

# İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: III  
Sayı: 2  
Güz 2016



**Sahibi**

İstanbul Medipol Üniversitesi adına

Prof. Dr. Sabahattin AYDIN

**Yazı İşleri Müdürü**

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

**Yayın Kurulu**

Prof. Dr. M. Âkif Aydın

Doç. Dr. Harun Demirbaş

Doç. Dr. Serdar Kale

Doç. Dr. H. Eyüp Özdemir

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Doç. Dr. Müjgân Tunç Yücel

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

**Sayı Editörü**

Arş. Gör. Mustafa Çattık

**Adres**

İstanbul Medipol Üniversitesi

Kavacık Kampüsü

Kavacık Mah. Ekinciler Cad.

No: 19 34810 Beykoz/İSTANBUL

Tel: 0216 681 51 00

hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr

**Baskı**

Forart Basımevi

Ziya Gökalp Mah. Süleyman Demirel Bulvarı

Simpaş İş Modern Zemin Kat A 17-18

İkitelli - İstanbul

Tel: (0212) 501 82 20

**ISSN**

2148-6883

**İstanbul Medipol Üniversitesi  
Hukuk Fakültesi Dergisi  
Danışma Kurulu**

Prof. Dr. Mehmet Akman

Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk

Prof. Dr. M. Âkif Aydın

Prof. Dr. Yavuz Atar

Prof. Dr. Nihat Bulut

Prof. Dr. Talat Canbolat

Prof. Dr. Nuray Ekşi

Prof. Dr. Fethi Gedikli

Prof. Dr. Yusuf Şevki Hakyemez

Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

Prof. Dr. Mehmet Helvacı

Prof. Dr. Serap Helvacı

Prof. Dr. Macit Kenanoğlu

Prof. Dr. Mahmut Koca

Prof. Dr. Nevzat Koç

Prof. Dr. Ayşe Nuhuğlu

Prof. Dr. İzzet Özgenç

Prof. Dr. Yücel Sayman

Prof. Dr. Cevdet Yavuz

Doç. Dr. Harun Demirbaş

Doç. Dr. Halit Eyüp Özdemir

Doç. Dr. Ahmet Hamdi Topal

Doç. Dr. Salih Önder Yeşiltepe

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut

Yrd. Doç. Dr. Selman Öğüt

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi Dergisi senede iki sayı  
yayımlanan, hakemli bir dergidir.

## İÇİNDEKİLER

<b>Mehmet Emin Artuk – Esra Alan Akcan</b> .....	5
Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri	
<b>Turan Yıldırım – Muhammed Göçgün</b> .....	39
İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi	
<b>Mesut Aydın</b> .....	61
1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması	
<b>Murat Volkan Dülger</b> .....	101
Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması	
<b>Selman Karakul</b> .....	169
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı - I	



# Mukayeseli Hukuk ve Türk Ceza Hukukunda Güvenlik Tedbirleri\*

## Security Measures in Comparative Law and Turkish Criminal Law

Mehmet Emin Artuk\*\* Esra Alan Akcan\*\*\*

### ABSTRACT

Besides the punishment to protect the society itself and its members, it is seen that security measures has been taken. For the first time the security measures seen in the preliminary draft of the Swiss Criminal Code of 1893 which have been ruled by the judge for purposes such as protection, remediation, training, are the sanctions that are specified to prevent the state of danger arising from the act and the personality of the perpetrator. In this sense, security measures have similar points to punishment, but they also have many different aspects from punishment. There are security measures that restrict the human freedom as well as security measures that remove the freedom of people or deprive their rights.

