişisel verilerin korunması açısından oldukça sorunlu görüldüğü için Alman hükümeti tarafından reddedilmiştir³⁰.

2.1.2.3. Güney Kore

Güney Kore'de ABD ve Alman ceza hukuku politikalarının bir karışımı hüküm sürmektedir. Kore hukuku da Almanya gibi Kıta Avrupası hukuk sistemine dahildir, bu yüzden Kore ceza hukuku da ceza ve iyileştirme ve güvenlik tedbirleri arasında ayırım yapan iki izli bir ceza hukuku sistemine dayanmaktadır³¹. Bununla birlikte Kore'nin cinsel suçlara yönelik suç politikası, ABD ceza hukuku politikasından güçlü bir şekilde etkilenmiştir, dolayısıyla ceza hukukunun iki izliliğine sıkı sıkıya bağlı kalınmamaktadır. Bu durum, ceza ve iyileştirme ve güvenlik tedbirlerinin eş zamanlı olarak sertleştirilmesine yol açmıştır. İlk olarak, "Cinsel Suçların Cezalandırılması ve Mağdurların Korunması Hakkında Kanun"da yapılan değişikliklerle cinsel suçlara ilişkin ceza sınırları yükseltilmiştir. Kore Ceza Kanunu'nun 297. maddesi uyarınca 13 yaşından küçük çocuklara tecavüz, ağır bedensel zarar veya ölümlle sonuçlanan tecavüz suçlarını işleyen suçluların her biri 7 yıldan fazla hapis, ömür boyu hapis veya ölüm cezasına çarptırılmaktadır³². Ayrıca 31.3.2010 tarihinde Ceza Kanununda yapılan değişikliklerle hapis cezasının üst sınırı 15 yıldan (ek ceza verilmesi halinde 25 yıl) 30 yıla (ek ceza verilmesi halinde 50 yıl) çıkarılmıştır, böylece cinsel suçlarda belirli koşullarla 50 yıl hapis cezası verilmesi mümkündür³³.

Tedbir hukuku ile ilgili olarak da önemli değişiklikler vardır. Özellikle önleme amaçlı gözetim altında tutmayı ifade eden 2 numaralı yöntem artık Güney Kore'de mevcut değildir. Kore'de, önleme amaçlı gözetim altında tutma da dahil olmak üzere iyileştirme ve güvenlik tedbirleri ilk olarak 1970'lerde, özellikle komünist siyasi düşünce suçluları olmak üzere tehlikeli devlet suçlularına karşı kamu güvenliğinin korunmasını sağlamak için cezanın yanı sıra bir ceza

²⁹ Gaenslen (dn. 14), s. 177, 178.

³⁰ <http://www.zeit.de/politik/deutschland/2010-08/Internet-Straftäter>.

³¹ Korea Legislation Research Institute, Einführung in das koreanische Recht, 2010, s. 5.

³² Hye-Jeong Kim, "Überlegung für Maßnahme über Sexualdelikte," *Journal of Law* 20, no. 1 (2013): 371.

³³ Kim (dn. 31), s. 371.

hukuku yaptırımı olarak uygulamaya konmuştur³⁴. Ancak önleme amaçlı gözetim altında tutma, başlangıçtan itibaren yasamaya ilişkin temel belirlemelerden ve uygulamada meşruiyetten yoksundu. Dönemin diktatörlük yanlısı iktidar sahipleri, önleme amaçlı gözetim altında tutmayı çoğunlukla siyasi muhalifleri bastırmak için etkili bir araç olarak kullanmışlardır. Bu tedbir, anılan tarihi tecrübeler nedeniyle 2005 yılında parlamentonun inisiyatifiyle sunulan “Sosyal Koruma Kanununun Kaldırılmasına İlişkin Kanun” ile kaldırılmıştır³⁵. Kore Adalet Bakanlığı, 2010 yılından bu yana toplumu tehlikeli suçlulardan korumak amacıyla bu uygulamayı yeniden yürürlüğe koyma niyetini resmi olarak açıklamıştır. Ancak geçmişte askeri diktatörlük tarafından önleme amaçlı gözetim altında tutmanın kötüye kullanılmasını görmüş olan halkın muhalefeti nedeniyle yeniden yürürlüğe konulmamaktadır³⁶.

Yürürlükten kaldırılan önleme amaçlı gözetim altında tutmanın yerini, yeni getirilen iyileştirme ve güvenlik tedbirleri almıştır. Terapi Amaçlı Gözetim Altına Alma Kanunu başlangıçta alternatif bir yasa olarak kabul edilmiştir³⁷. Kanun kusur ehliyeti olmayan veya kusur yeteneği azalmış, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlısı yahut psikoseksüel rahatsızlığa sahip durumda hukuka aykırı bir fiil işleyen failer açısından, uygun eğitim, ıslah ve terapiyle yeniden suç işlenmesini önlemeyi ve resosyalizasyonu amaçlamaktadır³⁸. Söz konusu Kanun § 2 uyarınca, terapinin gerekli olması, yeniden suç işleme tehlikesinin gerekçelendirilmiş olması ve failin en az 1 yıl hapis cezasını gerektiren bir suç işlemiş olması durumunda; ve failin akıl hastalığı nedeniyle cezalandırılmamış ya da cezasında indirimle gidilmiş olması (no. 1), suçu uyuşturucu veya alkol bağımlılığıyla bağlantılı olarak işlemesi (no. 2) ya da psikoseksüel bir bozukluk özellikleri gösteriyor ve bir katalog suç (cinsel suç) işlemişse (no. 3) mahkeme bir terapi kurumuna yatırılmasına karar vermektedir. Yani psikolojik rahatsızlığı veya uyuşturucu bağımlılığı olan kişiler için terapi amaçlı gözetim altına alma biçimleri, Almanya’da uygulanan terapi amacıyla yerleştirme veya bir psikiyatri hastanesine ya da bağımlılık tedavi merkezine yatırma ile benzerlik göstermektedir.

İkinci olarak 2010 yılında Güney Kore’de cinsel suçluların kimyasal kastrasyonuna izin veren bir kanun çıkarılmıştır. “Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun” cinsel şiddet suçlarında, ilaç tedavisi vasıtasıyla yeniden suç işlenmesini önlemeyi ve resosyalizasyonu desteklemeyi amaçlamaktadır³⁹. Kanun bir cinsel şiddet suçu işlemiş olan ve bu suçu tekrar işleme riski taşıdığı tespit edilen “sapık” hastalar açısından uygulanabilir⁴⁰. “Cinsel dürtülere karşı ilaç tedavisi”, yani kimyasal kastrasyon anormal cinsel dürtülerin etkilerine karşı uygulanan, erkeğin cinsel işlevini kalıcı olarak işlevsiz hale

³⁴ Sang-Min Park, *Die strafrechtliche Behandlung gefährlicher Straftäter: Ein deutsch-koreanischer Vergleich*, Göttingen Studien zu den Kriminalwissenschaften, Band 29 (Göttingen: [Verlag], 2015), 9.

³⁵ Il-Su Kim, *Wiederbelebung und Einführung der Sicherungsverwahrung ins KStGB*, Legal Research Institute of Korea University, No. 58 (2010), 359.

³⁶ Lee (dn. 2), s. 284-285.

³⁷ Park (dn. 33), s. 147-148.

³⁸ Terapi Amaçlı Gözetim Altına Alma Kanunu § 1.

³⁹ Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun § 1.

⁴⁰ Bu Kanun bakımından “sapık hasta” terimi, Tedavi Amaçlı Muhafaza Altına Alma Kanunu § 2 f. 1 no. 3 uyarınca psikoseksüel rahatsızlığı olan, cinsel suçlar işleyen ve cinsel şiddet suçları işleme eğilimi nedeniyle davranışlarını kontrol edemeyen kişileri kapsamaktadır (Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun § 1).

getirebilen veya erkeğin psikik yönünü etkileyebilen bir tedavidir⁴¹. Bu tedavi, tıp biliminin verilerine göre on dokuz yaşını tamamlamış olması gereken⁴² ilgililerde anormal cinsel dürtüleriyle ilişkili ciddi hastalıkları, yan etkileri veya acıları önlemek, iyileştirmek veya hafifletmek için uygun olmalıdır⁴³. Tedbirin uygulanması için mahkum edilen kişilerin rızasına gerek bulunmamaktadır.

Üçüncü olarak, hapis cezası veya tedavi amaçlı gözetim altına alınma tedbiri sona erenler, elektronik konum izlenmesine ve ilan edilmeye tabi olabilirler. “Özel Suçluların Elektronik Olarak Konumunun İzlenmesi Hakkında Kanun” ile elektronik ayak kelepçesi uygulaması getirilmiştir. Böylelikle yeniden suç işleme tehlikesi bulunan belirli suçluların yeri hapis cezalarını çektikten sonra en fazla 30 yıl boyunca bir uydu takip sistemi tarafından saptanmaktadır, yani belirli yerlerde veya belirli kişilerle hareketleri ve bulundukları konumlar izlenmektedir. Faillere ait verilerin internette yayımlanması, “Çocukların ve Ergenlerin Cinsel Açısından Korunması Kanunu” ve “Cinsel Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Özel Kanun”da öngörülmüştür. Bu kanunlara göre, cinsel suçlular yetkili makamlara kayıt yaptırmak zorunda olduğu gibi, aynı zamanda kendilerine ait bilgiler de internette ve posta yoluyla belirli bir grup insana aktarılmaktadır. Kayıtlı cinsel suçlular, mahkumiyetten sonraki 30 gün içinde şu kişisel bilgileri yerel polis amirine (veya yerleştirilmesi hâlinde terapi merkezi müdürüne) ibraz etmek zorundadır: İsim, ikamet kayıt numarası, adres, meslek ve iş adresi, boy ve kilo, şahsi aracının kayıt numarası ve bir fotoğraf⁴⁴. İşlenen cinsel suçlara ilişkin bu veriler daha sonra kamusal bir makama iletilmektedir⁴⁵. Cinsel Suçlar Özel Yasası § 45 f. 1 uyarınca kayıt süresi 20 yıldır. Böylece her vatandaş, kendi muhitinde eski cinsel suçluların yaşayıp yaşamadığı konusunda internetten bilgi sahibi olabilmektedir.

2.2. Kore Ceza Hukukundaki Yaptırım Sistemi Reformunun Suç Politikası Açısından Analizi

ABD, Almanya ve Güney Kore’de cinsel şiddetle mücadeleyle ilişkin olarak aşağıdaki hususlar tespit edilebilir:

İlk olarak her üç ülkede de tehlikeli (cinsel) suçlular için tedavi ya da iyileştirme tedbirleri yerine esas itibarıyla cezalandırıcı bir suç politikası uygulanmıştır. ABD’de “Üç Vuruş Kanunu” ve “Cinsel Yırtıcılar Kanunu” yeni kabul edilmiştir. Ayrıca “Kimyasal Kastrasyon Hakkında Kanun”, “Elektronik Konum İzleme (EKİ) Kanunları” ve “bilgileri ilan etme” hakkında kanun çıkarılmıştır. Neredeyse özdeş içeriğe sahip bu tür yasalar (“Üç Vuruş Kanunu” dışında) aynı şekilde Güney Kore’de de yürürlüğe girmiştir. Bu kapsamda cinsel suçlulara yönelik hapis cezalarının miktarı da genel olarak artırılmıştır. Almanya’da, ceza hukukunun iki izli yapısı nedeniyle, hapis cezası yerine önleme amaçlı gözetim altında tutma ciddi ölçüde sertleştirilmiş ve bu tedbirin boşluklarını kapatmak için Terapi Amacıyla Yerleştirme Kanunu (ThUG) ve elektronik konum izleme (EKİ) kabul edilmiştir.

⁴¹ Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun § 2 no. 3.

⁴² Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun § 4 f. 1.

⁴³ Cinsel Dürtülere Dayalı Suç İşleyen Cinsel Suçluların İlaçla Tedavisi Hakkında Kanun § 3 no. 1.

⁴⁴ Cinsel Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Özel Kanun § 43 f. 1 ve 2.

⁴⁵ Cinsel Suçların Cezalandırılmasına İlişkin Özel Kanun § 44 f. 1.

İkinci olarak, tehlikeli suçlulara yönelik bu cezalandırıcı suç politikası uygulamasında, daha fazla cinsel suçü önlemenin güvenli bir yolu olarak hürriyeti kısıtlayıcı gözetim altına almaya ağırlık verilmiştir. ABD’de cinsel suçlara yönelik tüm hürriyeti kısıtlayıcı tedbirler “Üç Vuruş Yasası” ve “Cinsel Yırtıcı Yasası” ile güçlendirilmiştir. Güney Kore ve Almanya’da da tehlikeli (cinsel) suçlular için hapis cezaları ve önleme amaçlı gözetim altında tutma sıkılaştırılmıştır. Söz konusu hürriyeti kısıtlayıcı gözetim altına alma uygulaması her üç ülkede de geniş bir kamuoyu desteğı kazanmıştır. Bu, en azından gözetim süresi boyunca ideal bir önleyici etkiyi garanti ettiğı için genel kamunun korunması için en çok tercih edilen tedbirdir. Kanun koyucular, kamuoyunun genelin korunmasına yönelik beklentilerine hızlı bir şekilde yanıt vermek zorunda olduklarından, çözüm olarak öncelikle bu tür hürriyeti kısıtlayıcı tedbirleri tercih etmişlerdir.

Üçüncü olarak EKİ üç ülkede de hürriyeti kısıtlayıcı tedbirin bir ikamesi olarak değil, bilakis bunu tamamlayıcı yardımcı bir araç olarak uygulamaya konmuştur. Bir hukuk devletinde hiçbir cinsel suç faili yalnızca kolay bir çözüm olması nedeniyle ömür boyu cezaevinde veya tedbir kurumunda tutulamayacağından, tehlikeli suçluların eninde sonunda serbest bırakılması gerekmektedir. Bunun sonucunda da toplum için bir kez daha tehdit oluşturabilirler. Üç ülkenin önceki kanunlarının uygulamasında sadece, serbest bırakılanların belirli zamanlarda bir denetimli serbestlik görevlisi tarafından danışmanlık hizmeti alması veya günlük yaşamlarında belirli talimatlara uyması gerekliliğı şeklinde tedbirler bulunuyordu. Ancak bu tedbirler, vatandaşların korkularını hafifletmek için tek başına yeterli olmamıştır. EKİ her üç ülkede de tam olarak bu güvenlik açıklarını kapatmak amacıyla uygulamaya konmuştur. Üç ülkenin kanun koyucusu da bu suretle halka tehlikeli suçlulara karşı mümkün olan en iyi korumayı sağlamayı, yani yeni teknolojilerin yardımıyla cinsel suçluları cezaevinden çıktıktan sonra da kapsamlı bir şekilde kontrol etmeyi amaçlamıştır. Dolayısıyla EKİ, birbirine sıkı sıkıya bağı bir güvenlik ağında mozaigin bir başka taşını temsil etmektedir. Her üç ülkenin kanun koyucularının da EKİ’nin önleyici etkisinin sınırlı olduğunun ve bu yüzden genel halkın korunması için her derde deva olamayacağının farkında olduklarını söylemeye gerek yoktur. EKİ’nin gerçi tek başına tehlikeli suçlular tarafından işlenen tüm suçları önleyemeyeceğı, ancak bir önlemler paketinin parçası olarak daha fazla güvenliğe katkıda bulunabileceğı varsayılmıştır. Bununla birlikte EKİ’nin tamamlayıcı bir araç olarak cezai yaptırım sistemindeki somut anlamı, hukuki duruma bağı olarak ülkeden ülkeye değişmektedir. Almanya’da önleme amaçlı gözetim altında tutma tehlikeli suçlularla mücadelede ana araçtır, bu nedenle EKİ’nin Alman tedbir hukukundaki ilgi ve önemi şu anda nispeten düşüktür. Buna karşın, örneğın Güney Kore’de önleme amaçlı gözetim altında tutma hukuku kaldırılmış, bu da kanun koyucunun tedbir hukuku alanında EKİ’ye ilişkin beklentilerinin artmasına neden olmuştur. Nitekim Güney Kore’de EKİ 2007’de ilk kez yürürlüğe girdikten sonra takip eden 5 yıl içinde toplam 4 reformla tekrar tekrar sıkılaştırılmış, böylece izlenen kişi sayısı artmıştır.

3. Kore’de Tehlikeli Suçlular İçin Elektronik İzlemenin Gelişimi

3.1. Ortaya Çıkışı

3.1.1. Alternatif Yaptırımların Genişletilmesine Yönelik ABD Suç Politikası Eğiliminin Etkisi

Kore Adalet Bakanlığı ilk olarak 1990’ların ikinci yarısında, elektronik izlemenin Kore ceza hukuku yaptırım sistemine dahil edilmesi konusuyla ilgilenmiştir⁴⁶. O dönemler Kore denetimli serbestlik teşkilatı, personel eksikliği nedeniyle zorluklarla karşılaşmıştır. Bir yandan 1997 yılındaki denetimli serbestlik reformunun bir sonucu olarak ilgili kişisel uygulama alanı çocuk suçlulardan yetişkinlere genişletilmişti, diğer yandan 1997’deki Asya finans krizinde ekonomik suçlular için çok sayıda denetimli serbestlik uygulanacak mahkumiyet bulunuyordu. Bu durum da denetimli serbestlikteki suçluların sayısında beklenmedik bir artışa yol açmıştı⁴⁷. Problemi çözüme kavuşturmak amacıyla, Mayıs 1998’de Kore Adalet Bakanlığı’nda Adalet Bakanı ve her bir idari gözetim merkezinin başkanının da katıldığı “Kore Denetimli Serbestlik Sisteminin Güncel Sorunu ve İyileştirme Olanakları” başlıklı ulusal bir konferans düzenlenmiştir. Toplantıda ABD’de uygulanmakta olan suçluların elektronik izlenmesi sistemi tanıtılmıştır. Güney Kore’de elektronik izleme ile ilgili ilk pratik tecrübe de sunulmuştur ki bu konferansın odak noktasını meydana getirmektedir⁴⁸.

Kore Adalet Bakanlığı dikkatini, yeni elektronik izleme teknolojisine yönlendirmiştir. ABD’den gelen yeni elektronik izleme teknolojisinin o dönemde Kore denetimli serbestlik merkezlerindeki personel eksikliği sorununu çözebileceği beklentisinde olmuştur⁴⁹. Ayrıca Kore Adalet Bakanlığı gelecekte elektronik izlemenin ceza hukuku yaptırım sistemini iyileştirmek için etkili bir araç olarak kullanılabileceğini, çünkü Kore ceza hukuku yaptırım sisteminde çeşitli amaçlar için ve çeşitli şekillerde kullanılabilme avantajına sahip olduğunu düşünmüştür. Bunun bir başka sebebi de Kore hükümeti tarafından ulusal bilişim teknolojileri sektörünün desteklenmesidir⁵⁰. “Kore’de 21. Yüzyıl İçin Gelecek Planı” başlığıyla dönemin Kore hükümeti ulusal bilişim teknolojileri endüstrisinin gelişimini vurgulamıştır. Elektronik izleme, bilişim teknolojileriyle çalıştığından Kore hükümeti bu teknolojiyi finansal olarak teşvik etmek istemiş ve Adalet Bakanlığı da bunu kabul etmiştir⁵¹.

⁴⁶ Karş. Hye-Jeong Kim, *Übertragbarkeit bzw. Anwendbarkeit der elektronischen Überwachung in Korea* (Koreanisches Institut für Kriminologie, 2000), 25.

⁴⁷ Güney Kore’de denetimli serbestlik kararlarının sayısı önemli ölçüde yükselmişti: 1996 yılında 67.947, 1997 yılında 100.988 ve 1998 yılında 135.216 dosya. bkz. <http://www.index.go.kr/main.do>.

⁴⁸ Kore’deki bu durumu daha iyi anlamak için öncelikle ABD’deki ceza hukuku yaptırımlarıyla, özellikle de denetimli serbestlikle ilgili tarihsel bağlantı ve o dönemde ABD’deki ceza politikası eğilimi göz önünde bulundurulmalıdır. Kore denetimli serbestlik sistemi en başından itibaren ABD denetimli serbestlik sistemi üzerine inşa edilmiştir ve o zamandan beri ABD ile sürekli bilimsel alışveriş ve düzenli hükümet temaları yoluyla Amerikan suç politikası eğiliminden doğrudan etkilenmiştir. Kore denetimli serbestlik sisteminin gelişimi hakkında bkz. *Han, Yeong-Su, Entstehung und Entwicklung des Gesetzes über die koreanische Bewährungshilfe, Korean Probation & Parole Academy Vol. 9 No. 1, 2009, s. 21-61.*

⁴⁹ Yeong-Cheol Yoon, *Ein kritischer Beitrag zum elektronischen Überwachungssystem in Korea*, 202.

⁵⁰ Yoon (dn. 48), s. 202.

⁵¹ Kim (dn. 45), s. 25.

Elektronik izlemenin çeşitli avantajları nedeniyle, yeni aracın uygulamaya konması hususunda toplumda nispeten olumlu bir hava gözlenmiştir. Gerçekten Mayıs 1998'deki konferansta hazır bulunanların neredeyse tamamı yeni tedbirle ilgilenmiş ve her ne kadar o zamanlar Kore'de bu tedbirle ilgili kapsamlı bir tecrübe yaşanmamış ve elektronik izleme bu nedenle ilgili herkes için yeni bir alan olsa bile olumlu beklentilerini dile getirmişlerdir⁵². Savunucuları, elektronik izlemeyle yeniden suç işleme riskinin yanı sıra personel masraflarının da azalabileceği beklentisine sahip olmuştur⁵³.

Uygulamadaki yetkililerin bu olumlu tutumunun aksine, akademik camiada bazı eleştirel sesler duyulmuştur. Hyejeong Kim'e göre elektronik izleme, baskıcı bir ceza politikasını simgeleyen, insan onurunu ihlal tehlikesi barındıran ve toplumun devlet kontrolü yoluyla disipline edilmesine yol açacak tipik bir alternatif yaptırım idi⁵⁴. Bu çerçevede 1999 yılında Kore Adalet Bakanlığı, yeni aracı Kore ceza hukuku yaptırım sistemine başarılı bir şekilde dahil etmek amacıyla, münhasıran elektronik izlemeyi araştırmakla uğraşan uzmanlardan oluşan bir ekip kurmuştur.

3.1.2. Elektronik İzleme Sistemi Üzerine Öğrenme Ziyareti

O dönemler elektronik izleme konusunda herhangi bir araştırma ve deney raporu bulunmadığından, uzman ekibi başlangıçta aktüel pratik olaylara ve elektronik izlemeyi halihazırda uygulayan ülkelerdeki çeşitli tecrübelerle bağlı kalmışlardır. Bu nedenle uzman ekip, araştırma projelerinin bir parçası olarak, bir yandan radyo frekansı tekniği kullanılmak suretiyle elektronik olarak izlenen ev hapsi hakkında ayrıntılı bilgi toplamak ve diğer yandan izlenen kişiler ve denetimli serbestlik görevlileri ile görüşmeler yaparak bu teknoloji hakkında ampirik veri toplamak için İngiltere'ye seyahat etmişlerdir⁵⁵. Bu temelde, uzman ekip tarafından araştırma raporu oluşturulmuş ve Kore Adalet Bakanlığı'na sunulmuştur. Raporda yurtdışından yeknesak araştırma sonuçları mevcut olmadığı için elektronik izlemenin fayda-maliyet hesabı karmaşık olmasına rağmen, tüm suçlular için çeşitli uygulama olanakları ve denetimli serbestlik hizmetleri çerçevesinde izlemenin güçlendirilmesiyle yeniden suç işlemenin daha etkin bir şekilde önlenmesi nedeniyle, elektronik izlemenin Kore ceza adaleti sisteminde ev hapsi ile birlikte etkin bir şekilde kullanılabileceğine işaret edilmiştir⁵⁶.

Raporun incelenmesinden sonra Kore Adalet Bakanlığı 2000 yılında, mali sebepler ve alternatif yaptırımların genişletilmesi için acil bir ihtiyaç olmaması nedeniyle ABD ve İngiltere'de ev hapsi ile birlikte hapis cezasına alternatif olarak uygulanan elektronik izlemenin uygulanmamasına karar vermiştir⁵⁷. Onun yerine denetimli serbestlik hizmeti çerçevesinde bir direktif olarak, gece sokağa çıkma yasağıyla bağlantılı *elektronik ses tanıma sistemi* uygulamaya konulmuştur⁵⁸. Yeni getirilen elektronik ses tanıma sistemi, suçlular için uygulanan gece sokağa çıkma yasağını daha etkili hale getirmeye ilişkindi. O zamanki Kore Denetimli Serbestlik Kanunu § 32 f. 3 c. 1 no. 3'e göre mahkeme, suç işlenmesini önlemek

⁵² Kim (dn. 45), s. 25.

⁵³ Hye-Jeong Kim, "Überprüfung über die Anwendungsmöglichkeit der elektronischen Überwachung," *Kriminalpolitik* 12, no. 2 (2000): 107 ff.

⁵⁴ Kim (dn. 45), s. 25.

⁵⁵ Koreanische Justizministerium, Bericht über die elektronische Überwachung in England, s. 3

⁵⁶ Koreanische Justizministerium, Bericht über die elektronische Überwachung in England, s. 3.

⁵⁷ Youn-Oh Cho, "Analysis of the Automated Voiceprint Recognition Curfew for Juvenile Probationers in Korea," *Kriminalpolitik* 21, no. 1 (2009): 9.

⁵⁸ Cho (dn. 56), s. 10.

için gerekirse hükümlü kişinin denetimli serbestlik süresi boyunca geceleri (22:00 - 06:00 arasında) sokağa çıkmasının yasaklanmasına karar verebilmekteydi. Buna göre denetim altındaki kişiler, kanun gereği denetim merkezinden kontrol amaçlı gelen çağrılara şahsen cevap vermekle yükümlülerdi. Ayrıntılı olarak bu durum, denetim altındaki kişilerin belirli aralıklarla (gecede üç defaya kadar) merkezden bir telesekreter tarafından aranması ve kimlik tespiti amacıyla kişisel nitelikteki soruları yanıtlamaları gerektiği anlamına geliyordu. Bu kapsamda denetimli serbestlik görevlisi, ses tanıma yazılımı vasıtasıyla alıcının sesinin bilgisayarda kayıtlı olan sesle eşleşip eşleşmediğini kontrol etmekteydi⁵⁹.

