

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 13 | Sayı: 4 | Aralık 2020

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

Suç ve Ceza dergisi
TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin'de
yer almaktadır


TÜBİTAK
ULAKBİM

**SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA**

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ias-partners.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılğan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin İncoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Banş Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Onur Kaplan (Yaşar Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızılarslan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Aralık 2020

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı. O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşını aşmıştır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalarda bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- İSVİÇRE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
JÜRİNİN KALDIRILMASI **849**
*THE SUPPRESSION OF THE JURY IN SWISS
CRIMINAL PROCEDURAL LAW* E. Eylem Aksoy RETORNAZ
- YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ'NİN MAKUL **865**
SÜREDE SERBEST BIRAKILMA HAKKININ
İHLALİ NEDENİYLE CMK M. 141/1(D)
BAĞLAMINDA AÇILAN TAZMİNAT
DAVALARI İLE İLGİLİ İÇTİHADININ
DEĞERLENDİRİLMESİ
*AN ANALYSIS OF THE CASE LAW OF THE
COURT OF CASSATION IN RELATION TO
COMPENSATION CLAIM PURSUANT TO ART.
141/1(D) FOR THE BREACH OF THE RIGHT
TO BE RELEASED WITHIN A REASONABLE
TIME* Öznur SEVDİREN
- BASIN OMBUDSMANLIĞININ **911**
NEFRET SÖYLEMİ VE YARGISAL
KARARLAR ÇERÇEVESİNDE YENİDEN
DEĞERLENDİRİLMESİ
*REVISITING THE PRESS OMBUDSMAN IN THE
CONTEXT OF HATE SPEECH AND JUDICIAL
DECISIONS* Alev YÜCEL
- FRANSIZ "GENEL GÜVENLİK KANUNU" **951**
BAŞLIKLIL YASA ÖNERİSİNİN 24.
MADDESİNİN AIHM İÇTİHADI IŞIĞINDA BİR
ANALİZİ
*AN ANALYSIS OF THE ARTICLE 24 OF THE
FRENCH DRAFT SECURITY LAW IN THE
LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF
HUMAN RIGHTS' CASE LAW* Beril MOREL

OTONOM ARAÇLARIN HUKUKİ
SORUMLULUĞUNUN TÜRK VE
ALMAN HUKUKU KAPSAMINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ

977

*EVALUATION OF LEGAL LIABILITY OF
AUTONOMOUS VEHICLES UNDER TURKISH
AND GERMAN LAW*

Asena Damla ŞAHİN

İSVİÇRE CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA JÜRİNİN KALDIRILMASI *

Doç. Dr. E. Eylem Aksoy RETORNAZ **

Özet

Ceza adaletinin hukukçuların tekelinde olmadığı düşüncesi uzun zamandır İsviçre hukukuna yerleşmiş bir düşüncedir. Bu husus göz önüne alındığında, İsviçre hukukunda ceza davalarında jüri kurumunun Federal Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kabulünden sonra dahi varlığını sürdürmeye devam edeceği düşünülebilir. Mahkemelerde hukukçu olmayan yarı zamanlı hakimler görev yapmaya devam ederken, jüri kurumu neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır.

Anahtar Kelimeler: Jüri, Ceza Yargılaması, İsviçre Ceza Muhakemesi Hukuku, Adil Yargılanma Hakkı, İsviçre Federal Ceza Muhakemesi Kanunu.

THE SUPPRESSION OF THE JURY IN SWISS CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Abstract

The idea that criminal justice is not the monopoly of lawyers has long been entrenched in Swiss law. Considering these features, one can think that the presence of the jury in criminal cases would be maintained even after the unification of the criminal procedure. While part-time judges without legal training continued to serve, the jury has almost disappeared.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 10/01/2021. İlk hakem raporu tarihi: 18/01/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 06/02/2021.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, eaksoy@gsu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-4174-1775.

Keywords: Jury, Criminal Trial, Swiss Criminal Procedure Law, The Right to a Fair Trial, The Swiss Federal Criminal Procedure Code.

Giriş

Ceza adaletinin hukukçuların tekelinde olmadığı düşüncesi uzun zamandır İsviçre hukukuna yerleşmiş bir düşüncedir. Bugün bile, hukuk eğitimi, yargılama faaliyetine katılmak için her zaman gerekli bir ön koşul değildir. Federalizm gereği, kantonlar adli ve idari yargı ilk derece mahkemelerinin, istinaf mahkemelerinin ve savcılığın kuruluş ve yetkilerini kanunlarla belirlerler. Yargılamanın hukuk fakültesi mezunu hakimler tarafından yapılması yönünde genel bir eğilim söz konusu olsa bile, bazı kantonlar, hukuk eğitimi almış hakimlerin yanı sıra hukukçu olmayan hakimlerin de yarı zamanlı olarak görev yaptığı mahkemelerin kurulmasını istemiştir. Bu nedenle, örneğin, ceza ve hukuk davalarında bir istinaf mahkemesi olan Obwalden Kantonu Yüksek Mahkemesi, sadece ikisi hukuk fakültesi mezunu on hakimden oluşmaktadır¹.

Bu özellikler göz önüne alındığında, İsviçre hukukunda Federal Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (İFCMK)² kabulünden sonra jüri kurumunun varlığını sürdürdüğü düşünülebilir. İFCMK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte hukukçu olmayan yarı zamanlı hakimler yargılama faaliyetine katılmaya devam ederken jüri kurumu neredeyse tamamen ortadan kalkmıştır.

İFCMK'nın yürürlüğe girişine kadar, ceza muhakemesi kanunları bir kantondan diğer kantona büyük farklılıklar göstermekteydi. 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte İFCMK, kanton ceza muhakemesi kanunlarının yerini almıştır.

İsviçre Hukukunda Federal Ceza Mahkemesi, ilk derece mahkemesi olarak, yalnızca Konfederasyon'un yargı yetkisine giren suçlara ilişkin yargılamayı yapar (örneğin, terör suçları, vatana ihanet, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu, organize suçluluk).

1 https://www.ow.ch/de/politik/justizmain/gerichte/welcome.php?departement_id=33&page=1 (Erişim Tarihi: 20/12/2020).

2 RO 2010 1881, Feuille fédérale (FF) 2006 1057. <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/1057.pdf>. (Erişim tarihi: 22/12/2020).

Adli yargı ilk derece ve istinaf mahkemelerinin kuruluşu ve yargı yetkileri kantonlar tarafından belirlenir. Kantonlar, Federal Ceza Mahkemesi'nin sınırlı yargı yetkisi ve Federal Anayasa ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan adil yargılanma hakkına ilişkin kuralları dikkate alarak adli teşkilatlarını kurmakta serbesttir. Böylece, kantonlar muhakeme kurallarının doğru olarak uygulanmasını engellemek koşuluyla, adli yargı teşkilatlarını oluşturabilirler. Bu bağlamda kantonlar jüriyi kaldırmayı seçmişlerdir.

Bu makalede, İFCMK'nın kabul edilmesinden önceki dönemde ceza yargılamasında jüriye ilişkin düzenlemeler ile İFCMK'nın kabul edilmesinin ardından yürürlüğe girmesine kadar olan dönemde jüriye ilişkin tartışmalar ele alınacaktır.

I. Federal Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Kabulünden Önceki Dönem

A) Sonun Başlangıcı

XIX. yüzyılda Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu'nun alınması ile birlikte İsviçre Hukukunda ceza yargılamalarında jüri yer almaya başlamıştır³. Bu durum Fransızca konuşulan kantonlarla sınırlı değildir⁴. Bu husus, 1830'lu yıllarda başlayan, ilk modern federal anayasanın kabul edildiği 1848 yılında doruğa ulaşan ve XIX. yüzyılın ikinci yarısı boyunca devam eden "Yenilenme" adı verilen siyasi bir hareketin sonucudur⁵.

Jüri, fazlasıyla gelenekçi olduğu düşünülen bir yargı üzerinde demokratik kontrolün bir aracı olarak görülmüştür⁶. Hukukçu olmayan kişilerin yargılamaya katılımı, hukukçu olmayan hakimlerin belirlenmesi sürecinin yerel siyasi oligarşilerin denetiminde olduğu

3 JOLIVET Anne, "Quels Enseignements Tirer De L'Etude Du Procès Criminel En Suisse", *Les Cahiers de la Justice*, 2017/4, s. 656.

4 PIQUERREZ Gérard, *Traité de procédure pénale suisse*, 2e édition Schulthess, 2006 s. 78.

5 Bkz. *Restauration et Régénération*, https://www.unige.ch/fapse/edhice/files/7014/7973/4555/7_Restauration_et_Regeneration_1813-1832.pdf (Erişim Tarihi: 20/12/2020)

6 CONTARINI Filippo/LUMINATI Michele, "La giuria sgradita. Breve storia delle Assise Federali", *Geschworenengerichte. der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/jurys populaires– le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 48-49. Ayrıca Bkz. FRYDMAN Benoit, "La contestation du jury populaire. Symptôme d'une crise rhétorique et démocratique", *Questions de communication* <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/2334>. (Erişim Tarihi: 20/12/2020)

gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷. Bu nedenle jüri demokratik bir düzenleme olarak görülmüştür.

Yargılamanın demokratikleşmesi gerektiği yönündeki eleştiriler üzerine Zürih Kantonu 1852 tarihli Ceza Muhakemesi Kanunu ile jüriye ilişkin düzenlemeler yapmıştır⁸. Napolyon döneminde Leman il idaresine bağlı olması sebebiyle Fransız mevzuatını alan Cenevre Kantonu'nda, 1848 yılında jürinin yetkisi genişletilmiş, asliye ceza mahkemeleri yerine jürinin görev yaptığı ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur⁹. Neuchâtel Kantonu ise Cenevre modelini takip etmiştir. 1862 yılında ceza davalarında meslekten olmayan hakimlerin görev yaptığı mahkemelerin yerini jürilerin görev yaptığı mahkemeler almış, jürili ağır ceza mahkemeleri kurulmuştur¹⁰.

Bununla birlikte, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu modeline göre yapılan denemeler kısa sürede hayal kırıklığı yaratmış ve değişiklik ihtiyacı hissedilmiştir. Bu değişiklik ihtiyacının iki temel nedeni, kurumun yarattığı maliyetler ve hukuka aykırı, hatta saçma kararlardır¹¹. XIX. yüzyılın sonundan itibaren jüriye ilişkin tartışmalar başlamıştır¹². 1952 yılında Federal Mahkeme'nin, jürinin verdiği kararların da tıpkı bir mahkeme kararı gibi maddi vakıalar ve hu-

7 GARRÉ Roy, "L'introduzione della giuria popolare in Ticino", *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 84-85; KUHN André/MACALUSO Alain/JEANNERET Yvan/AMINIAN Nahal/LA SALA Leslie, "Le canton du Tessin a-t-il véritablement maintenu un jury populaire en matière pénale ?", *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 106-107 ; CLERC François, *Initiation A La Justice Penale En Suisse I*, éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1975, s. 76.

8 Bkz. §§ 14, 203-272 Gesetz Betreffend Das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852, OS 9, s. 67 - 148, <https://suche.staatsarchiv.djktzh.ch/Dateien/107/D538728.pdf> (Erişim Tarihi: 21/12/2020).

9 STRAULI Bernard, "Le Jury Genevois", *Revue internationale de droit pénal*, 2001/1, s. 327 ; PEDRAZZINI RIZZI Verena, "La suppression du jury populaire à Genève: chronique d'une mort annoncée", *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 132-136.

10 Bkz. Rapport du 31 août 2009 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant adoption d'une nouvelle organisation judiciaire neuchâtoise et adaptation (première partie) de la législation cantonale à la réforme de la justice fédérale, s. 19, https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2009/09038_CE2.pdf (Erişim Tarihi: 22/12/2020).

11 CLERC, s. 74-75.

12 CLERC, s. 75.

kuk yönünden gerekçelendirilmesi gerektiği yönündeki kararı¹³, jüri kurumuna büyük bir darbe indirmiştir. Bu içtihatla jürinin basit bir “evet” veya “hayır” şeklinde karar alması engellenmiştir¹⁴. Altmış sekiz yıl önce Federal Mahkeme tarafından benimsenen çözüm, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin *Taxquet/Belçika*¹⁵ kararıyla büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

Bir başka sorunlu nokta ise Federal Mahkeme’nin kendisini maddi vakıaların keyfi olarak değerlendirmesine dayanan tüm kararları, bu bir jüri kararı olsa bile, iptal etme yetkisine sahip görmesinden kaynaklanmaktadır. Yüksek mahkemenin maddi bulgulara ilişkin bu denetimi, kanton düzeyinde maddi hukuk veya usul meseleleriyle sınırlı olarak temyiz kanun yolu denetimini zorlaştırmıştır.

B) Jürinin Dönüşümü

Jürinin ceza yargılamasında neden olduğu sorunları ortadan kaldırmak için kantonlar çeşitli çözüm arayışlarına girmişlerdir. Bazı kantonlar jüri sistemini kısmen değiştirmekle yetinirken, bazı kantonlar ise köklü reformlar yapmışlardır.

1891 yılında Cenevre hukukunda sistemin kısmen değiştirilmesi yaklaşımı benimsenmiştir¹⁶. İFCMK’nın yürürlüğe girmesinden önceki son halinde, Cenevre Ceza Muhakemesi Kanunu, Ağır Ceza

13 ATF 78 IV 134. (www.bger.ch).

14 BURNAND Yves, “Liberté de la preuve et intime conviction”, *Revue jurassienne de jurisprudence*, 2004, s. 116.

15 İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), *Taxquet c. Belgique*, Grande Chambre no:926/05, 16/11/2010 (www.echr.coe.int). Taxquet, bir bakanın öldürülmesi ve eşinin öldürülmeye teşebbüs edilmesine ilişkin davada yedi şerikle birlikte ağır ceza mahkemesinde yargılanmıştır. Jüri kararında dördü başvurana ilgilendiren otuz iki soruya cevap vermiştir. Jüri üyelerinin Taxquet’in suçlu olduğuna ilişkin kararının ardından, başvuran yirmi yıl hapis cezasına çarptırılmış temyiz başvurusu ise reddedilmiştir. 13 Ocak 2009 tarihli bir kararla, İHAM, ağır ceza mahkemesi kararının gerekçelendirilmemiş olması nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir. Başvuruyu inceleyen Büyük Daire de adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. İHAM, jüri tarafından verilen bir kararın gerekçelerinin belirtilmemesinin başlı başına 6. maddeyi ihlal etmediğini, adil yargılama hakkına riayet edilmesi için, sanığın ve kamuoyunun verilen kararı anlamasına izin verecek yeterli güvenceler ihdas edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu güvenceler, jürinin cevaplarının gerekçesiz olmasını telafi etmeye yönelik olarak, jürinin vereceği karara bir çerçeve oluşturacak kesin ve tartışmasız sorular yönelmeyi içerebilir. Örneğin, jüri üyelerine ortaya çıkan hukuki sorunlar veya ikame edilen deliller hakkında talimatlar veya açıklamalar sunmak bu tür güvencelerdir.

16 CLERC, s. 75.

Mahkemesi veya Asliye Ceza Mahkemesi başkanının sanığın suçluluğu hakkında değerlendirme yapmadan müzakerelere katılmasına izin vermektedir¹⁷. Zabıt katibi sadece jüriye sorulan soruların cevaplarını değil, bu sorulara verilen cevapların gerekçelerini de tutanaklara geçirmektedir. Nihai karar ayrıca, “*kabul edilen ve reddedilen temel delillere ilişkin gerekçeler*”¹⁸ ile “*jüri kararının ve mahkeme kararının hukuki gerekçeleriyle ve jürinin cezaya veya güvenlik tedbirine hükmedilmesine ilişkin kararının hukuki gerekçelerini de*”¹⁹ içermek zorundadır.

Cenevre hukukunda meslekten hakimler ve jüri, ceza hakkında ortaklaşa müzakere etmektedir²⁰. Kararın açıkça yanlış bir şekilde belirlenen gerçeklere dayandığı ileri sürülerek karar temyiz edilebilmektedir²¹. Federal Mahkeme’nin Cenevre Ceza Muhakemesi Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki şekliyle jüriye ilişkin verdiği bir karar bulunmamaktadır.

Diğer kantonlar ise hakimler ve jüri üyeleri arasındaki işbölümünü tamamen terk etmişlerdir. Jüri ve hakimler tüm hususları birlikte müzakere etmektedirler. Bu noktadan itibaren bir jürinin varlığından bahsetmek mümkün gözükmemektedir, daha ziyade jüri ve hakim tarafından yapılan ortak bir yargılama faaliyeti söz konusudur. Başka bir ifadeyle, jüri üyeleri yargılamaya katılmaya devam etmektedir. Ancak özerk bir ceza muhakemesi kurumu olarak jüri ortadan kalkmıştır. Bu çözüm Zürih²², Neuchâtel²³ ve Tiçino²⁴ Kantonlarında benimsenmiş, son iki kantonda jüri üyeleri hem Asliye Ceza Mahkemesinin hem de Ağır Ceza Mahkemesinin oluşumuna katılmaya devam etmişlerdir.

17 Md. 304(2) mülga 24/09/1977 tarihli Cenevre Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK - GE), <https://www.lexfind.ch/fe/fr/tol/31462/versions/175886/fr> (Erişim Tarihi: 23/12/2020). Bkz. PEDRAZZINI RIZZI, s. 136 ss.

18 Md. 327(1)(c) CMK - GE.

19 Md. 327(1)(d) CMK - GE.

20 Md. 317 ve 318 CMK - GE.

21 Md. 340(f) CMK - GE.

22 §§ 260-266 mülga 04/05/1919 tarihli Zürih Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK - ZH), [http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/C32BAACE6E4CB628C12575D-8004274B6/\\$File/321_4.5.19_65.pdf](http://www2.zhlex.zh.ch/appl/zhlex_r.nsf/WebView/C32BAACE6E4CB628C12575D-8004274B6/$File/321_4.5.19_65.pdf) (Erişim Tarihi: 23/12/2020).

23 Md. 231 mülga 19/04/1945 tarihli Neuchâtel Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK - NE), <https://www.lexfind.ch/fe/fr/tol/11037/versions/58368/fr> (Erişim Tarihi: 03/01/2021).

24 Md. 257(2) 19/12/1994 tarihli Tiçino Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK - TI), <https://www.lexfind.ch/fe/it/tol/19874/versions/102767/it> (Erişim Tarihi: 23/12/2020).

Jüri üyelerinin doğrudan seçmenlerden oluşması, jüri üyelerinin hakimlerle birlikte bir yargılama süjesi olduğu izlenimini güçlendirmektedir. Neuchâtel Kantonu'nda jüri üyeleri halk tarafından seçilmiştir. Her 2.000 kişi için bir jüri üyesi seçilmesi öngörülmüştür²⁵. Listeler, ilk derece mahkemesi başkanı, kanton meclisi üyeleri ve belediye meclislerinin üyelerinden oluşan karma bir komisyon tarafından hazırlanmıştır. On beş seçmen imzasıyla seçim listeleri oluşturulmuştur. Esasen, ortak komisyonun yaptığı öneri tek ve zımnî seçim şekli olmuştur. Jüri üyeleri için son seçimler Neuchâtel Kantonu'nda 1986 yılında yapılmıştır. Tiçino Kantonu'nda jüri listesi kanton meclisi tarafından hazırlanmıştır²⁶.

Son olarak, çok sayıda kanton jürinin katılımıyla oluşan Ağır Ceza Mahkemelerini tamamen kaldırmıştır²⁷. Ancak bu husus yargı faaliyetinin tamamen hukuk eğitimi almış, meslekten hakimler tarafından yerine getirilmesi anlamına gelmemektedir.

II. Federal Ceza Muhakemesi Kanununun Hazırlık Çalışmaları Esnasındaki Tartışmalar

İFCMK'nın hazırlık çalışmaları jürinin zımnî olarak kaldırılması önerileri için bir zemin yaratmış ancak bu öneri kanton kanun koyucuları tarafından tereddütle karşılanmıştır.

A) Jürinin Zımnî Olarak Kaldırılması Önerisi

İFCMK metni, ilk derece yargılamasında jüriye ilişkin bir düzenleme içermezken, hazırlık çalışmasından jürinin zımnî kaldırıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

1. Tarafsız Bir Kanunî Düzenleme

İsviçre ceza muhakemesi, 1 Ocak 2011'de yürürlüğe giren 5 Ekim 2007 tarihli İFCMK ile birleştirilmiştir. Birleşme, adli teşkilatı

25 Md. 44a mülga 27/06/1979 Neuchâtel Kantonu Adliye Teşkilatına Dair Kanun (<https://www.lexfind.ch/fe/fr/tol/11353/versions/59967/fr>; Erişim Tarihi: 23/12/2020).

26 Md. 8 ve 9 10/05/2006 tarihli Tiçino Kantonu Adliye Teşkilatına Dair Kanun (TKATK) <https://www.lexfind.ch/fe/it/tol/32191/versions/182018/it>. (Erişim Tarihi: 22/12/2020). Bu maddeler İFCMK'nın yürürlüğe girmesiyle ilga olmuştur.

27 CLERC, s. 76.

kapsamamaktadır. Bu nedenle adli yargı ilk derece mahkemeleri ve istinaf mahkemelerinin kuruluşu ve yetkileri kantonlar tarafından kanunla belirlenmektedir. Bununla birlikte, İFCMK iki yıldan fazla hapis cezalarının ve tedavi amaçlı güvenlik tedbiri ve cezanın infazından sonra güvenlik gözetiminde bulundurulma (İFCMK'nın 59. maddesinin 3. fıkrası) tedbirinin mahkeme heyeti tarafından verileceğini düzenlemiştir²⁸. Ayrıca İFCMK'da ya da başka bir federal kanunda açıkça düzenlenmedikçe, ceza makamlarının üyelerinin seçim şekillerinin, bu makamların yapısının, teşkilatının ve yetkilerinin kantonlar tarafından düzenleneceği belirtilmiştir²⁹. Bu iki madde kantonların adli teşkilatlarının belirlenmesine yönelik sınırlamalar olarak değerlendirilebilir.

İFCMK'da, jürinin kaldırılmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Aksine, Kanundaki bazı maddelerin jürinin varlığını sürdürmesi amacıyla tasarlandığı görülmektedir. İlk olarak Kanun bazı yargılama işlemlerinin heyet başkanı tarafından yapılmasını öngörmüştür³⁰. Bu düzenleme yargılamanın tek hakim tarafından yapıldığı hallerin ayırt edilmesine olanak sağlamaktadır. Esas itibarıyla, İFCMK, duruşmayı düzenlemek için mahkeme başkanına bir dizi karar alma yetkisi vermektedir. Bu, tipik olarak, jürinin katılımıyla gerçekleşen yargılamalarda görülen bir husustur. Buna ek olarak, müzakereler ikiye ayrılabilir, ilk aşama yalnızca sanığın suçluluğu hakkında müzakerede bulunulabilir³¹. Bu düzenleme de jüriye ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle, ilk derece mahkemelerinde jürinin katılımıyla yargılama yapılamayacağını söylemek mümkün değildir³².

İFCMK'da jürinin katılımına ilişkin belirtilen tek kısıtlama, müzakerenin ikiye ayrılabilmesine rağmen her iki aşamanın da aynı heyet tarafından yapılması gerekliliğidir. Örneğin, suçluluğa ilişkin kararın

28 Md. 19(2) İFCMK

29 Md. 14(2) İFCMK.

30 Md. 329 İFCMK (iddianemenin kabulü veya reddi), Md. 330 İFCMK (esasa ilişkin celsenin hazırlanması), Md. 331 İFCMK (esasa ilişkili olan celsenin tarihinin belirlenmesi) ve Md. 332 İFCMK (esasa ilişkili olan celseden önceki hazırlıklı duruşmaları).

31 Md. 342 İFCMK.

32 SCHUBARTH Martin, "Das Tessiner Geschworenengericht: unvereinbar mit der neuen StPO ?", *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, s. 121-122.

jüri tarafından, cezaya ilişkin kararın ise hakim tarafından verilmesi mümkün değildir. Ancak bu düzenleme Cenevre Kantonu örneğinde olduğu gibi hakimlerin jüri üyeleri ile birlikte müzakere etmesine engel bir düzenleme değildir.

2. Hazırlık Çalışmaları

İFCMK'nın ilk hazırlık çalışmalarında, Kanunun jürili yargılama ile uyumlu olup olmadığına ilişkin herhangi bir gösterge bulunmamaktadır. Hazırlık çalışmalarındaki bu sessizlik sadece kanton egemenliğini koruma arzusunu da yansıtmamaktadır. Ceza yargılamasının birleştirilmesine ilişkin tartışmalar, İsviçre ceza muhakemesinin amiral gemisi olan ilk soruşturma hakiminin kaldırılması etrafında yoğunlaşmıştır. Uzman komisyonunun raporunun da özellikle bu hususa odaklandığı görülmektedir³³. Jüriye ise yalnızca Amerikan hukukuna ilişkin “*plea bargaining* (iddianame pazarlığı)” gibi kurumların benimsenmesinin önerildiği satırlarda rastlanılmaktadır³⁴.

İFCMK öntasarının ardından Federal Hükümet tarafından hazırlanan raporda jürinin kaldırılmasına işaret eden bazı ifadeler yer almaktadır. Raporun ilk kısmında adli teşkilata ilişkin düzenlemelerin kantonların yetkisinde olduğuna ilişkin belirlemelerde şu ifadelere yer verilmektedir: “Öntasarı, (jürinin katılımıyla oluşan) ağır ceza mahkemelerini doğrudan dışlamamaktadır. Ancak fiilen, bunlar artık oluşturulamaz, zira 361. madde ve devamı maddeler ilk derece mahkemesi önündeki duruşmalara ilişkin (jürili mahkemeler sisteminin işleyişi için gerekli olan ve kapsamlı olarak kabul edilmesi gereken) belirli kuralları içermemektedir.”³⁵

Bu iki cümle jürinin kaldırılmasına ilişkin temeli oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, ilk derece mahkemesi önünde uygulanacak yargılama kurallarının tüm mahkemeler için aynı olması, jürinin varlığına

33 Bkz. De 29 à l'unité - Concept d'un code de procédure pénale fédéral, Rapport de la Commission d'experts “Unification de la procédure pénale” (“De 29 à l'unité”), 1997, ss. 31 - 41. (<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/a29m1-f.pdf.download.pdf/a29m1-f.pdf>; Erişim Tarihi: 22/12/2020).

34 “De 29 à l'unité”, s. 53.

35 Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, s. 45, <http://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vnber-1-f.pdf>. (Erişim Tarihi: 22/12/2020).

fiili bir engel teşkil edecektir. Metni hazırlayanların gözünde, jürili mahkemeler önünde yargılama ancak belirli usul kurallarının varlığında yapılabilir. Raporda sadece jürili Ağır Ceza Mahkemesinden bahsedilmişken o tarihte Cenevre ve Tiçino Kantonlarında Asliye Ceza Mahkemelerinde de jürinin varlığı dikkate alınmamıştır.

Federal Meclis'e sunulan İFCMK tasarısının genel gerekçesi, ön-tasarıya ilişkin ifade edilen hususları yansıtmakla birlikte daha fazla ayrıntı içermektedir: “*Mevcut adli makamlardan feragat edilmesi, gerekli değilse de başka bir açıdan da mümkün görünmektedir. Nitekim taslak (jürili) ağır ceza mahkemelerine ilişkin herhangi bir özel hüküm içermemektedir. Bu nedenle, jürili ağır ceza mahkemelerine verilen yargı yetkisinin gittikçe sürekli olarak görev yapan mahkemelere emanet edilmesine yönelik (ki bu husus bazı durumlarda meslekten olmayan hakimleri yargılamaya katılmasını dışlamamaktadır) bir eğilim dikkate alınmaktadır*”³⁶.

Gerekçede, jürinin kaldırılmasının sadece ilk derece mahkemesi önündeki yargılamaya ilişkin usul hükümleri nedeniyle gerekli olmadığı, ancak İsviçre ceza yargılamasındaki son gelişmelerin bir sonucu olduğu ifade edilmektedir. Jürinin kaldırılmasının gerekli değilse de mümkün olduğuna ilişkin ibareler ise kantonlara yönelik uzlaşmacı tavrın bir işaretidir. Ayrıca gerekçe ceza adaletine jürinin katılımının tamamen dışlanmadığını açıkça ortaya koymaktadır. Ancak Federal yasama organı, kantonları zımni bir şekilde, jüri yerine meslekten hakimlerin yanı sıra hukukçu olmayan hakimlerin de görev yaptığı mahkemeler kurmaya teşvik etmektedir.

Gerekçede ve hazırlık çalışmalarında jürinin kaldırılmasına ilişkin ileri sürülen hususlar ise yeterince açık değildir. İFCMK'nın hazırlık çalışmalarında, örneğin ister tek hakim isterse mahkeme heyetinden oluşan ilk derece mahkemeleri önünde aynı yargılama kurallarının uygulanmasının neden gerekli olduğu belirtilmemiştir. Öte yandan, hazırlık çalışmasında belirtilen jürinin kaldırılmasına yönelik eğilimin varlığına rağmen süreci hızlandırmanın gerekliliği de hiçbir şekilde açıklanmamaktadır. Jürinin kaldırılmasının usul kurallarına

36 FF 2006 1366, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/1057.pdf>; Erişim Tarihi: 22/12/2020).

dayandırılması da ikna edici değildir, zira yukarıda ilk derece mahkemelerinde uygulanan muhakeme kurallarının jürili yargılamanın belirli özelliklerini anımsattığı belirtilmiştir.

B) Kantonların Tepkileri

Kantonların jürinin kaldırılmasına yönelik olarak tepkileri farklılık göstermiştir. Kantonların büyük çoğunluğu tartışma olmaksızın jürinin kaldırılmasını kabul etmiştir. Bununla birlikte Tiçino Kantonunda jürinin kaldırılması tartışmalara neden olmuştur.

1. Jürinin Kaldırılması

Kantonların büyük çoğunda, jüri, herhangi bir tartışma olmadan kaldırılmıştır. Jürinin kaldırılmasından sonra Neuchâtel ve Zürih Kantonlarında, mahkemeler tamamen hukuk eğitimi almış meslekten hakimlerden oluşmaktadır.

Neuchâtel Kanton Hükümeti tarafından adli teşkilatla ilgili konularda yapılacak değişikliklerle ilgili Kanton Meclisine sunulan bir raporda jürinin kaldırılmasının federal hukuktan kaynaklandığının, federal hukukun jüri sistemini kabul etmediğinin, bu nedenle de jürinin kaldırılmasının bir zorunluluk olduğunun belirtilmesi dikkat çekicidir³⁷. Zürih Kantonu Hükümetinin de Kanton Meclisine neredeyse aynı gerekçeleri sunduğu görülmektedir³⁸.

Neuchâtel Kantonu'nda altı aydan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar nedeniyle yapılan yargılamalarda jüri üyelerinin katılımı kanunla düzenlenmişken³⁹, ceza yargılaması faaliyetinin çok fazla tartışılmadan tamamen meslekten hakimlere bırakılması rastlantı değildir. İFCMK'nın Federal Meclis'e sunulmasından hemen önce Federal Mahkeme'ye, Neuchâtel mahkemelerinden verilen birden fazla dolandırıcılık suçuna ilişkin bir yargılamada jüri üyelerinin karara

37 Rapport du 31 août 2009 (Bkz. Dipnot 10), s. 39.

38 Cf. Weisung zum Antrag des Regierungsrat vom 1. Juli 2009. Gesetz über die Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kantonalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Prozessgesetze des Bundes), ABL 1571, https://amtsblatt.zh.ch/pdf/tt/20091408_33_T.pdf#zoom=100&pagemode=bookmarks. (Erisim Tarihi: 23/12/2020).

39 Md. 43 CMK-NE.

katılmalarının denetimine ilişkin bir temyiz başvurusu yapılmıştır⁴⁰. Federal Mahkeme, karar verilecek her soruya ilişkin görüşlerinin sunulması yerine, jüri üyelerine özet cetvellerin ve mahkeme başkanının hazırladığı gerekçenin sunulmasını onaylamışsa da, Neuchâtel Kantonu kanun koyucusunun, yargılama faaliyetini, daha fazla tartışmaya yol açmamak için, meslekten hakimlere bıraktığı anlaşılmaktadır.

Cenevre Kantonu’unda jüri üyelerinin yerini, savcılık tarafından on yıldan fazla hapis cezası talep edildiğinde yargılama yetkisine sahip olan “hukukçu olmayan mahkeme üyeleri” almıştır⁴¹. Bu üyeler ayrıca ağır ceza mahkemesi kararlarına karşı istinaf yargılaması sürecine de katılırlar⁴². Diğer tüm yargıçlar gibi halk tarafından seçilirler, Kanton Meclisi yasama dönemi sırasında görevlerinin sona ermesi durumunda ek atama yapabilir⁴³.

2. Jürinin Varlığında Israr: Tiçino Kantonu Örneği

Jürinin kaldırılmasına ilişkin tartışmalar Tiçino Kantonu’nda tepkilere neden olmuştur. Başlangıçta, Tiçino Hükümeti tarafından jürinin tamamen kaldırılması önerilmiştir. Jürinin kaldırılmasına ilişkin Tiçino Hükümeti tarafından ileri sürülen gerekçeler, İFCMK taslağının genel gerekçesinde belirtilen hususlardır⁴⁴.

Jürinin kaldırılarak yargılama faaliyetinin meslekten hakimlere emanet edilmesi önerisi halk tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Bu kanun tasarısından feragat edilmesini talep eden dilekçeler⁴⁵ Kanton

40 İsviçre Federal Mahkemesi’nin 20/03/2009 tarihli ve 6B_42/2009 esaslı karar (www.bger.ch).

41 Md. 5(1) ve (2), 99 ve 100 26/09/2010 tarihili Cenevre Kantonun Adliye Teşkilatına Dair Kanun https://www.ge.ch/legislation/rsg/f/rsg_e2_05.html; (Erisim Tarihi: 24/12/2020). PEDRAZZINI RIZZI, s. 144-145.

42 Md. 129(2) 26/09/2010 tarihli Cenevre Kantonun Adliye Teşkilatına Dair Kanunu.

43 Md. 122 Cenevre Kantonun Anayasası, https://www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/rsg_a2_00.html. (Erişim Tarihi: 24/12/2020).

44 Messaggio n. 6165 del 21 gennaio 2009 concernente l’adeguamento della legislazione cantonale all’introduzione del codice di diritto processuale penale svizzero, s. 13 <https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/6165M.pdf>. (Erişim Tarihi 25/12/2020).

45 Rapporto n. 6427 R del 10 dicembre 2010 della Commissione della legislazione sul messaggio 1° dicembre 2010 riguardante il decreto legislativo urgente concernente la modificazione della legge sull’organizzazione giudiziaria per il mantenimento degli assessori-giurati, s. 3. https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/rapporti/10099_6427r.pdf. Erisim Tarihi: 25/12/2020).

Meclisi'ne sunulmuş; ancak 2010 yılının Mart ayında jürinin kaldırılmasını talep eden bir rapor Meclis'te kabul edilmiştir⁴⁶. Aynı yılın Nisan ayında Tiçino Hükümeti, Kanton Meclisi'ne jüri kurumuna ilişkin Tiçino Anayasası'nda yer alan maddelerin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin bir kanun tasarısı sunmuştur. Bu kanun tasarısında, İFCMK ile ceza yargılamasında doğrudanlık ilkesinin kaldırılacağı, ilk derece yargılamasının birkaç hafta ara ile yapılacak celselerden oluşacağı ve jüri üyelerinden bu kadar uzun süre adalet emrinde kalmalarının istenemeyeceği belirtilmektedir⁴⁷. İFCMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, karmaşık bir dava olsa bile ceza davaları aynı gün veya arka arkaya birkaç gün süren tek bir duruşmada görülmektedir.

Jürinin kaldırılmasına ilişkin olarak Tiçino Anayasası'nın ilgili maddelerinin değiştirilmesi halk oylamasına sunulmuş ve 28 Kasım 2010 tarihinde seçmenlerin % 51,68'i tarafından reddedilmiştir. İFCMK'nın yürürlüğe girmesine bir aydan az bir zaman kala Tiçino Kantonu'nun adli teşkilatını kurmamış olması bir panik havası yaratmıştır. Tiçino Hükümeti üç gün sonra, 1 Aralık 2010 tarihinde, asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinde jürinin katılımını öneren yeni bir kanun hükmünde kararname tasarısını Kanton Meclisi'ne sunmuştur⁴⁸. Rekor bir sürede kabul edilen yeni hükümler, üç aydan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından yapılan yargılamalara jüri üyelerinin katılımının devam etmesine ilişkindir⁴⁹. Sanığın ve savcının onayıyla yargılamaya jürinin katılımdan vazgeçilebilir⁵⁰. Jüri üyeleri, Meclis tarafından her ilçede 600 kişiye bir jüri üyesi oranında atanmıştır⁵¹.

⁴⁶ Rapporto n. 6165 R del 31 marzo 2010 della Commissione della legislazione sul messaggio del 21 gennaio 2009 concernente l'adeguamento della legislazione cantonale all'introduzione del codice di diritto processuale penale svizzero, s. 52. https://m4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/rapporti/10056_6165R.pdf; (Erişim Tarihi: 25/12/2020).

⁴⁷ Messaggio n. 6353 del 23 april 2010, s. 2-3 (<https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/6353M.pdf>. Erişim Tarihi: 25/12/2020). Bu hususta bkz SCHUBARTH, s. 118-121.

⁴⁸ Messaggio n. 6427 del 1 dicembre 2010. (Decreto legislativo urgente concernente la modificazione della legge sull'organizzazione giudiziaria per il mantenimento degli assessori-giurati) (<https://www4.ti.ch/fileadmin/POTERI/GC/allegati/odg-mes/pdf/6427M.pdf>. (Erişim Tarihi: 24/12/2020).

⁴⁹ Md. 50(3) TKATK.

⁵⁰ Md. 61 TKATK (1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş hali).

⁵¹ Md. 7a(1) TKATK (1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiş hali).

Kanun koyucu 2011 yılında acil olarak yapılan bu düzenlemeleri gözden geçirmiştir. İlk derece mahkemesi önünde yapılan yargılamalara jüri üyelerinin katılımı azaltılmıştır. Bununla birlikte istinaf yargılamasına jüri üyelerinin katılımı genişletilmiştir⁵². Yargı teşkilatına ilişkin kanun, Kanton Meclisi tarafından ilk derece yargılaması için altmış ve istinaf yargılaması için doksan jüri üyesinin seçilmesini öngörmektedir⁵³. Beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlara ilişkin tüm yargılamalara jüri üyeleri katılmaktadır⁵⁴. Ancak cezanın infazından sonra güvenlik gözetiminde tutulma tedbirine başvurulacaksa jüri yargılama faaliyetine kural olarak katılmaz. Bazı hallerde, Cumhuriyet savcısı veya sanık, jüri üyelerinin yargılamaya katılımını talep edebilir⁵⁵.

Sonuç

İFCMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra İsviçre ceza yargılamasında jürinin bir rol oynadığını söylemek mümkün değildir. Jüri yerine hukukçu olmayan hakimlerin görev yapması sistemi benimsenmiştir. Sadece Tiçino Kantonu jüri üyelerinin bazı durumlarda kurayla belirlenmesi gibi eski jüri sistemine ilişkin bazı özellikleri korumuştur. Meslekten gelen hakimlerle beraber yargılama konusu hakkında karar veren jüri üyelerinin klasik anlamda bir jüri niteliğinde olup olmadığı öğretilerde tartışılmaktadır⁵⁶.

Halkın ceza yargılamasına katılımını korumayı seçen kantonlarda bile ceza yargılamasının hukukçular tarafından yapılması söz konusudur. Örneğin Cenevre Kantonu'nda ceza mahkemesinin meslekten hakim olmayan üyeleri yarı zamanlı hakim olarak yargılamaya katılan avukatlardan oluşmaktadır⁵⁷.

52 Md. 63(3) TKATK (yürürlükte bulunan madde).

53 Md. 7a TKATK (yürürlükte bulunan madde).

54 Md. 61(c) ve (d) TKATK (yürürlükte bulunan madde).

55 Md. 61 (2) TKATK (yürürlükte bulunan madde).

56 KUHN/MACALUSO/JEANNERET/AMINUAN/LA SALA'a göre (s. 112), Tiçino Kantonu'nda halktan gelen hakimler jüri üyeleri değildir.

57 Bkz "Le Temps" gazetesinde 9 Şubat 2019 tarihinde yayımlanan "Ces juges qui détonnent" başlıklı makale <https://www.fbt-avocats.ch/wp-content/uploads/2019/02/LeTemps-20190209.pdf>. (Erişim Tarihi: 23/12/2020).

KAYNAKÇA

- “Ces juges qui détonnent”, <https://www.fbt-avocats.ch/wp-content/uploads/2019/02/LeTemps-20190209.pdf>.
- BURNAND Yves, “Liberté de la preuve et intime conviction”, *Revue jurassienne de jurisprudence*, 2004, s.89-122.
- CLERC François, *Initiation A La Justice Penale En Suisse I*, éditions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1975.
- CONTARINI Filippo/LUMINATI Michele, “La giuria sgradita. Breve storia delle Assise Federali”, Contarini Filippo/Bernasconi Ares, *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 47-76.
- De 29 à l’unité - Concept d’un code de procédure pénale fédéral, Rapport de la Commission d’experts “Unification de la procédure pénale” (“De 29 à l’unité”), 1997, ss. 31 - 41, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/a29m1-f.pdf.download.pdf/a29m1-f.pdf>.
- FRYDMAN Benoit, “La Contestation Du Jury Populaire. Symptôme D’une Crise Rhétorique Et Démocratique”, *Questions de communication*, <http://journals.openedition.org/questionsdecommunication/2334>.
- Garré Roy, “L’introduzione della giuria popolare in Ticino”, Contarini Filippo/Bernasconi Ares, *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 77-97.
- Gesetz Betreffend Das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852, OS 9, s. 67 - 148, <https://suche.staatsarchiv.djktzh.ch/Dateien/107/D538728.pdf>.
- JOLIVET Anne, “Quels Enseignements Tirer de L’Etude Du Procès Criminel En Suisse”, *Les Cahiers de la Justice*, 2017/4, s. 653-664.
- KUHN André/MACALUSO Alain/JEANNERET Yvan/AMINIAN Nahal/LA SALA Leslie, “Le canton du Tessin a-t-il véritablement maintenu un jury populaire en matière pénale ?”, Contarini Filippo/Bernasconi Ares, (editors), *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 99-112.
- PEDRAZZINI RIZZI Verena, “La suppression du jury populaire à Genève: chronique d’une mort annoncée”, Contarini Filippo/Bernasconi Ares (editors), *Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie*

popolari – il mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable,
Helbing Lichtenhahn, 2014, s. 113-146.

PIQUERES Gérard, *Traité De Procédure Pénale Suisse*, 2e édition, Schult-
hess, 2006.

Rapport du 31 août 2009 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un
projet de loi portant adoption d'une nouvelle organisation judici-
aire neuchâteloise et adaptation (première partie) de la législation
cantonale à la réforme de la justice fédérale, s. 19, [https://www.
ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2009/09038_
CE2.pdf](https://www.ne.ch/autorites/GC/objets/Documents/Rapports/2009/09038_CE2.pdf).

Rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pé-
nale suisse, s. 45, [http://www.
bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/
sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-f.
pdf](http://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/strafprozessrecht/vn-ber-1-f.pdf) *Restauration et Régénération*, [https://www.unige.ch/fapse/
edhice/files/7014/7973/4555/7_Restauration_et_Regenerati-
on_1813-1832.pdf](https://www.unige.ch/fapse/edhice/files/7014/7973/4555/7_Restauration_et_Regenerati-on_1813-1832.pdf).

Schubarth Martin, "Das Tessiner Geschworenengericht: unvereinbar mit
der neuen StPO ?", ContarInI Filippo/Bernasconi Ares, (editors),
*Geschworenengerichte der unbequeme Mythos/Giurie popolari – il
mito scomodo/Jurys populaires – le mythe inconfortable*, Helbing Li-
chtenhahn, 2014, s. 113-122.

STRAULI Bernard, "Le Jury Genevois", *Revue internationale de droit pénal*,
2001/1, s. 317-344.

Weisung zum Antrag des Regierungsrat vom 1. Juli 2009. Gesetz über die
Anpassung der kantonalen Behördenorganisation und des kanto-
nalen Prozessrechts in Zivil- und Strafsachen an die neuen Pro-
zessgesetze des Bundes), ABl 1571, [https://amtsblatt.zh.ch/pdf/
tt/20091408_33_T.pdf#zoom=100&pagemode=bookmarks](https://amtsblatt.zh.ch/pdf/tt/20091408_33_T.pdf#zoom=100&pagemode=bookmarks).

YARGITAY 12. CEZA DAİRESİ'NİN MAKUL SÜREDE SERBEST BIRAKILMA HAKKININ İHLALİ NEDENİYLE CMK M. 141/1(D) BAĞLAMINDA AÇILAN TAZMİNAT DAVALARI İLE İLGİLİ İÇTİHADININ DEĞERLENDİRİLMESİ *

Dr. (iur.) Öğr. Ü. Öznur SEVDİREN **

Özet

Tutuklulukta makul süre ile ilgili CMK m. 141/1(d)'de öngörülen tazminat davasının kapsamı ve koşulları, gerek bireysel başvuru mercileri olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi gerekse de Yargıtay tarafından bireysel başvuru merceğinden yorumlanmaktadır. Bu yaklaşım çerçevesinde, makul sürede serbest bırakılma hakkı yönünden yapılan başvurularda, Avrupa Mahkemesi'nin bazı çok önemli ve istisnai kararları dışında ağırlıklı olarak, öncelikle CMK m. 141'de öngörülen tazminat davası yolunun tüketilmesi zorunlu görülmektedir, hatta asıl davanın henüz sonuçlanmadığı durumlarda dahi öncelikle bu yol tüketilmesi aranmaktadır. Bu çalışma, böyle bir yorumun ceza muhakemesinin temel prensipleri ile bağdaşmadığını ve bir dizi soruna neden olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle CMK m. 141'de düzenlenen tazminat davasının anayasal ve yasal dayanakları üzerinde durulacak, daha sonra tazminat davasına ilişkin güncel içtihadın nasıl ortaya çıktığı değerlendirilecektir. Son bölümde makul sürede serbest kalma hakkı değerlendirilerek, makul sürede serbest kalma hakkının ihlali ile ilgili davalarda, CMK m. 141/1(d) bağlamında, incelemenin konusu

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 12/02/2021. İlk hakem raporu tarihi: 11/03/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17/03/2021.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, oznur.sevdiren@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0952-7741.

ve kapsamı değerlendirilecektir. Bu bölümün ardından, çalışmanın temel tezleri bağlamında tazminat davasına ilişkin 12. Ceza Dairesi'nin geliştirdiği içtihat eleştirel bir biçimde ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Koruma Tedbirlerinden Kaynaklanan Tazminat, Tutuklama, Makul Sürede Serbest Bırakılma Hakkı, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, Bireysel Başvuru.

AN ANALYSIS OF THE CASE LAW OF THE COURT OF CASSATION IN RELATION TO COMPENSATION CLAIM PURSUANT TO ART. 141/1(D) FOR THE BREACH OF THE RIGHT TO BE RELEASED WITHIN A REASONABLE TIME

Abstract

The compensation claim pursuant to Art. 141/1(d) of the Turkish Criminal Procedure Law is construed from a perspective of an individual application both by the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, and also the Court of Cassation. As to the application relating to the right to be released within a reasonable time, with the exception of a number of highly influential and exceptional cases held by the European Court, it has been overwhelmingly held that initially the remedy of a compensation claim under Article 141 of the Turkish Criminal Procedure Code must be exhausted. Even, in cases, where the actual judicial proceedings have not yet completed, this remedy must be initially used. This study claims that such an approach is not compatible with the basic principles of criminal procedure and, in any case, causes a series of problems. In this context, first, the constitutional and legal framework of the compensation claim under Article 141 of the Turkish Criminal Procedure Code will be dealt with, then, the emergence of the current case law on the compensation claim in relation to the mentioned provision will be evaluated. Following this section, the right to be released within a reasonable time will be outlined, and thereby the scope of the compensation claim in relation to this right under Article 141/1 (d) will be discussed. Finally, from the approach adopted in this study, a critical analysis will be

conducted on the case law on 12. Criminal Division of the Court of Cassation.

Keywords: Compensation Claim Due to Protective (*Zwangsmassnahmen*) Measures, Detention on Remand, The Right to Release Within Reasonable Time, 12. Criminal Division (Turkish) Court of Cassation, Individual Application.

I. Giriş

Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerine, delil elde edilmesi, şüpheli ve sanığın muhakemeye katılmasının sağlanması, hükmün infazının sağlanması gibi amaçlarla başvurulur.¹ Maddi gerçeğin araştırması faaliyetinde görünüşte haklılık, 'gecikmezlik' ve ölçülülük gibi temel ilkeler çerçevesinde başvurulabilecek koruma tedbirleri, nitelikleri gereği, çoğunlukla birden fazla temel hak ve özgürlüğe müdahale içerir.² Sözelimi, yakalama, gözaltı, arama gibi bazı koruma tedbirlerinin uygulanması, sınırlandırılan hak dışında diğer haklar yönünden de müdahale riski yaratır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi içtihadında sıklıkla vurgulandığı gibi, hukuka aykırı yakalama ve gözaltı; ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri özgürlüğü, sendika özgürlüğü ile seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakkı açısından da sonuçlar doğurabilir.³ Öte yandan, yakalamanın biçimi ve bu sırada kullanılan gücün kademeli ve ölçülü olarak kullanılmaması, yaşam hakkı ve işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edebilir.⁴ Üst aramasının beden aramasına dönüşmesi de, keza, işkence ve kötü muamele yasağını ihlal edebilir.⁵ Nihayet, asli amaçlarından biri delil elde etme olan koruma

- 1 Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. baskı, Ankara 2019, Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Ankara 2019, s. 253 vd., Öztürk, Bahri ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Ankara 2019, s. 437 vd., Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/ Soyer Güleç, Sesim/ Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. baskı, Ankara 2019, s. 25 vd.,
- 2 Koruma tedbirlerine dair genel bir çerçeve için bkz., CGK, 2016/10-57, 2016/374, 18/10/2016 (Kazancı), CGK, 2017/1189 E., 2019/534 K., 12/9/2019.
- 3 Castells/İspanya, 11798/85, 23/12/1992, § 42, Sadak ve diğerleri/Türkiye, 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, 11/6/2002, §§ 33, 40 Can Dündar ve Erdem Gül, 2015/18567, 25/2/2016, §§ 99, Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4/12/2013, §§ 111, 114.
- 4 Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], 2013/3924, 6/1/2015, § 28, S.Ç., 2017/17516, 15/9/2020, § 28.
- 5 Beden araması ile ilgili, B.P.O., 2015/19012, 27/3/2019, §§ 36-41, Rüya Ağdaş Sönmez,

tedbirlerinin hukuka aykırı olarak uygulanması bu tedbirler sonucu elde edilen deliller açısından da önemli sonuçlar doğuracağı için adil yargılanma hakkının ihlalini de gündeme getirir.⁶ Temel hak ve özgürlükleri bu biçimde sınırlandıran veya ihlal riski yaratan koruma tedbirlerinin Anayasa ve kanunda öngörülen güvencelere aykırı bir biçimde uygulanması ceza sorumluluğu doğurabileceği gibi, her hâlikarda devlet açısından tazminat sorumluluğuna neden olacaktır.⁷

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 141. maddesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadı da gözetilerek koruma tedbirlerinden kaynaklanan tazminat davası ile ilgili ayrıntılı bir düzenlemeye gidilmiştir. AİHM'nin kabul edilebilirlik ölçütleri bakımından incelediği tazminat davası, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru usulünün kabulü ile daha da önemli bir hak arama yolu haline gelmiştir. Zira, CMK m. 141 ve devamında düzenlenen tazminat davası, sağlanan giderim nedeni ile başvuru öncesi tüketilmesi gereken bir yol olarak kabul edilmektedir. Konu, özellikle makul sürede serbest bırakılma hakkı yönünden özel bir önem taşımaktadır. Zira, AİHM⁸ ile Anayasa Mahkemesi'nin güncel içtihadı uyarınca, uzun tutukluluk süresi ile ilgili yapılan başvurularda kişi tahliye edilmiş ise ve/veya hakkında ilk derece mahkemesi tarafından bir mahkumiyet hükmü verilmiş ise öncelikle tazminat davası yolu tüketilmiş olmalıdır.⁹ Gerçi, aşağıda tartışılacağı gibi AİHM'nin iki önemli ve bu bağlamda ayrıksı nitelikteki tespitleri içeren kararları Lütfiye Zengin ve diğerleri¹⁰ ile Selahattin Demirtaş (No.2) [BD]'de¹¹ CMK m. 141/1(d)'de öngörülen tazminat yolunun kapsamı ve etkililiği ilgili önemli değerlendirmeler içermekte ve bu yönüyle

2017/39945, 3/12/2020 (etkili soruşturma yürütülmemesi yönünden Anayasa'nın 17. maddesinin ihlali), §§ 46-58.

6 Bkz. örneğin, Yaşar Yılmaz, 2013/6183, 19/11/2014, § 59.

7 Konunun anayasal boyutları ile ilgili, İlhan Gökhan, 2017/27957, 9/9/2020, §§ 47, 50, Murat Haliç, 2017/24356, 8/7/2020, §§ 47-50.

8 Şefik Demir/Türkiye [kk], 51770/07, 16/10/2002, §§ 22-35, Cüneyt Polat/Türkiye, 32211/07, 13/11/2014, § 49, Yıldız/Türkiye, 42745/09, 11/10/2016, § 27, A.Ş./Türkiye, 58271/10, 13/9/2016, §§ 85-95.

9 Erkam Abdurrahman Ak, 2014/8515, 28/9/2016, §§ 48-62; İrfan Gerçek, 2014/6500, 29/9/2016, §§ 33-45, Hakan Karasoy, 2017/12497, 9/9/2020, §§ 63-66, Bekir Kaya, 2017/7315, 16/9/2020, §§ 70-75.

10 Selahattin Demirtaş/Türkiye, [BD] (No.2), 14305/17, 22/12/2020, §§ 212-214.

11 Lütfiye Zengin ve diğerleri/Türkiye, 36443/06, 14/4/2015, § 65.

bu çalışmanın temel tezlerini doğrulamaktadır. Ancak, her halükarda, AİHM'nin Şefik Demir kararı, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay'ın tazminat davasına ilişkin bugün artık yerleşik olarak kabul edilebilecek içtihadını doğrudan doğruya etkilemiş ve CMK m. 141(1)/d'de öngörülen tazminat davası açma süresi açısından yeni bir yorum benimsenmesini sağlamıştır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2012 yılından itibaren kademeli olarak geliştirdiği içtihadı göre uzun tutukluluk ile ilgili açılan tazminat talepleri ile ilgili dava açılabilmesi için hükmün veya kovuşturma açılmasına yer olmadığına dair kararın 'kesinleşmesi' gerekli değildir.

Ne var ki, aşağıda detaylı olarak ele alınacağı gibi, Yargıtay 12. Ceza Dairesi ile AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından CMK m. 141/1(d)'ye izafe edilen rol CMK sistemi ile bütünüyle çeliştiği gibi, söz konusu davanın etkili bir hak arama yolu olduğunu kabul mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda, öncelikle tazminat davasının anayasal ve yasal çerçevesi ve gelişimi ana hatları ile ele alınacak, daha sonra 2012 sonrası içtihadı özellikle uzun tutukluluk bakımından değerlendirilecektir. Bu bölümde, söz konusu içtihadın gelişiminde AİHM kararlarının etkisi ele alınacaktır. Bu değerlendirmenin ardından son bölümde bireysel başvuru kararları çerçevesinde CMK m. 141/1(d)'de öngörülen davaya izafe edilen bu rolün ortaya çıkardığı sorunlar ele alınacaktır.

II. Tazminat Davasının Anayasal ve Yasal Çerçevesi ve Gelişimi

Hukuka aykırı koruma tedbirleri ile ilgili devletçe tazminat ödenmesi düşüncesinin hukukumuzda ilk kez, özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında 1956 yılında bir kanun teklifi ile gündeme geldiği kaydedilmektedir.¹² Bu teklif Adalet Komisyonu tarafından ülke ihtiyaçlarına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ancak daha sonra, hukuka aykırı yakalama veya tutuklamaya ilişkin tazminat ödenmesi 1961 Anayasasında açıkça düzenlenmiştir.¹³ 1961 Anayasası'nın 30. maddesinde, yakalama ve tutuklamanın hangi hallerde

12 Alacakaptan, Uğur, 'Haksız tutma ve yakalama hallerinde devletin tazminat verme mükellefiyeti', *AÜHF Dergisi*, 1961, c. 18. sy. 1-4, s. 185-221, s. 199.