**Keywords:** Criminal law, Sanction theory, Punishment, Safety measure, Comparative law, Judicial decision.

### Giriş

“Bazı suçluların tehlike haline karşı toplumun menfaati gereği alınan bir önlem olan” güvenlik tedbirinin<sup>1</sup> ceza kanunlarına cezalar yanında ithali modern ceza hukukunun önemli bir yeniliğini teşkil etmektedir. Bu önleme tedbirlerinin ortaya çıkışı bir zorunluğun ifadesidir. Gerçekten toplumun bizzat kendisi veya üyelerini korumak için asırlar boyunca başvurduğu cezanın yetersiz kaldığı suçluluğun artışı ile sabit olmuştur. Örneğin Fransa’da 1826– 1880 arası nüfus artışının 1/10 oranında yükselmesine karşılık, suç oranı ve mükerrirlerin sayısında (örneğin

\* Makale gönderim tarihi: 28.11.2016. Makale kabul tarihi: 13.12.2016

\*\* Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

\*\*\* Yard. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

1 Robert Vouin, Jacques Léauté, *Droit pénal et procédure pénale*, 3. éd., Paris, 1969, s. 83.

1826–1830 arası 100 sanıktan 8’i mükerrirken, bu sayı 1876–1880 senelerinde 46’ya çıkmıştır) daha fazla bir artış tespit edilmiştir. Ayrıca cezanın bazı suçlular hakkında (küçükler-akıl hastaları) uygulanamaması veya yanlış uygulanması (örneğin yarı akıl hastaları hakkında hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların onları tekrar suç işlemeye teşvik etmesi, Yeni Türk Ceza Kanunu- YTCM- m. 32/2, 1. ve 2. cümleler)<sup>2</sup> cezanın yetersizliğini ve dolayısıyla cezadan niteliği itibariyle değişik başka bir önleme türüne başvurmak zorunluğunu hissettirmiştir.

Cezalandırmaya dayanan sisteme karşı reform hareketini Pozitivistler başlattılar. Suçluluğun nedenlerini failin şahsında, onun fizik, anatomik, psikolojik ve fizyolojik yapısında arayan Lombroso, suçlunun şahsında bulunan gayritabiiyetler nedeniyle ve genel sebebiyet ilişkisi içinde meydana gelen suç, doğum, ölüm gibi tabii bir hadise olarak kabul eder. Müellife göre, söz konusu gayritabiiyetlerin etkisiyle suç işleyen suçluyu harekete getiren nedenler onun iradesi dışındadır. İrade ve hareketlerinde serbest olmayan suçlular -diğer bir deyişle irade serbestisi bulunmayan suçlular ve özellikle doğuştan suçlular hakkında ceza tehdidinin bir tesiri bulunmamaktadır. Suçun da dahil olduğu insanın bütün hareketlerinin yaşadığı sosyal ortamın bir ürünü olduğunu savunan pozitivistlerden Ferri de, Lombroso gibi cezanın etkisizliğini vurgulamaktadır<sup>3</sup>. Gerçekten Pozitivistlere

2 Mukayeseli hukukta kısmi akıl hastalığını düzenleyen kanunları çeşitli gruplara ayırmak mümkündür. Bir grup kanun, kısmi akıl hastaları hakkında sadece indirilmiş ceza öngörür. Klasik okula bağlı bu kanunlara örnek olarak 1889 İtalyan CK. ve 1926 tarihli, 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu (ETCK) zikredilebilir. Daha çok sosyal müdafaa kanunlarından oluşan diğer bir grup kanun ise, sadece güvenlik tedbirinin tatbikine yer verir. Kısmi akıl hastası sanıklar hakkında hem güvenlik tedbirine, hem de cezaya yer veren başka bir grup Kanun, bunlardan hangisinin sanık hakkında uygulanacağı konusunu hakimnin takdirine bırakır. Örneğin İsveç, Danimarka CK. Bazı kanunlar ise, cezanın yanı sıra, güvenlik tedbirinin tatbikini de kabul ederler. Bu kanunlar da kendi içlerinde ikiye ayrılır. Bir sistemde, kısmi akıl hastaları cezalarını çektikten sonra güvenlik tedbirlerine tâbi olurken (örneğin 1930 İtalyan CK. m.89, 219), diğer sistemde önce güvenlik tedbirlerinin, sonra da cezanın infazının yerinde olacağı öngörülür (örneğin, 1937 İsviçre CK. m.14, 15), Bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, I, Ankara, 2002, s.570-571. Yine 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanununda (YTCK) akıl hastalığı tam akıl hastalığı ve kısmi akıl hastalığı şeklinde ikiye ayrılmamıştır. Gerçekten bir kimse ya akıl hastasıdır ya da değildir. Bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara, 2016, s.538; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Ankara, Eylül 2016, s. 391-396; Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2016, s.313-316; Aksi fikir için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Baskı, İstanbul, 2016, s. 410-419; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, Ankara, 2016, s. 352-357; Yeni TCK’nun 32. maddesinin 2. fıkrası; “işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan” kişinin cezasında indirim yapılacağını hükme bağladıktan sonra mahkemeye bir takdir yetkisi vermiştir. Buna göre, mahkûm olunan ceza süresi aynı olmak koşuluyla kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da (m.57/6) uygulanabilir. Böylece hükmü veren mahkeme cezanın infazı sırasında kalan sürenin akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak uygulanmasına karar verebilir.