3.1.3. Pilot Proje ve Elektronik Ses Tanıma Vasıtasıyla Gece Sokağa Çıkma Yasağının Resmi Olarak Başlatılması

Kore Adalet Bakanlığı gece sokağa çıkma yasağının teknik, prosedür ve etki açısından daha iyi ve daha doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, elektronik ses tanımanın genel olarak kullanılmaya başlanmasından önce çocuk denetimli serbestlik hizmetleri konusunda bir pilot proje başlatmıştır. Bu pilot projeye hazırlık açısından ilk olarak Eylül 2002'de elektronik ses tanıma vasıtasıyla gece sokağa çıkma yasağı için teknik tesis, Seul Çocuk Denetimli Serbestlik Gözetim Merkezi'nde kurulmuştur. Mart 2003'ten itibaren pratik uygulama için kılavuz ilkeler yayımlanmıştır. Pilot proje daha sonra Nisan 2003'ten Ekim 2004'e kadar Seul Çocuk Denetimli Serbestlik Merkezi'nde seçilmiş 310 suçlu için yürütülmüştür⁶⁰. Sonuç olarak elektronik ses tanıma yoluyla gece sokağa çıkma yasağı, yeniden suç işlemenin önlenmesi açısından ağırlıklı olarak olumlu değerlendirilmiştir⁶¹. Bu sonuçlara dayanarak Kore Adalet Bakanlığı 2005 yılında söz konusu uygulamayı ülke çapında resmen başlatmıştır⁶². Ek olarak uygulama kapsamının sadece çocuk suçluları değil, hırsızlık, yağma, konut dokunulmazlığının ihlali, cinsel suçlar vb. suçlardan hüküm giymiş yetişkin suçluları da kapsayacak şekilde genişletilmesine karar verilmiştir⁶³.

Uygulama kapsamının genişletilmesi ve suçun tekrar işlenmesinin önlenmesi açısından olumlu bir etkiye sahip olduğuna inanılan bu düzenlemeye pratikte sık sık karar verilmesi, 2005 yılından beri elektronik ses tanıma yoluyla gece sokağa çıkma yasağına tabi tutulan gözetim altındaki kişilerin sayısında sürekli bir artışa neden olmuştur⁶⁴. Günümüzde bu düzenleme çocuk ve yetişkin suçlulara hâlâ sıklıkla uygulanmaktadır. Söz konusu uygulamaya özellikle yetişkin cinsel suçlular açısından 2008 yılında uygulamaya konulan elektronik konum izleme ile birlikte mahkeme tarafından karar verilebilmektedir⁶⁵.

⁵⁹ Karş. *Park, Seong-Su*, A Study on Introduction to Electronic Monitoring for the Probationer – focused on curfewand home detention, Journal of Korean Association of Public Safety and Criminal Justice Vol. 15 No. 4, 2006, s. 111.

⁶⁰ Karş. *Kim, Il-Su*, A Study on Electronic Supervision for Criminals, Korean Probation & Parole Academy No. 5, 2005, s. 76.

⁶¹ Karş. *Kim* (dn. 59), s. 76.

⁶² Karş. *Park* (dn. 58), s. 112.

⁶³ Karş. *Chong, Hyon-Mi*, Sexual crime prevention and electronic monitoring: a study on the act of electronic device attachment for tracking location of specific crime offenders, Korean Journal of Criminology Vol. 21 No 1, 2009, s. 325.

⁶⁴ Karş. *Chong* (dn. 62), s. 325.

⁶⁵ Karş. *Chong* (dn. 62), s. 325.

3.2. Gelişimi

3.2.1. Bir Dizi Ciddi Cinsel İstismar ve Çocuk Cinayeti

2003 yılından bu yana elektronik ses tanıma yoluyla gece sokağa çıkma yasağı, yukarıda bahsedilen pilot projeyi takiben Kore yaptırım sistemine dahil edilmiştir. Bu suretle denetimli serbestlik ve gözetim sırasında ilgili suçluların yeniden suç işleme oranı azalmıştır. Bununla birlikte yeni elektronik izleme sisteminin, GPS kullanılarak elektronik izleme gibi diğer şekillerde uygulamaya konulması acil bir ihtiyaç olmaması nedeniyle akademik camiada ve Kore Adalet Bakanlığı tarafından yalnızca sınırlı ölçüde tartışılmıştır⁶⁶.

Ancak söz konusu durum beklenmedik bir şekilde değişmiştir. Bu konuda tetikleyici, Y ve C tarafından Eylül 2003'ten 2006'ya kadar işlenen bir dizi ciddi cinsel istismar ve çocuk cinayeti olmuştur⁶⁷. 2004 yılının sonunda bu korkunç suçlar Kore medyası tarafından kamuoyuna duyurulmuştur. Böylece olaylar, Güney Kore kamuoyunda önemli bir konu haline gelmiştir. Bunun sonucunda halkta cinsel şiddet suçlarına karşı artan bir korku meydana gelmiş ve güvenlik ve suçun önlenmesi talebi keskin bir şekilde yükselmiştir. Ayrıca insanların hükümetin ciddi (cinsel) suçlara ilişkin güvenlik politikasına olan güvensizliği de önemli ölçüde artmıştır⁶⁸. Halktaki öfke ve güvensizlik, politikacıların ve kanun koyucunun mevcut durumu yaklaşan parlamento ve cumhurbaşkanlığı seçimleri için büyük bir kriz olarak değerlendirmelerine yol açmıştır⁶⁹. Kore parlamentosu ve hükümeti sorunu hızlı bir şekilde çözmek için, doğrudan ABD suç politikasından uyarlanan bir dizi cezalandırıcı suç politikası tedbirini kısa süre içinde uygulamaya koyma girişiminde bulunmuştur⁷⁰. Bu çerçevede, 2008 yılında belirli tehlikeli cinsel suçlulara karşı GPS kullanılarak elektronik konum izlemeye dair kanun, cinsel suçluların kişisel bilgilerinin internette yayımlanmasına ilişkin kanun ile birlikte yürürlüğe girmiş ve cinsel suçlar için hapis cezasının miktarının artırılması da kabul edilmiştir.

3.2.2. Tehlikeli (Cinsel) Suçlular İçin Elektronik Konum İzleme Kanununun Ortaya Çıkışı

3.2.2.1. Elektronik Konum İzlemeye İlişkin Kanun Tasarısı

Kore siyasetinde, tehlikeli cinsel suçlular için elektronik konum izleme ihtiyacından ilk bahseden ve buna ilişkin bir kanun tasarısı öneren, muhafazakar Saenuri Partisi'nin o dönemki lideri Park Geun-hye (2013-2017 yılları arasında Güney Kore Devlet Başkanı) olmuştur⁷¹. 8.4.2005 tarihinde Kore Parlamentosu'nda yaptığı konuşmasında, ciddi cinsel suçlara karşı yeni bir önleyici tedbir olarak ABD'den EKİ'nin ithal edilmesinin gerekli olduğunu vurgulamıştır. Saenuri Partisi'ndeki tartışmalardan sonra, tehlikeli (cinsel)

⁶⁶ Karş. Hung-Seob Lee, "The Review of 5 Years' Evolution and Proposals for Future Development of GPS Tracking System in South Korea," *Korean Probation & Parole Academy* 13, no. 1 (2013): 93.

⁶⁷ Karş. Lee (dn. 65), s. 91 vd.

⁶⁸ Kim, Ji-Su/Kim, Min-Gon/Lee, Jeong-Cheol/Heo, Man-Hyeong, The Analysis of the Policy Formation Process of the Electronic Device Attachment System to Sexual Offenders against Children by Multiple Streams Model, *Korean Policy Studies Review* Vol. 21 No. 1, 2012, s. 262.

⁶⁹ Kim/Kim/Lee/Heo (dn. 67), s. 264 vd.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Lee (dn. 65) s. 91.

suçluların elektronik olarak konumlarının izlenmesine ilişkin kanun tasarısı nihayet 13.7.2005 tarihinde 95 milletvekili tarafından sunulmuştur⁷². 13.9.2005'ten 22.12.2006'ya kadar parlamentoda tasarı ile ilgili toplam beş kez oturum yapılmıştır. Oturumda Seul (2) ve Gong-Ju'daki denetimli serbestlik merkezlerinin yöneticilerinin yanı sıra bir hakim, bir avukat, İnsan Hakları Yurttaşlar Derneği'nin bir temsilcisi ve 3 profesör de konuşmacı olarak yer almıştır. Ayrıca 30 parlamento üyesi de tartışmalara katılmıştır⁷³. Burada diğerlerinin yanı sıra aşağıdaki üç görüş temsil edilmiştir:

a) Üç denetimli serbestlik merkezinin başkanları, ABD modeline dayalı olarak ciddi cinsel suçlara karşı yeni bir önleyici tedbir olarak tahliye sonrası elektronik konum izlemenin Kore yaptırım sistemine mümkün olan en kısa sürede entegre edilmesi gerektiği görüşünü dile getirmiştir⁷⁴. Buna gerekçe olarak, son zamanlarda ağır cinsel suçlar hâlâ sıklıkla işlenmiş olmasına rağmen, cezaevinden çıktıktan sonra etkili bir önleyici tedbirin bulunmaması gösterilmiştir⁷⁵.

b) Bu görüşe iki profesör ve İnsan Hakları Yurttaşlar Derneği'nden bir temsilci tarafından itiraz edilmiştir. Bu kişiler, tehlikeli (cinsel) suçlular için GPS-konum izlemenin başlangıçtaki olumlu etkisinin ABD'de bile henüz açıkça kanıtlanmadığı görüşündeydi⁷⁶. Ayrıca bu tedbirle, insan haklarının ihlal edilmesi ve dolayısıyla Kore Anayasası m. 10 f. 1'e aykırılık tehlikesi de vardı⁷⁷. Öte yandan, bu yeni aracın uygulamaya konulması halinde, ceza hukuku yaptırımları çerçevesinde devlet kontrolünün genişlemesi nedeniyle gözetim altındaki kişi sayısı artacak, bu da devlet için önemli mali külfetlere yol açacaktı⁷⁸.

c) Bir hâkim, bir avukat ve diğer bir profesör tarafından temsil edilen üçüncü görüş, elektronik konum izlemenin diğer infaz işlemlerine de uygulanması gerektiği yönündeydi⁷⁹. Bu görüşün temsilcileri, GPS ile konum izleme uygulamasının yalnızca denetimli serbestlik kapsamındaki failler ile şartlı tahliye edilen ve kısa süreliğine denetimli serbestlik altında bulunan suçlularla sınırlı tutulması, ağır suçlardan tam süreli tahliye edilen failleri kapsamaması şartıyla uygulanmasını desteklemişlerdir⁸⁰.

3.2.2.2. Adalet Bakanlığı'nın Ek Önergesi

İlk kanun tasarısının incelenmesi sırasında, Şubat ve Temmuz 2006'da Seul'de ölümle sonuçlanan çocuklara yönelik iki cinsel istismar olayı meydana gelmiştir. Medyanın ayrıntılı bilgilendirmesiyle her iki olay da geniş halk kitlesinde büyük ilgi görmüştür. Sonuç olarak toplumsal hava tehlikeli cinsel suçluların konumlarının elektronik olarak izlenmesi yönünde değişmiştir. Bu suçlar çoğunlukla küçük çocuklara karşı işlendiğinden, halkın cinsel suçlulara

⁷² Karş. Güney Kore'de bir kanun en az 10 milletvekilinin onayı ile teklif edilebilir. Kore Parlamentosu 299 milletvekilinden oluşmaktadır (243 doğrudan vekil, 56 diğer vekiller). Saenuri Partisi'nin o dönemdeki milletvekili sayısı 121'dir ve Güney Kore'deki en güçlü ikinci parti olarak devam etmektedir.

⁷³ Kore Millet Meclisi Hukuk Komisyonu Tutanakları, s. 39.

⁷⁴ Ibid., 39.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Ibid., 42.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid., 43.

⁷⁹ Ibid., 46.

⁸⁰ Ibid., 47.

karşı öfkesi çok büyük olmuştur⁸¹. Toplumsal atmosfer, Kore hükümetini ve parlamentoyu büyük bir baskı altına sokmuştur. Cinsel suçlulara karşı daha sert cezai tedbirler alınması yönündeki çağrı, giderek daha yüksek sesle dile getirilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla muhafazakar *Saenuri* Partisi tarafından önerilen ilk tasarıya başlangıçta karşı çıkan diğer partilerin, pratik açıdan tasarıyı desteklemekten başka seçenekleri kalmamıştır⁸². Bu çerçevede Kore Adalet Bakanlığı 5.12.2006 tarihinde parlamentoya daha sert bir kanun tasarısı sunmuştur. İlk tasarının içeriği ile karşılaştırıldığında şöyle değişiklikler bulunmaktadır. İlk olarak cezaların infazı sırasında tehlikeli cinsel suçluların elektronik olarak konumunun izlenmesi uygulamasının kapsamı sadece cezaevinden tamamen tahliye edilenleri değil, aynı zamanda şartlı tahliye edilenleri ve denetimli serbestlikle erken tahliye edilenleri de kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁸³. Ayrıca düzeltme önerisine göre, denetim altında olanlara daha yoğun izleme ve gözetim sağlamak için, EKİ'nin infaz aşamasında ve sonrasındaki denetimli serbestlik ile birlikte uygulanması gerekmektedir⁸⁴. Hâlbuki ilk tasarıya göre EKİ, infaz aşamasında ve sonrasındaki denetimli serbestlikten bağımsız olarak uygulanacaktı⁸⁵.

3.2.2.3. Özel Tehlikeli Suçluların Konumlarının Elektronik Olarak İzlenmesine İlişkin Kanunun Kabul Edilmesi

2.4.2007'de Adalet Bakanlığı'nın "Özel Tehlikeli Suçluların Konumlarının Elektronik Olarak İzlenmesine İlişkin Kanun" başlıklı ek önergesi Parlamento'da kabul edilmiştir. Bu kanuna ilişkin Parlamento'da yapılan yoklama oylamasına toplam 299 milletvekilinden 250 milletvekili katılmıştır⁸⁶. Oylama sonuçları şöyledir: 217 kabul, 13 ret ve 20 çekimser oy⁸⁷.

Böylelikle söz konusu kanun 27.4.2007'de kabul edilmiş olmasına rağmen, elektronik konum izlemesini sağlamak için teknik ve organizasyonel uygulama için bir hazırlık dönemi gerektiğinden ek bir maddeyle ancak 28.10.2008'de yürürlüğe girmiştir. Hazırlık açısından Adalet Bakanlığı tarafından bir kez daha 9 kişilik bir uzman ekibi oluşturulmuştur. Uzman ekip, GPS kullanarak EKİ'nin somut uygulamasına ilişkin daha fazla önemli deneyim ve bilgi toplamak amacıyla, ABD'de Florida ve California'ya ve İngiltere'ye gittikleri beş aylık bir araştırma gezisine çıkmıştır⁸⁸. Gezinin sonuçlarını esas alan bir araştırma raporu hazırlanmış ve Kore Adalet Bakanlığı'na sunulmuştur. Sonuçlara dayanarak Kore Adalet Bakanlığı Ekim 2007'de Samsung SDS firmasını elektronik konum izlemenin teknik uygulaması için ana şirket olarak görevlendirmiştir⁸⁹. Yüksek kaliteli IT teknolojisi ve diğer şirketlerle kısmi iş birliği sayesinde Samsung SDS, 2008 yılının başında EKİ'nin teknik uygulaması için tüm hazırlıkları tamamlamış ve su geçirmez, darbeye dayanıklı ve dünyadaki türünün en küçüklerinden biri olan (ayak kelepçesi olarak adlandırılan) mobil cihazı

⁸¹ Kim/Kim/Lee/Heo (dn. 67) s. 264 vd.

⁸² Ibid.

⁸³ Adalet Bakanlığı'nın Elektronik İzleme Kanununa İlişkin Ek Önergesi § 22 f. 1, 5.12.2006.

⁸⁴ Adalet Bakanlığı'nın Elektronik İzleme Kanununa İlişkin Ek Önergesi § 28 f. 1.

⁸⁵ Adalet Bakanlığı'nın Elektronik İzleme Kanununa İlişkin Ek Önergesi § 4 f. 1.

⁸⁶ Kore Millet Meclisi Oturum Tutanağı, s. 14.

⁸⁷ Kore Millet Meclisi Oturum Tutanağı, s. 14.

⁸⁸ Han, Yeong-Su/Kang, Ho-Seong/Lee, Hung-Seob, Die elektronische Überwachung in Korea, Pakyoungsa, 2013, s. 70.

⁸⁹ Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 70.

kamuoyuna sunmuştur. Söz konusu teknik sistemin geliştirilmesi başarıyla tamamlandıktan sonra Adalet Bakanlığı Temmuz 2008’de Seul’deki Hwigyeong-dong’da elektronik izleme merkezini kurmuştur. Elektronik konum izleme sistemi 2 aylık bir deneme süresinin ardından 1.9.2008 tarihinde resmen faaliyete geçmiştir⁹⁰.

3.2.3. Elektronik Konum İzlenmesine İlişkin Kanunun Sertleştirilmesi

3.2.3.1. İlk Reform

EKİ’ye ilişkin kanun Nisan 2007’de kabul edildikten sonra kısa bir süre içerisinde toplam dört kez değişikliğe uğramıştır. Bu kapsamda ilk reform 1.9.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bunun arka planında yine ölümlü sonuçlanan çocuk istismarı olayları bulunmaktadır. Aralık 2007’de 9 ve 11 yaşlarındaki iki kız çocuğu Anyang’da birbiri ardına kaçırılmış ve tecavüze uğradıktan sonra ölü bulunmuşlardı. Kısa bir süre sonra, başka bir şehirde (Ansan) cinsel istismarla bağlantılı bir başka çocuk kaçırma girişimi daha olmuştu. Olaylar medyada yer alır almaz, halkta politikacılara karşı bir öfke meydana gelmiştir. Bu öfke özellikle güvenlik politikasında öncü rol oynaması gereken cumhurbaşkanı ve iktidar partisine yönelmiştir. Dolayısıyla cumhurbaşkanı ve iktidar partisi, halkın tepkilerini yumuşatmak için, elektronik konum izlenmesine ilişkin kanunda yapılan ilk değişiklikle, kanunun yürürlüğe giriş tarihini 28.10.2008’den 1.9.2008’e çekmiş ve EKİ’nin önceden 5 yıl olan azami süresini 10 yıla çıkarmıştır⁹¹. Ayrıca kanun koyucu, kanunun yeni hâlinde § 9 f. 2’ye mahkeme tarafından belirli cinsel suçlular açısından, denetimli serbestlik merkezinin izni olmaksızın ikametini, bulunduğu yeri veya belirli alanları terk etmeme ya da belirli suçları işleme fırsatı veya eğilimine yol açabilecek belirli yerlerde bulunmama talimatlarıyla birlikte EKİ’ye karar verilebileceğini eklemiştir. Keza EKİ’ye ilişkin kanunu § 39 uyarınca, ilgililer bu özel talimatı ihlal etmeleri halinde 3 yıla kadar hapis veya (yaklaşık 10.000 Euro’ya kadar) para cezasıyla cezalandırılacaklardır.

3.2.3.2. İkinci Reform

İlk reformdan kısa bir süre sonra, Güney Kore’nin geleneksel muhafazakar iktidar elitine ve kırsal nüfusuna dayanan muhafazakar Saenuri Partisi milletvekilleri, *Cinsel Suçlular İçin Elektronik Konum İzleme Kanunu*nu değiştirmek için bir kez daha bir kanun tasarısı önermiştir⁹². Bu yeni kanun tasarısı, EKİ’nin uygulama alanının o dönem yürürlükte olan kanun uyarınca belirli (ciddi) cinsel suçlarla sınırlı olduğu, yani EKİ’nin duruma göre bir cinsel istismarla bağlantılı olabilecek çocuk kaçırma olaylarına doğrudan uygulanamayacağı gerçeğine dayanmaktadır. Saenuri Partisi milletvekilleri, polis suç istatistiklerine göre, çocuk kaçırma suçunun yeniden işlenme oranının cinayet ve yağma gibi diğer ciddi suçlara kıyasla daha yüksek olmasından ve genellikle başka bir cinsel istismarla bağlantılı olmasından endişe duyuyorlardı⁹³. Bu endişe, kısa bir süre önce çocuğa yönelik aşırı şiddet nedeniyle özellikle yüksek düzeyde dikkat çeken, cinsel istismar amaçlı bir çocuk kaçırma teşebbüsünün gerçekleşmiş olmasına dayanmaktaydı⁹⁴. Kamuoyunun bu olaya duyduğu öfke

⁹⁰ Han/Kang/Lee (dn. 87) s. 71.

⁹¹ Karş. Lee (dn. 65), s. 100.

⁹² Ibid., 101.

⁹³ Ibid., 101.

⁹⁴ Ibid., 100.

nedeniyle, ağır suçlara karşı önlemlerin sıkılaştırılması önerisi siyasette de büyük bir alkış almış, böylece yeni kanun tasarısı 8.5.2009 tarihinde parlamentoda sorunsuz bir şekilde kabul edilmiş ve ardından 9.8.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu suretle cinsel suçluların elektronik olarak konumlarının izlenmesine ilişkin kanun şu şekilde kısmen değiştirilmiştir. İlk olarak daha önce sadece cinsel suçlular için geçerli olan kanunun kapsamı çocuk kaçıranları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir⁹⁵.

Keza tutarlılık açısından kanunun resmi başlığı da “Cinsel Suçluların Elektronik Olarak Konumlarının İzlenmesi Hakkında Kanun” yerine “Özel Suçluların Elektronik Olarak Konumlarının İzlenmesi Hakkında Kanun” olarak değiştirilmiştir⁹⁶. Bu, gerekirse kanun koyucunun iradesine göre gelecekte öldürme, yağma ve kundaklama gibi diğer suçlara da uygulanabileceğini ifade etmektedir⁹⁷.

Son olarak izlenen kişilerin kontrolü sıkılaştırılmıştır. § 9 f. 2’ye, rehabilitasyon programlarının tamamlanması veya suçların tekrarlanmasını önlemek veya kişilerin karakter ve davranışlarını sağlamlaştırmak ve düzeltmek için gerekli olan diğer programlara katılmak gibi yeni özel talimatlar eklenmiştir. Ayrıca § 14 f. 2 ve 3’te suçluların, özel suç olayına ilişkin cezanın infazının sona erdiği veya ertelendiği tarihten itibaren 10 gün içinde denetimli serbestlik merkezine bilgi vermesi, yazılı bir rapor sunmaları ve ikamet adreslerini veya ülkeyi terk etmek istemeleri halinde denetimli serbestlik görevlilerinden önceden izin talep etmeleri zorunlu hale getirilmiştir.

3.2.3.3. Üçüncü Reform

15.4.2010 tarihinde parlamento tarafından kabul edilen ve 17.7.2010 tarihinde yürürlüğe giren üçüncü reform, elektronik konum izlenmesine ilişkin kanun reformları tarihindeki en radikal değişikliklerdendir. Bu değişikliklerle kanunun içeriği özellikle aşağıdaki 5 açıdan daha da sertleştirilmiştir:

İlk olarak bu kanun değişikliği, EKİ’nin belirli suçlular için geriye etkili olarak uygulanmasını mümkün kılmıştır⁹⁸. Kanuna yeni getirilen ek hüküm § 2 f. 1’e göre, savcılık kanunun ilk yürürlüğe girdiği 1.9.2008 tarihinden önce ya cinsel suç, çocuk kaçırma veya nitelikli öldürme (Mord) suçlarından hapis cezasına veya önleme amaçlı gözetim altına alma tedbirine mahkum edilmiş ve halen cezaevinde veya gözetim altında bulunan ya da tahliyesinin üzerinden üç yıldan fazla süre geçmemiş olan belirli bir kişinin elektronik cihaz takması için mahkemeye başvurabilir. Ancak bu bağlamda EKİ’ye ilişkin kanunu § 5 f. 1 kapsamında genel şartı sağlayan⁹⁹ ve yeniden suç işleme riskinin özellikle yüksek olduğu belgelenen bir fail söz konusu olmalıdır. Kanunun geriye etkili olarak uygulanmasına yönelik bu ani eğilim, hükümetin önleme çabalarına rağmen meydana gelen ölümle sonuçlanan sansasyonel, ciddi bir cinsel istismar olayından kaynaklanmıştır¹⁰⁰. Şubat 2010’da Busan’da 13 yaşındaki bir kız çocuğu okuldan eve dönerken 33 yaşındaki komşusu K tarafından

⁹⁵ Elektronik İzleme Hakkındaki İkinci Kanun Tasarısı § 5 f. 2.

⁹⁶ Elektronik İzleme Hakkındaki İkinci Kanun Tasarısı § 2.

⁹⁷ Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 70.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Ibid., 72.

¹⁰⁰ Ibid., 73.

kaçırılmış, tecavüze uğramış ve daha sonra K'nın dairesinin su deposunda ölü bulunmuştur. Polisin bilgilendirmesine göre adam, daha önce cinsel suçlardan iki kez hüküm giymiş olmasına rağmen, denetimli serbestlik gibi engelleyebilecek herhangi bir adli kontrol olmaksızın suçunu işleyebilmiştir¹⁰¹. Bu durum öfkeli vatandaşlarda hüküm giymiş suçluların, elektronik konum izlenmesi gibi yoğun gözetim tedbirlerine tabi tutulmaları halinde bu tür korkunç suçların önlenilebileceğine düşünmelerine yol açmıştır¹⁰². Ancak gerçekte bu mümkün değildi, çünkü kanunun o zamanki versiyonuna göre EKİ sadece kanunun yürürlüğe girmesinden sonra belirli bir suç işlemiş olan suçlular için geçerliydi. Bu realite kamuoyu tarafından sert bir şekilde eleştirilmiş ve nihayetinde üçüncü bir kanun değişikliğiyle EKİ'ye ilişkin kanunun geriye etkili olarak uygulanması sonucuna ulaşılmıştır.