13 *Ibid.*

söz konusu olacağı açıklandıktan sonra, maddenin son fıkrasında; “Bu esaslar dışında işleme tâbi tutulan kimselerin uğrayacakları her türlü zararlar kanuna göre Devletçe ödenir” hükmü yer almıştır. O dönem itibarıyla, konunun Anayasa’da düzenlenmesi olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmekle birlikte, öğretide, haklı olarak, bir uygulama kanunu olmaksızın ilgili hükmün tek başına ortaya çıkabilecek sorunları çözmekten uzak olduğu ifade edilmiştir.¹⁴

Nitekim Anayasada yer alan söz konusu düzenleme doğrultusunda, 1964 yılında 466 sayılı “Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkındaki” kabul edilmiştir. Hukuka aykırı yakalama ve tutuklamaya ilişkin tazminat ödenmesine ilişkin düzenleme, 1982 Anayasası’nda da yer almıştır. 1982 Anayasası’nın özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili 19. maddesinde, özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin sınırlamalar düzenlendikten sonra, maddenin son fıkrasında; “Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, kanuna göre, Devletçe ödenir” hükmüne yer verilmiştir. Nihayet, 2001 tarihli Anayasa değişikliği¹⁵ ile zararın tazminat hukukunun genel prensiplerine göre ödeneceği düzenlemesine hükümde açıkça yer verilmiştir.¹⁶

466 sayılı Kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. AİHM’nin özellikle özgürlük ve güvenlik hakkı ile 466 sayılı Kanun’un karşılamadığını belirttiği güvenceler gözetilerek, 5271 sayılı CMK ile koruma tedbirleri bakımından tazminat isteme şartları ve tazminat davası ile ilgili ayrıntılı bir düzenleme öngörülmüştür. Bununla birlikte, CMK m. 141’de, bütün koruma tedbirleri yönünden tazminat kabul edilmemiştir.¹⁷ Bu düzenleme isabetli bir

14 Alacakaptan 1961, s. 199 vd.

15 4709 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile değiştirilmiştir.

16 Keskin Kızıroğlu, Serap, ‘Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler’, *İÜHFİM*, c. 60, 2001, sy. 1-2, s. 49-61, s. 60-61.

17 Yine, CMK’nın 323/3. maddesinde bir diğer tazminat nedeni daha düzenlenmiştir, ancak bu düzenlemede bir koruma tedbirinin uygulanmasından doğan bir tazminat söz konusu değildir. CMK 323/3. maddesine göre yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddi ve manevi zararların tazmini CMK M. 141. madde ve devamı çerçevesinde düzenlenen hükümlere göre tazmin edilecektir. Dolayısıyla, tazminatın konusu kısmen veya tamamen infaz edilen mahkûmiyet kararı nedeniyle uğranılan zarardır.

biçimde eksik olduğu gerekçesi ile öğretilde eleştirilmiştir.¹⁸ Gizli soruşturma tedbirleri olarak bilinen niteliği gereği en fazla suistimale açık tedbirler olan iletişimin denetlenmesi, teknik takip ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirlerinin kapsam dışı tutulması eleştiri konusu olmuştur.¹⁹ Öte yandan, arama tedbiri açısından sadece ölçülülük yönünden yapılacak denetimin de hukuka aykırı arama kararları açısından tazminat talebini önemli ölçüde sınırlandırabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁰

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesi uygulamada son derece sınırlı bir kapsamla uygulanmıştır. Yargıtay CMK m. 141'i, kanun koyucunun kazuistik bir yöntemle tazminat davası yoluna gidilebilecek koruma tedbirlerini tek tek göstermek suretiyle, diğer koruma tedbirleri açısından bu yolu benimsemediği şeklinde bir kabul ile hareket etmiştir.²¹ Adli kontrolün kanuna aykırı olarak uygulanması ve iddianamede mağdura ait yer almaması gereken kimi bilgilere yer verilmesi nedeniyle açılan tazminat davalarını kabul eden az sayıdaki kararı dışında, Yargıtay, bu çerçevede tazminat nedenlerinin sınırlı olarak düzenlediği gerekçesiyle açılan davaların reddine karar vermiştir.²²

Öte yandan, öğretilde CMK m. 141 bakımından düzenlenmeyen koruma tedbirleri açısından Anayasanın 40. maddesi çerçevesinde genel hükümlere göre idarenin sorumluluğuna gidilmesinin müm-

18 Özalp, Nabi, 'Uygulamada koruma tedbirleri nedeniyle tazminat' (CMK m. 141-144), *TBB Dergisi*, 2019, sy. 145, s. 81-158; s. 86. Altıparmak, Kerem, 'Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu', *TBB Dergisi*, 2006, sy. 63, s. 29-66.

19 Öztürk ve diğerleri, s. 576, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 478. Şen, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı - X Muhbir*, Seçkin, Ankara 2009, s. 193.

20 Özbek/Doğan/Bacaksız 2019, s. 481.

21 Bkz., örneğin, 12. CD, 2015/12720, 2015/19159, 10/12/2015 (Lexpera).

22 Bkz., 12. CD, 2015/13049, 2015/17584, 11/11/2015, "...[d]avacının iddiaları değerlendirildiğinde, iddianamede mağdur olarak gösterilen davacı hakkında tutulan işleme kayıtlarının iddianamede aynen yer alması, içeriğiyle ilgili hiçbir değerlendirme yapılmaksızın ve değer yargısında bulunulmaksızın CMK'nın 141/3. fıkrası uyarınca tazminatı gerektirmektedir. Zira sanıklara isnat edilen suç gözetildiğinde, bu kayıtların iddianamede aynen yer alması gerekmediği gibi, aynen yer almasında kamusal bir yarar da bulunmamaktadır. Yargılama faaliyetlerinden kaynaklanan ve emredici veya yasaklayıcı bir norm bulunmaması nedeniyle, kişisel kusur veya haksız fiil kapsamında değerlendirilemeyecek bu özensiz davranış nedeniyle doğan zararın giderilmesinde, Devletin kusursuz sorumluluğu söz konusu olup, yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda oluşan bu tür zararların tazminat hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde Devlet tarafından karşılanması gerekmektedir." (yargitay.gov.tr). Ayrıca, bkz., Özalp 2019, s. 85.

kün olduğu ifade edilmiştir.²³ Bununla birlikte, yargısal işlemlerden kaynaklanan zararlar için idarenin sorumluluğuna gidilmesi kuramsal olarak kabulü güç bir sonuç olduğu da belirtilmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı dolayısıyla idarenin yargılama faaliyetinden mali sorumluluğunun bulunmaması bu bakımdan temel argümanlardan biri olarak ileri sürülmüştür. Öğretide ve uygulamada ortaya çıkan bu sorular 18.06.2014 tarihinde 6545 sayılı Kanun ile CMK m. 141/3'e eklenen hüküm ile büyük ölçüde izale edilmiştir. Bu düzenleme ile tazminat nedenlerinin dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk durumları açısından verdikleri kararlar ve yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davasının ancak Devlet aleyhine açılabileceği açıkça öngörülmüştür. Dolayısıyla CMK m. 141'in kapsamının diğer koruma tedbirlerini de içine alacak biçimde genişletilmiştir. Nitekim Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin²⁴ ve bireysel başvuru yoluyla yaptığı denetim sonucunda Anayasa Mahkemesi'nin de yaklaşımı²⁵ bu yöndedir.

III. Bireysel Başvuru İşığında CMK m. 141'deki Dava Açma Süresinin Yorumu Üzerine Genel Değerlendirmeler

CMK m. 141'in pratik önemini daha da arttıran bir gelişme AİHM içtihadına paralel bir biçimde Anayasa Mahkemesi'nin CMK m. 141'den kaynaklanan tazminat davasını etkili bir iç hukuk yolu olarak görmesidir. Bu bağlamda, dava açma süresinin ne zaman başlayacağı son derece önemli bir konu olmuştur, zira, devam etmekte olan bir soruşturma ve kovuşturma ile ilgili tazminat davası açılıp açılmayacağı sorunu, bireysel başvuru mekanizmaları yönünden kabul edilebilirlik ölçütünün merkezinde yer alan bir ön mesele olarak değerlendirilmiştir.

-
- 23 Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku (II. cilt), 15. baskı, Ankara 2019, s. 1069. Konuyla ilgili farklı görüşlerin değerlendirilmesi için, Altıparmak 2006, 59 vd. Bkz., ayrıca, örneğin, CGK, 2014/93 E., 2015/144 K., 5/5/2015 (karararama.yargitay.gov.tr)
- 24 12. Ceza Dairesi, yeterli uzmanlığı bulunmayan bilirkişiye rapor düzenletirilmesi ile ilgili olarak "CMK'nın 141/3 maddesinde belirtilen hâkim ve Cumhuriyet savcılarının karar veya işlemlerine dayalı tazminat davalarının ağır ceza mahkemelerinde karara bağlanacağı"na işaret etmiştir. 2018/2990, 2018/6506 K., 11/6/2018. Aynı yönde, 12. CD, 2017/8495 E., 2018/5987 K, 28/5/2018.
- 25 H.Ö., 2017/34332, 12/12/2018, § 41, Murat Haliç, § 48.

466 sayılı Kanun'da tazminat davalarının açılmasında süre ile ilgili 2. maddesinde “zarar veren işlemlerin yapılmasına esas olan iddialar sebebiyle haklarında açılan davalar sonunda verilen kararların kesinleştiği veya bu iddiaların mercilerince karara bağlandığı tarihten itibaren üç ay içinde” açılabileceği düzenlemesi yer almıştır. Yargıtay 1975 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararında ise üç aylık başvuru süresinin kesinleşmiş beraat hükmünün ilgiliye tebliğinden veya kişinin kesinleşmeyi öğrenmesinden itibaren başlayacağına karar verilmiştir.²⁶ Söz konusu İçtihadı Birleştirme Kararı, uygulamada çoğunlukla beraat hükümleri ilgiliye tebliğ edilmediği için, tazminat davası açmada süreleri belirsiz hale getirdiği ve zaman zaman hakkın kötüye kullanılmasına neden olduğu gerekçeleri ile eleştirilmiştir.²⁷ Bu bakımdan hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi için, davacı vekili tarafından açılan davalarda davacının bizzat dinlenmesi aranmış, aksi uygulama bozmaya konu olmuştur. Yine, Borçlar Kanunu hükümlerinden hareketle her ne kadar kanunda azami bir süre belirlenmişse de “hiçbir hakkın sonsuz kadar dava konusu yapılamayacağı”ndan hareketle azami süre 10 yıl olarak kabul edilmiştir.²⁸ Ayrıca, dosya kapsamından beraat kararının herhangi bir şekilde öğrenildiğinin anlaşılması halinde de üç aylık öğrenme süresi esas alınmıştır. Öğretide de tazminat davası dava açma yönünden davanın kesinleşmesi şartı aranmıştır. Haklı olarak, henüz yargı kararı hüviyetinde olmayan bir uygulama için tazminat istenemeyeceği savunulmuştur.²⁹

5271 sayılı CMK m. 142/1'de ise “karar veya hükümlerin kesinleştiğinin ilgiliye bildirildiği tarihten itibaren üç ay ve her halde ke-

26 İBK, 1975/3 E., 1975/5 K., 21/4/1975, (LegalBank) İlgili İBK'ya göre, “Aksi halde, bilinmeyen bir karara dayanılarak bir hakkın aranması veya istenmesi durumu ortaya çıkar ki, bu düşünce olarak dahi kabul edilemez. Bu durumda, yasadaki kesinleşmiş karar sözünü, ilgilinin haberdar olduğu kesin karar anlamında yorumlamak gerekir. Yokluğunda verilmiş bir kararın kendisine tebliğ edilmemesi halinde ilgilinin yasadan doğan tazminat isteme hakkını kullanması eylemli olarak olanaksız bir hale gelecek ve ilgililer bu konuda, yasanın amacı dışında birtakım güçlüklerle karşılaşarak haklarından yoksun kalacaklardır.” CGK'nın bu yönde kararları için bkz., 2012/1385 E., 2013/110 K., 2/4/2013, 2013/837 E., 2015/90 K., 7/4/2015.

27 Yalvaç, Gürsel, 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat', *CHKD*, 2015, c. 3, sy. 2, s. 267-306; s. 276.

28 Yalvaç 2015, s. 278.

29 Feyzioğlu, Metin, 'Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi', *Ankara Barosu Dergisi*, 1993, c. 50, s. 113-141; s. 135'te.

sinleşme tarihinden itibaren bir yıl” içinde tazminat istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada hükmün kesinleşmesi ifadesi açık olmakla birlikte, ‘kararın kesinleşmesi’ ifadesi ile kast edilenin ne olduğu konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bir görüş, kararın çoğunlukla kovuşturmaya yer olmadığına dair karar olarak anlaşılması gerektiği ve dolayısıyla söz konusu hükmün “karar veya hükümlerin kesinleşmesi” ifadesinden yol çıkılarak “takipsizlik kararının kesinleşmesi” olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir.³⁰ Nitekim, AIHM’nin konuyla ilgili verdiği kararları eleştirerek, Özbek/Doğan/Bacaksız bir koruma tedbirin haksızlığının ancak muhakeme sonunda anlaşılacağını belirtmektedir.³¹

Öte yandan, Zafer, ‘karar’ ifadesinin koruma tedbirlerinin kesinleşmesini değil sadece kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesinleşmesi olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir.³² Zira, koruma tedbirlerine ilişkin kararlar CMK m. 35/2’ye göre ilgilisine tebliğ edilmez. Haklı olarak, müellif, soruşturma veya kovuşturma henüz bitmeden koruma tedbirinin arkasından tazminat davası açılabilmesinin süre bakımından birçok sorun doğurmaya elverişli olduğuna işaret etmektedir. Bununla birlikte, Zafer, hüküm henüz kesinleşmeden duruşmayı bitiren son karar ile de sürenin başlayacağını belirtmektedir. Keza, Zafer’e göre, açıkça var olan bazı hukuka aykırılıklar için, yakalanan kişinin yakınlarına haber verilmemiş olması gibi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin sonuçlanmasının gerekemeyebilecektir.

Yenisey/Nuhoğlu ise bu tartışmaya ilişkin doğrudan bir tutum almamakta, ancak CMK’nın 141. maddesinin açıkça beraat, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ve mahkûmiyet hükümlerinden bahseden (e) ve (f) bendleri açısından “takipsizlik kararının kesinleşmesi” ya da beraat veya hükmün kesinleşmesini hükme bağladığını vurgulamaktadırlar.³³

Öztürk ve diğerlerine göre ise “[t]edbire maruz kalan kişi hakkında hangi kararın verildiği önem taşımadığı için, yakalama, tutukla-

30 Özbek/Doğan/Bacaksız 2019, s. 483.

31 Özbek/Doğan/Bacaksız 2019, s. 483.

32 Zafer, Hamide, ‘Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı’, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, c. 9, sy. 2, s. 77-99; s. 90.

33 Yenisey/Nuhoğlu 2019, s. 487.

ma, gözaltı, elkoyma ve arama nedeniyle tazminat isteminde bulunabilmek için muhakemenin kesin hükümle sonuçlanmasına gerek yoktur.”³⁴ Öztürk ve diğerleri, bu bakımdan tek istisnanın CMK m. 141(1)/(e) olduğunu savunmaktadırlar.³⁵ Ne var ki, hemen belirtilmelidir ki, bu yaklaşımın, en başta, CMK m. 141/1(a)’da öngörülen tazminat nedeni, ‘kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilenler’ yönünden yerinde olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Zira, CMK m. 141/1(a) davasının tutuklulukta kuvvetli şüphe tartışmasını içereceği için doğrudan doğruya asıl davanın esasına girilmeksizin sonuçlandırılması olanaklı değildir.

Ünver/Hakeri de tazminat davasını açmada sürenin tartışmalı olduğunu belirtmekle beraber, esas itibarıyla 12. Ceza Dairesi’nin 2012 içtihadına atıfta bulunmaktadır.³⁶

Yargıtay’ın konu ile ilgili içtihadı ise özellikle AİHM’ye yapılan bireysel başvurular ekseninde gelişmiştir. Bu nedenle, aşağıda öncelikle bireysel başvuru mercilerinin CMK m. 141’in yorumu bakımından etkileri tartışılacaktır. Ardından Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin konuyla ilgili kararları ele alınacaktır.

1. CMK m. 141’den Kaynaklanan Tazminat Davasına İlişkin AİHM ve Anayasa Mahkemesi İçtihadı

AİHM, özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında bireysel başvuruda bulunmadan önce tazminat davasının tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olup olmadığını ilk kez 466 sayılı Kanun kapsamında tartışmıştır. AİHM, muhtelif kararlarda ilgili kanunun AİHS’nin 5 maddesi 5. fıkrasındaki tazminat güvencesini karşılamadığı yönünde bir yaklaşım benimsemiştir.³⁷ Yağcı ve Sargın/Türkiye kararında Mahkeme,

³⁴ Öztürk ve diğerleri 2019, s. 590.

³⁵ *Ibid.*, aynı yerde yazarlar tartışmayı şu şekilde sonuçlandırmaktadırlar: “Herhangi bir karara ya da hüküm verilmesine gerek olmayan tazminat nedenleri açısından (örneğin kişinin yakalandığının yakınlarına haber verilmemesi, aramanın ölçsüz biçimde gerçekleştirilmesi gibi) dava açma süresi, söz konusu işlemin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlar.”

³⁶ Ünver/Hakeri 2019, s. 1091.

³⁷ Yağcı ve Sargın/Türkiye, 16419/90, 16426/90, 8/6/1995, Medeni Kavak/Türkiye, 13723/02, 3/5/2007 (özet çeviri, s. 5) Sinan Tanrıku ve diğerleri, 50086/99, 3/5/2007, (özet çeviri, s. 7), Bayam/Türkiye, 26896/02, 31/7/2007, § 16.

466 sayılı Kanun'a ilişkin olarak, Kanun'un hakkında beraat kararı verilen ilgililerin zararların tazminine ilişkin bir başvuruyu öngördüğünü, ancak makul süre içinde serbest bırakılma ve yargılanma hakkı yönünden bir yolun mevcut olmadığını belirtmiştir.³⁸ Nitekim, Mahkeme esastan bir değerlendirme yaparak bu davada isnat konusu suçlamanın niteliği ve delillerin durumu gibi gerekçelerle tutulmaları yönünden AİHS 5/(3). maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHM, 466 sayılı Kanun'un ilgası ve yerine yürürlüğe giren CMK m. 141 davası bakımından ilk değerlendirmeyi Kürüm/Türkiye başvurusunda yapmıştır.³⁹ Kürüm davasında, başvuru Mart 1997 tarihinde İstanbul'da silahlı bir örgüte yönelik operasyonlar çerçevesinde yakalanmış ve gözaltına alınmıştır, Nisan 1997'de ise tutuklanmıştır.⁴⁰ Başvuru hakkında anayasal düzeni cebren yıkmaya teşebbüs suçundan (765 sayılı TCK m. 146) kamu davası açılmıştır. Aralık 2002 tarihinde, başvuru, isnat konusu fiilden ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptırılmıştır. Eylül 2003 tarihinde hüküm Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargılama devam ederken Aralık 2007 tarihinde başvuru AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. Yargılama sırasında tutukluluk kararları ile ilgili olarak serbest bırakılma talepleri "atılı suçun vasfı ve mahiyeti" ve "delil durumu", "dosya kapsamı" gibi her seferinde neredeyse aynı gerekçelerle reddedilmiş ve başvuru tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. AİHM, AİHS m. 5/3 kapsamında hükümetin yaptığı iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının dayanaktan yoksun bulunduğunu belirtmiş ve bu itirazı tazminat talebi hakkının düzenlendiği AİHS m. 5/5 çerçevesinde değerlendirmiştir.⁴¹ AİHM, CMK m. 141 yolunun makul sürede davası görülme ve serbest bırakılma hakkı ile ilgili olarak ancak kararın kesinleşmesinin ardından bireylerin tazminat talebiyle yetkili mahkemeye başvurabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bu nedenle iç hukukta hüküm kesinleşinceye kadar bireyin tazminat davasına başvuru hakkının bulunmadığını dolayısıyla sadece AİHS

38 Yağcı ve Sargın/Türkiye, § 44.

39 Kürüm/Türkiye, 56493/07, 26/1/2010.

40 *Ibid.*, para. 5-7.

41 *Ibid.*, para. 14-21.

m. 5/3 yönünden değil m. 5/5 bakımından da ihlal tespit ettiğini ifade etmiştir.

Önemle işaret etmek gerekir ki, Kürüm davasında Mahkeme, CMK m. 142 hükmünün lafzı çerçevesinde bir değerlendirme yapmıştır. Mahkeme, bu bağlamda hakkında makul sürede karar verilmeyen tutuklu açısından CMK m. 141'e göre dava devam ederken tazminat talebi hakkının bulunmadığını yerinde bir biçimde tespit etmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin yaptığı değerlendirme bu anlamıyla söz konusu yolun etkili olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme içermemektedir, Mahkeme, böyle bir yolun *mevcut olmadığına* işaret etmektedir.

Bu bakımdan AİHM'den kısmen farklı olarak, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru usulünün 2012 yılında yürürlüğe girmesi ile birlikte ilk kararlarında CMK m. 141'de öngörülen yolun hüküm kesinleşmeden önce *etkili* olduğuna ilişkin bir uygulama bulunmadığına işaret etmiştir.⁴² Örneğin, Firas Aslan ve Hebat Aslan başvurusunda, başvuruçular, 2008 Aralık ayında gözaltına alınmış ve sırasıyla Aralık 2012 ile Şubat 2013 tarihinde tahliye edilmişlerdir. Anayasa Mahkemesi kararını verdiği sırada ise tutuksuz durumdadırlar. Mahkeme bu bağlamda, CMK m. 141'in hüküm kesinleşmeden önce etkili olduğuna yönelik uygulamada bir örnek bulunmadığına dikkat çekmiş ve başvuruçuların iddiasını esastan inceleyerek ihlal tespitinde bulunmuştur.⁴³ Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımını AİHM'nin *Şefik Demir/Türkiye* kararı ile içtihat değişikliğine gitmesine kadar sürdürmüştür.

AİHM; Şefik Demir başvurusunda CMK m. 141 yönünden daha önceki içtihadından ayrılmıştır. Bu nedenle Şefik Demir kararını daha ayrıntılı bir biçimde değerlendirmek zorunludur. Söz konusu davada başvuruçular, Şubat 2000 tarihinde yasadışı bir örgüte yönelik yürütülen bir operasyon çerçevesinde yakalanmış ve bir hafta sonra tutuklanmıştır.⁴⁴ Mart 2000 tarihinde anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs suçlamasıyla (765 sayılı TCK m. 146) hakkında iddianame

42 Hamit Kaya, 2012/338, 2/7/2013, §§31-32, Firas Aslan ve Hebat Aslan, 2012/1158, 21/11/2013, §§ 36-37.

43 Firas ve Hebat Aslan, §§ 9-16.

44 Şefik Demir [kk], §§ 4-10.

düzenlenmiştir. Eylül 2006 tarihinde ise ilk derece mahkemesi başvurucuya müebbet hapis cezası vermiştir. İlk derece mahkemesinde yargılama süresince (kırk sekiz duruşma yapılmıştır) atılı suçun niteliği, mevcut delil durumu göz önünde bulundurularak başvurunun tutukluluk halinin devamına karar verilmiştir. Temyiz başvurusu üzerine dosya Yargıtay tarafından bozulmuştur. Derece mahkemesince yeniden yapılan incelemede de başvurucunun tutukluluk halinin devamına karar verilmiş ve nihayet verilen mahkûmiyet kararı Yargıtay tarafından Temmuz 2009 tarihinde onanmıştır. Başvurucu AİHM'ye Kasım 2007'de başvurmuştur.

AİHM, Şefik Demir davasında yaptığı incelemede öncelikle kabul edilebilirliğe ilişkin genel ilkeleri belirttiikten sonra, AİHS m. 5/3 bağlamında tutukluluk süresiyle ilgili bir iç hukuk yolunun etkili olduğunu kabul için, söz konusu yolun, kullanan kişiye, özgürlükten yoksun bırakılmasına son verme olanağı vermesi gerektiğini kaydetmiş ve bu konudaki içtihadını hatırlatmıştır.⁴⁵ Ancak, bu belirlemenin hemen ardından CMK m. 141 yönünden meseleyi önceki içtihadından farklı bir biçimde ele almıştır. Strasburg Mahkemesi'ne göre, tutukluluk halinin somut olayda son bulması durumunda başvurunun başka türlü değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun tespiti ve tazminat ödenmesini sağlayabilecek etkili bir yol varsa, öncelikle bu yolun tüketilmesi gerekmektedir.⁴⁶ Bu bağlamda, AİHM, CMK m. 141/1(d)'de, makul sürede hakkında hüküm verilmeyen bir tutuklu için tazminat talebinde bulunma hakkı verdiğine işaret etmiştir.

Mahkeme, nihai olarak, kendi içtihadı ile uyumlu⁴⁷ ancak, iç hukukumuzla uyumlu olmayan bir yorumla,⁴⁸ başvuru ile ilgili tu-

45 *Ibid.*, §§ 20-22.

46 *Ibid.*, § 23.

47 Bkz., örneğin, Solmaz/Türkiye, 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24.

48 Konu ile ilgili başta Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri, AİHS m. 53'ün tanınan hakların korunmasına ilişkin hükmüne rağmen Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi, hüküm ile tutukluluğun bittiğini, hükme bağlı tutmanın veya hükmen tutukluluğun başladığını belirtmektedir. Bkz., örneğin, CGK, 2011/1-51 E., 2011/42 K., 12/4/2011, Ahmet Çakar ve diğerleri, 2014/1519, 25/2/2015, Eyüp Kartal, 2014/2321, 26/10/2016. Bu şekilde bir yorumun iç hukukumuzla uyumsuz olduğuna ilişkin bkz., Özen, Muharrem/Güngör, Devrim/Okuyucu Ergün, Güneş, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 68, sy. 4, s. 181-187; s. 185 vd., Sınar, Hasan, *Ceza*

tukluluğun verilen mahkûmiyet kararı ile son bulmuş olduğunu ve mahkûmiyet hükmünün de Temmuz 2009 itibarıyla kesinleştiğini belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu mahkûmiyet hükmünden sonra başvuru CMK m. 141'e dayanarak tazminat talep edebilme olanağı bulunduğu halde bu yola gitmediğine dikkat çekmiştir. AİHM, bu bağlamda başvuru söz konusu yolun etkili olmadığını yönündeki görüşünü dikkate almamıştır. Mahkeme'ye göre, her ne kadar hükümet, benzer durumda hükmün başarıyla uygulandığını gösteren emsal sunmasa da bu durum, ulusal mahkemeler tarafından uygulanacak denetimin etkililiği hakkında "şüphelenebilmek ve kesinlikle başarısız olacağını söylemek için yeterli değildir".⁴⁹ Mahkeme, bu noktada kendi rolünün ikincil niteliğine dikkat çekerek, AİHS m. 5/3 yönünden de başvuru iddiasını ileri sürebilme hakkının olduğunu belirtmiştir. Öte yandan, Mahkeme, iç hukuktaki yeni yasal düzenlemelere işlerlik kazandırmanın önemine işaret ederek öncelikle sorunun ulusal yargı yerleri nezdinde çözümlenmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Nihai olarak, Avrupa Mahkemesi, tazminat yolu bakımından söz konusu davanın ihlal iddiasının konusunu "uygun şekilde düzeltmeye elverişli ve makul ölçüde başvuru imkânı sunmadığını kanıtlar herhangi bir unsura vakıf olmadığını" belirtmiştir.⁵⁰ Bu nedenlerle başvuru bu yolun başarı imkânı ile ilgili tereddüde rağmen öncelikle bu yolun tüketilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak kendi rolünün ikincilliğine ilişkin bu vurgulara rağmen, Strasburg Mahkemesi konuya son kertede ihtiyatlı yaklaşmış ve yeniden söz konusu düzenlemenin değerlendirilebileceği sinyalini de vermiştir.⁵¹

AİHM kısa bir süre sonra verdiği ve olay içeriğinin çok benzer ve ihlal iddialarının aynı olduğu Balca/Türkiye kararında Şefik Demir/Türkiye davasındaki içtihadını sürdürmüştür.⁵² Daha sonraki kararlarda da Mahkeme'nin bu tutumun en azından belirli bir süre

Mubakemesi Hukukunda Tutuklama, İstanbul 2016, s. 330 vd., Şirin, Tolga, Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1), Ankara 2018, s. 179 vd., Baytaz, 'Hükme Bağlı Tutukluluk', *CHKD*, 2018, c. 6, sy. 2, s. 133-153.

49 Şefik Demir [kk], § 31.

50 *Ibid.*, para. 32-33.

51 *Ibid.*, para. 34.

52 Balca/Türkiye, 41843/07, 22/1/2013, §§ 14-32. Bkz., ayrıca, Şirin 2018, s. 261-263.

için yerleşik içtihadı haline geldiğini belirtmek gerekir. Dolayısıyla AİHM'deki derdest başvuruya rağmen hükmün kesinleşmesinden hemen sonra başvurusunun bu yola başvurusunu genellikle gerekli görmüştür.

Bununla birlikte, Mahkeme'nin bu içtihadı takip etmediği başvurular da vardır. AİHM, Lütfiye Zengin/Türkiye davasında, başvuruların tutuklamanın hukuka aykırılığı yönündeki taleplerin birçok defa reddedilmiş olduğunu, açılan davada yargılamayı yürüten Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'nin de tutuklamanın hukuka aykırılığı olduğu yönündeki iddiayı dikkate almamıştır.⁵³ Mahkeme burada, CMK m. 141/1(d)'de sadece özgürlükten yoksun bırakmanın süresi ile ilgili bir başvuru yolu olduğunu, somut olaydaki gibi başvuru- ların aynı zamanda tutuklamanın hukuka aykırı olduğunu belirttiği durumlar bakımından bu hükmün uygulanamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, bu noktada Şefik Demir kararında tutuklamanın hukuka aykırılığı ile ilgili bir itirazın olmadığını belirtmiş ve somut olay bakımından CMK m. 141/1(d)'de öngörülen davanın başarılı olduğunu belirten herhangi bir iç hukuk kararının bulunmadığını vurgulamıştır. Bu noktada hükümet tarafından ileri sürülen yolun yeterli kesinlik derecesini taşımadığını belirterek kabul edilmezlik itirazını reddetmiştir.

Büyük Daire'nin Selahattin Demirtaş (No 2) [BD] kararında ise, Mahkeme, yine benzer bir biçimde başvurusunun tutukluluğunun hukuka aykırı olduğu yönündeki taleplerinin Anayasa Mahkemesi dahil yerel yargı mercileri tarafından reddedilmiş olduğuna dikkat çekmiştir.⁵⁴ Bu davada daha açık bir biçimde, Şefik Demir davasında verdiği karara değinen mahkeme, söz konusu kararda tutuklamanın devamına ilişkin ilgili ve yeterli gerekçelerin sunulmadığı ile ilgili bir itiraz olmadığına dikkat çekmiştir. Mahkeme bu noktada CMK m. 141/1(d)'nin tutukluluğunun haklılığına ilişkin gerekçelerle tazminat imkânı sunmadığına dikkat çekmiştir. Keza, yine, hükümetin bu davaya benzer koşullardaki davalarda, CMK m. 141/1(d)'nin başarılı olduğunu gösteren herhangi bir iç hukuk kararı gösteremediğinin

53 Lütfiye Zengin ve diğerleri §§ 65-68.

54 Selahattin Demirtaş No (2) [BD], §§ 212-214.

altını çizmiştir. Dolayısıyla AİHM aşağıda işaret edilecek CMK m. 141/1(d) bakımından tutuklamanın hukuka aykırı olduğunun tespiti talebinin bulunduğu haller açısından CMK m. 141/1(d)'yi etkili görmediğini söyleyerek daha önceki içtihadına dönmüş görünmektedir. Aşağıda, Mahkeme'nin ikinci bir mercii olarak yaptığı tespitlerin doğruluğu ele alınacaktır. Ancak, öncesinde Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımı da ele alınmalıdır.

2. Yargıtay 12. Ceza Dairesinin Bireysel Başvuru Merceğinden CMK m. 141 Yorumu

AİHM'nin uzun tutukluluk başvurusu açısından kabul edilebilirlik değerlendirmesinde kişinin başvuru anında tutuksuz durumda bulunup bulunmadığının esas olarak yaptığı değerlendirme, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin içtihadını önemli ölçüde etkilemiştir. Daire, kademeli olarak dava açma süresi ile ilgili olarak 466 sayılı Kanun'dan itibaren benimsediği yaklaşımı değiştirmiştir.

Bu bağlamda 12. Ceza Dairesi ilk adımı 2012 yılında atmıştır. Daire, 2012 yılında verdiği iki kararda CMK m. 141 açısından tazminat davası açmada süre ile ilgili iki önemli karar vermiştir. Yargıtay, her iki kararda, 2014 yılında 6526 sayılı Kanun ile kaldırılan CMK m. 94'ün ilk düzenlemesinde yer alan sevk tutuklaması ile ilgili verilen kararlar bakımından tutuklamada makul süreyi değerlendirmiştir. İlk içtihadına konu olan olayda⁵⁵ sanık hakkında 765 sayılı TCK m. 299/3 kapsamında firara eksik teşebbüs suçundan kamu davası açılmış ve hakkında Gebze Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yakalama müzekkeresi düzenlenmiştir. Sanık daha sonra İstanbul Kadıköy'de kolluk tarafından 29 Ekim 2007 tarihinde yakalanmış, 24 saatlik bir süre içinde CMK m. 94 çerçevesindeki mülga düzenleme uyarınca tutuklanmıştır. Söz konusu sanık, 8 Kasım 2007 tarihinde esas mahkemesi olan Gebze Ağır Ceza Mahkemesi önüne çıkmış ve tahliyesine karar verilmiştir. Mahkeme, Kadıköy-Gebze arasındaki bir saatlik mesafeye rağmen 12 gün cezaevinde tutulan kişi açısından tazminat talebine konu davanın henüz derdest olması nedeniyle tazminat talebini reddeden yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

55 12 CD, 2011/20114 E, 2012/12183 K., 15/5/2012, (yargitay.gov.tr; son erişim tarihi: Ocak 2021).

Yargıtay'a göre, CMK'nın 141. maddesi incelendiğinde, bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir karar verilmesi zorunlu değildir ve bu durum açıkça yasal düzenlemeden anlaşılmaktadır. 12. Ceza Dairesi'ne göre, kişinin kanunda öngörülen süre için hakim önüne çıkarılıp çıkarılmadığının saptanmasının davayla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Keza,

“[k]anuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, Kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan, yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan, yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen ya da hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen kişilerin tazminat istemleri konusunda, asıl davada hüküm verilmesini veya verilen hükmün kesinleşmesini beklemeye gerek bulunmamaktadır.”

Daire bu noktada talebin asıl davanın sonucunu etkileyip etkilemediği veya asıl davanın sonucuna bağlı talepler olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılmasını istemektedir.

Aynı Daire'nin diğer kararında ise terör örgütü üyeliği isnadı ile Diyarbakır 4. Ağır Ceza Mahkemesi'nde devam eden yargılamada sanık hakkında yakalama emri çıkarılmış ve kolluk tarafından 2/8/2008 tarihinde tutuklanmıştır. Sanığın Diyarbakır'a sevki 1/9/2008 tarihinde mümkün olmuştur.⁵⁶ Diyarbakır'da nöbetçi ağır ceza mahkemesince tutuklanan sanık, daha sonra esas mahkemesi tarafından 16/12/2008 tarihinde tahliye edilmiştir. Sanık ile ilgili devam eden davanın, 5/11/2009 tarihinde zamanaşımı nedeniyle düşürülmesine karar verilmiştir. Davacı sevk tutuklamasının makul süreyi aşacak biçimde 30 gün sürdüğünü belirtmiştir. Yargıtay, yürürlükteki düzenleme çerçevesinde en kısa zaman ifadesinin birkaç saat ile birkaç gün arasını kapsayabileceğini belirtmiş ve sanığın ifadesinin Ulusal Yargı Bilişim Sistemi (UYAP) üzerinden de görüntülü olarak alınması olanağı karşısında 30 günlük süreyi makul olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Bu tespitten sonra süre yönünden, yine benzer

56 12 CD, 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17/9/2012 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

bir biçimde kısa süre önce verdiği içtihadını yinelemiş ve sevk tutuklaması ile ilgili içtihadını diğer kararlarında sürdürmüştür.⁵⁷

Yargıtay, bu içtihatları ile sevk tutuklamasına dönük 94. maddenin mülga düzenlemesi dolayısıyla soruşturma ve/veya dava sonuçlanmaksızın hükme bağlanabileceğini mümkün görmüştür. Bu noktadaki ölçü, yukarıda belirtildiği üzere, verilecek kararın soruşturma veya kovuşturmadan bağımsız bir biçimde incelenmesinin olanaklı olması olarak ifade edilmiştir. Ancak, aşağıda tartışılacağı üzere, Yargıtay bu noktadaki içtihadının kapsamını daha da geliştirerek uzun tutukluluk başvuruları bakımından da tazminat davasını hüküm verilmeden veya kesinleşmeden önce bireysel başvuru öncesi başvurulacak bir yol haline getirme çabası içinde olmuştur.

3. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin Makul Sürede Serbest Bırakılma Talepleri Yönünden Tazminat Davasını Açılmasında Süreye İlişkin Yorumu

AİHM'nin makul sürede serbest bırakılma hakkı yönünden CMK m. 141'e işlerlik kazandırmayı amaçlayan yorumu, Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından hızlı bir biçimde iktibas edilmiştir. Bu bağlamda, 12. Ceza Dairesi'nin, 2015 yılında verdiği bir karar Yargıtay'ın güncel içtihadını temellendirmiştir.⁵⁸ Bu davada, sanık silahlı terör örgütü üyeliği ile suçlanmaktadır; Nisan 2012 tarihinde yakalanmış, üç gün gözaltında tutulmuş, daha sonra tutuklanmış ve yakalanmasından 16 ay sonra ilk duruşma yapılmıştır. Hakkındaki yargılama henüz sonuçlanmadan, tazminat talep edildiği için yargılamanın devam etmesi ve CMK'nın 142/1. maddesi gereğince karar ve hükümlerin kesinleşmesi şartının gerçekleşmediği gerekçesiyle derece mahkemesince dava reddedilmiştir. Daire, önceki içtihadına bağlı kalarak bir kısım tazminat nedenleri konusunda karar verilmesi için, davanın esasıyla ilgili bir kararın verilmesi zorunluluğunun bulunmadığını, bu nedenlere dayalı istemlerde davanın sonuçlanmasına gerek olmadığını belirtmiştir. 12. Ceza Dairesi, bu kararla uzun tutukluluk ile ilgili tazminat davası açısından da asıl davanın sonucuna

57 12 CD 2013/28276 E., 2014/6684 K., 18/3/2014; 12 CD, 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17/9/2012; 2014/17838 E., 2015/3398 K., 24/2/2015. (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)

58 12 CD, 2014/19906 E., 2015/19237 K., 14/12/2015 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

bağlı bir talep niteliğinde bulunmadığından dava açılabilmesi için hüküm verilmesine veya kesinleşmesine gerek bulunmadığını belirtmiştir. 12. Ceza Dairesi, bu noktada görüşünü esas itibarıyla Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 102. maddesinde yer alan tutuklulukta temel süreler ve uzatma süreleri ile gerekçelendirmektedir.

12. Ceza Dairesi, bu konudaki içtihadının temelini şöyle özetlemektedir:

"... '[U]zatma süresi' daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Burada üzerinde durulması gereken husus uzatma süresine zorunluluk bulunduğunda başvurulması ve temel tutukluluk süresi dolduktan sonra verilecek uzatma kararlarında da gösterilecek gerekçe ilk tutuklama kararından daha kuvvetli suç şüphesi ve suçun işlendiği şüphesi bulunduğunun ortaya konulması ve daha açıklayıcı neden ve tutukluluğun devamını gerektiren haklı ve farklı hukuki gerekçelere dayanılmasını gerekli kılmaktadır. Her dava dosyası ve olayın özelliği nazara alınmak suretiyle, beş yıllık azami tutukluluk süresinin mutlak uygulanması beklenmeyeceği gibi 102. maddedeki sürelerin dolması halinde artık bir tutuklama yasağı söz konusu olacağından, yargılama makamlarınca da tutuklama kararı verilemeyeceği gibi tutukluluğun devamına da karar verilemeyeceğidir. Ayrıca ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda toplam tutukluluk süresinin mutlak olarak beş yıl kabul edilmesi halinde gerek kanuni düzenleme ve uygulama gerekse AİHM'nin kararları birlikte gözetildiğinde ülkemizin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (Sözleşme) 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlali sonucunu doğuracağı da açıktır."

Daire, söz konusu kararda, bu tespitin hemen ardından özgürlük ve güvenlik hakkı ile ilgili Anayasa'nın 19. maddesi ile adil yargılanma hakkına ilişkin 36. maddesi ve 141. maddede düzenlenen her türlü mahkeme kararının gerekçeli olması ve davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması ilkesine de atıfta bulunmuştur. Son olarak AİHS 6. madde çerçevesinde ve makul sürede yargılanma hakkına vurgu yapan 12. Ceza Dairesi, makul süreyi de AİHM içtihatları çerçevesinde değerlendirdiğini ortaya koymuştur.⁵⁹

59 *Ibid.*, Daire şu değerlendirmeyi yapmaktadır: "Bu kapsamda makul sürede yargılanma hakkının kapsam ve amacı, davada taraf olanların, yargılamanın uzun sürmesi nedeniyle, uğra-

Daire, somut olarak da olayda tazminat isteminin haklı olup olmadığına ilişkin incelemede tutuklamanın hukuka aykırı olup olmadığı ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunup bulunmadığını ve makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılıp çıkarılmadığının değerlendirilmesini istemiştir. Daire, burada, AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği kriterlerden hareketle bir değerlendirme yapılması gerektiğinin altını çizmiştir. Bu bağlamda, makul süreyi her olayın kendine özgü koşulları içinde değerlendireceğini ve “özellikle davanın karmaşık olup olmadığı, başvurusunun yargılama süresince gösterdiği tavır ve davranışlar, kamu otoritelerinin ve özellikle de yargılama organlarının tutumları, davanın başvuru açısından taşıdığı önem ve eğer söz konusu yargılama bir ceza yargılaması ise, başvurusunun tutuklu olup olmadığı gibi ölçütler” çerçevesinde bir karar verileceğini belirtmektedir. Daire'ye göre, tutuklama kararları, tutuklama inceleme tutanakları, davacı (sanık) ile ilgili tutanak ve belgeler getirtilip davacının taleplerinin değerlendirilmesi gerekirken, bunların yapılmaması ise bir bozma nedeni oluşturmaktadır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, diğer kararlarında da benzer bir biçimde tutuklamanın uzun sürmesi nedeniyle açılacak tazminat davalarında asıl davada hükmün kesinleşmesinin beklenmeyeceğini belirtmektedir.⁶⁰

Daha da vahimi, 12. Ceza Dairesi⁶¹ Anayasa Mahkemesi'nin hak ihlali tespitine rağmen⁶² azami süre olan beş yıllık süre dolduğu halde tutuklu olan davacıya ilişkin olarak da AİHM'nin tutuklulukta süre ile ilgili içtihadını hatırlatmış ve yukarıda belirtilen çerçevede

yacakları maddi ve manevi zararlardan korunmaları ile adaletin etkin şekilde sağlanması ve hukuka olan inanç ve güvenin korunmasıdır. Makul süre incelemesinde de; yapılan yargılamaya ilişkin maddi vakıalar ve ispat araçları veya uygulanacak hukuk kurallarının karmaşık olması; tarafların yargılama sürecindeki tutumları, yargılama sürecinin uzamasındaki etkileri ve haklarını kullanırken gereken dikkat ve özeni gösterip göstermedikleri; yargı makamları yanında dava süreciyle ilgili kamu otoritesi kullanan tüm devlet organlarına atfedilebilir yapısal sorunlar ve organizasyon eksikliğinden kaynaklanan bir gecikme olup olmadığı ve yargılamanın süratle sonuçlandırılması hususunda gerekli özenin gösterilip gösterilmediği; somut olayda davacı için hukuki korumanın bir an önce gerçekleştirilmesindeki yararının ne olduğu gibi davanın niteliği ve niceliğine ilişkin birçok hususun birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerekmektedir.”

60 12 CD 2014/23346, 2015/10032 K., 8/6/2015; 2014/6167 E., 2015/10867 K., 16/6/2015; 2014/19906, 2015/19237 K., 14/12/2015; 2015/2851 E., 2016/3143 K., 29/2/2016.

61 12 CD 2014/15450 E., 2015/4363 K., 9/3/2015.

62 Muhalefet şerhinde belirtilmiştir. Söz konusu başvuru muhalefet şerhine göre Murat Narman başvurusudur. 2012/1137, 2/7/2013.

bir karar vermiştir. Böyle bir tutuklamanın AİHS m. 5/(3) değil, 5/(1) bakımından, azami süreyi geçmesi halinde tutukluluğun hukuka aykırı hale geleceğini göz ardı eden Daire, somut olayda, isnat edilen suçlar, 49 sanık ile birlikte yargılamanın gerçekleştirilmesi, “atılı suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli belirti ve tutuklama nedenlerinin varlığının devamına ilişkin gerekçesinin olay ve olgulara dayandırılmış olması karşısında” davanın reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiş ve derece mahkemesinin hükmün kesinleşmediği gerekçesi ile davanı reddi kararını düzelterek onamıştır.

Diğer taraftan, Yargıtay’ın içtihadını bu yönde geliştirmesi AİHM’nin kararları açısından kabul edilebilirlik kriterleri açısından önemli bir istisnaya neden olmuştur. A.Ş. kararında 2016 tarihli bu davada cinsel istismar ile suçlanan on üç yaşındaki çocuk başvurusunun cezaevinde yaşadığını belirttiği tecavüz ve tutukluluk süresi ile ilgili yaptığı başvurular AİHM tarafından değerlendirilmiştir.⁶³ Mahkeme, başvurusunun hukuka aykırı tutuklama iddiasını, başvurusunun hakkındaki tutukluluk kararına itiraz ettiğinin ve tahliye talebinde bulunduğu anlaşılamaması ve her halükârda başvuru süresinin geçmiş olması dolayısıyla reddetmiştir. Sözleşme’nin 5. maddesinin 3. fıkrasının ihlal iddiası ile ilgili olarak ise öncelikle daha önceki içtihadına atıf yapmış, ancak derdest davalarda tazminat başvurusunun mümkün olduğunu belirten 2015 tarihli iki yeni Yargıtay kararını göstererek uzun tutukluluk ile ilgili olarak öncelikle CMK m. 141/1(d)’ye dayalı bir başvuru yapılması gerektiğinin altını çizmiştir. Hatta, AİHM bu davada tazminat davası ile ilgili olarak *başvuru anında* bu yolun başvurusunun zararının telafisini sağlamak için etkin bir başvuru yolu olmadığını belirtmiş, ancak kendi yerleşik içtihadı bakımından belirtilen yola işlerlik kazandırmak için istisnai bir yorum benimsemiştir. Mahkeme’ye göre söz konusu hükmü ve yeni içtihatları uygulayabilmeleri için ulusal mahkemelere başvurulmasında yarar bulunmaktadır. AİHM bu davadaki içtihadını daha sonra da sürdürmüştür.⁶⁴

Anayasa Mahkemesi de konu ile ilgili içtihadını İrfan Gerçek kararında değiştirmiştir.⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda önceki

63 A.Ş./Türkiye, 58271/10, 13/9/2016, §§ 85-91.

64 Kabalı/Türkiye [kk], 63988/09, 21/6/2018.

65 İrfan Gerçek, §§ 33-45.

içtihadını terk ederek, tutukluluğun kanunda öngörülen azami süreyi veya makul süreyi aştığı iddiasıyla yapılan bireysel başvurular bakımından bireysel başvurunun incelendiği tarih itibarıyla başvuru tahliye edilmiş ise asıl dava sonuçlanmamış olsa bile tazminat davası yolunun tüketilmesi gereken etkili bir hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir.⁶⁶ Mahkeme burada Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin konu ile ilgili genel çerçevesi yukarıda zikredilen kararlarına atıfla içtihat değişikliğine gitmiştir.

Görüldüğü üzere, Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve AİHM'nin CMK m. 141 davasına ilişkin kararları birçok noktada etkileşim halindedir. Bu davanın açılması, bireysel başvuru açısından böylelikle bir zorunluluk halini almış ve aksi durumda hükme bağlı olarak tutmalar ve başvurunun sonuçlanmasından önce tahliye olanlar için incelemenin usulden reddedilmesi gerektiğine ilişkin bir içtihat benimsenmiştir. Ancak, bu yaklaşım çerçevesinde, aşağıda detaylı olarak tartışılacağı gibi, CMK m. 141/1(d)'deki davaya hüküm kesinleşmeden ya da takipsizlik kararı 'kesinleşmeden' önce yüklenen anlam tümüyle CMK'nın genel çerçevesi ile çatışma içindedir.

IV. Makul Sürede Serbest Kalma Hakkı ve CMK m. 141/1(d) Davası

1. Makul Sürede Serbest Kalma Hakkı

Öğreti ve uygulamada CMK m. 141/1(d)'de düzenlenen tazminat davası, maddenin lafzına uygun bir biçimde makul sürede hâkim karşısına çıkma ve serbest bırakılma hakkına ilişkin tazminat olanağı sunan bir dava olarak değerlendirilmektedir.⁶⁷ Bu davada mahkeme esas itibarıyla hukuka uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede serbest bırakılmayan kişi ile ilgili tazminat talebinin inceleyecektir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi, yukarıda da belirtildiği üzere, bu incelemenin nasıl yapılacağına ilişkin fazlasıyla müphem bir çerçeve çizmiştir. AİHM de çok yakın tarihte verdiği Lütfiye Zengin ve diğerleri ile Selahattin Demirtaş (No. 2) [BD] kararlarında bu davanın esasına

66 Erkam Abdurrahman Ak, §§ 48-62; Cihan Karabay, 2014/2906, 8/11/2007, §§ 28-33; Abdurrahman Yemiş, 2017/29347, 28/11/2019, §§ 63-66.

67 Yenisey/Nuhoğlu 2019, s. 492, Öztürk ve diğerleri 2019, s. 579 vd., Ünver/Hakeri 2019, s. 1075 vd.

ilişkin önemli tespitler yapmış, devam eden tutuklamanın hukuka aykırı olduğu yönünden taleplerin olduğu başvuru açısından, CMK m. 141/1(d) davasının gerekçe denetimine olanak tanımayan bir dava olduğunu belirtmiştir. Ancak, CMK m. 141/1(d)'de düzenlenen davanın kapsamına ilişkin bir değerlendirmeden önce ana hatları ile makul sürede serbest bırakılma hakkının AİHM ve Anayasa Mahkemesi tarafından nasıl yorumlandığı ele alınacaktır.

2. AİHM'nin Makul Sürede Serbest Bırakılma Hakkı Yorumu

Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay konu ile ilgili kararlarında, AİHS m. 5/3 ile Anayasa m. 19'a atıfta bulunmaktadır. Birbirine paralel her iki düzenlemede uzun ve gerekçelendirilmemiş tutukluluğun önlenmesi amacına dayanmaktadır. AİHS m. 5/3 çerçevesinde kişilerin “makul bir süre içinde yargılanma veya yargılama süresince salıverilme hakkı” düzenlenmiştir. Anayasa'nın da 19. maddesinde makul sürede yargılanma hakkına ilişkin açık bir düzenleme içermektedir:

“Tutuklanan kişilerin, makul süre içinde yargılanmayı ve soruşturma veya kovuşturma sırasında serbest bırakılmayı isteme hakları vardır. Serbest bırakılma ilgilinin yargılama süresince duruşmada hazır bulunmasını veya hükmün yerine getirilmesi sağlamak için bir güvenceye bağlanabilir.”

AİHM, tutuklunun makul sürede salıverilme hakkının ihlal edildiğine dair bir iddiayı incelerken, önce başvurucunun tutuklu kaldığı süreyi tespit etmekte ikinci olarak da sürenin makul olup olmadığını incelemektedir.⁶⁸ Mahkemeye göre, tutukluluğun makul olup olmadığı her davanın kendi özelliklerine göre değerlendirilmelidir.⁶⁹ AİHM, tutukluluk süreleri ile ilgili azami bir süreyi açıkça zikretmemiştir. Mahkeme'ye göre, tutukluluk süresini makul kılacak temel şart 'kamu yararı'dır. Bir davada tutukluluğun belirli bir süreyi aşmamasını sağlamak öncelikle ulusal mahkemelerin görevidir. Bu nedenle Mahkeme, kamu yararını etkileyen tüm meselelerin ulusal

68 Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, İstanbul 2013, s. 399, Şirin 2018, s. 177.

69 Labita/İtalya, 26772/95, 6/4/2000, § 152.

mahkemeler tarafından incelenmesi ve tahliye taleplerine ilişkin kararlarında bu olgu ve olayların ortaya konması gerekliliğini aramaktadır.⁷⁰

AİHM, Buzadji kararına⁷¹ kadar istikrar kazanan uygulamasında, kişi özgürlüğünün sınırlanması için başlangıç itibarıyla makul şüphenin yeterli olduğunu, ancak belirli bir sürenin geçmesi ile birlikte (*'certain lapse of time'*) ilgili ve yeterli gerekçelerin de gösterilmesi zorunluluğuna işaret etmekteydi. Mahkeme, özgürlüğün sınırlanması ile ilgili gerekçelerin 'ilgili' ve 'yeterli' olmaları durumunda, ayrıca ulusal mercilerin soruşturmanın yürütülmesi aşamasında 'özel bir ihtimam' gösterip göstermediğinin araştırılması gerektiğini hükme bağlamaktaydı.⁷² AİHM, ilgili ve yeterli gerekçelerin, kaçma,⁷³ delil karartma,⁷⁴ yeniden suç işlenmesinin önlenmesi⁷⁵ ve kamu düzeninin tesisi (kamu düzenini bozma tehlikesi)⁷⁶ olabileceği yönünde bir yaklaşımı benimsemişti. AİHM'nin tutuklamanın devamı ile birlikte aranan, ilk kez *Stögmüller* kararında değinilen *Letellier* kararı ile geliştirilen (bu nedenle *Letellier* prensibi olarak da adlandırılmaktadır⁷⁷) 'ilgili ve yeterli' gerekçe içtihadına kısaca değinmek bu bakımdan zorunlu görünüyor.

AİHM, kaçma şüphesi ile ilgili olarak, muhtemel cezanın kaçma şüphesinin tespitinde tek başına değerlendirilmeyeceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre bu hususta bir dizi faktör gözetilmelidir.⁷⁸ Kişinin karakteri, 'ahlaki', konutunun bulunup bulunmaması, mesleği, malvarlığı, aile bağları ve soruşturmanın devam ettiği ülke ile diğer her türlü bağı bu kapsamda görmektedir.⁷⁹ Yine, tutuklama gerekçesinin sadece kaçma şüphesi olduğu hallerde, kişinin kaçmayacağı yönünde güvencelerle serbest bırakılabileceğini

70 Buzadji/Moldovya [BD], 23755/07, 5/7/2016, § 90.

71 Buzadji/Moldovya [BD], § 92-94.

72 Yağcı ve Sargın/Türkiye, § 51.

73 Stögmüller/Avusturya, 1602/62, 10/11/1969, § 15.

74 Wemhoff/Almanya, 2122/64, 27/6/1968, § 14.

75 Matznetter/Avusturya, 2178/64, 10/11/1969, § 7.

76 Letellier/Fransa, 12369/86, 26/6/1991, § 51.

77 Buzadji, § 92.

78 Panchenko/Rusya, 45100/98, 8/2/2005, § 106.

79 Becciev/Moldovya, 9190/03, 4/10/2005, § 58.

belirtmektedir.⁸⁰ Mahkeme, sadece 'delil durumu' gibi bir ifade ile kaçma şüphesinin uzun tutukluluğu gerekçelendiremeyeceğinin altını çizmektedir.