3 Mohammad Ali Hedayati, “Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal”, Genève, 1939, s. 11-13 (Cenevre *Doktora Tezi*); H. Donnedieu de Vabres, *Traité de droit cri-*

göre, asırlardan beri suçlulukla mücadelede kullanılan tek vasıta olan ceza, suç ve dolayısıyla suçluların sayısını azaltmamıştır. Bunun nedeni basittir. Bir kere suç işlerken kendilerine bir ceza verileceğini dahi düşünmeyen doğuştan suçlular ve ihtirasi suçlular bakımından ceza elverişli değildir. Sosyal tedbirlerle desteklenmeyen ve bu nedenle itiyadi ve tesadüfî suçluları suç işlemeye yönelten sosyal etkenlerle tek başına mücadele edemeyen ceza söz konusu kimseler hakkında da yetersizdir. Ayrıca cezanın amaçlarından biri de, failin uslandırılması olduğundan ve bunun için onun kişiliğinin araştırılması gerektiğinden, kendisiyle uzun müddet temasa geçilmeyen suçlunun ne kadar bir zaman zarfında uslanabileceği önceden kestirilemez. Bu bakımdan suçlular hakkında yaptırımın belli bir müddetle sınırlandırılması doğru değildir<sup>4</sup>. Suçun genellikle bir arada bulunan kişisel veya toplumsal nedenlerle meydana geldiğini belirten bu determinist düşünce, suçları önlemek için cezadan başka önleme tedbirlerine başvurulması gerektiği kanaatindeydi. Kefaret ve manevi sorumluluğa -serbest iradesi olmayan suçlunun manevi sorumluluğu yoktur, toplumda yaşadığından ve ona zarar verdiğinden toplumsal sorumluluğu vardır- dayanan “ceza” kavramını reddeden Pozitivistler<sup>5</sup> bir taraftan toplumun savunulması, diğer taraftan serbest iradesine göre değil, şahsında bulunan gayritabiîlikler veya çevrenin etkisiyle suç işleyen kimseler için iki türlü tedbirin (önleyici ve tenkili) uygulanmasını savunurlar.

1. Ferri'nin deyimiyle “ceza yerine geçen önlemler” (Substitut de la peine) denen birinci nev'i tedbirlerle suçluluğun nedenlerinin ortadan kaldırılmasına ve dolayısıyla suçluluğun azaltılmasına çalışılır. Bunlar toplumsal savunmayı sağlamaya çalışan ve suç işlenmeden önce uygulanan önleyici tedbirlerdir. Bu tedbirler çeşitli olup özetlenemezler. Örnek olarak terk edilmiş ve sömürülmekte olan çocukların korunması, serserilik ve alkolizm ile mücadele için kurulan çeşitli kurumları göstermek mümkündür. Bunlara ek olarak kalıtım yoluyla geçen hastalıkları olanlarla evlenme yasağı ve hatta evlilik dışı çocukların doğmasına engel olmak için bu gibilerin çocuk yapma yeteneklerinin kaldırılması hakkında kitaplarda, kongrelerde, bazı kanun tasarılarında ve bazı ülkelerin kanunlarında yer alan hükümler ve öneriler belirtilebilir<sup>6</sup>. Ferri toplumun korunmasının ön-

---

*minel et de législation pénale comparée*, 3. éd., Paris, 1947, s. 35-36; M. Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Baskı, İstanbul, 1953, s. 40, 47; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 6, Sayı: 1, İstanbul, 1940, s. 23-35, 26.