Ek olarak, bu üçüncü kanun reformuyla EKİ'nin azami süresi yine önemli ölçüde yükseltilmiştir. EKİ'ye ilişkin kanun 2007 yılında ilk kez meclisten geçtiğinde, EKİ'nin azami süresi 5 yıldır. Bununla birlikte sadece 3 yıl içinde bu azami süre halkın güvenlik ve önleme talepleri nedeniyle arka arkaya yapılan 2 değişiklikle 5 yıldan 10 yıla ve daha sonra 30 yıla çıkarılmıştır¹⁰³. Başka bir artırım da EKİ'nin asgari süresine ilişkindir. Üçüncü kanun değişikliğiyle, 13 yaşından küçük bir kişiye karşı belirli bir suçun işlenmesi halinde bu süre iki katına (1 yıldan 2 yıla) çıkarılmıştır¹⁰⁴.

Üçüncü reformla yapılan bir diğer önemli değişiklik de EKİ'ye karar verme koşullarının kolaylaştırılması bakımından olmuştur¹⁰⁵. İlk olarak § 5 f. 1 no. 1'in içeriği değiştirilmiştir. Kanunun eski hâlinde § 5 f. 1 no. 1'e göre EKİ'ye, sanığın kasıtlı bir cinsel suçtan dolayı ikiden fazla hapis cezasına çarptırılması ve toplam cezanın üç yıldan az olmaması, keza sanığın bu cezayı çektikten veya cezanın infazından serbest bırakıldıktan sonraki beş yıl içinde tekrar cinsel suç işlemesi halinde karar verilebiliyordu. Ancak aynı durum yeni versiyonda, sanığın cinsel suç işlediği için hapis cezasına çarptırıldığı ve bu cezayı çektiği veya cezanın infazından serbest bırakıldığı tarihten itibaren 10 yıl içinde tekrar tekrar cinsel suç işlemesi halinde geçerlidir. Bu ise yeni hâlinde, EKİ'ye karar vermek için ön koşul olarak önceki mahkumiyet sayısının en az iki kereden yalnızca bir kereye düşürüldüğü ve eski versiyondaki toplam 3 yıldan fazla mahkumiyet şartının kaldırıldığı anlamına gelmektedir¹⁰⁶. İkinci olarak § 5 f. 1 no. 4'te belirtilen mağdur küçüğün yaşı 13'ten 16'ya yükseltilmiştir¹⁰⁷. Bu, kanunun yeni versiyonunda § 5 f. 1 no. 4 uyarınca, savcılığın artık 16 yaşından küçük bir kişiye karşı cinsel suç işleyen belirli bir kişinin elektronik izleme cihazı takmasına karar vermek için mahkemeye başvurabileceği anlamına gelmektedir.

Buna ek olarak, kanunun kişisel uygulama alanı bir kez daha genişletilmiştir¹⁰⁸. Bu değişiklik artık (öldürme dahil) cinayeti (Mord) de kapsıyordu. Bunun nedeni polis suç istatistiklerine göre, diğer ciddi suçlara kıyasla yeniden işlenme oranı özellikle yüksek olmamasına rağmen,

¹⁰¹ Olay hakkında ayrıntılı bir rapor için bkz. <http://www.dailian.co.kr/news/view/195083>.

¹⁰² Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 76.

¹⁰³ Karş. Lee (dn. 65), s. 104.

¹⁰⁴ Ibid., 105.

¹⁰⁵ Ibid., 104.

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Ibid.

cinayet suçunun özel ağırlığıdır¹⁰⁹. İlgili hükümler kanunun yeni versiyonunda § 5 f. 3'e eklenmiştir. § 5 f. 3'e göre "Savcılık cinayet veya öldürme suçu işlemiş olan ve cinayet veya öldürme suçlarının tekrarlanma riskinin özellikle yüksek olduğu düşünülen belirli bir kişiye elektronik cihaz takılmasına karar vermesi için mahkemeye başvurabilir. Ancak savcılık, cinayet veya öldürme suçu nedeniyle hapis cezasına veya daha ağır bir cezaya mahkum edilmiş ve daha sonra bu cezayı çekmiş veya cezanın infazından muaf tutulmuş ve ardından bu suçu tekrar işlemiş bir kişi için gözetim altına alma kararı verilmesi konusunda başvuruda bulunmalıdır".

Ayrıca denetimli serbestlik ile ilgili yeni zorunlu yasal hükümlerin yeniden tamamlandığı da göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁰. Kanunda yapılan bu üçüncü değişiklikten önce, EKİ'ye mahkeme tarafından denetimli serbestlik görevlilerinin katılımından bağımsız olarak karar verilebiliyordu. Buna karşı ise şu sert eleştiri yapılmaktaydı: Denetimli serbestlik görevlisi ile sürekli temas yoluyla yoğun denetim ve destek olmaksızın, yeniden suç işlemenin etkili bir şekilde önlenmesi mümkün olmayacaktır¹¹¹. Buna uygun şekilde kanun koyucu, kanunun yeni versiyonunda § 9 f. 3'e, hakkında EKİ kararı verilen tüm suçluların karar süresi boyunca her zaman denetimli serbestliğe tabi tutulmaları gerektiği hususunu eklemiştir.

3.2.3.4. Dördüncü Reform

Dördüncü kanun değişikliği açısından dikkat çekici olan husus, kamuoyunda büyük infial yaratan özel korkunç suçlar açısından yapılmış olmamasıdır¹¹². Arka planda daha ziyade Adalet Bakanlığı'nın EKİ aracılığıyla yeniden suç işlemenin önlenmesinin olumlu etkisine son derece kani olması yer almaktadır¹¹³. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan suç istatistiklerine göre, aynı suçlar için elektronik izlemeye tabi tutulan cinsel suçluların yeniden suç işleme oranı 1.9.2008'den 31.12.2012'ye kadar olan dönemde sadece %2 iken, EKİ uygulamasına başlanmasından önceki beş yıllık dönemde (1.1.2004'ten 31.12.2008'e kadar) cinsel suçluların yeniden suç işleme oranı %14 idi¹¹⁴. EKİ uygulamasının olduğu aynı zaman diliminde cinsel suçlar dışında başka bir suç işlemiş olan cinsel suç faillerinin yeniden suç işleme oranı dahil edilse bile, suç işleme oranı toplamda sadece %2'ye yükselmiştir¹¹⁵. Keza EKİ'nin 2010 yılında uygulanmaya devam etmesinden bu yana cinayet veya öldürme suçları için elektronik ayak kelepçesi takmak zorunda kalanların hiçbirisi Aralık 2012 itibarıyla tekrar suç işlememiştir¹¹⁶. Buna kıyasla EKİ'ye ilişkin kanun yürürlüğe girmeden önceki 5 yıllık dönemde (1.1.2004'ten 31.12.2008'e kadar) cinayet suçlularının yeniden suç işleme oranı %10 idi¹¹⁷. Bu aktüel istatistikle birlikte, her ne kadar birçok akademisyen kısa zaman aralığı ve nispeten az sayıda EKİ uygulaması nedeniyle bu raporun henüz anlamlı bir tahmini resmen temsil edici olamayacağını savunsa da Kore Adalet Bakanlığı kitle iletişim

¹⁰⁹ Karş. Lee (dn. 65), s. 104.

¹¹⁰ Ibid., 105.

¹¹¹ Kim, Hye-Jeong, Das wirksame Aufsichtssystem gegen verbüßte Sexualstraftäter, Korean Criminological Review Vol. 19 No. 2, 2008, s. 163.

¹¹² Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 76.

¹¹³ Karş. Lee (dn. 65), s. 106.

¹¹⁴ Karş. White paper on crime in Korea 2012.

¹¹⁵ Ibid..

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ Ibid.

araçları vasıtasıyla EKİ'nin yeniden suç işlemeyi önlemede çok etkili bir araç olduğunun kanıtlandığı propagandasını yapmıştır¹¹⁸. Bunun sonucunda kamuoyunun EKİ'ye dair umudu ve güveni artmıştır. Bir kamuoyu araştırma enstitüsü tarafından 30-31 Ağustos 2012 tarihleri arasında 19 yaş üstü yaklaşık 1.000 kişi arasında yapılan bir kamuoyu anketi, katılımcıların yaklaşık %90'ının EKİ'nin tehlikeli cinsel suçlulara uygulanmasından yana olduğunu ve hatta katılımcıların %87'sinin EKİ'nin katillerin yanı sıra gaspçılar ve kundakçılara da uygulanmasından yana olduğunu göstermiştir¹¹⁹. Kamuoyundaki bu atmosfere dayanarak Adalet Bakanlığı, 2005-2011 yılları arasındaki polis suç istatistiklerine göre cinayet, çocuk kaçırma veya kundakçılık suçlarına kıyasla yağma suçlarında yeniden suç işleme oranının özellikle yüksek olması nedeniyle, yağma dolayısıyla hüküm giymiş suçluları EKİ kapsamına almaya karar vermiştir¹²⁰. Bu doğrultuda Adalet Bakanlığı, 18.12.2012 tarihinde 19. Parlamento'da başka bir değişiklik yapılmadan kabul edilen ve 19.6.2014 tarihinde yürürlüğe giren yeni bir kanun tasarısı teklif etmiştir. Böylece yağma suçundan mahkum olan kişiler de EKİ uygulamasının kapsamına dahil edilmiştir.

Buna ek olarak dördüncü reformla, üçüncü reformda 13'ten 16'ya yükseltilmiş olan § 5 f. 1 no. 4'te belirtilen mağdur küçüğün yaşı bu kez 19'a yükseltilmiştir. Söz konusu değişiklik kanun koyucunun 19 yaşın altındaki gençlerin cinsel suçlardan korunmasını güçlendirme niyetine uymaktadır¹²¹. Ayrıca § 5 f. 1 no. 5'e bir nokta daha, yani savcılığın sosyal olarak daha zayıf gruplardan insanları korumak amacıyla fiziksel veya zihinsel rahatsızlığı olan bir kişiye karşı cinsel suç işleyen bir kişi açısından EKİ kararı verilmesi için başvurabileceği hususu eklenmiştir¹²².

Son olarak dördüncü değişiklik kanun koyucu, § 21-2 ilâ 8'de cezanın tamamını çektikten sonra uygulanacak denetimli serbestlik tedbiri için yeni hükümler de ihdas etmiştir. Bu suretle kanunun resmi adı da *Belirli Suçluların Elektronik Ortamda Konumlarının İzlenmesi Hakkında Kanun* yerine *Belirli Suçluların Elektronik Ortamda Konumlarının İzlenmesi ve Denetimli Serbestlik Hakkında Kanun* olarak değiştirilmiştir¹²³.

Kore Denetimli Serbestlik Kanunu § 3'e göre, bu tedbire yalnızca mahkeme tarafından hakkında:

- a) Kore Ceza Kanunu § 59-2 uyarınca hükmün açıklanması geri bırakılarak adli tevbih kararı verilen,
- b) Kore Ceza Kanunu § 62-2 uyarınca denetimli serbestlikle tahliye edilen,
- c) Kore Ceza Kanunu § 73-2 uyarınca cezanın kalan kısmının ertelenmesine hükmedilen veya
- d) Kore Çocuk Yargılama Kanunu § 32 f. 1 no. 4 ve 5 uyarınca belirli talimatlara karar verilen bir kişi için karar verilebilir.

¹¹⁸ Karş. Han, Yeong-Su, The effective criminal sanction against the serious violent offenders, Korean Journal of Criminology Vol. 24 No.1, 2013, s. 194.

¹¹⁹ Gallup Report for Sex offense in Korea 4.9.2012.

¹²⁰ Suçların yeniden işlenme oranına dair sonuçlar şöyledir: Yağma (%28), cinsel istismar (%15), çocuk kaçırma (%15), cinayet/öldürme (%10) ve kundakçılık (%7). bkz. White paper on crime in Korea 2012.

¹²¹ Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 80.

¹²² Karş. Lee (dn. 65), s. 107.

¹²³ Ibid., 106.

Bu hükümlere göre, cezasının tamamını çekmiş olan failler için denetimli serbestlik kararı verilmesi açısından hukuki bir imkân bulunmamaktaydı¹²⁴. Dolayısıyla EKİ yalnızca denetimli serbestlikle tahliye veya cezanın kalan kısmının ertelenmesine karar verilen suçlular için bir seçenektir, ancak cezaevinden tahliye edildikten sonra EKİ'ye karar verilen suçlular için bu mümkün değildir.

Kanun koyucu, söz konusu hükümleri yetersiz düzenlemeler olarak değerlendirmiş ve yeniden suç işlemenin daha etkili bir şekilde önlenmesini gerçekleştirmek amacıyla değişiklik yapmıştır. Bunun sonucunda ilk olarak üçüncü reformla denetimli serbestlik tedbirinin EKİ süresince mutlak surette uygulanması gerekliliğini tamamen değiştirmiştir¹²⁵. Kanun koyucu akabinde dördüncü reformla, belirli kişiler, yani bir kez cinsel suç, çocuk kaçırma, cinayet veya yağma suçu işlemiş ve aynı suçlardan yeniden suç işleme riski olduğu düşünülen kişiler açısından EKİ kararı için gerekli koşulları karşılamasalar ve bu nedenle haklarında EKİ kararı verilemese bile, cezanın tamamını çektikten sonra denetimli serbestlik kararı verilebileceğini eklemiştir¹²⁶.

4. Bir Hukuk Politikası Önerisi: Türkiye'de Ne Dikkate Alınmalıdır?

Almanya'da uygulandığı gibi iki izli cezai yaptırım sisteminde, cezalar değişmeden kalmalı ve önleyici hedeflere ancak tedbir hukukunda reform yapılarak ulaşılmalıdır.

Kore'de daha güvenli bir toplum için artan talepler doğrultusunda hem cezalar hem de iyileştirme ve güvenlik tedbirleri sıkılaştırılmıştır. Bu durum, cezai yaptırımların iki izli sisteminin ilkeleriyle çelişmektedir. Dolayısıyla Kore'deki ceza hukuku reformu ağır eleştirilere maruz kalmaktadır.

Türkiye hâlihazırda mükerrirlere ve itiyadi suçlulara yönelik düzenlemeleri kaldırmış ve iyileştirme ve güvenlik tedbirlerini aşırı derecede genişletmemiştir. Bu, ceza politikası açısından doğru bir yönü temsil etmektedir. Kore'de olduğu gibi, üzerinde enine boyuna tartışmadan cezaları sertleştirmek iyi olmayacaktır.

Türk ceza hukuku şu an tehlikeli suçlular açısından elektronik izlemeyi öngörmemektedir. Ancak teknolojik ilerlemeyle, elektronik izleme için çok yönlü kullanım olanakları ortaya çıkmaktadır. Aşırı bir kullanım gerekli olmamakla birlikte elektronik izleme, önleme amaçlı gözetim altında tutulan kişilerin kontrol ve takibinin bir aracı olarak dikkate alınmalıdır. Adalet Bakanlığı istatistikleri, elektronik izlemenin bugüne kadar yeniden suç işleme oranlarını azaltmada önemli bir etkisi olduğunu göstermektedir. Somut olarak elektronik izleme uygulamaya konmadan önce, cinsel suçlular için yeniden suç işleme oranı 2003-2007 yılları arasında ortalama %14,1 idi. Elektronik izleme uygulamasının başladığı 2008 yılından bu yana, ortalama yeniden suç işleme oranı 2023 yılına kadar %1,6'ya düşmüştür¹²⁷. Bu da cinsel suçlular için yeniden suç işleme oranının yaklaşık dokuz kat azaldığı anlamına

¹²⁴ Karş. Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 79-80.

¹²⁵ Karş. Han/Kang/Lee (dn. 87), s. 78.

¹²⁶ Karş. Lee (dn. 65), s. 106.

¹²⁷ <https://www.moj.go.kr/moj/169/subview.do>.

gelmektedir. Öldürme ve yağma suçlarında da yeniden suç işleme oranı sırasıyla %4,9'dan %0,03'e ve %14,9'dan %0,19'a düşmüştür¹²⁸.

Ayrıca bu teknolojinin belirli cezaların yerini alması da mantıklı olacaktır. Kore'de elektronik izleme zaman içerisinde kefaletle serbest bırakılmanın bir koşulu olarak da değerlendirilmektedir ki bu da aynı şekilde mantıklı bir tedbirdir. Elektronik izlemenin bu çok yönlü kullanım olanakları Türk ceza hukuku reformuna da katkıda bulunabilir.

¹²⁸ <https://www.moj.go.kr/moj/169/subview.do>.

Kaynaklar / References

- Albrecht, Hans-Jörg. "Strafrecht, Sicherheit und Sicherungsverwahrung: Internationale Entwicklungen." In *Sicherungsverwahrung – wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung. Was folgt nach dem Bundesverfassungsgerichtsurteil vom 04. 05. 2011?*, edited by Müller, Nedopil, and Saimhe, 185. 2012.
- Butcher, James N., Susan Mineka, and Jill M. Hooley. *Klinische Psychologie*. 13th ed. 2009.
- Chen, Elsa Y. "Impacts of 'Three Strikes and You're Out' on Crime Trends in California and Throughout the United States." *Contemporary Criminal Justice* 24, no. 4 (2008): 345.
- Cho, Youn-Oh, Analysis of the Automated Voiceprint Recognition Curfew for Juvenile Probationers in Korea, *Kriminalpolitik* Vol. 21 No. 1, 2009.
- Chong, Hyon-Mi, Sexual crime prevention and electronic monitoring: a study on the act of electronic device attachment for tracking location of specific crime offenders, *Korean Journal of Criminology* Vol. 21 No 1, 2009.
- Eser, Albin. "Zur Entwicklung von Maßregeln der Besserung und Sicherung als zweite Spur im Strafrecht." 2001.
- Gaenslen, Rüdiger. *Die Behandlung rückfallgefährdeter Sexualstraftäter: Forschung und Gesetzgebung in Deutschland, USA und den Niederlanden*. Tübinger Schriften und Materialien zur Kriminologie. 2005.
- Gallup Report for Sex offense in Korea
- Hacker, Frederick J., and Marcel Frym. "The Sexual Psychopath Act in Practise: A Critical Discussion." *California Law Review* 43 (1955): 770.
- Han, Yeong-Su, Entstehung und Entwicklung des Gesetzes über die koreanische Bewährungshilfe, *Korean Probation & Parole Academy* Vol. 9 No. 1, 2009.
- Han, Yeong-Su, The effective criminal sanction against the serious violent offenders, *Korean Journal of Criminology* Vol. 24 No.1, 2013.
- Han, Yeong-Su/Kang, Ho-Seong/Lee, Hung-Seob, Die elektronische Überwachung in Korea, Pakyoungsa, 2013.
- Kim, Hye-Jeong, Das wirksame Aufsichtssystem gegen verbüßte Sexualstraftäter, *Korean Criminological Review* Vol. 19 No. 2, 2008.
- Kim, Hye-Jeong, Überlegung für Maßnahme über Sexualdelikte, *Journal of Law* Vol. 20 No. 1, 2013.
- Kim, Hye-Jeong, Überprüfung über die Anwendungsmöglichkeit der elektronischen Überwachung, *Kriminalpolitik* Vol. 12 No. 2, 2000, S. 107 ff.
- Kim, Hye-Jeong, Übertragbarkeit bzw. Anwendbarkeit der elektronischen Überwachung in Korea, *Koreanisches Institut für Kriminologie*, 2000.
- Kim, Il-Su, A Study on Electronic Supervision for Criminals, *Korean Probation & Parole Academy* No. 5, 2005.
- Kim, Il-Su, Wiederbelebung und Einführung der Sicherungsverwahrung ins KStGB, *Legal Research Institute of Korea University* No. 58, 2010.
- Kim, Ji-Su/Kim, Min-Gon/Lee, Jeong-Cheol/Heo, Man-Hyeong, The Analysis of the Policy Formation Process of the Electronic Device Attachment System to Sexual Offenders against Children by Multiple Streams Model, *Korean Policy Studies Review* Vol. 21 No. 1, 2012.

- Korea Legislation Research Institute, Einführung in das koreanische Recht, 2010.
- Koreanische Justizministerium, Bericht über die elektronische Überwachung in England.
- La Fond, John Q. "Washington's Sexually Violent Predator Law: A Deliberate Misuse of the Therapeutic State for Social Control." *University of Puget Sound Law Review* 15 (1992): 661.
- Lee, Ho-Joong, Social Security and Criminal Law, *Journal of Criminal Law* Vol. 25 No. 3, 2013.
- Lee, Hung-Seob, The Review of 5 years' evolution and proposals for future development of GPS Tracking System in South Korea, *Korean Probation & Parole Academy* Vol. 13 No.1, 2013.
- Lee, Soo-Jung/Kim, Kyong-Ok, Correct Understanding on Recidivism Rate of Sex Offences and Searching for the Preventive Strategies of Recidivism, *Korean Journal of Social and Personality Psychology* Vol. 19 No. 3, 2005.
- Lieb, Roxanne, and Scott Matson. *Sexual Predator Commitment Laws in the United States*. Washington State Institute for Public Policy, 1998. <http://www.wa.gov/wsipp>.
- Park, Sang-Min, Die strafrechtliche Behandlung gefährlicher Straftäter: Ein deutsch-koreanischer Vergleich. Göttingen Studien zu den Kriminalwissenschaften Band 29, 2015.
- Park, Seong-Su, A Study on Introduction to Electronic Monitoring for the Probationer – focused on curfew and home detention, *Journal of Korean Association of Public Safety and Criminal Justice* Vol. 15 No. 4, 2006.
- Pfister, Wolfgang. "Die Maßregel der Sicherungsverwahrung - Gesetzliche Entwicklungen und Stand der Rechtsprechung." In *Sicherungsverwahrung - wissenschaftliche Basis und Positionsbestimmung*, edited by Müller, Nedopil, Saimeh, Habermeyer, and Falkai, 3–14. 2012.
- Protokolle des Rechtsausschusses der koreanischen Nationalversammlung. (Kore Millet Meclisi Hukuk Komisyonu Tutanakları)
- Sample, Lisa L., and Mary K. Evans. "Sex Offender Registration and Community Notification." In *Sex Offender Laws: Failed Policies, New Directions*, edited by Richard G. Wright, 43–64. New York: Springer Publishing Company, 2009.
- Silverman, Emily. "United States of America." In *Wegsperren? Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche Täter*, 365–428. 2011.
- Sitzungsprotokoll der koreanischen Nationalversammlung. (Kore Millet Meclisi Oturum Tutanağı)
- Tyler, Tom R., and Robert J. Boeckmann. "Three Strikes and You Are Out, but Why?" *Law & Society Review* 31, no. 2 (1997): 237–65.
- White paper on crime in Korea 2012.
- Yoon, Yeong-Cheol, Ein kritischer Beitrag zum elektronischen Überwachungssystem in Korea, *Korean Criminological Review* Vol. 19 No. 3, 2008.
- Zusatzantrag des Justizministeriums hinsichtlich des Gesetzes über die elektronische Überwachung § 22 Abs. 1, 5.12.2006. (Adalet Bakanlığı'nın Elektronik İzleme Kanununa İlişkin Ek Önergesi)

Yazar Hakkında / About the Author

Dr. Jinhwan CHANG | Korean Institute of Criminology and Justice

Dr. Jinhwan Chang, Kore Kriminoloji ve Adalet Enstitüsü'nde (KICJ) araştırma görevlisi olarak çalışmakta olup ceza hukuku ve suç politikası konularında uzmanlaşmıştır. Kore Üniversitesinde Alman edebiyatı ve hukuk bölümlerini bitiren Chang, ceza hukuku alanında doktora çalışmalarını Freiburg Üniversitesinde (Almanya) tamamlamıştır. Dr. Chang daha önce Max Planck Yabancı ve Uluslararası Ceza Hukuku Enstitüsünde misafir araştırmacı olarak çalışmış ve burada karşılaştırmalı ceza adaleti üzerine odaklanmıştır. Yazar ayrıca Kore Üniversitesi, Dankook Üniversitesi ve başka kurumlarda ceza hukuku ve hukuk teorisi dersleri vermiştir. Yazarın son araştırması Güney Kore'deki ceza reformlarını (özellikle önleme amaçlı gözetim altında tutma tedbirinden elektronik izlemeye geçiş) ve bunun Türkiye'deki ceza adaleti reformuyla potansiyel ilgisini incelemektedir. Bu çalışma kanıta dayalı ve insancıl ceza politikası konusunda uluslararası diyalogu teşvik etmeyi amaçlamaktadır.

Dr. Jinhwan CHANG | Korean Institute of Criminology and Justice

Dr. Jinhwan Chang is a Research Fellow at the Korea Institute of Criminology and Justice (KICJ), specializing in criminal law and penal policy. He holds degrees in German literature and law from Korea University and completed his doctoral studies in criminal law at the University of Freiburg, Germany. Dr. Chang previously worked as a visiting researcher at the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, where he focused on comparative criminal justice. He has also taught criminal law and legal theory at Korea University, Dankook University, and other institutions. His recent research explores South Korea's penal reforms—particularly the shift from preventive detention to electronic monitoring—and its potential relevance to criminal justice reform in Turkey. His work aims to foster international dialogue on evidence-based and humane criminal policy.

CEZA HUKUKUNDAN ÖNLEYİCİ GÜVENLİK MİMARİSİNE RİSK TOPLUMUNDA TEHLİKENİN ÖNLENMESİNİN GELİŞİMİ

Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Ankara Medipol Üniversitesi

Özet

Risk toplumu bağlamında ceza hukukunun bazı temel ilkelerinin yeniden düşünülmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Günümüzde ceza hukuku, yalnızca cezalandırma işleviyle sınırlı kalmamakta; aynı zamanda tehlikenin ve suçun önlenmesini de temel amaçlarından biri olarak benimsemektedir. Bu gelişme, ceza hukukunu daha geniş ve küresel bir güvenlik mimarisinin parçası hâline getirmiştir. Almanya örneğinde görüldüğü üzere, cezaların hafifletilmesi ve diversiyonun yaygınlaştırılması gibi eğilimlerin yanı sıra, önleyici güvenlik uygulamaları da ön plana çıkmıştır. Ancak bu dönüşüm, soyut tehlike gerekçesiyle uygulanan polis yaptırımlarının genişlemesi sonucu normatif güvenlik alanını daraltmakta ve hukuki kesinliği tehdit eder hale gelmektedir. Ceza Hukuku artık spekülatif siyasi iklimlerden etkilenebilecek ve keyfiliğe maruz kalabilecek bir noktaya sürüklenmektedir. Bu noktada, ceza hukuku ile güvenlik hukuku arasındaki sınırların bulanıklaştığı görülmektedir. Bu sorunun çözümü bakımından yapılması gereken ise geleneksel ceza hukuku perspektifine bağlı kalınmaksızın, anayasal ve insan haklarına dayanan kapsamlı bir güvenlik hukuku anlayışının geliştirilmesidir.