Mahkeme, delilleri karatma yönünden de bu gerekçenin soyut bir biçimde değerlendirilemeyeceğini, olgusal bir temelinin bulunması gerekliliğinin altını çizmektedir.⁸¹ Mahkeme'ye göre, isnat konusu suç için öngörülen cezanın ağırlığının bu yönde bir şüpheyi haklı kıldığı şeklinde bir varsayım yeterli görülemez, örneğin tanıklar üzerinde baskı kurma şüphesinin somut dayanakları (*special facts*) bulunmalıdır.⁸² Yine, Mahkeme'ye göre, her halükarda, sürecin ilerlemesi ve soruşturma işlemlerinin tamamlanması, ifadelerin alınması ve isnat konusu olayların gerçekliğinin araştırılması ile bu ihtimal, kişinin tutukluluğunun devamı için bir gerekçe olmaktan çıkar.⁸³

Mahkeme, suç işlenmesinin önlenmesi nedeni ile tutuklama kararının verilebileceğini, ancak tutuklama tedbirinin makul ve uygun bir tedbir olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken, söz konusu davanın bütün unsurları ile özellikle daha önce şüpheli veya sanığın suç işleyip işlemediği ve karakteri gibi hususların dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁸⁴

Kamu düzeninin tesisi de Mahkeme'ye göre, bazı suçların vaha-met düzeyi ve kamuoyunun tepkisi dolayısıyla sosyal bir gerilim yaratma ihtimali en azından bir süre için tutuklama kararı verilmesini gerektirebilir.⁸⁵ Ancak, bu biçimde bir tutuklama kararı verilebilmesi için infial yaratacak bir suçla ilgili olarak iç hukukta tutuklama kararı verilebileceği öngörülmüş olmalıdır. Bu durumda dahi, Mahkeme'ye göre söz konusu gerekçenin ilgili ve yeterli kabul edilebilmesi için, kişinin serbest bırakılmasının kamu düzenini etkileyeceği yönünde olgusal bir temelin bulunması gerekir. Devam eden bir tutukluluk durumu açısından da kamu düzeninin gerçekten tehdit altında ol-

80 Merabishvili/Gürcistan [BD], 72508/13, 28/10/2017, § 223.

81 Becciev/Moldovya, § 59.

82 Merabishvili/Gürcistan, § 224.

83 Clooth/Belçika, 12718/87, 12/11/1991, § 44.

84 Matznetter/Avusturya, § 9, Clooth/Belçika, 12718/87, 12/12/1991, § 40.

85 Letellier/Fransa, § 51.

ması gerekir. Mahkeme özellikle, savaş suçları gibi ağır insan hakları söz konusu olduğunda kamu düzeninin korunması amacının özellikle bulunduğunu belirtmektedir.⁸⁶

Buzadji kararı ile birlikte, Mahkeme yerleşik içtihadından ayrılarak ilgili ve yeterli gerekçelerin başlangıçtan itibaren varlığını zorunlu görmüştür. Söz konusu davada, iş insanı olan başvuran, 2007 yılı Mayıs ayında yönetici olduğu bir kamu şirketini dolandırmak iddiasıyla yakalanmış ve hakkındaki suçlamaların ağırlığı, davanın karmaşıklığı ve gizli anlaşma riskinin bulunması nedeniyle tutuklanmıştır. Başvuranın tutukluluk hali, özellikle yine aynı gerekçelerle aynı yıl Temmuz ayına kadar uzatılmış ve sağlık ile ilgili gerekçeleri de göz önünde tutularak başvurucunun ev hapsi talebi kabul edilmiş ve başvurucu 2008 yılı Mart ayına kadar ev hapsinde kalmıştır. AİHM, 2014 yılında özgürlük ve güvenlik hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Moldovya hükümetinin temyizi üzerine, dava önüne gelen Büyük Daire tutuklamaya ilişkin içtihadında son derece önemli bir değişikliğe gitmiştir. Büyük Daire, 'Letellier Prensibi' olarak bilinen ve yukarıda bahsi geçen başlangıç itibarıyla makul şüphenin yeterli olduğu ancak belirli bir sürenin geçmesiyle tutukluluğun devamı kararları için ilgili ve yeterli gerekçenin bildirilmesinin zorunlu olduğu yönündeki içtihadını gözden geçirmenin gerekli olduğunu ifade etmiştir. AİHM'nin bu içtihat değişikliğinde 'belirli bir süre' kavramının yorumu önemli olmuştur. Mahkeme, bazı kararlarda birkaç günlük kısa süreler içinde dahi makul şüphenin tek başına tutma kararını gerekçelendiremeyeceği ve ilave nedenlerin belirtilmesi gerekliliğine ilişkin içtihadını hatırlatmıştır.⁸⁷ Mahkeme, bu noktada, bir suç isnadına bağlı olarak tutmayı düzenleyen 5(1)(c) ile derhal hâkim önüne çıkarılma zorunluluğunu düzenleyen 5(3)'ün birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Strazburg Mahkemesi'ne göre, tutuklamada Sözleşme'nin 5(3). maddesince tutmanın hukuksal denetimini gerçekleştirecek merciin tutma kararı ile ilk tutma kararı çoğunlukla kararın alınması ve denetimi açısından kesişmektedir. Diğer taraftan Mahkeme, taraf devletlerin konu ile ilgili mevzuatını değerlendirerek, 54 taraf devletin, 31'inde hemen değilse dahi

86 Milankovic ve Bosnjak/Hırvatistan, 37762/12; 23530/13, 26/4/2016, § 154.

87 Buzadji/Moldovya, §§ 92-95.

yakalanmayı müteakip tutuklamanın gerekip gerekmediğini değerlendirirken 'ilgili ve yeterli gerekçe' bildirme zorunlu olduğunu tespit etmiştir. Bu noktada, Mahkeme, tutukluluğun hukuksal denetimi için öngörülen AİHS m. 5(3)'deki güvenceler ile 5(1)'deki güvencelerin eş zamanlı olarak aranmasının Sözleşme ile daha uyumlu bir yorum olduğu kanaatine varmıştır.⁸⁸

Büyük Daire'ce karara bağlanan bu dava, tutuklama nedenleri ve özellikle katalog suçlara ilişkin soruşturma ve kovuşturma organları ile Anayasa Mahkemesi uygulaması açısından önemli sonuçları da beraberinde getirmiştir. Uzun tutukluluk süreleri özellikle katalog suçlar bakımından uzun süreli tutukluluğa neden olmaktadır.

Buzadji kararı ile tutuklama açısından en başından itibaren tutuklama gerekçeleri aranacağından gerekçesiz tutuklamalar bakımından güvence arttırılmış olmaktadır. Nitekim, söz konusu kararında da AİHM de benimsediği yorumun makul süreden daha fazla tutmaya karşı korumayı arttırmış olacağına kararda açıkça işaret etmektedir.⁸⁹

3. Anayasa Mahkemesi'nin Makul Sürede Serbest Bırakılma Hakkı Yorumu

Anayasa Mahkemesi makul sürede serbest bırakılma hakkı ile ilgili AİHM içtihadından ilhamla aynı ilkelerin altını çizmektedir. Buna göre, tutukluluğun belirli bir süreyi aşmaması öncelikle derece mahkemelerinin görevidir.⁹⁰ Bu amaçla, "kamu yararı gereğini etkileyen tüm olayların derece mahkemeleri tarafından incelenmesi ve serbest bırakılma taleplerine ilişkin kararlarda bu olgu ve olayların ortaya konulması gerekir."⁹¹ Anayasa Mahkemesi de benzer bir biçimde 'ilgili ve yeterli gerekçelerin' varlığı halinde yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediğinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Davanın karmaşıklığı, organize suçlara dair olup olmadığı veya sanık sayısı gibi faktörler sürecin işleyişinde gösterilen özenin değerlendirilmesinde dikkate alınacaktır. Dolayısıyla, AİHM

⁸⁸ Buzadji/Moldovya, § 101.

⁸⁹ Buzadji/Moldovya, § 101.

⁹⁰ Yavuz Pehlivan ve diğerleri [GK], 2013/2312, 4/6/2015, § 81, Murat Narman §§ 61-62.

⁹¹ Mustafa Ali Balbay, § 103.

içtihadında olduğu gibi, özen yükümlülüğü incelemesi 'ilgili ve yeterli gerekçe' incelemesinden ayrı bir incelemedir.⁹² Eğer tutukluluk ve/veya tutukluluğa devam kararlarında ilgili yeterli gerekçeler varsa, ancak özen yükümlülüğü incelemesine geçilmelidir.

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili ve yeterli gerekçelerin ne zaman aranacağına ilişkin yorumunun iç hukukumuzla uyumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira, Mahkeme'ye göre,

“Başlangıçtaki bu tutuklama nedenleri belli bir süreye kadar tutukluluğun devamı için yeterli görülebilirse de bu süre geçtikten sonra, uzatmaya ilişkin kararlarda tutuklama nedenlerinin hâlâ devam ettiğinin gerekçeleriyle birlikte gösterilmesi gerekir. Bu gerekçeler “ilgili” ve “yeterli” görüldüğü takdirde, yargılama sürecinin özenli yürütülüp yürütülmediği de incelenmelidir.”⁹³

Mahkeme'nin bu yaklaşımının daha net bir biçimde ifadesini bulduğu kararlar da vardır. Mustafa Başer ve Metin Özçelik davasında, Mahkeme şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur:

“İlk tutuklamaya ilişkin yargısal denetimde kişinin bir suç işlemiş olabileceğine dair inandırıcı nedenlerin bulunup bulunmadığıyla ve özgürlükten yoksun bırakmanın bu bağlamda hukukiliğiyle sınırlı bir inceleme yapılmaktadır. Bu kapsamda bir suçun işlenmiş olabileceğine ilişkin ciddi belirtilerin varlığı ilk tutma bakımından yeterli olabilir.”⁹⁴

Bu içtihadı, kuvvetli belirtiyi ön koşul olarak öngören ve bir tutuklama nedenini de zorunlu gören Anayasa'nın 19. maddesi ile bağdaştırmak güçtür. Durum, özellikle CMK m. 100/3'te belirtilen suçlar bakımından da daha da sorunludur. Zira her ne kadar, Anayasa Mahkemesi, yakın dönem içtihadında tutuklamanın yasal bir karine olarak kabul edildiği sistemlerin AİHS'ye aykırı olduğunu belirterek gerekçelendirme zorunluluğun atıf yapsa da⁹⁵ özellikle yakın dönem içtihadında bu görüşten uzaklaşmıştır. Mahkeme'ye göre,

92 Şirin 2018, s. 200.

93 Hanefi Avcı, 2013/2814, 18/6/2014, § 67.

94 Vurgular eklenmiştir. Ayrıca, bkz., Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], 2014/14061, 8/4/2015, § 84, Mustafa Başer ve Metin Özçelik, 2015/7908, 20/1/2016, § 154, keza Günay Dağ ve diğerleri [GK-kk], 2013/1631, 1/3/2013, § 162.

95 Engin Demir [GK], 2013/2947, 17/12/2015, §§ 66-70.

Anayasa koyucu, tutuklama nedenlerine ilişkin olarak “bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde” ibaresine yer vermek suretiyle tutuklama nedenlerinin Anayasa’da ifade edilenlerle sınırlı olmadığını belirtmiştir. Dolayısıyla, Anayasa, tutuklamanın meşru nedenlerinin belirlenmesi bakımından kanun koyucuya takdir hakkı tanımıştır. Bu itibarla CMK m. 100/3’de sayılan suçlar söz konusu olduğunda tutuklama nedenlerinin varsayılabilereceği sonucunun çıkacağına hükmetmiştir.⁹⁶

Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin gerçekten, özellikle suçun kanunda belirlenen katalog suçlar kapsamında olması halinde büyük ölçüde tutuklama kararındaki gerekçelerle yetindiği anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin bu tutumunun Sözleşme ile de çeliştiği açıktır, zira her halükarda kanun metnini tekrarlayan ifadelerin gerekçe olarak değerlendirilmesi mümkün değildir ve gerekçesiz kararların AİHM’nin konuya ilişkin yaklaşımı ile çelişeceği açıktır.⁹⁷ Öte yandan, tutuklama kararlarının gerekçesiz olması tutuklamanın yargısal denetimini de her halükarda güçleştirmektedir.⁹⁸ Bu durum Anayasa Mahkemesi’nin kendi içtihadı bakımından da çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği prensibine de aykırıdır.⁹⁹ Bu itibarla ilgili ve yeterli gerekçelerin somut olayda mevcut olup olmadığı yönünde yapılan denetimin özellikle katalog suçlar söz konusu olduğunda yanlış bir içtihadı temel üzerine inşa edildiğini söylemek mümkündür. Zira, bu suçlar bakımından kaçma ve delil karartma şüphesinin olgusal bir temeli olduğuna bakılmaksızın çoğunlukla suçun vahameti gerekçesiyle bu nedenler adeta varsayılmaktadır.

96 Benzer biçimde Ramazan Aras, 2012/239, 2/7/2013, § 46, Halas Aslan, § 59.

97 Bkz., örneğin, Stasaitis/Litvanya, 47679/99, 21/3/2002, § 66-67.

98 Yenisey, Feridun, ‘Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kararlarının Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi: Tutuklama’, *Anayasa Yargısı*, 2016, c. 33, s. 213-229; s. 221.

99 “Devam eden tutukluluğun hukuka aykırı olduğu iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda şikâyetlerin temel amacı, tutukluluğun hukuka aykırı olduğunun ya da devamını haklı kılan sebep veya sebeplerin bulunmadığının tespitidir. Bu tespit yapıldığı takdirde buna bağlı olarak ilgilinin tutukluluk halinin devamına gerekçe olarak gösterilen hukuki sebeplerin varlığı sona erecek ve böylece kişinin serbest kalmasının yolu açılacaktır. Bu amaçla yapılan bir başvuruda, itiraz kanun yolunda çelişmeli yargılama ve/veya silahların eşitliği gibi ilkelere uygun olarak bir inceleme yapıp yapılmadığı da dikkate alınacaktır.” (Vurgular eklenmiştir.) İlker Başbuğ, 2014/912, 6/3/2014, § 47. Nusret Argun, 2013/6149, 6/3/2014, § 43, Ayhan Bilgen, 2017/5974, 21/12/2017, § 71.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin ilgili ve yeterli gerekçelere ilişkin denetimi nispeten daha etkili bir biçimde yaptığı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin Yavuz Pehlivan ve diğerleri kararında suçlamanın dayanağını oluşturan dijital materyale ulaşılamaması sebebiyle başvuruçuların suçlamaya dayanak olgulardan yeterince bilgi sahibi olmadıkları ve bunları sorgulama imkanı olmadığı ve bu nedenle serbest bırakılma hakkını etkili bir şekilde kullanmalarının oldukça zorlaşacağını belirtmektedir.¹⁰⁰ Bu davada, başvuruçular bakımından 1 yıl 1 aydan 1 yıl 9 aya kadar değişen sürelerle tutuklu olmalarını makul bir süre olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.

Keza Mahkeme AİHM içtihadına atıfla¹⁰¹ “[A]şırı derecede kısa gerekçelerle ve hiçbir yasal hüküm gösterilmeden tutuklama kararı vermek ya da tutukluluğu devam ettirme” söz konusu olduğunda tutukluluğu meşru kılan gerekçelerin bulunmadığına hükmetmektedir.¹⁰² Bu noktada, belirli bir süre geçtikten sonra “tutuklamanın devamına karar verilirken, davanın genel durumu yanında, tahliyesini talep eden kişinin özel durumunun dikkate alınması ve bu anlamda tutukluluk gerekçelerinin kişiselleştirilmesi” gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰³ Sözgelimi, aynı davada yargılanan bazı sanıkların durumlarından hareketle genelleme yapılarak diğerlerinin de aynı davranışta bulunabileceğini varsaymanın, kişiselleştirmeyi engellediği ve dolayısıyla özgürlüğün esas, tutukluluğun istisna olduğu yönündeki anlayışla bağdaşmadığını belirtmektedir.¹⁰⁴ Dolayısıyla suç ortağı durumunda bulunan kişilerin kaçak durumda bulunması, soruşturulan ve kovuşturulan diğer kişilerin de kaçacağı şeklinde bir varsayıma neden olmamalıdır. Aynı şekilde çok sanıklı örgüt soruşturmalarında ve kovuşturmalarında her bir şüpheli ve sanık açısından tutuklama kararı bireyselleştirilmesi gerektiği izahtan varesidir.

100 Yavuz Pehlivan ve diğerleri §§ 71-89.

101 Mooren/Almanya [BD], 11364/03, 9/7/2009, § 79.

102 Levent Ersöz, 2013/5274, 16/7/2014, § 90; Kemal Aktaş ve Selma Irmak, 2014/85, 3/1/2014, § 46.

103 Hanefi Avcı § 84.

104 Mehmet Haberal, 2012/849, 4/12/2013, § 102; Hanefi Avcı § 84; Hikmet Kopar ve diğerleri, § 32.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da vurguladığı üzere, tutuklamada özgürlük sınırlamasının keyfi olup olmadığını ve kanundaki koşullara uygun olarak uygulanıp uygulanmadığının tespiti son derece önemlidir.

Tutuklama kararında gerekçe denetimi tazminat davasında son derece önemlidir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da uzatma süresi açısından gerekçe denetimine özel bir vurgu yapmıştır. O halde buradaki hukuksal sorun, AİHM'nin de tespit ettiği CMK m. 141/1(d)'nin gerekçe denetimini olanaklı kılıp kılmadığı hususudur.

4. CMK m. 141/1(d) Davasında Öngörülen Tazminat Davasında İncelemenin Kapsamı ve Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki, CMK m. 141/1(d)'de öngörülen bir dava çeşidi olarak makul sürede serbest bırakılma hakkının ihlal edilmiş olduğu iddiasının tazminat davasında henüz asıl dava sonuçlanmadan incelenmesi, davanın kapsamı ve sonuçları itibarıyla son derece *atipik* bir durum arz etmektedir. Şöyle ki, tazminat mahkemesinin öncelikle tespit etmesi gereken husus, tutuklama kararının hukuka uygun olarak verilip verilmediği olmalıdır. Zira, CMK m. 141/1(d)'nin lafzından, 'kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen' ifadesinden, yapılacak incelemede evleviyetle kanuna uygun bir tutuklama kararının bulunup bulunmadığını denetimini gerektirmektedir. Bu husus, öncelikle ceza yargıcının maddi gerçeği araştırma yükümlülüğünün bir sonucudur. CMK m. 142/6 hükmünün böyle bir yorumu ayrıca pekiştirdiğini söylemek mümkündür. CMK 142/6'ya göre istemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya (veya naip hakimlerden birine yaptırmaya) yetkilidir. Bu noktada, Mahkeme'nin taleple bağlılık esasından hareketle, sadece talep çerçevesinde makul süre ile ilgili bir denetim yapabileceğini söylemek isabetli olmayacaktır. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin içtihadında da 'taleple bağlılık' tazminatın miktarı ve kapsamı ile ilgili olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁵

105 12 CD, 2017/3737 E., 2018/1031 K., 5/2/2018; 2019/551 E., 2019/6720, 27/5/2019; 2018/8272 E., 2019/1697 K., 11/2/2019 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>).

Tutuklama kararının denetiminde denetimin sınırları CMK m. 100 ve 101'de belirlenmiştir. Hukuka uygun bir tutuklama veya tutuklanmanın devamına ilişkin kararın içeriği CMK m. 101'de açıkça zikredilmiştir. CMK m. 101'e göre tutukluluk ve tutuk devam kararlarında;

- a) Kuvvetli suç şüphesini,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir.

Dolayısıyla, tazminat istemini karara bağlayacak mahkeme önüne gelen davada, kuvvetli suç şüphesini gösteren somut delillerin bulunmadığını tespit ediyorsa, bu noktada CMK m. 141/1(d) üzerinden bir karar vermesi mümkün olmamalıdır. Bu durumda hukuka aykırı bir tutuklama kararı yönünden makul süre değerlendirilmesi yapılması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır, ki böyle bir durumun abesle iştigal anlamına geleceğini belirtmek herhalde yanlış olmayacaktır.

Tazminat mahkemesinin incelemesinin, haliyle, tutuklama nedenlerine ilişkin bir denetimi de kapsamaması gerekir. Kuvvetli suç şüphesinin somut olayda bulunmasına rağmen tutuklama nedenleri olarak belirtilen kaçma ve delil karartma ile ilgili CMK m. 100'ün aradığı biçimde kuvvetli şüphe yoksa, söz konusu tutuklama kararının yine hukuka aykırı bir tutuklama olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Nihayet, Anayasa m. 19 ve CMK m. 101 çerçevesinde ölçülülük değerlendirmesinin de tutuklama yerine adli kontrol hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ile ilgili bir denetimi içermesi gerektir. Dolayısıyla, böyle bir denetimde işin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde ve buradan hareketle adli kontrol uygulamasının neden yetersiz kalacağını belirten 'hukuki ve fiili nedenler' gösterilmeden tutuklama kararı verilmemelidir. Nitekim, bireysel başvuru mercileri de bir tutuklama hukuka aykırı ise, ayrıca makul sürede serbest kılma hakkının ihlali ile ilgili bir değerlendirme yapmamaktadır. Zira bu durumdaki ihlal haliyle daha ağır niteliklidir.¹⁰⁶

106 Şahin Alpay/Türkiye, 16538/17, 20/3/2018, § 122; Şık/Türkiye (No. 2), 36493/17, 24/11/2020, § 68.

Öte yandan böyle bir incelemede kilit nokta, kuvvetli suç şüphesine ilişkin somut delillerle ilgili yapılacak bir denetimdir. Zira, henüz yargılama makamları önünde derdest bir davada delillere ilişkin bir değerlendirmenin yapılması kaçınılmaz bir hale gelecektir. Burada bir dizi sorun bulunmaktadır.

Birincisi, Türkiye uygulamasında yukarıda belirtildiği üzere, tutuklama kararı açısından bireyselleştirilmiş bir tutuklama gerekçesinden çoğunlukla bahsetmek mümkün değildir. Türkiye’de tutukluluk veya tutukluluğun devamı kararlarında, Hanefi Avcı başvurusunda derece mahkemesince yapılan şu şekilde bir gerekçelendirme yaygındır:

“hakkında isnat olunan suçların mahiyeti, isnat edilen suçlara dair kuvvetli suç şüphelerini gösteren olguların var olması, isnat edilen suçların katalog suçlardan olması, tüm dosya kapsamındaki deliller değerlendirildiğinde mevcut delillerin kuvvetli suç şüphesinin varlığını göstermesi, tutuklulukta geçen makul süreyi aşan bir durumun bulunmaması, başvurusunun serbest kalması halinde kaçma şüphesinin bulunması, daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbiri uygulanmasının dava konusu açısından yetersiz kalacağı”

Hakimlikler ve derece mahkemeleri bu karardakine benzer unsurlara atıfla ve olgusal herhangi bir dayanak göstermeden tutuklama kararı veya tutukluluğun devamı kararları verebilmektedir. Yukarıdaki gerekçeye de yansıyan biçimde gerekçesiz tutuklama kararları sorunu katalog suçlar açısından özellikle vahamet arz etmektedir. Kanunda gerekçelendirilme zorunluluğu açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, kaçma ve delil karartma şüphesi yönünden yetersiz, kanun metnini tekrar eden, “klişe” (*stereotypical*) bir gerekçelendirme yaygındır.¹⁰⁷ Bu durum, özellikle AİHM içtihadı yönünden devam eden tutuklama kararları ile ilgili çok sayıda ihlal kararının da gerekçesini oluşturmaktadır. Üstelik, Anayasa Mahkemesi’nin katalog suçlara

107 Bkz., örneğin, Çetin Ağtaş/Türkiye, 77331/01, 19/9/2006, § 33; Cahit Demirel/Türkiye, 18623/03, 7/7/2009, §§ 24-27; Mehmet Yavuz, 47043/99, 24/7/2007, § 39. Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nin bu husustaki yaklaşımına ilişkin Koşti ve diğerleri/Türkiye, 74321/01, 3/5/2007, § 22. Şirin 2018, s. 197 vd., Soyer Güleç, Sesim, ‘Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler’, *TBB Dergisi*, 2012, c. 98, s. 25-73, s. 49.

ilişkin başlangıçtaki isabetli tutumunun giderek katalog suçların bir tür otomatik tutuklama karinesine yol açmasına neden olabileceği şeklindeki yorumunun, Buzadji/Moldovya kararından sonra da değiştiğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Öte yandan uygulamada, tutuklama muhakemesi açısından tutuklamada şüphe nedenlerinin belirtilmesinin ihsas-ı rey teşkil edeceği şeklinde bir eğilimin yaygın olduğu da anlaşılmaktadır.¹⁰⁸ İsbetle tespit edildiği ve kimi Anayasa Mahkemesi kararlarına da konu olduğu üzere, özellikle soruşturma aşamasında hakimler, “kuvvetli şüphe” ölçütünün değerlendirilip, tutuklama talebinin kabul veya reddi kararına bu ölçütle ilgili gerekçe yazılması halinde işin esasına girileceği ve tarafsızlıklarını kaybedeceklerini düşünmekte ve kararlarına, CMK m.100’de belirtilen tutuklama gerekçelerini yazmakla yetinmektedirler.¹⁰⁹ Anayasa Mahkemesi’nin de *Şahin Alpay (2)* kararında tespit ettiği üzere, tutuklama tedbirinin uygulanması için ön koşul ‘kuvvetli belirti’ nin somut olgularla ortaya konulmasıdır. Bu Anayasal zorunluluktan ‘ihsas-ı rey’ oluşturacağı gibi bir gerekçe ile imtina edilmesi mümkün değildir.¹¹⁰

Ne var ki, Anayasa Mahkemesi’nin dahi kuvvetli suç şüphesinin delillendirilmediği yönündeki kararın uygulamasına derece mahkemesince gösterilen direnmenin hukuka aykırı olduğunu belirtmek bakımından Şahin Alpay (2) kararında yaptığı bu tespiti, kendi içtihadında içselleştirilmiş olduğu söylenemez. Aksine, Anayasa Mahkemesi’nin az sayıda önemli içtihadına rağmen, Mahkeme’nin yargılama mercilerinin sundukları delilleri ve çoğunlukla söz konusu delillerin nasıl elde edilmiş olduğunu da değerlendirmeden tutuklama dayanağı olarak ele alması yerleşik hale gelmiştir. Anayasa Mahkemesi’nin ‘delillerin takdir edilmesinde açıkça keyfilik ve bariz hukuka aykırılık’ yaklaşımı, görülebildiği kadarıyla dosyada işlenmiş bir suça ilişkin delilin bulunmadığı ifade özgürlüğü kapsamında ka-

108 Sözelimi gazeteci ve eski milletvekili Mustafa Balbay ile ilgili olarak verilen 06/03/2009 tarihli tutukluluk halinin devamına ilişkin kararda şu ifadeler yer almaktadır: “Sanık hakkında tutuklama gerekçelerinin çok ayrıntılı, somut olarak ve delillerin tartışılması suretiyle belirtilmesi halinde ihsas-ı rey itirazlarının söz konusu olabileceği, bu nedenle suç şüphesinin tespitinde bu durumun göz önünde bulundurulduğu,” Mustafa Ali Balbay, § 16.

109 Şen, Şen, Ersan, Ceza Yargılaması Süreci, *TBB Dergisi*, 2011, sy. 97, s. 269-300, s. 276.

110 Şahin Alpay (2), 2016/16092, 11/1/2018, § 77.

lan davalarla sınırlıdır. Gerek Erdem Gül ve Can Dündar,¹¹¹ gerekse de yeni tarihli Şahin Alpay¹¹² ve Mehmet Hasan Altan (2)¹¹³ kararlarında, suçlamaya dayanak olarak sadece ilgili kişilerin haber ve yazıları olması dolayısıyla kuvvetli suç şüphesinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Nitekim Mahkeme bu davalarda isnat edilen fiillerin ifade, basın ve sendika özgürlükleri ile siyasi faaliyette bulunma hakkı gibi demokratik toplum düzeni bakımından vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler kapsamında olduğu hususunda ciddi iddiaların bulunduğu ve somut olayın koşullarından bu durumun anlaşılabilirdiği hallerde, tutuklamaya karar veren yargı mercilerinin daha özenli davranmaları gerektiği, bu özen yükümlülüğünün de Anayasa Mahkemesi'nin denetimine tabi olduğunu belirtmektedir.¹¹⁴

Tutuklamanın maddi şartları bakımından kuvvetli belirti ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nin vurguladığı ikincil bir başvuru yolu olduğu şeklindeki yaklaşımına dayanan sınırlı incelemesi kuşkusuz, işin esasını görmek durumunda olan tazminat mahkemeleri için hiçbir surette geçerli olmamalıdır. Ne var ki, sadece tazminat yargılamasını yapan derece mahkemeleri değil, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin, AİHM içtihadı çerçevesinde basmakalıp gerekçe olarak kabul edilebilecek türden gerekçeleri kabulde yetindiği vakidir. Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 2015'te karara bağladığı dosyada yapılan denetim bu noktada ele alınmalıdır.¹¹⁵ Olayda 5 yıllık azami süre dolmuştur. Ancak, Daire, “davanın kapsamı, dosyadaki delillerin çokluğu, sanıklara yüklenen suçların sayısı ve niteliği, sanıkların sayısı ve davanın karmaşık olması” şeklindeki kriterler üzerinde bir değerlendirme yapmıştır. Daireye göre sanığın 9 diğer sanıkla birlikte yakalanması, kişiye atfedilen suçların ciddi ve ağır olması, davacı hakkında yağma, hürriyeti tahdit, görevi yaptırmamak için direnme, belgede sahtecilik gibi muhtelif suçların olması, müşteki ve sanık sa-

111 Erdem Gül ve Can Dündar kararında Anayasa Mahkemesi, suçun işlendiğine dair 'kuvvetli belirti'nin bulunup bulunmadığına "...tutuklama kararının gerekçesinde kuvvetli suç şüphesini gösteren somut olguların gösterilip gösterilmediğiyle sınırlı olarak yapacaktır." diyerek (bu kararda) 'kuvvetli belirti'yi, 'kuvvetli suç şüphesini gösteren somut olgular' olarak anladığını ifade etmiştir, § 72.

112 Şahin Alpay, 2016/16092, 11/1/2018.

113 Mehmet Hasan Altan (2), 2016/23672, 11/1/2018 § 118.

114 Şahin Alpay, § 83, Mehmet Hasan Altan (2), § 118.

115 12 CD, 2015/4316 E., 2015/19160 K., 10/12/2015.

yısı tutuklulukta süre açısından değerlendirilmelidir. Ayrıca, 'delillerin durumu' ifadesinin AİHM tarafından tutukluluk ve tutukluluğun devamı kararlarının gerekçesi olabileceğini belirtmektedir. Ne var ki, AİHM delillerin durumu ifadesi, atılı suçun işlendiğine ilişkin ciddi emare olarak değerlendirilmekte ve suçun ağırlığı gibi delillerin durumunun da uzun bir tutukluluğu haklı kılmadığını belirtmektedir.¹¹⁶ AİHM, 'delillerin durumu, tutukluluğun uzunluğu, suçun niteliği' gibi basmakalıp (*stereotyped*) gerekçelerle tutukluluğun karar verilmesini Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmektedir. Mahkeme, Ahmet Şık/Türkiye kararında bu durumu daha net ifade etmiştir, Mahkeme'ye göre "gerekli detaylandırmanın yapılmadığı durumlarda genel olarak kabul edilen gerekçelerin (örneğin delil durumu, dosya kapsamı, suçun mahiyeti gibi) basmakalıp olarak sıralanması bu eksikliği gidermemektedir".¹¹⁷

Öte yandan, 12. Ceza Dairesi 2015 tarihli kararında, resen araştırma yükümlülüğüne rağmen adeta hak ihlali iddiasını bireysel başvuru yoluyla alan bir yargısal mercii gibi, yargılamanın özenli yürütülmediğine ilişkin somut veriler bulunmadığını belirtmektedir. Daire, muhalefet şerhinde belirtildiği üzere, bu davanın sanıklarının biri lehine verilen Anayasa Mahkemesi kararını¹¹⁸ da tamamen göz ardı ederek makul sürenin aşılması olduğunu karar vermiştir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin verdiği ve 'delillerin durumu' gibi soyut ifadeleri tutukluluk devamı kararları için azami süreleri dahi aşacak şekilde kabul ettiği bu durum gerekçe denetiminin böyle bir davada kapsamına ilişkin önemli ipuçları vermektedir. Bu kararın da gösterdiği gibi uzun tutukluluk bakımından gerekçe denetimi hemen her olayda kolaylıkla şüpheli veya sanık aleyhine yorumlanabilecektir. Zira, Daire, esas itibarıyla yapılacak denetimi, tutukluluğun azami süreler içinde yapılıp yapılmadığı şeklinde bir denetim ile sınırlı olarak ele almaktadır. Kaldı ki, bu tutum Anayasa Mahkemesi içtihadı ile açıkça uyumsuzdur, zira, öngörülen süreler hiçbir surette açık çek niteliğinde kabul edilemezler.

116 Mansur/Türkiye, 14/1994/461/542, 8/6/1995, § 56. Cahit Demirel/Türkiye, § 25, Çetin Ağdaş § 28.

117 Şık/Türkiye, 53413/11, 8/7/2014, § 62.

118 12 CD, 2012/1303, 21/11/2013, 2013/239 ve 1139, 2/7/2013.

Tutukluluğun devamına ilişkin bir kararın, Ceza Muhakemesi Kanunu 101. maddede belirtilen, kuvvetli suç şüphesi, tutuklama nedenlerinin varlığı, tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu gerekçelendirilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle, yapılacak denetimin bu hususları içermesi zorunludur.

Ancak, böyle bir denetim çoğunlukla tutuklama kararlarının olgusal temellerden mahrum olması nedeniyle güçtür. Katalog suçlar söz konusu olduğunda tutuklama nedenlerinin varsayılması da durumu zorlaştıran bir başka faktördür.

Öte yandan, bu türden etkili bir denetimin bir başka mahkeme önünde derdest bir yargılama bakımından belirli bir kanaat oluşmasına neden olacağı itirazı ile karşılanması muhtemeldir. Yukarıda belirtildiği üzere, Türkiye’de tutuklama kararları açısından dahi gerekçelendirme sorunu olduğu düşünüldüğünde, uzun süren tutukluklarda tazminat mahkemesince henüz kesin hüküm olmaksızın tazminat davasında yetkili mahkemece değerlendirilmesi Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin halihazırda yaptığı biçimde sınırlı bir incelemeden ibaret kalacaktır. Ayrıca, mahkemenin, örneğin, CMK m. 141/1(d)’nin dayanak olduğu dosyalarda, koşulları bulunmayan bir tutuklama kararı ile karşı karşıya kaldığında nasıl bir yol izlemesi gerektiği de belirsizdir. Bu durumda, bu konuda bir talep olmamasına rağmen CMK m. 141/1(a)’dan hüküm kurabilecek midir? CMK m 141/1(a) ile ilgili olarak kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı biçiminde bir karar tesis ettiğinde asıl davaya bakan mahkemece mahkûmiyet hükmü verilmesi halinde birbirleri ile çelişen iki karar söz konusu olacaktır. CMK m. 141/1(d)’ye göre açılan ancak, tutuklama için gerekli kuvvetli suç şüphesinin bulunmadığı asıl davanın henüz sonuçlanmadığı davalarda, diğer bir ihtimal bu durumda tazminat mahkemesinin asıl davanın kendisini bekletici mesele yapabilmesidir. Ancak böyle bir yolun da asıl davanın sonuçlanması gerekeceğinden mağduriyeti giderici etkili bir yol olduğunu söylemek mümkün değildir.

Öte yandan aynı kişinin daha sonra beraat etmesi durumunda tazminat mahkemesinin tazminat tayinine yer olmadığına dair kararı maddi gerçeği tespit etmek bakımından geçerliliğini yitirecek ve

ortaya çıkan zararın tazminine isteyen ilgili açısından yeni bir dava ikamesini gerektirecektir.¹¹⁹

Yukarıda belirtilen gerekçelerin suç şüphesinin derecesi yönünden de nihai nitelikte karar olan kesin hükmün beklenmesi gerekir. Bu durumda, bu yolun henüz kesinleşme olmadan tüketilmesinin aranmaması gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere bu şekilde yapılan bir denetim sadece ceza muhakemesinin temel prensipleri ile çatışmamakta, aynı zamanda pratik olarak da etkili bir denetim yapılamayacağından etkili başvuru hakkının gerekliliklerini karşılamamaktadır. Bu itibarla, bireysel başvuru süreçleri bakımından bu yolun tüketilmesinin aranması isabetli değildir. Bu şekilde bir yorum, CMK m. 141/1(d) yolunu bütünüyle işlevsiz hale getirmektedir.

Aynı biçimde bağlantılı diğer bir mesele yukarıda belirtildiği üzere tutukluluk süresine ilişkin yüksek mahkemelerin güncel içtihadıdır. Zira, güncel içtihada göre kişi hakkında hüküm verildiğinde artık tutuklu statüsünde değildir. Bu durumda, uzun tutukluluğun bireysel başvuru mercilerince incelenmesi CMK m. 141 davasından önce mümkün değildir. Böyle bir durumda tazminat mahkemesinin yapacağı sınırlı inceleme, konunun Anayasa Mahkemesince ele alınmasının önüne geçilmiş bulunmaktadır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin AİHM içtihatları çerçevesinde sunduğu gibi 'makul başarı şansı' tanımayan böyle bir yolu etkili olarak kabul edilmesi hak ihlallerinin tespitinde menfi sonuçlar yaratacaktır.

Mahkeme'ye göre bu noktadaki bir ihlal tespiti hakkında hüküm verilen kişinin tahliyesi sonucu doğurmayacaktır.¹²⁰ Ancak, bu sonuca katılmaya imkân bulunmamaktadır. Hukukumuzda göre kanun yolu aşamasında da tahliye talebinde bulunmak mümkündür. CMK m. 104/3'e göre yargılamanın geldiği safhaya göre, Bölge Adliye Mahkemesi, Yargıtay ilgili dairesi veya Yargıtay Ceza Kurulu'ndan tahliyesini isteyebilir. Söz konusu merciler, hüküm kesinleşinceye kadar, hakkında makul sürede serbest kalma hakkının ihlal edilmiş

119 CMK m. 311 'hükümlü lehine' yargılamanın yenilenmesi nedenlerini tüketici biçimde belirtmiş olduğu için tazminat davası bakımından geçerli olmadığı kabulü gerekir. Nitekim, CMK m. 143, tazminatın geri alınması ile ilgili özel bir düzenleme içermektedir.

120 İrfan Gerçek, § 43.

olduğu yönünde veya azami süreleri geçirmiş olması dolayısıyla tahliye kararı verebilir. Keza, aynı merciler kişinin adli kontrol altına alınarak tahliyesine de karar verebilirler (CMK m. 110/3).¹²¹ O halde, bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararın elbette ilgilinin “kişisel durumuna bir etkisi” olacaktır.

V. Sonuç

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Yargıtay 12. Ceza Dairesi, CMK m. 141/1(d) uyarınca açılacak davada denetimin tutuklama kararı gerekçeleri üzerinden yapılacağını belirtmektedir. Daire'ye göre, bu biçimde açılan bir tazminat davasında; iddianame, davacıya ait tutuklama kararları, tutukluluğun devamına dair kararlar, tutuklama inceleme tutanakları ile davacı ile ilgili tutanak ve belgelerin incelenmesi üzerine karar verilecektir.¹²² Ancak, Türkiye uygulamasında ciddi biçimde basmakalıp gerekçe sorunu vardır. Mesele, katalog suçlarla ilgili tutuklama nedeninin adeta bir ‘kanuni karine’ olarak kabulü yaygın olduğu için daha da çetrefil bir hal almaktadır. Uygulamadaki bu durum gözetildiğinde tazminat mahkemesinin hüküm kesinleşmeden gerekçe denetim yapması gerçekçi görünmemektedir. Öte taraftan böyle bir denetimin CMK m. 141/1(d) açısından gerekli olup olmadığı konusunda AİHM, yerleşik içtihadına rağmen, iki önemli davada, Lütfiye Zengin ve diğerleri ve Selahattin Demirtaş (No. 2) [BD], haklı tereddütler ortaya koymuş, her halükarda tutuklamanın hukuka aykırı olduğu şeklinde itirazların bulunduğu haller açısından tazminat davasının başarı ile sonuçlandırıldığına ilişkin bir örnek karar bulunmadığı için CMK m. 141/1(d) davasını bu örnekler bakımından etkili bir yol olarak değerlendirmemiştir. Diğer taraftan en ideal uygulamasında bile, dava henüz kesin hükümlerle sonuçlanmadan, tazminat mahkemesinin başka bir yargı mercii önünde derdest yargılamaya ilişkin olarak görüş bildirmesi gerekecektir ki, bu durum gerek adil yargılanma hakkı gerekse de muhakeme ekonomisi açısından bir dizi soruna neden olmaktadır.

121 CMK m. 110/3 “109 uncu madde ile bu madde hükümleri, gerekli görüldüğünde, görevli ve yetkili diğer yargı mercileri tarafından da, kovuşturma evresinin her aşamasında uygulanır.”

122 12 CD, 2015/201 E., 2015/13994 K., 29/9/2015.

Uzun tutukluluk ile ilgili CMK m. 141/1(d)'ye dayanan tazminat davasının gerek AİHM gerekse AİHM içtihadından ilhamla Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarında, iç hukuk yollarına işlerlik kazandırmak amacıyla asıl dava sonuçlanmadan ikamesinin mümkün olduğuna hükmedilmişse de böyle bir yorumun daha ziyade her iki mahkemenin de iş yükünü azaltmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Henüz hükmün kesinleşmediği bir aşamada tazminat ile ilgili bir davanın makul bir biçimde başarı şansı yukarıda belirttiğimiz nedenlerle güçtür. O nedenle, kesinleşme öncesi açılan davaların etkili bir yol olarak kabulü mümkün değildir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı etkili bir denetimin, başarı şansı olmayan tazminat davası yolu ile ötelenmesinden başka bir sonuç üretmeyecektir. Oysa, Anayasa Mahkemesi'nin de AİHM içtihadından ilhamla belirttiği üzere, koruma tedbirleri nedeniyle tazminat davası açma imkanının mevzuatta yer alması yalnız başına yeterli olmayıp bu yolun aynı zamanda pratikte de başarı sunması gerekir.¹²³ Pratikte başarı şansı sunmayan böyle bir yola ilişkin ceza muhakemesinin morfolojisi ile uyuşmayan yorumun, özellikle, tutuklulukta makul süre yönünden terk edilmesi zorunludur.

123 İlhan Gökhan, § 30,

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, 'Haksız tutma ve yakalama hallerinde devletin tazminat verme mükellefiyeti', *AÜHF Dergisi*, 1961, c. 18. sy. 1-4, s. 185-221.
- Baytaç, Abdullah Batuhan, 'Hükme Bağlı Tutukluluk', *CHKD*, 2018, c. 6, sy. 2, s. 133-153
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar*, İstanbul 2013.
- Feyzioğlu, Metin, 'Tutuklamadan Doğan Zararların Giderilmesi', *Ankara Barosu Dergisi*, 1993, c. 50, s. 113-141.
- Keskin Kızıroğlu, Serap, 'Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler', *İÜHF*, c. 60, 2001, sy. 1-2, s. 49-61.
- Özalp, Nabi, 'Uygulamada koruma tedbirleri nedeniyle tazminat' (CMK m. 141-144), *TBB Dergisi*, 2019, sy. 145, s. 81-158.
- Özen, Muharrem/Güngör, Devrim/Okuyucu Ergün, Güneş, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türk Hukukunda Azami Tutukluluk Süresinin Hesaplanmasına İlişkin Değerlendirmeler', *Ankara Barosu Dergisi*, c. 68, sy. 4, s. 181-187.
- Özbek Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13 baskı, Ankara 2019.
- Öztürk, Bahri ve diğerleri, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. baskı, Ankara 2019,
- Öztürk, Bahri/Eker Kazancı, Behiye/ Soyer Güleç, Sesim/ Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri, 3. baskı, Ankara 2019.
- Soyer Güleç, Sesim, 'Tutuklamaya İlişkin Temel Sorunlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Güncel Kararları Çerçevesinde Adli Kontrol Konusunda Bazı Tespit ve Değerlendirmeler', *TBB Dergisi*, 2012, c. 98, s. 25-73, s. 49.
- Sınar, Hasan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama*, İstanbul 2016.
- Şen, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı - X Muhabir*, Seçkin, Ankara 2009.
- Şen, Ersan, *Ceza Yargılaması Süreci*, *TBB Dergisi*, 2011, sy. 97, s. 269-300
- Şirin, Tolga, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-1)*, Ankara 2018.
- Ünver, Yener/Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku (II. cilt)*, 15. baskı, Ankara 2019.
- Yalvaç, Gürsel, 'Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat', *CHKD*, 2015, c. 3, sy. 2, s. 267-306.

Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. baskı, Ankara 2019.

Zafer, Hamide, 'Ceza Muhakemesinde Koruma Tedbiri Mağdurlarının Tazminat Hakkı', Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, c. 9, sy. 2, s. 77-99.

AIHM Kararları

Bayam/Türkiye, 26896/02, 31/7/2007.

Balca/Türkiye, 41843/07, 22/1/2013.

Becciev/Moldovya, 9190/03, 4/10/2005

Buzadji/Moldovya [BD], 23755/07, 5/7/2016.

Cahit Demirel/Türkiye, 18623/03, 7/7/2009

Castells/İspanya, 11798/85, 23/12/1992.

Clooth/Belçika, 12718/87, 12/12/1991.

Cüneyt Polat/Türkiye, 32211/07, 13/11/2014.

Çetin Ağtaş/Türkiye, 77331/01, 19/9/2006

Demir/Türkiye [kk], 51770/07, 16/10/2002.

Kabalı/Türkiye [kk], 63988/09, 21/6/2018

Koştı ve diğerleri/Türkiye, 74321/01, 3/5/2007, § 22

Kürüm/Türkiye, 56493/07, 26/1/2010.

Letellier/Fransa, 12369/86, 26/6/1991.

Labita/İtalya, 26772/95, 6/4/2000.

Mansur/Türkiye, 14/1994/461/542, 8/6/1995

Matznetter/Avusturya, 2178/64, 10/11/1969.

Medeni Kavak/Türkiye, 13723/02, 3/5/2007.

Mehmet Yavuz, 47043/99, 24/7/2007.

Merabishvili/Gürcistan [BD], 72508/13, 28/10/2017.

Milankovic ve Bosnjak/Hırvatistan, 37762/12; 23530/13, 26/4/2016.

Mooren/Almanya [BD], 11364/03, 9/7/2009.

Panchenko/Rusya, 45100/98, 8/2/2005.

Sadak ve diğerleri/Türkiye, 25144/94, 26149/95, 26154/95, 27100/95, 27101/95, 11/6/2002.

Selahattin Demirtaş/Türkiye, [BD] (No.2), 14305/17, 22/12/2020.

Sinan Tanrikulu ve diğerleri, 50086/99, 3/5/2007.

Solmaz/Türkiye, 27561/02, 16/1/2007.
Stasaitis/Litvanya, 47679/99, 21/3/2002
Stögmüller/Avusturya, 1602/62, 10/11/1969.
Şahin Alpay/Türkiye, 16538/17, 20/3/2018.
Şık/Türkiye, 53413/11, 8/7/2014
Şık/Türkiye (No. 2), 36493/17, 24/11/2020
Wemhoff/Almanya, 2122/64, 27/6/1968
Yağcı ve Sargın/Türkiye, 16419/90, 16426/90, 8/6/1995, Medeni Kavak/
Türkiye, 13723/02, 3/5/2007
Yıldız/Türkiye, 42745/09, 11/10/2016.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Abdurrahman Yemiş, 2017/29347, 28/11/2019.
Ahmet Çakar ve diğerleri, 2014/1519, 25/2/2015.
Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], 2013/3924, 6/1/2015.
Ayhan Bilgen, 2017/5974, 21/12/2017.
B.P.O., 2015/19012, 27/3/2019.
Can Dünder ve Erdem Gül, 2015/18567, 25/2/2016.
Cihan Karabay, 2014/2906, 8/11/2017.
Erkam Abdurrahman Ak, 2014/8515, 28/9/2016.
Eyüp Kartal, 2014/2321, 26/10/2016.
Firas Aslan ve Hebat Aslan, 2012/1158, 21/11/2013
Hakan Karasoy, 2017/12497, 9/9/2020.
Hamit Kaya, 2012/338, 2/7/2013.
Hanefi Avcı, 2013/2814, 18/6/2014.
Hikmet Kopar ve diğerleri [GK], 2014/14061, 8/4/2015.
H.Ö., 2017/34332, 12/12/2018.
İlker Başbuğ, 2014/912, 6/3/2014.
İlhan Gökhan, 2017/27957, 9/9/2020.
İrfan Gerçek, 2014/6500, 29/9/2016.
Kemal Aktaş ve Selma Irmak, 2014/85, 3/1/2014.
Mehmet Haberal, 2012/849, 4/12/2013.
Mehmet Hasan Altan, 2016/23672, 11/1/2018

Murat Haliç, 2017/24356, 8/7/2020.
Murat Narman, 2012/1137, 2/7/2013.
Mustafa Ali Balbay, 2012/1272, 4/12/2013.
Nusret Argun, 2013/6149, 6/3/2014.
Mustafa Başer ve Metin Özçelik, 2015/7908, 20/1/2016.
Rüya Ağdaş Sönmez, 2017/39945, 3/12/2020.
S.Ç., 2017/17516, 15/9/2020.
Şahin Alpay, 2016/16092, 11/1/2018.
Şahin Alpay (2), 2016/16092, 11/1/2018.
Yaşar Yılmaz, 2013/6183, 19/11/2014.
Yavuz Pehlivan ve diğerleri [GK], 2013/2312, 4/6/2015.

Yargıtay Kararları

İBK, 1975/3 E., 1975/5 K., 21/4/1975.
CGK, 2011/1-51 E., 2011/42 K., 12/4/2011
CGK 2012/1385 E., 2013/110 K., 2/4/2013.
CGK 2013/837 E., 2015/90 K., 7/4/2015.
CGK, 2014/93 E., 2015/144 K., 5/5/2015.
CGK, 2016/10-57, 2016/374, 18/10/2016.
CGK, 2017/1189 E., 2019/534 K., 12/9/2019.
12 CD, 2011/20114 E, 2012/12183 K., 15/5/2012.
12 CD, 2012/1303, 21/11/2013, 2013/239 ve 1139, 2/7/2013
12 CD, 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17/9/2012
12 CD 2013/28276 E., 2014/6684 K., 18/3/2014.
12 CD, 2012/20227 E., 2012/18818 K., 17/9/2012
12 CD, 2014/6167 E., 2015/10867 K., 16/6/2015.
12 CD 2014/15450 E., 2015/4363 K., 9/3/2015
12 CD 2014/17838 E., 2015/3398 K., 24/2/2015.
12 CD, 2014/19906 E., 2015/19237 K., 14/12/2015.
12 CD 2014/23346, 2015/10032 K., 8/6/2015.
12 CD, 2015/201 E., 2015/13994 K., 29/9/2015
12 CD, 2015/4316 E., 2015/19160 K., 10/12/2015.
12. CD, 2015/12720, 2015/19159, 10/12/2015.

12. CD, 2015/13049, 2015/17584, 11/11/2015.
12. CD 2015/2851 E., 2016/3143 K., 29/2/2016.
12 CD, 2017/3737 E., 2018/1031 K., 5/2/2018
12. CD, 2017/8495 E., 2018/5987 K, 28/5/2018.
12. CD, 2018/2990, 2018/6506 K., 11/6/2018.
12. CD, 2018/8272 E., 2019/1697 K., 11/2/2019.
12. CD 2019/551 E., 2019/6720, 27/5/2019.

BASIN OMBUDSMANLIĞININ NEFRET SÖYLEMİ VE YARGISAL KARARLAR ÇERÇEVESİNDE YENİDEN DEĞERLENDİRİLMESİ*

Dr. Öğr. Ü. Alev YÜCEL**

Özet

Azınlıklar ve dezavantajlı gruplar, nefret suçlarına zemin hazırlayan nefret söyleminin hedefi olmakta; medyada nefret söyleminin üretilmesi ve yayılmasıyla mücadelede basın ombudsmanlığının (okur temsilciliği) işlevsizleştirilmesi, basının öz denetiminin sağlanmasında önemli bir engel teşkil etmektedir. Türkiye’de özellikle son yıllarda basın ombudsmanlığının etkinliği nitelik ve nicelik bakımından azaltılmıştır. Bu makale, öncelikle nefret söylemini ve nefret suçunu irdelemekte, ardından Türkiye’de basın ombudsmanlığının günümüzdeki sorunlu işleyişini ortaya koymaktadır. Bu bağlamda, Türk Ceza Kanunu (TCK) md. 122 ile yeniden düzenlenen nefret ve ayrımcılık suçu kapsamındaki kararlar ve “nefret söylemi” ifadesini içeren yargısal kararlar incelenmiştir. Araştırma sonuçları, nefret söyleminin azınlıklar ve dezavantajlı grupların korunmasına yönelik değil; çoğunlukla terör ile bağlantılı suçlar çerçevesinde terör propagandası yapma kapsamında yer aldığını göstermektedir. Bu çalışma ile basın ombudsmanlığının demokrasilerin güçlendirilmesindeki kritik rolünün altı çizilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Nefret Söylemi, Nefret Suçu, Basın Ombudsmanı, Basın Öz denetimi, Basın Özgürlüğü, İfade Özgürlüğü, Medya Hukuku, Terör Propagandası, TCK md. 122.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 05/01/2021. İlk hakem raporu tarihi: 10/02/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 15/02/2021.

** İstanbul Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi, alev.yucel@bilgi.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-0962-6061.

REVISITING THE PRESS OMBUDSMAN IN THE CONTEXT OF HATE SPEECH AND JUDICIAL DECISIONS

Abstract

Minorities and disadvantaged groups are targeted by hate speech that sets the stage for hate crimes. The press ombudsman (reader representative) as an efficient self-regulatory mechanism of the press can combat the spread of hate speech. However, deregulating the press ombudsman poses an important obstacle to counter hate speech in the media. In Turkey, the effectiveness of the press ombudsman has been reduced in terms of quality and quantity, especially in recent years. This article primarily examines hate speech and hate crime; then it reveals the problematic functioning of the press ombudsman in contemporary Turkey. In this context, the Turkish Penal Code art. 122 and judicial decisions which included the terms “hate speech” and “hate crime” were analyzed. It has been demonstrated that hate speech is mostly among the reasons for punishment of the terrorist propaganda within the scope of terrorism related crimes, not for the protection of minority and disadvantaged groups. This study highlights the critical role of the press ombudsman in strengthening democracies.

Keywords: Hate Speech, Hate Crime, Press Ombudsman, Press Self-Regulation, Press Freedom, Freedom of Expression, Media Law, Terrorist Propaganda, Article 122,

1. Giriş

Çoğulculuk, farklılıklara saygı ve ifade özgürlüğü demokratik toplumların temel niteliklerindedir. Nefret söylemi ve nefret suçları ise barış içinde bir arada yaşamayı ve demokratikleşmeyi engelleyen önemli tehdit kaynaklarıdır. Nefret söylemi, özellikle azınlıklar ile dezavantajlı grupları hedef almakta; çoğunluk toplumunun dışında kalan kırılğan birey ve grupların sahip oldukları etnik, dini, cinsel yönelim gibi özellikleri nedeniyle ötekileştirilmesine, marjinalleştirilmesine ve düşmanlaştırılmasına neden olmaktadır.¹ Nef-

¹ GELBER, Katharine and MCNAMARA, Luke, *Evidencing the harms of hate speech*, Social Ident-

ret söylemi; ön yargıları, kalıp yargıları, ayrımcılığı pekiştirerek, nefret suçlarının işlenmesini kışkırtan ve meşrulaştıran bir etkiye sahiptir.² Medyanın baskın ideolojik perspektiflerin ve değerlerin topluma aktarılması, toplumda kabul görmesi ve gerçekliğin yeniden üretilmesi üzerindeki etkisi nedeniyle nefret söylemi geniş kitlelere hızla ulaşabilmektedir.³ Bir öz denetim mekanizması olan basın ombudsmanlığı, basının etik habercilik ilkeleri çerçevesinde toplumsal sorumluluğunu ve demokrasiyi koruyucu bekçi köpeği işlevini yerine getirmesini sağlayarak, nefret söyleminin basında yer almasını ve yayılmasını önleme kapasitesine sahiptir. Ancak basın ombudsmanlığının işlevsizleştirilmesi ve hatta ortadan kaldırılması, nefret söyleminin tespit edil(e)memesine, engellenememesine, denetlenememesine, okurun ya da nefret söyleminin hedefi olan kişi ya da grupların şikayetlerini iletceği tarafsız ve yetkin bir birimin eksikliğine yol açmaktadır. Son yıllarda basın kuruluşlarının ekonomik krizler, dijitalleşme, sosyal medyanın etkisi, yurttaş gazeteciliğinin yükselişi, siyasi baskılar gibi çeşitli nedenlerle ombudsmanlık faaliyetlerinden uzaklaştıkları görülmektedir. Günümüzde dünyanın önde gelen basın kuruluşlarının pek azında ombudsman bulunmakta⁴, nefret söylemiyle mücadelede basının diğer öz denetim mekanizmaları, basın konseyleri ya da sivil toplum kuruluşlarının faaliyetleri yeterli olamamaktadır.⁵

tities, Cilt: 22, Sayı: 3, 2015, s. 325-326. DOI:10.1080/13504630.2015.1128810 (Erişim Tarihi: 22.08.2020)

- 2 WALTERS, Mark, BROWN, Rupert ve WIEDLITZKA, Susann, *Causes and motivations of hate crime*, Equality and Human Rights Commission Research Report 102, Equality and Human Rights Commission, 2016, s. 48-51. <https://www.equalityhumanrights.com/en/publication-download/research-report-102-causes-and-motivations-hate-crime> (Erişim Tarihi: 22.08.2020)

ALĞAN, Cengiz ve ŞENSEVER, Levent, *Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek*, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010, s. 16.

- 3 DIJK, van Teun A., *News as Discourse*, New Jersey, 1988, s. 181-182; DIJK van Teun A., *Racism and the Press*, Londra, Routledge, 1991, s. 250-254; GÖREGENLİ, Melek, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 58-67.

- 4 The New York Times, the Washington Post, the Los Angeles Times, ABC News, PBS and NPR basın ombudsmanları olan önde gelen basın kuruluşlarındandır.

- 5 BAYER, Judit and BÄRD, Petra, *Hate Speech and Hate Crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 655.135- July 2020, s.63, s. 75-76. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU\(2020\)655135_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU(2020)655135_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 09.10.2020)

Türkiye’de otoriter rejimin basın özgürlüğü üzerindeki baskısı⁶, basın konseyinin etkisizliği, gazetecilik meslek ilkelerine ve etik standartlara uygun olmayan habercilik ve günümüzde sadece iki ulusal gazetenin okur temsilcisi unvanlı yazarının bulunması; basının öz denetimine ilişkin eleştiri, denetleme, okur şikayetlerine cevap verme gibi temel niteliklerin yetersizliğine işaret etmektedir.⁷ Türkiye’nin ifade özgürlüğü ve nefret söylemi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile uyumlu olmayan uygulamaları, hukukta nefret söyleminin Müslüman olmayan azınlıkları ve LGBTİ+ bireyleri değil sadece İslamı’ı korumaya yönelik olması, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması, medyanın siyasi etki altında olması, medya sahipliğinde yoğunlaşma, çoğulculuğun ve şeffaflığın olmaması, düzenleme ve denetleme kurumlarının bağımsız çalışmaması Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu’nda belirtilen önemli sorunlardır.⁸

Nefret söylemiyle mücadelede Avrupa Konseyi öz denetimin sağlanması için yeni çözümler oluşturulmasını, düzenleyici ve denetleyici eylemlerin güçlendirilmesini önermekte ve desteklemektedir.⁹ Bu bağlamda basın ombudsmanlığının güçlendirilmesi ve profesyonel gazetecilik ilkelerine ve etik değerlere bağlı olan okur temsilcilerinin bağımsız çalışmalarıyla nefret söylemiyle mücadelede ve ilk bakışta nefret söylemi olduğu anlaşılmayan ayrımcı ve tehdit içeren ifadelerin, dezenformasyonun, taraflı enformasyonun ve siyasi manipülasyonun tespit edilmesinde etkili bir kazanım elde edilmesi mümkündür. Türkiye’de basın ombudsmanlığının etkin bir biçimde çalışmasının sağlanması, demokrasinin korunması ve güçlendirilmesi açısından vazgeçilemez bir değere sahiptir.