- 4 Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Ceza Hukuku Dersleri Umumi Kısım*, İstanbul, 1958, s.56 (Dersler).
- 5 Pierre Bouzat, Jean Pinatel, “Traité de droit pénal et de criminologie”, t.I, *Droit pénal général* par Pierre Bouzat, 2. éd., Paris, 1970, s.102.
- 6 Georges Vidal, Joseph Magnol, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t.I, 9. éd., Paris, 1949, s. 44.

leyici tedbirler ile daha etkili bir şekilde gerçekleşeceği hakkındaki kanaatini bir örnekle gösteriyor: Karanlık bir caddede sık sık işlenen suçları etkin bir biçimde önlemek için caddeyi aydınlatmak yeterli olacaktır. Bu biçimde bir davranış caddeye jandarmaların yerleştirilmesi ve suçluların cezaevlerine gönderilmelerinden daha akılcı ve daha ekonomiktir<sup>7</sup>.

2. Suç işlendikten sonra failin kişiliğine ve ait olduğu suçlu sınıfına en uygun olan bir tedbire başvurulur. Çok tehlikeli suçlular (Doğuştan, akıl hastası ve itiyadi<sup>8</sup> suçlular) hakkında tasfiye edici, toplumdan uzaklaştırıcı, daha az tehlikeli suçlular (Tesadüfi<sup>9</sup> ve ihtirasi<sup>10</sup> suçlular) ise tamir edici ve zorlayıcı tedbirlere tabi tutulmalıdır<sup>11</sup>.

Pozitivistlerin tedbire ilişkin düşünceleri mevzuatı da etkiledi. Gerçekten Ferri'nin başkanlığı altında hazırlanmış olan 1921 "İtalyan Ceza Kanunu Öntasarısı"<sup>12</sup> "ceza" terimine yer vermeyerek "yaptırım" kavramını kullandı<sup>13</sup>. 1926 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu 1. maddesinde toplumsal bakımdan tehlikeli fiillerin faillerine "toplumsal savunma tedbirleri"nin uygulanacağını öngördü.

Ceza hukukunda reform hareketinin İtalya'da başlamasına karşılık XIX. asrın sonunda ilk defa Carl Stoops'un eseri olan 1893 "İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısı"

7 Bouzat, Pinatel, t.l, s.102.

8 İtiyadi suçlular ancak birkaç defa suç işlemeleri halinde doğuştan suçluların tabi oldukları muameleye maruz kalırlar. 5237 sayılı TCK'nun 6. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendinde;"itiyadi suçlu deyiminden; kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla işleyen kişi" anlaşılır denilmektedir.

9 Tesadüfi küçük suçlular namuslu ve mazbut ailelerin yanına verilmeli veya zirai kolonilerde çalıştırılmalıdırlar. Pozitivistler bu gruba giren yaşı ilerlemiş olanların az önemli suçlarında zararın tazmini yanında geçici olarak sürgüne yollanmaları, çok ağır suçlarında ise, müddetsiz olarak zirai kurumlara gönderilmeleri kanaatindedirler.

10 Fiillerinden doğan zararı tazminle yükümlü olan ihtirasi suçlular ayrıca suça maruz kalan kimse ile ailesinin oturduğu yerden geçici bir zaman için uzaklaştırılmalıdır.

11 Vidal, Magnol, t.l, s. 43-44; ayrıca bkz. Jean Pradel, "Droit pénal", t.l, Introduction générale. *Droit pénal général*, 3. éd., Paris 1981, s.86.

12 Tatbikattan çok uzakta kalan bu tasarı Sovyet Rusya ve Küba (1926 Küba Ceza Kanunu) dışında diğer ülkelere örnek olmadığı gibi İtalya'da dahi uygulama olanağı bulamadı. bkz. Hedayati, s.15; Öntasarı için ayrıca bkz. Velidedeoğlu, s. 26-27.