Anahtar Kelimeler

Risk Toplumu, Suçun Önlenmesi, Önleyici Ceza Hukuku, Güvenlik Hukuku, Polisiye Yaptırımlar

FROM CRİMİNAL LAW TO THE NEW PREVENTİVE SECURITY ARCHİTECTURE – THE DEVELOPMENT OF DANGER PREVENTİON İN THE RİSK SOCIETY

Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU
Ankara Medipol University

Abstract

In the context of the risk society, it has become a necessity to reconsider some of the basic principles of criminal law. Today, criminal law is not only limited to its punitive function, but also adopts the prevention of danger and crime as one of its main objectives. This development has made criminal law part of a broader and global security architecture. As seen in the case of Germany, preventive security practices have come to the forefront alongside trends such as mitigation of penalties and diversion. However, this transformation narrows the field of normative security and threatens legal certainty as a result of the expansion of police sanctions on the grounds of abstract danger. Criminal law is now being led to a point where it can be affected by speculative political climates and subject to arbitrariness. At this point, the lines between criminal law and security law have become blurred. In order to solve this problem, it is necessary to develop a comprehensive and constitutional understanding of security law based on human rights without being dependent on the traditional criminal law perspective.

Keywords

Risk Society, Prevention of Crime, Preventive Criminal Law, Safety Law, Policing Sanctions

1. Giriş

Bugün için, ceza hukukunun işlevindeki, sınırların kaldırılması ve ceza hukukunun önceki sınırlarının ötesine genişletilmesinden oluşan özel birtakım değişikliklerle karşı karşıyayız. Bu değişim, ceza hukukunun önleme ve güvenliğe güçlü bir şekilde odaklanması ve suçun işlenmesinin önlenmesi ve suç şüphesi anında müdahale edilmesi düşüncesinin gelişimiyle karakterize edilmektedir. Aynı zamanda ceza hukukunun bu şekilde esnekleştirilmesinin cezai yaptırımlar sistemi üzerinde de çok ciddi etkileri bulunmaktadır.

2. Risk Toplumu Düşüncesi

Ceza hukukundaki güncel değişiklikleri anlamamanın anahtarı risk toplumu kavramında yatmaktadır. Sınıflı toplumun "*Ben açım!*" sloganı sanayi toplumunda ortaya çıktı. Beck'e göre bu slogan artık bunu güncel olarak görmüyordu. Bugün için temel slogan, içinde bulunduğumuz çağda risk hesaplanmadığı ve önlenemediği için "*Korkuyorum!*" olmaktadır¹.

Açlık korkusu üzerine ideolojiler ve buna bağlı hukuk sistemleri ortaya çıkmıştır. Korkunun modern toplumlarda temel düstur haline gelmesi, bazı yeni hukuk biçimlerinin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. 20. yüzyılın sonuna kadar risk kavramı bilim adamları ve sigortacılar tarafından kullanıldı. Alman sosyolog Ulrich Beck'in 1988 tarihli "*Risk Toplumu*" adlı kitabı, temel bir sosyolojik kavram olarak risk kavramını yeniden gündeme getirerek sosyoloji, siyaset ve hukuk gibi alanlarda yeni tartışmaların fitilini ateşledi. Beck'e göre modernleşme, toplumları önceki yüzyıllarda karşılaşmadıkları sorunlarla karşı karşıya bırakmış ve bu temelde içinde yaşadığımız toplumu "risk toplumu" olarak tanımlamıştır.

Beck'e göre risk toplumu artık "iyi" bir şeyi başarmak değil, toplumumuzda yayılmaya başlayan "en kötüyü" önleme amacını edinmiştir. Toplumdaki bu yeni riskler insanların kendilerine ve doğaya nasıl davrandıklarına bağlı olarak ortaya çıkmaktadır.² Bu tür "geç-endüstriyel" büyük tehlikeler, risklerin hesaplanmış değişkenler olarak kolektif bir karar temelinde alınması, ancak kendilerini bireye kaçınılmaz tehlikeler olarak sunmaları ile karakterize edilir. Birey bunlara karşı çaresizdir.

Dolayısıyla, muazzam boyutlardaki nesnel tehlikeye, başkalarının insafına kalmış olma hissi eşlik etmekte ve bu korku da yeni toplumsal sorunlar yaratmaktadır.³ Korkuların kendi başlarına hayatta kalmaları, yani nesnel olarak tehlikenin artmadığı durumlarda bile ortaya çıkabilmeleri bu durumu daha da karmaşık hale getirmektedir⁴.

Risk toplumu, toplumumuzu karakterize eden bir terimdir ve bu terimin yorumlanmasının sonucunda, ceza hukukunda süregelen değişiklikleri anlamamanın anahtarı elde edilebilir. Bu toplumsal değişikliklerin bir sonucu olarak, ceza hukuku da her geçen gün tehlikeler ve öznel belirsizliklerle başa çıkmaya daha çok odaklanmaktadır.

¹ Ulrich Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine anderer Moderne* (Frankfurt: Suhrkamp, 1986), 71 vd.

² Seung-Hee Hong, "Flexibilisierungstendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht" (Doktora tezi, Universität Konstanz, 2002), 40 vd.

³ Kurt Seelman, "Risikostrafrecht: Die Risikogesellschaft und ihre symbolische Gesetzgebung im Umwelt- und Betäubungsmittelstrafrecht", *KritV* 75, sy. 4 (1992): 453 vd.

⁴ Cornelius Prittwitz, *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft* (Frankfurt: Vittorio Klostermann, 1993), 23 vd.

3. Risk Toplumu Düşüncesinin Ceza Hukukuna Etkisi-Ceza Hukukunda Yumuşama

Risk toplumunun, tehlikeleri inkâr edemeyeceği yerde belirsizliği en aza indirmeye ihtiyacı olduğu açıktır. Bu ihtiyaç, somut tehlikelerin ortaya çıkmasının, ceza hukukunun yardımıyla çok erken bir aşamada durdurulması eğiliminde kendini göstermektedir. Buradaki amaç artık tabii ki somut bir tehlikenin gerçekleşmesine izin vermek değil, tehlike oluşturabilecek eylemleri önceden engellemektir⁵. Ceza hukukunda, tehlikeli olduğu iddia edilen davranış ile somut tehlike veya zarar arasında genellikle kanıtlanamayan nedensellik bağına ilişkin temel sorun, özel zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Nihayetinde, ceza hukukuna genellikle bu nedenselliği gerektiren neticeli suçlar hakimdir. *In dubio pro reo* ilkesi nedeniyle, bu durum birçok kez cezalandırmama sonucuna yol açmaktadır.

Bu çerçevede, ceza hukuku yeni belirsiz risklerle başa çıkmak için uygun görünmemektedir. Talidomid, ahşap koruyucu ve deri spreyi davaları gibi son yıllarda yaşanan büyük ürün skandalları, ceza hukuku kapsamında yeterince ele alınamamıştır. Bu nedenle Beck, modern risklerle etkin bir şekilde mücadele etmek için ceza hukukunda bir değişikliğe gidilmesinin kaçınılmaz olduğuna inanmaktadır.⁶

Beck'e göre, ceza hukuku daha etkili ve kapsamlı hale getirilmeli ve nedensellik ilkesiyle sınırlandırılmaktan vazgeçilmelidir⁷.

Özellikle Frankfurt Okulu ve Frankfurt'taki ceza hukuku meslektaşları ve öğrencileri bu talebe şiddetle karşı çıkmışlardır. Beck'in risk toplumunda değişen sosyal, ekonomik, teknik ve bilimsel duruma bir tepki olarak ceza hukukunun gelişimi ve yapısal değişimi düşüncesi bu çevreler tarafından "risk ceza hukuku" başlığı altında eleştirilmektedir.

Hassemer, risk toplumunun sorunlarına çok esnek tepki verilmemesi konusunda uyarıda bulunmaktadır. O, ceza hukukunun mevcut gelişiminde iki ana eğilim olduğuna inanmaktadır.

Bir yandan, ceza hukuku giderek ceza politikasının bir aracı haline gelmektedir; burada ceza hukukunun "işlevselleştirilmesinden" söz etmektedir. Hassemer'in bahsettiği ikinci eğilim ise ceza hukukunun "de-formalizasyonu"dur. Bununla "anayasal ceza hukuku gelenekleri tarafından dikilen ve siyasi hedeflerin takip edilmesini engelleyebilecek engellerin kaldırılması veya azaltılmasını" kastetmektedir. Belirlilik İlkesi, kıyas yasağı, usul hukukunda yasallık, hukuki menfaate odaklanma ve müdahalenin sınırı olarak kusur ilkesi gibi anayasal ceza hukukuna ilişkin önemli ilkeler giderek daha fazla sulandırılmaktadır. Modern ceza hukuku artık, modern toplumda cezayı daha esnek, daha basit ve dolayısıyla daha keyfi bir şekilde kullanabilmek için geleneksel dogmatik referanslardan koparılmaktadır. Sonuç olarak ceza, suç politikasının bir aracı haline gelmekte ve yalnızca güvenlik başarısı açısından işlevselleştirilmektedir. Böylece ceza hukuku, sapkın davranışların kapsamlı bir şekilde cezalandırılması lehine biçimsel olmaktan çıkarılmaktadır. "Çevresel, ekonomik, bilgi işlem, uyuşturucu, vergi, dış ticaret ve hatta organize suçlar" gibi geleneksel ceza hukukunda suç

⁵ Seelman, "Risikostrafrecht", 453 vd.

⁶ Aynı şekilde Günter Stratenwerth, "Das Strafrecht in der Kriese der Industriegesellschaft", *Energie und Umwelt: das Magazin der Schweizerischen Energie-Stiftung SES* 2, sy. 94 (1998): 15 vd.

⁷ Katharina Reus, *Das Recht in der Risikogesellschaft* (Berlin: Dunker&Humbolt, 2010), 71 vd.

kapsamına girmeyen yeni sorun alanları kanun koyucular tarafından ele alınmaktadır ⁸. Frankfurt Okulu'na göre soyut tehlike suçu, yasa koyucuların ceza hukukunu daha esnek hale getirmeleri için önemli bir araçtır. ⁹ Bu bağlamda, “modern” odaklanmanın, hukuki menfaatin ihlalinden, muhtemelen tehlikeli olan eyleme doğru kayması eleştirilmektedir. Ancak “risk ceza hukukunda”, soyut tehlike suçlarına giderek daha fazla başvurulmaktadır. Dahası, bu suçlar genellikle bireysel hukuki konulardan ziyade evrensel hukuki konuları korumaktadır. Bu durum, cezai sorumluluğun sistemsiz bir şekilde ilerlemesi ve genişlemesine yol açmaktadır.

“Klasik” ceza hukuku, böylesine çekirdek bir yapısı, belirsiz etkileri ve net olmayan nedensellik ilişkileri olan modern riskleri kapsayamayacağından, ceza hukuku genel olarak bu alandan çekilmelidir. ¹⁰

Klasik neticeli suçlar yapısı itibarıyla, bilinmeyen ve henüz tam olarak araştırılmamış modern (kitlese) tehlikeler alanında normları istikrara kavuşturmak için uygun değildir. Bu durumun farkında olan yasa koyucular son on yıllardaki sosyal değişikliklere, özellikle özel ceza yasalarında ve riskle ilgili temel ceza hukukunda (örgütlü suçlar ve çevre ceza hukuku) giderek daha fazla soyut tehlikeli suç tipleri oluşturarak yanıt vermiştir.

Cezai sorumluluktaki boşluklar neticeli suçların yapısından kaynaklanmaktadır. Bu ceza hukuku kapsamında yeni risklerle başa çıkmada nedensellik sorunlarından kaçınmanın ve böylece modern yaşam ortamlarında güvenliğe ceza hukuku kapsamında katkıda bulunmanın etkili bir yoludur. Bu nedenle soyut tehlike suçu, modern ceza hukuku gelişiminin karakteristik suç biçimidir ¹¹. Günümüzde modern ceza hukuku artık sadece hukuki menfaatlerin ihlalinin önlenmesiyle değil, aynı zamanda giderek artan bir şekilde hukuki menfaatlere yönelik risklerin veya tehditlerin önlenmesiyle de ilgilenmektedir. Bu durum, “kamu sağlığı”, “trafik güvenliği”, “doğal çevre” vb. gibi büyük ölçüde daha az somutlaştırılmış soyut hukuki menfaatlerin gelişimiyle el ele gitmektedir. Hukuki menfaatlerin korunması öne çekilmiştir ve öne çekme tekniği, somut ve hatta sadece soyut tehlikeler için ceza tehdidinden oluşmaktadır. Ceza hukukundaki bu gelişme, modern ceza hukukunun netice ceza hukukundan bir risk ceza hukukuna dönüştüğü gözlemine karşılık gelmektedir. Bu, bir saldırıya işaret etmekte ve modern önleyici ceza hukukunun kendisinin belirli bir risk potansiyeli ile ilişkili olduğunu göstermektedir. Zira risk ve tehlikelere yönelim, klasik ceza hukukunun aksine, artık kolayca kontrol edilebilir ve görünmeyen ceza hukukunun genişlemesi için azımsanmayacak bir potansiyel içermektedir ¹².

⁸ Reus, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, 72 vd.

⁹ Eric Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"* (Berlin: Dunker&Humbolt, 1993), 44 vd.

¹⁰ “Modern ürün risklerinin ele alınmasında ceza hukuku koruması, yaralanmaya sebebiyet verme suçu söz konusu olduğunda anayasaya uygun bir şekilde - ya riskin ağırlaştırılması doktrininin yaydığı gibi suçun lafzını aşırı genişleterek - ya da delillerin serbest adli değerlendirmesi yoluyla sağlanamaz. Nedensellik ilişkisi bilinmiyorsa, suçun sonucunun nedenselliği gerekçelendirilemeyeceğinden, bir yaralama sonucunu içeren bir suç için mahkumiyet kararı verilmeyebilir. Bu, nullum crimen ilkesinin bir sonucudur.” Reus, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, 72 vd.

¹¹ Reus, *Das Recht in der Risikogesellschaft*, 113 vd.

¹² Hans-Jörg Albrecht, “Strafe und Prävention. Eine Herausforderung für Rechtswissenschaft und Justiz”, *Diskurs* 5, sy. 1 (1995): 15 vd.

Ceza hukuku sınırların ortadan kalkması ve ceza hukukunun önceki sınırlarının ötesine genişlemesi, ceza hukukunun önleme ve güvenliğe daha fazla odaklanması ve bunun sonucunda bir suçun işlenmesine ve suç şüphesi durumunda müdahale edilmesi yetkisiyle karakterize edilmektedir. Maddi hukuktaki bu esnekleşmenin bir örneği, karmaşık fail yapılarının risklerine ve özellikle de organize fail grupları tarafından cezai suçların işlenmesinde bir işbölümünün tespit edilmesine karşılık olarak cezai sorumluluğun değiştirilmesidir. Özellikle organize suçlar ve terörizmle ilgili olarak, dünya çapında örgütsel suçlar (özellikle suç ve terör örgütlerine destek), komplo suçları (“conspiracy”), özel isnat figürleri (“joint criminal enterprise”, “vicarious liability” ve “strict liability” gibi) oluşturulacaktır. Usul hukukunda bunlar, bir suç şüphesinden önceki önleyici tedbirlerdir, örneğin gizli bilgi teknolojisi müdahalesi ve vatandaşların konuşmalarını, bilgisayar verilerini, nerede olduklarını ve hesaplarını tespit eden gözetim tedbirleri. Bu durum, önleyici tutuklama nedenlerinde ve güvenlik tedbirlerinde, özellikle de önleyici tutuklamaya ilişkin kapsamının genişletilmesinde halihazırda açıkça görülen ceza hukukunun doğrudan önleyici kullanımına yönelik eğilimi artırmaktadır. Buna ek olarak, ceza muhakemesi hukukunda güvenceler ve koruma biçimlerinde bir azalma görülmektedir. Birçok yabancı hukuk sisteminde bu, şüphelilerin polis tarafından uzun süre gözaltında tutulması (genellikle önleyici amaçlara da hizmet eder) veya kanıt elde etmenin kolaylaştırılması (genellikle maddi ceza hukukunun genişletilmesiyle elde edilir) için yeni olanaklar içerir¹³.

4. Önleyici Ceza Hukukunda Ceza Yaptırımlarının Krizi

Yüzyıllar boyunca ceza adaleti sistemleri basit bir mekanizmaya dayanmıştır. Haksızlık genel ve soyut bir ceza ile tehdit altına alınmaktadır ve buna daha sonradan formel bir yargılamayla tepki verilmektedir¹⁴. Geçtiğimiz yüzyılda Almanya’da ceza politikasının gelişimine en önemli katkılardan biri filozof Arno Plack tarafından yapılmıştır¹⁵. “Ceza Hukukunun Kaldırılması İçin Savunma” adlı eserinde, açıkça ceza hukukunun kaldırılmasını savunmuştur. Bu hiç şüphesiz ki, 1960’ların ve 1970’lerin ruh haliyle örtüşen bir argümandı çünkü, birçok akademik çevrede suçlular baskıcı ve adaletsiz bir burjuva toplumunun kurbanları olarak görülüyordu, bu nedenle suçluluk kusur odaklı cezalar modası geçmiş görülerek reddediliyordu¹⁶. Bunu yaparken, ceza hukukunda giderek yaygınlaşan, işlenen bir suçun kefareti olarak ceza vermenin artık çağa uygun olmadığı ve devletin cezai yaptırımlarının meşru, rasyonel ve doğrulanabilir hedeflere hizmet etmesi gereken aydınlanmaya dayanan anayasal devlet anlayışıyla bağdaşmadığı görüşünü özetlemiştir. Eğer bir devlet yaptırımının uygulanması gerekiyorsa, bu ancak gelecek için iyi bir şey yaratması halinde haklı görülebilirdi¹⁷. Teknik anlamda cezanın amacı ve hedefi olarak önleme fikri, o

¹³ Ulrich Sieber, “Grenzen des Strafrechts”, *ZStW* 119, sy. 1 (2007): 27 vd.

¹⁴ Karl-Ludwig Kunz, “Das neue Strafrecht”, *KritV* 3, (2020): 247 vd.

¹⁵ Arno Plack, *Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts* (München: List, 1989).

¹⁶ Forster, özellikle Almanya’da, 1930’lar ve 1940’lardaki deneyimlerden sonra, devletin baskı aygıtına karşı da belirgin bir güvensizlik olduğunu açıklamaktadır. Bu nedenle, ağır suçlular için pratikte sadece tedaviye dayalı “sosyal terapi” kullanılacaktı. Marc Forster, “Kriminalpolitik und Kriminalpraxis vor alten und neuen Herausforderungen, Back to the Future or Forward to the Past? Perspektivenwechsel im Strafrecht zwischen Repressionserwartungen, Cybercrime, Kriminalisierung der Alltags sexualität, Verhüllungsverboten und Corona”, *Tagungsband SAK* 39, (2022): 4

¹⁷ Michael Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen: Neue Sanktionspraktiken im präventiven Sicherheitsrecht”, *Kritische Justiz* 47, sy. 3 (2014): 237 vd.

zamandan beri cezanın amacına ilişkin Alman ceza hukuku tartışmalarının gelişimine hakim olmuştur. Albrecht'e göre, 19. yüzyılın liberal devletinden 20. yüzyılın sosyal ve refah devletine geçişle birlikte, ceza hukukunun temel yaklaşımı da baskıcı kontrol fikrinden "önleyici-biçimlendirici kontrol modeline" dönüşmüştür.¹⁸

Ancak ceza hukukundaki kriz, önlemeye odaklanılmasıyla çözülmemiştir bilakis tam tersine sonuçlar oluşturmıştır. Hem ampirik hem de teorik açıdan, bu durum başka sorunlara yol açmıştır ve açmaktadır. Zaman içinde, yaptırım araştırmalarından elde edilen ampirik kanıtlar, ceza hukukunun özel önleme vaadini yerine getiremeyeceğinin farkına varılmasına yol açmıştır. Bu durum, ceza hukuku kapsamındaki temel cezalar hakkında yazan Peter-Alexis Albrecht tarafından şu şekilde özetlenmiştir: "*Ampirik bulgulara göre cezalar, en iyi ihtimalle etkisiz, en kötü ihtimalle de ters bir etki yarattığı varsayılabilir. Bu iddia her şeyden önce özellikle hapis cezaları için geçerlidir.*"¹⁹ Teorik açıdan ise, önleme hedefinin potansiyel olarak sınırsız kapsamı nedeniyle bir "Pandora'nın kutusu"na dönüşebileceğine dair korkular giderek artıyordu. Örneğin Erhard Denninger, 1988 gibi erken bir tarihte hukuki kesinliğin azalacağı ve "önleyici devlette" hukukun görevlerinin sınırsız bir şekilde artacağı konusunda uyarıda bulunmuştu²⁰. Ceza hukuku literatürü, geleneksel bastırıcı ceza hukukuna giderek daha fazla önleyici görevler verildiğine ve giderek daha "etkili" yasal rejimler tarafından desteklendiğine işaret etmektedir.

Bunun nedenleri şunlardır

- (1) nesnel değişiklikler, özellikle de terörizm, organize suçlar ve siber suçlar gibi karmaşık suç türlerinin yarattığı tehdit,
- (2) nüfusun artan suç korkusu ve
- (3) ortaya çıkan güvensizlik hissinin, özellikle de aşırılık yanlısı partiler tarafından siyaseten araçsallaştırılması²¹.

Sonuç olarak, ceza politikasına artık klasik kusur ve ceza meselesi değil, risk ve güvenlik gibi kavramlar hakimdir. Ancak riskler modern toplumda her yerde mevcut olduğundan, tahminler her zaman belirsizlikle dolu olduğundan ve tam bir güvenlik imkânsız olduğundan, yeni "güvenlik dogması"²² sonsuz önleme ve müdahale tehlikesini barındırmaktadır. Önemli ve karmaşık suçlar alanlarında, ceza hukukunun kendisi sadece bastırıcı bir araçtan güçlü bir önleyici araca dönüşmekle kalmıyor, aynı zamanda, büyük ölçüde fark edilmeden, polis hukuku, gizli servis hukuku, sıkıyönetim hukuku ve diğer idari ceza hukuku ve özel hukuk rejimleri ile birleştiği yeni bir güvenlik mimarisinin parçası haline

¹⁸ Peter-Alexis Albrecht, 1988 yılında düzenlenen "Daha fazla sosyal çatışma - daha fazla mı yoksa daha az mı ceza hukuku?" konulu 12. Ceza Savunma Avukatları Konferansı'nda "Liberal anayasal devletten sosyal müdahale devletine giden yolda ceza hukuku - maddi ceza hukukundaki gelişme eğilimleri" başlıklı açılış konuşmasını yaptı.": Hilgendorf, *Strafrechtliche Produzentenhaftung*, 40.

¹⁹ Jasch, "Schwerpunkt Sanktionen", 240 vd.

²⁰ Jasch, "Schwerpunkt Sanktionen", 237 vd.

²¹ Benzer görş bkz Monika Frommel, "40 Jahre Strafrechtsreform", *NK* 4, (2008): 133 vd.

²² "Modern çoğulculukta" yeni entegrasyon mekanizması olarak korku ve güvenliğin siyasallaşması üzerine " Michael Kubink, "Strafen und ihre Alternativen im zeitlichen Wandel", *Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften* 37, (2002): 531.

geliyor²³. Ceza ve polis hukukunda özgürlüğe ciddi bir tehdit olarak algılanan hemen hemen tüm değişiklikler, artık “suçun önlenmesi gibi kutsal bir amaca” hizmet ettikleri iddiasıyla meşrulaştırılmaktadır. Ancak bu bağlamda genellikle göz ardı edilen şey, kontrol araçlarının polis hukuku alanına ne ölçüde taşındığıdır.

5. Tehlikenin Önlenmesi Düşüncesinin Genişleyerek Dönüşümü

5.1. Ceza Adaleti ve Polis Vasıtasıyla Tehlikenin Önlenmesi-Genel Olarak

Tehlikeyi önlemenin (suçların önlenmesi dahil) polisin sorumluluğunda olduğu görüşü yaygındır. Ceza mahkemelerinin de önleme ve dolayısıyla daha geniş anlamda tehlikenin önlenmesinden sorumlu olduğunun farkına varılması daha az yaygın bir görüştür. Cezalandırma ve bunun tali sonuçları genel ve özel önleyici bir işleve sahiptir ve bu nedenle bazı polisiye tedbirler gibi suçların önlenmesine hizmet eder. Aydınlanma döneminde, 18. ve 19. yüzyılın başlarında, kimi suçlardan hareketle (normal ceza yargılamalarına eşlik eden) özel bir güvenlik tedbirleri yargılama prosedürü talebi ortaya çıkmıştır. O dönemde bile, koruyucu tedbirler yoluyla cezai suçların önlenmesinin gerçekten yargının mı yoksa - tehlikeye karşı savunma olarak sınıflandırılması nedeniyle - yürütme gücünün mü meselesi olduğu konusunda tartışmalar vardı. Bununla birlikte, bunun yargı alanına ait olduğu görüşü hakim olmuştur²⁴.

Ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukuna ilişkin mevcut düzenlemeler, içerdikleri ıslah ve güvenlik tedbirleri nedeniyle bu görüşle tamamen uyumludur. Türkiye ve Almanya'daki mahkemeler, Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi gibi, cezaların ertelenmesi durumunda talimatlar verebilmektedir.

Literatürde polis ve ceza mahkemeleri arasındaki tehlikenin önlenmesine ilişkin ayrımın gelecekte bir suçun işlenme riskinin soyutluğu veya somutluğu kriterine göre yapılması gerekliliğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Polisin müdahale yetkisi sadece belirli bir suçun işlenme somut riskini önlemek için verilmelidir; suçların genel olarak önlenmesine yönelik müdahale yetkisi ise sadece ceza mahkemelerine verilir. İkamet yasağını düzenleyen özel yasal düzenlemeler, somut suç işleme riskinin önkoşulunu ortadan kaldırmaktadır. Bunlar kavramsal olarak tutarlıdır (çünkü konu aslında belirli bir tehlikeyle mücadele etmekle ilgili değildir); Ancak aynı zamanda ceza mahkemelerinin yetkilerine müdahale ilk bakışta açıkça görülmektedir. Buna ek olarak, polise özgü beklenen suçluluk süresi kriteri de vardır. Eğer polis tarafından mücadele edilmesi beklenen suçluluk süresi haftalar, aylar ya da yıllara yayılırsa, polis ve ceza muhakemesi güvenlik tedbirleri arasında doğrudan bir ayrım yapmak artık mümkün değildir.