-
- 6 *Freedom in the World 2020*, Freedom House. <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2020> (Erişim Tarihi: 01.11.2020); Türkiye, 2020 yılı basın özgürlüğü listesinde 180 ülke içinde 154. sıradadır. 2020 World Press Freedom Index. <https://rsf.org/en/ranking> (Erişim Tarihi: 05.05.2020)
- 7 Milliyet gazetesinde Belma Akçura ve Sabah gazetesinde İbrahim Altay, okur temsilcisi adıyla çeşitli konularda köşe yazıları yazmaya devam etmektedirler. Her iki yazarın da makale içeriklerinin basın ombudsmanlığının denetleme, uyarma, bilgilendirme gibi özelliklerden uzak olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, söz konusu yazarların basın ombudsmanlığı çalışmalarına ilişkin kapsamlı bir akademik çalışma bulunmamaktadır.
- 8 *European Commission Commission Staff Working Document Turkey 2020 Report*, Brussels, SWD (2020) 355 final, 6.10.2020, s. 35, 77.
- 9 Council of Europe Committee of Experts on Combating Hate Speech (ADI/MSI-DIS), *Background Document*, 25 May 2020, s. 2, 4. <https://rm.coe.int/background-for-adi-msi-dis-june-2020/16809f6b6d> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)

Bu makalede önce nefret suçlarına zemin hazırlayan nefret söylemi açıklanacak, nefret söylemi ile nefret suçu kavramları arasındaki ilişkisellik incelenecek; ardından basın ombudsmanlığının tarihsel gelişimi ve günümüzdeki özellikleri ele alınacak; son olarak yargısal kararlarda nefret söylemi ile nefret suçunun incelenmesi ile basın ombudsmanlığının nefret söylemiyle mücadeledeki rolü tartışılacaktır.

2. Nefret Söylemi

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nefret söylemini “*yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi*” (1997 tarih ve R. (97).20 sayılı tavsiye kararına göre) olarak tanımlamakla birlikte nefret söyleminin herkes tarafından kabul edilen evrensel bir tanımı bulunmamaktadır.

Nefret söyleminin üretilmesinde, geniş kitlelere yayılmasında ve meşrulaştırılmasında medyanın ötekileştiren, ayrımcı, “biz ve onlar” ikiliği üzerinden kurduğu anlatı, toplumda kutuplaşmayı ve düşmanlığı şiddetlendirebilmektedir.¹⁰ Ulusal ve yerel yazılı basında nefret söylemini ve ayrımcı söylemi tespit ve teşhir eden Hrant Dink Vakfı, 2009 yılından bu yana çeşitli raporlar ve analizler yayımlamaktadır. Azınlıklar ile çeşitli dezavantajlı gruplara yönelik nefret söylemini araştıran ve Türkiye basınında nefret söyleminin yaygınlığını saptayan Vakfın *Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Söylem İzleme Raporu*'nda *abartma/yükleme/çarptırma* ile olumsuz öğelerin haberleştirildiği; *küfür/bakaret/aşağılama* ile doğrudan insan onurunu küçük düşürücü ifadelerin kullanıldığı; *düşmanlık/savaş söylemi* ile barış dilinin yok edildiği ve *simgeleştirme* ile kimlik öğelerinin aşağılandığı belirtilmektedir.¹¹ Vakfın son yayımlanan 2019 yılı raporunda ise, 2017 ve 2018 yıllarına göre artışla, nefret söylemi ile çeşitli grupların düşmanlaştırılarak daha açık bir biçimde hedef gösterildiğinin

10 GÖREGENLİ, s. 58-67.

11 *Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Söylem 2018 Raporu*, Ed. YILMAZ, Altuğ, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2019, s. 11. <https://hrantdink.org/attachments/article/2003/Medyada-Nefret-Soylemi-ve-Ayrimci-Soylem-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)

altı çizilmektedir.¹² Özellikle LGBTİ+ bireylerin hükümet yanlısı medyada nefret söyleminin, karalama kampanyalarının hedefi olduğu, üst düzey hükümet yetkililerinin LGBTİ+ bireylere karşı ayrımcı ifadelerinin medyada yer aldığı, yasal takibatın olmadığı, hükümetin nefret söylemini cezalandırmaya yönelik harekete geçmekte ve ayrımcı uygulamaları sonlandırmada gönülsüz olduğu ve Türkiye'nin en yüksek trans cinayetlerinin işlendiği ülkelerden biri olduğu Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu'nda belirtilmektedir.¹³

İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (European Commission Against Racism and Intolerance-ECRI) Türkiye Raporu'nda da medyada nefret söyleminin arttığı, güçlü resmî tepkilerin oluşmadığı, nefret söyleminin genellikle cezasız kaldığı, medyanın etik kurallara uymayarak nefret söylemini yaygınlaştırdığı ve nefret söylemiyle ilgili az sayıda resmî veri sağlandığı belirtilmiştir.¹⁴ ECRI, sivil toplum temsilcilerinin nefret söylemi vakalarının çoğunun polise ve yargıya güvensizlik nedeniyle bildirilmediğini ifade ettiklerini, halkın çoğunluğunun yargıya güvenmediğini, nefret söylemi ve ardından ortaya çıkan insan hakları ihlalleri nedeniyle Kürtler, Aleviler ya da gayrimüslimler ile ilgili çoğu durumda yeterli soruşturmanın yapılmadığını açıklamıştır. Söz konusu raporda, Türkiye'deki basın özgürlüğü, ifade ve düşünce özgürlüğü ihlalleri eleştirilmekte; basın özgürlüğünün korunarak etik standartlara uyulması, Basın Konseyi gibi öz denetim kurumlarına üyeliğin ve öz denetim faaliyetlerinin artırılması, nefret söylemine yönelik farkındalık kampanyalarının yaygınlaştırılması tavsiye edilmektedir.¹⁵ Türkiye basınında “hesap

12 *Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Söylem 2019 Raporu*, Ed. YILMAZ, Altuğ, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 109. <https://hrantdink.org/attachments/article/2665/Nefret-soylemi-ve-Ayr%C4%B1mc%C4%B1-Soylem-2019-Raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)

13 *European Commission*, s. 40. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun, Kamu Denetçiliği Kurumu'nun ve Türkiye Kızılay Derneği başkanının LGBTİ+ bireylere yönelik nefret söyleminin hükümetin LGBTİ+ birey ve derneklerin haklarına karşı ayrımcı bakış açısını yansıttığı belirtilmektedir.

Raporda belirtildiği üzere LGBTİ+ sivil toplum kuruluşlarının toplantı ve gösteri yürüyüş hakları, ifade özgürlükleri sınırlandırılmaya devam etmektedir. 2019 yılı Nisan ayında Ankara Valiliği'nin LGBTİ+ eylemlerini yasaklamıştır. İzmir, Antalya ve Mersin Valilikleri 2019 yılı haziran ayında Onur haftası etkinliklerini engellemeye yönelik tüm eylemleri yasaklamış; 2019 yılı İstanbul Onur Yürüyüşü geçerli bir gerekçe gösterilmeden üst üste beşinci kez yasaklanmıştır. Bkz. s. 37-38.

14 *İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) Türkiye Raporu*, Strazburg, 2016, s. 10-19.

15 *ECRI*, s. 22-24.

verilebilirlik aracı olan” öz denetim uygulamalarına ilişkin hukuki eksiklikler; birden fazla öz denetim kuruluşunun bulunması (Türkiye Gazeteciler Cemiyeti, Basın Şeref Divanı, Basın Konseyi, Medya Etik Konseyi gibi) ancak bu kuruluşların medya paydaşlarının çoğuyla birlikte faaliyet gösterememesi, öz denetim süreçlerinin verimli bir işleyişe sahip olmaması ve sınırlı bir yetkiyle karar alma süreçlerinde etkin bir rol oynayamamaları, birey ile basın kuruluşları arasında güven ve saygıya dayalı bir ilişkinin kurulamaması, yurttaşın sorularına ve şikayetlerine yeterli düzeyde cevap verilmemesi, kurum içinde etik değerleri ihlal eden gazetecilerin uyarılmasında ya da bilgilendirilmelerinde ombudsmanların etkisizliği, basın özgürlüğünün ağır tehditlere maruz kalması, gazetecilerin meslek faaliyetleri nedeniyle suçlanması ve hapis cezalarına çarptırılmaları öz denetimin güçlendirilmesine yönelik tavsiyelerin temellerini oluşturmaktadır.¹⁶

Türkiye basınında, gazeteciliğin çok sesliliğe, farklılığa, insan haklarına saygıyı esas alan görev ve sorumlulukları ile ilgili öz denetim kuruluşlarının bildireleri ve yayımladıkları meslek ilkeleri bulunmakla birlikte bu ilkeler nefret söylemiyle mücadelede etkin bir biçimde uygulanamamaktadır. Türkiye Gazeteciler Cemiyeti'nin 1998 yılında yayımlanan ve 2019 yılında güncellenen *Gazetecilerin Hak ve Sorumlulukları Deklarasyonu*'nda “gazetecinin ırkçı nefret, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden ya da baklı gösteren her türlü ifade biçiminin karşısında” olması gerektiği açıkça belirtilmiş, nefret söylemine maruz kalan kişilerin haklarının korunmasına yönelik gündem oluşturulması gerektiği açıklanmıştır.¹⁷ Basın Konseyi'nin *Mesleki İlkeler Kuralları ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun*'un 8.1.b maddesinde yayın hizmetlerine ilişkin “*İrk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tabrik edemez veya toplumda*

16 PARLAK, Tülay, *Basın Özgürlüğü Bağlamında Türkiye'de Özdenetim Uygulamaları: Hukuki Eksiklikler ve Çözüm Önerileri*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016, s. 144-157. Gazetecileri Koruma Komitesi (CPJ) 2020 verilerine göre Türkiye, Çin'den sonra dünyada en çok gazeteci tutuklayan ikinci ülkedir. Bkz. <https://cpj.org/tr/reports/2020/12/dunya-capinda-rekor-sayida-gazeteci-hapiste/> (Erişim Tarihi: 02.12.2020)

17 *Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi*, Türkiye Gazeteciler Cemiyeti. <https://www.tgc.org.tr/bildirgeler/t%C3%BCrkiye-gazetecilik-hak-ve-sorumluluk-bildirgesi.html> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)

nefret duyguları oluşturamaz.” maddesi de nefret söylemine yönelik uygulanması gereken ilkelere işaret etmektedir.¹⁸ Nefret söylemi ile nefretin, ırkçılığın, ayrımcılığın, cinsiyetçiliğin homofobinin/transfobinin kışkırtılması, sıradanlaştırılması, meşrulaştırılması ve yaygınlaştırılması nefret suçlarının işlenmesine zemin hazırlayarak, nefret suçlarının işlenme potansiyelini artırabilmektedir.¹⁹

3. Nefret Suçu

Nefret veya ön yargı saikiyle işlenen suçlar ise insanlık tarihi kadar eski olmakla birlikte²⁰ nefret suçu kavramı ilk kez 1985'te Amerika Birleşik Devletleri'nde ırksal, etnik ve dini ön yargılar nedeniyle işlenen suçları ifade etmek için Amerikalı siyasetçiler tarafından kullanılmıştır. Nefret suçu teriminin Amerikan medyasında ve toplumunda kabul görmesinin ardından 1990'da dünyada ilk kez ABD hukukuna giren nefret suçu, İngiltere 1998'de, Fransa'da ise 2003'te yasalaşmıştır.²¹ Nefret suçuna yönelik ulusal kanunlardaki

-
- 18 *Basın Konseyi Yıllık Raporu 2009*, Basın Konseyi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 7-8; *Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun*. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112-20120704.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)
- 19 ORAN, Baskın, *Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Ön Koşulu: Nefret Söylemi* Ed. İNCEOĞLU, Yasemin, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2012, s. 41. Nefret Piramidi de nefret söyleminin ayrımcı uygulamalara, nefret suçuna ve son basamakta soykırıma neden olduğunu göstermektedir. Bkz. Pyramid of Hate, Anti-Defamation League, 2018. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2020)
- 20 Habil ile Kabil'in hikâyesini nefret suçunun ilk örnekleri olarak değerlendiren çalışmalarda Kabil'in kardeşi Habil'i öldürmesinde nefret duygusunun etkisi ele alınmıştır. Bkz. ATAMAN, Hakan, *Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları*, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der., İNCEOĞLU, Yasemin, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 47-50.
- 21 1986'da New York'ta bir grup beyaz genç tarafından gerçekleştirilen ırkçı saldırının basında geniş yer bulmasının ardından nefret suçu terimi; cinsel yönelim, etnik köken, engellilik, cinsiyet gibi nedenlerle işlenen suçlar için de kullanılmaya başlanmıştır. Nefret Suçları İstatistikleri Yasası ("Crime Statistics Act of 1990") federal düzeyde Amerikan hukukuna giren ilk nefret suçu yasasıdır; böylece nefret suçlarının kayıt altına alınıp, istatistiklerin raporlanması amaçlanmıştır. 1990'da kabul edilen bu yasanın ardından 1994'te Nefret Suçlarında Ağırlaştırıcı Hükümler Yasası ile federal düzeyde açılan davalara yönelik yeni düzenlemeler getirilmiştir. Ancak, ABD'deki adli davaların çoğu eyalet yasaları çerçevesinde eyalet mahkemelerinde açıldığından, 28 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe giren Nefret Suçlarını Önlemede Yerel Yasaların Güçlendirilmesi Yasası ile cinsel yönelim, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik ve engellilik gibi unsurları da içeren nefret suçlarının kapsamı genişletilmiştir. LEVIN, Jack, Ed. RITZER, George, *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, Blackwell Publishing, 4. Baskı, 2009, s. 2048-2050; KAMBAN, Naidoo, *The Origins of Hate-Crime Laws*, Fundamina, Cilt: 22, Sayı: 1, 2016, s. 62-63. DOI:10.17159/2411-7870/2016/v22n1a4 (Erişim Tarihi: 25.12.2019)

düzenlemelerin artmasına rağmen, uluslararası düzeyde nefret suçunun bağlayıcı bir tanımı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT), Avrupa Birliği (AB), Avrupa Konseyi ve Konseye bağlı Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu gibi kuruluşların nefret suçlarını tanımlayan çeşitli çalışmaları mevcuttur.²² AGİT nefret suçunu, “*mağdurun, mülkün ya da işlenen suçun bedefinin gerçek ya da hissedilen ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engelli, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupta gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suç*” olarak tanımlamaktadır.²³ Türkiye, AGİT katılımcısı ve Avrupa Konseyi üyesi olmakla birlikte nefret suçunu ilk kez 2014 yılında 6529 sayılı Kanunla, Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 122. maddesinde yer alan ayrımcılık suçunu “nefret ve ayrımcılık” suçu şeklinde yeniden düzenleyerek anayasaya dâhil edebilmiştir.²⁴

Nefret söylemi ile nefret suçu arasındaki ilişki üç aşamada değerlendirilmektedir.²⁵ İlk basamakta medyada yalan, ön yargı ve kalıp yargılardan oluşan dezenformasyon; eğitim araçlarında ve siyasetçilerin demeçlerinde özellikle dini azınlıklar ile ilgili suçlayıcı ve düşmanlık yaratan ifadelerin ayrımcı eylemleri meşrulaştırması bulunmaktadır. İkinci basamakta ayrımcılığın kanunlarda, kamu hizmeti veren kurumlarda, iş, eğitim gibi alanlarda yaygınlaşması; üçüncü basamakta ise şiddet içeren saldırıların, nefret suçlarının işlenmesi

22 SINAR, Hasan, *Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1280-1285. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/814474> (Erişim Tarihi: 22.12.2020)

23 *Combating Hate Crimes in the OSCE Region, An Overview of Statistics, Legislation and National Initiatives*, OSCE-ODIHR, Varşova, 2005, s. 12. <https://www.osce.org/odihr/16405> (Erişim Tarihi: 10.03.2019)

24 Avrupa Birliği Komisyonu tarafından yayımlanan ilerleme raporlarında yer alan eleştirilerin ve çeşitli sivil toplum kuruluşlarının sürece olan etkisi için bkz. SINAR, s. 1285-1288. Sosyal Değişim Derneği 2013’te nefret suçu yasa taslağını hazırlayan ilk sivil toplum kuruluşudur. Nefret suçlarını önlemeye yönelik olarak TCK’nın 6. maddesinde nefret saikinin tanımlanmasını ve nefret saikinin cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak tanımlanmasını önermiştir. Diğer STK’lar ve nefret söylemine yönelik çalışmaları için bkz. TÜRKKAN, Seçil, *Saymaya Girişmedik*, Sivil Sayfalar, 18 Ocak 2019. <https://www.sivilsayfalar.org/2019/01/18/saymaya-girismedik-reddedilen-onergeler-kapatilmis-stklar-ve-hrant-dinki-olduren-nefret-soylemi/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020)

25 BROWN, Ed, STORAKER, Kristin WINTHER, Lisa *Freedom of Religion or Belief for Everyone*, Stefanus Alliance International, Oslo, 2015, s. 21.

yer almaktadır. Irkçılığa Karşı Avrupa Ağı (European Network Against Racism) 2010-2011 yılı raporunda, nefret suçlarının işlenmesinde medyadaki kışkırtıcı haberlerin ve medyanın ayrımcı dilinin etkisi olduğu belirtilmiştir.²⁶ Agos gazetesinin kurucusu ve Genel Yayın Yönetmeni olan Hrant Dink'in aleyhine yürütülen nefret söylemi kampanyasının Dink'in ötekileştirilerek, tehlikeli bir düşman gibi sunulmasında, ardından hedef gösterilerek katledilmesinde de medyanın bu önemli etkisi görülmektedir.²⁷ Nefret söylemi, şiddeti ve nefret suçlarını kışkırtarak sistematik katliamlara ve hatta soykırımlara yol açabilmektedir.²⁸

Nefret suçlarına karşı basın görev ve sorumlulukları, düşmanlığı ve nefreti alevlendiren yayınlardan kaçınmayı gerektirmektedir. Türkiye Gazeteciler Cemiyeti, 2019 yılında güncellenmiş olan son bildirgesinde de “gazetecinin ırk, ulusal ya da etnik köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engellilik, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir gruba, kişilere veya mala karşı işlenen suçların karşısında” bulunması gerektiği belirtilmiştir.²⁹ Türkiye basınında bildirgelerin, meslek ilkelerinin ya da evrensel etik değerlerin mevcudiyetinin nefret söylemiyle mücadelede yetersizliği, basın ombudsmanlığının nefret söylemine karşı etkinliğinin araştırılmasını gerekli kılmaktadır.

4. Basın Ombudsmanlığı

Parlamento tarafından görevlendirilen, vatandaşları resmî makamların keyfî ve yasa dışı davranışlarına karşı korumakla görevli kişi veya kurum olarak tanımlanan ombudsmanlık uygulamalarının tarihteki ilk örneklerine ilişkin çeşitli görüşler olmakla birlikte³⁰, ilk

-
- 26 BİLGİN, Ayşe ve KIZILKAYA, Ahmet, *Racism and related discriminatory practices in Turkey*, European Network Against Racism, Brüksel, 2012, s. 24.
- 27 PAKKAN, Şükran, *Türk Yazılı Basınında Milliyetçilik Olgusu ve Hrant Dink Cinayeti Sürecinde Yazılı Basının Tutumu*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2008, s. 235-238.
- 28 BOYLE, Kevin, *Nefret Söyleminin Kontrolü Uluslararası Standartlar Türkiye'den Neler İstiyor?* Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Ed. Ayşe Çavdar, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 67.
- 29 *Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi*, Türkiye Gazeteciler Cemiyeti. <https://www.tgc.org.tr/bildirgeler/t%C3%BCrkiye-gazetecilik-hak-ve-sorumluluk-bildirgesi.html> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)
- 30 HAJDARI, Enika, *Ombudsman-Historical Views*, European Scientific Journal, Cilt: 1, Special Edition, February 2014, s. 515-518.

kez 1776'da Parlamento Ombudsmanı'nın İsveç Parlamentosu'na seçilmesiyle ortaya çıkmıştır.³¹ İsveççede *ombuds* (arabulucu) ve *man* (kişi) sözcüklerinin birleşiminden oluşan ombudsman, İsveç Kralı adına denetçilik yaparak kurumların ve hâkimlerin kanunlara uyup, uymadığını inceleyen kamu görevlisini ifade etmektedir. Ombudsmanlık, vatandaşların şikayetlerini dinlemek ve haklarını korumak üzere tarafsız hizmet vermekle yükümlü kılınmış bağımsız bir kurum olup, ilk kez 1809'da İsveç Anayasasında tanımlanmış; 1919'da Finlandiya'da, 1952'de Norveç'te, 1955'te ise Danimarka'da ombudsmanlık uygulamalarına başlanmıştır.³² Türkiye'de ise ombudsmanlık 2012 yılında 6328 sayılı Kanun ile "Kamu Denetçiliği Kurumu" olarak faaliyetlerine başlamıştır.³³ Ancak ombudsmanlık kurumunun bağımsız bir işleyişe sahip olmadığı, başkanlık sisteminin kanunsuz siyasi müdahaleleri ve baskısı nedeniyle etkinliğinin sınırlı olduğu, sadece kamu idaresinin eylemlerine ilişkin şikayetleri değerlendirdiği, temel haklara ve özgürlüklere yönelik siyasi müdahalelere karşı sessiz kaldığı ve soruşturma başlatamadığı Avrupa Komisyonu 2020 Türkiye Raporu'nda belirtilmektedir.³⁴

Basın ombudsmanlığı (okur temsilciliği) ise, parlamento ombudsmanlığından farklı olarak resmî bir makam niteliği taşımayıp, basın kuruluşlarının kendi denetimindedir. Okur temsilcisi, okur savunucusu, halk editörü gibi isimler de alabilen basın ombudsmanı, ilk kez 1922'de Tokyo'da yayımlanan *Asabi Shimbun* gazetesinde okur şikâyetlerini incelemeye başlamış; 1938'de ise yine bir Japon gazetesi olan *Yomiuri Shimbun* okur temsilciliği ile gazetenin niteliğini artırmayı hedeflemiştir.³⁵ ABD'de 1967'de *The Courier Journal* ve *The Louisville Times* gazetelerinde; Kanada'da 1972'de *The Toronto Star* gazetesinde, İsveç'te ise 1969'da okur temsilcileri görev yapmaya

31 HAJDARI, s. 518.

32 BÜYÜKAVCI, Mustafa, *Ombudsmanlık Kurumu*, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 66, Sayı: 4, 2008, s. 10.

33 USTA, Hasibe, *Türkiye'de Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumu*, Denetim, 2014-14, s. 61-62. Bkz. Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6328.pdf> (Erişim Tarihi: 04.04.2020)

34 *European Commission*, s. 13, 29-30.

35 DVORKIN, Jeffrey, *The Modern News Ombudsman: A User's Guide*, 2020, s. 14.

başlamışlardır.³⁶ İsveç'te oluşturulduğu biçimiyle ombudsmanlık, medyanın toplumsal sorumluluğu çerçevesinde bağımsız ve tarafsız çalışmayı esas almakta ve hükümet tarafından değil, parlamento üyesi, İsveç Barolar Birliği Başkanı ve İsveç Basın Konseyi temsilcisinden oluşan üç kişilik bir komisyon tarafından seçilmektedir. Maaşı, İsveç Yayıncılar Derneği'ndeki gazeteciler tarafından ödenen ombudsman, gazete yönetiminin bir çalışanı olmayıp; haber etiği ile ilgili şikayetleri değerlendirerek ilkelere uygunluğu denetleme, hak ihlalleri nedeniyle gazeteciye uyarı ya da kınama cezası verebilme ya da cezanın basın konseyi tarafından verilmesini sağlama yetkisine sahiptir. ABD'de ise kurum dışından değil, kurum içinden öz denetime dayanan ombudsmanlık hizmetlerine başlanmış ve 1980'lerde 40'tan fazla gazetede ombudsman görev yapmıştır.³⁷ *The Washington Post* gazetesinin 1970 yılında başlayan ombudsmanlık faaliyetlerini 2013'te sona erdirmesi, 2003 yılında *The New York Times* gazetesi muhabirinin intihal içeren haberlerinin ortaya çıkması ve 2017 yılında ombudsmanlık biriminin çalışmalarına son verilmesi ombudsmanlığın işlevi ve geleceği üzerine tartışmaları da beraberinde getirmiştir.³⁸ Basın ombudsmanlığının okur ile kurum arasındaki ilişkiyi güçlendirdiği, hakaret davalarını azalttığı, hesapverilebilirliği sağladığı ve basın kuruluşlarının saygınlığını artırdığı; ancak internetin yaygınlaşması ve gazeteciliğin geleneksel alanlardan dijital mecralara yönelmesiyle birlikte ombudsmanlığa ihtiyaç kalmadığı, köhne bir uygulama olarak okur temsilciliğinin değişen dünyada yerini okura bıraktığı, ekonomik açıdan zayıf ve eleştirilere karşı kırılğan olan basın kuruluşlarının gider tasarrufu sağlayabilmek için okur temsilciline son vermesinin ombudsmanlığı tamamen yok edeceğine dair çeşitli analizler vardır.³⁹ Ombudsmanların basına güvenini kaybeden okurun güvenini tazeleyebileceğine, etik değerleri koruyup, güçlendirebileceğine yönelik destekleyici görüşlerle birlikte

36 BÜYÜKBAYKAL, Güven N., *Basın Alanında Ombudsman Uygulaması*, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 19, 2004, s. 171. <https://dergipark.org.tr/en/pub/iuifd/issue/22874/244396> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)

37 ALEMDAR, Zeynep, *Oyunun Kuralı, Basında Özdenetim*, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1990, s. 29.

38 HILLIGOSS, Wade B., *The Diminishing Role of the Ombudsman in American Journalism*, Master Thesis, University of Nebraska, Lincoln, NE, 2014, s. 3-4, 9-12. <https://digitalcommons.unl.edu/journalismdiss/44/> (Erişim Tarihi: 10.10.2020)

39 HILLIGOSS, s. 2-7.

ombudsmanlığın medya kuruluşları için gereklilikten öte lüks bir birim olarak değerlendirilmesi ve kriz dönemlerinde gözden çıkarılabilecek ilk çalışanlar olarak görülmeleri söz konusu tartışmaların içeriğini oluşturmaktadır.⁴⁰ Teknolojideki gelişmeler ile okurun sosyal medya platformlarını kullanarak, eleştirilerini doğrudan haber kuruluşlarına iletebilmesinin okur temsilciliğinin varoluş amacını ortadan kaldırdığına yönelik eleştiriler bulunmakla beraber özellikle büyük basın kuruluşlarıyla rekabet etmekte zorlanan ve ekonomik sorunlar nedeniyle okur temsilcisine sahip olamayan daha küçük basın kuruluşlarının okur temsilcilerine her zamankinden daha çok ihtiyaç duyması tartışmanın diğer boyutları arasındadır.⁴¹ Özellikle çalkantılı dönemlerde basın ombudsmanlığının basının öz denetimini sağlamaya yönelik işlevleri çok daha önem kazanmaktadır.

Haber Ombudsmanları Örgütü (ONO) ise ombudsmanlığın demokrasinin korunmasında ve geliştirilmesindeki vazgeçilemez rolünün altını çizerek, ombudsmanlığın amaçlarını şöyle açıklamaktadır:⁴²

“Doğru, tarafsız ve dengeli haberciliğin ilkelerini geliştirilmesi; okurun ya da izleyicinin haber üreticilerine kolayca ulaşabilmesinin sağlanması ve sorumlu/hesap verilebilir haberciliğin saygınlığının ve güvenilirliğinin artırılması; habercilerin toplumsal konulara yönelik meslek bilincinin artırılması; şikayetlerin ve diğer soruşturulacak konuların sorumlu kişiye yönlendirilerek editörlerin, kurum yöneticilerinin ve diğer çalışanların zamanlarından tasarruf edilmesi; bazı şikayetlerin yargı kurumlarına intikal ettirilmeden çözülmesi ile basın kuruluşlarının maddi zarara uğramasının önlenmesi.”

Hak ihlallerinin hukuk yoluyla değil, ombudsmanlar aracılığı ile değerlendirilmesi ve düzeltilmesi hem basın kuruluşlarının itibarı-

40 HILLIGOSS, s. 40-41; CALDERONE, Michael, *The New York Times Is Eliminating The Public Editor Role*, Huffpost, 31 Mayıs 2017. https://www.huffpost.com/entry/new-york-times-public-editor_n_592ec472e4b0e95ac1956706?4r9= (Erişim Tarihi: 06.07.2020)

41 FERRUCCI, Patrick, *The End of Ombudsmen? 21st-Century Journalism and Reader Representatives*, Journalism & Mass Communication Quarterly, Cilt: 96, Sayı: 1, 2019, s. 297-301. <https://doi.org/10.1177/1077699018805986> (Erişim Tarihi: 07.08.2020)

42 *The Organization of News Ombudsmen and Standards Editors (ONO)*. <https://www.newsombudsmen.org/about-ono/> (Erişim Tarihi: 04.04.2020)

nı korumaya hem de yargı süreçlerinin zorluklarından kaçınmak isteyen yurttaşlara olanak sağlamaya yöneliktir. Kurumlar, hukuk uzmanları ve dava tecrübeleri nedeniyle sorunlarla mücadelede bireylerden daha yetkin olmakla birlikte para, zaman ya da mücadele gerektiren zorlayıcı süreçler, müzakere aracılığıyla çözüme ulaştırılmaya çalışılır. Böylece gazeteciliğe duyulan güvenin sarsılmaması ve basın kuruluşlarının ilişkin olumsuz imajların yayılmasının engellenmesi de sağlanır.⁴³

Türkiye’de basın ombudsmanları ilk kez 1983’te Hürriyet Haber Ajansı’nda ve Hürriyet gazetesinde göreve başlamıştır. Seyfettin Turhan, Hürriyet Haber Ajansı için çıkardığı Aylık Bülten’de haberlerdeki yazım yanlışlarına dikkat çekmiş; Emre Kongar ise Hürriyet gazetesinde okur temsilciliğinin içerdiği bazı görevleri üstlenmiştir.⁴⁴ 22 Mart 1999’da Milliyet gazetesinde göreve başlayan ve etik kurallara uygunluğu denetleyen Yavuz Baydar Türkiye’nin ilk okur temsilcisi kabul edilmektedir.⁴⁵ Faruk Bildirici, 39 yıldır (12 yıl Cumhuriyet gazetesinde, 27 yıl ise Hürriyet gazetesinde) sürdürdüğü gazetecilik mesleğinin 2010 ile 2019 yıllarını kapsayan son dokuz yılında, Hürriyet gazetesinde ombudsman olarak görev yapmış; ancak gazete yönetimi tarafından görevine son verilmiştir.⁴⁶ Güray Öz ise Cumhuriyet gazetesinde 2013 yılında başladığı okur temsilciliği görevini 2016 yılında Cumhuriyet Gazetesi Davası’ndan tutuklanmasının

43 AVŞAR, Zakir ve KAYA, Elif Emre, *Medyanın İffeti*, Ankara: Altınpost, 2013, s. 79.

44 ÖZGEN, Murat, *Gazetecinin Etik Kimliği*, 3. Baskı, Set-Systems Yayıncılık, İstanbul, 2006, aktaran AŞKAN, Hakan, *Türk Basınında Okur Temsilcisi Köşeleri Üzerine Bir Araştırma*, İNİF E-Dergi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2018, s. 251-252.

45 Akşam gazetesinde, Şakir Süter 5 Nisan 2004’te haftada bir yayımlanan “Okuyucu Mektupları” isimli köşesinde okur temsilciliğine başlamıştır. Banu Kurt ise Akşam gazetesinde 16 Haziran 2005’ten 2013’e kadar sürdürdüğü okur temsilciliği görevinden, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun (TMSF) gazete yönetimini devralmasının ardından ayrılmıştır. 2004 yılında Yavuz Baydar’ın okur temsilciliğinden ayrılmasının ardından, Milliyet gazetesi okur temsilciliği görevine Derya Sazak getirilmiştir; 2012 yılında ise Belma Akçura Milliyet gazetesinin okur temsilcisi olmuştur. Yeni Şafak gazetesinde Yusuf Ziya Cömert 2006-2012 yılları arasında “Okur Sözcüsü” köşesinde; 2003 yılında Dünya Haber Ombudsmanları Birliği’nin başkan yardımcısı, 2004’te ise genel başkanı olan Yavuz Baydar ise 2013 yılına kadar Sabah gazetesinde okur temsilciliği yapmıştır. Bkz. CABA, Ülker, *Türk Basınında Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanımı (Tekzipler) ve 2014 Yılında Yayımlanan Tekziplerin Basın Etiği Bağlamında Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019, s. 40-41.

46 <https://farukbildirici.com/ayrilik-zamani/> (Erişim Tarihi: 01.05.2020)

ardından sürdüremez olmuş; 2018 yılında ise gazetede ki yönetim değişikliğinin ardından istifa etmiştir.⁴⁷

Basın kuruluşlarının ombudsmanlarını kendilerinin belirlemeleri ile ABD modelini benimseyen Türkiye basınında, saygın okur temsilcilerinin görevlerinden ayrılmak zorunda kalmaları ile okur temsilciliğinin giderek işlevsizleştiği ve nefret söylemine yönelik öz denetim mekanizmalarının zayıfladığı görülmektedir.⁴⁸ Friedrich Ebert Vakfı'nın *Medya Barometresi* Türkiye raporunda ombudsmanların basit hataların düzeltilmesinin ötesinde “sistemi eleştirmeyecek, ilkeleri tartışamayacak” biçimde görev yaptıkları, “bağımsız” olamadıkları; Basın Konseyi'nin de sektörde ağırlığının ve yaptırım kapasitesinin sınırlandırıldığı belirtilmiş; Türkiye’de okur temsilciliğinin evrensel standartlardan uzaklaşması eleştirilmiştir.⁴⁹ Türkiye’de ombudsmanların bağımsız çalışmasına Avrupa ve ABD’nin aksine saygı duyulmadığı, iş sözleşmelerinin ombudsmanların tarafsızlığına gölge düşürdüğü, işlerine son verilmesine yönelik düzenlemelerin bağlı oldukları kurumları ve çıkar odaklarını eleştirme kapasitesini büyük ölçüde sınırlandırdığı araştırmalarla belirlenmiştir.⁵⁰ Okur temsilciliğinin, basın kuruluşlarının etik ilkelere bağlılığını sağlayan ve meslek ilkelerine uymayı teşvik eden nitelikleri nedeniyle güçlendirilmesi elzemdir.⁵¹ Ancak Türkiye’de basın ombudsmanlığının giderek işlevsizleştirilmesi, sınırlandırılması ya da küçümsenmesi, ombudsmanlığın ve öz denetim mekanizmalarının az sayıda teze, makaleye ya da bilimsel çalışmaya konu olması, okur temsilciliğinin

47 *Cumhuriyet Gazetesi’nde Üst Üste İstifalar*, Gazeteduvar, 9 Eylül 2018. <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/09/09/cumhuriyetten-uc-yazar-daha-ayrildi/> (Erişim Tarihi: 20.04.2020); *Cumhuriyet’te yönetim değişikliği sonrası çok sayıda isim veda etti*, Evrensel, 10 Eylül 2018. <https://www.evrensel.net/haber/360952/cumhuriyette-yonetim-degisikligi-sonrasi-cok-sayida-isim-veda-etti> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)

48 CABA, s. 101.

49 *Medya Barometresi Türkiye 2014 Türkiye’deki Medya Ortamının Yerelden Bir Analizi*, Friedrich-Ebert-Stiftung Derneği, İstanbul, 2014, s. 55.

50 PARLAK, s. 157-160.

51 AŞKAN, s. 244-267. Hürriyet, Milliyet ve Sabah gazetelerinin 2004 yılı Aralık ve 2005 yılı Ocak ve Şubat ayları; 2007 yılı Mart, Nisan ve Mayıs ayları, 2009 yılı Haziran, Temmuz ve Ağustos ayları ve 2011 yılı Eylül, Ekim ve Kasım aylarında yayımlanmış okur temsilcisi köşelerinde toplam 627 haber eleştirisi incelenmiştir. Araştırma sonuçlarında “haber yazımına, bilgi hatalarına ve bilgi eksikliğine ilişkin sorunların” (Hürriyet gazetesinde %31, Milliyet gazetesinde %32, Sabah gazetesinde %54) ilk sırada yer aldığı; “haberde etik sorunların” (Hürriyet gazetesinde %25, Milliyet gazetesinde %26 ve Sabah gazetesinde %23) ise ikinci sırada bulunduğu belirtilmiştir.

Türkiye’de yeterli düzeyde önemsenmediğini ve işlevinin ölçümlenmediğini göstermektedir.⁵²

5. Türk Ceza Kanunu’nda Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Türk hukukunda nefret kelimesine yer veren üç düzenleme vardır ve bunların hiçbirinde nefrete ilişkin bir tanım bulunmamaktadır.⁵³ TCK’nın 122. maddesinde ilk kez 1 Haziran 2005’te tanımlanmış olan ayrımcılık suçu 2.3.2014 tarih ve 6529 sayılı Kanun ile nefret ve ayrımcılık suçu şeklinde yeniden düzenlenmiştir.⁵⁴ Ancak bu düzenlemenin teknik anlamda bir nefret suçu maddesi olmadığı, “nefret nedeniyle” ifadesinin eklenmesiyle suçun ispatlanmasının daha da güçleştirilmesiyle adeta “işlenemez bir suç” haline dönüştürülmesi temel eleştirilerin kaynağını oluşturmaktadır.⁵⁵ 5237 sayılı TCK’nın 122. maddesi uyarınca nefret ve ayrımcılık suçu şöyle düzenlenmiştir:

“Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle;

a) Bir kişiyi kamuya arz edilmiş olan bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya kiraya verilmesini,

52 PARLAK, s. 211.

53 TCK md. 122 dışında iki kanunda daha nefret ifadesi geçmektedir. Bkz. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, md. 53(2)(m): “İçeriği itibarıyla şiddet veya nefret amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları teşhir etmek yahut kurumların herhangi bir yerine asmak.”; 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, md. 8.1.b: “Yayın hizmetleri; ırk, dil, din, cinsiyet, sınıf, bölge ve mezhep farkı gözeterek toplumu kin ve düşmanlığa tahrik edemez veya toplumda nefret duyguları oluşturamaz.”

54 Nefret suçundan resmî düzeyde ilk kez 30 Eylül 2013’te Demokratikleşme Paketi’nde şöyle bahsedilmiştir: “Nefret saikiyle işlenmesi durumunda, belirli suçların cezalarını daha artırıyoruz. Belirli suçlar, kişinin, dili, ırkı, milliyeti, rengi, cinsiyeti, engelliliği, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini veya mezhebi nedeniyle işlenirse, cezası daha da ağırlaşacak.” Bkz. KEYMAN, Fuat, *Nefret Söylemi, Nefret Suçu Demokrasi ve Birlikte Yaşama: Türkiye Örneği*, Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrnt Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 7-13.

55 TÜRAY, Aras, *Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 91–93. Benzer yönde görüşler için bkz. AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, *Türk Ceza Kanunu’nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun ‘Nefret Suçu’ Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Haziran 2015, s. 60; BULUT, İlhan, *Nefret Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 170; ERYILMAZ, Kadir, *Ön Yargıların Toplumsal İnşası ve Ön Yargı Temelli Suçlar*, Kriminoloji Yazıları, haz. SANCAR YALÇIN, Türkan, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 152.

- b) Bir kişinin kamuya arz edilmiş belli bir hizmetten yararlanmasını,
c) Bir kişinin işe alınmasını,
d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Buna göre işlenen suçun nefret ve ayrımcılık suçu kapsamında sayılabilmesi için nefret saiki olmalıdır; dolayısıyla nefret olmadığında işlenen suç, ayrımcılık suçu niteliği de taşımamaktadır. Ayrımcılığa uğrayan mağdurun, suçun nefret saikiyle işlendiğini ispat yükümlülüğü gereğince (ayrımcılık suçu ceza kanununda bulunduğu) ispat olmadığında fiil, ceza hukukunun konusu olamamaktadır. Nefretin ya da ayrımcılığın tanımlarının ise TCK'nın hiçbir maddesinde yer almaması ve nefret etmenin ön koşul haline getirilmesi, nefret suçunu işlenemez kılmaktadır.⁵⁶ Nefret suçu seçimlik hareketli suçlar arasında olduğundan kanunda yer alan hareketlerden herhangi birinin icrası cezai sonuç için yeterlidir; ancak nefret saiki olmadığında seçimlik hareketlerin cezalandırılabilir bir nitelik taşımaması nedeniyle nefret suçunun teknik anlamda düzenlenmediği belirtilmektedir.⁵⁷

Nefret ve ayrımcılık suçunun taksirle işlenebileceğine dair TCK'nın 122. maddesinde bir ifade bulunmamaktadır; ancak nefret saikiyle işlenen yaralama, kasten öldürme, işkence, cinsel saldırı, çocuk istismarı gibi suçların ise nefret ve ayrımcılık suçunun dışında bırakılması, nefret suçunun kapsamının daraltmasına neden olmaktadır.⁵⁸ 2014 yılındaki kanuni düzenlemenin ardından nefret ve ayrımcılık suçu ile ilgili olarak açılan dava ve hükümlü sayısına dair yapılan araştırmada, TCK'nın 122. maddesi gereğince verilen mahkûmiyet kararının az sayıda olması ise dikkat çekicidir.⁵⁹ Nefret

56 ERSOY, Uğur, *Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, 2018, s. 115. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693636> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)

KAZAZ, Gözde, *TCK 122 Hayal Kırıklığı: Nefret Suçu Kâğıt Üstünde Kaldı*, Agos, 15 Aralık 2016. <http://www.agos.com.tr/tr/yazi/17260/tck-122-hayal-kirikligi-nefret-sucu-kagit-ustunde-kaldi> (Erişim Tarihi: 05.04.2020)

57 ERSOY, s. 157.

58 ERSOY, s. 112; GÖREGENLİ, Melek, *2016 Yılında Türkiye'de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu*, Kaos GL Derneği, Ankara, 2017, s. 7-8.

59 2018 yılı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistikleri'ne göre TCK'nın 122.

suçları; mağdurların kimliklerini, ait oldukları sosyal grupları ya da daha kapsayıcı bir terimle varoluşlarını hedef aldığından hem mağdur hem de tüm toplum üzerinde şiddetli yıkıcı etkilere neden olmaktadır. Toplumun belli kesimlerinin “dış grup” olarak damgalanmasına, günah keçisi haline getirilmelerine ve ötekileştirilmesine yol açarak; toplumsal barışı, huzuru, bir arada yaşama kültürünü tehdit etmektedir. Mağdurların polis, savcı, sosyal hizmet uzmanı gibi devleti temsil eden yetkililere başvurmasında engelleyici bir etken olan ayrımcı yaklaşımlar, ihmal ya da etik ihlaller, hukuk sistemine duyulan güvenin azalmasında ve nefret suçunun yaygınlaşmasında önemli faktörler olarak değerlendirilmektedir.⁶⁰ Avrupa Komisyonu’nun 2020 yılı Türkiye raporunda da nefret suçu yasasının uluslararası standartlara uygun olmadığı ve cinsel yönelim ya da cinsiyet kimliğine karşı işlenen suçları kapsamadığı belirtilmektedir.⁶¹

TCK’nın 122. maddesi nefret söylemi niteliğindeki herhangi bir fiili içermemektedir. Nefret söylemine karşı uygulanabilecek olan TCK’nın 216. maddesinde yer alan halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçu ise “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde*” suçun oluşacağını belirtmesi nedeniyle nefret söylemini içermemekte ve nefret söylemini cezalandırmada etkisiz kalmaktadır.⁶² TCK’nın 216/2. maddesinde ise “Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası” ile cezalandırılması gerektiği belirtilmektedir. Ancak

maddesi kapsamında; TCK ve özel kanunlar uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıkları’nda soruşturma evresinde şüpheliler hakkında verilen toplam 205 kararın 143’ünün kovuşturmaya gerek olmadığı, 23’üyle ilgili olarak ise kamu davası açıldığı yer almaktadır. Bkz. s 53. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654adalet_ist_2018.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2020); 2019 yılı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistikleri’ne göre TCK’nın 122. maddesi kapsamında; TCK ve özel kanunlar uyarınca Cumhuriyet Başsavcılıkları’nda soruşturma evresinde şüpheliler hakkında verilen toplam 213 kararın 157’sinin kovuşturmaya gerek olmadığı ve sadece 31’iyle ilgili olarak ise kamu davası açıldığı yer almaktadır. TCK ve özel kanunlar uyarınca ceza mahkemelerine açılan davalarda sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet karar sayısı ise sıfırdır. Bkz. s. 53 ve s. 151. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2020)

60 GÖREGENLİ, s. 6.

61 *European Commission*, s.38

62 KARAN, Ulaş, *Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret*, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 110-112.

koruma altına alınan halk kesimlerinin kapsamının sınırlılığı (örneğin “etnik köken”, “cinsiyet yönelim” ve “cinsiyet kimliği” kavramlarını içermemesi) ve koruma gruplarının TCK’nın 122. maddesi ile paralel hale getirilmemesi, fail ile mağdurun farklı bir sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet ya da bölge özelliği taşıması halinde suçun oluşmayacağına öngörülmesi gibi nedenlerle 216. maddenin nefret söyleminin cezalandırılmasını sağlayamadığı belirtilmektedir.⁶³ Adli sicil istatistiklerinin incelenmesiyle nefret söyleminin mağduru olan kişi ve grupların korunmasının uygulamaya geçemediği de saptanmıştır.⁶⁴ Bununla birlikte, belirli gruplara karşı işlenen suçların düşük oranda kaydedilmesi, suçun şikâyet edilmemesi ya da işlem yapılmaması gibi nedenlerle işlenen nefret suçlarının tamamı istatistiklere yansımamaktadır.⁶⁵

Uygulamadaki sorunlara ek olarak, ECRI 2011 yılı Türkiye raporunda TCK’nın 216. maddesinin nadiren azınlıklara yönelik ırkçı ifadeleri cezalandırdığı ve Avrupa Konseyi’nin Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’nun (Venedik Komisyonu) 2016 yılı Türkiye raporunda ırkçı ifadelerin hükümet politikalarını eleştiren ifadeleri değil, kamu güvenliğine karşı açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması durumunda cezalandırılması gerektiği belirtilmiştir.⁶⁶ Venedik Komisyonu *Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş* 2017 yılı Türkiye raporunda ise TCK’nın 216. Maddesinin gazetecilerin, yazarların, yayımcıların, sivil toplum kuruluşları üyelerinin ifadelerini cezalandırmak üzere kullanıldığının altı çizilmektedir.⁶⁷ Venedik Komisyonu, ceza adalet sisteminin “kamunun bekçi köpe-

63 TÜRAY, s. 91-93.

64 KARAN, s. 113.

65 MAXFIELD, Michael G., WEILER, Barbara Luntz, WIDOM, Cathy Spatz, *Comparing Self-Reports and Official Records of Arrests*, Journal of Quantitative Criminology, Cit: 16, Sayı: 1, 2000, 87-88. DEMİRBAŞ, Timur, *Suçun Önlenmesi*, Yaşar Hukuk Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2019, s. 62.

66 Venice Commission, Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, Strasbourg, 15 Mart 2016, s. 9-11. <https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282016%29002-e> (Erişim Tarihi: 10.04.2020)

67 Venice Commission, Turkey, Opinion On The Measures Provided In The Recent Emergency Decree Laws With Respect To Freedom Of The Media, 13 Mart 2017, s. 4-5, 15-16, 19. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)007-e) (Erişim Tarihi: 10.04.2020)

ği” olarak da adlandırılan medyanın ve gazetecilerin baskı altına alınmasına değil; ifade özgürlüğü sınırlarını aşan şiddet ve nefrete teşvik eden ifadelerin cezalandırılmasına yönelik uygulanmasının önemini vurgulamaktadır.

6. Yargı Kararlarında Nefret Söylemi ile Nefret ve Ayrımcılık Suçu

Yargıtay kararlarında “nefret suçu” ve/veya “nefret söylemi” ifadelerini içeren karar içeriklerinin incelenmesi, nefret suçu ve nefret söyleminin karar gerekçelerinde nasıl değerlendirildiğine ışık tutacaktır. Yargıtay karar arama sayfasında nefret söylemi ile ilgili az sayıda karara ulaşılabilmektedir.⁶⁸ Yargıtay karar arama sayfasında yer alan “nefret suçu” ifadesini içeren 6, “nefret ve ayrımcılık suçu” ifadesini içeren 7 dava bulunmaktadır. Ancak hiçbirinde nefret ve ayrımcılık suçu nedeniyle mahkûmiyet kararı bulunmamaktadır.⁶⁹

Nefret ve ayrımcılık suçundan beraat ile sonuçlanan kararlardan birinde nefret suçunun kapsadığı koruma grupları şöyle açıklanmıştır:⁷⁰

“TCK 122. maddesinde ırk, devlet, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefrete dayalı ayrımcılığı suç saymıştır. Yasa koyucu burada açık bir şekilde on koruma grubu belirlemiş ve bu on koruma gurubuna yönelik seçimlik ve bağlı hareketleri suç olarak

68 Yargıtay Karar Arama sayfasında 2004 ile 2020 yılları arasında “nefret söylemi” ifadesini içeren toplam 98 karara ulaşılmaktadır. Bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi:15.12.2020)

69 Yargıtayın karar arama web sitesinde 2014 ile 2020 yılları arasında “nefret suçu” ifadesini içeren toplam 6 karara ulaşılmaktadır. Söz konusu kararlar: 8. Ceza Dairesi E. 2019/10194, K. 2019/11813, 03.10.2019; 18. Ceza Dairesi E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019; 18. Ceza Dairesi E. 2015/33232, K. 2016/18820, 07.12.2016; 18. Ceza Dairesi E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016; 18. Ceza Dairesi E. 2015/997, K. 2015/580, 27.04.2015; 4. Hukuk Dairesi E. 2014/16557, K. 2015/1240, 02.02.2015.

“Nefret ve Ayrımcılık Suçu” ifadesini içeren toplam 7 karara ulaşılmaktadır. Söz konusu kararlar: 18. Ceza Dairesi, E. 2019/6736, K. 2019/15154, 23.10.2019; 18. Ceza Dairesi, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 1.10.2019; 4. Ceza Dairesi, E. 2014/28519, K. 2018/16405, 4.10.2018; Ceza Genel Kurulu, E. 2015/1189, K. 2018/377, 27.09.2018; 18. Ceza Dairesi, E. 2016/18866, K. 2017/1856, 21.02.2017; 5. Ceza Dairesi, E. 2016/7019, K. 2016/8866, 9.11.2016; 18. Ceza Dairesi, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016.

70 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2018/1978, K. 2019/13554, 01.10.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

düzenlenmiştir. Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi gereği bu on koruma grubu dışındaki bir gruba nefret saikiyle de olsa ayrımcılık yapılması durumunda veya bu on koruma grubuna karşı maddede belirtilen dört farklı seçimlik hareket dışında bir eylemle ayrımcılık yapılması halinde de ayrımcılık suçu oluşmayacaktır. ... TCK'nın 122. maddesinin başlığı "nefret ve ayrımcılık" suçu olarak belirtilmesine karşın TCK da, yukarıda tanımlanan anlamda bağımsız olarak nefret suçu düzenlenmesi yoluna gidilmemiştir. TCK'nın 122. maddesinin sadece nefret saiki ile işlenen ayrımcılık eylemlerini suç olarak düzenlediğini görmekteyiz"

Diğer bir kararda oy çokluğu ile mahkûmiyet kararı bozulmuş; hakaret ve tehdit suçu olmadığına karar verilmiş ve nefret suçu ile nefret söylemi arasındaki ilişkisellik şöyle açıklanmıştır:⁷¹

"Sanığın, katılana yönelik 'Senin yerin burası değil, dağda yaşam lazım, Çingene gibisiniz, gecekonduda yaşamışsınız' şeklindeki ifadelerinde geçen 'Çingene' sözü, Türk Dil Kurumunun Güncel Sözlüğünde 'Hindistan'dan çıktıkları söylenen, dünyanın çeşitli yerlerinde yaşayan bir topluluk' olarak tarif edilmiş olup, sanığın 'Çingene' ifadesi ile balen ülkemizde kendilerini 'roman' olarak nitelendiren ve Avrupa'dan Türkiye'ye göç etmiş vatandaşlarımızı kast etmesi karşısında; bu sözlerin katılanın onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olmaması nedeniyle, hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığı gözletilmeden, mahkûmiyet kararı verilmesi... hükümlerinin bozulmasına" olarak açıklanmıştır Ancak karşı oy ile itirazda bulunulan hususlar şöyledir:

"Hakaret bir kişinin diğer bir kişiye karşı onur, şeref ve saygınlığını küçük düşürücü nitelikte söz ve davranışlarıdır. İnsan varlık olarak beden ve ruhtan oluşmakta olup hakaret suçu da ruhsal bütünlüğü korumayı amaçlamaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için sanık tarafından söylenen söz ya da davranışın sözlük anlamına değil mağdurun ruhunda oluşturduğu zedelenme ve sanığın eylemini bu amaca ulaşma düşünceyle yapmış olması gerekmektedir. Somut olaya baktığımızda; Sanığın katılana kar-

71 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/997, K. 2015/580, 27.04.2015. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

şı söylediği ‘Çingene’ hitabı sanığın ve katılanın iç dünyasında olumsuz algılar içermektedir. Bu yanlış ön kabullerin eşit yurttaş bilincine ulaşılmış bir toplumda kabul edilemez olması, yargı organlarınca bu sözcüğün hakaret kabul edilmemesi ile sağlanamaz. Nitekim sanığın katılana bu sözü söylerken o toplumsal kesim ile ilgili sosyolojik belirleme yapmadığı açıktır. Sanık gerçekte olmayan ve kabul edilemez bulunan ancak kendi düşünce dünyasında olumsuz anlamlar yüklediği ‘Çingene’ sözleri ile katılanı küçük düşürmüş, katılan da bu sözleri küçük düşürücü nitelikte algılamıştır. Sanığın üzerine atılı suçun unsurları oluşmuştur. Yerel mahkemenin mahkûmiyet hükmü isabetli olup onanmalıdır.” ... “Nefret suçunda ceza kanunlarında eylem zaten suç olarak düzenlenmiştir. Fail suç olarak yaptırma bağlanan eylemi ön yargı saiki ile işlediği zaman suç nefret suçuna dönüşmektedir. Yani eylem ön yargı saiki ile işlenmemiş olsa da yine temel şekli suç olarak kanunda düzenlenmiştir. Ancak nefret söyleminde ise söylem kanunlarda suç olarak düzenlenmiştir. Söylemin ifade özgürlüğü içinde kalıp kalmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.”

AIHM’in Türk hükümetini Romanlar hakkında olumsuz basmakalıp yargılarla mücadele etmek için çabalarını sürdürmeye, Romanların yaşam tarzına ve ihtiyaçlarına önem vermeye teşvik ettiğinin vurgulandığı belirtilerek:

“Somut olayda sanık müştekiye ‘Senin yerin burası değil, dağda yaşamaman lazım, perdeleriniz çingene perdesine benziyor. Çingene gibisin.’ diyerek toplumda Çingene olarak kabul edilen topluluğun taşıdığı bu aidiyete, bu karakteristik özelliği karşı nefret saiki ile hareket etmiş olabilir. Toplumda çingene olarak kabul edilen bir grubun varlığı mevcuttur. Bu özelliği taşıyan gruba karşı yine toplumda bir ön yargının varlığı da bir realitedir. Çingenelik tabii ki utanılacak, hakaret olarak kabul edilecek bir özellik değildir. Çingeneliği küçümseyen, onları aşağılayan, ön yargı ile hareket eden patolojik bir tarihsel düşüncenin toplumda varlığı realitesi karşısında bu patolojik anlayışın cezalandırılması, mahkûm edilmesi gerekir. Bu nedenle somut olayda sanığın nefret saiki ile hareket edip etmediği mahkemece araştırılıp, tartışıldıktan sonra sanığın nefret söylemi ile hareket ettiğinin kabulü halinde

TCK'nın 125/1. maddesi uyarınca mahkumiyetine karar verilmelidir. Sanığın nefret söylemi ve ön yargı saiki ile bu sözleri söylemediğinin tespiti halinde ise beraatine karar verilmeliydi” itirazında bulunulmuştur.

Nefret suçu/nefret söylemi terimlerini içeren ve “*müdafinin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki isteme aykırısı olarak HÜKÜMLERİN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine hakaret suçu bakımından oy çokluğuyla, tehdit suçu bakımından ise oy birliğiyle verilen” bir diğer kararda karşı oy ile mahkûmiyet kararının bozulma gerekçesine katılmama kararı şöyle açıklanmıştır:⁷²*

“Çingenelik tabiki utanılacak hakaret olarak kabul edilecek bir özellik değildir. Çingeneliği küçümseyen, onları aşağılayan, ön-yargı ile hareket eden patolojik bir tarihsel düşüncenin toplumda varlığı realitesi karşısında bu patolojik anlayışın cezalandırılması, mahkûm edilmesi gerekir.”