Ancak suçun işleneceği muhtemel zaman, polis hukukunda tipik olan birkaç günlük bir süreye indirgenebilirse, somut bir tehlikeden söz edilebilir²⁵.

²³ Ulrich Sieber, “Strafrecht: Sicherheit in der globalisierten Risikogesellschaft”, *Die Sicherung des Rechtsstaates Symposium aus Anlass des dreißigjährigen Bestehens der Deutsch-Japanischen Juristenvereinigung (DJJV)* (2018): 320.

²⁴ Andreas Trupp, “Das polizeiliche Aufenthaltsverbot als Legislativskandal- Zum Ursprung und Charakter des Aufenthaltsverbotes als »neuer« Standardmaßnahme in deutschen Landespolizeigesetzen”, *KritV* 85, sy. 4 (2002): 459 vd.

²⁵ Trupp, “Das polizeiliche Aufenthaltsverbot als Legislativskandal”, 459 vd.

5.2. 11 Eylül 2001 Sonrası Hızlı Dönüşüm

Amerika Birleşik Devletleri'nde 11 Eylül 2001 tarihinde meydana gelen saldırılar, terörizmle mücadeleyle amaçlayan güvenlik politikasının bir parçası olarak özgürlüklerin daha da kısıtlanması eğilimine yol açmıştır. Bu sebeple birçok ülke güvenlik sebebiyle polis yetkilerini özgürlükler pahasına genişleten düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerden en dikkat çekici olanları, özellikle terör eylemlerini önlemek veya toplumsal olaylara müdahale etmek amacıyla, yargı kararı olmaksızın özgürlükten mahrum bırakmaya yol açmıştır.²⁶ Risk toplumu fikriyle daha da netleşen tehlikenin önlenmesi fikri, ceza hukuku ilkelerinin yumuşatılmasına yol açmıştır. Bu meşrulaştırma esasen bir suçun işlenmesinin önlenmesi fikrine dayanmaktadır. Suçun önlenmesi fikrine dayanarak, polise polis hukuku kapsamında geniş kapsamlı yetkiler verilmiştir. Esasen şüpheye dayanmayan polis müdahaleleri, daha az dikkat çekici bir biçimde Almanya ve Türkiye'de zaten yasal gerçekliğin bir parçasıydı. Son yıllardaki gelişmeyi üç özellik karakterize etmektedir²⁷:

1. Ceza hukuku ve polis hukuku, sınırlandırılması zor bir güvenlik hukuku oluşturmak üzere hem mevzuatta hem de yasal uygulamada giderek daha fazla birleşmektedir.
2. Sonuç olarak, daha önceki suçlarla bağlantılı olan ve yasal anlamda ceza olmaksızın vatandaşların haklarına önemli ölçüde müdahale eden yeni bir “kontrol yaptırımları” türü hakim olmaktadır.
3. Yürütme, önleme kisvesi altında, aslında giderek artan bir şekilde bir yaptırım makamı işlevini üstlenmektedir.

5.3. Polisin İstihbarat Örgütüne Dönüşüm Fenemonisi

5.3.1. “Tehdit Edici Tehlike” Vasıtasıyla Alman Polis Hukukundaki Paradigma Değişimi

Yeni Bavyera Polis Görevleri Yasası (PAG) 15 Mayıs 2018'de kabul edildi ve bununla ilgili tartışmalar daha fazla göz ardı edilmemelidir. Yasa aynı zamanda Almanya'daki “en sert” polis yasası olarak tanımlanmış ve 2021 yılına kadar diğer çeşitli federal eyaletlerin polis yasalarında yapılacak reformlar ve genişletmeler için bir model olarak görülmüştür.

Bu yasanın en önemli özelliği, 'tehdit edici tehlike'²⁸ tehlike kategorisinin getirilmesiyle Bavyera polis hukukunda²⁹ şiddetli bir paradigma değişikliğine neden olmasıydı.

2017 yılına kadar somut tehlike kavramı Bavyera polis hukukunda müdahale eşiği ve dolayısıyla çok sayıda polis müdahale yetkisi için bir ön koşuldur. Somut tehlike, şüphesiz, tehdit önleme alanı ile onun ön bölgesi arasında açık bir sınır olarak kabul edildi. Bavyera 2017'de yaptığı değişiklikle bu müdahale eşiğini kaldırmamış, ancak tehlike anında önceki düzenlemeleri tamamlayan “tehdit edici tehlike”³⁰ kategorisini getirerek bir eşik daha

²⁶ Hakan Yavuz, “Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı: İç Güvenlik Paketi Kapsamında Düzenlenen Koruma Altına Alma ve Uzaklaştırma Tedbirleri Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, sy. 27 (Temmuz 2016): 612.

²⁷ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 247 vd.

²⁸ Polis hukukundaki önceki tehlike kavramlarının aksine, “tehdit edici tehlike”, olayların engellenmeden devam etmesi halinde korunan bir hukuki menfaatin zarar görmesine yol açması yeterince muhtemel olan yeterince somut olguların henüz bulunmaması ile karakterize edilir. Marcus Löffelmann, “Das neue bayerische Polizeirecht”, *Kritische Justiz* 51, sy. 3 (2018): 355.

²⁹ Löffelmann, “Das neue bayerische Polizeirecht”, 355 vd.

³⁰ Art. 11 Abs. 3 PAG eski versiyon.

oluşturmuştur. Bavyera yasa koyucusu bu tanıımı Federal Anayasa Mahkemesi'nin BKAG kararına³¹ dayandırmıştır. Kararda bu ön alan suçları terör suçlarıyla bağlantılı olarak tanımlanmıştır. Federal Anayasa Mahkemesinin istisna olarak amaçladığı şey, Bavyeralı yasa koyucular tarafından kural haline getirilmiştir. Dikkat çekici olan şu ki-Bavyera yasama organı, 'tehdit edici tehlike' terörizm suçları bağlamından çıkararak genelleştirmiştir³². Bu sayede Polis, yeni tehlike kategorisi oluşturarak somut tehlike kavramından önce yaptırım uygulayabilir hale geldi. Bütün bunların sonucu olarak polisin görev alanının somut tehlike alanından uzaklaşarak genişletilmesi de eleştirilmiştir. Bu durum polisin hedef odaklı "istihbarat toplamasına" yol açtı. 'Tehdit edici tehlike', müdahale için açık bir eşik ve istihbarat servislerinin ön alan yetkileri için açık bir sınır kriteri olarak tanıtılarak somut tehlikeden vazgeçildi³³. 2021 yılında PAG değiştirildi³⁴ ve tartışmalı norm, PAG 11. Maddenin 3. Fıkrasının 1. Cümlesinde yeniden formüle edildi. 'Tehdit edici tehlike' yasal tanıımı PAG Madde 11a cümle 1'de yapılmıştı. Buna göre tehdit edici tehlike belirli hukuki konuları tehlikeye düşürecek bir tehlike durumunun oluşumu idi.

Yeni Bavyera Polis Kanunu, 'tehdit edici tehlike' durumunda polis müdahalesine olanak sağlamanın yanı sıra, tehlikeyi önleme alanında polise çok sayıda başkaca yetkiler de sunuyordu. Bunlar; DNA analizinin genişlemesi (Art. 14 Abs. 3, Art. 32 Abs. 1 Satz 2 und 3 BayPAG), iletişim yasakları, oturma yasakları (Art. 16 BayPAG), önleyici gözaltı (Art. 17, 20 BayPAG), iletişim cihazlarında aramanın genişletilmesi (Art. 22 Abs. 2, Art. 25 Abs. 3, Art. 42 Abs. 1 Satz 2 BayPAG), mülkiyet haklarının güvence altına alınması (Art. 25 BayPAG), video gözetimi (Art. 33 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG), ön kayıt işlevlerine sahip vücut kameralarının kullanımı (Art. 33 Abs. 4 BayPAG), otomatik tanıma ve değerlendirme sistemlerinin kullanımı (Art. 33 Abs. 5 BayPAG), elektronik ikamet izleme (Art. 34 BayPAG), postaya el konulması (Art. 35 BayPAG), muhbir ve gizli ajanlar kullanımı (Art. 37 und 38 BayPAG), Online arama yapma yetkisi (Art. 44 Abs. 1 S. 5, Art. 45 Abs. 3 S. 5 BayPAG), veri silme ve veri manipülasyonu (Art. 45 Abs. 1 Satz 6 BayPAG) ve drone kullanımı (Art. 47 BayPAG), doğrudan cebair için araç kullanma (Art. 78 Abs. 3 BayPAG).

Burada belirtilen bütün yetkiler 'tehdit edici tehlike' durumunda da uygulama alanı bulabilmektedir. Almanya'da genişletilmiş yetkilerin tek bir yasa teklifinde düzenlenmesi henüz gerçekleşmemiştir ki, bu aynı zamanda yasama kültürünü etkileyen şiddetli bir paradigma değişimini işaret etmektedir³⁵. Kanunda yukarıda belirtilen değişiklikler ve genişletmeler, Bavyera polisine hem nicelik hem de nitelik bakımından kapsamlı yeni yetkiler verildiğini açıkça ortaya koymaktadır.

³¹ Federal Anayasa Mahkemesi, prensip olarak, henüz somutlaşmamış yakın veya mevcut tehlikeleri önlemek için bile polis müdahalelerine izin verilebileceğini düşünmektedir ve içtihadında "tehdit edici tehlike" kavramını oluşturmuştur.

³² Meike Kissel ve Anja Rampe, "Das „neue“ bayerische PAG- Spannungsverhältnis zwischen Vorbildfunktion und Verfassungswidrigkeit", *BRJ* 02, (2018): 97 vd.

³³ Kissel ve Rampe, "Das „neue“ bayerische PAG", 98 vd.

³⁴ Das Gesetz zur Änderung des Polizeiaufgabengesetzes und weiterer Rechtsvorschriften vom 23. Juli 2021

³⁵ Löffelmann, "Das neue bayerische Polizeirecht", 358 vd.

Burada bahsedilen özellikle teknik tedbirler henüz bir zararın veya somut tehlikenin bulunmadığı bir alanda uygulanmaktadır³⁶.

5.3.2 Türk Polisinin İstihbarat Yetkileri

Benzer hükümleri Türk Polis hukukunda da bulmak mümkündür. İlginç olan bu tür düzenlemelerin Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununa 1985 yılında girmiş olmasıdır:

“Ek Madde 7 – (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.) Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamaya üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar”³⁷.

5.4. Almanya ve Türkiye’de Tehlikenin Önlenmesi İçin Kullanılan Önleyici Polisiye Yaptırımlar

Buradaki amaç, Federal Cumhuriyet ve Türkiye'deki polis uygulamalarından yola çıkarak, ceza hukuku dışında ne kadar “kontrol yaptırımlarının” gerçekleştiğini ve tepki ile önleme, izleme, cezalandırma ve önleme arasındaki sınırların nasıl yavaş yavaş ve göze çarpmadan ortadan kalktığını göstermektir. Aşağıda belirtilen tedbirler, bu yeni “kontrol yaptırımlarının” prototipleri olarak görülebilir.

5.4.1. Önleyici Gözaltı

Önleyici gözaltı veya önleyici tutuklama tüm federal eyaletlerin polis yasalarında mevcuttur. Gözaltı süresi farklı şekilde düzenlenmiştir. Çoğu durumda bu süre dört ila 14 gün arasındadır. Berlin’de bu süre en fazla 48 saattir. Bavyera bu konuda açık bir şekilde öne çıkmaktadır: 30 günlük önleyici gözaltı mümkündür ve bu süre bir ay daha uzatılabilir. Bu da Bavyera’nın suç işlenmesini önlemek amacıyla vatandaşlarını iki aya kadar önleyici olarak gözaltında tutabileceği anlamına gelmektedir. Münih’teki Bavyera Anayasa Mahkemesi, 14 Haziran 2023 tarihinde verdiği bir kararla, temel özgürlük hakkını ihlal etmesi nedeniyle tartışmalı olan bu düzenlemenin anayasaya uygun olduğunu ilan etmiştir (Ref.: Vf. 15-VII-18).

2017’de Bavyera Polis Görevleri Yasası’nda önleyici gözaltı süresi büyük ölçüde genişletildiğinde zaten eleştiriler vardı. Başlangıçta tehlikeli kişiler için üç aya kadar önleyici gözaltı öngörülüyordu ve bu süreyi tekrar tekrar uzatma seçeneği de vardı. Bilim insanları ve akademisyenlerin şiddetli protestolarının yanı sıra Münih’teki gösterilerin ardından, süresiz önleyici gözaltıya ilişkin bu düzenleme iptal edildi. Bununla birlikte, önleyici gözaltı Bavyera’da özellikle sıkı bir şekilde düzenlenmeye devam etmektedir.

Son yıllarda polisin önleyici gözaltı uygulamalarına bakacak olursak, bu eğilim oldukça endişe vericidir. Önleyici gözaltı, polis tarafından risk grubu olarak algılanan tamamen farklı insan gruplarına, örneğin Münih’teki barışçıl aktivistlere karşı genişletilmektedir³⁸. ‘Bir

³⁶ Christoph Apostel, “Das neue Polizeiaufgabengesetz (PAG) in Bayern-gesetzliche Absicherung des ‘Predictive Policing’-Gedankens?”, *Kritische Justiz* 52, sy. 2 (2019): 151 vd.

³⁷ 2017 tarihli ve 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 28 inci maddesi ile bu fıkra yer alan “devlet düzeyinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve sanal ortamda” ibaresi eklenmiştir. 1 Şubat 2018 tarihli ve 7072 sayılı Kanun’un 27. maddesi ile aynen kabul edilmiştir.

³⁸ Tagesschau, erişim 19 Mayıs, 2025, <https://www.tagesschau.de/inland/gesellschaft/praeventivhaft-klima-protest-bayern-101.html>, <https://www.sueddeutsche.de/kultur/klimaaktivismus-letzte-generation-1.5691480?reduced=true>

zamanlar İslamcılara yönelik olan bu yasa şimdi aktivistlere uygulanıyor' ya da *'Terörle mücadele yasası barışçıl aktivistlere karşı'* gibi başlıklar Alman basınının çoğunda yer almaktadır³⁹ Önleyici gözaltı, 2015 yılından bu yana Türk hukukunda da yer almaktadır. Önleyici gözaltı, işlenmiş veya işlenmesi muhtemel bir suç şüphesi olmaksızın, işlendiğinden şüphelenilen bir suçla bağlantılı olarak, kolluk kuvvetleri veya kolluk kuvvetlerine emir verme yetkisine sahip idari görevlilerin emirleri üzerine uygulanır. Uygulandığı kişi için hem koruyucu hem de kontrol edici özelliklere sahiptir. Süresi, potansiyel suçun işlenme olasılığının süresiyle sınırlıdır. Bir suçun işlenmesini, kamu düzeninin bozulmasını ve kişilerin zarar görmesini önlemeyi amaçlar. Koruyucu değil, önleyici özellikleriyle karakterize edilen bir polis tedbiridir.

Önleyici Gözaltı 2015 yılında 6638 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. Maddesine eklenen H fıkrasıyla hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "H) (Ek: 27/3/2015-6638/2 md.) Başkalarının can güvenliğini tehlikeye düşürenleri, eylemin veya durumun niteliğine göre; koruma altına alır, uzaklaştırır ya da yakalar ve gerekli kanuni işlemleri yapar. Yakalanması belirli bir usule bağlanmış kişilerle ilgili kanun hükümleri saklıdır. Yakalanan kişilerin kaçması veya saldırıda bulunmasının önlenmesi bakımından kişinin sağlığına zarar vermeyecek şekilde her türlü tedbir alınabilir. Yakalanan kişilere, yakalama sebebi herhalde yazılı ve bunun mümkün olmaması hâlinde sözlü olarak derhal; toplu suçlarda ise en geç bu kişiler hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir. Kişinin yakalandığı, istediği kanunî yakınlarına derhal bildirilir. Yakalananlardan, A) Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, B) Zor kullanılarak yakalananların, C) Haklarında suç soruşturması yapılacak olan şüpheli ve sanıkların, Yakalanma anındaki sağlık durumları tabip raporuyla tespit edilir. Yakalanan kişilerden suç işlediği şüphesi altında olanlar adli mercilere sevk edilir. Haklarında ıslah veya tedavi tedbiri alınması gerekenler, ilgili kurum yetkilileri tarafından teslim alınır. Yakalama sebebi ortadan kalkanlar derhal serbest bırakılır."

Yasa, güvenlik gerekçesiyle vatandaşları düşman olarak görerek özgürlükleri aşırı derecede kısıtlamayı ve gelecekte suç işleyeceği varsayımıyla suçu önleme bahanesiyle kişileri tutuklamayı, gözaltına almayı ve hatta cezalandırmayı amaçlayan "düşman ceza hukuku" yaklaşımını yansıttığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁴⁰.

5.4.2. Tehlikeli Kişilerle Diyalog

Devlet müdahalesinin yasal hakların ihlaline doğru kaymasının bir başka örneği de, birkaç yıl önce hala yeni bir polis faaliyeti aracı olarak sınıflandırılan, ancak artık polisin önlemler kataloğunda sağlam bir şekilde yer alan ve günlük polis çalışmalarının ayrılmaz bir parçası olan "tehlikeli kişilerle diyalog" dur.

Diyalog, risk altındaki bir kişiye suç teşkil eden davranışlardan kaçınması için yapılan kişisel veya yazılı iletişimi ifade eder. Polisin veya düzenleyici makamların suç işlenmesini beklediği belirli olaylar veya durumlardan önce, belirli kişilerle özel olarak iletişime geçilir veya bu kişiler uyarılır⁴¹.

³⁹ Frankfurter Allgemeine, erişim 19 Mayıs, 2025, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/klimaaktivisten-in-bayern-machen-polizeigewahrsam-zu-ihrer-strategie-18466234.html>

⁴⁰ Yavuz, "Yeni Bir Kolluk Tedbiri Olarak Önleyici Gözaltı", 614.

⁴¹ Klaus Weber, "Die polizeiliche Gefährderansprache, APF-Asbildung-Prüfung-Fachpraxis", *Zeitschrift für die staatliche und kommunale Verwaltung* 2, (2013): 33 vd.

Burada polis, daha önce benzer bir bağlamda polisin dikkatini çekmiş olan potansiyel sorun çıkaran kişileri muhatap almaktadır. Bu kişilere hedefe yönelik bir şekilde hitap edilerek, polisin gözetimi altında oldukları ve kamu güvenliğini (yeniden) bozmaları halinde olası sonuçlardan haberdar olmaları sağlanır. İlgili kişiye şu sinyal verilir: “Gözümüz üzerinde!”

Bu önleyici tedbirin amacı, kamu güvenliğine yönelik risklerden kaçınmak için ilgili kişiyi belirli bir şekilde hareket etmesi (veya hareket etmekten kaçınması) için korkutmak ve ikna etmektir⁴².

Bu strateji ilk olarak Almanya'da düzenlenen 2006 Dünya Futbol Kupası öncesinde, şiddet yanlısı olduğu bilinen taraftarları maçların oynandığı alanlardan uzak tutmak amacıyla daha çok kullanılmıştır. Tehdit yaklaşımının çocuk suçluluğuyla mücadelede aile içi şiddetin önlenmesine, büyük etkinlikler öncesinde önleme ve terörizme karşı savunmaya kadar çok çeşitli uygulamaları vardır.

Daha sonra polis tarafından hedef gruplar daha da genişletilmiştir. Holiganların yanı sıra, özellikle birden fazla suç işlemiş gençlere, takipçilere ve aile içi şiddet vakalarına, şüpheli borç tahsilat şirketlerine ve serbest bırakılan cinsel suçlulara, rockçıların çevresine ve siyasi yelpazenin sağ ve sol uçlarında yer alan ve şiddet yanlısı olarak sınıflandırılan aktivistlere karşı tehdit uyarıları kullanılmaktadır⁴³. Özellikle ikinci grup, tedbirin sorunlu doğasını ortaya koymaktadır: Polisin bu tür temasları ne dereceye kadar sadece danışmanlık ve bilgilendirme anlamına gelmektedir ve bu sınır ne zaman aşılıp ilgili kişilerin sivil özgürlüklerine tecavüze dönüşmektedir? Almanya'nın Mecklenburg-Vorpommern eyaletinden bir okul müdürü ve federal polis, bu yılın Mart ayında bir Şirinler videosu nedeniyle genç bir kıza okulda tehditkâr bir konuşma yaptıkları için konu Almanya'nın gündemine gelmiş ve tartışılmıştır⁴⁴. Tehdit edici kişilerle diyalogun “olup olmayacağı” ve “nasıl” olacağı, yürütmenin bölgesel ve zamansal olarak değişen önceliklerine ve kaynaklarına bağlıdır. Bu konuda karar mercii bazen eyalet içişleri bakanlıkları şeklinde olmakta, bazen de yalnızca bireysel polis müfettişlikleri tarafından inisiyatif kullanılmaktadır⁴⁵.

Sorun, Türkiye'deki polis kanununda buna karşılık gelen bir düzenleme bulunmamasıdır. Türkiye'de 4 Temmuz 1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda (kısaca PVSK) genel yetki normu olarak genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, polisin genel görev normlarından⁴⁶ ve diğer görevlerinden⁴⁷ yetkilerinin kanunda özel olarak belirtilen tedbirlerle sınırlı olmadığı çıkarılabilir. Bu bağlamda, polisin tehlikeyi önlemek için - risk altındaki kişilere hitap etmek, giriş ve çıkış yasakları, ülkeyi terk etme yasakları veya sokağa

⁴² Felix Bleckmann, “Grundrechtsverletzung durch Gefährderansprache am Arbeitsplatz?”, *SpuRT* 1, (2018): 6.

⁴³ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 237 vd.

⁴⁴ Kerstin Herrnkind, '16 Yaşındakilere Tehlikeli Konuşma: Polis Serçelere Top Atışı Yaptı' başlıklı makaleye şu adresten erişilebilir, erişim 19 Mayıs, 2025, Polizei hält Gefährderansprache bei Schülern: überzeugt und dumm | STERN.de

⁴⁵ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 237 vd.

⁴⁶ Madde 1 Cümle 1 PVSK göre: Polis kamu güvenliğini, kişisel güvenliği, tasarruf güvenliğini ve konut dokunulmazlığını korur. Onur, can, mal ve kamu barışını korur.

⁴⁷ Madde 2 Cümle 3 PVSK göre: Polis memurları, can, namus ve mal güvenliğinin korunması, devlet otoritesine veya hükümete karşı direniş, belirli binalara yönelik saldırıların püskürtülmesi veya yasadışı toplantıların dağıtılması gibi durumlarda amirlerinin sözlü talimatlarına uymak zorundadır.

çıkma yasakları gibi - önlemlere başvurup başvuramayacağı ve hangi koşullarda başvurabileceği sorusu ortaya çıkmaktadır⁴⁸.

5.4.3. Mükerrir Suçlara Karşı Kontrol Ağı

Hâlihazırda bir suçtan hüküm giymiş olan kişilere yönelik yasal alandaki önleyici müdahalenin bir sonraki örneği, suçun önlenmesinde kurumlar arası iş birliği fikrinin bir parçası olarak mükerrir suçluların ele alınmasıdır. Bu fikre göre, suçun önlenmesi sadece polis ve yargı tarafından değil, mümkünse kolluk kuvvetleri, sosyal hizmetler, gençlik yardım kuruluşları, okullar ve derneklerden oluşan kapsamlı bir ağ aracılığıyla gerçekleştirilmelidir. Bu işbirlikleri, öncelikle içişleri bakanları ve polis tarafından propagandası yapılan “tüm toplumun görevi” olarak suç önleme kavramının bir unsurudur. Bu stratejinin uygulanabilmesi için federal eyaletlerin çoğu okullar, gençlik daireleri, savcılıklar ve polis arasında düzenli işbirliğini ve bilgi alışverişini teşvik eden idari yönergeler yayınlamıştır⁴⁹. Ancak son yıllarda bilgi alışverişi hem yasal hem de kriminolojik açıdan sorgulanabilir ve eleştiriye değer bir şekilde genişletilmiştir. Kontrol ve gözlemin yeni niteliği ve yoğunluğu, polis tarafından ciddi suçlular olarak sınıflandırılan çocuk suçlular grubunda özellikle belirgindir. “Yoğun ve sessiz(çocuk) suçlular/ Intensiv- und Schwellentäter” olarak adlandırılan bu kişiler için ağ önleme, sosyal yaşamlarında bir dizi hedefli bilgilendirme müdahalesi anlamına gelmektedir: Örneğin, Aşağı Saksonya’da polisin tekrar tekrar suçlu olarak kaydedilen gençlerle “başlangıçta iki haftalık aralıklarla” “düzenli temas” kurması gerekmektedir⁵⁰. Bu temaslar sırasında memurların “kişisel durumları hakkında araştırma” yapmaları ve gencin “dış görünüşünü veya mevcut arkadaş çevresini (akran grubu) değiştirip değiştirmediğini” tespit etmeleri gerekmektedir. Federal eyalette suç işlemiş tüm gençler bir listeye kaydedilecek ve bu liste sadece savcılıkların ve gençlik dairelerinin değil, aynı zamanda gençlerin devam ettiği okulların da dikkatine sunulacaktır.

Bu uygulama diğer federal eyaletlerde de mevcuttur. Ancak bilgi akışı ters yönde de gerçekleşmektedir: Bazı eyaletlerde öğretmenler, öğrencilerinin işlediği ya da işlemesi muhtemel bazı suçlarla ilgili şüphelerini - duvar yazıları ve dükkan hırsızlığı gibi küçük suçlar da dahil olmak üzere - polise bildirmekle yükümlüdür. Bu durum, yoğunluğu daha önce görülmemiş ve çeşitli açılardan eleştirilmesi gereken yeni bir resmi sosyal kontrol ağı yaratmaktadır: Ciddi suçluların sınıflandırılması yalnızca polis soruşturmalarına ve suç şüphesine dayandığından, belirli bir kişi için bu “etiketin” adalet sistemi içinde ve farklı makamlar arasında yayılması, hukukun üstünlüğünden kaynaklanan masumiyet karinesi ile zaten çelişmektedir. İster eğitim amaçlı ister disiplin amaçlı olsun, ceza hukuku müdahalelerinin yoğunlaştırılması, sözde suç kariyerlerinin veya ergenlik döneminin ötesine uzanan suçların kronik olarak işlenmesinin önlenmesi ile meşrulaştırılmaz⁵¹.

⁴⁸ İzzet Özgenç ve İhsan Yılmaz Bayraktarlı, “Freiheit Und Sicherheit Im Kontext Der Versammlungs-, Demonstrations- Und Reisefreiheit Im Türkischen Recht”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* XXV, (2021): 355.

⁴⁹ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 247 vd.

⁵⁰ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 247 vd.

⁵¹ Albrecht, “Strafe und Prävention”, 20 vd.

5.4.4. Oturum Yasağı ve İzni

Tehlikeyi önlemeye yönelik önleyici polis tedbirleri arasında belirli yerlerde kalma yasakları, belirli yerlerde yaşama yasakları veya sokağa çıkma yasakları da bulunmaktadır. Bunlar polisin belirli bir süre için belirli yerlere (tüm mahalleler dahil) girmeyi ya da belirli bir süre için belirli yerlerden çıkmayı yasaklamasıdır. Polis uygulamasında, suç işlenmesini önlemek için yeni bir standart tedbir olarak kullanılır. 1990'lardan bu yana, Almanya'daki bu polis tedbirleri genellikle genel kolluk görev yetkilerine dayanmaktadır. 1996 yılında Aşağı Saksonya, suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla polis hukukunda yeni bir standart tedbir olarak ikamet yasağını uygulamaya koymuştur. Ancak buna göre suç işlenmesine yönelik somut bir tehlike gerekmemektedir. Suçlu, önceki suçuyla gelecekte suç işlemesi için yeterli kanıtı zaten yaratmıştır. İkamet yasağından etkilenen kişiye (ister genel hükme ister özel bir düzenlemeye dayansın), mahkeme kararıyla alınan hukuki sonuçlarda olduğu gibi, belirli eylemlerden kaçınarak ikamet yasağının uygulanmasından kaçınma fırsatı verilmez. Gelecekte suçların işleneceğini gösteren olgular bunun için yeterli görülmektedir⁵². Aşağı Saksonya örneğini diğer federal eyaletler de (Berlin, Brandenburg, Saksonya) takip etmiştir. Almanya'nın çeşitli eyaletlerinde ikamet yasağının yasal olarak standartlaştırılması, o dönemde Alman akademisyenler tarafından 'önleyici tutuklama ve sistematik gözetim yoluyla ceza mahkemelerinin yetkisine tecavüz' ve dolayısıyla bir 'yasama skandalı' olarak nitelendirilmişti.

Bu kurumun 1990'larda yeniden yürürlüğe girmesinden önce, akademisyenler planlı gözetimi ve dolayısıyla oturum yasağını, Aydınlanmanın temel ilkelerini ihlal ettiği için özellikle Nasyonal Sosyalist olarak⁵³ sınıflandırmakta bir sorun görmemiş ve yasama organını bu hatayı mümkün olan en kısa sürede düzeltmeye çağırmışlardır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk Polis Kanununda genel bir yetki normu olarak genel bir hüküm bulunmamaktadır. Tehlikeyi önlemeye yönelik ikamet yasağı veya sokağa çıkma yasağı gibi bu tür önleyici polis tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin yasal dayanak, genel görev normu ve emre uygun davranma yükümlülüğü olabilir.

Türk doktrininde Özgenç, bu tür tedbirlere yalnızca iki koşulda izin verilmesi gerektiğine işaret etmektedir:

1. Evden uzaklaştırma veya sokağa çıkma yasağının ciddiyeti ve bu tedbirlerin kanunla özel olarak düzenlenmemiş olması göz önünde bulundurulduğunda, sadece somut bir suç işleme tehlikesi bu tedbirlerin alınmasını haklı kılabilir;
2. Ayrıca, somut tehlike, kişilerin yaşamına veya fiziksel bütünlüğüne yönelik beklenen bir saldırı ile ilgili olmalıdır. Özgenç, suç işleneceğine dair somut bir tehlike varsa, bu tedbirlerin alınmasının tamamen uygunsuz olacağı konusunun altını çizmektedir. Yasaklar veya sokağa çıkma yasakları sadece sorun çıkaranların kendilerine değil, aynı zamanda masum üçüncü şahıslara da uygulanabilmektedir⁵⁴.

⁵² Jasch, "Schwerpunkt Sanktionen", 247 vd.

⁵³ Trupp, bu tedbirlerin tarihini anlatmakta ve bunları 1934 yılında atriyonel sosyalist İçişleri Bakanı Hermann Göring tarafından çıkarılan "profesyonel suçluların planlı bir şekilde gözetim altında tutulmasına ilişkin yönetmelik" ile ilişkilendirmektedir. Bu polisiye tedbirler ceza adaleti ile ilgili olarak düzeltici bir karaktere sahipti, hakime karşı değildi, ancak adli faaliyet için gerekli bir tamamlayıcı olarak görülüyordu. Trupp, "Das polizeiliche Aufenthaltsverbot als Legislativskandal", 459 vd.

⁵⁴ Özgenç ve Bayraktarlı, "Freiheit Und Sicherheit", 384.

5.4.5. Valilik Talimatlarına Uymama

Değerlendirmelerimizin konusuyla bağlantılı olarak, bu noktada ilginç bir örnek verilmelidir. Konuya ilişkin ilginç bir örnek ile Türk hukukunda da karşılaşmak mümkündür. Kanun'un 66. Maddesi uyarınca: *"İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkûlat gösterenler veya riayet etmeyenler, mahallî mülkî amir tarafından Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır. (Ek cümle: 27/3/2015 - 6638/16 md.) Ancak, kamu düzenini ve güvenliğini veya kişilerin can ve mal emniyetini tehlikeye düşürecek toplumsal olayların baş göstermesi hâlinde vali tarafından kamu düzenini sağlamak amacıyla alınan ve usulüne göre ilan olunan karar ve tedbirlere aykırı davranışlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır."* Bu yasa aynı zamanda çeşitli tehlikelerin önlenmesi için alınması gereken karar ve tedbirlerin ihlalini de suç saymaktadır. Bu düzenleme en azından ceza hukukundaki kanunilik ilkesine aykırıdır. Ancak meşruiyetini tehlike kavramının önlenmesinde bulmaktadır.

5.4.6. Kontrol Yaptırımları: Cezasız Disiplin Altına Alma

Jasch, 2014 yılında 'Önleyici Güvenlik Hukukunda Yeni Yaptırım Uygulamaları' başlıklı makalesinde, Almanya'da ceza adaleti stratejisinde polisin önleyici tedbirlere odaklanmasıyla karakterize edilen güncel değişiklikleri analiz etmiştir. Uygulamada, ilgili kişilerin geçmişte işledikleri suçlarla bağlantılı yeni bir "kontrol yaptırımları" kategorisinin gelişmekte olduğu tezini ortaya koymuştur. Yazar "kontrol yaptırımları" terimini, polisin belirli kişileri yasadışı davranışlara karşı uyarma (tehlikeli davranış emirleri) veya belirli bir bölgeyi ziyaret etmeme emri (ikamet yasağı) verme yetkilerini tanımlamak için kullanmaktadır.

Bu polis yetkileri bireylerin yasal alanlarına önemli ölçüde müdahale etmekte, ancak ne suç ne de işlenen kabahatler için yaptırım niteliği taşımaktadır. Ayrıca, çocuk suçluluğuyla mücadelede kurumlar arası kontrol ağlarının (polis-okul ve gençlik dairesi) işleyişini eleştirmektedir. Bunun, sınırlandırılması zor, kapsamlı ve önleyici bir güvenlik hukukunun yolunu açan araçlar olduğu sonucuna varmaktadır. Bu gelişmeye kurumsal düzeyde bir değişim eşlik etmektedir: suç ve sapmanın ele alınması giderek daha da yürütmenin konusu haline gelmektedir. Bu önlemlerin belirsiz ve oldukça sezgisel bir tehdit öngörüsü temelinde alınmasını eleştirmektedir.⁵⁵ Bugün, yani makalesinin yayınlanmasından 10 yıl sonra, gözlemleri ve sonuçları hala geçerliliğini korumaktadır.

Sieber, yeni meydan okumalara karşı devlet ve toplumun tepkisinin, sadece nedenleri açısından değil, aynı zamanda olası çözümler açısından da şu anda tartışılan "düşman ceza hukuku" ve "sivil ceza hukuku" nedenleri ve alternatiflerinden daha karmaşık olduğunu belirtmekte ve ceza politikasında "dünya risk toplumu" nun yeni meydan okumalarına karşı iki farklı tepkiden bahsetmektedir⁵⁶:

⁵⁵ Jasch, "Schwerpunkt Sanktionen", 237 vd.

⁵⁶ Sieber, "Grenzen des Strafrechts", 26 vd.

Birinci yaklaşım ceza hukukunun genişletilmesi ve “sınırlandırılması” ve yeni bir güvenlik hukukunun diğer disiplinleri aracılığıyla aşılmasını amaçlarken, ikinci yaklaşım alternatif⁵⁷ cezai olmayan ve özellikle hukuki olmayan) suç önleme tedbirlerinin geliştirilmesinden oluşmaktadır⁵⁸.

6. Sonuç

Risk toplumu fikri, ceza hukukunun bazı ilkelerinin yeniden düşünülmesini gerekli kılmıştır. Bu bağlamda ceza hukuku, güvenlik hukukunun bütüncül ve küresel bir alanı olan güvenlik mimarisinin bir parçası haline gelmektedir. Ceza hukuku sadece baskıcı cezalandırmayı değil, aynı zamanda belirli bir tehlikenin önlenmesini de amaçlamaktadır. Bu amaç giderek genişlemekte ve bir suçun işlenmesinin önlenmesi artık ceza hukukunun kutsal bir amacı haline gelmektedir. Polis ve idare hukuku da bu kutsal amaç doğrultusunda çalışmayı kendilerine görev edinmişlerdir⁵⁹. Ceza hukukunda olduğu gibi polis de artık tehlikeyi önlemek için doğrudan yaptırım uygulayabilmektedir. Ceza hukuku ile polis hukuku arasındaki ayrım, tehlikeyi önleme fikri nedeniyle daha da zorlaşmaktadır. Bu makale, tehlikeyi önlemek amacıyla Türkiye ve Almanya’da uygulanan polis yaptırımlarını kısaca açıklamaktadır. Sadece Almanya’da son yıllarda, hapis cezalarının azaltılması ve diversiyonun yaygınlaştırılmasından yaptırım anlaşmalarının tartışmalı bir şekilde uygulamaya konmasına kadar büyük değişiklikler yaşanmıştır. Ancak şu anda ceza adaleti politikasının arka planında tamamen farklı bir eğilim hakimdir: Önleyici güvenlik ve gözetim, suç ve sapma davranışlarla başa çıkma yöntemimizi baskıcı cezalardan çok daha fazla şekillendirmektedir⁶⁰.

Ceza hukukunun tarihsel pratiğinin de gösterdiği gibi, ceza hukuku kendiliğinden iyiye ve doğruya yönelmiş bir olgu olarak karşımıza çıkmamaktadır. Aydınlanmadan günümüze ceza hukukunun gelişimindeki derin kırılmalar, ceza hukukunun özellikle totaliter ülkelerdeki özellikleri, faşist rejimlerde “öteki” olarak tanımlananlara karşı sistematik bir zulüm aracı olarak kullanılması, demokratikleşme sürecindeki ülkelerde muhalefetle mücadele aracı

⁵⁷ Sieber, yukarıda bahsedilen ikinci çözüm stratejisi olan suçun önlenmesi ve gayri resmi sosyal kontrol için (cezai olmayan ve özellikle de hukuk dışı) alternatif tedbirlerin geliştirilmesi çerçevesinde iki grup arasında ayrım yapmaktadır. Proaktif alternatif koruyucu önlemlerin ilk grubu, potansiyel mağdurların teknoloji yoluyla kendilerini korumalarını (örneğin siber suçlar alanında), önleyici prosedürel kontrolü (örneğin tıp hukukunda), idari prosedürel düzenlemeyi (örneğin yolsuzlukla mücadele önlemleri) ve sosyal sorunların ortadan kaldırılmasını (örneğin terörizmin nedenleri olarak) içerir. İkinci bir tedbir grubu ise alternatif kontrol sistemlerini kapsar; bunlar arasında sadece düzenleyici veya idari hukuk kapsamındaki yaptırımlar ve medeni hukuk kapsamındaki tazminat talepleri (çoklu tazminat şeklinde de olabilir) değil, aynı zamanda özel çözüm stratejileri (örneğin arabuluculuk, mağdur-fail arabuluculuğu veya uluslararası suçlar alanında hakikat komisyonları) ve öz düzenleme ve özel-devlet ortak düzenlemesi (örneğin internet veya basın alanında) de yer alır. Mevcut yasal düzenlemelere ek olarak, bilim insanlarına yönelik etik kurallar ve davranış kuralları, şu anda yaşam bilimleri alanında yüksek riskli çift kullanımlı ürünlerin yukarıda belirtilen kötüye kullanımını en aza indirmeyi amaçlamaktadır. Sieber, “Grenzen des Strafrechts”, 40 vd.

⁵⁸ Bkz: Christiane Gerstetter vd. *Status quo und Weiterentwicklung des Umweltstrafrechts und anderen Sanktionen: Instrumente zur Verbesserung der Befolgung von Umwelt (Compliance)* (Umweltbundesamt, 2019)

⁵⁹ Örneğin idari yaptırımlar artık sadece küçük suçlar için etkili bir çözüm yolu olarak değil, aynı zamanda çok yüksek kartel para cezaları şeklinde de kullanılıyor. Polis hukuku alanında, Federal Kriminal Polis Dairesi Yasası ve Bavyera Eyaleti Polis Görev Yasası, 2018’den bu yana “tehdit edici tehlike” durumunda önemli ölçüde müdahaleye izin vermektedir. İstihbarat yasası ve kara para aklama kontrol yasası gibi bilgi edinmeye yönelik özel rejimler, ceza hukuku kapsamında bilgi toplamanın aksine, birçok alanda bireylerin şüpheli olmaksızın taranmasını mümkün kılmıştır. Sieber, “Grenzen des Strafrechts”, 27 vd.

⁶⁰ Jasch, “Schwerpunkt Sanktionen”, 248 vd.

olarak kullanılması ve 21. yüzyılda ABD'nin Guatamela uygulamaları bu yargıyı doğrulamaktadır.⁶¹ Ceza hukuku anlayışı ani ve büyük değişimler içerir. Spekülatif siyasi iklimden güçlü bir şekilde etkilenebilir. Ancak Beck'in açıklamaya çalıştığı risk toplumu, kapitalist-sanayileşmiş ve küreselleşmiş bir devlet ve uluslararası toplum projesine dayansa ve dolayısıyla otoriter bir toplumsal projeye vurgu yapmasa bile, yasal çıkarların belirli bir şekilde korunmasına vurgu yapmayan ve dolayısıyla yalnızca biçimsel bir yasallık anlayışı içeren yasal düzenlemeler, en iyi ihtimalle ceza hukukunun ve polisin keyfiliğine işaret eder. Bu da hukuki kesinliği zedeler.⁶² Özellikle, hukuki menfaatin ne ihlal edildiği ne de zarar şeklinde somut olarak tehlikeye atıldığı soyut tehlikeye atma suçları için polis yaptırımlarının giderek genişleyen olanakları, normatif güvenlik alanını daraltmakta ve hangi risk veya olağanüstü hal kavramını gerekçelendirmek için kullanıldığına bakılmaksızın, geleneksel ve modern ceza hukuku anlayışının zayıflamasına yol açmaktadır.⁶³ Amaç bir güvenlik mimarisi olsa da, bu mimari yasal kesinliği tehlikeye atabilir. Aslında yeni güvenlik mimarisi "tehlikeyi önleme" sloganı altında kontrol yaptırımlarını yasallaştırmıştır ve sinsi ve bariz bir şekilde resmi klasik yaptırımların deforme olmasına yol açmaktadır. Bugün ceza hukuku akademisyenleri için soru, bu gelişmelerle nasıl başa çıkılacağıdır. Bir yandan yeni güvenlik mimarisi, salt cezai kovuşturmayla kıyasla yeni ve etkili suç kontrol araçları sunarken⁶⁴, diğer yandan yeni yasal önleme sistemlerinin kendine özgü tasarımı hukuk devleti açısından oldukça sorunludur. İsviçreli ceza hukuku uzmanı Kunz, şu anda söz konusu olanın belirli bir olasılıkla gerçekleşebilecek, ileriye dönük olarak algılanan hayali/hipotetik bir suçu önlemek için önlemler geliştirildiği hususunu kısa bir şekilde özetlemektedir. Söz konusu olan, fiili olmayan bir faildir⁶⁵. Alman ceza hukuku akademisyenleri, ceza hukukunun maddi kapsamını, hem ceza hukuku hem de güvenlik hukuku unsurlarını içeren ve yeni ortaya çıkan "güvenlik hukukunu" da kapsayacak şekilde genişletmesi gerektiğine inanmaktadır⁶⁶. Bu alanın ceza hukuku akademisyenlerinin alanı olduğunu savunan Sieber, ceza hukuku akademisyenlerine kendilerini geleneksel ceza hukukunun sınırlarından kurtarmaları ve anayasa ve insan haklarıyla sınırlı kapsamlı bir güvenlik hukuku kavramı geliştirmeleri çağrısında bulunuyor⁶⁷.

⁶¹ Elvan Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan* 3 (2015): 627.

⁶² Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", 627.

⁶³ Keçelioğlu, "Risk Toplumunda Ceza Hukukunun Değişen Yüzü", 627.

⁶⁴ Son olarak, özel standartlaştırma sistemleri bile yeni güvenlik mimarisinin bir parçası haline geliyor; henüz net bir güvencenin tanımlanmadığı özel iç soruşturmaların sonuçları yargıya sunuluyor ya da telekomünikasyon şirketleri, bankalar ve havayolları devlet kontrol rejimine giderek daha sıkı bir şekilde entegre ediliyor. Sieber, "Grenzen des Strafrechts", 33 vd.

⁶⁵ Kunz, "Das neue Strafrecht", 247.

⁶⁶ Jasch, "Schwerpunkt Sanktionen", 248 vd.

⁶⁷ Sieber, "Strafrecht", 320.

Yazar Hakkında / About the Author

**Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU | Ankara Medipol Üniversitesi |
elvan.kecelioglu[at]ankaramedipol.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3081-1344**

Elvan Keçelioğlu, 1998 yılında Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun oldu. 2003 Yılında Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Ceza Hukuku alanında yüksek lisansını tamamladı. 2008 Aralıkta Regensburg Üniversitesi'nde Prof. Dr. F-C Schroeder yanında "Alman Kanununun Yeni Türk Ceza Kanununa Etkisi" konulu çalışmasıyla doktor unvanını aldı. 2018 yılında doçent, 2024 yılında ise profesör oldu. Halen Ankara Medipol Üniversitesi'nde çalışmaktadır.

**Prof. Dr. Elvan KEÇELİOĞLU | Ankara Medipol University School of Law |
elvan.kecelioglu[at]ankaramedipol.edu.tr | ORCID: 0000-0002-3081-1344**

Elvan Keçelioğlu, graduated from Gazi University Law Faculty in 1998. In 2003, he completed his master's degree in Criminal Law at Ankara University Institute of Social Sciences. In December 2008, under the supervision of Prof. Dr. F-C Schroeder at Regensburg University, he obtained his doctorate with his study on "The Influence of German Law on the New Turkish Penal Code". He became an associate professor in 2018 and a professor in 2024. He is currently working at Ankara Medipol University.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ CEZALANDIRILABİLİRLİĞİN ÖNE ÇEKİLMESİ, YAPAY ZEKÂ VE CEZA SORUMLULUĞU, COMPLIANCE, İMAR UYGULAMALARI VE CEZA SORUMLULUĞU, BİRDEN FAZLA KİŞİNİN TAKSİRE DAYALI SORUMLULUĞU

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Özet

Toplumsal hayatın maruz kaldığı riskler dolayısıyla, günümüzde cezalandırılabilirliğin alanı öne çekilmesi süreci yaşamaktayız. Bunun en önemli yansımaları, terörizmle mücadele ile ilgili milletlerarası sözleşmelerde ve kanunlarda görmekteyiz. Yapay Zekânın toplumsal hayatımızda her geçen gün daha fazla etkin olması, sağladığı kolaylıklar kadar, suç işlenmesi bakımından beraberinde önemli riskler barındırmaktadır. Sağlıklı ve güvenli bir şehirleşme için imara açılacak yerlerin ve imar koşullarının bilimsel esaslara göre belirlenmesi gerekmektedir. Mevzuatta zaman içinde yapılan değişikliklerin sonraya yönelik olması ve geçiş hükümlerine yer verilmemesi, önceden gerçekleşmiş yapılaşmaların barındırdığı risklerin her geçen gün daha fazla artmasına sebebiyet vermiştir. Bunun acı sonuçlarını yakın tarihlerde yaşadığımız deprem felaketlerinde görmüş bulunmaktayız. Özellikle madencilik alanındaki faaliyetler sırasında yaşanan işyeri kazalarında gerçekleşen çok sayıda insanın ölümünden dolayı sorumluluk bağlamında önemli sorunlar yaşamaktayız. Bu sorunların başında, izin yetkisinin kötüye kullanılması dolayısıyla, ilgili kamu otoritesi yetkilileri bakımından ceza sorumluluğunun işletilememesi gelmektedir. Ayrıca, bu faaliyetlerin icrasında farklı görevler üstlenen çok sayıda kişiden hangilerinin ne sebeple sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiğini belirlemek, ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sorun dolayısıyla, müşterek faillikten hareketle, birden fazla kişinin paçal bir şekilde taksire dayalı sorumluluğu yoluna gidilmesi yönünde eğilimlerle karşılaşmaktayız. Bir işletme bünyesinde, işletmenin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı özellikle yönetici konumundaki kişilerin, işletmedeki faaliyetlerin gözetim ve denetiminden sorumlu olan kişilerin belirlenmesinde sorunlar yaşanmaktadır. İcra edilen akademik etkinlikte sunulan bildirilerde, bütün bu sorunlara çözüm oluşturmaya yönelik açıklamalarda bulunulmuştur.

Anahtar Kavramlar

Risk Toplumu, Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi, Yapay Zekâ ve Ceza Sorumluluğu, İmar Uygulamaları ve Ceza Sorumluluğu, Compliance

EVALUATION AND CONCLUSION

ANTICIPATORY CRIMINAL LIABILITY, ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND CRIMINAL RESPONSIBILITY, COMPLIANCE, CONSTRUCTION LAW AND CRIMINAL LIABILITY, JOINT NEGLIGENT LIABILITY

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
Ankara Hacı Bayram Veli University

Abstract

Due to the risks to which social life is exposed, we are currently experiencing a process in which the area of punishability is being drawn to an earlier stage. We see the most important reflection of this in international conventions and laws about counter-terrorism efforts. The fact that artificial intelligence is becoming increasingly influential in our social lives entails significant risks regarding the commission of crimes, alongside the convenience it provides. For a healthy and safe urbanization, areas to be zoned for construction and zoning conditions must be determined based on scientific principles. The fact that amendments made to the legislation over time are prospective and do not include transitional provisions has led to a continual increase in the risks posed by previously completed constructions. We have witnessed the tragic consequences of this in recent earthquake disasters. We are facing significant problems in terms of responsibility especially due to the deaths of numerous individuals in workplace accidents occurring during activities in the mining field. One of the main problems is the inability to impose criminal liability on the officials of the relevant public authority for the abuse of the authorization power. In addition, identifying which of the many individuals who have different roles in the execution of these activities should be held liable and on what grounds emerges as a separate problem. Due to this problem, we encounter tendencies to impose joint, undifferentiated liability based on negligence on multiple individuals, with an approach based on co-perpetration. Within a business enterprise, there are issues in identifying the individuals responsible for overseeing and supervising the activities in the enterprise, especially those in managerial positions, with regard to crimes committed within the scope of the enterprise's activities. In the papers presented at the academic event, explanations were provided to offer solutions to all these problems.

Keywords

*Risk Society, Advancement of Criminal Liability, Artificial Intelligence and Criminal
Responsibility, Construction and Criminal Liability, Compliance*

I. Ceza sorumluluğunun öne çekilmesi sürecinin izlerini hayatın her alanında görmekteyiz. Bu konuda en can alıcı örneği terör örgütlerine destek sağlamak, terör eylemlerine katılmak amacıyla salt seyahate çıkmanın suç olarak tanımlanması oluşturmaktadır. 2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi ile bu Sözleşmeye Ek 2015 tarihli Protokole dayalı olarak çeşitli ülke ceza kanunlarında bu konuda yapılan düzenlemeler ve bu hükümlere ilişkin uygulama, dikkat çekicidir.

Türkiye de bu Sözleşme ve eki Protokole taraf olmakla birlikte, bugüne kadar, kanunlarımızda bunlara uygun düzenlemeler yapmamıştır. Bu nedenledir ki, hukuk sistemimizde örneğin *“terörizm amacıyla yurtdışına seyahat etme”* fiilinin, bir hazırlık hareketi olarak sadece önleyici kolluk tedbirleri çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Önleyici ceza hukuku bakımından Türkiye’de iki önemli örnek kanundan söz edebiliriz.

Birinci örneği, başta futbol olmak üzere, spor müsabakaları süreçlerinde şiddetin ve düzensizliğin önüne geçmek amacıyla 2011 yılında çıkarılan 6222 sayılı Kanun oluşturmaktadır.

İkinci örneği ise, kadına yönelik şiddetin önüne geçmek amacıyla 2012 yılında çıkarılan 6284 sayılı Kanun oluşturmaktadır.

Bu iki kanunun ortak özelliği, cezaî sorumluluk alanını öne çekmenin yanı sıra, bazı önleyici kolluk tedbirlerine riayet edilmesini sağlamak için ceza hukuku yaptırımlarına başvurulmasıdır.