Söz konusu karşı oy savunusunda, nefret saiki ile hareket edilip, edilmediğinin araştırılması gerektiği, nefret söylemi ve ön yargı saiki ile hareket edildiğinin tespiti halinde beraat kararı verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bununla birlikte bir kişinin şiddete başvurma davranışı, kendisini koruma saikiyle gerçekleşmediğinde “*patolojik*” olarak nitelendirilmekte ve bu çerçevede işlenen suçlar, fail tanı almamış bile olsa psikopatoloji ile ilişkilendirilmektedir.⁷³ Dolayısıyla karşı oy yazısında yer alan patolojik nitelendirmesi azınlık ya da dezavantajlı gruplara karşı işlenen suçların ve nefret söyleminin, çoğunluk toplumu içindeki akıl sağlığı yerinde olmayan belli bir gruba atfedildiğine işaret etmektedir.

İncelenen diğer bir kararda, davacının kişisel haklara saldırı esasına bağlı olarak manevi tazminat talebinin reddine oy çokluğuyla karar verilmekle birlikte karşı oy yazısı ile davacının cemevi açılışı-

72 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/33232, K. 2016/18820, 07.12.2016. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

73 DENİZ, Derya, *Suç Davranışına Etki Eden Psikopatolojik Süreçler*, Aydın Toplum ve İnsan Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, s. 1.

na verdiği manevi önderliğin eleştirilmesinin nefret söylemi sınırları içinde değerlendirilmesi gerektiği şöyle açıklanmaktadır:⁷⁴

“Ancak eleştiri içerisinde şerefsiz sözcüğü de geçmektedir. Davalı kendi kitlesine hitaben bir cemevi açma olgusunu eleştirirken ister istemez o olguyu gerçekleştirme peşinde olan manevi kitleyi kötücül bir eylem sahibi olarak kendi kitlesine tanıtmaktadır. Böylece sosyolojik bir camiaya düşmanlık duygusu pekiştirmeye çalışmaktadır. Bu açıklamanın iki ayrı kitlenin karşı karşıya getirilmesi amaçlanmış olmakla nefret söylemi açısından ele alınması gerekir. Nefret söylemi toplumsal huzur ve barış açısından çok tehlikeli olan ve Türkiye'nin geçmişinde bol bol yaşanmış olan nefret suçunun sosyolojik alt yapısını oluşturur. Nefret suçunun işlenmesinden sonra da yaygınlaşma halinde insanlık suçları karşımıza çıkar.. Ulusal anlamda Anayasamızın 10. maddesi her türlü nefret söyleminin ve nefretin sonraki açıklamaları açıkça yasaklamaktadır. TCK'nın 120. maddesi nefret kaynaklı cezalandırılacak eylemleri saymaktadır. Mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, ekonomik hakları ve kamusal hizmetten yararlanma hakları nefret söylemine konu edildiğinde suç sınırları çizilmiş demektir. ... Somut dosyadaki bütün bilgiler davalı tarafın diğer yayın, metin ve görüntüleri göstermektedir ki bu eylem nefret söylemi kapsamında kalmaktadır.”

Başka bir kararda, TCK'daki nefret suçu, ayrımcılık ve nefret söyleminin iyi bilinmesi gerektiği ancak bu kavramların kanunda tanımlanmadığı belirtilmiştir.⁷⁵ Bu sebeple öğretilerdeki ve uluslararası belgelerdeki tanımların kabul edilmesi gerektiği belirtilmiş; Karar'da AGİT'in nefret suçu tanımına yer verilmiştir. Nefret söylemi ise Türk Dil Kurumu sözlüğü ve Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu tarafından 1997 yılında kabul edilen R(97)20 sayılı tavsiye kararındaki tanımı esas alınarak *“ırkçı nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizm veya hoşgörüsüzlükle ifade edilen saldırgan milliyetçilik, ırkçılık, ayrımcılık, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli insanlara düşmanlık*

74 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/16557, K. 2015/1240, 19.06.2014. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

75 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2015/26353, K. 2016/6373, 30.03.2016. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

da dabil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da baklı gösteren her türlü ifade biçimidir” şeklinde tanımlanmıştır.

Bir diğer kararda halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçundan mahkûmiyet kararı verilmiştir:⁷⁶

“Sanık hakkında balkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak suçundan mahkemece verilen mahkûmiyet hükmü usul ve yasaya uygundur. Şöyle ki; sanık kendi blogundaki yazısında İslam peygamberini küçültücü ve aşağılayıcı bir şekilde örnek vermiş daha sonra bu yazısına hem kendi blogunda hem de kamuoyunda ciddi bir tepki oluşmuştur.”

Karşı oy ile sanığın 20.09.2012 tarihinde kendisine ait ancak herkese açık olan internet hesabında nefret suçlarıyla ilgili yazmış olduğu yazının bir bölümünde yazdıklarının nefret suçu olmadığını savunduğu; ancak bu açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemeyeceğine ve suçun basın yoluyla işlenmesinin cezanın artırılma nedeni olduğuna dair bir açıklama yapılmıştır.

İncelenen karar içeriklerin bir diğerinde ise TCK md. 216'nın nefret söylemini sınırlandırmayı hedeflediği belirtilmiştir:⁷⁷

“...kamu düzenini, toplum huzurunu/barışını himaye eden, esas itibarıyla nefret söylemini sınırlandırmayı hedefleyen Halkı Kin ve Düşmanlığa Tabrik Etmek suçu; balkı sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tabrik edilmesini cezalandırmaktadır. ... Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tabrikin var olması gerekir. Diğer bir tabirle etkili bir şiddet çağrısı ya da nefret söylemi içermelidir. Failin fiili, adet ve şabıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.”

76 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2019/10194, K. 2019/11813, 03.10.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

77 Yargıtay 18. Ceza Dairesi, E. 2018/3616, K. 2019/598, 08.01.2019. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

Karar içeriklerinde, nefret söyleminin ifade özgürlüğü ile olan ilişkisi de değerlendirilerek, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında, ifade özgürlüğünün bu araştırma çerçevesinde önem taşıyan iki istisnası olduğu; birincisinin şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler, ikinci istisnanın ise azınlıklara karşı nefret söylemi olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda önce yazı veya sözün içeriğine bakılması gerektiği; yazı veya sözlerin şu özellikleri taşıması halinde:

“Yazı veya Sözler;

- a) Şiddet, bir araç olarak öngörüyorsan,*
- b) Kişileri hedef gösterip kanlı bir intikam istiyorsan,*
- c) Benimsenen düşünceler için şiddete başvurmanın meşru olduğu ileri sürülüyorsa,*
- d) İnsanda saldırgan duygular uyandıracak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtıyorsan” ifade özgürlüğünden yararlanmayabileceği belirtilmiştir.⁷⁸*

Bunula birlikte nefret söyleminin silahlı terör örgütü propagandası yapma suçu kapsamındaki davalarda, suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde cezanın artırılmasının karar içeriğinde yer aldığı görülmektedir.⁷⁹ İncelenen söz konusu karar içeriklerinde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin şu durumlarda gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir:

“1- Müdahalenin kanunlarda öngörülmüş olması,

2- Ulusal güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu emniyeti, kamu düzeninin sağlanması ve suçun işlenmesinin önlenmesi, sağlığın korunması, ahlâkın, başkalarının şöhret ya da haklarının korunması, gizli tutulması kaydıyla alınmış bilgilerin açıklanmalarının engellenmesi ve yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının

⁷⁸ *Sürek/Türkiye Davası*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire No.1 (no. 26682/95), 8 Temmuz 1999; *Gözel ve Özer/Türkiye Davası*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire (no. 43453/04 ve 31098/05), 6 Temmuz 2010. Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2009/7316, K. 2012/17738, 23.05.2012. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

⁷⁹ Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2016/1159, K. 2020/280, 11.06.2020; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2019/11657, K. 2020/804, 03.02.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasilstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

sağlanmasına ilişkin değerlerden bir veya bir kaçını korumaya yönelik olmalıdır:

3- *Müdabale demokratik bir toplumda gerekli bulunmalıdır.”*

Ancak “*terör örgütünün veya amacının propagandası suçuyla bağlantılı olarak da basın ve yayın organlarının sahiplerine dikkat ve özen yükümlülüğü*” **yüklenmekte ve** “*...Maddenin üçüncü fıkrasında terör örgütünün veya amacının propagandasının belli yerlerde yapılması, bu suçun daba ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsuru olarak*” **tanımlanmaktadır.**

Bununla birlikte söz konusu karar içeriğinde silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun oluşmadığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir:

“...suçun oluşabilmesi için propagandanın terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde gerçekleştirilmesi gerektiği, somut olayda terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik unsurunu bulundurmadığı gözetilerek sanığın eyleminin silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturmadığı kabul edilmelidir.”

Ağır Ceza Mahkemesi’nde görülen bir diğer davada ise silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçundan verilen mahkûmiyet kararı şöyle açıklanmıştır:⁸⁰

“Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tabrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalı-

80 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2020/3598, K. 2020/4270, 22.09.2020. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

dır. ... Sanığın eylemi, örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmamakla birlikte Kanunda yer almayan bir gerekçeyle unsur olarak aranamayacağı ve sanığın eyleminin hukuka uygun kabul edilmesinin toplum açısından meydana getireceği yakın tehlike de gözetildiğinde, sanığın ... silahlı terör örgütüne ait bayrağı taşınmaktan ibaret eyleminin silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”

Karar içeriğinde, nefret söyleminin şiddetin kısıktılmasına yol açıp, açmadığının analiz edilmesi gerekliliğinin ifade edilmesine rağmen, söz konusu eylem ile silahlı terör örgütünün propagandasını yapma suçunun kanunda yer alması bile toplumda meydana gelebilecek yakın tehlike açısından gerçekleştiğinin kabul edildiği görülmektedir.

Ağır Ceza Mahkemesi’nde terör örgütü propagandası yapma suçu kapsamında görülen bir diğer davada, verilen mahkûmiyet kararının bozulması gerektiği nefret söylemi ve ifade özgürlüğü ilişkisi çerçevesinde şöyle açıklanmıştır:⁸¹

“Sanığın Nevruz kutlamaları sırasında silahlı terör örgütü kurucusu lehine ifadeler içeren slogan attığı olayda, atılan sloganların terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da teşvik edecek nitelikte olmadığı, toplantının olaysız sona ermesi karşısında bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği halde, yasal olmayan gerekçeyle mahkûmiyet hükmü kurulması, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, 17.02.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Tüm bu kararların incelenmesinin neticesinde, kanunda gerçek anlamda bir nefret suçu maddesinin bulunmadığı, “nefret söylemi” ifadesini içeren dava içeriklerinde “Terör örgütünün propagandasını yapma” (TMK, md. 7/2), “Suçu ve suçluyu övme” (TCK, md. 215), “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşığılama” (TCK, md. 216),

81 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/5080, K. 2016/968, 17.02.2016.
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 20.12.2020)

“*Hakaret*” (TCK, md. 125), “*Cumhurbaşkanına hakaret*” (TCK, md. 299), “*Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme*” (TCK, md. 220/6), “*2911 sayılı Kanuna muhalefet*”, “*Tehdit*” (TCK, md. 106), “*Kişiler arasında ayrımcılık yapma*” (TCK, md. 122) gibi suçlardan çoğunlukla mahkûmiyet kararlarının verildiği görülmektedir.

Sonuç

Nefret söyleminin üretilmesinde ve topluma hızla yayılmasında medya etkili bir araçtır. Ulusal ve uluslararası araştırma raporlarında nefret söyleminin medyada özellikle azınlıklar ile dezavantajlı grupları hedef aldığı tespit edilmektedir. Nefret söylemi ile hedefi olan kişi ve grupların basında tehdit unsuru olarak kriminalize edilmesi, nefret söyleminin nefret suçlarına zemin hazırlaması, suçu meşurlaştırması, kışkırtması, şiddeti, ötekileştirmeyi, kutuplaşmayı ve düşmanlığı artırması barışçıl toplumların oluşturulmasında önemli bir engeldir.

Basının öz denetim mekanizmalarından biri olan basın ombudsmanlığının etik ihlalleri ve nefret söylemlerini afişe etmesi, eleştirmesi, haber içeriklerindeki her tür yanlışın düzeltilmesinde etkin bir rol oynayabilmesi demokratik bir toplum olmanın gereği olan basın özgürlüğü ile gerçekleşebilmektedir. Okur ile gazete arasında bir köprü oluşturan ve hakemlik işlevi gören okur temsilciliği, hatalarını kabul eden ve düzelteren basın kuruluşlarının saygınlığının artmasında ve okurun güveninin kazanılmasında oldukça etkilidir. Türkiye’de özellikle son yıllarda ombudsmanların basın kuruluşlarındaki görevlerinden çeşitli nedenlerle ayrılmak zorunda kaldığı, okur temsilciliğinin etkin bir varlık gösteremediği ve neredeyse tamamen işlevsizleştirildiği bilinmektedir. Bununla birlikte Türk Ceza Kanunu’nda 2014 yılında yeniden düzenlenen 122. madde ile nefret suçunun işlenemez bir suç haline dönüştürüldüğü ve çoğunluk toplumu dışında kalan azınlıkları ve dezavantajlı grupları koruyucu nitelikte olmadığı görülmektedir. Yargıtay karar içeriklerinin incelenmesi neticesinde, nefret söyleminin daha çok terör ile bağlantılı suçlar çerçevesinde terör propagandası yapma kapsamında yer aldığı saptanmıştır. Oysaki Türkiye’de Ermenilerin, Yahudilerin, Rumların, Kürtlerin, Alevilerin, Romanların, mültecilerin, sığınmacıların,

Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans veya İnterseks (LGBTİ+) bireyler gibi tüm azınlıkların ve dezavantajlı grupların nefret söyleminin hedefi ve mağduru oldukları bilinmektedir. Ancak nefret söyleminin ve nefret suçunun yer aldığı dava içerikleri ve dava sayısı göz önüne alındığında mevcut hukuki işleyişin azınlıkların ve dezavantajlı grupların korunmasına yönelik olarak gerçekleşmediği görülmektedir. Araştırma sonuçları, azınlıkların ve dezavantajlı grupların nefret söylemine ya da nefret suçuna karşı hak arama mücadelesine teşvik edilmediğinin ve hak arama mücadelesinden çeşitli nedenlerle uzaklaştıklarının bir göstergesi niteliğindedir. Basın ombudsmanlığı ise, nefret söyleminin ceza hukukunda etkin bir biçimde cezalandırılması, yargı bağımsızlığına ve mahkemelerin tarafsızlığına güvenin az olması, dava süreçlerinin uzunluğu ve dava masraflarının yüksekliği gibi çeşitli nedenlerle hukuka başvurmak istemeyen yurttaşların şikayetlerini iletebileceği bir hakem niteliği taşıması sebebiyle nefret söylemiyle mücadelede etkin bir rol oynama kapasitesine sahiptir. Bu nedenle, basın ombudsmanları kurum çıkarlarını korumakla mükellef gazete avukatları gibi görülmemeli; toplumun tüm kesimlerinin haklarını gözeten ve sosyal adalet duygusunun geliştirilmesinde etkin bir role sahip saygın gazeteciler olarak bağımsız ve özgür çalışma koşullarına kavuşturulmalıdır.

Bununla birlikte Türkiye'nin mevcut özgül koşulları basın ombudsmanlığının evrensel ölçütlerde ve etkin bir biçimde çalışmasını olanaklı kılmadığından, Avrupa Birliği gibi basın özgürlüğü ve demokrasi savunucusu olan kuruluşların yeni işleyiş modelleri geliştirerek, uluslararası ombudsmanlık birimleri oluşturması; fon desteği ile okur temsilcilerinin baskı altında kalmadan bağımsız çalışmaları ve demokrasinin güçlendirilmesine hizmet etmeleri sağlanabilir.

KAYNAKÇA

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistikleri, 2018, s. 53. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1792019103654a-dalet_ist_2018.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Adalet İstatistikleri, 2019, s. 53 ve s. 151. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1092020162733adalet_ist-2019.pdf (Erişim Tarihi: 28.05.2020)
- ALEMDAR, Zeynep, *Oyunun Kuralı, Basında Özdenetim*, Ankara: Bilgi Yayınevi, 1990.
- ALĞAN, Cengiz ve ŞENSEVER, Levent, *Ulusal Basında Nefret Suçları: 10 Yıl, 10 Örnek*, Sosyal Değişim Derneği, İstanbul, 2010, s. 16.
- AŞKAN, Hakan, *Türk Basımında Okur Temsilcisi Köşeleri Üzerine Bir Araştırma*, İNİF E-Dergi, Cilt: 3, Sayı: 1, 2018, s. 244-267.
- ATAMAN, Hakan, *Nefret Suçlarını Farklı Yaklaşımlar Çerçevesinden Ele Almak: Etik, Sosyo-Politik ve Bir İnsan Hakları Problemi Olarak Nefret Suçları*, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, der. Yasemin İnceoğlu, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2012.
- AVŞAR, Zakir ve KAYA, Elif Emre, *Medyanın İffeti*, Altınpost, Ankara, 2013, s.79.
- AYTEKİN İNCEOĞLU, Asuman, *Türk Ceza Kanunu'nun 122. Maddesinde Düzenlenen Nefret ve Ayrımcılık Suçunun 'Nefret Suçu' Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 150, Haziran 2015, s. 60.
- Basın Konseyi Yıllık Raporu 2009*, Basın Konseyi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 7-8.
- BAYER, Judit and BÁRD, Petra, *Hate Speech and Hate Crime in the EU and the evaluation of online content regulation approaches*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs Directorate-General for Internal Policies PE 655.135- July 2020, s.63, s. 75-76. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU\(2020\)655135_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2020/655135/IPOL_STU(2020)655135_EN.pdf) (Erişim Tarihi: 09.10.2020)
- BİLGİN, Ayşe ve KIZILKAYA, Ahmet, *Racism and related discriminatory practices in Turkey*, European Network Against Racism, Brüksel, 2012, s. 24.
- BOYLE, Kevin, *Nefret Söyleminin Kontrolü Uluslararası Standartlar Türkiye'den Neler İstiyor?* Nefret Suçları ve Nefret Söylemi, Ed. Ayşe Çavdar, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2010, s. 67.

- BROWN, Ed, STORAKER, Kristin WINTHER, Lisa *Freedom of Religion or Belief for Everyone*, Stefanus Alliance International, Oslo, 2015, s. 21.
- BULUT, İlhan, *Nefret Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 170.
- BÜYÜKAVCI, Mustafa, *Ombudsmanlık Kurumu*, Ankara Barosu Dergisi, Cilt: 66, Sayı: 4, 2008, s. 10.
- BÜYÜKBAYKAL, Güven N., *Basın Alanında Ombudsman Uygulaması*, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Sayı: 19, 2004, s. 171. <https://dergipark.org.tr/en/pub/iuifd/issue/22874/244396> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)
- CABA, Ülker, *Türk Basınında Cevap ve Düzeltme Hakkının Kullanımı (Tekzipler) ve 2014 Yılında Yayınlanan Tekziplerin Basın Etiği Bağlamında Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- CALDERONE, Michael, *The New York Times Is Eliminating The Public Editor Role*, Huffpost, 31 Mayıs 2017. https://www.huffpost.com/entry/new-york-times-public-editor_n_592ec472e4b0e95ac1956706?4r9= (Erişim Tarihi: 06.07.2020)
- Combating Hate Crimes in the OSCE Region, An Overview of Statistics, Legislation and National Initiatives*, OSCE-ODIHR, Varşova, 2005, s. 12. <https://www.osce.org/odihhr/16405> (Erişim Tarihi: 10.03.2019)
- Council of Europe Committee of Experts on Combating Hate Speech (ADI/MSI-DIS), *Background Document*, 25 May 2020, s. 2, 4. <https://rm.coe.int/background-for-adi-msi-dis-june-2020/16809f6b6d> (Erişim Tarihi: 12.10.2020)
- Cumhuriyet Gazetesi'nde Üst Üste İstifalar*, Gazeteduvar, 9 Eylül 2018. <https://www.gazeteduvar.com.tr/gundem/2018/09/09/cumhuriyet-ten-uc-yazar-daha-ayrildi/> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)
- Cumhuriyet'te yönetim değişikliği sonrası çok sayıda isim veda etti*, Evrensel, 10 Eylül 2018. <https://www.evrensel.net/haber/360952/cumhuriyette-yonetim-degisikligi-sonrasi-cok-sayida-isim-veda-etti> (Erişim Tarihi: 20.04.2020)
- DEMİRBAŞ, Timur, *Suçun Önlenmesi*, Yaşar Hukuk Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 1, Ocak 2019, s. 62.
- DENİZ, Derya, *Suç Davranışına Etki Eden Psikopatolojik Süreçler*, Aydın Toplum ve İnsan Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, s. 1.
- DIJK, van Teun A., *News as Discourse*, New Jersey, 1988, s. 181-182.
- DIJK, van Teun A., *Racism and the Press*, Londra: Routledge, 1991, s. 250-254.

- DVORKIN, Jeffry, *The Modern News Ombudsman: A User's Guide*, 2020, s. 14.
- ERSOY, Uğur, *Çağımızın Pandemisi: Nefret Suçları*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 35, 2018, s. 112, s. 115 ve s. 157. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/taad/issue/52647/693636> (Erişim Tarihi: 10.01.2020)
- ERYILMAZ, Kadir, *Ön Yargıların Toplumsal İnşası ve Ön Yargı Temelli Suçlar*, Kriminoloji Yazıları, haz. SANCAR YALÇIN, Türkan, Savaş Yayınevi, Ankara, 2015, s. 152.
- European Commission Commission Staff Working Document Turkey 2020 Report*, Brussels, SWD (2020) 355 final, 6.10.2020, s. 35, 37-38, 40, 77.
- FERRUCI, Patrick, *The End of Ombudsmen? 21st-Century Journalism and Reader Representatives*, *Journalism & Mass Communication Quarterly*, Cilt: 96, Sayı: 1, 2019, s. 297-301. <https://doi.org/10.1177/1077699018805986> (Erişim Tarihi: 07.08.2020)
- Freedom in the World 2020, Freedom House. <https://freedomhouse.org/country/turkey/freedom-world/2020> (Erişim Tarihi: 01.11.2020)
- Gazetecileri Koruma Komitesi <https://cpj.org/tr/reports/2020/12/dunya-capinda-rekor-sayida-gazeteci-hapisteye/> (Erişim Tarihi: 02.12.2020)
- GELBER, Katharine and MCNAMARA, Luke, *Evidencing the harms of hate speech*, *Social Identities*, Cilt: 22, Sayı: 3, 2015, s. 325-326. DOI: 10.1080/13504630.2015.1128810 (Erişim Tarihi: 22.08.2020)
- GÖREGENLİ, Melek, *Nefret Söylemi ve Nefret Suçları*, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 58-67.
- GÖREGENLİ, Melek, *2016 Yılında Türkiye'de Gerçekleşen Homofobi ve Transfobi Temelli Nefret Suçları Raporu*, Kaos GL Derneği, Ankara, 2017, s. 6-8.
- HAJDARI, Enika, *Ombudsman-Historical Views*, *European Scientific Journal*, Cilt: 1, Special Edition, February 2014, s. 515-518.
- HILLIGOSS, Wade B., *The Diminishing Role of the Ombudsman in American Journalism*, Master Thesis, University of Nebraska, Lincoln, NE, 2014. <https://digitalcommons.unl.edu/journalismdiss/44/> (Erişim Tarihi: 10.10.2020)
- İrkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) Türkiye Raporu, ECRI, Strazburg, 2016, s. 10-19; 22-24.

- KAMBAN, Naidoo, *The Origins of Hate-Crime Laws*, Fundamina, Cilt: 22, Sayı: 1, 2016, s. 53-66. DOI: 10.17159/2411-7870/2016/v22n1a4 (Erişim Tarihi: 25.12.2019)
- Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu. <https://www.mevzuat.gov.tr/Mevzuat-Metin/1.5.6328.pdf> (Erişim Tarihi: 04.04.2020)
- KARAN, Ulaş, *Nefret Söylemi ve Yakından İlişkili Diğer Kavramlar: Ayrımcılık, Nefret Suçu ve Hakaret*, Medya ve Nefret Söylemi Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 110-112.
- KAZAZ, Gözde, *TCK 122 Hayal Kırıklığı: Nefret Suçu Kâğıt Üstünde Kaldı*, Agos, 15 Aralık 2016. <http://www.agos.com.tr/tr/yazi/17260/tck-122-hayal-kirikligi-nefret-sucu-kagit-ustunde-kaldi> (Erişim Tarihi: 05.04.2020)
- KEYMAN, Fuat, *Nefret Söylemi, Nefret Suçu Demokrasi ve Birlikte Yaşama: Türkiye Örneği*, Medya ve Nefret Söylemi: Kavramlar, Mecralar, Tartışmalar, Ed. ÇINAR, Mahmut, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2013, s. 7-13.
- LEVIN, Jack, Ed. RITZER, George, *The Blackwell Encyclopedia of Sociology*, Blackwell Publishing, 4. Baskı, 2009, s. 2048-2050.
- MAXFIELD, Michael G., WEILER, Barbara Luntz, WIDOM, Cathy Spatz, *Comparing Self-Reports and Official Records of Arrests*, Journal of Quantitative Criminology, Cit: 16, Sayı: 1, 2000, 87-88.
- Medya Barometresi Türkiye 2014 Türkiye'deki Medya Ortamının Yerelden Bir Analizi*, Friedrich-Ebert-Stiftung Derneği, İstanbul, 2014, s. 55.
- Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Söylem 2018 Raporu*, Ed. YILMAZ, Altuğ, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul 2019, s. 11. <https://hrantdink.org/attachments/article/2003/Medyada-Nefret-Soylemi-ve-Ayrimci-Soylem-2018.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- Medyada Nefret Söylemi ve Ayrımcı Söylem 2019 Raporu*, Ed. YILMAZ, Altuğ, Hrant Dink Vakfı Yayınları, İstanbul, 2020, s. 109. <https://hrantdink.org/attachments/article/2665/Nefret-soylemi-ve-Ayrimci-Soylem-2019-Raporu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2020)
- ORAN, Baskın, *Maksimum Rezillik: Nefret Suçu ve Nefret Suçunun Ön Koşulu: Nefret Söylemi* Ed. İNCEOĞLU, Yasemin, İstanbul, Nefret Söylemi ve/veya Nefret Suçları, Ayrıntı Yayınları, 2012, s. 41.
- ÖZGEN, Murat, *Gazetecinin Etik Kimliği*, 3. Baskı, Set-Systems Yayıncılık, İstanbul, 2006.

- PAKKAN, Şükran, *Türk Yazılı Basınında Milliyetçilik Olgusu ve Hrant Dink Cinayeti Sürecinde Yazılı Basının Tutumu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2008.*
- PARLAK, Tülay, *Basın Özgürlüğü Bağlamında Türkiye’de Özdenetim Uygulamaları: Hukuki Eksiklikler ve Çözüm Önerileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2016.*
- Pyramid of Hate, Anti-Defamation League, 2018. <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/pyramid-of-hate.pdf> (Erişim Tarihi: 15.05.2020)
- Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun.* <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6112-20120704.pdf> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)
- SINAR, Hasan, *Türk Hukukunda Nefret Suçlarına İlişkin Yasal Düzenleme Çalışmaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2013, s. 1280-1285.* <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/814474> (Erişim Tarihi: 22.12.2020)
- Sürekl/Türkiye Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire No.1 (no. 26682/95), 8 Temmuz 1999; Gözel ve Özer/Türkiye Davası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İkinci Daire (no. 43453/04 ve 31098/05), 6 Temmuz 2010. Bkz. Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2009/7316, K. 2012/17738, 23.05.2012.* <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)
- The Organization of News Ombudsmen and Standards Editors (ONO).* <https://www.newsombudsmen.org/about-ono/> (Erişim Tarihi: 04.04.2020)
- TÜRDAY, Aras, *Nefret Suçları ve Türk Ceza Hukukundaki Güncel Gelişmeler, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, s. 91-93.*
- Türkiye Gazetecileri Hak ve Sorumluluk Bildirgesi, Türkiye Gazeteciler Cemiyeti.* <https://www.tgc.org.tr/bildirgeler/t%C3%BCrkiye-gazetecilik-hak-ve-sorumluluk-bildirgesi.html> (Erişim Tarihi: 01.04.2020)
- TÜRKKAN, Seçil, *Saymaya Girişmedik, Sivil Sayfalar, 18 Ocak 2019.* <https://www.sivilsayfalar.org/2019/01/18/saymaya-girismedik-reddedilen-onergeler-kapatilmis-stklar-ve-hrant-dinki-olduren-nefret-soylemi/> (Erişim Tarihi: 15.04.2020)
- USTA, Hasibe, *Türkiye’de Ombudsman (Kamu Denetçiliği) Kurumu, Denetim, 2014-14, s. 61-62.*
- Venice Commission, *Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, Strasbourg, 15 Mart 2016, s. 9-11.* <https://>

www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD%282016%29002-e (Erişim Tarihi: 10.04.2020)

Venice Commission, Turkey, Opinion On The Measures Provided In The Recent Emergency Decree Laws With Respect To Freedom Of The Media, 13 Mart 2017, s. 4-5, 15-16, 19. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)007-e) (Erişim Tarihi: 10.04.2020)

WALTERS, Mark, BROWN, Rupert ve WIEDLITZKA, Susann, *Causes and motivations of hate crime*, Equality and Human Rights Commission Research Report 102, Equality and Human Rights Commission, 2016, s. 48-51. <https://www.equalityhumanrights.com/en/publication-download/research-report-102-causes-and-motivations-hate-crime> (Erişim Tarihi: 22.08.2020)

World Press Freedom Index, 2020. <https://rsf.org/en/ranking> (Erişim Tarihi: 05.05.2020)

“Nefret söylemi” ifadesini içeren kararlar, Yargıtay Karar Arama Sayfası. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 15.12.2020)

SIRA	DAİRE	ESAS NO	KARAR NO	KARAR TARİHİ
1	16. Ceza Dairesi	2018/2814	2020/6093	7.12.2020
2	16. Ceza Dairesi	2020/6503	2020/6027	7.12.2020
3	16. Ceza Dairesi	2020/4526	2020/4944	13.10.2020
4	Ceza Genel Kurulu	2017/629	2020/384	29.09.2020
5	Ceza Genel Kurulu	2017/630	2020/385	29.09.2020
6	16. Ceza Dairesi	2020/3598	2020/4270	22.09.2020
7	16. Ceza Dairesi	2020/154	2020/3839	10.09.2020
8	Ceza Genel Kurulu	2016/1159	2020/280	11.06.2020
9	16. Ceza Dairesi	2019/10648	2020/1803	6.03.2020
10	8. Ceza Dairesi	2019/27716	2020/10890	4.03.2020
11	Ceza Genel Kurulu	2016/1140	2020/110	18.02.2020
12	Ceza Genel Kurulu	2017/384	2020/111	18.02.2020
13	18. Ceza Dairesi	2019/3800	2020/4207	11.02.2020
14	Ceza Genel Kurulu	2016/729	2020/67	6.02.2020
15	16. Ceza Dairesi	2019/11603	2020/806	3.02.2020
16	16. Ceza Dairesi	2019/11657	2020/804	3.02.2020
17	8. Ceza Dairesi	2019/12874	2019/13016	24.10.2019
18	8. Ceza Dairesi	2019/10194	2019/11813	3.10.2019
19	18. Ceza Dairesi	2018/1978	2019/13554	1.10.2019
20	16. Ceza Dairesi	2019/7004	2019/5220	12.09.2019
21	18. Ceza Dairesi	2019/336	2019/6920	9.04.2019
22	18. Ceza Dairesi	2018/3616	2019/598	8.01.2019
23	Hukuk Genel Kurulu	2017/1340	2018/1622	6.11.2018
24	8. Ceza Dairesi	2018/7517	2018/11174	18.10.2018
25	8. Ceza Dairesi	2017/12669	2018/5877	24.05.2018
26	16. Ceza Dairesi	2016/2510	2018/1384	25.04.2018
27	18. Ceza Dairesi	2017/6278	2018/4026	20.03.2018
28	18. Ceza Dairesi	2015/34555	2017/15373	25.12.2017
29	16. Ceza Dairesi	2017/2486	2017/5784	18.12.2017
30	16. Ceza Dairesi	2017/1334	2017/4470	15.06.2017
31	16. Ceza Dairesi	2017/1383	2017/4393	31.05.2017
32	8. Ceza Dairesi	2016/10135	2017/4449	20.04.2017

33	16. Ceza Dairesi	2015/6665	2017/3586	30.03.2017
34	16. Ceza Dairesi	2016/1238	2017/3434	7.03.2017
35	16. Ceza Dairesi	2017/304	2017/937	28.02.2017
36	16. Ceza Dairesi	2016/6853	2017/1107	23.02.2017
37	16. Ceza Dairesi	2016/3839	2016/7571	19.12.2016
38	18. Ceza Dairesi	2015/33232	2016/18820	7.12.2016
39	16. Ceza Dairesi	2015/7335	2016/6373	22.11.2016
40	16. Ceza Dairesi	2016/1627	2016/5889	8.11.2016
41	16. Ceza Dairesi	2016/4798	2016/5836	2.11.2016
42	16. Ceza Dairesi	2016/6545	2016/5555	1.11.2016
43	16. Ceza Dairesi	2016/2133	2016/5010	4.10.2016
44	16. Ceza Dairesi	2016/1297	2016/4872	29.09.2016
45	16. Ceza Dairesi	2015/8605	2016/3876	9.06.2016
46	16. Ceza Dairesi	2015/2282	2016/3884	1.06.2016
47	16. Ceza Dairesi	2015/3672	2016/3597	30.05.2016
48	16. Ceza Dairesi	2015/6862	2016/2664	27.04.2016
49	16. Ceza Dairesi	2016/437	2016/2536	19.04.2016
50	18. Ceza Dairesi	2015/26353	2016/6373	30.03.2016
51	16. Ceza Dairesi	2015/8223	2016/1218	23.02.2016
52	16. Ceza Dairesi	2015/5080	2016/968	17.02.2016
53	16. Ceza Dairesi	2015/7842	2016/945	9.02.2016
54	16. Ceza Dairesi	2015/7841	2016/942	9.02.2016
55	16. Ceza Dairesi	2015/7487	2016/506	2.02.2016
56	16. Ceza Dairesi	2015/7081	2016/593	20.01.2016
57	16. Ceza Dairesi	2015/7440	2016/528	20.01.2016
58	16. Ceza Dairesi	2015/1571	2016/1012	18.01.2016
59	16. Ceza Dairesi	2015/1859	2016/32	12.01.2016
60	16. Ceza Dairesi	2015/4896	2015/5028	22.12.2015
61	16. Ceza Dairesi	2015/5812	2015/4741	7.12.2015
62	16. Ceza Dairesi	2015/6011	2015/4885	7.12.2015
63	16. Ceza Dairesi	2015/6022	2015/4759	7.12.2015
64	16. Ceza Dairesi	2015/5430	2015/4689	25.11.2015
65	16. Ceza Dairesi	2015/2675	2015/4319	24.11.2015

66	16. Ceza Dairesi	2015/4497	2015/4456	24.11.2015
67	16. Ceza Dairesi	2015/3450	2015/4442	24.11.2015
68	16. Ceza Dairesi	2015/3662	2015/4311	23.11.2015
69	16. Ceza Dairesi	2015/3635	2015/4310	23.11.2015
70	16. Ceza Dairesi	2015/6130	2015/4316	23.11.2015
71	16. Ceza Dairesi	2015/1971	2015/4257	19.11.2015
72	16. Ceza Dairesi	2015/5766	2015/4258	19.11.2015
73	16. Ceza Dairesi	2015/1843	2015/3918	10.11.2015
74	16. Ceza Dairesi	2015/1949	2015/3786	9.11.2015
75	16. Ceza Dairesi	2015/2032	2015/4019	5.11.2015
76	16. Ceza Dairesi	2015/5267	2015/3624	4.11.2015
77	16. Ceza Dairesi	2015/5601	2015/4209	4.11.2015
78	16. Ceza Dairesi	2015/5249	2015/3719	4.11.2015
79	16. Ceza Dairesi	2015/5343	2015/3617	4.11.2015
80	16. Ceza Dairesi	2015/5598	2015/3568	27.10.2015
81	8. Ceza Dairesi	2014/35434	2015/22535	12.10.2015
82	16. Ceza Dairesi	2015/2742	2015/2316	13.07.2015
83	16. Ceza Dairesi	2015/2018	2015/2299	6.07.2015
84	16. Ceza Dairesi	2015/2835	2015/2301	6.07.2015
85	16. Ceza Dairesi	2015/1745	2015/2298	1.07.2015
86	16. Ceza Dairesi	2015/4498	2015/2306	18.06.2015
87	16. Ceza Dairesi	2015/2134	2015/2304	11.06.2015
88	16. Ceza Dairesi	2015/2351	2015/2319	22.05.2015
89	16. Ceza Dairesi	2015/3025	2015/2274	11.05.2015
90	16. Ceza Dairesi	2015/3015	2015/2273	11.05.2015
91	18. Ceza Dairesi	2015/997	2015/580	27.04.2015
92	16. Ceza Dairesi	2015/421	2015/2275	15.04.2015
93	8. Ceza Dairesi	2014/27832	2015/9649	17.02.2015
94	8. Ceza Dairesi	2014/33270	2015/9647	17.02.2015
95	4. Hukuk Dairesi	2014/16557	2015/1240	2.02.2015
96	4. Ceza Dairesi	2012/24272	2014/2145	27.01.2014
97	8. Ceza Dairesi	2009/7316	2012/17738	23.05.2012
98	Ceza Genel Kurulu	2004/130	2004/206	23.11.2004

FRANSIZ “GENEL GÜVENLİK KANUNU” BAŞLIKLİ YASA ÖNERİSİNİN 24. MADDESİNİN AİHM İÇTİHADİ İŞİĞİNDA BİR ANALİZİ *

Av. Beril MOREL **

Özet

İnternet, sürekli gelişim gösteren teknolojik haberleşme aygıtları ile birlikte ifade özgürlüğünün kullanımının en önemli aracı haline gelmiştir. Ancak, internetin erişilebilirliği ve yayılma hızı, ifade özgürlüğünün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruduğu diğer hak ve özgürlüklerle çatışmaya girmesine sebebiyet vermektedir. Fransız güvenlik güçlerinin görüntülerinin korunması amacıyla internette yayınlanmasını engellemeye yönelik olan ve Fransa Parlamentosunda oylamaya sunulan “Genel Güvenlik Yasa Önerisi” hakların çatışma hallerine güncel bir örnek olarak verilebilir. Bu öneri, bireylerin internet aracılığıyla kullandıkları ifade özgürlüğü ile güvenlik güçlerinin kendi görüntüleri üzerindeki haklarını karşı karşıya getirmiştir ve çeşitli tepki ve tartışmalara neden olmuştur. Benzer çatışma hallerini defalarca inceleme altına alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yarışan hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulmasını beklemektedir. Ancak, makale konusu yasa önerisinin lafzının muğlaklığı başlı başına bir potansiyel sorun kaynağı teşkil etmektedir. Ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı uyarınca, ceza hukuku ifade özgürlüğünün kullanımını caydırıcı nitelikte olmamalı, diğer hak ve özgürlükleri koruma amaçlı kısıtlanması ise istisnai olmalı ve dar yorumlanmalıdır.

Anahtar kelimeler: Fransa, genel güvenlik yasa önerisi, internet, AİHM, ifade özgürlüğü

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 11/01/2021. İlk hakem raporu tarihi: 21/01/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 29/01/2021.

** Avukat, İstanbul Barosu, berilmorel@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-9621-1707.

AN ANALYSIS OF THE ARTICLE 24 OF THE FRENCH DRAFT SECURITY LAW IN THE LIGHT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS’ CASE LAW

Abstract

The Internet has become the most important means for the exercise of freedom of expression with the constantly developing technological communication devices. However, the accessibility and speed of the Internet cause freedom of expression to come into conflict with other rights and freedoms protected by the European Convention on Human Rights. A recent example of such conflict situations is the “Draft Law on General Security” which aimed to prevent the publication of the images of the French security forces on the Internet and was put to vote in the French Parliament. The draft law, which juxtaposes the freedom of expression exercised by individuals through the Internet against the rights of the security forces over their own images, caused various reactions and discussions. The European Court of Human Rights, which has repeatedly examined similar conflict situations, expects a fair balance between competing rights and freedoms be struck. The ambiguity of the draft law’s language in of itself constitutes a potential source of concern. Moreover, under the settled case law of the European Court of Human Rights, criminal law should not deter the exercise of freedom of expression, and its restriction to protect other rights and freedoms should be exceptional and narrowly interpreted.

Keywords: France, Draft Bill on Global Security, The Internet, ECHR, Freedom of Expression

“Özgür olmak zincirlerinden kurtulmaktan ibaret değildir; başkalarının özgürlüklerine saygı duyacak ve onları yükseltecek şekilde yaşamaktır.”

Nelson Mandela¹

1 *“To be free is not merely to cast off one’s chains, but to live in a way that respects and enhances the freedom of others.” Nelson Mandela*

Giriş

İletişim araçlarının gelişmesiyle birlikte, günümüzde ifade özgürlüğünün ana kullanım alanının öncelikle internet olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Yazılı, sesli ve diğer türlü görsel ifade biçimleri çeşitli araçlarla zenginleştirilmiş ve bir tek hareketle milyonlara ulaşabilecek kapasiteye ve hıza erişmiştir. Sürekli yenilenme halinde olan, her gün gelişme gösteren ve sınır tanımayan internet sayesinde insanların haber alıp verme, fikir edinme ve fikirlerini paylaşma alanları genişledikçe ifade özgürlüğü unsuru da bu durumla birlikte şekil değiştirmiş, hukuk normları da teknolojiye yetişmek ve adapte olmak durumunda kalmıştır. Devletler de bu dijital unsur üzerindeki kontrollerini yüksek hızına ve bir o kadar da yüksek kapasitesine uyarlama yoluna gitmekte ancak bu konuda güçlük çekmektedirler. Bu çerçevede, Avrupa insan hakları hukukuna tabi demokratik ülkelerin, özgürlüklerin korunması gereksinimi ile güvenliğin sağlanması endişesi arasında bir denge kurmaları gerekmektedir. Her halükarda, internetin ifade özgürlüğünü kısıtlama amacıyla farklı yöntemlerle kontrol altına alınmaya çalışılması ütopyik bir uğraş gibi görünmektedir. Bu sebeple, bu ele avuca sığmayan aracın ifade özgürlüğüne en iyi şekilde hizmet etmeye kullanılmasında karar kılınmasının en doğru tutum olacağı savunulabilir. Ancak bazı Avrupa Konseyi üyesi ülkeler, iç güvenliği sağlama endişesiyle ifade özgürlüğünün internet yoluyla kullanımını kısıtlamaya gitmektedirler. Bu ülkelerden biri de oldukça tartışmalı maddeler içeren bir yasa önerisiyle gündeme gelen Fransa olmuştur. “İnsan haklarının anavatanı” olarak anılan Fransa’da, Ekim 2020’de “Genel güvenlik yasası” adı altında polis ve jandarma teşkilatlarının görev ve yetkilerini genişletme amacı taşıyan ve Millet Meclisinin oylamasına sunulan önerinin özellikle 24. maddesi, gerek ulusal gerekse uluslararası kurum ve kuruluşların tepkilerini çekmiş, çeşitli uyarıların hedefi olmuştur. İlerleyen satırlarda daha detaylı incelenecek olan söz konusu madde genel hatlarıyla, güvenlik güçlerinin bir operasyon sırasında kayda alınan görüntülerinin, onlara açıkça² zarar verme amacıyla yayınlanmasına cezai yaptırım getirilmesini

2 “Onlara açıkça zarar verme” ibaresi önerinin meclise sunulduğu ilk halinde mevcut değildir, görüşmeler sırasında oylama öncesi eklenmiştir.

öngörmektedir. İnceleme konusu ise, getirilmesi istenen bu tedbirin sadece ifade özgürlüğünün suiistimal edildiği durumlara sınırlı olup olmadığına dair Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihadı ışığında bir tartışmadan ibaret olacaktır. Bu analizin amacı ise, yasa önerisinin öngördüğü bu tedbiri gerekçelendirmek için öne sürülen sebeplerin, bireylerin ifade özgürlüklerinin haksız yere kısıtlanmasına yol açıp açmayacağına anlaşılmasına bir katkı sunmaktır. Nitekim, “hukuk, her bireyin özgürlüğünün herkesin özgürlüğüyle uyumlu olmasını sağlayan şartlar bütünüdür”³ (Immanuel Kant).

I. Kanunun içeriği

29 Temmuz 1881 tarihli “Basın Özgürlüğü Hakkında Kanun” üzerinde yapılması önerilen ve bu kanunun 35. maddesinin devamına eklenmesi hedeflenen değişikliğin Fransa Millet Meclisince 24 Kasım 2020 tarihinde 577 vekil üzerinden 388 vekilin oyu ile kabul edildiği son hali aşağıdaki şekildedir:

“Haber alma ve verme hakkına hanel getirmeksizin, polis operasyonu çerçevesinde hareket eden millî polis teşkilatı mensubunun, millî jandarma teşkilatı askerinin veya yerel polis teşkilatı mensubunun açıkça fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne saldırmak amacıyla yüzünün görüntüsünü veya bireysel kimlik numarası dışında [ilgili personelin] tanınmasına neden olacak herhangi başka bir unsurunun hangi yöntemle ve hangi formda olursa olsun yayınlanması bir sene hapis ve 45.000 Avro para cezası ile cezalandırılır.”⁴

Öneri metninin ilk yazımında yer almayan “haber alma/verme hakkına hanel getirmeksizin” ile “açıkça” ibareleri daha sonra hükümlere eklenmiştir. Birinci ibare haberleşme hürriyeti kapsamında temel haklar arasında bulunduğundan burada kanun koyucu aslında anayasal bir prensibi hatırlatmaktan öteye gidememiştir (bkz. Fransız Anayasa Konseyi, *Décision n° 84-181DC*, 10-11 Ekim 1984⁵). Ancak “açıkça” ibaresi ise bir görüntünün yayınlanma şartlarına isti-

3 “*Recht ist ein Verhältnis zwischen der “Wilkür” des einen und “Wilkür” des anderen.*” Immanuel Kant

4 <https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3527/AN/1363>

5 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84181DC.htm>

naden mahkemelerce yapılacak incelemeye yön verme amacını taşıyan bir ekleme olmuştur.

Bunun yanı sıra, görüşmeler Millet Meclisinde devam ettiği sırada, İçişleri Bakanı Gérald Darmanin, gazetecilerin ve vatandaşların görüntüleri buzlama yapmadan kayda almaya devam edebileceklerine, ancak zarar verme amacıyla yorum eşliğinde ilgili personelin yüzünü yayınlayan kişi veya kişiler hakkında işlem başlatılmasının söz konusu olacağına dair 22 Kasım 2020 tarihinde Twitter hesabı üzerinden bir açıklamada bulunmuştur⁶.

II. Tepkiler

Bu kanun tasarısının Millet Meclisince oylanmasının üzerine 2008 Anayasa değişikliği ile kurulan bağımsız bir idari kuruluş olan Hak Savunucuları (*Défenseurs des droits*) 3 Kasım 2020 tarihinde görüş beyan etti⁷. Kanunun yazılımında kullanılan "fiziksel veya ruhsal bütünlüğüne zarar verme amacı" tabirinin suç ve cezanın kanuniliği ilkesiyle çelişkiye girebilecek derecede muallak bir tabir olduğunu dile getirdi. Güvenlik güçlerinin özel hayatlarının korunmasına dair haklarının hali hazırda ceza kanununda yer aldığını hatırlatan Hak Savunucuları, görevleri dahilinde hareket ettikleri müddetçe ses veya görüntü kaydına itiraz edemeyeceklerini ve bu şartlar altında, alınan kayıt haysiyete saldırı teşkil etmediği müddetçe, kamunun haber alma hakkı ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 10'da yer alan ifade özgürlüğünün, kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkından daha üstün olduğunu ifade etti. Bu idari kuruluş, polis ve jandarmanın hareketlerinin, teşkilatın deontolojik kurallarına göre örnek oluşturacak nitelikte olması gerektiğini, bu sebeple de teşkilat üyelerinin faal haldeyken görüntülerinin kayda alınmasına karşı çıkmaya ihtiyaç duymamaları gerektiğini belirtti.

Son olarak, yürürlükteki mevzuata göre her kamu görevlisinin - özellikle polis ve jandarmanın - kimliğinin tespit edilebilir olması gerektiğini, ancak son zamanlarda polisin bu mevzuata aykırı biçimde yüzünü gizleyecek şekilde maske takarak operasyonlarda yer almaya başladığını ifade etti. Fransız Yargıtay'ının da aynı doğrultu-

6 <https://twitter.com/GDarmanin/status/1329905053881208837>

7 https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20175

daki kararına⁸ atıfta bulunan Hak Savunucuları, kamusal görev icra eden güvenlik güçlerinin ses veya görüntülerinin kayda alınmasının meşru olduğunu belirtti. Ayrıca, gerekli durumlarda, güvenlik güçlerinin görev sırasında korunmasını sağlamak amacıyla kimliklerini gizlemelerini sağlayacak yeterli sayıda ve nitelikte kanunun mevzuatta bulunduğunu dile getirdi.

Bunun yanı sıra, Uluslararası Af Örgütü, kanun önerisinin kabul edilmesi durumunda Fransa'nın uluslararası taahhütlerini ihlal edeceğine ve her hâlükârda metnin bu haliyle Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkını koruyan 19. maddesine uygun olmadığına dikkat çekti⁹.

Günümüze değin genelde henüz oylama ve kabul aşamasındaki kanun metinleri üzerinde fikir beyan etmeyen Avrupa Komisyonu, bu sefer sessizliğini bozup basın özgürlüğünün korunması gerektiğini hatırlatarak “durumun takipçisi olduğunu” belirtti¹⁰. Avrupa Birliği üyesi devletlerin kamu güvenliği ile özgürlükler arasında (ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü, bilgiye erişim hakkı vb.) denge sağlamaları gerektiğini belirten Avrupa Komisyonu, kanunun son halinin Avrupa Birliği hukukuna uygun olup olmadığını denetleme hakkını saklı tuttuğunu ifade etti.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatović de Fransız Senatosuna, söz konusu hükümlerin insan haklarıyla uyumlu hale getirilmesi amacıyla metinde değişiklik yapması için çağrıda bulundu¹¹. Metnin bu haliyle kamu güvenliğini sağlayan yöntemlerin gerektirdiği şeffaflığın temin edilmesini engelleyeceğini belirten Komiser Mijatović yürürlükte olan mevzuatta güvenlik güçlerinin vücut bütünlüğünü koruyan hükümlerin hâlihazırda mevcut olduğunu belirtti.

Bütün bu tepkiler göz önünde bulundurulduğunda, güvenlik güçlerinin hareketlerinin kamuya açık olmasının hesap verebilirlik

8 Fransız Yargıtayı – Cour de cassation – 2^e chambre civile 29 avril 2004 / n° 02-19.432

9 <https://www.amnesty.fr/liberte-d-expression/actualites/pourquoi-la-proposition-de-loi-securite-globaleest-dangereuse-pour-nos-libertes>

10 <https://www.lci.fr/politique/loi-securite-globale-et-liberte-de-la-presse-la-commission-europeenne-rappelle-la-france-a-l-ordre-2170897.html>

11 <https://www.coe.int/fr/web/portal/-/french-senate-should-amend-general-security-bill-to-make-it-compatible-with-human-rights>

açısından önem taşıdığı ve başta basın olmak üzere demokratik unsurlarca hukuka ve meslek kurallarına uyulduğunun kontrolünün mümkün olması gerektiği ve bu yönde değişiklik yapılmasına dair çağrıda bulunulduğu görülebilir.

Nitekim, Fransa Millet Meclisinin yasa önerisini oylamayla kabul etmesinin sonrasında 2 Aralık 2020 tarihinde hükümet ve meclis çoğunluğu metnin baştan yazılmasının yerinde olacağını belirtti¹². Ancak oylama sonrası öneri metni artık Senato'nun önünde bulunduğundan Millet Meclisi konudan elini çekmek zorunda kalmıştır. Senato, kanun önerisinin tartışmalı 24. maddesinin hükümlerinin yeniden yazılmasını Mart 2021'de teklif etmeye hazırlanmaktadır.

Bu noktada güvenlik ve ifade özgürlüğü çatışmasının Fransa'da yeni bir konu olmadığı, internette kendini ifade etme alanlarının özellikle terörizm ve nefret söylemiyle mücadele sebepleriyle git gide kısıtlandığı belirtilmelidir¹³.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı

Kanun önerisinin metnine bakıldığında hükümetin, güvenlik güçlerine ait görüntülerin internet ortamında, özellikle sosyal medyada, yayınlanmasının önüne geçmeyi amaçladığı anlaşılmaktadır. Hükümetin korumayı amaçladığı hakkın ne olduğunun yanı sıra bunun hangi özgürlüklerin kısıtlanmasına sebebiyet vereceğinin ve olası sonuçlarının incelenmesi gerekmektedir.

A. İfade özgürlüğü ve sınırları: Madde 10 incelemesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM"), içtihadına göre, internet kullanımı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ("AİHS") 10. maddesi bağlamında ifade özgürlüğünün kullanımı kapsamındadır¹⁴. İfade özgürlüğü, fotoğraf yayınlamayı da kapsamaktadır¹⁵.

12 https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/12/02/proposition-de-loi-de-securite-globale-la-double-lecon-de-l-article-24_6061899_3232.html

13 Detaylı bilgi için bkz. Foegle Jean-Philippe, Médard Robin, La liberté d'expression sur Internet en recul, *Homme et Libertés* n° 175, septembre 2016, s. 43

14 AİHM *Yıldırım / Türkiye*, n° 3111/10, § 54, 18 Aralık 2012

15 AİHM *Österreichischer Rundfunk / Avusturya* (Kabul edilebilirlik kararı), n° 57597/00, 25 Mayıs 2004, ve AİHM *Verlagsgruppe News GmbH / Avusturya (No 2)*, n° 10520/02, §§ 29 ve 40, 14 Aralık 2006

AİHM’ye göre ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun yapı taşlarından biri olmasının yanı sıra toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişiminin en önemli koşullarından birini oluşturmaktadır. AİHS’nin 10. maddesinin ikinci paragrafı saklı kalmak üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen “bilgi” veya “fikirler” için değil, incitici, şoke edici veya endişe verici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun gereği olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin olmazsa olmazıdır. İfade özgürlüğünün korunması hakkında bazı istisnalar tanınsa da bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakka getirilecek sınırlandırmaların ikna edici olması gerekir¹⁶.

Bununla birlikte, AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğüne taraf devletlerce getirilebilecek kısıtlama rejimini öngörmektedir¹⁷. Fıkra söz geçiren ve bu özgürlüğe karşı bulunulacak her türlü müdahalenin kanuna dayanması gerekmektedir. Dolayısıyla, bireylerin düzenlemeye uygun davranabilmeleri için müdahalenin dayandığı kanunun erişilebilir ve açık olmasının yanı sıra yeterince kesin bir dille yazılmış olması gereklidir. Kanun ayrıca suiistimal olarak nitelendirilebilecek derecede kısıtlayıcı tedbirler alınması ihtimaline karşı da koruma sağlamalıdır; bu koruma, bir mahkeme veya uyuşmazlık çözme yetkisine sahip bağımsız bir makamın kontrolüyle mümkün kılınabilir. Her türlü müdahale, aynı fıkra sıralanan bir veya birden fazla meşru amacı izlemelidir: milli güvenlik, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, kamu düzenini ve huzurunu koruma, suç unsuruna karşı koruma, itibarın veya üçüncü şahısların hakkının korunması, gizli bilgilerin açığa çıkmasının engellenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının temin edilmesi. Bu liste kısıtlı bir listedir ancak yorumlanması ve kapsamı AİHM’nin içtihadıyla gelişmektedir. Ayrıca, müdahale demokratik bir toplumda gerekli olmalıdır; yani, acil ve mutlak bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğinin, meşru bir amaç izlediğinin ve bu amaca ulaşmak için kullanılacak en az kısıtlayıcı nitelikteki tedbir olduğunun ispatlanması gerek-

16 AİHM *Handyside / Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, § 49, Seri A - No 24; AİHM *Editions Plon / Fransa*, n° 58148/00, § 42, AİHM 2004-IV; AİHM *Lindon Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa* [BD], n° 21279/02 ve 36448/02, § 45, AİHM 2007-IV

17 Flauss, Jean-Francois. (2009). The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. *Indiana Law Journal*, Vol.84, Iss. 3, Article 3

mektedir. Bu aranan şartlar, kullanıcının anlayacağı bir dille kaleme alınmış olmalıdır; eş deyişle, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalar keyfi olmamalıdır ve AİHS'ye uygun bir amaç izlemelidir.

Her durumda, AİHS'nin 10. maddesine göre taraf devletler, bu madde tarafından korunan ifade özgürlüğüne yapılacak bir müdahalenin gerekliliğini ve kapsamını belirlemek için belli bir oranda takdir hakkına sahiptirler¹⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, yine AİHM içtihadına göre, taraf devletler ifade özgürlüğünün içeriğine müdahalede bulunamazlar; müdahale, özgürlüğün kullanımına ilişkindir¹⁹.

Bahsi geçen madde hükümlerinden ve açıklamalardan çıkan sonuç, madde 10 bağlamında kişilerin ifade özgürlüğünün korunmasının bir hak olduğu ancak - AİHS'nin koruduğu diğer hak ve özgürlükler gibi²⁰ - bu hakkın mutlak bir hak olmadığıdır²¹. Fransız Meclisine sunulan kanun önerisi örneğinde görüldüğü gibi, AİHS'nin koruduğu diğer hak ve özgürlüklere alan tanınması amacıyla ifade özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olan durumlar bulunmaktadır. Bunlardan biri, bir tarafın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmesi ve karşı tarafın ise özel hayatına saygı hakkının korunmasını talep etmesidir.

Bu bağlamda, yukarıda sayılan meşru amaçların arasında bulunan itibarın ve / veya üçüncü kişilerin haklarının korunması unsuru bu makalenin konusunu oluşturmaktadır. Yukarıda sayılan kriterler ışığında, kanun önerisinin AİHS'nin amacına ve AİHM'nin içtihadına uygun olup olmadığı irdelenecektir.

Aynı zamanda, AİHS'nin ilgili maddelerini ve AİHM'nin içtihadını, kanun önerisinin 24. maddesinin hükümlerine mümkün olan en somut şekilde uygulayarak, öngörülen müdahale ve yaptırımın Avrupa kontrol sistemine görünürde uygun olup olmadığı tartışılacaktır.

18 AİHM *Tammer / Estonya*, n° 41205/98, § 60, AİHM 2001-I, ve AİHM *Pedersen ve Baadsgaard / Danimarka* [BD], n° 49017/99, § 68, AİHM 2004-XI

19 Macovei, Monica, *İfade Özgürlüğü, AİHS'nin 10.maddenin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No.2*, TBB Yayınları: 88, Birinci Baskı, 2005, s. 23

20 Gölcüklü, A. Feyyaz/Gözübüyük, A. Şeref. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 375-378.; Kaboğlu, İbrahim Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s.339-340

21 Sharland, Andrew. (2009). *Focus on Article 10 of the ECHR. Judicial Review*, Vol. 14, Issue 1, s. 59

1. İfade özgürlüğüne bir müdahale olması

Somut durumda kanun önerisinin öngördüğü yasağın bir müdahale oluşturduğu şüphesizdir. Daha açık olmak gerekirse, güvenlik güçleri mensuplarının görüntüsünü kayda alan veya kaydı elinde bulunduran kişinin bu görüntüyü yayınlamasının kısıtlanması, ilgili kişinin ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil edecektir. Medya mensuplarından sıradan bir sosyal medya kullanıcıasına kadar her ilgili, bu kanun önerisinin kapsamındadır.

2. Müdahalenin kanuna dayanması

Güvenlik güçlerinin görüntülerinin yayınlanmasını engellemeye yönelik ve ifade özgürlüğünün sosyal medya üzerinden kullanımına müdahale niteliğindeki tedbirin kanunla getirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Bugün, kanun önerisi birinci meclisin, yani Fransız Millet Meclisinin oylamasıyla kabul edilmiş ve metin bu haliyle Senatonun önüne getirilmiştir. Eş deyişle bu öneri, her ne kadar önemli adımlar atılmış olsa da henüz kanunlaşmamış ve geçerlilik kazanmamış haldedir. AİHM, ceza hukuku manasında suç yaratan yeni yasa hükümlerinin anlamlarının, ceza mahkemeleri tarafından uygulanıp yorumlanmadıkça her zaman bir tereddüde mahal vereceğini belirtmiştir²². Aynı zamanda AİHM, bir kanun hükmünü soyut olarak yorumlamanın görevi olmadığını, somut bir olayda AİHS madde 34’e dayanarak bireysel başvuruda bulunan kişi özelinde söz konusu hükmün uygulanmasının doğurduğu somut sonuçların bir ihlale yol açıp açmadığını kontrol etmekle yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Bu sebeple, metnin içeriğinin bugünkü haliyle yorumlanması mecburen henüz milli mahkemelerin bu konudaki yorum ve görüşlerini içermeyen soyut bir yorumlamadan ibaret olmaktan öteye gidemeyecektir.

Her durumda, “kanun tarafından öngörülme” ifadesi sözü geçen tedbirin iç hukukta bir temelinin olmasının yanı sıra, ilgili kanunun nitelikli olması ile de ilgilidir²³. AİHM’nin kanundan beklediği ni-

22 AİHM *Jobe / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik kararı), n° 48278/09, 14 Haziran 2011

23 AİHM *Cengiz ve diğeri / Türkiye*, n° 48226/10 ve 14027/11, § 59, 1 Aralık 2015 ve AİHM *Dilipak / Türkiye*, n° 29680/05, § 55, 15 Eylül 2015

telikli olma unsuru ise, *Perinçek / İsviçre*²⁴ kararında belirttiği gibi, müdahalenin dayandığı kanunun yeterli derecede öngörülebilir olmasıdır²⁵. Bu kesinliğin mutlak değil, kişinin hareketlerini kanunun hükümlerine uyarlamasına izin verecek derecede olması beklenmektedir²⁶. Kanun, bireylerin AİHS madde 7 manasında hangi hareket veya ihmallerinin cezai sorumluk sebebi olabileceğini anlayabilmelerine imkan vermelidir²⁷.

Kanun önerisi metninin incelenmesinden, görevini icra ettiği sırada kayda alınan polis veya jandarma teşkilatı mensubunun görüntüsünü hangi şekilde ve ne yolla olursa olsun yayınlamanın ceza sorumluluğu doğuracağı anlaşılmaktadır. Bununla beraber, söz konusu ceza sorumluluğunun doğması için, yayınlanan görüntünün ilgili kişinin tanınmasına neden olması ve yine aynı kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne zarar verilmesinin amaçlandığının yayından açıkça anlaşılması gerekmektedir.

Metnin, Meclise sunulduğu ilk versiyonunda, güvenlik teşkilatı mensuplarının görev sırasındaki görüntülerini onlara sadece "zarar verme" amacıyla yayınlanmasının cezalandırılması öngörülmüştü. Ciddi eleştiri konusu olan bu versiyon, polisin görüntüsünü tehdit ve şiddete çağrı eşliğinde yayınlayan bir kişinin davranışıyla bir gösteriyi dağıtmak için düzenlenen bir operasyonu kayda alıp yayınlayan kişi arasında çok net bir ayırım yapmamaktaydı. Meclis görüşmelerini takiben metnin cezalandırmayı öngördüğü davranışın biraz daha netleşmesini sağlamak amacıyla "zarar verme" fiilinin önüne "açıkça" ibaresi eklenmiştir. Ancak, her ne kadar bu ekleme yapılmışsa da metnin bugünkü halinde de hangi hareketin "açıkça zarar verme" amacı taşıdığı net olarak anlaşılması mümkün görünmemektedir.

24 AİHM *Perinçek / İsviçre* [BD], n° 27510/08, §§ 131-135, 15 Ekim 2015

25 AİHM'nin inceleme kriterleri için bkz: AİHM *Tommaso / İtalya*, n° 43395/09, §§ 106-109, 23 Şubat 2017; AİHM *Karácsony ve diğerleri / Macaristan* [BD], n° 42621/13 ve 44357/13, §§ 123-125, 17 Mayıs 2016; AİHM *X. / Letonya* [BD], n° 27853/09, § 58, AİHM 2013

26 Hukuki kesinlik unsuru hakkında bkz. AİHM *Lashmankin ve diğerleri / Rusya*, n° 57818/09 ve 14 başvuru, § 46-48, 7 Şubat 2017, Gülçür Abdülkadir, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 24, Sayı 1, Haziran 2018, ISSN 2146-0590, s. 197-214

27 AİHM *Kononov / Letonya* [BD], n° 36376/04, § 185, AİHM 2010; AYM Bubo Çelik Başvurusu (B. No: 2013/3954, K. 26/2/2015), para. 46

Özetle; zarar vermektan kastın ne olduğu, yayınlayan kişinin zarar verme amacı olup olmadığının nasıl tespit edileceği, tam olarak hangi unsurların güvenlik güçlerinin “tanınmasına” olanak sağladığı ve hükümlerin yeterince açık olup olmadığı sorularının, kanunun kesinleşmesini takiben, Fransız milli mahkemelerince olası somut olaylara uygulandığı sırada irdelenmesi gereklidir ve ne tip sonuçlar doğuracağı da zamanla anlaşılacaktır. Başka bir deyişle, kanun önerisinin AİHS’nin amacına uygunluğu, teorik bağlamda net şekilde anlaşılammaktadır ve somut bir durumda yerel mahkemelerce uygulama alanı bulması gerekmektedir²⁸.

Ancak milli mahkemeler, AİHS tarafından korunan hak ve özgürlüklere ilişkin konularda AİHM’nin yorumuyla bağıdırlar ve kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte somut durumları içtihadattan yola çıkarak yorumlamalıdırlar.

Her halükarda AİHM, müdahalenin dayanağı olan kanunun nitelikli olup olmadığı sorusunun, genel tedbir teşkil eden bu tip kanunların demokratik bir toplumda gerekli olup olmadıkları sorusuna nazaran ikincil öneme sahip olduğu görüşündedir²⁹. Bu sebeple, Avrupa kontrolü çerçevesinde gereklilik testi kanunun önerisinin incelenmesinde daha öncelikli durumdadır.

3. Müdahalenin meşru bir amaç izlemesi

Kanun önerisini sunan milletvekillerinin öne sürdükleri gerekçelerde³⁰, genel güvenliğin sağlanabilmesi için, polis ve jandarma teşkilatı mensuplarının açık, belirgin ve kendilerine koruma sağlayan bir hareket alanına sahip olmalarının gerektiğini, bunun da kanun önerisinin iç güvenlik güçleri hakkındaki hükümleriyle sağlanabileceğini belirtmişlerdir. Önerinin 23. maddesinde güvenlik güçlerine karşı işlenen suçlarda ceza indirimine gidilmemesi öngörölmüş ve 24. maddede ise milli polisin veya askerin görev halindeyken çekilen görüntülerinin ilgililere zarar verme amacıyla kullanımının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

28 AİHM’nin ilkesel yaklaşımı için bkz. AİHM *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano / İtalya* [BD], n° 38433/09, § 140, AİHM 2012

29 AİHM *Bayev ve diğeri / Rusya*, n° 67667/09, 44092/12 ve 56717/12, § 63, 20 Haziran 2017

30 http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3452_proposition-loi

Yine aynı gerekçelerde Fransız kanun koyucunun amacının, aslen en basit narkotik suçlardan terör saldırılarına ve çeşitli toplumsal olaylara kadar geniş bir yelpazede, güvenlik güçlerinin elini güçlendirmek ve onlara görevlerini icra ederken gerekli korumayı sağlamak olduğu belirtilmektedir. Bu açıdan bakıldığında ve kanun bir bütün olarak ele alındığında izlenen meşru amacın madde 10 § 2'de bahsi geçen kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi olduğu söylenebilir.

Ancak önerinin 24. maddesi, polisin ve jandarmanın görüntüsünün yayınlanmasını yasaklamaktadır. Bu açıdan bakıldığında ise izlenen meşru amacın kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkının korunmasına daha yakın olduğu düşünülebilir ve AİHS madde 10 § 2'de sayılanlar arasında "başkalarının şöhret ve haklarının korunması" unsuruna denk geldiği söylenebilir. Eş deyişle, kanun koyucunun üçüncü şahısların itibarı veya başka tür haklarının korunması endişesiyle ifade özgürlüğünün kullanımına sınırlama getirmeye çalıştığı, yani madde 10 tarafından korunan ifade özgürlüğünün, madde 8 tarafından korunan kişilik haklarıyla çelişki halinde olduğu görülmektedir.

Bu durumda müdahalenin genel açıdan kamu düzeninin sağlanması amacından yola çıktığı ve teşkilat mensupları özelinde ilgililerin özel hayatlarının korunması amaçlarını izlediği kabul edilebilir.

4. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması

Yukarıda da belirtildiği gibi, ifade özgürlüğü sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen "bilgi" ve "düşünceler" için değil, aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. İfade özgürlüğüne getirilmek istenen kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır.

Ancak, her ne kadar meşru bir amacın varlığı ifade özgürlüğüne birtakım kısıtlamaların getirilmesini haklı kılabilirdiyseniz de AİHM'nin yakın bir tarihte verdiği *Abmet Şık / Türkiye* (no 2)³¹ kararında da hatırlatıldığı gibi, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası, genel kamu

31 AİHM *Abmet Şık / Türkiye* (n° 2), n° 36493/17, § 178, 24 Kasım 2020

yararını ve siyasi söylemleri ilgilendiren konulara dair ifade özgürlüğü kullanımına herhangi bir kısıtlama getirilmesine hiçbir şekilde izin vermemektedir. Bu içtihadı göre, açıklanan görüşler şiddete başvurmayı ve / veya kanlı eylemleri teşvik etmiyorsa veya teşvik edecek şekilde yorumlanıyorsa³², sözleşmecı devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan amaçları, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını ileri sürerek bile kamuoyunun bu görüşleri öğrenme hakkını kısıtlayamaz.

Bu içtihat genel hatlarıyla hem gazetecilik faaliyetlerini hem de özellikle sosyal medya üzerinden olmak üzere tüm internet kullanıcılarını ilgilendirmektedir. Kanun önerisinin 24. maddesinin öngördüğü yasağın bu iki kategoriye birden kapsayan bir tedbir olduğu tereddüde yer bırakmamaktadır. Bu maddenin somut olarak gerçekleştirilen bir polis operasyonu sırasında güç kullanımı eleştirilen bir polis memurunun görüntüsünün yayınlanmasını kapsayıp kapsamayacağı metinden net olarak anlaşılammamaktadır. Halbuki üstün kamu yararının, yine kamuyu ilgilendiren bir bilginin yayınlanmasına kısıtlama getirilmesini gerekli kıldığının ikna edici bir biçimde gözler önüne serilmesi gerekmektedir. Bu olasılıkta ayrıca açıklığa kavuşturulması gereken, bu görüntülerin yayınlanmasının aynı polis memurunun - örneğin - ruhsal bütünlüğüne açıkça zarar verme amacı taşıdığıının hangi kıstaslarla tespit edileceğidir. Yine aynı örnekten yola çıkıldığında, sosyal medya kullanıcılarının eleştirisi oklarına maruz kalması, görüntüsü yayınlanan polisin ruhsal bütünlüğüne saldırı olarak nitelendirilecek midir? Yani, sosyal medya üzerinden polis memurunun orantısız güç kullanımına karşı tepkisini dile getiren sıradan bir kullanıcı da bu kanun kapsamında tutulacak mıdır?

Bu noktada, AİHM'nin kamu yararı bulunan konuların tartışılmasına üstün koruma sağlayacağı hatırlatılmalıdır³³ ve yine AİHM'ye göre, soyut biçimde sarf edildiği müddetçe ve somut olayın koşulları göz önüne alındığında şiddete yol açma ihtimali olmayan fiziksel güç kul-

32 AİHM tarafından dava konusu ifadelerin silahlı mücadelede çağrı olarak kabul edildiği ve Türk hukukuna göre verilen mahkûmiyetin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olduğuna karar verildiği kararlar için bkz. AİHM *Sürek / Türkiye* (n° 3), n° 24735/94, 08 Temmuz 1999 ve AİHM *Zana / Türkiye*, n° 18954/91, 25 Kasım 1997

33 AİHM *Bédat / İsviçre* [BD], n° 56925/08, §49, 29 Mart 2016

lanımına dair sözlerin, demokratik bir toplumda cezalandırılmasına ihtiyaç yoktur³⁴. Tam tersine, güvenlik güçleri teşkilatı hedefi olduğu saldırgan üsluba karşı yüksek tolerans göstermelidir³⁵. AİHM'nin *Savva Terentyev* kararında başvuruçunun bir internet sitesinde Rus polis teşkilatına karşı kullandığı "saldırgan, hakaretamiz ve sert" ("*offensive, insulting and virulent*") olarak nitelendirdiği dilin polis memurlarına yakın bir tehlike teşkil etmediği, olayda polisin suiistimal olarak nitelendirilebilecek anlık belirli bir hareketine şahitlik etmesinin doğurduğu duygusal bir tepkiden ibaret olduğu sonucuna varmıştır (*ibid.* § 84). Halbuki, yukarıda verilen örnekteki gibi orantısız güç kullandığı için sert bir dille eleştirilen polisin, kameraya takılan davranışlarının yayınlanmasıyla kendisine açıkça zarar verme amacı izlendiğini ileri sürmesinin önünde ciddi manada herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yalnızca görüntüsü yayımlandığı için kendini tehdit altında hissedilen polis veya jandarmanın, basın mensuplarının ve sosyal medya kullanıcılarının kendisine açıkça zarar vermeyi amaçladıklarını düşünmesi olasılık dahilindedir ve bu kanunun kapsamının dışında tutulacağına dair tutarlı, açık ve net bir görüş henüz ortaya konulamamaktadır.

Özetle, kanun önerisinin oylanıp kanunlaşması durumunda, mevcut haliyle uygulanmasının demokratik bir toplumda gerekçelendirilemeyecek şekilde kısıtlayıcı sonuçlar doğurmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Her ne kadar Fransız mahkemelerinin ifade özgürlüğünün kullanımının korunmasına yönelik yorumda bulunacakları tahmin edilse de öneri metni bu haliyle - AİHS md 10 § 2'nin öne sürdüğü şartın aksine - bu korumayı kendiliğinden sağlamamaktadır. Bu durum aynı zamanda kanunun yeteri derecede öngörülebilir olmadığına dair bir işaret olarak da yorumlanabilir.

5. Müdahalenin izlenen amaçla orantılı olması

a. Meşru amaca ulaştıracak en az kısıtlayıcı tedbir olması

Müdahalenin orantılılığını ölçmek için idarenin izlediği amaç ve öngördüğü yaptırım arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Kanun

34 AİHM *Gül ve diğerleri / Türkiye*, n° 4870/02, §§ 41-42, 8 Haziran 2010 ve AİHM *Şık / Türkiye*, n° 53413/11, § 106, 8 Temmuz 2014

35 AİHM *Savva Terentyev / Rusya*, n° 19692/09, § 77, 28 Ağustos 2018

önerisinin cezalandırdığı hareket açıkça zarar verme amacıyla polis veya jandarmanın görüntüsünün yayınlaması, öngördüğü yaptırım ise bir sene hapis ve 45.000 Avro para cezasıdır.

AİHM *Bédat* kararında (§ 79), bir müdahalenin orantılılığını ölçmede dikkate alınan unsurlar arasında, uygulanan yaptırımın doğası ve ağırlığının da bulunduğunu belirtmiştir³⁶. Buna göre, yaptırım, medyanın eleştirel yayın yapmaktan çekinmesine yol açacak bir sansür niteliğinde olmamalıdır. Başka bir deyişle yaptırım, medyanın toplum yaşamını ilgilendiren konularda kamu yararı bulunan bir tartışmaya katkı sağlamasının önüne set çekerse, yani caydırıcı nitelikte olursa, medyanın bilgilendirme ve denetleme görevini yerine getirmesine engel oluşturur. Bu açıdan AİHM, bazı durumlarda verilen ceza hafif olsa (sembolik 1 Avro veya 1 Lira gibi) veya hükmün açıklaması ertelense bile sırf hüküm verilmiş veya dava açılmış olmasını dahi engel olarak yorumlamaktadır³⁷. Bununla birlikte, gitgide büyüyen sayıda hizmet ve bilgi sadece internette bulunmakta ve medya tarafından göz ardı edilen siyasi haberler internet yoluyla ifşa olup yayılmaktadır; bu da AİHM’nin “yurttaş gazeteciliği” olarak adlandırdığı unsurunun doğmasına sebep olmuştur³⁸. Bu sebeple, etik kuralları çerçevesinde hareket eden gazetecilerin yanı sıra her internet ve sosyal medya kullanıcısının da ifade özgürlüğüne aynı derecede saygı gösterilmeli, bireyler de fikirlerini söylemekten caydırılmamalıdır³⁹.

Fransız mahkemelerinin somut bir olay çerçevesindeki uygulama ve yorumları, tartışmalı kanun önerisinin öngördüğü yaptırımın ağırlığını açıklığa kavuşturacaktır. Ancak, AİHM içtihadı ışığında, hapis cezasının doğasının ve ağırlığının bazı durumlarda orantısız olabileceği şimdiden söylenebilir. Yukarıda ele alınan “sadece görüntüsü yayımlandığı için kendisini tehdit altında hisseden polis” örneğindeki gibi durumlarda hapis cezası verilmeyeceğinin ve / veya para cezasının meblağının caydırıcı bir düzeyde olmayacağına herhangi bir garantisi bulunmamaktadır. Yine yukarıda değinildiği gibi, “açık-

36 Ayrıca bkz. AİHM *Amorim Giestas ve Jesus Costa Bordalo / Portekiz*, n° 37840/10, § 36, 3 Nisan 2014

37 AİHM *Morice / Fransa*, n° 29369/10, § 176, 23 Nisan 2015

38 AİHM *Cengiz ve diğerleri / Türkiye*, n° 48226/10 ve 14027/11, § 52, 1 Aralık 2015

39 AİHM *Engels / Rusya*, n° 61919/16, § 24, 23 Haziran 2020

ça zarar verme" ifadesi çok belirgin bir ifade değildir; kaldı ki henüz mahkemelerce yorumlanmamıştır.

Her hâlükârda müdahalenin, kanun koyucunun izlediği amaca yönelik en az kısıtlayıcı nitelikteki tedbir olması gerekmektedir. Önerilen müdahaleyle, güvenlik güçlerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün mü yoksa özel hayatının mı korunmasının amaçlandığının incelenmesi yerinde olur.

Eğer izlenen amaç, ilgililerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü korumak ise, yürürlükteki ceza hukuku mevzuatında duruma uygulanabilir hükümlerin hâlihazırda mevcut olup olmadığını tespit etmekte yarar bulunmaktadır. Örneğin, ceza kanununun tehdit ile ilgili maddelerinin yeterli olup olmayacağı sorgulanabilir. İncelenen kanun önerisiyle caydırılması ve cezalandırılması amaçlanan hareket, görüntülerin yayınlanması ise, eğer yayınlama amacı belirlenebiliyorsa, Fransız Ceza Kanunu madde 222-17'nin tehdit suçuna dair hükümlerinin yeterli koruma sağlayıp sağlamadığı incelenebilir. Söz konusu kanunun hükümlerine göre:

"Teşebbüsü cezalandırılan kişilere karşı ağır suç veya suç işleme tehdidi, tekrarlandığı durumda yahut yazı, görüntü veya her türlü başka nesneyle somutlaştırıldığı takdirde, altı ay hapis ve 7.500 Avro para cezasıyla cezalandırılır. Söz konusu tehdidin ölüm tehdidi olması durumunda öngörülen ceza üç yıl hapse ve 45.000 Avro para cezasına yükseltilir."

Eğer ceza kanununun dar yorumlanması ilkesi açısından düşünersek, kanun koyucu tarafından yapılabilecek bir eklemeye tehdidin somutlaştırıldığı durum -mesela modern teknik ve aygıtların da kapsam altına alınması amacıyla yayınlanma yolu veya yayımlandığı yer-maddede daha belirgin hale getirilebilir. Bu sayede, polislin görüntüsünü paylaşarak ona fiziksel ve ruhsal zarar vereceğini veya verilmesi gerektiğini belirten kişilerin fiillerini cezalandırmak için gerekli ve yeterli kanuni dayanağı oluşturabilir. Bu, söz konusu kanun önerisinin gerekliliğinin sorgulanmasına yol açabilir. Örnekte görüldüğü gibi bir ekleme hem kanunun bu tip durumlarda kullanılmasını sağlayacak hem de hükümlerini daha açık hale getirerek mahkemeler arası uygulama farklılıklarını asgariye indirmiş olacaktır.

Ayrıca, 29 Temmuz 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Hakkında Kanunun 23 ve 24. maddeleri de yazılı veya sözlü şekilde her ne şekilde ve her ne yolla olursa olsun kamuya açık biçimde suç işlemeye yönelik çağrılarının da cezalandırılmasını öngörmektedirler. Daha da net olmak gerekirse, sözü geçen kanunun 24. maddesi, aynı kanunun 23. maddesinde sayılan yöntemlerden herhangi birini kullanarak üçüncü bir kişinin yaşamına veya vücut bütünlüğüne kast suçunun işlenmesini provoke etmeye çalışan kişinin –çağrısı yapılan suç nihayete ermesinde– beş sene hapis ve 45.000 Avro para cezasına çarptırılmasını öngörmektedir. Bu maddeler hem basına hem de sosyal medya kullanıcılarına uygulanabilen maddelerdir. Hal böyleyken, kanun önerisinin inceleme konusu maddesinin hükümlerinin tanınacak şekilde görüntüsü paylaşılan bir jandarmanın yaşamına veya vücut bütünlüğüne sosyal medya üzerinden saldırı çağrısı yapılması olasılığına uygulanabileceği açıktır.

Yukarıda verilen örneklerden görüldüğü gibi, hâlihazırda güvenlik güçlerinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü koruyan bir mevzuat mevcuttur. Bu sebeple, kanun önerisinin 24. maddesinin bu açıdan gerekli olduğuna dair söylemlerin gerçeği yansıtmadığı savunulabilir.

b. Müdahalenin acil bir toplumsal gereksinime çözüm getirmesi

AİHM'nin yukarıda bahsi geçen kararları özetle; müdahalenin idarenin izlediği amaca orantılı olması, gerekçelendirmek için öne sürdüğü sebeplerin tutarlı ve yeterli olması ve bunun yanı sıra, somut bir olay özelinde ise yerel mahkemelerin müdahaleyi madde 10'un ilke ve amaçlarına uygun biçimde yorumlaması gerektiği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra, idarenin izlediği amacın toplumsal acil bir gereksinime karşılık gelmesi gerekmektedir.

Kanun önerisinin bir bütün olarak ele alınmasıyla ortaya çıkan tabloda, polis ve askerinin görev ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve teşkilatların güçlendirilmesi yoluyla kamu güvenliği, kamu düzenini ve huzurunu koruma, suç unsuruna karşı koruma gibi meşru amaçlar izlendiği görülse de, yukarıda da değinildiği üzere, aynı önerisinin 24. maddesi özelinde hem basına hem de kamunun geneline kamuyu ilgilendiren bir konuda kısıtlama getirmesi söz konusudur. Bu sebep-

le aslında bu kanunun “acil bir toplumsal gereksinime” cevap verip vermediğinin irdelenmesi gerekmektedir⁴⁰. Basın veya sosyal medya yoluyla güvenlik güçleri mensuplarının görüntüsünün yayınlanmasının engellenmesinin gerekliliği, somut olaylara göre değişiklik gösterecektir. Bir polisin görüntüsünün, kendisini hedef gösteren bir terör örgütü üyelerince paylaşılması ile bir gösteri yürüyüşü sırasında ortaya çıkan arbedede orantısız güç kullanan polisin görüntüsünün yayınlanarak eleştiriye tabi tutulmasının aynı şey olmadığı tartışmasızdır. İlk olasılıkta acil toplumsal gerekliliğin, bir kamu görevlisi olan polisin korunması olduğu kabul edilebilir. Ancak bir polisin orantısız güç kullandığı durumların tespit edilmesi ve toplumun bundan haberdar edilmesi de toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmektedir. Bu durumda, yarışan bu menfaatlerin hangisinin üstün geleceği somut bir durumun şartlarına göre değerlendirilecektir.

B. Özel hayatın korunması hakkı: AİHS madde 8 ile denge incelemesi

İfade özgürlüğünün kullanımının AİHS ve Protokollerinin temin ettiği diğer hak ve özgürlüklerle çatışmaya girdiği durumlar meydana geldiğinde AİHM taraf devletlerden çatışan hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurmalarını beklemektedir⁴¹. Eşit derecede riayet edilmesi gereken ve ifade özgürlüğüyle çatışma halinde olabilen hak ve özgürlüklerin başında “ifadenin” hedefi olan kişinin hakkını korumaya yönelik olan madde 8 gelmektedir⁴². Taraf devletlerin madde 10’a karşı bulunulacak olan müdahalenin mahiyetini ölçmede takdir payına sahip olmalarına karşın AİHM, milli mahkemelerin yerine geçmeden bu payın kullanımını denetleme yetkisine sahip olduğunu ve müdahalenin AİHS maddelerine uygun olup olmadığını incelediğini belirtmektedir. Ayrıca AİHM, milli mahkemelerce içtihadına uygun biçimde adil denge denetiminin yapılmış olduğu

40 *Erdoğan / Türkiye*, n° 25723/94, § 53, AİHM 2000-VI

41 *Perinçek / İsviçre*, [BD], n° 27510/08, § 274, 15 Ekim 2015

42 Fransa’da özel hayatın anayasal ilke olarak kabul edilme süreci için bkz. Mazeaud Vincent, *La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée*, Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel, n° 48 (Dossier : Vie privée) : Juin 2015 - p. 7-20, AİHM özelinde özel hayatın gizliliği hk. bkz. Patrick Wachsmann, *Le droit au secret de la vie privée, Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention Européenne des Droits de L’Homme*, Frédéric Sudre éd., 2005, s. 151

hallerde ancak çok istisnai olarak kendi yorum ve takdirini onların-
kine tercih edebileceğini belirtmektedir.

Tartışma konusu kanun önerisi hükümlerince kısıtlanması söz
konusu olan ifade özgürlüğü ile yarışan hak, öncelikle AİHS'nin 8.
maddesinde öngörülen özel yaşamın korunması hakkıdır. Bu hakkın
kapsamına, kişinin kendi görüntüsü üzerindeki hakkı ile kişinin fi-
ziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkı da dahildir. AİHM
Von Hannover no 2 kararında değindiği gibi, yarışan menfaatler yani
madde 10 bağlamında ifade özgürlüğü ile 8. maddede öngörülen
özel hayatın korunması hakkı - konumuzun özelinde ise kişinin ken-
di görüntüsü üzerindeki hakkı - arasında adil bir denge kurulması
gerekmektedir.

İnternet özelinde ise AİHM, çevrimiçi haberleşmelerin ve bunla-
rın içeriklerinin özellikle özel hayatın korunması hakkını geleneksel
basından çok daha fazla ihlal etme riski taşıdığını, bu sebeple de her
bireyin kişilik haklarına zarar veren meşru olmayan içeriklere karşı
etkili bir yargı yoluna gidebilme imkanı olması gerektiğini belirtmiş-
tir⁴³. Madde 8'in devreye girmesi için, internet mekanizmasının bir
haberini çok hızlı dağılmasını sağlama özelliği de dikkate alınarak
kişilik haklarına saldırının mahiyeti ölçülmelidir⁴⁴.

Kanun önerisinin 24. maddesinde bahsi geçen “görüntü” unsuru,
AİHM'nin içtihadında uzun zamandan beri yer almaktadır. AİHM, bir
kişinin resminin onun kişiliğinin temel niteliklerinden biri olduğu-
nu, çünkü resmin onun şahsını ifade ettiğini ve onun benzerlerin-
den farklılaşmasını sağladığını, kişinin resminin korunması hakkının
bireysel gelişimin temel şartlarından birini oluşturduğunu, bu hak-
kının kişinin resmi üzerinde tam bir hakimiyet sahibi olmasını gerek-
tirdiğini ve bu hakimiyetin özellikle de kişinin resminin dağıtılması-
na -yani yayılmasına veya yayımlanmasına- karşı çıkma olasılığını
kapsadığını belirtmiştir⁴⁵ (*Von Hannover no 2*). Bir video kaydının da
resimle aynı işlevi gösterdiği ise şüphesizdir. Bu sebeptendir ki bir ki-
şinin görüntüsü, tanınacağı biçimde kamuya paylaşıyorsa bunun,

43 AİHM *Delfi AS / Estonya* [BD], n° 64569/09, §§ 110 ve 113, 16 Haziran 2015

44 AİHM *Arnarson / İzlanda*, n° 58781/13, § 37, 13 Haziran 2017

45 AİHM *Von Hannover / Almanya* (No 2) [BD], No: 40660/08 ve 60641/08, § 96, 7 Şubat 2012
ve AİHM *Reklos ve Davourlis / Yunanistan*, no 1234/05, § 40, 15 Ocak 2009

kişilik haklarına haksız bir saldırı mahiyetinde olmaması gerekir. Bir kişinin internet üzerinden bir başka kişinin görüntüsünü kullanarak kendini ifade etmesi ile görüntüsü yayınlanan bireyin kişilik hakları arasında denge kurulmalıdır.

AİHM içtihadına göre denge kurmak için başvuru kriterleri ise görüntünün yayınlanmasının genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, hedef alınan kişinin ünlülük derecesi ve röportajın konusu, ilgili kişinin önceki davranışı, yayımın içeriği, şekli ve sonuçları, fotoğrafların çekilme şartları ve uygulanan yaptırımın mahiyetidir⁴⁶.

Bu içtihadın konumuza uygulanabilirliğine gelince, Fransız mevzuatına göre (Mesleki Kurallar Yasası madde R434-14, Kamu ve İdare Arasındaki İlişkiler Hakkında Kanun madde L111-2 ve İç Güvenlik Yasası madde R434-15), güvenlik güçlerinin operasyon sırasında sergiledikleri davranışları ve kimlikleri kamuya açık olduğundan özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin söz konusu olmadığı savunulabilir. *Von Hannover* (no 2) davası örneğindeki gibi başvuru kriterlerinin kamu tarafından tanınan bir kişi olmasının (Monako prensesi) tersine, burada üzerinde durulan esas anlamında, polis memurunun kimliği - yani kim olduğunun sebepsiz yere halk nezdinde merak uyandırması - değil, bir polis operasyonu sırasında görevini icra ederken sergilediği hareketleri eleştiri konusu olabilecek güvenlik gücü (polis veya jandarma) mensubu olarak kimliğidir. Ünlü olmayan bir kişinin görüntüsünün yayımlanmasının kendisi ve hayatı üzerinde ünlü bir kişinin görüntüsünün yayımlanmasına oranla daha önemli sonuçlar doğurabileceği savının bu olasılıkta herhangi bir geçerliliği olamaz. Eş deyişle, kamu gücünü kullanan kamu görevlisinin kimliğinin tespit edilebilirliği, belirli bir operasyon sırasında, güç kullanımında orantı aşımının somut olayda suç teşkil edip etmediği, etmesi durumunda da bu suçu işleyen kimliğinin tespiti, kurallara uymamış olan kamu görevlisine hesap sorulabilmesi ve gerekli yaptırımın uygulanabilmesi bakımından tartışmasız bir önem arz etmektedir. Hedef alınan kişinin ünlülük derecesi, bu kişinin önceki davranışı, fotoğrafların -veya görüntünün- çekilme şartları kriterleri tam da bu sebeple uygulama alanı bulamaz.

⁴⁶ Yukarıda belirtilen karar, *Von Hannover* (No 2), §§ 108-113

Kamu gücünün orantısız kullanımı esnasında ortaya çıkan sonuçların demokratik tartışma konusu olması açısından gücü kullananın kim olduğunun tespit edilebilir olması, hareketlerinin tartışılması ve hesap verebilirlik, demokratik kontrol unsurlarının harekete geçirilmesi açısından hayati önem taşımaktadır. Bu yüzden, tartışmalı kanun önerisinin yasağına takılması söz konusu olan görüntünün yayınlanmasının, genel yarar nitelikli bir tartışmaya katkı sağlayacağı aşıkardır. Hatta, röportajın konusu ve yayımın içeriğı, şekli ve sonuçları kriterleri de bu sebeple yerine getirilmiş sayılabilir.

Von Hannover (no 2) kararında açıklanan son kriter olan “uygulanan yaptırımın mahiyeti”ne gelinecek olursa, somut durumun ayrıntılarına göre şekillenmesi gereken cevaba dair şimdiden ihtimaller çerçevesinde bir değerlendirme yapılabilir. Orantısız güç kullanan polisin görüntüsünü, öfkeli bir dil eşliğinde paylaşan bir sosyal medya kullanıcısının ilgili polise “açıkça zarar verme” amacı olup olmadığının araştırılmasını takiben bir sene hapse ve 45.000 Avro para cezasına kadar hükmedilebileceğı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu öngörülen cezanın hangi durumlara uygulanacağı şimdilik kesinlik kazanmamış, metnin lafzından herhangi bir yönlendirmeye gidilmemiştir. Her durumda, AİHM’nin içtihadı hatırlatılacak olursa, bazı durumlarda sadece dava açılmış olması bile ifade özgürlüğünün kullanımını caydırıcı nitelikte olacaktır ve dolayısıyla ihlal teşkil edecektir. Ayrıca kanun önerisinin, henüz uygulama alanı bulmamış olsa bile, hükümlerinin belirsizliğı nedeniyle de oto-sansür mekanizmasının devreye girebileceğinin ve insanları bilgi paylaşmaktan caydırıcı nitelikte olabileceğinin altını şimdiden çizmekte fayda vardır.

Sonuca dair

Tartışma konusu yasa önerisinin henüz yürürlüğe girmemiş olmasından dolayı yapılan yorumların tamamına yakını farazi sonuçlar üzerinde bir beyin jimnastiğinden ibaret olmuştur. Ancak bu durumda bile yasa önerisinin hükümlerinin AİHM içtihadı bağlamında demokratik bir toplum açısından istenmeyen sonuçlara sebebiyet vermesinin çok yüksek bir ihtimal olduğu anlaşılmaktadır. Her şeyden önce, yasa önerisi basın kanununa değışiklik getirmekte ve yayınlayan kişinin basın mensubu olup olmadığına dair açıkça ayırım yap-

mamaktadır. "Haber alma/verme hakkına halel getirmeksizin" ibaresi ise, hangi yayının haber değeri taşıdığına hangi makamın neye dayanarak hangi kriterlere göre karar vereceği sorusu başta olmak üzere birtakım belirsizlikler içermesinden dolayı oldukça muğlak bir ibaredir.

İşbu yasa önerisinin AİHM'nin kontrolüne tabi tutulduğu takdirde yukarıda da değinildiği gibi dört ana noktada sorun çıkabileceği şimdiden söylenebilir: İlk olarak AİHM, söz konusu hükümlerinin belirsizliği nedeniyle etkilerinin öngörülür olma kriterine cevap veremeyen bir hukuki norm olduğundan bahisle kanunilik kriterini yerine getirmediği kanısına varabilir. İkinci olarak, somut bir operasyon sırasında kayda alınan bir teşkilat mensubunun görüntüsünün sadece sert eleştiri eşliğinde televizyonda veya sosyal medyada yayınlanmasının önünde AİHM içtihadına göre herhangi bir engel konulmaması gerektiği göz önünde bulundurulursa, önerilen yasanın öngördüğü tedbirin demokratik toplumda gerekli bir önlem olmadığı sonucuna varabilir. Her halükarda, üçüncü olarak, yayınlanan görüntü tehdit veya saldırı çağrısı içeriyorsa, bu hareket mevzuatta hali hazırda bulunan birçok yasa tarafından cezalandırılacak durumdadır. Yani, AİHM tedbirin aslında acil bir toplumsal gerekliliğe cevap vermediği yargısına varabilir. Dördüncü ve son olarak da, yasa önerisinin öngördüğü cezanın işbu yasa hükümlerinin lafzının genişliğinden dolayı kapsadığı ihtimallere göre orantısız olduğu kanısına varabilir.

Yukarıda değinilen ihtimaller hatırı sayılır makamlardan gelen tepkilerle birlikte ele alındığında, Fransız kanun koyucunun incelenen noktaları ele alarak basın kanununda yapmak isteği değişikliği yeniden değerlendirmesi yerinde olacaktır. Fransız Senatosunun Mart 2021'de başlayacak olan görüşmeler ve oylama öncesinde 24. maddenin yeniden yazılmasını talep edeceği açıklamaları da bu görüşü desteklemektedir. Nitekim, tecrübeli gazeteci-yazar André Guillot'nun da belirttiği gibi: "Çoğu ülkede vatandaşlar ifade özgürlüğüne sahiptir. Ancak bir demokraside, konuştuğundan sonra da özgür olmaya devam ederler."⁴⁷

⁴⁷ "Dans la plupart des pays, les citoyens possèdent la liberté de parole. Mais dans une démocratie, ils possèdent encore la liberté après avoir parlé." André Guillois, gazeteci-yazar, © *Liberté, Egalité, Hilarité*, Fayard Yayınları, 1972

KAYNAKÇA

Makaleler

- FLAUSS, Jean-Francois. (2009). The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. Indiana Law Journal, Vol.84, Iss. 3, Article 3.
- GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. (2002). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 375, 378.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002). Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s.339, 340.
- MACOVEI, Monica, İfade Özgürlüğü, AİHS'nin 10.maddenin Uygulanmasına İlişkin
- Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No.2, TBB Yayınları: 88, Birinci Baskı, 2005, s. 23.
- MAZEAUD Vincent, La constitutionnalisation du droit au respect de la vie privée, Nouveaux Cahiers Du Conseil Constitutionnel, n° 48 (Dossier : Vie privée) - Juin 2015 - p. 7-20.
- SHARLAND, Andrew. (2009). Focus on Article 10 of the ECHR. Judicial Review, Vol: 14, Issue 1, s. 59.

Kararlar

- Fransız Yargıtayı (<https://www.courdecassation.fr>) [Erişim tarihi: 14/02/2021]
- Fransız Yargıtayı - Cour de cassation - 2e chambre civile 29 avril 2004 / n° 02-19.432 (<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007048197>)
- Anayasa Mahkemesi (anayasa.gov.tr) [Erişim tarihi: 14/02/2021]
- AYM Bubo Çelik Kararı, Başvuru no: 2013/3954, 26/2/2015; § 46
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (hudoc.echr.coe.int) [Erişim tarihi: 14/02/2021]
- AİHM *Yıldırım / Türkiye*, no 3111/10, § 54, 18 Aralık 2012
- AİHM *Österreichischer Rundfunk / Avusturya* (Kabul edilebilirlik kararı), no 57597/00, 25 Mayıs 2004
- AİHM *Verlagsgruppe News GmbH / Avusturya (No 2)*, no 10520/02, §§ 29 ve 40, 14 Aralık 2006
- AİHM *Handyside / Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, § 49, Seri A - No 24
- AİHM *Editions Plon / Fransa*, no 58148/00, § 42, AİHM 2004-IV

- AİHM *Lindon Otchakovsky-Laurens ve July / Fransa* [BD], no 21279/02 ve 36448/02, § 45, AİHM 2007-IV
- AİHM *Tammer / Estonya*, no 41205/98, § 60, AİHM 2001-I
- AİHM *Pedersen ve Baadsgaard / Danimarka* [BD], no 49017/99, § 68, AİHM 2004-XI
- AİHM *Jobe / Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik kararı)*, no 48278/09, 14 Haziran 2011
- AİHM *Cengiz ve diğerleri / Türkiye*, no 48226/10 ve 14027/11, § 59, 1 Aralık 2015 AİHM *Dilipak / Türkiye*, no 29680/05, § 55, 15 Eylül 2015
- AİHM *Perinçek / İsviçre* [BD], no 27510/08, §§ 131-135, 15 Ekim 2015
- AİHM *Tommaso / İtalya*, no 43395/09, §§ 106-109, 23 Şubat 2017
- AİHM *Karácsony ve diğerleri / Macaristan* [BD], no 42621/13 ve 44357/13, §§ 123-125, 17 Mayıs 2016
- AİHM *X. / Letonya* [BD], no 27853/09, § 58, AİHM 2013
- AİHM *Kononov / Letonya* [BD], no 36376/04, § 185, AİHM 2010
- AİHM *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano / İtalya* [BD], no 38433/09, § 140, AİHM 2012
- AİHM *Bayev ve diğerleri / Rusya*, no 67667/09, 44092/12 ve 56717/12, § 63, 20 Haziran 2017
- AİHM *Abmet Şık / Türkiye* (no 2), no 36493/17, § 178, 24 Kasım 2020
- AİHM *Bédat / İsviçre* [BD], no 56925/08, §49, 29 Mart 2016
- AİHM *Gül ve diğerleri / Türkiye*, no 4870/02, §§ 41-42, 8 Haziran 2010
- AİHM *Şık / Türkiye*, no 53413/11, § 106, 8 Temmuz 2014
- AİHM *Savva Terentyev / Rusya*, no 19692/09, § 77, 28 Ağustos 2018
- AİHM *Amorim Giestas ve Jesus Costa Bordalo / Portekiz*, no 37840/10, § 36, 3 Nisan 2014
- AİHM *Morice / Fransa*, no 29369/10, § 176, 23 Nisan 2015
- AİHM *Cengiz ve diğerleri / Türkiye*, no 48226/10 ve 14027/11, § 52, 1 Aralık 2015
- AİHM *Engels / Rusya*, no 61919/16, § 24, 23 Haziran 2020
- AİHM *Erdoğdu / Türkiye*, no 25723/94, § 53, AİHM 2000-VI
- AİHM *Delfi AS / Estonya* [BD], no 64569/09, §§ 110 ve 113, 16 Haziran 2015
- AİHM *Arnarson / İzlanda*, no 58781/13, § 37, 13 Haziran 2017
- AİHM *Von Hannover / Almanya* (No 2) [BD], No: 40660/08 ve 60641/08, § 96, 7 Şubat 2012

AİHM *Reklos ve Davourlis / Yunanistan*, no 1234/05, § 40, 15 Ocak 2009

İnternet Siteleri [Erişim tarihi: 14/02/2021]

<https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/3527/AN/1363>

<https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/84181DC.htm>

<https://twitter.com/GDarmanin/status/1329905053881208837>

https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=20175

<https://www.amnesty.fr/liberte-d-expression/actualites/pourquoi-la-proposition-de-loi-securite-globaleest-dangereuse-pour-nos-libertes>

<https://www.lci.fr/politique/loi-securite-globale-et-liberte-de-la-presse-la-commission-europeenne-rappelle-la-france-a-l-ordre-2170897.html>

<https://www.coe.int/fr/web/portal/-/french-senate-should-amend-general-security-bill-to-make-it-compatible-with-human-rights>

https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/12/02/proposition-de-loi-de-securite-globale-la-double-lecon-de-l-article-24_6061899_3232.html

http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b3452_proposition-loi

OTONOM ARAÇLARIN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN TÜRK VE ALMAN HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ*

Asena Damla ŞAHİN**

Özet

Bir bilgisayar bilimi kavramı olan yapay zeka her gün gelişen teknoloji ile daha çok hayatımıza dahil olmaktadır. İnsanların yaptığı birçok işlemi yerine getirebilen bu makineler gün geçtikçe hayatımızın vazgeçilmez parçaları olmaya başlamaktadır. Otomotiv sektöründe büyük bir değişime sebep olan yapay zekanın dahil olduğu otonom /sürücüsüz araçlara ilişkin çalışmalar 2009 yılı itibariyle hızlanmıştır. Birçok firma yakın gelecekte bu araçları piyasaya sürmeye hazırlanmaktadır. Otonom araçların hızla hayatımıza dahil olması her ne kadar büyük bir gelişme ve insan hayatını kolaylaştıracak bir yenilik olarak görülse de diğer taraftan mevcut altyapı ve hukuk düzeninin bu yeni araçlara ne kadar hazır olduğu sorusunu akıllara getirmiştir. Otonom/sürücüsüz araçların çeşitli nedenlerle sebep olduğu kazalarda kimin/kimlerin sorumlu tutulabileceğine mevcut hukuk düzeni ile çözüm bulmak gün geçtikçe zorlaşmakta ve hukuk alanında değişimi bir zorunluluk haline getirmektedir

Anahtar Kelimeler: Otonom Araçlar, Yapay Zeka, Sorumluluk, Hukuki Statü, Cezai Sorumluluk

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 25/11/2020. İlk hakem raporu tarihi: 05/03/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 09/03/2021.

** Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Köln/İstanbul - Çift Diploma Programı lisans öğrencisi, asenadamlasahin@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7629-543X.

EVALUATION OF LEGAL LIABILITY OF AUTONOMOUS VEHICLES UNDER TURKISH AND GERMAN LAW

Abstract

Artificial intelligence, which is a computer science term, gets more involved into our lives day by day with the developing technology. These machines that are able to carry out most of the transaction that people do, become essential pieces of our lives. The works about autonomous/driverless vehicles, which has artificial intelligence, included that made a great difference in automotive industry, has speeded up since 2009. Great numbers of companies get ready to put these vehicles on the market in near future. It is a great development that autonomous vehicles get involved into our lives rapidly and it seems a great innovation that makes our lives easier however, this question come to our mind whether the existing basis and the legal order are ready for that. It gets more difficult to find the responsible for the accidents caused by autonomous/driverless vehicles with various reasons day by day and this makes it a must to make some changes in legal field.

Keywords: Autonomous Vehicles, Artificial Intelligence, Liability, Legal Status, Criminal Liability

Giriş

Gelişen teknolojinin getirdiği yenilikler insan hayatının birçok noktasında değişime sebebiyet vermiştir. Tarih boyunca yaşanan ve insan hayatında birçok değişime sebebiyet veren üç büyük sanayi devriminden sonra 2011 yılında Almanya’da sanayi ve teknolojinin bütünleşmesi ile 4. Sanayi devrimini başlatacağı düşünülen Endüstri 4.0 strateji planı gündeme gelmiştir. Endüstri 4.0 ile bilişim teknolojisi ve endüstri bir ara getirilerek ağa bağlı, öğrenen ve adaptif üretim sistemlerinin hayatımıza dahil olması amaçlanmaktadır. Bu yeni üretim sistemleri daha düşük maliyetli, az enerji harcayan, yüksek güvenilirlikte donanımları ile üretimde yeni bir dönemi başlatacaktır. Endüstri 4.0 içerisinde yer alan yapay zeka ve dijitalleşme ile gelişen bu sürecin hukuk alanında etki doğurması ise kaçınılmaz olmakla

beraber bu yeni çağa uyum sağlamak içinde bir gereklilik teşkil etmektedir.

Dünya ekonomisinde önemli bir yere sahip olan üretim sektörlerinden biri olan otomotiv sektörü de temelinde enerji dönüşümü yer alan bu yeni sanayi devrimine uyum sağlamaya başlamıştır. Yeryüzü kaynaklarının azalması ve trafik kazaları sebebiyle insan ölümlerinin artması gibi durumlar bu sektörü gelişime açık hale getirmiştir.

2009 yılında ilk olarak Google tarafından otonom araç (*self-driving car*) çalışmalarına başlanması ile bu alandaki gelişimler hızlanmış, daha birçok firma bu yarışa dahil olmaya başlamış ve yatırımlarını bu alana yönlendirmiştir. Gelişmelerin hızlanması ile otonom araçlara ilişkin çalışmalar yalnızca otomotiv sektörü ile sınırlı kalmayıp bilişim sektörünün önde gelen firmaları da bu sürece dahil olmuştur.

Otonom araçlara ilişkin yapılan test sürüşlerinde araçların çeşitli nedenlerle kaza yapması otonom araçların sebep olduğu kazalarda sorumluluğun kime/kimlere yükleneceği sorusunu da beraberinde getirmiştir. Birçok devlet otonom araçlara uyum sağlamak amacıyla mevcut altyapılarını ve hukuk düzenlerini değiştirmeye başlamıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde yapay zeka ve otonom araç kavramları, otonom araç seviyeleri, otonom araçların öğrenme metotlarından bahsedilerek, konunun kavramsal olarak değerlendirmesi yapılacak olup, otonom araçların getirebileceği problemler hukuki ve genel olarak incelenecektir. Çalışmanın ikinci bölümünde otonom araçlara ilişkin olarak ulusal/uluslararası gelişmeler ve yasal düzenlemeler ele alınırken, Alman Kara Yolları Trafik Kanunu Yapılan değişikliklere değinilecektir. Üçüncü bölümde yapay zekalı varlıkların hukuki sorumluluğuna ilişkin tartışmalar ve gelişmeler genel olarak ele alınacaktır. Son bölümde ise otonom araçların ceza sorumluluğuna ilişkin tartışmalar ele alınarak, ortaya çıkabilecek sorunlara karşılık değerlendirmelere ve yorumlara yer verilecektir.

I. Yapay Zeka ve Otonom Araç Kavramı

A. Yapay Zeka

1. Yapay Zeka Kavramı

Bilgisayar biliminin alt dalı ve kavramı olan yapay zeka insanlar tarafından zeka gerektirerek yapılabilecek işlemleri yapabilen makineler olarak tanımlanabilmektedir.¹ Bir diğer tanım olarak, *insanların doğal olarak sahip oldukları zeka ile çözdükleri problemleri çözme becerisine sahip makinelerdir.*²

Yapay zeka sayesinde araba kullanmak, satranç oynamak, hatta 2017 yılında gerçekleştirildiği üzere artık beste yapmak³ bile mümkün hale gelmektedir. Yapay zeka insan davranışlarını taklit ederek problemleri daha hızlı ve daha iyi çözebilmektedir. Her ne kadar yapay zeka denilince akla bu ekstrem örnekler gelse de aslında yapay zeka ile günlük hayatımızda da karşılaşmaktayız. Örneğin arabalarda bulunan ABS sistemleri, telefonlardaki harita, hava durumu ve Siri gibi uygulamalarının hepsinin arkasından yapay zeka yer almaktadır.

2. Yapay Zekanın Öğrenme Metotları

Yapay zekanın insan davranışlarını öğrenmesi iki şekilde mümkün olmaktadır. Bunlardan biri (*Machine Learning*) makine öğrenimi diğeri ise (*Deep Learning*) derin öğrenmedir. Kendi kendine öğrenme olarak da adlandırılan makine öğrenimine sahip sistemler davranışlarını/tepkilerini kullanıcılarının müdahalesi olamadan dış dünyadan elde ettikleri izlenimler ile otomatik olarak değiştirebilmektedir. Bir kontrol algoritmasına sahip sistemlere nazaran makine öğrenimine sahip sistemler kendi algoritmalarını değiştirebilmektedir. Sistem bir insan gibi öğrenebilmekte ve kendi deneyimleri ile

-
- 1 BAK Başak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD S.35, 2018, s.212. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980798> (Erişim Tarihi 12.08.2020)
 - 2 İstanbul, Ankara Ve İzmir Çalıştay Raporu, Yapay Zeka Çağında Hukuk, 2019, (s. 15). https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/Yapay_Zeka_Caginda_Hukuk2019.pdf (Erişim Tarihi: 12.08.2020)
 - 3 <https://www.bbc.co.uk/music/articles/0c3dc8f7-4853-4379-b0d5-62175d33d557>. (Erişim Tarihi: 12.08.2020) Google’ın yapay zekası AlphaGO 2017 yılında satranç benzeri ancak satrançtan daha zor kabul edilen GO oyununda 60 maçlık galibiyete sahip dünya şampiyonu Ke-Jie’i yendi. (23.01.2021)

günden güne gelişebilmektedir. Makina öğrenimi içinden doğan derin öğrenme metodunda ise insan beyninin yapısından ve işlevinden etkilenilerek oluşturulmuş yapay sinir ağları⁴ bulunmaktadır. Bu sinir ağlarında bulunan nöronlar tek tek farklı katmanlar halinde düzenlenerek giriş katmanına, gizli ara katmanlara ve çıkış katmanına ayrılabilir. Derin öğrenme sisteminin temelinde bu çok katmanlı mimari yatmaktadır. Derin öğrenme metoduna sahip sistemlerde günümüzde 10 yapay sinir ağı kullanılabilmektedir. Bu nöron sayısı da doğada bir farenin beyinde bulunan nöron sayısına denk gelmektedir. Kendi kendine öğrenen bu sinir ağları bir algoritmaya sahip değildir, çünkü algoritmalar bir sorunu çözmek için sınırlı sayıda ve açıkça tanımlanmış talimatlarda oluşmaktadır. Algoritmalar her ne kadar yapay sinir ağlarının elemanları olarak kullanılsa da esasen sinir ağları doğal ve olasılıklı davranışlar göstermektedir. Bu nedenle sinir ağlarından oluşan derin öğrenme metoduna sahip yapay zekanın davranışları sınırlı şekilde öngörülebilmektedir.⁵

Günümüzde yapay zekanın bilinen dört türü bulunmaktadır. Tek bir alanda uzmanlaşabilen ve tepki veren ilk tür yapay zeka, *reactive* (teпки veren) yapay zeka olarak adlandırılmaktadır. Sınırlı hafıza kapasitesine sahip ikinci tür yapay zeka ise önceden programlanmış becerileri haricinde hafızası sayesinde geçmiş bilgilerine göre tepki verebilmektedir. Bu şekilde yapay zeka geçmiş bilgilerini ve önceden yüklenmiş becerilerini kullanarak karşılaştığı durumlara doğru kararlar verebilmektedir. Bu ikinci tür yapay zekaya verebilecek örneklerin başından otonom/sürücüsüz araçlar gelmektedir. İnsanların duygularını ve düşüncelerini anlayabilen ve onlarla iletişime geçebilen üçüncü tür yapay zeka zihin teorisi (theory of mind).⁶ Zihin teorisinin bir uzantısı olarak görülen kendi benliğine ilişkin farkındalığa sahip olabilen ve insan duygularını öngörerek soyut çıkarımlar yapabilen dördüncü tür yapay zekaya (*self awareness*) kendi varlığının farkında olan yapay zeka olarak adlandırılmaktadır. Bu türü diğerlerinden ayıran en önemli özellik bilince sahip olmasıdır.