II. Yapay zekâ, günlük hayatımızda olduğu gibi hukuk alanında önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Suç ve ceza siyasetinin belirlenmesinde gerekli olan kriminolojik araştırmalarda yapay zekâdan önemli ölçüde yararlanılabilmektedir. Çeşitli verilerden hareketle, hangi bölgede, hangi suçların ne yoğunlukta ve hangi koşullar altında işlendiği, işlenen suçların faillerinin ne tür özellikler taşıdığı hususlarında önemli çıkarımlarda bulunulabilir. Keza, infaz uygulamalarının cezalandırmakla güdülen amaçlara ne ölçüde hizmet ettiğinin belirlenebilmesi için, infaza ve infaz kurumlarına ilişkin istatistiki verilerden yapay zekâ ile çıkarımlarda bulunulması gerekmektedir.

Yapay zekâ, belirli suçların işlenmesinde önemli bir araç olarak kullanılabilmektedir. Para transferlerinde yapay zekâ uygulamalarının kullanılması, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin, kara paranın izinin kaybedilmesinde sıklıkla başvurulmuş bir yoldur. Keza, yapay zekâ uygulamalarıyla dolandırıcılık suçu çok sayıda kişinin mağduriyetine sebebiyet verecek şekilde işlenebilmektedir.

Yapay zekâ uygulamalarıyla kişisel verilere kolaylıkla ulaşılabilen ve ulaşılan bu veriler kişilerin bilgisi olmadan depolanabilmektedir. Bu uygulamalarla kamu kurumlarının bilgi sistemlerinin koruma duvarları aşarak, çok sayıda kişiye ait verilere ve hatta devlet sırlarına vakıf olunabilmektedir.

Aynı şekilde, yapay zekâ donanımına sahip olan üretim tesislerinde üretilen mamullerin nitelik ve miktarına ilişkin bilgilere, bu donanımı üreten firmalar kolaylıkla ulaşabilmektedir.

Bu suretle kişisel verilerin, devlet sırlarının, ticari sırların ve müşteri sırlarının korunmasına ilişkin hukuki güvenceler etkisizleştirilebilmektedir.

Yapay zekâ uygulamalarıyla kişilerin görüntü ve sesleri, gerçeğinden ayırt edilemeyecek şekilde taklit edilebilmekte, kişisel verileri kullanılarak kişilerin suç işlediği izlenimi oluşturulabilmektedir. Bu yöntemlerle, kişiler iftiraya maruz bırakılabilmekte, mağdur edilebilmektedir.

Yapay zekâ uygulamalarıyla kumar, şans ve bahis oyunlarının oynanmasına imkan sağlanmaktadır.

Ceza soruşturamalarında dijital veriler yapay zekâ uygulamalarından yararlanılarak analize tabi tutulabilmekte ve suç olgusunun açıklığa kavuşturulması sağlanabilmektedir.

Ceza muhakemesinde önemli bir fonksiyon görmekle birlikte, yapay zekânın hakim yerine ikame edilmesi suretiyle karar oluşturulmasının en azından bugünkü koşullar itibarıyla imkansız olduğunu düşünmekteyiz.

Yapay zekâyâ tüzel kişilik gibi “elektronik kişilik”, “e-kşilik” izafe edilmesi, sorumluluk yüklenebilmesi ve yaptırım uygulanabilmesi girişimlerinin de bir fanteziden ibaret olduğunu düşünmekteyiz.

Yapay zekânın kendisinin fikri veya sınai hakkın konusunu oluşturacağı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Ancak, yapay zekâ kullanılarak ortaya çıkan ürünün fikri ve sınai hak korumasından yararlanabilip yararlanamayacağı, bir sorun oluşturabilir. Hemen belirtmek gerekir ki kişi, yapay zekâyı kullanarak meydana getirdiği eser bakımından fikri ve sınai hak korumasından yararlanabilir. Ancak bu durumda hakkın süjesi gerçek veya tüzel kişidir; bu durumlarda yapay zekâyâ hak süjeliği izafe edilemez.

III. Otonom araçlar, belirli durumlarda nasıl hareket edeceği konusunda programlanabilir. Bu programlanma çerçevesinde aracın belirli durumlarda nasıl hareket edeceğinin belirlenmiş olmasından, aracın karar verme yeteneğine sahip olduğu sonucu çıkarılamaz. Bir teknoloji ürünü olan araç, ne irade yeteneğine ve dolayısıyla ne de karar verme yeteneğine sahiptir. Bir teknoloji ürünü olan araç, sadece hareketlerini sevk ve idare etme bakımından geliştirilmiş yazılım programında belirlenmiş olan ihtimallere göre hareket etmektedir. Başka bir ifadeyle, aracın hangi ihtimalde nasıl hareket edeceği, çalışma sistemine yüklenmiş olan yazılım programında belirlenmiştir. Bu program çerçevesinde hareket eden teknoloji ürünü araca izafe edilebilecek ne bir karardan ne de fiilden söz edilebilir.

Sürücü tarafından sevk ve idare edilen aracın çalışma sistemine yüklenmiş olan programla sürücünün desteklenmesi, sürücüye yardım edilmesi, sürücünün uyarılması mümkün olmaktadır. Bu tür programlarla aracın donatılmış olması, sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu tür programların araç sürücüsünde bir güven oluşturduğu muhakkaktır. Ancak bu güven, karayolu trafik düzeninin gerekli kıldığı dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

Ayrıca belirtmelidir ki, bir yükümlülük ya mevcuttur ya da değildir. Yükümlülüğün azalmasından¹ söz edilemez.

¹ KELEP PEKMEZ, Tuba: “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezaî Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme”, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology 2018; 6(2), sh. 173 vd., 190.

Kısmi otonom araçlar (Üçüncü grup), çeşitli otonom yapay zekâ donanımlarına sahip olmakla birlikte, sürücünün sevk ve idarisini gerekli kılan araçlardır.

Tam otonom araçlar ise (Dördüncü ve beşinci gruplar), sürücünün varlığını gerekli kılmayan ve hareket sürecinde insan müdahalesine gerek duyulmayan araçlardır.

Kısmi otonom araçlar çeşitli otonom yapay zekâ donanımlarına sahip olmasına rağmen, bu araçların sürücüsü, karayolu trafik düzeninin gerekli kıldığı dikkat ve özen yükümlülüğü altındadır. Karayolu trafik düzeninin araç sürücüsü bakımından gerekli kıldığı yükümlülükler, kısmi otonom araç sürücüleri bakımından da geçerlidir.

Çeşitli ülke düzenlemelerinde, ceza hukuku sorumluluğundan ziyade, otonom araçların karıştıkları trafik kazalarında ortaya çıkan zararların özel hukuk hükümlerine göre tazminini daha etkili hale getirmeye yönelik eğilim hakim olmuştur (Almanya, Japonya). Bu itibarla, otonom araçların trafiğe çıkmasını daha güvenceli sigorta yapılması koşuluna bağlanmıştır. Bu çerçevede trafiğe çıkmasına izin verilen otonom araçların bütün seyir süreçlerini aktüel olarak gözetim altında tutan sistemler oluşturulmaya çalışılmıştır.

Otonom araçların seyir sürecinde oluşan küçük hatalar veya arızalar, çok büyük zararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Bu nedenle, otonom araçların trafiğe çıkmasını güvenli kılabilmek için, seyir süreçlerinde bir kazanın meydana gelmesini engelleyecek tedbirlerin alınması gerekmektedir. Bu itibarla, ceza sorumluluğunu, bir kaza halinden ziyade, trafik güvenliği bakımından belirlenen, kazanın meydana gelmesini büyük ölçüde engelleyecek tedbirler alınmadan trafiğe çıkmaya teşmil etmek gerekir.

Motorlu araçla trafiğe çıkmak, başlı başına bir tehlike arz etmektedir. Motorlu araçla trafiğe çıkmakla ilgili olarak mevzuatta belirlenmiş olan tedbirlerin alınması, izin verilen risk alanını oluşturmaktadır. Bu tedbirler alınmadan salt trafiğe çıkılması, bir kazaya sebebiyet verilmemiş olsa bile, ceza sorumluluğunu gerektirmelidir. Bu itibarla, güvenli karayolu trafik düzeni bakımından soyut tehlike suçlarının alanının genişletilmesi gerekmektedir. Trafiğe çıkmasına izin verilen otonom araçların seyir süreçlerinin etkili bir kontrole, gözetim ve denetime tabi tutulması gerekmektedir.

Trafik düzeninin gerekli kıldığı kurallara riayet edilmemesi, bir kazaya sebebiyet verilmemiş olsa bile, idari ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasını gerektirmektedir. Ancak, bir insanın ölümüyle veya yaralanmasıyla sonuçlanan ya da bu bakımdan somut bir tehlikeye sebebiyet veren bir kazanın meydana gelmesi halinde, ceza kanununa göre cezalandırılmayı gerektiren bir suçun varlığından söz etmekteyiz.

Keza, trafiğe çıkmasına izin verilen otonom araçların üreticilerine de güvenlik açısından özel yükümlülükler tahmil edilmelidir. Üretici firmalara, piyasaya sürdükleri ve trafiğe çıkışına izin verilen otonom araçları etkili bir şekilde takip etmeleri, gözlemlmeleri yönünde ilave yükümlülükler oluşturulmalıdır ve bu yükümlülüklerin salt ihlali ceza sorumluluğunu gerekli kılmalıdır. Üretici firmalara, piyasaya sürdükleri ve trafiğe çıkışına izin verilen otonom araçların kullanımı sürecinde üretim hatası veya arızası ortaya çıkması halinde, bu araçları geri çağırma yükümlülüğü tahmil edilmelidir. Buna paralel olarak otonom araç kullanıcılarına da aracın düzenli bakım ve kontrolünü yaptırma bakımından yükümlülük tahmil edilmelidir.

Yapılacak kanuni düzenlemede, bütün bu yükümlülüklerin yerine getirilmesine rağmen, bir trafik kazasına sebebiyet verilmesi halinde, sadece özel hukuk hükümlerine göre tazminat sorumluluğu yoluna gidilmesi ve ceza hukuku sorumluluğundan sarfınazar edilmesi yönünde hükümlere yer verilmelidir. Bu çerçevede, otonom araçların karıştığı trafik kazalarında örneğin yaralanma meydana geldiğinde, yaralananın karşılıklı mutabakatla tazmin edilmesi, ceza sorumluluğundan sarfınazar edilmesinin bir şartı olarak kabul edilmelidir.

IV. Türkiye’de 3194 sayılı İmar Kanunu’na 2018 yılında 7143 sayılı Kanunla eklenen hükümlerle, 31.12.2017 tarihinden önce yapı ruhsatıyesi alınmadan veya alınmış yapı ruhsatıyesine aykırı olarak yapılan yapılarla ilgili olarak belli bir miktar para karşılığında “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenmesinin yolu açılmıştır. “Yapı Kayıt Belgesi”, ilgili yapının kullanılmasına izin veren özel bir belge mahiyeti taşımaktadır. “Yapı Kayıt Belgesi”nin düzenlenmesi üzerine ilgili yapıya elektrik, su ve doğalgaz bağlanabilmektedir. Kanunda, “Yapı Kayıt Belgesi”nin geçerlilik süresine ilişkin olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

“Yapı Kayıt Belgesi”nin düzenlenmesiyle, ilgili yapı hakkında daha önce verilmiş olan yıkım kararları hükümsüz hale getirilmiştir.

“Yapı Kayıt Belgesi”nin düzenlenebilmesi için yapı hakkında depreme dayanıklılık ve kullanıma elverişlilik bakımından herhangi bir araştırma yapılmasına ve tespitte bulunulmasına gerek görülmemiştir. Hatta bu kanuni düzenlemeyle daha önce hangi sebeple olursa olsun yıkılmasına karar verilmiş ve fakat henüz yıkılmamış olan bir yapı ile ilgili olarak da “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenebilmesinin yolu açılmıştır. Bu itibarla, depreme dayanıklılığı yönünde incelemeye tabi tutulmuş ve hakkında riskli yapı tespitinde bulunulmuş olan yapılarla ilgili olarak da, “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenebilmiştir. Kanunda, hakkında “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenen “yapının depreme dayanıklılığı hususu malikin sorumluluğundadır” hükmüne yer verilerek, bu süreçte görev yapan kamu görevlileri bakımından sorumsuzluk zırhı oluşturulmaya çalışılmıştır.

6.2.2023 tarihinde Ülkemizde gerçekleşen depremde yıkılan binalardan kaçıyla ilgili olarak “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenmiş olduğu, bu binaların enkazında kalarak kaç kişinin hayatını kaybettiği hususlarında, Üniversitemizde yapılmakta olan bir bilimsel çalışmada ihtiyaç duyulduğu için, Çevre, Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığından resmi yazı ile bilgi istenmiş; ancak Bakanlıktan bu konuda bilgi temin edilememiştir.

Bu bilgiler, sağlamlığı konusunda hiçbir araştırma yapmadan “Yapı Kayıt Belgesi” düzenlenerek kullanımına müsaade edilen binaların depremde yıkılması sonucunda gerçekleşen ölümlerden dolayı sorumluluk bakımından büyük bir önem taşımaktadır.

Edindiğimiz bilgilere göre, kullanıma elverişli olmamasına ve durumun ilgili mercilere bildirilmiş olmasına rağmen sağlık hizmeti vermeye devam eden hastane binalarının depremde yıkılması sonucunda çok sayıda insan hayatını kaybetmiştir. Ancak bu ölümlerden dolayı ilgili kamu görevlileri hakkında sorumluluk rejimi henüz işletilememiştir.

Ülkemizde, depremde gerçekleşen ölüm ve yaralanmalar gibi, başta maden ocakları olmak üzere diğer iş kazalarında gerçekleşen ölüm ve yaralanmalardan dolayı, kazanın meydana geldiği işyerini denetimle görevli kamu görevlilerinin sorumluluk rejimini işletme bakımından bir sorun yaşanmaktadır.

V. Türk hukuk sisteminde tüzel kişiler suçun faili olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, bir suç tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya tüzel kişinin yararına olarak işlenmiş olsa bile, bu suçun işlenişinden dolayı tüzel kişi hakkında adli cezaya hükmedilememektedir. Ancak, bu nedenle tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmedilebilmektedir. Örneğin bir suçun tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, bu suçun işlenmesiyle tüzel kişiye sağlanan menfaat müsadere edilmektedir.

Kabahatler Kanunu'na 26.6.2009 tarihli ve 5918 sayılı Kanunla eklenen 43/A maddesi hükümlerine göre, belirli suçların tüzel kişinin yararına olarak işlenmesi halinde, suç işleyen gerçek kişi veya kişiler hakkında ancak adli cezalara (hapis ve/veya adli para cezasına) hükmedilmekte ve ayrıca, ilgili tüzel kişiye de idari para cezası verilmektedir.

Kaçakçılık, uyuşturucu madde imal veya ticareti, karapara aklama, rüşvet ve dolandırıcılık, bu suçlara örnek olarak gösterilebilir.

Keza, söz konusu Kanuna 2.7.2012 tarihli ve 6352 sayılı Kanunla eklenen 43/B maddesi hükümlerine göre, belirli finans kuruluşlarına ibraz edilen aranın sahte olduğunun anlaşılmasına rağmen, suç dolayısıyla bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyerek suç işleyen gerçek kişi veya kişiler hakkında adli cezalara (hapis ve/veya adli para cezasına) hükmedilmekte ve ayrıca, ilgili tüzel kişiye de idari para cezası verilmektedir.

Ayrıca, vergi yükümlülüğüne aykırılığın vergi kaçakçılığı suçunu oluşturması halinde, vergi kaçakçılığı suçunu işleyen gerçek kişiler adli ceza ile cezalandırıldıktan sonra, bu gerçek kişiler veya temsil ettikleri adına hareket ettikleri tüzel kişilere idari yaptırım olarak vergi cezası verilebilmektedir (213 s. Vergi usul Kanunu, m. 359, m. 344, f. 2).

Bu hükümler, hukuk sistemimizde çifte cezalandırmaya (Doppelbestrafung, doppelte Bestrafung)) ilişkin en önemli örnekleri oluşturmaktadır. Ancak, belirtmek gerekir ki, Kabahatler Kanunu, bir fiilin hem suç hem de kabahat oluşturması halinde, sadece suçtan dolayı ceza yaptırımını uygulanması gerektiğini ilke olarak kabul etmiştir (m. 15, f. 3).

VI. Görünüşte ihmali suçlarda sorumluluğun dayanağını oluşturan teminat yükümlülüğü, kişiler arasındaki ilişkiye göre belirlenmektedir. Bu teminat yükümlülüğü, bünyesinde aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğü barındırmaktadır. Ancak, dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığı için, teminat yükümlülüğünün varlığına gerek bulunmamaktadır. Dikkat ve özen yükümlülüğü, ayrıca, belirli bir faaliyetten kaynaklanmaktadır; başka bir ifadeyle bu yükümlülük, belirli tehlike kaynakları ile olan ilişkiye dayanmaktadır. Örneğin trafiğe çıkan kişi, herhangi bir kişi bakımından teminat yükümlülüğü altında bulunmasa bile, trafiğe çıkmakla dikkat ve özen yükümlülüğü altına girmektedir. Bir tehlike kaynağı oluşturması bakımından belirli üretim veya işletme faaliyetlerinin icrasına ilişkin olarak kanunla, yönetmelikle veya ilgili meslek kuruluşu tarafından kurallar belirlenebilmektedir. Bu kurallar, tehlike kaynağı oluşturan bu üretim veya işletme faaliyetlerinin icrasına katılan kişiler bakımından dikkat ve özen yükümlülüğünü ifade etmektedir. Dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığını mutlaka bir pozitif hukuk metnine dayandırmak gerekmez. Bulunulan faaliyet bakımından günlük hayat tecrübelerine dayalı olarak da dikkat ve özen yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir. Örneğin bağ bahçe temizliği yapmakta olan kişi, temizlik amacıyla yaktığı ateşle orman yangınına sebebiyet verebilir.

VII. Bir kamu kurumunun görev ve sorumluluğu altında işletilmekte olan tesis ve donanımların amacına uygun bir şekilde çalışmasını sağlama, çalışıp çalışmadığının gözetim ve denetim görevi, bu kurumun ilgililerine terettüp eder. Kurumun genel ve üst yöneticisinin, ancak bu tesis ve donanımların amacına uygun ve fonksiyonel bir şekilde çalışmadığı konusunda şahsen bilgilendirilmiş, bilgi sahibi olmasına rağmen, ilgili yönetim birimine gereğinin yapılması yönünde talimat vermeyi ihmal etmesi, ilgili yönetim biriminin gereğini yapmaması halinde, bu teknik sorunun sonucu olarak meydana gelen ölümlerden dolayı ceza sorumluluğu gündeme gelebilir.

Kamu kurumunun görev ve teşkilatını düzenleyen mevzuattaki işbölümüne ilişkin hükümler arasında yer alan, bu işbölümünün üst yöneticinin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağına dair hüküm (Örnek olarak bkz. 2560 sayılı Kanun, m. 11), sadece idari sorumluluk bağlamında dikkate alınabilir. Bu hükümler, ceza hukuku sorumluluğuna teşmil edilemez. Zira genel ve üst yöneticinin ceza hukuku sorumluluğu için, görev ve yetkilerini kullanmayı, idarenin işleyişini gözetim ve denetim altında tutmayı kasten ihmal etmesi ve bu kasıtlı ihmale bağlı olarak bir ölüm veya yaralanmanın meydana gelmesi gerekir. Genel ve üst yöneticinin ceza hukuku sorumluluğu için, ölüm veya yaralanma bakımından kastını aramaya gerek yoktur; aksine, idarenin işleyişini gözetim ve denetim altında tutmayı kasten ihmal etmesi gerekli ve yeterlidir.

Genel ve üst yöneticisinin, kurumun faaliyet alanına dahil tesis ve donanımlarda sorun olduğu hususunda önceden bilgilendirilmiş ve buna rağmen mevcut sorunun giderilmesine yönelik olarak ilgili birimi harekete geçirmemiş olması halinde, ceza hukuku bakımından sorumluluğu söz konusu olur.

Genel ve üst yönetici ile diğer görevlilerin iştirak halinde işledikleri suçlarda sorumluluğun tayini sorun değildir.

Kurumda çalışan diğer kişilerin görevleriyle bağlantılı olarak ve kasten işlediği suçtan dolayı kurumun genel ve üst yöneticisinin ceza hukuku sorumluluğu sorun oluşturmaktadır. Burada genel ve üst yöneticinin kurumun işleyişiyle ilgili olarak denetim görevini ihmal söz konusudur.

Bu konuda TCK'de bulunan, zimmet ve irtikap suçlarıyla bağlantılı denetim görevinin ihmal suçuna ilişkin hüküm (TCK, m. 151, f. 2) önem taşımaktadır. Dikkat edilmelidir ki, TCK, m. 151, f. 2'deki suç tanımında, denetimle görevli olan genel veya üst yönetici, somut olayda zimmet veya irtikap suçunun işlendiği bilgisine sahip değildir. Şayet bu bilgiye sahip ise, TCK, m. 151, f. 1 hükmüne göre işlenen zimmet veya irtikap suçundan dolayı müşterek fail sıfatıyla sorumlu tutulması gerekmektedir. Keza, TCK, m. 151, f. 2'de tanımından denetim görevini ihmal suçundan dolayı sorumluluk için, bu ihmalden yararlanılarak zimmet veya irtikap suçunun işlenmiş olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, söz konusu suç bakımından zimmet veya irtikap suçunun işlenmiş olması, bir objektif cezalandırılabilme şartını oluşturmaktadır. Söz konusu suç tanımının kapsamına rüşvet suçunun alınmamış olması, önemli bir eksikliktir.

Şirket çalışanının şirketin faaliyeti çerçevesinde işlediği suçlardan dolayı şirket yöneticisinin ceza hukuku sorumluluğu önem taşımaktadır. Rücu yasağı (Ingerenzverbot) kuralının gereği olarak, şirket çalışanının, şirketteki görev ve fonksiyonu ne olursa olsun, kasten işlediği suçtan dolayı, bu suçun işlenişine iştirak etmediği takdirde, şirket yöneticisinin ceza hukuku sorumluluğu söz konusu değildir.

Ancak, “Compliance” düşüncesi ile, bu kural önemli ölçüde değiştirilmektedir. Şirket çalışanlarının şirketin yararına olarak veya şirkete terettüp eden yükümlülükleri ihlal ederek kasıtlı veya taksirli bir suç işlemeleri halinde, şirket faaliyetlerini gözetmek ve denetlemekle yükümlü yöneticinin de ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilmektedir. Bu sorumluluk için şirket faaliyeti bakımından denetim ve gözetim yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerekir. Bu sorumluluk için, şirketin faaliyeti süreçlerinde denetim ve gözetimin gerekli kıldığı tedbirler alınmayarak, şirket çalışanları tarafından şirketin yararına olarak veya şirkete terettüp eden yükümlülükler ihlal edilerek suç işlenmesinin kolaylaştırılmış veya mümkün kılınmış olması gerekir. Bu bağlamda sorumluluk için,

a) şirket çalışanı tarafından şirketin yararına olarak veya şirkete terettüp eden yükümlülükler ihlal edilerek suç işlenmiş olması, yani bu suçun şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması,

b) şirket yöneticisinin bu faaliyetle ilgili olarak gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyi ihmal etmesi,

gerekir.

Sorumluluk için, şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçun kasten veya taksirle işlenen suç olması arasında bir fark gözetilmemelidir ve keza; şirket yöneticisinin bu faaliyetle ilgili olarak gözetim ve denetim yükümlülüğünü yerine getirmeyi kasten ihmal etmesi gerekir. Ancak, burada kast, şirketin faaliyeti çerçevesinde suçun işlendiğinden haberdar olmayı ifade etmemektedir. Buradaki kasttan, gözetim ve denetim yükümlülüğünün bilincinde olan yöneticinin, bu bilince rağmen yükümlülüğünün gereğini yerine getirmemesi anlaşılmalıdır. Yöneticinin, şirketin faaliyeti çerçevesinde kasıtlı bir suçun işlendiğinden haberdar olmasına rağmen bu suçun işlenmesini önlememesi halinde, işlenen suça ihmali davranışla iştiraktan dolayı sorumluluğu cihetine gitmek gerekir. Zira gözetim ve denetim yükümlülüğü, aynı zamanda şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçu önleme bakımından bir yükümlülük ifade etmektedir. Burada yükümlülüğün kaynağı kanun veya sözleşme de olabilir.

Şirket yöneticisinin gözetim ve denetim yükümlülüğü, şirket faaliyetlerinin tekniğine uygun bir şekilde icra edilebilmesine yönelik tedbirlerin alınmasını gerekli kılmaktadır. Şirket bünyesindeki üretim veya işletme faaliyetinin gözetim ve denetimi için ihtiyaç duyulan teknik donanımın da sağlanması gerekir.

Şirket yöneticisinin görevlerinden bir kısmının diğer şirket yöneticilerine devretmesinin ceza hukuku sorumluluğu üzerindeki etkisi bir sorundur. Bu yetki devrinin görünüşte yapılmış olması halinde, yöneticinin ceza sorumluluğu devam eder.

Belirlenen şirket yöneticisinin şirketin faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, gözetim ve denetim görevini üstlenmenin gerekli kıldığı yetkilerle donatılmış ve üretim veya işletme faaliyetinin gözetim ve denetimi bakımından gerekli olan teknik alt yapının oluşturulması ve malzemenin hazır bulundurulması gerekir. Gözetim ve denetimle görevlendirilmiş şirket yetkilisinin diğer çalışanlara gerekli talimatları verme, verdiği talimatların gereğinin yerine getirilmemesi halinde ilgili çalışanı işten el çekirme yetkisi ile donatılmış olması gerekir.

Şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenebilen kaçakçılık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma, rüşvet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama, çevrenin kasten veya taksirle kirletilmesi suçları bu bağlamda sorumluluk için örnek olarak gösterilebilir.

Taksirli suçlarda müşterek faillikten söz edilebilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Taksirli suçu oluşturan fiilin işlenmesi bakımından birden fazla kişi ortak bir kararla, müştereken hareket edebilir.

Ceza kanunlarındaki suça iştirake ilişkin hükümler ancak kasten işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir. Taksirli suçlarda müşterek failliğin oluşabileceğinin kabulü, taksirli suçu oluşturan fiilin işlenmesi bakımından ortak kararla hareket eden birden fazla kişi paçal bir şekilde cezalandırılmasını gerektirmemelidir. Sayet doğru anladıysam, Sampoong Alışveriş Merkezinin yıkılması olayında, bütün ilgililer paçal bir şekilde cezalandırılmışlardır.