4 Artificial Neural Networks

5 ZECH Herbert, "Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen", ZfPW (Die Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft), Heft 2, 2019, s. 198 ff. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 31.05.2020)

6 BAK, s. 213-214.

Bilinci sayesinde herhangi bir şeyi isteyebilmenin yanı sıra, istediği şeye ihtiyacı olduğunu da anlayabilmektedir. Bu yapay zeka türünün ancak uzak gelecekte hayatımıza dahil olacağı beklenmekte olup günümüzde yalnızca bilim kurgu filmlerinde rastlanmaktadır.⁷

B. Otonom Araç

1. Genel Olarak

Otonom araçlar, kısmen ya da tamamen yapay zeka sistemi kontrolüne sahip olup sadece karayolu değil hava yolu, deniz yolu ve raylı sistem taşımacılığında kullanılabilir. Otonom araçlar hakkında hukuki bir tanımlama bulunmamasıyla birlikte bu araçlar “sürücüsüz-, mürettebatsız-, insansız yer aracı” olarak tanımlanmaktadır.⁸

Otonom araçlara ilişkin ilk hukuki metin olarak bilinen “Kaliforniya Taşıt Kanunu”nda” daha önce tanımlanmamış “otonom sistem” ve “otonom” kavramlarına yer verilmiştir. Bu kanuna göre otonom teknoloji, *bir taşıtı bir insan operatörünün aktif fiziksel kontrol ya da gözetimi olmaksızın sürme kapasitesine sahip teknolojidir. Otonom teknoloji donanımına sahip, bu teknolojiye entegre edilen araçlara ise otonom araç denmektedir.*⁹

Otonom araç tanımı yıllar önce başlayan sürekli gelişim içinde olan bir süreç sonucunda ortaya çıkmıştır. Günümüzde ABS olarak bilinen kilitlenme karşıtı frenleme sisteminin (*anti-lock Braking System*) temeli 1920 yılında hava araçlarında kullanılan aralıklı fren (*intermittent brake- Stotterbremse*) sistemine dayanmaktadır. Bu sistem 1969 yılında otomobillerde de kullanılmaya başlamıştır. Otonom araçların gelişim sürecinde önemli bir yere sahip olan adaptif hız

7 AKSOY Hakan, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, 4(1), 2021, s.14. <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1293489> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

8 Tuba KELEP PEKMEZ, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S. 6(2), s. 177, 2018. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/611504> (Erişim Tarihi 10.02.2020)

9 DOĞAN Koray, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Cilt 21, Özel Sayı, 2019, s.3230. <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/KORAY-DOGAN.pdf> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

sabitleyici sistemi (ACC-Adaptive Cruise Control) 2002 yılında hayatımıza dahil olmuştur. 2008 yılına gelindiğinde ise otonom araçların sürücünden bağımsız hareketleri otomatik park yardımı sistemi ile daha görünür hale gelmiştir. Otomatik park yardımı ile sürücü park edilecek boşluğu ayarladıktan sonra kısa süreliğine direksiyondan ellerini çekerek aracın mevcut boşluğa park etmesine yalnızca vites değiştirerek yardımcı olmaktadır.¹⁰ Günümüzde otomobillerde standart olarak ABS hava yastıkları (Airbag), elektronik stabilize programı (ESP), Start-Stop gibi sistemler bulunmaktadır.

2. Otomatik ve Otonom

Otomatik kelimesi, Türk Dil Kurumu sözlüğünde “*Mekanik yollarla hareket ettirilen veya kendi kendini yöneten(alet)*”, otonom kelimesi ise “*özerk*” olarak tanımlanmıştır. Avrupa Hukuk İşleri Komisyonu’nun 2017 yılında Avrupa Parlamentosu’na verdiği Robotik Tavsiye Raporu’nda yapay zekanın otonom olarak hareket edebileceği belirtilirken, otonom kavramı ile anlatılmak istenenin “*herhangi bir dış etki ya da kontrol olmadan kendi başına bağımsız karar alma yeteneği*” olduğu ifade edilmiştir.¹¹

Otonom araçlar, dış uyaranlara bir algoritma yardımı ile tanımlanmış davranış kalıplarına uygun şekilde karşılık verebilen otomatik kontrol sistem donanımları ile hareket etmektedir. Bir aracın kontrolü kısmen ya da tamamen bu şekilde otomatik hale getirilebilir. Otomatik sürüş, 0-5 arasında otomasyon seviyelerine ayrılmaktadır.¹² Öte yandan The Society of Automobile Engineers International’ın yayımladığı raporda, otomatikleştirilmiş sistemlerin sürücününün gerçekleştirilmesi gereken tüm işlemleri gerçekleştirebildiğinde ancak otonom araç olarak nitelendirilebileceği belirtilmiş olup bu özelliğe sahip olmayan araçların otonom olarak adlandırılmayacağı ve

10 KÜTÜK-MARKENDORF Merih Erdem/ESSERS David, “*Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fabren Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall*”, MMR (Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung), 2016, s. 22 ff. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

11 European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL)), s.5. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html (Erişim Tarihi 01.02.2021)

12 ZECK, s.200.

“destekleyici” olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Otonom araç kavramına ilişkin ortak bir tanım henüz yer almadığından yapılan tanımlamalar ve sınıflandırma/seviyelendirme işlemleri bugün için açıklayıcı ve yol gösterici niteliktedir.

3. Otonom Araçlarda Öğrenme

Günümüzde otomobillerin sahip olduğu sistemler sensörler sayesinde çalışmaktadır. Algoritmada yer alan bir şartın, sensörler aracılığı ile algılanması ve gerçekleşmesi ile sistem algoritmasında belirlenen neticeye göre hareket etmektedir. Sebep ve sonuç içeren denklem önceden belirlenmiştir. Günümüzdeki araçlardan farklı olarak otonom araçlar tecrübelerine dayanarak kendilerini geliştirebilmektedir ve bu gelişime ilişkin öğrenme süreci yine sensörler ile başlamaktadır. Otonom araçlar çevrelerinde bulunanları sensörleri sayesinde belirledikten sonra sistem çevreyi isabetli bir şekilde resimleyerek nasıl hareket edebileceğine dair karar alarak bu kararı uygulayabilecektir.

Otonom araçların öğrenmesine ilişkin yapılan test sürüşlerinde amaçlanan sensörler sayesinde toplanan veriler ile araçların trafikte meydana gelebilecek durumlara karşı kendiliğinden tepki verebilmesidir.¹³ Bu bilgiler bize otonom aracın sadece bir mühendislik ürünü olmayıp aynı zamanda kendi kendini geliştirebilen bir makine olduğu göstermektedir. Çünkü araç her ne kadar en başta kendisine verilen talimatları (algoritmasını) takip etse de, bu talimatlar ona aynı zamanda bağımsız olmasını, deneyimlerle öğrenmesini, yeni stratejiler denemesini ve bu denemelerin sonuçlardan öğrenmesini söylemektedir. Bu sayede araç topladığı veriler ile hem tahmin yürütebilecek hem de karar verebilecektir.¹⁴

a. Otonom Araç Seviyeleri

Ulusal ve uluslararası tartışmalarda kullanıldığı üzere otonom araçlara ilişkin teknolojik gelişim seviyesine göre ayırım yapılması

13 ÇEKİN Mesut Serdar, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 33, 2018, s. 286. <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php> (Erişim Tarihi 04.06.2020)

14 GLESS Sabine / SILVERMAN Emily / WEIGEND Thomas, “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, New Criminal Law Review, Vol.19, No. 3,2016, s.2. <https://home.heinonline.org> (Erişim Tarihi 04.08.2020)

mümkündür. Bu ayrıma göre otonom araçlara ilişkin beş seviye bulunmaktadır.¹⁵

Birinci seviye sistemler (*Driver Assistance*) yardımcı ile yapılan sürüş olarak nitelendirilmektedir. Birinci seviye sistemlerde sürücü aracın hareketlerini sürekli olarak izlemeli ve müdahale etmeye hazır durumda bulunmalıdır. Bu tür sistemlere verilebilecek en iyi örnek mesafe ve hızlı kontrol sistemlerinin yanı sıra park asistanları olacaktır. İkinci seviye sistemler ise kısmen/yarı otonom (*Partial Automation*) olarak nitelendirilmektedir. İkinci seviye sistemlerde direksiyon hakimiyeti, hız ve mesafe kontrolü sisteme bırakılabilmekle beraber birinci seviyeye benzer olarak sürücü her an müdahaleye hazır olarak sürüşü sürekli izlemeye devam etmelidir. Üçüncü seviye sistemler ise şartlı derece otonom (*Conditional Automation*) araçlarda yer alır. Bu seviyede sürücü direksiyon hakimiyetini, aracını hızını ve yol kontrolünü otonom araca bırakarak sürüş esnasında, sürüş harici basit hareketler gerçekleştirebilmektedir. Bu nedenle aracın hareketlerini sürekli takip etme mecburiyeti de ortadan kalkmaktadır. Diğer seviyelere benzer olarak bu seviyede de sürücü aracın kontrolünü her an devralabilecek şekilde hazır bulunmalıdır. Yüksek/ileri sistem (*High Automation*) olan dördüncü seviye sistemlerde ise, sürücü aracın seyrini tamamen sisteminin kontrolüne bırakabilmekle beraber sistem gerektiğinde aracın kontrolünün devralması için sürücüyü uyarabilmektedir. Üçüncü seviyeden en büyük farkı, sürücünün aracın kontrolünü sistemin uyarısına rağmen devralmaması/devralmaması durumunda sistem aracın kontrolünü minimum risk seviyesinde tutarak sürüşü devam edebilmektedir. Diğer seviyelerden farklı olarak, aracın kontrolünün tamamen sistem tarafından devralınması ve risk durumlarında otomatik olarak hareket edebilmesinin mümkün olmasıdır.

Beşinci seviye sistemlerde ise tam otonom (*Full Automation*) bir sistemden bahsedilmektedir, bu seviyede otonom sistem bir sürücünün varlığına ihtiyaç duymaksızın, tüm sürüş ve gözlem faaliyet-

15 Alman Federal Karayolları Müdürlüğü "Araç Otomasyonundaki Gelişmelerin Hukuki Sonuçları" adı altında oluşturulan proje ekibinin raporunda da otonom araç seviyeleri beşe ayrılmıştır. <https://bast.opus.hbz-nrw.de/opus45-bast/frontdoor/deliver/index/docId/541/file/F83.pdf> (Erişim Tarihi 01.02.2021)

lerini gerçekleştirebilmektedir. Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda otonom araçlara ilişkin değişiklikte üçüncü ve dördüncü seviye otonom araçlar ele alınmıştır. Baştan sona tüm sürüş boyunca aracın kontrolünün sisteme devredildiği beşinci seviye sistemlerde ise artık sürücü sadece yolcu konumunda olup hiçbir şekilde araca müdahale etmemektedir. Robot-Araç olarak adlandırılan bu araçların günümüzde bilinen mobilite (hareketlilik) kavramını kökten değiştireceği düşünülmektedir.¹⁶ Mevcut gelişmelere bakıldığında beşinci seviye otonom sisteme sahip araçların piyasaya sürülmesi ancak uzak gelecekte mümkün olabilecektir. SAE International tarafından yapılan 6 seviyeden oluşan açıklayıcı otonom araç sınıflandırılması ABD Ulaştırma Bakanlığı tarafından da kullanılmaktadır. Bu sınıflandırma teknik nitelikte olup yukarıda belirtilen sınıflandırmadan farklı olarak 0 seviyesi de sınıflandırmaya eklenmiştir. 0 seviyesi tüm sürüş faaliyetinin insan eliyle yürütüldüğü otonom olmayan araçlar için belirlenen seviyedir.¹⁷ Günümüzde yollarda olan otonom araçlar henüz ikinci seviyede yer alan yarı otonom araçlardır.

b. Otonom Araçların Olumlu Yanları ve Getirebileceği Problemler

Otonom araçların, otomotiv sektörüne yeni bir boyut ve anlam kazandıracığı aşikardır. Bu yeni araçlar ile kısa vadede sürüş sırasında konfor seviyesini arttırmak ve daha güvenli bir sürüş sağlamak amaçlanmıştır. 2020 Ocak ayında Türkiye'de yaşanan trafik kazalarının sayısı 31,561 iken sürücünün kusurunun bulunduğu kazaların sayısı 11,955 olarak tespit edilmiştir.¹⁸ Bu yeni sistemler sayesinde sürüş sırasındaki tehlike minimize edilecektir. Bu yeni dönem araçlara ilişkin gelişmelerin kaynağını oluşturan “*Vision Zero*”¹⁹ kavramı

-
- 16 LANGE Ulrich, “*Automatisiertes und Autonomes Fahren-eine verkehrs-, wirtschafts- und rechtspolitische Einordnung*“, Neue Zeitschrift für Verkehrsrechte (NZV), Heft 8, 2017, s. 345 ff. <https://ebibliothek.beck.de>. (Erişim Tarihi 04.06.2020)
 - 17 INAGAKI Toshiyuki / SCHREIDAN Thomas B., “*A Critique Of The SAE Conditional Driving Automation Definition, And Analyses Of Options For Improvement*”, Cognition, Technology&Work, 2019,s.570. <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs10111-018-0471-5> (Erişim Tarihi 12.08.2020)
 - 18 <http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr/04-Istatistik/Aylik/Ocak20.pdf> (Erişim Tarihi 04.06.2020)
 - 19 Vision Zero kavramı, trafikte yaşanan ölümlerin, ağır yaralanmaların ve kazaların sıfırlanmasıdır.

içinde trafikte rahatlatma, toplum güvenliği, demografik değişim gibi konulara değinilmiştir.²⁰ Bunun yanı sıra otonom araçların elektronik donanımları gereği, bilgisayar yazılımları, yazılımlardan elde edilen verilerin toplanması için bulut bilişim sistemleri gibi birçok alanı etkileyerek; bu alanlarda çalışan endüstrilerin birlikte çalışmasını zorunlu hale getirecektir. Bunun sonucu olarak da mevcut iş kollarının gelişmesi ve yeni iş kollarının ortaya çıkması beklenmektedir.²¹ Otonom araçların kısa vadede getireceği olumlu yanların yanı sıra, sürücü kavramının tamamen ortadan kalktığı şu anda gelişim sürecinde olan tam otonom araçlar ile birlikte, yaşlılara, küçük çocuklara ve engelli vatandaşlara ulaşım kolaylığı sağlanabilecektir. Tam otonom araçların, dikkati dağılmış sürücü kavramının da sonunu getireceği öngörülmektedir.²²

Bu araçlar her ne kadar kaza riskini azaltarak hem sürücüler için hem de trafikte bulunan diğer kişiler için daha güvenli bir trafik akışı sağlayacak olsa da olumsuz riskleri ve spesifik problemleri de beraberinde getirecektir. Kullanılan teknoloji nedeniyle artan üretim ve servis maliyetlerinin araç fiyatlarının artmasına sebebiyet vermesi, yüksek maliyetleri nedeniyle yalnızca belli firmalar tarafından üretilebilecek bu araçların otomotiv üreticileri arasında tekelleşmeye sebebiyet vermesi ve mevcut iş kollarının yok olması otonom araçlara ilişkin problemlerin sadece bir kısmını oluşturmaktadır.²³

c. Otonom Araçların Getirebileceği Hukuki Problemler

Konuya ilişkin sorunlara hukuk çerçevesinden baktığımızda ise akla gelen yapay zekaya sahip bu araçların hukuki statüsü ve herhangi bir kazaya karışmaları halinde cezai sorumlulukların kime ait olacağı sorularıdır. Zech yapay zekayı altı ana başlıkla özetlemiştir,

-
- 20 JANİCH Volker M. / T. SCRADER/ REKT Vivien, "Rechtsprobleme des autonomen Fabrens", Neu Zeitschrift für Verkehrsrecht (NZV), 2015, s. 313 ff. <https://ebibliothek.beck.de>. (Erişim Tarihi 04.06.2020)
- 21 YETİM Servet, "Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar", Ankara Barosu Dergisi, 2016(1), s. 139. <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteiler/ankarabarusu/tekmakale/2016-1/3.pdf> (Erişim Tarihi 04.06.2020)
- 22 DOUMA Frank / PALODİCHUK Sarah Aue, "Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles", Santa Clara Law Review, Volume 52, Number 4, Article 2, 2012, s. 1158. <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2727&context=lawreview> (Erişim Tarihi 05.08.2020)
- 23 YETİM, s. 140-141.

bunlar; (Automatisierung) otomasyon, (Vernetzung) ağ oluşturma, (selbstlernendes Veralten) kendi kendine öğrenme davranışı, (probabilistisches Verhalten) olasılıklı davranış, (eingeschränkte Aufklärbarkeit) sınırlı açıklama ve (eingeschränkte Erklärbarkeit) sınırlı açıklanabilirliktir. Bu altı ana başlık ise üç hukuki soruna sebebiyet vermektedir. Otomasyon ve ağ oluşturma nedensellik sorunlarına, kendi kendine öğrenme ve olasılıklı davranış trafik güvenliğine ilişkin yükümlülükler açısından problemlere ve son olarak sınırlı açıklama ve açıklanabilirlik özelliği ise kanıtlanabilirlik sorunlarına sebebiyet verecektir.²⁴

Sürücüsüz araçlara ilişkin yapılan önemli bir diğer eleştiri, bu araçların sürüş esnasında trafikte olan diğer araç ve yayaların da kurallara uygun olarak hareket ettiğini kabul etmesidir. Güven prensibinden kaynaklanan bu durum nedeniyle araç soldan akan bir trafikte sağlama yapılmayacağını kabul etmektedir. Ne yazık ki gündelik hayatta trafik kuralları bazen sadece teoride kalmaktadır, bu nedenle araçlar diğer araçların kural ihlali yaptığı durumlarda, bu durumlara uygun hareket edecek şekilde programlanmalıdır.²⁵

II. Karşılaştırmalı Hukukta Otonom Araçlara İlişkin Gelişmeler ve Yasal Düzenlemeler

Uluslararası bir ceza hukuku bulunmaması sebebiyle her ulusal hukuk sistemi kendi genel kural ve ilkelerine göre çözümler geliştirmektedir/geliştirmelidir. ABD gibi pragmatik hukuk sistemine sahip ülkelerin tüzel kişilerin gerçekleştirdikleri eylemler açısından ceza sorumluluğunu ceza hukuku sistemlerine entegre etmelerinden bahisle, ilerleyen vadede bu cezai sorumluluk modellerini otonom araçların eylemlerine karşı uyarlayabilmeleri mümkün gözükmektedir.²⁶ Teknolojik gelişmelerin kaynağı olan ABD gibi Anglosakson hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerin teknolojinin getirdiği yeniliklere adapte olma yeteneği Kıta Avrupası'na göre daha ileridedir. Kıta Avrupası hukuk sistemi bu alanda daha sıkı, değiştirilmesi güç bir yapı sergilemektedir.

24 ZECH, s. 205.

25 DOĞAN, s. 3232.

26 Gless/Silverman/ Weigend, s. 3.

Bu kısımda Alman ve Türk hukukunda otonom araçlara ilişkin yaşanan gelişmelere de yer verilecek olup çalışmanın devamında cezai sorumluluğa ilişkin detaylı değerlendirme yapılacaktır.

A. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)

ABD ele alınırken federal bir devlet olduğunu göz önünde tutarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Çünkü yaşanan teknolojik gelişmeler eyaletlerde ve federal devlette farklı ilerlemektedir.

ABD yüzyılı aşkın süredir tüzel kişiliğin ceza sorumluluğunu kabul etmektedir.²⁷ Buna ilişkin olarak Amerika Birleşik Devletleri Federal Ceza Kurallarında (United States Sentencing Guidelines) tüzel kişiliğe sahip şirketlere para cezası verilmesi veya beş yıla kadar denetimli serbestlik cezası verilmesi gibi düzenlemelere yer verilmiştir.²⁸

ABD'nin bazı eyaletlerinde otonom araçlara ilişkin düzenlemelerde, cezai sorumluluk değerlendirmesi yapılırken, belirli trafik kanunu ihlallerinde kusursuz sorumluluk kabul edilmektedir. Örneğin Michigan'da, bir inşaat işçisinin ölümü ile sonuçlanan trafik kanunu ihlalinde kusursuz sorumluluğun varlığı kabul edilmiştir.²⁹

Federal devlet, şu anda eyaletlerde yer alan farklı düzenlemeleri ortak paydada toplamak amacıyla iki kanun düzenlemesi üzerinde çalışmalarını sürdürmektedir. Federal Sürücüsüz Araç Kanunu "*Self Driving Act*" 2017 yılında Temsilciler Meclisi tarafından kabul edilmiş olup, şu anda Senato'dan onay beklemektedir. Bunun yanı sıra Senato da benzer içerikte olan "*AV START*" yasası üzerinde çalışmalara devam etmektedir. Bu araçların tasarım ve kullanımına ilişkin gereksinimler (Federal Motor Vehicle Safety Standarts, "FMVSS") ise Ulusal Karayolları Trafik İdaresi (National Highway Traffic Safety Administration, "NHTSA") tarafından belirlenmektedir.³⁰

27 Gless/Silverman/ Weigend, s. 6.

28 United States Sentencing Guidelines, Chapter 8. <https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/2018-chapter-8> (Erişim Tarihi 01.02.2021)

29 GURNEY Jeffrey K., "*Driving Into The Unknown: Examining The Crossroads Of Criminal Law And Autonomous Vehicles*", Wake Forest Journal Of Law& Policy, Vol. 5:2, 2015, s. 409. <https://www.springer.com> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

30 KLÍNK-STRAUB Judith/KEBER Tobias, "*Aktuelle Gesetzanlage zum automatisierten Fahren-eine Rechtsvergleichung*", NZV (Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht), Heft 3, 2020, s.117. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

1. Nevada

Nevada eyaletinde otonom araçlara ilişkin yapılan düzenlemede, otonom araç tanımına yer verilmiş ve testlerin yapılmasına izin verilmiştir. Düzenlemede otonom araç, “*bir insan operatörününün aktif müdahalesi olmadan kendini sürmek için yapay zeka, sensörler ve küresel konumlandırma sistemi koordinatlarını kullanan bir motorlu araç*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca otonom araçların eyalet otoyollarında test sürüşü yapabilmelerine izin verilmesi için, sigorta gereksinimlerinin belirlenmesi, asgari güvenlik standartlarının belirlenmesi gibi koşulların da öncelikli olarak sağlanması gerekmektedir.³¹

2. Kaliforniya

2018 yılı itibariyle Kaliforniya’da, California Vehicle Code (“CVC”) uyarınca, bir sürücünün fiziksel olarak bulunması gereken ve gerekmeden olmak üzere otonom araçlara ilişkin test sürüşlerinde uygulama gereksinimi açısından ayırım yapılmaktadır. Bu ayırma göre dördüncü ve beşinci seviye otonom araçlara ilişkin test sürüşleri yalnızca belirlenen rotalarda ve belirlenen zamanlarda yapılabilmektedir. Üreticilerin test sürüşü gerçekleştirmesi izne tabi tutulmuş olup, izin için aracın belirli teknik koşulları sağlaması gerekmektedir. Araç sisteminin uzaktan izleme ve uzaktan bir operatör aracılığı ile kontrol edilmesinin yanı sıra araç ve operatör arasında çift yönlü bir iletişim bağlantısının varlığı da aranmaktadır. Bunlara ek olarak üreticinin, bir acil durum planı (Law Enforcement Interaction Plan) sunması ve çalışan personeli için bir eğitim programı sürdürmesi, aynı zamanda bir sigortanın varlığını ya da 5 milyon ABD doları tutarında bir teminatı olduğunu kanıtlamalıdır.³² Bu başvuru sonrasında verilen izin iki yıl geçerliliğini korumaktadır. Herhangi bir kaza durumunda özel hukuk anlamında zarar, kusurlu olmaları halinde sürücü ya da operatör tarafından karşılanmaktadır, kusurlu olmamaları durumunda ise Ürün Sorumluluğu Yönetmeliği (California Code of Civil Procedure) uyarınca üreticinin sorumluluğuna gidilmektedir.³³

31 Assembly Bill No. 511, Sec. 8, “Autonomous vehicle” means a motor vehicle that uses artificial intelligence, sensors and global positioning system coordinates to drive itself without the active intervention of a human operator https://www.leg.state.nv.us/Session/76th2011/Bills/AB/AB511_EN.pdf (Erişim tarihi 31.03.2020)

32 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s.118.

33 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s.118.

3. Arizona

Arizona eyaletinde, otonom sürüşe ilişkin düzenlemeler bir yasa aracılığı ile değil bir kararname ile düzenlenmiştir. Kaliforniya'daki düzenlenmeden farklı olarak test sürüşü gerçekleştirecek şirketin veya üreticinin kararnamede belirtilen şartlara uyması yeterli olup ayrıca bir izin alınması söz konusu değildir. Yalnızca kurallara uyduğuna ilişkin Arizona Ulaşım Departmanı'na (Arizona Department of Transportation, "ADT") yazılı bir beyan sunulması gerekmektedir. Kararnamede belirtilen test sürüşüne ilişkin gereksinimler; aracın FMVSS ve Arizona ulusal düzenlemelerine uygun olması, aracın öngörülemeyen bir durumda kendiliğinde durabiliyor olması, aracın çalışması esnasında ilgili trafik kurallarına uyabilmesi, aracın sigortalı ve gerekli sicile kayıtlı olmasıdır. Kararnamede aynı zamanda sorumluluk anlamında özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre aracı işleten/kullanan gerçek kişilerin ve sicile kayıtlı şirketlerin yalnızca özel hukuk anlamında değil ceza hukuku anlamında da sorumluluğuna gidilebilecektir.³⁴ Bu düzenleme ile beraber bu araçları işletmek hem cezai hem de hukuki sorumluluğu kabulü anlamına gelmektedir.³⁵

4. Michigan

2013 yılında yapılan Michigan Vehicle Code ("MVC") da düzenleme ile Michigan otonom araçlara ilişkin test sürüşlerini yasal olarak düzenleyen dördüncü eyalet olmuştur. Bu düzenleme ile birlikte otonom araçlar özel bir plaka ile test sürüşlerini kamuya açık yollar da gerçekleştirebilmektedir.³⁶

Araçlara ilişkin yol kurallarının yer aldığı MVC, 2016 yılında yapılan değişiklik ile yapay zeka teknolojisine göre güncellenmiştir. Değişen maddelerde otonom araçlara ilişkin test sürüşlerine, bu araç-

34 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s.118.

35 ROUBİK Marleen, "Automatisiertes Fahren Auf Straßen mit Öffentlichem Verkehr-Rechtliche Rahmenbedingungen im Vergleich", Bundesministerium Verkehr, Innovation und Technologie, 2018, s.31. <https://www.bmk.gv.at> (Erişim Tarihi 01.02.2021)

36 Michigan Department Of Transport And The Center For Automotive Research, Automated Vehicle Industry Activities In Michigan, s. 1, 2017. https://www.michigan.gov/documents/mdot/Automated_Vehicle_Industry_Activities_in_Michigan_572947_7.pdf (Erişim Tarihi 01.02.2021)

ların kullanımına ve satışına ilişkin düzenlemelere yer verilirken, test sürüşlerinin kamuya açık yollarda nasıl yapılması gerektiği de açıklanmıştır. Ancak bu düzenlemede otonom araçların ceza sorumluluğu ele alınmamış olup sürücü ve operatör kavramları üzerinde durularak sorumluluğun araca değil arkasında bulunan kişilere yükleneyeceğinin sinyalleri verilmiştir.³⁷

B. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık 2015 yılında *Code of Practice* adını verdiği düzenleme ile kamuya açık yollarda otonom araçlara ilişkin test sürüşlerine izin vermiştir. 2019 yılında revize edilen bu düzenleme bağlayıcı olmayıp, ancak uyulmadığı takdirde yasal prosedür uygulanmasına sebebiyet verecektir. 2019 yılında yapılan değişiklikle beraber artık test sürüşlerinde bir sürücünün araçta bulunması koşulu kaldırılmıştır. Ancak buna ek olarak güvenlik amacıyla uzaktan bir kullanıcı/operatör tarafından kontrol edilebilir olması gerekmektedir. Aynı zamanda kullanıcı/operatör ve araç arasında çift yönlü bir iletişim bağlantısı ile uzaktan izleme gerçekleştirilmelidir. Diğer ülkelerden farklı olarak Birleşik Krallık 'ta tehlike sorumluluğu araç sahibine ait olmayıp, kusurlu olması halinde sürücüye aittir.³⁸ Otonom araçlara ilişkin olarak bu kusur sorumluluğu eksikliği 2018 yılında *Code of Practice*'e ek olarak getirilen "*Automated and Elektric Vehicle Act*" düzenlemesi ile giderilmiştir. Bu yeni düzenlemeye göre otonom araçların sebebiyet vereceği fiiller araç sahibinin sigortası tarafından karşılanacaktır. Sigortanın üretici ve sürücüye karşı rücu hakkı ise saklıdır. Araç sahibinin izinsiz olarak yazılımda yaptığı bir değişiklik ya da yazılım güncellemesini yapmaması söz konusu ise bu durumda sigorta zararı karşılamaktan kaçınabilecek olup, araç sahibi zararı kendisi karşılamak zorunda kalacaktır.³⁹

Bunların yanı sıra otonom araçlara ilişkin gelişmelerin takip edildiği ve kanun koyucuya tavsiyede bulunabilen "*the Center for Con-*

37 WECSTBROOK Clint W., "*The Google Made Me Do It: The Complexity Of Criminal Liability In The Age Of Autonomous Vehicles*", Michigan State Law Review 2017, s. 102. <https://digitalcommons.law.msu.edu/lr/vol2017/iss1/3/> (Erişim Tarihi 05.08.2020)

38 European Tort Law. Automated and Electric Vehicles Act 2018 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/18/contents/enacted> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

39 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s. 117.

nected and Autonomous Vehicles” merkezi kurulmuştur. Merkez otonom araçlara ilişkin test sürüşlerinde bulunması gereken koşulları belirlemekte olup yasal düzenlemeleri gözden geçirerek ara raporlar hazırlamaktadır.⁴⁰

C. Avrupa Birliği Ülkeleri

1. Genel Olarak

Öncelikle belirtilmesi gereken, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin otonom araçlara ilişkin yapacağı yasal düzenlemelerin tarafı oldukları uluslararası Viyana Konvansiyonu ve Avrupa Birliği Mevzuatına uygun olması gerekmektedir. Konvansiyon karayolları trafiğine ilişkin olarak özel öneme sahip uluslararası bir anlaşma özelliği taşımaktadır. Motorlu taşıtlara ilişkin olarak bir diğer önemli düzenleme ise Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomi Komisyonu’nun düzenlemeleridir. United Nations Economic Commission for Europe (“UNECE”) Yönetmeliğinin 79. maddesinde yer alan taşıtların direksiyon sistemlerine ilişkin mevcut olması gereken koşullar otonom sürüşe yönelik olarak 2018 yılında uyarlanmış ve revize edilmiştir.⁴¹ 2019 yılında Komisyon otonom araçlara yönelik olarak, ülkeler bazında muafiyetlere ilişkin bir rapor yayımlamıştır. Bu muafiyetler UNECE düzenlemelerinde yer almayan otonom araçlara ilişkin düzenlemelerin ulusal bazda yapılabileceğine ilişkin olup aynı zamanda yapılacak düzenlemelere yol gösterici niteliktedir.⁴²

2. Avusturya

Avusturya 2016 yılında yaptığı mevzuat değişikliği ile otonom araçlara ilişkin test sürüşlerinin yapılmasına izin vermiştir. Motorlu Araçlar Trafik Kanunu §102 Kraffahrtgesetz (“KFG”) uyarınca sürüş sırasında sürücü, aracın direksiyon kontrolünü sağlamak zorundadır. 2016 yılında yapılan düzenleme ile bu kanun maddesine bir istisna getirilmiştir; onaylı ya da test sürüşü gereksinimlerini karşı-

40 <https://www.gov.uk/government/organisations/centre-for-connected-and-autonomous-vehicles/about>(Erişim Tarihi 01.02.2020)

41 KLİNK-STRAUB/ KEBER,s.114. Viyana Konvansiyonu 1968 yılında AB-Konferansında taraftan hazırlanmıştır ve günümüze kadar 78 ülke tarafından kabul edilmiştir.

42 <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/34802> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

layan bir sistem söz konusu ise, aracın direksiyon kontrolü ve belirli sürüş faaliyetleri mevcut asistan/yardımcı sistemlerine ya da otonom/ağa bağlı sürüş sistemlerine devredilebilecektir. §102 b KFG⁴³ maddesinde sistemin sahip olması gereken özellikler belirtilmiş olup aynı zamanda sürücünün her zaman sürüşü tekrar devralmak için hazır bulunmak zorunda olduğu belirtilmiştir.⁴⁴ Test sürüşleri ancak belirli kişiler tarafından yürütülebilecek⁴⁵ olup Ulaştırma Bakanlığı'ndan (*Bundesministerium für Verkehr*) gerekli izinlerin alınması gerekmektedir. Üçüncü ve dördüncü seviye otonom araçların test sürüşleri için gerekli sigorta kapsamının mevcut olduğunun Otonom Sürüş Yönetmeliği (*Automatisiertes Fahren Verordnung*) §1 uyarınca garanti edilmesi gerekmektedir.⁴⁶ Sürücünün kusur sorumluluğu ve araç sahibinin tehlike sorumluluğu söz konusu olup bu sorumluluklara ilişkin herhangi bir yeni düzenleme yapılmamıştır.

3. Fransa

Otonom araçlara ilişkin test sürüşleri Fransa'da üç hukuki işlem-kararname- aracılığı ile düzenlenmiştir. 2016 yılında çıkarılan “*Ordonnanz (Ordonnance)*” Art.1'de üçüncü ve dördüncü seviye otonom araçların kamuya açık caddelerde test sürüşü gerçekleştirilmesi, gerekli izinlerin alınmasına bağlanmıştır. Verilecek iznin şartları ve uygulama prosedürü *Ordonnanz* Art. 3 uyarınca “*Dekret (Decret)*” ile düzenlenmiştir. 2018 yılında Bakanlık kararı ile (*Arrêté*), otonom araçların test sürüşlerine ilişkin iznin içeriği düzenlenmiştir. Bu izin ile ancak belirli caddelerde test sürüşü yapılabilecek olup, iznin süresi iki yıldır. Almanya ve Avusturya'da bulunan kusur ve tehlike sorumluluğundan farklı olarak Fransız hukukunda tehlike sorumluluğunun kapsamı daha geniş düzenlenmiştir.⁴⁷

43 102 III b de, sürüşün hangi trafikte, hangi yol türlerinde, hangi hız aralığında kullanılacağı belirtilirken aynı zamanda yardımcı ve otonom/ağa bağlı sistemlerde aktarılabilecek sürüş faaliyetleri belirtilmiştir.

44 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s. 115.

45 Bu kişiler, araç üreticisi, sistemin geliştiricisi/programlayıcısı ya da araştırmacılarıdır.

46 <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=20009740>(Erişim Tarihi 10.02.2021)

47 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s. 116.

4. Almanya

a. Genel Olarak

Almanya 16.06.2017 tarihinde kabul edilen ve 21.06.2017 tarihinde yürürlüğe giren Karayolları Trafik Kanunu'nda (Straßenverkehrsgesetz, "StvG") yapılan değişiklik⁴⁸ ile otonom sürüş fonksiyonuna sahip (yüksek ve tam otonom)⁴⁹ araçlarda araç sürücülerinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen ilk ülke olmuştur.⁵⁰

b. Otonom Araçlara İlişkin Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler

Yüksek ve tam otonom araçlar henüz Almanya'da piyasaya sürülmemiş olmasına rağmen, yasa koyucu hızlı davranarak bu araçlara ilişkin yasal çerçeveyi belirlemiştir. Düzenleme ile birlikte yüksek ve tam otonom araçların sorumluluğuna ilişkin birinci ve ikinci seviye otonom araçlardan farklı olarak değişiklik yapılmamış olup halen § 7 I StVG ve § 18 I StVG'de yer alan kusur ve tehlike sorumluluğuna göre sorumluluk tespit edilmektedir.⁵¹

Bu yeni düzenleme ile Alman Karayolları Trafik Kanununda yer alan motorlu araç/taşıt tanımına ek olarak § 1 a, § 1 b maddeleri eklenmiştir.⁵²

(1) Aracın Sahip Olması Gereken Teknik Özellikler ve Sürücü Tanımı

Alman Karayolları Trafik Kanunu ("AKTK") § 1 a maddesinin birinci fıkrasında üçüncü ve dördüncü seviye otonom araçların kullanımının belirli koşullar altında mümkün olduğu düzenlenirken, maddenin ikinci fıkrasında bu araçların sahip olması gereken teknik donanımına ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Bu teknik donanımına ilişkin düzenlemeler şu şekildedir:

48 Gesetz zum automatisierten Fahren (Otomatik Sürüş Yasası)

49 3. Ve 4. Seviye otonom araçlar.

50 <https://www.bmvi.de/DE/Themen/Digitales/Automatisiertes-und-ernetztes-Fahren/automatisiertes-und-ernetztes-fahren.html> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

51 KLİNİK-STRAUB/ KEBER, s.114.

52 Ahtes Gesetz zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes, Bundesgesetzblatt 2017/I (n. 38) 1648 vd. § 1a, § 1b, § 1c, § 63a, § 63b maddeleri eklenmiştir. <https://www.bgbl.de> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

Sistem aktif hale geldikten sonra sürücü taşıtın sürüşünü yönlendirebilmelidir aynı zamanda sürücü araç seyir halindeyken sürüş için gerekli olan mevcut trafik kurallarına uygun hareket etmelidir. Sürücü herhangi bir zamanda aracın kontrolünü manüel olarak kapatarak sürüşü kontrol altına alabilmelidir, sürücü sürüşü devralmaya ilişkin aracın sahip olduğu bu özelliği bilmelidir, gerektiğinde sistem sürücüye yeterli/gerekli süreyi tanıyarak aracın kontrolünü alması gerektiğini sürücüye görsel, işitsel, hissedilebilir veya algılanabilir şekilde uyarı vererek gösterebilmelidir, sürücünün sürüşü devralması gerekliliği sistem tarafından tanımlanabilmelidir. Otonom sistem yalnızca otoyollarda kullanılmak amacıyla tasarlanmıştır, bu bağlamda, üreticinin sistem açıklamasında aracın özelliklerine yer verirken sürücünün amaçlanan kullanımı ve sistemin sınırları hakkında bilgilendirme yapması zorunludur.⁵³

Devam eden fıkralarda, üçüncü ve dördüncü seviye otonom sistemlerde sürücü kavramı “*sistemi etkinleştiren ve aracı sürüş faaliyeti için kullan kişi*” olarak ifade edilmiştir.⁵⁴

Yeni düzenleme incelendiğinde, aracın kontrolünün tamamen sürücünün elinden çıktığı tam otonom araçlara ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu gözlenmektedir. Nitekim sürücünün, sürüşü kontrol altına alabileceğine çoğu kez vurgu yapılmıştır. Aracın kontrolünün sürücünün elinde olmadığı durumlarda dahi sürücü, sürücü sıfatını kaybetmemektedir. Sistem devrede olsa dahi nihai hakimiyet sürücüye aittir.

Yeni düzenlemede tam otonom araçlara ilişkin düzenlemeye yer verilmemesinin bir sebebi de henüz uygun hukuki altyapının mevcut olmaması ve Almanya'nın da tarafı olduğu 1968 tarihli Viyana Karayolları Konvansiyonu'na göre sürücünün sürüş esnasında başka bir işle meşgul olamayacağı gibi her araçta bir sürücünün bulunması gerektiğine ilişkin mevcut düzenlemedir. Sadece yolcu sıfatı taşıyan insanların araçta bulunması konvansiyon çerçevesinde mümkün değildir.⁵⁵

53 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s.114.

54 https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/_1a.html (Erişim Tarihi 10.02.2021)

55 ÇEKİN, s. 287.

Nitekim AKTK § 1 a III uyarınca yüksek ve tam otonom bu araçların kullanılabilmesi için gerekli onayın alınmasının yanı sıra, araç sisteminin uluslararası UNECE düzenlemelerinin gereklerine ya da AB Tip-İznine sahip olması gerekmektedir.⁵⁶

(2) Araç Sürücüsünün Hak ve Yükümlülükleri

Değişikle gelen bir diğer madde olan AKTK § 1 b'de ise araç sürücüsünün hak ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Maddeye göre sürücü sürüş esnasında aracın kontrolünü gözetim altında tutmayı bırakabilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen durumların varlığı halinde ise aracın sürüş kontrolünü devralmaya hazır bulunmakla yükümlüdür. İkinci fıkrada belirtilen durumlar; sistemin sürücüden kontrolü devralmasını istemesi ya da sürücünün sistem kullanımı için gerekli şartların mevcut olmadığını fark ettiği veya fark etmesi gerektiği hallerdir.⁵⁷ Bu fıkradan anlaşılacağı üzere sistem sürücüyü uyarmasa dahi sürücünün sürüş için uygun şartların mevcut olmadığını fark ettiği ya da fark etmesi gerektiği hallerde kendiliğinden harekete geçerek sürüşü devralması gerekmektedir. Aracın teknik sisteminden kaynaklanan bir arıza olması halinde ise sürücünün sorumluluğunun mümkün olabilmesi için kusur şartı aranmaktadır. § 18 AKTK çerçevesinde kusuru olmayan sürücü tazminata tabi olamayacaktır ancak § 7 AKTK uyarınca işleten her hâlükârda -kusuru bulunmaksızın- tehlike sorumluluğu nedeni ile sorumlu olacaktır.⁵⁸

(3) Araç ve Sürücü Arasındaki İlişkinin İspatı

Yeni düzenleme ile eklenen bir diğer madde ise § 63 a maddesidir. Bu madde ispatı kolaylaştıran madde olarak da tanımlanabilecektir. Bunun nedeni sürüşün devralınması gerçekleşirken işlem ve zaman bilgisi uydu aracılığı ile kaydedilerek, araç sisteminde teknik

56 KLİNK-STRAUB/ KEBER, s.114.

57 https://www.gesetze-im-internet.de/stvg/_1b.html (Erişim Tarihi 10.02.2021)

58 PEKMEZ Cüneyt, "Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda 20 Haziran 2017'de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku'nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna Etkisi" İstanbul Hukuk Mecmuası, 77(1), 2017,s.165. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/ihm> (Erişim Tarihi 10.02.2020)

bir arıza olup olmadığının anlaşılabilir olmasıdır.⁵⁹ Bu madde her ne kadar araç ve sürücü arasında gerçekleşenlerin ispatını kolaylaştırırsa da uzun vadede kişisel verilerin korunması noktasında çeşitli problemlere sebebiyet verebilecektir.

c. Etik Komisyonu Raporu

Trafik Kanunu'nda yapılan bu değişiklikler her ne kadar bugün için büyük bir ilerleme olarak görülmesi de teknolojik yenilikler ve ilerlemeler beraberinde yeni gelişmeleri ve tabii yasal değişimleri getirecektir. Alman Federal Ulaştırma ve Dijital Altyapı Bakanlığı otomatik ve otonom sürüş konusu şekillendirilirken sadece teknik ve basit yasal değişikliklerle sınırlı kalmayarak otomatikleştirilmiş ve ağa bağlı sürüş konusunda bir Etik Komisyonu kurmuş ve gelecekte olabilecek yasal gelişmelere ilişkin tartışmaya başlamıştır. Bu kurulda etik, hukuk ve teknoloji alanında birçok bilim insanı ve uzman yanı sıra trafik uzmanları, hukuk bilimciler, bilgisayar bilimcileri, mühendisler, filozoflar, ilahiyatçılar ve tüketiciyi koruma dernek ve şirket temsilcileri bulunmaktadır. Komisyonun temel amacı otonom sürüş sistemlerine ilişkin bir yol haritası geliştirmek olup, Komisyon ilk raporunu 2017 yılında StVG'de yapılan değişikliklerden sonra yayımlamıştır.⁶⁰ Raporda otonom ve ağa bağlı araç trafiğine ilişkin 20 adet etik kuralına yer verilmiştir.⁶¹ Komisyon öncelikli olarak otonom araçların karayolu trafiğine katılan herkesin güvenliğini arttırmaya hizmet etmesi gerektiği üzerinde durmaktadır.⁶² Komisyon, bu sistemlerin insan sürüş performansına kıyasla daha az hak ihlali sebebiyet vereceğinin ortaya konması durumunda etik olarak kabul edilebilir olacağını da ifade etmiştir.⁶³

Etik Komisyonu'nun üzerinde durduğu bir diğer tartışma konusu, dilemma⁶⁴ durumlarıdır. Zira tam otonom sistemlerde araç içindeki

59 PEKMEZ, s. 165 vd.

60 LANGE, s. 352.

61 https://www.bmvi.de/SharedDocs/EN/publications/report-ethics-commission-automated-and-connected-driving.pdf?__blob=publicationFile (Erişim Tarihi 10.02.2021)

62 LANGE, s. 352.

63 YİĞİT, s. 21.

64 Bir hukuki olgunun başka bir hukuki olgu ile kıyaslanması durumu, iki menfi sonuç arasında tercih yapılması. (Ahlaki ikilem)

kişi/kişilerin artık sürücü statüsünde olmayıp sadece yolcu olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle sistemin trafiğe ilişkin bütün ihtimalleri tek başına çözümlendirmesi gerekmektedir.

Kaçınılmaz kaza ihtimallerine ilişkin olarak araç sistemin programlanması mümkün olsa dahi gerçekleşen netice sonucunda bir insan grubu kurtarılırken diğer grup zarar görebilecektir. Bu tip dilemma durumlarında araç sürücüleri sıklıkla sezgisel hareket etmekte ve daha sonrasında yasal süreçlere tabi tutulmaktadır. Komisyon, yaşama karşı yaşam şeklinde bir ikilem durumunda sistemin bir kişinin ya da topluluğun yaşamını seçmesinin standart olarak programlanamayacağını belirtirken, bu durumun etik bir şekilde sezgisel değerlendirme, ahlaki süzgeçten geçirme şeklinde programlanmasının mümkün olmadığını üzerinde durmuştur. Konuya ilişkin olarak Komisyon başkanı “*İnsanlar arasında fiziksel durum, yaş gibi özellikler üzerinden sınıflandırma*” yapılamayacağını ifade etmiştir. Komisyon ilk etapta otonom araçların teknik tasarımının yol güvenliğini hedeflemesi gerektiğini belirtmiş. Trafiğe dahil olan zayıf kullanıcılara (yayalar gibi) karşı daha nazik ve savunmacı bir programlama yapılması üzerine değerlendirmeler gerçekleştirmiştir. Raporunda olası kazalarda üreticilerin operatörlerin sorumluluğuna gidilebileceği belirtilirken, üreticilerin otonom yazılım üzerinde geliştirmeler/güncellemeler yapması gerektiği üzerinde durulmuştur.⁶⁵ Etik Komisyonu son olarak raporunda gelecek dönemde yasa koyucunun üzerinde durması gereken alanları ana hatlarıyla belirtmiştir. Bunlar; sürücülere ilişkin veri kullanımının tanımlanması, insanlardan otonom sistemlere geçiş sürecinin uluslararası standardizasyonu, kendi kendine öğrenen sistemlerin kullanımı, beklenen kritik trafik durumları karşısında kendi kendine öğrenen sistemden beklenebilecek güvenli halin standardizasyonu ve tanımlanmasıdır.⁶⁶

III. Türk Hukukundaki Gelişmeler

Türkiye’de motorlu araçların üretimine, güvenliğine, trafiğe çıkabilmesine ilişkin konularda birçok ulusal ve uluslararası yasal düzenleme mevcuttur. Ancak otonom araçlara ilişkin olarak 14.05.2020

65 YİĞİT, s. 22.

66 LANGE, s. 352.

tarihinde yürürlüğe giren Motorlu Araçlar ve Römorkları İle Bunlar İçin Tasarlanan Aksam, Sistem ve Ayrı Teknik Ünitelerin Genel Güvenliği Ve Korunmasız Karayolu Kullanıcıların ve Yolcularının Korunması İle İlgili Tip Onayı Yönetmeliği,⁶⁷ içinde otonom araç kavramına yer verilen ilk yasal düzenlemesi olmuştur. Yönetmelik (AB) 2019/2144 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Regülasyonu dikkate alınarak Avrupa Birliği mevzuatına uyum çerçevesinde hazırlanmıştır.

Yönetmeliğin amacı, *araçların tasarlanan ve imal edilen aksam, sistem ve ayrı teknik ünitelerinin genel özellikleri ve güvenlik hakkında tip onayı ile yolcuların ve korunmasız kullanıcıların korunmasını ve güvenliğini sağlamak olarak birinci maddede belirtilmiştir. Otonom araç ise “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” olarak tanımlanmıştır. Otonom araç kavramına ek olarak Yönetmelikte tam otonom araç kavramına da yer verilmiştir. Yönetmelikte otonom araçlara ilişkin bir seviyelendirme söz konusu olmayıp, sürücü müdahalesi olan ve olmayan araç olarak bir ayırım yapılmıştır, ancak sürücü müdahalesi bulunmayan tam otonom araçlarda sürüş esnasında bir sürücünün bulunup bulunmaması zorunluluğuna ilişkin bir şarta yer verilmemiştir. Yönetmeliğin devam eden maddelerinde ise otonom araçlara ilişkin özel şartlar belirtilmiş olup AB tarafından belirlenen tek tip prosedürü ve teknik şartları uygulama mevzuatının yayınlanması halinde ilgili bakanlık tarafından mevzuat düzenlemesi yapılabileceği belirtilmiştir. Bu Yönetmeliğe bakıldığında Türkiye'nin otonom araçlara ilişkin yasal düzenlemeler açısından yolun başında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yürürlüğe giren bu Yönetmelik otonom araçlara ilişkin sadece bir başlangıç niteliğindedir. Yönetmeliğin AB direktiflerine uygun olarak düzenlenmiş olduğu göz önünde tutulduğunda Türkiye'nin gelecek dönemde otonom araçlara ilişkin olarak Avrupa'daki gelişmeleri takip ederek yasal düzenlemeler gerçekleştireceği tahmin edilmektedir.*

67 <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=34512&MevzuatTur=7&MevzuatTer-tip=5> (Erişim Tarihi 10.03.2020)

IV. Otonom Araçların Hukuki Sorumluluğu

Yapay zekaya sahip sistemlerin hukuki statülerinin belirlenmesi sebep oldukları zararlara ilişkin sorumluluğun belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir. Yapay zekalı varlıkların hukuki statülerden yola çıkarak hukuki sorumluluklarının belirlenmesi ise ceza hukuku sorumluluklarının belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.

Hukuk kuralları, insan yaşamını düzenlemek için ortaya çıkmış kurallardır ve bu kuralların temelinde süje olarak insan yer almaktadır. 19. yüzyılda burjuvazinin egemenliği, kapitalizmin yükselmesi gibi olaylar başta şirketler temelinde sonrasında ise dernekler ve vakıfların da dahil olduğu hukuk düzeni içinde yeni bir hak/hukuk süjesinin ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Bu değişim ile gelen ihtiyaç hukuk tarafından hak ve yükümlülükler sahip olan tüzel kişiler ile çözümlenmiştir. Bugün sıklıkla karşılaştığımız tüzel kişi kavramının hukuk düzenine insan dışında yeni bir hukuk süjesi olarak dahil olması akıllara yapay zekaya sahip sistemlerin de yeni bir hukuk süjesi olabileceğini getirmektedir. Peki yapay zeka yeni bir hukuk süjesi, yeni bir hak sahibi olabilir mi?

Yapay zeka teknolojisinin gelişimin hızlanması ve yapay zekaya sahip sistemlerin çeşitli kazalara karışması, fütürist hukukçuların yapay zekanın hukuki statüsü üzerindeki tartışmalarına ivme kazandırmıştır.

Bu konuya ilişkin olarak, Bayamlıoğlu “*Akıllı Yazılım ve Hukuki Statüsü*” yazısında bu günkü hukuk düzeninde bir eşya ya da fikri mülkiyet hakkı olmaktan öteye gidememiş akıllı yazılımların hukuk biliminde ve hukukun tüm dallarında ele alması gereken bir olgu olduğunu belirterek, bu denli karmaşık fonksiyonlar yüklenerek gün geçtikçe yaygınlaşan bu yazılımların statüsünün belirlenmesinin önemine vurgu yapmıştır.⁶⁸

Yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin ilk görüş eşya olduğu yönündedir.⁶⁹ Bu görüşe göre yapay zeka bir gerçek ya da tüzel kişinin mülkiyetinde yer almalıdır. Ancak yapay zekayı bir eşya olarak

68 BAYAMLIOĞLU Emre, “*Akıllı Yazılım ve Hukuki Statüsü*”, 2008. <http://bthukuku.blogspot.com/2008/06/akilli-yazilim-ve-hukuki-stats-dr-emre.html> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

69 BAK, s. 217.

nitelendirmek ne yazık ki yapay zekanın kompleks yapısına uygun düşmemektedir. Nitekim 2016 yılında Microsoft şirketinin Tay isimli yapay zekaya sahip Chatbot' u Twitter üzerinden rasgele insanlarla konuşmaya başlamış ve konuşmalar sonrasında kısa bir sürede ırkçı ve cinsiyetçi olmayı öğrenmiştir.⁷⁰ Bu örnek yapay zekaya sahip varlıkların kompleks yapısını gözler önüne sermektedir. Kendi kendine öğrenme yeteneğine sahip olan yapay zekanın sadece bir eşya olarak nitelendirilmesi günümüzde çoğu hukukçu tarafından kabul edilememektedir.

Yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin olarak ortaya atılan diğer görüş ise kölelik görüşüdür. Ancak bu görüşün çağdaş hukuk düzeyinde kabul edilmesi birçok hukukçu tarafından eleştirilmiş olup, mümkün olmadığı dile getirilmiştir.⁷¹ Bu düşüncenin temelinde, Roma hukukunda kalma kölelik kavramının, günümüz hukuk düzeninde kullanılabilir hale gelmesinin, hukuk dünyasında yaşanan gelişmelerin yok sayılması gibi hukukun gelişme kaydedemeyeceği şeklinde yorumlara sebebiyet verebilecek olmasıdır. Aynı zamanda insan hayatını kolaylaştırma amacı taşıyan bu teknolojik yeniliklerin köle olarak nitelendirilmesi, gelişmelere yönelik bir değersizleştirme sebebiyet verebilecek niteliktedir.⁷²

Roma hukukundaki “*casum sentit dominus*” ilkesi ve müşterek hukuktaki “*kusursuz sorumluluk olmaz*” ilkesi gereği herkes hukuk düzeni içinde meydana getirdiği zararlara katlanmak zorundadır. *Kusur (culpa)*, *kast (dolus)* ve *ihmal (negligentia)* ile *özeni (diligantia)* kapsar.⁷³ Kusursuz sorumluluk kavramı ise endüstri devrimi ile birlikte ortaya çıkmıştır. Kusursuz sorumluluğun ortaya çıkması için zarar ve zararın meydana gelmesine sebep olan fiil arasındaki ilişkinin varlığı yeterli olacaktır. Kusursuz sorumluluk temelde hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğundan ortaya çıkmaktadır.⁷⁴ Türk Borçlar

70 <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-c-rash-course-in-racism-from-twitter> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

71 BAK, s. 219.

72 AYDEMİR Melisa, “*Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması*”, Suç ve Ceza Dergisi, S. 4, 2018, s.47. https://www.tchd.org.tr/Uploads/Suc_ve_Ceza_2018-4.pdf (Erişim Tarihi 12.08.2020)

73 ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, Cilt: V/1,2, 2019, s. 55. <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=21504> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

74 ANTALYA, s.56-58.

Kanunu (“TBK”) m. 71’de tehlike sorumluluğu düzenlenmiş olup, maddeye göre önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyetlerden doğan zararlarda bu faaliyetleri gerçekleştirenler kusurları olmasa dahi sorumlu olacaklardır.⁷⁵

Bu kusursuz sorumluluk hali otonom araçlar açısından, Alman § 7 StVG’de yer alan, işletenin kusursuz sorumluluğu ile karşımıza çıkmaktadır.⁷⁶ Maddeye göre aracın kullanımı esnasında istenmeyen bir netice meydana gelmesi durumunda aracın işletenin gerçekleşen neticeden sorumlu olacaktır. İşleten maddede belirtildiği üzere kusursuz bir tehlike sorumluluğuna sahiptir. Bu nedenle işleten hatalı bir sürüş yardım sistemi veya hatasız çalışan bir sürüş yardım sisteminin yanlış kullanımından kaynaklanan tüm zararlardan istisnasız olarak işletme riski kapsamında sorumlu olacaktır. Sorumluluk değerlendirmesi yapılırken, sorumluluğu sınırlandıran bir neden olarak mevcut sürüş yardım sisteminin ne ölçüde sürücünün kontrolünde olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. Sürüş destek sisteminin sürücünün iradesi dışında devreye girmiş olması durumunda dahi işletenin “motorlu araç trafiğine dışardan verilen zarar” kapsamında sorumluluğu devam edecektir.⁷⁷ Benzer şekilde KTK m. 85’te işletene ilişkin kusursuz sorumluluktan söz edilmiş olup, devam eden maddelerde işletenin bu sorumluluktan kurtulabilmesinin ancak kazanın mücbir bir sebepten veya zarar görenin ya da üçüncü bir kişinin ağır kusurundan kaynaklandığının ispatı ile mümkün olacağı belirtilmiştir. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda işletenin kusursuz sorumluluğunu bertaraf etmesi çeşitli şartların sağlanması halinde mümkün olabilecektir.⁷⁸

StVG § 18’de ise sürücünün kusursuz sorumluluğundan söz edilmiş olup sürücü bu sorumluktan ancak § 18 II StVG uyarınca kurtuluş

75 <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf> (Erişim Tarihi 18.02.2021)

76 Karayolları Trafik Kanunu’nda (“KTK”) işleten i, aracı kendi hesabına kullanan/işleten ve araç üzerinde tasarruf yetkisi bulunan kimse olarak tanımlanmıştır.

77 JANICH Volker M./SCHRADER Paul T./RECK Vivian, “Rechtsprobleme des Autonomen Fahrens”, Heft 7, 2015, s. 315. SCHRADER Paul T., “Haftungsrechtlicher Begriff des Fahrzeugführers bei zunehmender Automatisierung von Kraftfahrzeugen”, NJW, Heft 49, 2015, s. 3538. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 22.07.2020)

78 ATEŞ Hüseyin, “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması”, TBB Dergisi, 2012(100),2012, s. 344. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1191> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

kanıtı getirerek kurtulabileceği belirtilmiştir. Maddeye göre, sürücü zararın gerçekleşmemesi amacıyla gerekli olan tüm özeni göstermiş olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Sorumluluk değerlendirmesi yapılırken ise sürüş yardım sisteminin ne ölçüde çalıştığının belirlenmesi gerekmektedir. Buna ek olarak sürücü tarafından hangi önlemlerin alındığına, ve yapması gereken bakım gerekliliklerinin yerine getirip getirmediğine dikkat edilmesi gereken hususlardır.

Öte yandan, otonom aracın hareketi sebebiyle istenmeyen bir neticenin ortaya çıkması bir imalat kusurundan, bir tasarım kusurundan ya da yetersiz talimatlardan kaynaklanabilecektir. Bu nedenle otonom araçların üreticileri sorumluluk kapsamında değerlendirilebilecektir. Üreticiler öngörülebilir her hata karşısında gerekli adımları atmalıdır. Bu gerekli adımlar, ürünün gerekli şekilde test edilmesi, ürünün imalat kusurundan kaynaklanabilecek hatalarını en aza indirilmesi, ortaya çıkabilecek tehlikeler açısından tüketicilerin uyarılması şeklindedir.⁷⁹ Üretim kısmında bir hatanın çıkması halinde programlayanın ya da sürücünün sorumluluğundan bahsedilemeyecektir.⁸⁰ Üreticilerin öngörülebilecek neticeleri en aza indirmek ve ortadan kaldırmak amacıyla belirlenen standartlara göre gereken önlemleri alması gerekmektedir. Burada amaç tehlikesiz bir ürün ortaya çıkarmak ve güvenliğini sağlamaktır. Bu standartların belirlenmesindeki sorulara cevap verecek merci Türk hukuk sisteminde Türk Standartları Enstitüsü (“TSE”) olacaktır.⁸¹ Alman Hukukunda ise ürün sorumluluğuna ilişkin olarak düzenlenen özel hukuk kuralları üreticinin bakım sorumluluğunu yerine getirmemesinden kaynaklanan bir sorunun varlığı halinde gündeme gelecektir. Bir ürünün satışı yapılmadan önce üreticinin, ürünün bilimsel ve teknik standartları sağladığından emin olması, buna ek olarak da ürünün güvenliğini yeterince test etmiş olması gerekmektedir.⁸²

2017 yılında Avrupa Parlamentosu tarafından yapay zekanın hukuki statüsüne ilişkin “*Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu*

79 GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, s. 15-16.

80 AYDEMİR, s.74.

81 AYDEMİR, s. 74. Tüm bunlara dikkat edilmesine rağmen ortaya çıkan zararların tüketici ya da yazılımı yapan programlayıcı tarafından karşılanması gerekecektir.

82 JANİCH/SCHRADER/RECK, s. 318.

Robotik Tavsiye Raporu” yayımlamıştır. Raporunda yer verilen yapay zekaya elektronik kişilik verilmesi önerisi tüzel kişilikten sonra yeni bir süjenin hukuk düzenine dahil olabileceği fikrini gün yüzüne çıkarmıştır. Raporunda uzun vadede elektronik kişilik verilen yapay zekanın yaptıklarından sorumlu tutulabileceğine yer verilirken, aynı zamanda bu sorumluluğun nasıl belirleneceğine ilişkin olarak da yeni bir kusursuz sorumluluk önerisinde bulunulmuştur.⁸³

Rapor incelendiğinde, mevcut kusursuz sorumluluk halinin aksine yapay zekaya hukuki statü verilmesi ile birlikte yapay zekaya özgü bir kusursuz sorumluluk halinden bahsedildiği anlaşılmaktadır. Elektronik kişilik verilen yapay zeka, şirket siciline benzer şekilde kayıt altına alınarak, elektronik maddi bir fon oluşturulabilecektir. Bu sayede yapay zekanın sebep olduğu zarara ilişkin tazminatların bu fon üzerinden ödenmesi mümkün olacaktır.⁸⁴ Elektronik kişilik ve yeni hukuk süjesine özgü düzenlenen kusursuz sorumluluk gibi önemli konulara yer verilen bu rapor bir öneri niteliğinde olup mevcut düzende uygulanmamaktadır. Nitekim 14 Avrupa ülkesinden 156 uzman, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyon’una ilettiği mektupta yapay zekaya elektronik kişilik verilmesinin hukuki ve etik olarak uygunsuz bulduklarını iletilmişlerdir. Tüzel kişiliğe benzer elektronik kişiliğin verilmesine ilişkin olarak Sheffield Üniversitesi Yapay Zeka ve Robotik Profesörü Sharkey bu durumun imalatçıların sorumluluğunun tamamen ortadan kaldırılmasına sebebiyet vereceğini dile getirmiştir.⁸⁵

Diğer taraftan günümüzde yapay zekanın sebep olduğu/olabileceği zararlarda hukuki sorumluluğun belirlenmesi TMK m. 1 uyarınca mümkün olabilecektir. TMK m. 1/3 uyarınca mevcut bir hukuk kuralının bulunmaması sorunun çözümlenmesine engel teşkil etmemelidir,⁸⁶ hakim, yasa koyucu gibi “ *tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip; hayat ihtiyaçlarını*

83 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_EN.html (Erişim Tarihi 10.02.2021)

84 AYDEMİR, s. 48.

85 <https://www.politico.eu/article/europe-divided-over-robot-ai-artificial-intelligence-personhood/> (Erişim Tarihi 18.02.2021)

86 <http://www.ilhanhelfvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu/turk-medeni-kanunu-madde-1> (Erişim Tarihi 18.02.2021)

*karşılıyan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukuki güvenlikle bağdaşan bir kural*⁸⁷ bulabilecektir. Bu bilgiler ışığında, mevcut hukuk düzeni ile yapay zekalı varlıkların hukuki statüsünün yorumlanması mümkün gözükmemektedir.

V. Otonom Araçların Cezai Sorumluluğu

A. Genel Olarak

Hukuki sorumluluk anlamında bu gelişmeler yaşanırken yapay zekaya sahip varlıkların ceza sorumluluğuna ilişkin tartışmalar da devam etmektedir. Özel hukuka nazaran ceza hukuku anlamında sorumluluğun belirlenmesi daha zor görünmektedir. Bunun sebebi olarak ceza hukukunun içinde kamu kavramını barındırması gösterilebilecektir. Olumsuz bir neticenin yaşanması halinde, ceza hukukunca korunması gereken, zarar gören kamu vicdanı ve toplumsal hayat olacaktır.⁸⁸

2016 yılında Florida'da Tesla'ya ait otonom araç, yoluna çıkan kamyonu tespit edememiş ve sürücünün ölümüne sebep olmuştur, 2019 yılına gelindiğinde Tesla'nın Model X aracı beton bariyere çarparak alev almış ve aracın içinde sürücü hayatını kaybetmiştir.⁸⁹ Otonom araç üretiminin artmasıyla beraber test sürüşleri esnasında yaşanan bu ölümlü kazalar yapay zekanın cezai sorumluluğuna ilişkin süren tartışmalara ivme kazandırmıştır. Otonom araçlar her ne kadar bir mühendislik ürünü olarak mevcut yazılımları ile sürüşe başlasalar da makine öğrenimine sahip olduklarından sürüş esnasında öğrenmeye devam etmektedirler. Bu nedenle sürüş esnasında öğrendiklerini ne zaman ve ne şekilde uygulayacaklarını öngörmek zorlaşmaktadır. Bu araçların trafikte karıştığı bir kaza trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçuna, bir insana çarpması halinde ise yaralama ve insan öldürme suçlarına sebebiyet verebilecektir. Bu nedenle tüzel kişilerde olduğu gibi ceza hukuku anlamında sorum-

87 YHGK, T: 04.06.2003/21-349, K: 2003/382.

88 AYDEMİR, s. 42.

89 <https://www.bbc.com/news/technology-48308852> (Erişim Tarihi 10.02.2021), X Model Tesla aracın sahip olduğu oto pilot sistemi fren yapabiliyor, hızlanabiliyor ve belli koşullarda direksiyon hakimiyetinin tamamını alabiliyor. Şirket, kazadan önce aracın sürücüyü sesli ve görsel olarak uyardığı belirtmiş ve sürücünün uyarıya rağmen 150 metre kala bariyerleri görmediğine ilişkin açıklama yapmıştır.

luluklarının belirlenmesi gerekmektedir. Dünya üzerinde tüzel kişilere ilişkin ceza sorumluluğu noktasında henüz bir uzlaşma söz konusu değildir. Alman hukuku ve Türk hukukuna bakıldığında tüzel kişilerin ceza sorumluluğundan bahsedilememektedir. Tüzel kişilere cezai sorumluluk yüklenememesinin temelinde ceza hukukuna hakim olan ilkeler arasında bulunan suç ve cezaların şahsiliği ilkesi yer almaktadır. Bu ilkenin gereği olarak kişiler ancak kendi fiilinden dolayı sorumlu tutulabilmektedir.⁹⁰

Ceza hukuku, temelde insanları cezalandıran değil aksine hak ve özgürlüklerini koruyan bir hukuk dalıdır.⁹¹ Bu koruyucu ve güvence altına alıcı özelliğinin temelinde iki ilke yer alır, bunlar: suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile kusur ilkesidir. Kanunilik ilkesi, (*nullum crimen sine lege*) kanunda belirtilmemiş fiilin suç teşkil etmeyeceğini ve ancak kanunda suç teşkil eden bir fiile yine kanunda öngörülen cezanın uygulanabileceğini belirtmektedir.⁹² Bu ilke Anayasa’da ve Türk Ceza Kanunu’nda (“TCK”) bir kural olarak yer almaktadır. Kanunda açıkça yasaklanmamış her fiil meşru olacaktır. Bir fiilin suç teşkil etmesi için kanunda hem fiilin suç teşkil ettiğinin açıkça belirtilmesi hem de bu fiile karşı verilecek cezanın belirtilmiş olması gerekmektedir. Fiil kanunda açıkça yasaklanmamışsa ceza hukuku anlamında bir suç teşkil etmeyecek olmakla beraber özel hukukta olduğu gibi hakimnin hukukun genel prensiplerine, örf ve adet hukukuna başvurması mümkün değildir.⁹³ Buradan yola çıkarak ceza hukukunun, özel hukuka nazaran daha bağımlı bir yapısının olduğunu söylemek doğru olacaktır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği kanunda yazanlara sıkı sıkıya bağlılık söz konusu olup yazan kuralın uygulanması zorunludur. Bu ilkenin bir sonucu olarak ortaya çıkan kıyas yasağının temelinde yine kişinin hak ve özgürlüğünün korunması yatmaktadır. Kıyas yasağı TCK m. 2/3 de açıkça düzenlenmiştir.⁹⁴ Ancak kıyas yasağı nedeniyle hiçbir atipik duruma karşı

90 ASLAN Yasin, “Türk Hukukunda Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 68, Sayı(2), 2010,s. 234. <https://dergipark.org.tr/download/article-file/397696> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

91 ARTUK/GÖKÇEN, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, s. 93, 2017. Rudolf RENGIER, Strafrecht Allgemeiner Teil, s. 15 ff., 2009.

92 ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray /BACAĞIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, 2020,s.65. <https://www.turcademy.com/tr> (Erişim Tarihi 18.02.2021)

93 ARTUK/GÖKÇEN, s.94, 2017. RENGIER, s. 15 ff.

94 ARTUK/GÖKÇEN, s. 107-108.

çözüm bulunamamaktadır. Bu nedenle yapay zekalı varlıkların ceza sorumluluğu açısından gelişen teknolojiye uygun şekilde yeni yasal düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz bir durumdur.

Bu noktada yapay zekaya sahip otonom araçların, araç olarak ceza hukuku kapsamında sorumlu tutulup tutulamayacakları ve sorumlu olmadıkları takdirde kimlerin sorumlu olabileceğinin değerlendirilmesi gerekecektir.

B. Otonom Araçların Doğrudan Ceza Sorumluluğu

Otonom araçlara ilişkin ceza sorumluluğu tespit edilirken bu araçların bilinç atfedilerek, yaptıklarından sorumlu olup olamayacaklarının ve bir iradeye sahip olup olmadıklarının üzerinde durulması gerekmektedir.⁹⁵

Toplum düzeninin korunmasına ilişkin hukuki değerlerin bilerek ve isteyerek ya da gerekli özeni göstermeyerek fiilen ihlal edilmesi ile suç ortaya çıkmaktadır. Bir suçun söz konusu olabilmesi için suçun dört unsurunun -her suçun temel şeklinde bulunması gereken genel unsurların- mevcudiyeti gerekmektedir.⁹⁶ Bu durum suçun kanuni tanımında yer verilen unsurların fail tarafından gerçekleştirilmesi anlamına gelmektedir. Suçun maddi unsuru olan ve aynı zamanda suçun mevcudiyetinin en önemli şartı olan fiilin bulunmaması halinde suç değerlendirmesi yapılamayacaktır. Suçun temelinde yer alan bu fiilin en önemli özelliği ise iradi bir insan davranışına dayanmasıdır. Ceza sorumluluğunun temelinde de bu iradi insan davranışı yer alır. Fiil, “*belirli bir amaca yönelen, kişinin isteğine ve iradesine bağlı, dış dünyada etki doğuran icrai ya da ihmali bir insan davranışı*” olarak tanımlanmaktadır.⁹⁷

Yapay zekaya varlıklar üzerinden bir değerlendirme yapıldığında, bir fiilden bahsetmek mümkün olabilecektir. Çünkü yapay zekanın gerçekleştirdiği hareket, suçun kanuni tanımında yer alan neticeye

95 AYDEMİR, s. 44.

96 Türk doktrininde yer alan Dönmezer-Erman tarafından kabul edilen suçun dört unsuru görüşü, bu unsurlar; Kanuni Unsur(Tipiklik), Maddi Unsur, Manevi Unsur, Hukuka Aykırılık Unsuru.

97 ARTUK/GÖKÇEN, s. 231, 232. JESCHECK Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukuku Giriş, 2007, s. 27-28,.

sebebiyet verebilecek ve dış dünyada bir etki doğurabilecektir. Peki gerçekleştirilen bu hareket iradi bir davranışa dayanmakta mıdır?

Ceza hukuku için irade, amaç açısından önem arz eder. Türk hukukunda ve Alman hukukunda kabul edilen amaççı hareket teorisine göre gerçekleştirilen hareketin yalnızca iradi olması yeterli olmayıp aynı zamanda belli bir amaca yönelmesi ve belli bir amacı gerçekleştirilmesi gerekmektedir.⁹⁸ Bu teoriye göre amacı olmayan davranışlar ceza hukuku anlamında bir hareket teşkil etmeyecektir.⁹⁹ Kant, insanın bir özgür iradeye sahip olmasını ve buna bağlı ceza sorumluluğundan bahsedilebilmesini şu şekilde açıklamıştır: “*bireyin, kanun koyucunun yasakladığı davranışları sergilemesi halinde, kendi davranışlarını sosyal ahlaki ve etik değerler çerçevesinde değerlendirip bu doğrultuda özgür karar verebileceğini ve dolayısı ile baklı-baksız, iyi-kötü seçimlerini iradesi ile yapabileceğini kabul etmesi gerekçesi ile bireyin, bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini ve bu nedenle ceza sorumluluğunun doğacağını...*”¹⁰⁰ Daha önce de birçok kez belirttiğimiz üzere otonom araçlar makine öğrenimine sahip olup sürüş sırasında öğrendiklerini işleyip değerlendirerek karar alabilmektedir. Buradan anlaşılan bu yapay zekalı varlıkların, en başta programlandıkları amacın dışına çıkarak bir amaç belirlemesi durumunda bir özgür iradenin varlığından söz edilebilecek olmasıdır. Ancak yapay zekalı varlıklar her ne kadar kendi kendine öğrenebilse ve karar alabilse dahi en başta kendilerine tanımlanan algoritmalarının dışına çıkamayacak, özgürlüklerinin bilincinde olamayacak, kendilerinin, geçmişin, geleceğin varlığını anlamaları beklenemeyecektir. Aynı şekilde bu varlıkların hak ve yükümlülüklerini anlamaları da mümkün olmayacaktır.¹⁰¹ Sonuç olarak yapay zekanın kendi başına oluşturabildiği bir amacı gerçekleştirilmeye yönelmesi, bugün için söz konusu değildir.¹⁰² Alman öğretisinde tüzel kişilere ilişkin olarak, özerkçe hareket edememeleri, hedef belirleyememeleri ve eylemlerinin yan-

98 GUTTGE Gunnar / ÜNVER Yener, Ceza Hukuku Ve Modern Teknoloji/Strafrecht Und Moderne Technologie, Band 5 /Cilt 5,2018, s.109. <https://ws1.turcademy.com/ww/webviewer.php?doc=22561> (Erişim Tarihi 18.02.2021)

99 ARTUK/GÖKÇEN, s. 243.

100 Naklen AYDEMİR, s.53.

101 GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, s. 5.

102 GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, s.7.

İşlerini idrak edemeyecek olmaları nedeniyle ceza sorumluluğuna sahip olamayacakları görüşü yapay zekaya sahip otonom araçlar için de geçerliliğini koruyacaktır.¹⁰³ Nitekim Türk doktrininde de fiil ehliyeti bulunmayan tüzel kişiliğin kusur ehliyetinin de bulunmadığı ifade edilirken “*belli bir gayeye yönelik iradi olarak hareket edebilme yeteneğinin*” de yalnızca insana mahsus olduğu, bu nedenle tüzel kişilerin suç faili olamayacağı ve ceza sorumluluğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir.¹⁰⁴

İnsan, amaçları doğrultusunda değerlendirme yaparak, dış dünyada etki doğuracak hareketler gerçekleştirebilmektedir. İnsanın, gerçekleştirdiği bu hareketlerin sonuçlarına katlanma içgüdüsüne sahip olması, sorumluluğun isnadı noktasında sorun teşkil etmez iken; yapay zeka henüz kendi kendini programlayacak bir seviyeye gelmedikçe özgür irade ve neticesindeki isnadiyetten bahsedilemeyecektir.¹⁰⁵ Nitekim insanların dahi özgür iradeye sahip olup olmadıklarının günümüzde bir tartışma konusudur. Harari, insanların özgür iradeye sahip olup olmamasına ilişkin kitabında yaptığı bir değerlendirmede su cümlelere yer vermiştir, “*Özgür irade tabirinden kastedilen arzuladığımız şeyi yapma özgürlüğüyse, o zaman evet, insanların özgür iradesi var. Ama “özgür irade” istediğini arzulama özgürlüğüyse, o zaman hayır, insanların özgür iradesi yok.*”¹⁰⁶ Bu tartışmalar devam ederken, insan eliyle üretilen yapay zekanın özgür iradeye sahip olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır.

Yapay zekaya ilişkin doğrudan bir ceza sorumluluğunun kabul edilememesinin bir diğer sebebi ise yapay zekanın etik değerlendirme yapabilecek yetkinlikte olmayışıdır. Trafikte alınan her karar yalnızca trafik kurallarına ilişkin olmayıp bazı durumlarda etik kararlar alınması gerekebilecektir.

Trafikte seyir halinde olan bir otonom aracın karşısına aniden bir canlının ya da eşyanın çıkması durumunda, öngördüğü neticeleri

103 GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, s.6.

104 ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16.Bası, 2020, s.214. ÜZÜLMEZ İlhan/ KOCA Mahmut, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Baskı,2020, s.112. <https://www.turcademy.com/tr> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

105 AYDEMİR, s. 63.

106 HARARİ Yuval Noah, *21. Yüzyıl İçin 21 Ders*, İstanbul, 2020, s.271.

hangi kriterlere göre değerlendirecek ve nasıl bir karar verecektir? Burada aracın programlanma şekli yol gösterici olacaktır.¹⁰⁷ Bu gibi “ahlaki ikilem (dilemma)” durumlarında, programlanan otonom araç sistemi ancak kendisine önceden verilen talimatlarda önemli olarak atfedilen değeri korumaya yönelik bir tercihte bulunabilecektir.¹⁰⁸ Ancak bir sürücü, ahlaki ikilem içinde iken acı, öfke, merhamet, korku gibi öznel deneyimlerine dayanarak hareket etmektedir. Her öznel deneyimin temelinde bulunan hissetme ve isteme duygusu, algoritma ile çalışan yapay zekada bulunmamaktadır. Yapay zeka algoritması hiçbir öznel deneyim yaşamadan bilgileri işleyebilmektedir. Örneğin aracın hızlı bir şekilde verilen hedef noktasına ulaşması istenirse, sürüş esnasında karşısına çıkan ve hızını kesmesine sebep olan insanlara ya da eşyalara zarar vermemesi üzerine programlanması da gerekmektedir. Aksi taktide hedefe ulaşırken, insanlara ya da eşyalara dikkat etmeyecek amacı yalnızca hedefe en hızlı şekilde ulaşmak olacaktır. Bu nedenle suçun, etik değerlendirme yapamayan bu araçlara yüklenmesi doğru olmayacaktır. Otonom araçların bahsedilen şekilde bir etik, ahlak değerlendirmesi yapacak şekilde programlanıp programlamayacağı ise bugün için bir araştırma konusudur.¹⁰⁹ Ölümcül bir trafik kazasında otonom sistemin verdiği tepki, ceza sorumluluğunun değerlendirmesinde yol gösterici olabileceğinden, ahlaki ikilem durumlarının değerlendirilmesi önem arz etmektedir.¹¹⁰ Yapay zekaya sahip otonom araçların doğrudan ceza sorumluluğunun bahsedilebilmesi ancak bu araçların etik bir değerlendirme yapabilecek noktaya ulaşması halinde mümkün olacaktır.

Gelecekte yapay zekanın insanlardan daha ileri bir bilinç seviyesine ulaşması beklenmektedir.¹¹¹ Bu bilinç seviyesine ulaşılması halinde, özgür irade ve etik değerlendirme yetisi üzerinde tekrar

107 MAUER/GERDES/LENZ/WINNER, *Autonomes Fahren Technische, Rechtliche Und Gesellschaftliche Aspekte*, s.70-88, Springer Online Buch, 2015. <https://www.springer.com> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

108 Günther M./HOLLERING Jörg, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren”, *NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht)*, Heft 4, 2017, s. 201. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 04.06.2020)

109 GLESS/SILVERMANN/WEIGEND, s. 9-10.

110 SANDER/ HOLLERING s. 201.

111 MUEKHAUSER Luke / SALAMON Anne, “Intelligence Explosion Evidence and Import”, *Maschine Intelligence Research Institute*, 2012 s.1. Bu düşünce singularity olarak da adlandırılmaktadır. <https://intelligence.org/files/IE-EI.pdf> (Erişim Tarihi 12.08.2020)

durulması gerekecektir. Nitekim günümüzde bilgilerin öğrenilmesi, depolanması ve analiz edilmesi noktasında insanlardan daha hızlı ve doğru şekilde hareket edebilen yapay zekanın gelecekte etik değerlendirmesi yapabilen bir bilince sahip olması beklenebilir bir durumdur.

C. Otonom Aracın Arkasındaki Kişilerin Ceza Sorumluluğu

1. Genel Olarak

Otonom araçlar temelde dört farklı sistemden oluşmaktadır. Bu sistemler, aracı kontrol eden operasyon sistemi, sürüş hakkında karar veren sistem, öğrenen sistem ve son olarak sistemde toplanan veriyi işleyen sistemdir. Bu sistemlerin her biri bağımsız üretilebilir programlanabilmekte aynı zamanda sistem başka bir kişi tarafından da kullanılabilir. ¹¹²

Yapay zekaya sahip otonom araçlara ilişkin olarak bu araçların arkasındaki kişiler üzerinden ceza sorumluluğu tartışması yapılmasının sebebi otonom araçların arızasından kaynaklanan kazalarda, sürücünün yokluğu halinde sorumluluğun kime ait olacağına ilişkin bir çözüm bulma arayışıdır. Bu durum her ne kadar otomotiv endüstrisi için zorlayıcı olacak olsa da gerçekleşen kazanın sorumlusu olmaması hali de aynı şekilde sorun teşkil edecektir. ¹¹³

Otonom araçların üreticisi ile işaret edilenin, otonom araca ilişkin yazılım geliştiren kişilerin çalıştığı tüzel kişiler olduğu göz önüne alındığında, TCK uyarınca suç faili olamayan tüzel kişilerin cezai sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Suç faili olamayan tüzel kişinin yararına ya da tüzel kişinin faaliyetleri çerçevesinde bir suç işlenmesi halinde ise kanunda açıkça gösterilen hallerde tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilecektir. ¹¹⁴ Sonuç olarak üreticinin otonom araçların arkasındaki kişi olarak doğrudan ceza sorumluluğu tartışmasına dahil edilmesi mümkün değildir. ¹¹⁵

112 ÖZBEK Ceren/ÖZBEK Veli Özer, "Yapay Zekanın Dabil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi", *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 41, 2019, s. 603-622. <https://jurix.com.tr/article/20137> (Erişim Tarihi 04.08.2020)

113 GLESS/SILVERMAN/WEIGEND, s. 13-14.

114 ÖZGENÇ, s.214.

115 2015 yılında Fortune'da yayımlanan habere göre, araba üreticisi Volvo Grup, otonom araçla-

2. Kasta Dayalı Sorumluluk

Suçun maddi unsurları olan, hareket, netice, nedensellik bağı, fail ve mağdurun varlığı fiilin suç teşkil etmesi için yeterli değildir. Bu noktada haksızlık teşkil eden fiil ile kişi arasındaki manevi bağın varlığının mevcudiyeti de gerekmektedir. Suçun manevi unsurunu oluşturan kast ve taksir incelemesi kişinin iç dünyasına ilişkin olup suçun sübjektif boyutunu oluşturmaktadır.¹¹⁶ Kast ve taksir değerlendirmesi yapılırken kusurluluğa ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Kusurluluk suçun maddi ve manevi unsurlarının varlığı halinde gerçekleştirilen fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesine ilişkindir.¹¹⁷

TCK m. 21’de kastın tanımına yer verilmiş ve devam eden fıkralarında da kastı iki türü olan doğrudan ve olası kast açıklanmıştır. Bu noktada Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch, “StGB”) ve TCK birbirinden ayrılmaktadır. StGB’de kast tanımına yer verilmemiş olup §15 StGB’de “*kanun taksirli hareketi açıkça cezalandırmadığı takdirde sadece kasten gerçekleştirilen hareketler cezalandırılır*” ifadesine yer verilmiştir ve tanımlama doktrine bırakılmıştır.¹¹⁸

TCK m. 21’de kast, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bile- rek ve isteyerek gerçekleştirilmesi*” olarak ifade edilmiştir. Kast temelde bilmek ve istemek olarak iki unsurdan oluşmaktadır. Suçun konusunun yani suçun kanunda yer alan maddi unsurlarının fail tarafından bilinmesi gerekmektedir. Suçun konusu hareketin yöneldiği kişi ve şeydir. İstemenin söz konusu olabilmesi için ise bir iradenin varlığına ihtiyaç vardır. Bu irade suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesine yönelmiş olmasının yanı sıra gerçekleşen hareketin de iradi olması gerekmektedir.¹¹⁹ Burada bilinçli bir hareket iradesi yeterli olup, istemenin özgür iradeye dayanması kusurluluk değerlendirmesi yapılırken önem arz etmektedir.

rin sürücüsüz olarak otonom modda hareket ederken sebep oldukları kazalarda tüm sorumluluğu kabul edeceğini duyurmuştur. Ancak bu sorumluluk maddi ve manevi zararı karşılamaya ilişkin olup cezai sorumluluğu kapsamamaktadır. <https://fortune.com/2015/10/07/volvo-liability-self-driving-cars/> (Erişim Tarihi 10.02.2021)

116 ARTUK/GÖKÇEN, s. 315.

117 ARTUK/GÖKÇEN, s.316.

118 RENGİER, s.105 ff.

119 ARTUK/GÖKÇEN, s. 328. RENGİER, s. 104 ff.

Bilme ve isteme unsurlarının gerçekleşmesinden sonra doğrudan kast ve olası kast değerlendirilmesi yapılabilecektir. TCK’da doğrudan kast, “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi” olarak ifade edilirken, olası kast ise “kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi” olarak tanımlanmıştır. Olası kastta bir öngörme ve olası sonuçlara katlanma, kabul etme hali söz konusudur. Kasta dayalı, ceza sorumluluğu değerlendirilmesi yapılırken doğrudan ve olası kast olarak iki olasılık üzerinden değerlendirilmesi doğru olacaktır.

Karayolları Trafik Kanunu’nda (“KTK”), motorlu veya motorsuz bir aracı veya taşıtı sevk ve idare eden kişi olarak tanımlanan sürücü açısından kasti sorumluluk değerlendirilmesi yapıldığında, doğrudan kast ile otonom aracın vasıta olarak kullanılması ya da aracın uyarısına rağmen bilerek ve isteyerek doğrudan ya da olası kastla sürüşün devralınmaması ihtimalleri üzerinden değerlendirme yapılacaktır.¹²⁰ Otonom aracın sistemine ilişkin bir durum olan yapay zekanın doğrudan kast ile vasıta olarak kullanılması için araç sisteminin programlanması ileri derece bir teknik bilgisi gerektireceğinden sürücüler açısından bu ihtimalin değerlendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Daha öncede bahsettiğimiz Tesla’nın X Model otonom aracının yaptığı kazada sürücünün bariyere çarpmaya 150 metre kala uyarıldığı şirket tarafından açıklanmıştı.¹²¹ Beşinci seviyeye kadar olan otonom araçlar, sürücünün araca müdahale etmesi gereken durumu tespit ederek sesli ve görsel olarak sürücüye sürüşü devralma uyarısı verebilmektedir. Bu bilgiden yola çıkarak sürücülere ilişkin diğer bir olasılık değerlendirildiğinde, sürücü başka bir araca çarpması ya da karşıdan karşıya geçen insana çarpması halinde ölüm/yaralama neticesinin gerçekleşeceğini biliyor ve buna rağmen sürüşü devralmıyorsa burada doğrudan kasttan bahsedilebileceği gibi, sonuçları öngörmesine rağmen neticeyi kabul ederek sürüşü devralmaması halinde ise olası kasttan bahsedilebilecektir.

¹²⁰ KELEP PEKMEZ, s. 187

¹²¹ <https://www.bbc.com/news/technology-48308852> (Erişim Tarihi 10.02.2021).

Öte yandan otonom araç sisteminin doğrudan ya da olası kast ile yanlış ve suç oluşturacak şekilde programlanması da mümkün gözükmektedir. Otonom aracın yazılımını programlayan yazılımcı/programlayıcılar ise aracın teknik donanımını geliştirmekte görev alan mühendislerdir.¹²² Programlayıcıların, yapay zekaya sahip otonom aracı suç işlemeye yönelik olarak programlaması ve bir araç olarak kullanması söz konusu olabileceğinden, TCK m. 37/2 (“dolaylı faillik”) anlamında da sorumluluklarına gidilmesi mümkün gözükmektedir.¹²³ Programlayanın burada sorumlu olması için önemli olan nokta kusurlu davranışın varlığı olacaktır.¹²⁴

Dördüncü seviyeye kadar otonom araç ile seyahat ederken sürücü araçta bulunmak zorunda olup sürüşe müdahale edebilmektedir. Ancak beşinci seviyeye geldiğimizde araç içindekiler artık bir sürücü olmaktan çıkacak ve yolcu olarak değerlendirilebileceklerdir.¹²⁵ KTK’da yolcu “*aracı kullanan sürücü ile hizmetliler dışında araçta bulunan kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Ancak her hâlükârda aracın sürüşe başlaması için bir insan müdahalesi gerekeceğinden bu kişilerin kullanıcı olarak adlandırılması daha doğru olacaktır. Beşinci seviye tam otonom araçlarında karşımıza çıkan kullanıcılarının ise doğrudan ya da olası kast ile hareket edip edemeyeceği tartışma konusudur. Tam otonom araçların sürüşü için öngörülen teknolojinin vaat edildiği şekilde çalışması durumunda, otonom araç kullanıcısı aracın seyrini başlatmak haricinde bir yolcu konumunda olacaktır ve aracın seyrine müdahale edemeyecektir. Kullanıcının kasten hareket etmesi ancak aracın yazılımına ilişkin bir hatanın varlığını bilmesine rağmen sürüşü başlatması durumunda, olası bir kazayı öngördüğünden ve bu kazanın sonuçlarını kabul ettiğinden bahisle olası kast ile mümkün olabilecektir.¹²⁶ Kullanıcının otonom aracın sistemine ilişkin sorunun varlığını bilerek bir insana ya da eşyaya zarar vermek amacıyla hareket etmesi halinde, kendi canını da teh-

122 KELEP PEKMEZ, s.186.

123 Yapay Zeka Çağında Hukuk, İstanbul, Ankara ve İzmir Barosu Çalıştay Raporu, s. 71-72.

124 ALTUNÇ Sinan, “*Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku*”, 2019, s.8. (Erişim Tarihi 12.08.2020) https://www.researchgate.net/publication/336406393_Robotlar_Yapay_Zeka_ve_Ceza_Hukuku

125 KELEP PEKMEZ, s. 180.

126 KELEP PEKMEZ, s. 188.

likeye atması söz konusu olacağından, böyle bir olasılığın doğrudan kast ile gerçekleşmesi mümkün gözükmemektedir. Bu nedenle tam otonom araç kullanıcısının kasti hareketinden söz etmek bugünkü değerlendirmeler ışığında mümkün olmayacaktır.¹²⁷

Nitekim otonom araçlar gibi yapay zekaya sahip sistemlerin sebep olduğu, ölüm ve yaralanma neticesinin ortaya çıktığı durumlarda, kullanıcı ya da programlayıcı gibi kişilerin ceza sorumluluğuna gidilebilmesi için öncesinde, taksirle işlenebilecek fiilin, ilgili kanun maddesinde belirtilmiş olması gerekmektedir.¹²⁸

3. Taksire Dayalı Sorumluluk

Alman Ceza Kanunu'nda kast tanımına yer verilmediği gibi taksir tanımına da yer verilmemiş olup, tanımlama benzer şekilde uygulamaya ve doktrine bırakılmıştır. Yalnızca §15 StGB'de taksirli hareketin kanunda açıkça cezalandırılmadığı durumlarda taksirden bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. Alman hukukunda netice ve hareket arasında bir nedensellik bağı var ise, failin bu durumunu öngörebilmesi mümkün olmasına rağmen, fail neticenin meydana gelmesini engellemek amacıyla gerekli özeni göstermemişse taksir ile gerçekleşen neticeden sorumlu olacaktır. Neticeye engel olabileceksen bu yönde davranmamışsa da taksir ile sorumluluk gündeme gelecektir. Gerekli özen gösterilmiş olmasına rağmen netice meydana geliyorsa artık netice ve hareket arasında bir nedensellik bağı bulunmayacağından sorumluluktan da bahsedilemeyecektir.¹²⁹

TCK m. 22'de ise taksir *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi”* olarak tanımlanmıştır. Maddenin devam eden fıkralarında ise bilinçli taksir ilişkin olarak *“kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali”* açıklamasına yer verilmiştir. Taksir genel anlamı ile hukuk kurallarınca öngörülmesi gereken dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlalidir;

127 DOUMA/PALODICHUK, s. 135.

128 AYDEMİR, s.70.

129 OĞUZ Serkan, *“Robotlar Zarara Neden Oluyorsa, Kim Sorumlu Tutulabilir? Kendi Kendini Süren Arabalar ve Cezaî Sorumluluk”*, Küresel Bakış, Yıl: 8, Sayı: 23, 2017, s. 138. <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0021463> (10.08.2020)

bu duruma tedbirsizlik, dikkatsizlik de denebilecektir.¹³⁰ Otonom aracın karıştığı bir kazada, sürücünün, kullanıcının ve programlayanın taksirli hareketinin söz konusu olabilmesi için, olası tehlike ve sorunlara karşı bu kişilerin yeterli dikkat ve özeni göstermemiş olması gerekmektedir. Bu dikkat ve özen, genel olarak toplumun ortak tecrübeleri ve davranış kurallarının kaynaklanabileceği gibi kınanda açıkça belirtilmiş olabilecektir.¹³¹ Örneğin Karayolları Trafik Kanunu uyarınca sürücülerin trafik güvenliğinin sağlanması amacıyla uyması gereken birtakım dikkat ve özen yükümlülüklerinden bahsetmek mümkündür. Nitekim TCK m. 180'de trafik güvenliğini taksirle tehlike sokma suçuna ilişkin bir değerlendirme yapılırken, KTK dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinde yol gösterici olacaktır.¹³²

Taksirle sorumluluk değerlendirmesi yapılırken dikkat ve özen yükümlülüğünün belirlenmesinin yanı sıra, ortaya çıkabilecek neticenin de öngörülebilirliği üzerinden bir değerlendirmenin yapılması da gerekmektedir. Failinin kusurluluğunun belirlenmesine ilişkin bu değerlendirmede failin kınanabilmesi için dikkat ve özen yükümlülüğünü anlayarak yerine getirebilecek durumda olup olmadığına bakılacaktır. Bu noktada failden objektif dikkat ve özen yükümlülüğü öngörmesi ve bu öngörüye göre hareket etmesi beklenebiliyorsa failin kusuru söz konusu olacaktır.¹³³ Öngörülemez bir durumun varlığı halinde sürücünün, programlayıcının ya da kullanıcının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından söz edilemeyecektir. Bu nedenle otonom araç sürücülerinin, kullanıcıların, programlayıcılarının taksirli hareketinden bahsedebilmek için öncelikle bu kişilerin dikkat ve özen yükümlülüklerinin ne olduğunun ve neticenin bu kişilerce öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi gerekecektir.

Sürücülere yüklenen dikkat ve özen yükümlülüğü kapsamında almaları gereken tedbirlere KTK ve ilgili yönetmelikte yer verilmiştir.¹³⁴ Araç içindeki kişinin sürücü sıfatına haiz olduğu otonom araç-

130 ARTUK/GÖKÇEN, s. 354. RENGİER, s. 109 ff.

131 ARTUK/GÖKÇEN, s. 367-369.

132 KILIÇARSLAN İSFEN Sibel, *Alman Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları*, 2013, s.74.

133 CENTEL/ZAFER, s. 368-379.

134 ÖZGENÇ, s.271.

larda öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılırken ise otonom araç sisteminin çalışıp çalışmama durumuna bakılacaktır. Değerlendirme sürücünün, otonom araç sisteminin başarısızlığa uğramak üzere olduğunu öngörüp öngöremeyeceği ve müdahale etmesine ihtiyaç olup olmadığı üzerinden yapılacaktır. Sürücüye dair iki ihtimalden biri teknolojiye güvenip müdahale etmemesi, ikincisi ise teknolojiye güvenmeyerek müdahale etmesi durumudur.¹³⁵ Teknolojiye güvenmeyip müdahale ettiği noktada KTK'da yer alan sürücü kavram ile nitelendirilebilecek ve sürücü sıfatıyla sorumlu olacaktır. Sürüşün her an sürücü tarafından devralınabilmesi için sürüş esnasında uzun süre dikkat kaybının yaşanmaması gerekeceğinden, sürücünün teknolojiye güvenerek sorumluluğundan kurtulması mümkün olmayacaktır. Konuya ilişkin olarak 2007 yılında Münih Yerel Mahkemesi, park asistanına sahip 1. seviye bir otonom aracın park sisteminin çalışmaması ile sürücünün kaza yapmasına ilişkin tazminat davasında verdiği kararında, park yardım sisteminin bulunması ya da çalışmaması durumunun sürücünün dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir.¹³⁶ Gereçede ise sürücünün sadece park yardım sistemi teknolojiye güvenmemesi gerektiği ve park esnasında parka engel olacak hiçbir unsurun bulunmadığından emin olmak maksadıyla çevreyi kontrol etmek zorunda olduğu belirtilmiştir.¹³⁷ Bu karar ışığında dördüncü seviyeye kadar otonom araçlar için otonom araç sistemine/yapay zekaya güvenmek dikkat ve özen yükümlülüğünü ortadan kaldırmamakta olup sürücünün taksir sorumluluğundan bahsedilebilecektir. Ancak üçüncü seviye üstü otonom araçlarda sürücünün müdahalesi az veya hiç mümkün olmayacağından ya da sürüşe ilişkin bir tehlikenin otonom araç tarafından fark edilmesine rağmen sistemin sürücüye sesli ve görsel yollarla uyarı vermediği noktada, öngörülebilirlik değerlendirmesinin tekrar yapılmasının gerekeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.¹³⁸

135 THOMMEN Marc /MATJAZ Sophie, "Die Fabrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge", Online Buch, 2017, s.288. <https://beck-online.beck.de/> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

136 Mahkeme kararı için bkz. AG München vom 19.07.2007, 275 C 15658/07

137 THOMMEN/MATJAZ, s. 287. Mahkeme kararı için bkz. AG München vom 19.07.2007, 275 C 15658/07. <https://ebibliothek.beck.de> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

138 Dikkat edilmesi gereken bir hususta öngörülebilirliğin her somut olaya göre belirlenebileceğidir.

Üçüncü seviye üstü sistemlerde karşımıza çıkan kullanıcı sıfatına haiz kişilerin taksirle sorumluluğu değerlendirildiğinde, öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, bu araçlarda kullanıcı konumundaki kişilerin sürüş müdahalesi sınırlı olmasıdır. Bu noktada taksir sorumluluğunun belirlenmesinde yalnızca karayolları trafik kuralları değil aynı zamanda aracın otonom özellikleri de dikkat ve özen yükümlülüğünün tespitinde belirleyici olacaktır. Bu nedenle kullanıcıların dikkat ve özen yükümlülüğünün sınırlandırılması mümkün gözükmemektedir. Sürüş müdahale kullanıcılar için bir yükümlülükten daha çok bir imkan olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu noktada Alman Mahkemesi kararı dikkate alınarak otonom araç sistemine tamamen güvenmenin, dikkat ve özen yükümlülüğü tamamen ortadan kaldırmayacağı görüşünün uygulanması uygun olacak olup, müdahale imkanı olan kullanıcının müdahale etmemesi halinde taksirli sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Programlayıcılar açısından dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenirken ise, bu kişilerin uzmanlık alanları üzerinden bir değerlendirmenin yapılması isabetli olacaktır. Öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılırken ise, programlanan yazılım için her ne kadar kesin garanti hedeflenmiş olsa da bozulma ya da hata yapma olasılığı göz ardı edilmemelidir.¹³⁹ Yapay zekaya sahip otonom araçlar makine öğrenimi sayesinde, her yeni sürüş esnasında programla aşamasında öngörülemlenecek detaylara ilişkin yeni bilgiler öğrenerek yeni kararlar üretebilecektir. Programlayanlar, kendi kendine öğrenen bu araçların bağımsız olarak sürüş esnasında çevreden topladıkları bilgileri/verileri analiz ederek analiz sonuçlarına göre tepki verebileceklerinin farkındadır. Programlayıcı, otonom araç sistemini programlarken eksik bir programlama halinde oluşabilecek kazaları hesaplamakta olup, gerçekleşme olasılığını kabul etmektedir.¹⁴⁰ Bu nedenle otonom araç sisteminin programlanması esnasında, programlayıcının bir hatasının söz konusu olması halinde, taksir ile sorumluluk değerlendirilmesi yapılabilecektir. Burada akla gelen bir diğer soru ise, otonom aracın sürüş esnasında öğrendiği bilgiler ile yeni bir karar

139 KELEP PEKMEZ, s. 190-192.

140 HEINRICH Bernd, "Otonom Araç Sürmekte Olası Cezalandırılabilirlik Riskleri", Rechtsbrücke, Nr 16, S. 16, 2019, s.28. <https://www.jurix.com.tr/> (Erişim Tarihi 31.03.2020)

vermesi durumunda da programlayanın taksir ile sorumluluğun değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir.¹⁴¹ Bu tip bir sorumluluğun kabulü programlayanların üzerindeki özen yükümlülüğünü genişletebilecektir. Bu nedenle programlayanların sorumluluğunu, kendi uzmanlıklarının gerektirdiği şekilde davranmak üzerinden tespit edilerek sınırlandırılmalıdır.¹⁴² Çünkü tüm yükümlülükler yerine getirilmiş olsa idi, netice yine de gerçekleşecektir denebiliyor ise, bu noktada dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin bir aykırılık nedeni ile illiyet bağı kurulamayacağından sorumluluktan da bahsedilemeyecektir.¹⁴³¹⁴⁴

Örneğin, bir yayanın öngörülemez bir biçimde yola çıkması durumunda otoban standartlarına göre hareket halinde olan otonom aracın beş metre kala aniden durması olanaksız olacaktır ve *imkansız olanı yapılması, kimseden istenemeyecektir*.¹⁴⁵

Böylesine gerçekleşme ihtimali düşük bir olasılığın öngörülebilir olduğu iddiası ile sorumluluğun programlayıcıya yüklenmesinin gelecek dönemin tartışma konularından biri olacağı öngörülmektedir. Otonom araçlara ilişkin dikkat ve özen yükümlülüğü belirlenirken, aracın otonom özelliklerine dikkat edilmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Öngörülebilirlik noktasında değerlendirmeler yapılırken ise her somut olayın şartlarının dikkate alınması gerekecektir.

Tam otonom araçlara ilişkin çalışmaların devam ettiği dikkate alındığında, bu gün için karşılaşılabilecek risklerin tam anlamıyla çözümlenmemiş olduğu kabul edilmelidir. Test sürüşleri ile birlikte belki de bu gün aklımıza gelmeyen daha birçok soru ile karşılaşmamız söz konusu olabilecektir.

Sonuç

Harari son kitabında “*Yapay zeka devrimi (...) tek seferlik bir dönem noktası değil. Aksine daha büyük sıçramaların önünü açacak bir*

141 OĞUZ, s. 139.

142 KELEP PEKMEZ, s. 192.

143 AYDEMİR, s. 72.

144 SANDER/HOLLERİNG, s. 198.

145 HEİNRİCH, s. 27-28.

kırılma” cümlesi ile yapay zekanın dünya düzeni üzerinde etkisini özetlemiştir. Nitekim yapay zekaya ilişkin yaşanan gelişmeler karşısında mevcut hukuk düzenleri tepkisiz kalamamış ve bu yeni düzene adaptasyon süreci başlamıştır. Yapay zekaya ilişkin en önemli gelişmelerden biri olan otonom araçların test sürüşlerinin yaygınlaşması ile yaşanan kazalar, yaşadıkça öğrenen hukuk düzeninin harekete geçmesini hızlandırmıştır. Başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere birçok ülke yeni yönetmelikler çıkararak ya da mevcut kanunlarında değişiklikler yaparak bu yeni düzene olabildiğince hızlı şekilde adapte olmaya çalışmaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk dikkate alındığında gerek Amerika Birleşik Devletleri gerekse AB ülkeleri yapay zekaya ilişkin otonom araçların hukuki sorumluluğunun belirlenmesinde ilerleme kaydederken cezai sorumluluğunun belirlenmesi noktasında aynı hızla ilerleyemedikleri gözlemlenmektedir. AB Parlamentosunun ileri sürdüğü yapay zekaya ilişkin elektronik kişilik önerisi her ne kadar hukuki sorumluluğun belirlenmesinde önemli bir gelişme olarak nitelendirilse de bu gelişme ceza hukuku anlamında fayda sağlamamaktadır.

Yüzyılı aşkın süredir hak süjesi olan tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde kabul edilmemesinin altında yatan sebepler, yapay zeka için de geçerliliğini korumaktadır. Özgür iradeye sahip olmayan ve bir amaç doğrultusunda hareket edemeyen yapay zekaya sahip bu araçların ceza hukuku anlamında bir hareket gerçekleştirmesi bu gün için mümkün gözükmemektedir.

Ceza hukukunun temelinde yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği cezai sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bu araçlara ilişkin gerekli olan düzenlemeler yapılmadıkça otonom araçların doğrudan ceza sorumluluğu mümkün olmayacaktır. Bu durumun bir diğer nedeni olarak TCK’da yer alan kıyas yasağı nedeniyle ceza hakimine hukuk yaratma şansının verilmemiş olması gösterilebilecektir. Nitekim otonom araçların doğrudan ceza sorumluluğunun kabul edilmesi, ceza hukukunun son çare olma özelliğine de (*ultima ratio*) ters düşecektir.

Otonom araçlara ilişkin ceza sorumluluğunun, ya hep ya hiç şeklinde düzenlenmesindenense, otonom araç kullanımı ve ceza sorumluluğu

arasında çatışan çıkarların dengelenmesi daha fayda olacaktır. Otonom sektörünün otonom araçlara yaptığı yaptırımlar azımsanmayacağı gibi, bu araçların sebep olduğu kazalarda sorumlu tutulabilecek kişilerinde belirlenmesi de ertelenebilecek bir durum değildir. Bu nedenle otonom aracın arkasındaki kişilerin bu araçları amaçları dışında kullanmaları ya da kötüye kullanmalarının önüne geçilmesi amacıyla yapılacak düzenlemeler yerinde olacaktır.

Otonom araç teknolojisinin günümüzde ulaştığı nokta esas alınarak bir değerlendirme yapıldığında, yapay zekaya sahip bu araçlara izafe edilecek ceza sorumluluğa mevcut geleneksel ceza normları ile cevap verilmesi mümkün olmaktadır. Nitekim Alman Karayolları Trafik Kanunu'nda otonom araçlara ilişkin yapılan düzenleme her ne kadar AB ülkeleri arasındaki en kapsamlı düzenleme mahiyetinde olsa dahi mevcut düzeni korumaya yöneliktir. Ancak otonom araçlara ilişkin bu düzenlemenin AB ülkeleri açısından "Dijital Avrupa" hedefini gerçekleştirmekte önemli bir mihenk taşı olduğu da göz artı edilememelidir.

KAYNAKÇA

- AKSOY Hakan, “Yapay Zekalı Varlıklar ve Ceza Hukuku”, Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi, Sayı 4(1), sayfalar 10-27, 2021.
- ALTUNÇ Sinan, Robotlar, Yapay Zeka ve Ceza Hukuku, 2019.
- ANTALYA Osman Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: V/1,2, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- ARTUK M. Emin/GÖKÇEN Ahmet, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 11. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- ATEŞ Hüseyin, “Motorlu Araç İşletenin Sorumluluktan Kurtulması”, TBB Dergisi, Sayı 2012(100), sayfalar 343-362, 2012.
- AYDEMİR Melisa, “Yapay Zekalı Robotların Ceza Sorumluluklarının Araştırılması”, Suç ve Ceza Dergisi, Sayı. 4, sayfalar 1-97, 2018.
- BAK Başak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Yapay Zeka Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl 9, Sayı: 35, sayfalar. 211-232, 2018.
- ÇEKİN Mesut Serdar, “Otonom Araçlar ve Hukuki Sorumluluk”, TAAD, Yıl: 9, Sayı: 33, sayfalar 283-345, 2018.
- DOĞAN Koray, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., sayfalar 3219-3251, 2019.
- DOUMA Frank/PALODICHUK Sarah Aue, “Criminal Liability Issues Created by Autonomous Vehicles”, Santa Clara Law Review, Volume 52, Number 4, Article 2, sayfalar 1157-1169, 2012.
- DUTTGE Gunnar/ ÜNVER Yener, Ceza Hukuku ve Modern Teknolojiler/ Strafrecht Und Moderne Technolohie, Band 5/Cilt 5, İstanbul/Göttingen, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- BAYAMLIOĞLU Emre, “Akıllı Yazılım ve Hukuki Statüsü”, 2008.
- GLESS Sabine/SILVERMAN Emily/WEIGEND Thomas, “If Robots Cause Harm, Who Is To Blame? Self-Driving Cars and Criminal Liability”, New Criminal Law Review, Vol.19, No. 3, sayfalar 1-22, 2016.
- GLESS Sabine/WEIGEND Thomas, “Intelligente Agenten und Strafrecht”, ZSTW, S. 126(3), sayfalar 561-591, 2014.
- GURNEY Jeffrey K., “Driving Into The Unknow: Examining The Crossroads Of Criminal Law And Autonomous Vehicles”, Wake Forest Journal Of Law& Policy, Vol. 5:2, sayfalar 393-442, 2015.

- HARARİ Yuval Noah, 21. Yüzyıl İçin 21 Ders, İstanbul, Kolektif Kitap, 2020.
- HEINRICH Bernd, “Otonom Araç Sürmekte Olası Cezalandırılabilirlik Riskleri”, Rechtsbrücke, Nr 16, S. 16, sayfalar 23-35, 2019.
- INAGAKI Toshiyuki/SCHREİDAN Thomas B., “A Critique Of The SAE Conditional Driving Automation Definition, And Analyses Of Options For Improvement, Cognition, Technology&Work”, Springer Online, 2019.
- İstanbul, Ankara ve İzmir Çalıştay Raporu, Yapay Zeka Çağında Hukuk, 2019.
- JANICH Volker M./SCRADER Paul T./REKT Vivien, “Rechtsprobleme des autonomen Fahrens”, Neu Zeitschrift für Verkehrsrecht, Heft 7, sayfalar 313-360, 2015.
- JESCHECK Hans-Heinrich, Alman Ceza Hukuku Giriş, 2. Bası, Beta, İstanbul, 2007.
- KELEP PEKMEZ Tuba, “Otonom Araçların Kullanımından Doğan Cezai Sorumluluk: Türk Hukuku Bakımından Genel Bir Değerlendirme”, İstanbul Üniversitesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, S. 6(2), sayfalar 174-195, 2018.
- KILIÇARSLAN İSFEN Sibel, Alman Türk Ceza Hukukunda Trafik Güvenliğini Kasten Tehlikeye Sokma Suçları, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KLINK-STRAUB Judith/KEBER Tobias, “Aktuelle Gesetzanlage zum automatisierten Fahren eine Rechtsvergleichung, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht”, Heft 3, sayfalar 113-160, 2020.
- KÜTÜK-MARKENDORF Merih Erdem/ESSERS David, „Zivilrechtliche Haftung des Herstellers beim autonomen Fahren Haftungsfragen bei einem durch ein autonomes System verursachten Verkehrsunfall”, Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung, Heft 1, sayfalar 1-72, 2016.
- LANGE Ulrich, “Automatisiertes und Autonomes Fahren -eine verkehrswirtschafts- und rechtspolitische Einordnung”, Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, Heft 8, sayfalar 345-400, 2017.
- MAUER/GERDES/LENZ/WINNER, “Autonomes Fahren Technische, Rechtliche Und Gesellschaftliche Aspekte”, Springer Online Buch, 2015.
- Michigan Department Of Transport And The Center For Automotive Research, Automated Vehicle Industry Activities In Michigan, 2017.
- MUEKHAUSER Luke/SALAMON Anne, “Intelligence Explosion Evidence and Import”, Maschine Intelligence Research Institute, 2012.

- OĞUZ Serkan, “Robotlar Zarara Neden Oluyorsa, Kim Sorumlu Tutulabilir? Kendi Kendini Süren Arabalar ve Cezai Sorumluluk”, *Küresel Bakış*, Yıl: 8, Sayı: 23, sayfalar 125-147, 2017.
- ÖZBEK Ceren / ÖZBEK Veli Özer, “Yapay Zekanın Dahil Olduğu Suçlar Bakımından Ceza Hukuku Sorumluluğunun Belirlenmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 41, sayfalar 603-622, 2019.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray /BACAKSIZ Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- ÖZGENÇ İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16.Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.
- PEKMEZ Cüneyt, “Alman Karayolları Trafik Kanunu’nda 20 Haziran 2017’de Yapılan Değişiklikler Çerçevesinde Türk/İsviçre Hukuku’nda Araçların Otonomlaştırılmasının İşletenin Sorumluluğuna etkisi” *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 77(1), sayfalar 153-184, 2019.
- RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C.H., München, 2009.
- ROUBIK Marleen, “Automatisiertes Fahren Auf Straßen mit Öffentlichem Verkehr-Rechtliche Rahmenbedingungen im Vergleich”, *Bundesministerium Verkehr, Innovation und Technologie*, 2018.
- SANDER Günther M./HOLLERING Jörg, “Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit automatisiertem Fahren”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Heft 4, sayfalar 185-248, 2017.
- SCHRADER Paul T., “Haftungsrechtlicher Begriff des Fahrzeugführers bei zunehmender Automatisierung von Kraftfahrzeugen, *Neue Juristische Wochenschrift*”, Heft 49, sayfalar 3537-3600, 2015.
- THOMMEN Marc / MATJAZ Sophie, “Die Fahrlassigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge”, *Online Book*, Beck 2017.
- THOMMEN Marc, “Strafrechtliche Verantwortung für autonomes Fahren, *Strassenverkehr*” *Online Book*, Beck, 2018.
- ÜZÜLMEZ İlhan/ KOCA Mahmut, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12.Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020
- WECSTBROOK Clint W., “The Google Made Me Do It: The Complexity of Criminal Liability In The Age Of Autonomous Vehicles”, *Michigan State Law Review* 2017.
- YETİM Servet, “Sürücüsüz Araçlar ve Getirdiği/Getireceği Hukuki Sorunlar”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016(1), sayfalar 127-184, 2016.
- ZECH Herbert, *Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen*, *Die Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft*, Heft 2, sayfalar 129-272, 2019.

Yararlanılan İnternet Siteleri

<http://trafik.gov.tr/kurumlar/trafik.gov.tr>

<https://ec.europa.eu>

<https://www.bmvi.de>

<https://www.gov.uk>

<https://www.leg.state.nv.us>

<https://www.mevzuat.gov.tr>

<https://www.politico.eu/article>

<http://www.ilhanhelvacidersleri.com/turk-medeni-kanunu>

<https://www.ris.bka.gv.at>

<https://www.theguardian.com>

<https://www.forbes.com/>

<https://www.bbc.com>

<https://turacademy.com>

<https://beck-online.beck.de>

<https://www.springer.com>

<https://www.jurix.com.tr>

<https://dergipark.org.tr/tr/>

<https://home.heinonline.org>