Şirket çalışanının göreviyle bağlantısı olmayan bir suç işlemesiyle, göreviyle bağlantılı bir suç işlemesini birbirinden ayırmak gerekir.

Sorun, şirket yöneticisinin, herhangi bir şirket çalışanının göreviyle bağlantılı olarak kasıtlı bir suç işlemesini önleme yükümlülüğü olup olmadığıdır. Şirket yöneticisinin şirketteki faaliyetleri gözetim ve denetim altında tutması, bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, şirketin faaliyeti dolayısıyla üçüncü kişilerin zarar görmesini önlemeyi kapsar. Şirketin faaliyeti dolayısıyla, bu faaliyetle bağlantılı olarak üçüncü kişilerin uğradıkları zararın tazmin yükümlülüğü tartışmasızdır.

Şirketin faaliyeti sürecinde, örneğin meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan dolayı bu sonucu doğuran fiili işleyen şirket çalışanının sorumlu tutulacağı kuşkusuzdur. Ancak, sorumluluk ölüm veya yaralanma sonucunu doğuran icrai veya ihmali davranışı gerçekleştiren şirket çalışanı ile sınırlı tutulamaz. Şirket çalışanını ve işletmedeki faaliyetleri gözetim ve denetim altında tutmakla görevli olan şirket yöneticisini de bu ölüm ve yaralanmadan dolayı sorumlu tutmak gerekir. Taksirli suçlardaki sorumluluk rejiminin işletilmesi bakımından bir sorun bulunmamaktadır.

Sorun, şirket çalışanının şirketteki işiyle bağlantılı olarak işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı şirkette gözetim ve denetim görevini üstlenmiş olan yöneticinin de sorumlu tutulup tutulamayacağıdır.

Kaynaklar / References

- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler: Ceza Hukukuna Giriş, Suç Teorisi, Yaptırım Teorisi, Milletlerarası Ceza Hukuku*. 21. bs. Ankara, Eylül 2025.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. 14. bs. Ankara, Mart 2022.
- Özgenç, İzzet, Mahmut Koca, İlhan Üzülmmez, Muhammet Emre Tulay, Ali Şahin Kılıç, Burcu Baytemir Kontacı, Gökhan Ölmez, Fatih Yurtlu, Osman Gazi Ünal, Fatma Umay Genç, Efe Can Karabulat, ve Funda Kaya Bozok. *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler Karar İncelemeleri, Sınav Soru ve Cevapları*. 5. bs. Ankara, Eylül 2025.
- Özgenç, İzzet. "Anayasa Mahkemesinin Pamukova Tren Kazası ile İlgili Kararı Üzerine." Erişim 10 Ekim 2022. <https://izzetozgenc.com/data/contents/anayasa-mahkemesinin-pamukova-tren-kazasi-ile-ilgili-karari-uzerine.pdf>.
- Özgenç, İzzet. "6 Şubat 2023 Tarihli Depremde Adıyaman'da Yıkılan Hotel Grand Isias Binasının Enkazı Altında Kalarak Hayatlarını Kaybeden 72 Kişinin Ölümünden Dolayı Sorumlulukla İlgili Hukuki Mütalaa." Erişim 24 Aralık 2024. <https://izzetozgenc.com/data/contents/6-subat-2023-tarihli-depremde-adiyaman-da-yikilan-hotel-grand-isias-binasinin-enkazi-altinda-kalarak-hayatlarini-kaybeden-72-kisinin-olumunden-dolayi-sorumlulukla-ilgili-hukuki-mutalaa-.pdf>.
- Özgenç, İzzet. "Depremde Yıkılan Binaların İnşa Edildikleri Alan İtibarıyla Riskli Olup Olmadığının Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Hususlar." Erişim 27 Aralık 2024. <https://izzetozgenc.com/data/contents/depremde-yikilan-binalarin-insa-edildikleri-alan-itibariyla-riskli-olup-olmadiginin-belirlenmesinde-dikkate-alinacak-hususlar.pdf>.
- Özgenç, İzzet. "13.4.2006 Tarihli ve 1493 Sayılı Genelgeye İstinaden Yapı Kullanma İzni Verilmiş Olan ve 6 Şubat Depreminde Yıkılan Kaçak Binaların Enkazında Hayatını Kaybeden İnsanların Ölümünden Dolayı Ceza Hukuku Sorumluluğu." Erişim 1 Ocak 2025. <https://izzetozgenc.com/data/contents/13-4-2006-tarihli-ve-1493-sayili-genelgeye-istinaden-yapi-kullanma-izni-verilmis-olan-ve-6-subat-depreminde-yikilan-kacak-binalarin-enkazinda-hayatini-kaybeden-insanlarin-olumunden-dolayi-ceza-hukuku-sorumlulugu.pdf>.

Yazar Hakkında / About the Author

**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ | Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi |
oezgenic[at]gmail.com | ORCID: 0000-0002-1805-8572**

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ, 1960 yılında Araklı'da doğdu; 1982 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu; Doktora öğrenimini, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde 28 Mart 1990 tarihinde tamamladı; 6 Kasım 2000 tarihinde Doçentlik unvanını, 4 Ağustos 2006 tarihinde Profesörlük unvanını iktisap etti. 30.12.1983 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak göreve başlayan Özgenç, halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalında profesör olarak göreve devam etmektedir. Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA) Asli Üyesi, Ceza Hukuku ve Adli Bilimler Vakfı Mütevelli Heyet Başkanı olan ÖZGENÇ, Yükseköğretim Kurulu Üyeliği, Yükseköğretim Kurulu Başkan Vekilliği, Bezmiâlem Vakıf Üniversitesi Mütevelli Heyet Üyeliği görevlerinde bulunmuş; halen Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Müdürlüğü, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı görevlerini yürütmektedir. Prof. Dr. ÖZGENÇ, başta 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu olmak üzere, Türk Ceza Hukukuna ilişkin temel kanunların hazırlık süreçlerinde gerek Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu gerek Adalet Bakanlığı bünyesinde yapılan çalışmalarda redaksiyon görevini yürütmüştür. Profesör ÖZGENÇ kapsamlı bilimsel araştırmalar yürütmüş ve akademik alana önemli katkılarda bulunmuştur.

**Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ | Ankara Hacı Bayram Veli University |
oezgenic[at]gmail.com | ORCID: 0000-0002-1805-8572**

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ was born in Araklı in 1960 and completed his undergraduate studies at Istanbul University Faculty of Law in 1982. He obtained his doctoral degree from Istanbul University Institute of Social Sciences on March 28, 1990, subsequently achieving the status of Associate Professor on November 6, 2000, and ascending to the rank of Professor on August 4, 2006. ÖZGENÇ, who started working as a Research Assistant at Istanbul University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law on December 30, 1983, currently holds the position of Professor at Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law, Department of Criminal and Criminal Procedure Law. ÖZGENÇ, who is a Full Member of the Turkish Academy of Sciences (TÜBA) and the Chairman of the Board of Trustees of the Criminal Law and Forensic Sciences Foundation, has also served as a Member of the Council of Higher Education, Deputy Chairman of the Council of Higher Education, and Member of the Board of Trustees of Bezmiâlem Foundation University. He currently holds the positions of the Director of Ankara Hacı Bayram Veli University Turkish Penal Law Application and Research Center and the Head of the Ankara Hacı Bayram Veli University Faculty of Law's Department of Public Law and Department of Criminal and Criminal Procedure Law. Prof. Dr. ÖZGENÇ has been involved as a proofreader in legislative processes within the Justice Commission of the Grand National Assembly of Turkey and the Ministry of Justice during the preparation of crucial Turkish Criminal Law statutes, notably the Turkish Criminal Code No. 5237. Professor Dr. ÖZGENÇ has conducted extensive scholarly research and has made significant contributions to the field of academia.

DİZİN INDEX

A

Afet Ceza Hukuku, 11
Akıllı Şehirler, 137, 141
Anayasaya Uygunluk, 315, 571
Anestezi Uzmanı, 612
Arama, 144, 156, 160, 243, 261, 263, 264, 265, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 415, 416, 419, 420, 421, 422, 423, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 447, 449, 450, 452, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 481, 482, 483, 485, 490, 491, 492, 494, 495, 496, 497, 498, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 508, 690
Aynı Cinsiyet, 277, 283, 286, 288, 290, 300, 302, 306

B

Başhekim, 613, 623
Bayram Otel, 543, 545, 546, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 556, 557, 558
Beden Muayenesi, 277, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 298, 300, 304, 305, 307, 308, 309, 310, 311
Beps, 511, 512, 514, 515, 516, 517, 518, 526, 527
Bilinçli Taksir, 32, 333, 371, 536, 545, 547, 548, 549, 631
Bilişim Sistemi, 264, 447, 449, 450, 453, 454, 457, 466, 470, 475, 476, 477, 485, 490, 496, 498, 502, 506
Bulut Bilişim, 139, 140, 144, 428, 430, 447, 450, 451, 471, 472, 473, 474, 477, 478, 479
Büyük Veri, 139, 140, 141, 147, 151, 152, 155, 265

C

Ceza, 5, 6, 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 63, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 91, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 109, 110, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 131, 132, 137, 139, 143, 145, 146, 149, 150, 151, 156, 157, 159, 162, 166, 173, 176, 177, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 193, 198, 199, 200, 201, 203, 205, 207, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 217, 221, 223, 224, 227, 228, 230, 231, 232, 234, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 253, 254, 255, 259, 263, 264, 267, 280, 284, 289, 295, 296, 315, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 329, 331, 332, 333, 335, 336, 339, 340, 342, 343, 347, 349, 351, 352, 354, 356, 358, 359, 361, 364, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 381, 383, 384, 387, 389, 390, 391, 393, 394, 396, 397, 398, 399, 401, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 415, 420, 421, 422, 426, 437, 438, 439, 447, 449, 451, 452, 453, 457, 458, 472, 473, 474, 475, 483, 485, 487, 489, 490, 491, 493, 496, 497, 502, 504, 505, 529, 531, 533, 534, 537, 538, 539, 545, 551, 552, 553, 556, 558, 567, 569, 572, 577, 582, 598, 601, 603, 604, 605, 610, 619, 622, 631, 634, 635, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 648, 649, 651, 653, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 663, 664, 665, 668, 675, 676, 679, 681, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 691, 692, 695, 696, 697, 698, 701, 703, 705, 706, 707, 708, 709, 711
Ceza Hukuku, 1, 3, 5, 6, 7, 8, 11, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 41, 43, 45, 46, 48, 49, 55, 57, 58, 63, 65,

66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 91, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 109, 110, 117, 119, 120, 122, 123, 124, 131, 137, 143, 145, 146, 149, 150, 166, 173, 176, 177, 179, 180, 182, 183, 184, 185, 186, 188, 193, 199, 200, 201, 224, 259, 317, 319, 321, 322, 332, 335, 336, 339, 343, 347, 352, 358, 369, 371, 374, 381, 383, 389, 390, 393, 394, 396, 399, 402, 403, 404, 407, 408, 409, 504, 531, 537, 538, 551, 552, 558, 569, 577, 603, 622, 631, 634, 635, 641, 643, 644, 648, 649, 653, 655, 656, 659, 660, 661, 664, 668, 675, 676, 679, 681, 683, 684, 685, 687, 688, 689, 691, 695, 697, 698, 703, 705, 706, 708, 709

Ceza Muhakemesi, 1, 10, 41, 52, 90, 99, 111, 137, 144, 145, 150, 156, 161, 162, 169, 170, 172, 203, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 221, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 234, 235, 238, 239, 240, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 263, 264, 265, 267, 269, 270, 271, 275, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 299, 300, 303, 304, 305, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 358, 379, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 409, 410, 411, 412, 413, 415, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 447, 449, 452, 453, 454, 455, 456, 459, 461, 462, 467, 470, 471, 475, 479, 480, 481, 483, 490, 491, 505, 508, 509, 561, 568, 590, 630, 651, 686, 688, 712

Ceza Sorumluluğu, 1, 31, 40, 41, 45, 53, 67, 74, 91, 93, 99, 115, 117, 119, 120, 123, 132, 173, 193, 198, 199, 200, 332, 343, 344, 347, 355, 364, 366, 367, 368, 370, 377, 401, 410, 563, 572, 590, 630, 641, 651, 701, 708, 709

Cezai Uyum, 63, 68

Cinsel Suçlar, 7, 209, 214, 215, 216, 217, 299, 653, 655, 659, 660, 662, 663, 666, 667, 668, 670, 672, 673

Ç

Çifte Özen Anlayışı, 344, 347, 355, 370, 377, 563, 573, 575, 578, 579, 582, 590, 630

D

Deprem, 11, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 40, 400, 410, 543, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 555, 557, 558, 701

Dijital Delil, 416, 435, 441, 451, 452, 454, 457, 476, 479, 483, 485, 491, 494, 495, 504, 506

Dijital Veri, 154, 261, 263, 264, 265, 266, 435, 498, 704

Dijitalleşme, 11, 15, 17, 22, 23, 24, 25, 34, 252, 511, 513, 524

Dikkat ve Özen Yükümlülüğünün İhlali, 352, 253, 556

Dosyayı İnceleme Hakkı, 221, 232

Düşman Ceza Hukuku, 1, 3, 7, 8, 150, 170, 692, 697

E

Elektronik Bilgi, 415, 416

Elektronik İzleme, 7, 653, 655, 659, 664, 665, 667, 679, 670, 671, 672, 673, 675, 676, 678, 679

Evrensellik İlkesi, 11, 22, 39

F

Fikri İçtima, 359, 370, 642, 643, 644, 645, 646, 647

G

Garantör, 63, 75, 106, 121, 176, 341, 342, 538, 570

Geçici Elkoyma, 261, 454

Genel Arama Kararı, 416

Göçmen Kaçakçılığı, 11, 21, 22, 25, 26, 27, 34, 36, 37, 38

Görevi Kötüye Kullanma, 211, 329, 351, 597, 615, 620, 627

Güven İlkesi, 69, 176, 180, 183, 293, 333, 337, 339, 340, 558, 572, 580, 588, 610, 611, 613, 628

Güven Prensibi, 609, 610, 611, 612, 613, 618

Güvenlik Hukuku, 681, 689, 696, 698

Güvenlik Politikaları, 11, 150

H

Hazırlık Hareketleri, 11, 18, 19, 29, 37, 91, 100, 101, 149

İ

İç Denetim, 71, 73, 76, 83, 115, 118, 124
 İhmal, 32, 49, 50, 51, 52, 63, 66, 67, 69, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 101, 102, 106, 115, 117, 119, 125, 128, 134, 173, 176, 185, 315, 318, 322, 323, 324, 325, 333, 341, 342, 347, 350, 351, 355, 364, 367, 386, 388, 389, 394, 395, 396, 403, 529, 536, 537, 538, 552, 555, 570, 565, 615, 620, 642, 647, 649, 707, 708, 709, 710,
 İhmal Teorisi, 529
 İhmale Dayalı, 529
 İhmali Davranış, 620
 İhmali Hareket, 32, 102, 395, 396, 631
 İkincil Mağduriyet, 216, 221, 223, 250, 252, 277, 279, 290, 304
 İlaç, 609
 İnşaat, 604
 İş Bölümü, 611, 612, 613
 İş Kazası, 317, 321, 323, 325, 329, 333, 335, 338, 340, 343, 347, 348, 353, 355, 394
 İzin Verilen Risk, 609, 610

K

Kadının Muayenesi, 277, 279, 280
 Kamu Güvenliği, 29, 153, 156, 160, 653, 661, 693
 Karar Analizi, 591
 Karşılaştırmalı Ceza Adaleti, 146, 191, 653, 679
 Kast ve Taksir, 370, 371, 568
 Kasten Öldürme, 620
 Kent Güvenlik Ve Yönetim Sistemi, 147
 Kişi Olmayan, 1, 8
 Kişiliksizleştirme, 1
 Kore Ceza Hukuku, 1, 3, 4, 5, 8, 45, 61, 147, 180, 327, 653, 655, 660, 664, 665
 Kore İş Güvenliği Kanunu, 315, 319
 Koruma Tedbiri, 261, 280, 419, 447, 452, 455, 456, 481
 Kusurluluk, 53, 56, 329, 352, 381, 383, 389, 390, 396, 398, 399, 400, 401, 410, 534, 554, 555, 559, 567, 574, 588
 Küreselleşme, 11, 13, 15, 16, 20, 21, 22, 25, 26, 34, 513, 514, 517

L

Lege Ferenda, 1, 91, 92, 95, 286, 374
 Lege Lata, 1, 43, 44, 91, 92, 95, 319

M

Madde 167, 315
 Mağdur, 1, 183, 205, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 221, 223, 224, 225, 226, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 277, 279, 280, 284, 285, 287, 288, 290, 291, 292, 296, 298, 303, 304, 305, 401, 402, 407, 410, 468, 535, 552, 594, 595, 601, 658, 672, 674, 697, 704
 Mağdur Hakları, 205, 207, 215, 221, 223, 224, 227, 228, 229, 244, 245, 246, 247, 248, 255, 256, 257, 299, 312
 Modern Riskler, 11, 13, 15, 684
 Müşterek Faillik, 91, 94, 108, 333, 335, 336, 337, 338, 359, 369, 377, 529, 538

N

Nedensellik, 14, 18, 23, 24, 32, 66, 91, 94, 95, 100, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 111, 176, 338, 345, 350, 351, 364, 366, 367, 368, 369, 375, 383, 394, 395, 396, 399, 407, 529, 531, 535, 536, 538, 552, 554, 566, 658, 684, 685
 Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suç, 315, 318, 374, 575, 576, 589

O

Objektif İsnadiyet, 32, 37, 66, 106, 111, 176, 359, 367, 368, 371, 372, 374, 377, 383, 396, 399, 408, 538, 552, 557, 571, 574, 576, 583
 Objektif Özen Yükümlülüğü, 529, 531
 OECD, 122, 133, 317, 511, 512, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527
 Olası Kast, 32, 36, 37, 39, 200, 333, 334, 342, 359, 366, 369, 371, 372, 373, 374, 375, 377, 379, 631, 642
 Organizasyon, 618, 626
 Otonom Araç Hukuku, 173

Otonom Araçlar, 23, 141, 175, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 187, 188, 193, 197, 198, 200, 201, 704,705

Otonom Araçlar, 173, 176

Ö

Öngörücü Polislik, 144, 147, 151, 155, 159, 166, 169

Önleyici Ceza Hukuku, 11, 16, 150, 169, 681, 685, 686, 703

Örgütlü Suçlar, 7,11,25, 685

Özel Hukuk ve Ceza Sorumluluğu, 173

Özen Yükümlülüğünün İhlali, 31, 52, 329, 395, 529, 531, 534, 535, 554, 563, 566, 569, 570, 571, 572, 574, 576, 582, 583

Özensizlik, 620

P

Polisiye Yaptırımlar, 681, 691

R

Rekabet Hukuku, 483, 485, 486, 487, 491, 492, 501, 502, 504, 505, 508

Risk Toplumu, 11, 13, 14, 15, 16, 18, 20, 34, 36, 149, 182, 193, 195, 196, 329, 331, 335, 345, 529, 681, 683, 689, 697, 698

Risk Yönetimi, 21, 83, 115, 121, 173, 183, 515

Robotlar, 22, 137, 141

S

SAPL, 315, 316

Sarhoş, 605

Sınıraşan Suçlar, 11

Suç Mağduru, 6, 205, 209, 211, 215, 216, 226, 227, 234, 236, 249, 383, 396, 407, 408

Suç ve Güvenlik, 11, 150

Suçun Önlenmesi, 73, 139, 144, 147, 151, 152, 156, 157, 161, 166, 667, 681, 688, 689, 694, 697

Sütun I, 511, 518, 519, 525

Sütun II, 511, 518, 519, 523, 524, 525

Ş

Şirketler, 45, 46, 47, 51, 53, 56, 66, 71, 79, 95, 99, 104, 117, 118, 120, 122, 123, 124, 131, 132,

143, 175, 195, 268, 401, 410, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 520, 521, 522

T

Taksir, 1, 11, 32, 33, 37, 39, 50, 51, 52, 94, 130, 180, 193, 318, 320, 329, 333, 340, 341, 342, 346, 359, 369, 370, 371, 372, 374, 375, 376, 377, 379, 395, 532, 533, 534, 535, 536, 538, 546, 547, 548, 549, 563, 565, 566, 567, 568, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 580, 581, 583, 587, 589, 610, 631634, 642, 648

Taksirle Öldürme, 80, 225, 226, 318, 320, 324, 325, 341, 350, 351, 352, 354, 370, 371, 374, 375, 376, 381, 395, 39, 400, 408, 535, 536, 550, 567, 576, 580, 586, 589, 5913, 599, 604, 605, 620, 629

Taksirle Yaralama, 178, 200, 209, 350, 351, 352, 353, 354, 395, 536, 567, 572, 576, 580, 585, 586, 589, 591, 620

Taksirli Suç, 51, 108, 109, 180, 201, 318, 329, 333, 335, 336, 337, 338, 341, 352, 394, 395, 410, 543, 551, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 563, 566, 571, 580, 581, 582, 591, 599, 582, 604, 607, 645

Tam Otonom Sürüş, 173, 179, 181

Tanımlama Teorisi, 43, 55

Tecrübe, 605

Tedavi, 612

Terör, 11, 19, 25, 27, 28, 29, 30, 38, 39, 400 143, 150, 157, 159, 465, 686, 689, 690, 703

Terörizm, 11, 15, 21, 34, 149, 182, 687, 690, 703

Teşhis, 612

Toplumsal Riskler, 11

Trafik Güvenliği, 605

Trafik Kanunu, 605

Trafik Kazalarının İşlenmesi, 173

Tren Kazası, 337, 597, 598, 591, 599, 600, 603, 615, 711

Türk Ceza Reformu, 653

Türkiye, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32, 34, 36, 37, 40, 111, 115, 117, 119, 120, 121, 122, 133, 147, 148, 151, 152, 153, 154, 156, 158, 166, 196, 199, 223, 234, 236, 242, 250, 253, 256, 257, 258, 259, 280, 281, 285, 287, 290, 307, 308, 310, 312, 359, 360, 361, 366, 367, 371, 377,

384, 393, 412, 451, 467, 468, 480, 483, 485,
486, 490, 492, 495, 500, 505, 508, 524, 526,
549, 563, 572, 588, 591, 594, 610, 611, 628,
653, 675, 679, 688, 689, 691, 693, 697, 703,
706, 712

Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu, 115, 117, 120,
123, 401, 411

U

Ultima Ratio, 1, 2, 5, 8, 11, 12, 19, 27, 35, 149, 315,
316, 322, 456, 539

Uluslararası Vergi Kaçakçılığı, 511

Utanma Duygusu, 277, 281, 282, 284, 285, 286,
288, 294, 300, 301, 302

Uzaktan Arama, 416, 428, 447, 450, 469, 470, 477,
497

Uzman Hekim, 612

V

Veri Analizi, 147, 151, 152, 154, 156, 161, 166

Veri Taşıyıcısı, 261, 263, 264, 265, 266, 267, 268,
269, 270, 271, 272

Viktimoloji, 205, 224

Y

Yangın, 605

Yapay Zekâ, 11, 22, 23, 24, 34, 39, 137, 139, 140,
141, 143, 144, 145, 146, 147, 151, 152, 153,
155, 156, 157, 158, 159, 161, 162, 163, 164,
165, 166, 167, 168, 169, 170, 172, 173, 175,
179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 188,
193, 195, 196, 197, 202, 203, 454, 701, 703,
704, 705

Yapay Zekâ ve Risk Ceza Hukuku, 173, 181

Yaptırım Sistemi, 68, 653, 655, 656, 662

Yeniden Suç İşlemeyi Önleme, 653, 674

Yerinde İnceleme, 483, 485, 486, 487, 488, 489,
490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498,
499, 500, 501, 502, 504, 505, 506, 508

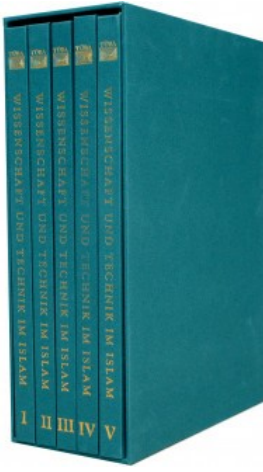
Yetenek, 604

Yönetim Organı, 72, 73, 91, 94, 117

Yüz Tanıma Sistemi, 147, 157, 161

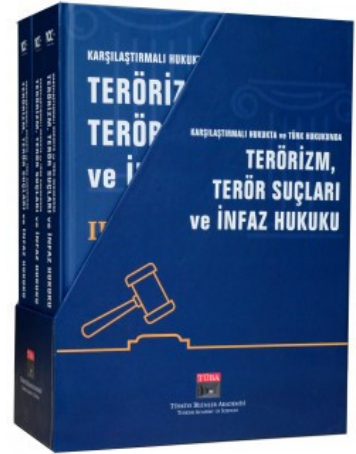
Z

Zamanaşımı, 591, 594, 595, 596, 598, 602, 621



Wissenschaft und Technik im Islam

Terörizm, Terör Suçları ve İnfaz Hukuku



National Technology Initiative: Social Reflections and Türkiye's Future

- Risk Toplumu ve Ceza Hukukunun Fonksiyonu
- De lege lata ve De lege ferenda T zelkişilerin Ceza Sorumluluğu
- Dördüncü Sanayi Devrimi Bağlamında Su ve Ceza Siyaseti
- Trafikte Otonom Araç Kullanımına İlişkin Düzenlemeler
- Ceza Muhakemesi Sürecinde Mağdur Haklarının Takviyesi
- İş Güvenliğine ve İşçi Sağlığına İlişkin Tedbirlere Aykırılıklar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu
- Ceza Muhakemesi Sürecinde Dijital Verilerin Delil Olarak Kullanılması Sorunu
- Risk Toplumu Bağlamında Taksir Düzenlemesi
- Risk Toplumunda Yaptırımlar Sisteminde Reform



TÜRKİYE BİLİMLER AKADEMİSİ
TURKISH ACADEMY OF SCIENCES

Vedat Dalokay Caddesi No: 112 ankaya 06670 ANKARA
Telefon : +90 (312) 442 29 03 Faks : +90 (312) 442 72 36

www.tuba.gov.tr

TUBAakademi

TUBAakademi

TUBAGencakademi

Turkiyebilimlerakademisi