13 Ferri'nin bu tasarınsının kanunlaşmamasının nedeni, siyasi çalkantıların yanı sıra, hâkimlerin yanında psikoloji ve psikiyatri konularına vakıf kimselerin de yer alması ve böylece mahkeme teşkilâtının tümüyle değişikliğe uğraması sonucuna yol açabileceğindedir. Ayrıca o zamana kadar Klasik ve Pozitivistler arasındaki tartışmalar bilimsel alanda gerçekleşmişti. Cezanın reddi gibi köklü bir değişikliği halkın anlamayacağı endişesi de tasarının kanunlaşmamasına neden oldu. Daha sonra Rocco, Klasik okulun esaslarına bağlı yeni bir ceza kanunu (1930 YICK) meydana getirirken, Pozitivist okuldan da esinlenerek "idari önlemler" adını verdiği önlemlere yer verdi. Bkz. Adrian Prisi, "Die Sicherheitsmassnahmen im italienischen Strafrecht", Matten-Interlaken, 1936 (Bern *Doktora Tezi*).



suçla mücadelede cezalar yanında güvenlik tedbirlerine ikinci ve etkili toplumsal bir vasıta olarak yer verdi<sup>14</sup>.

Özellikle birinci dünya savaşını müteakip, Devletler güvenlik tedbirlerini mevzuatlarına kabul etmeye başladılar. Önceleri Devletlerin ceza mevzuatlarına özel kanunlar yoluyla giren güvenlik tedbirleri, (Örneğin Fransa) daha sonraları çıkarılan yeni ceza kanunlarında (Örneğin İtalya, İsviçre) sistemli bir biçimde yer aldı. Eski ceza mevzuatlarını korumakta devam eden ülkelerde tedbirlere, ya özel kanunlarda veya ceza kanunlarına konulan tek tük hükümlerde rastlanmaktadır<sup>15</sup>.

Aşağıda güvenlik tedbirlerinin tanımı ve uygulanma şartları, hukuki niteliği, çeşitleri, uygulanış şekilleri incelenecek ve bugünkü ceza hukukunun vardığı nokta bakımından bir sonuca varılacaktır.

## I. Güvenlik Tedbirlerinin Tanımı ve Uygulanma Şartları

Güvenlik tedbirleri şu şekilde tanımlanabilir<sup>16</sup>: “Güvenlik tedbirleri, işlediği

- 
- 14 Liszt, Schmidt, güvenlik tedbirlerine ilişkin ilginç fikirlerin Stoos’dan bir asır önce 1794 Prusya Devletleri için umumi memleket hukukunun ceza kısmının yazarı Ernst Ferdinand Klein tarafından kaleme alındığını bildirmektedir. Müelliflere göre Klein Alman Ceza Hukuku mevzuatı tarihinde ilk defa cezanın yanında güvenlik tedbirlerine yer vermiştir, § 5 II 20 ALR (İkili sistem, iki izlilik sistemi). Niteliği itibarıyla zorunlu olarak bir kötülük ihtiva eden cezadan ölçüsünü sadece failin tehlikelilik halinin tespit ettiği ve onun tarafından mutlaka hissedilmesi gerekmeyen güvenlik tedbirlerini ayıran Klein, hakim tarafından hükmedilen her iki yaptırımın hukuki sebebinin Devletin selâmeti olduğunu belirtmektedir. Klein’in bu düşünceleri umumi memleket hukuku dışında pek etki bulamadı, bkz. Franz v. Liszt, Eberhard Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25. Auflage, Berlin und Leipzig, 1927, s.351; ayrıca bkz. Charles, Jules Lavanchy, “Les mesures de sûreté en droit pénal”, Chateau- d’Oex, 1931, s.7 dn.1 (Cenevre Doktora Tezi); *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*, herausgegeben von Gerd Kleinheyer und Jan Schröder, Karlsruhe und Heidelberg, 1967, s.329.
- 15 Örneğin, ETCK. m.36, 46, 53, 54, 57, 58, 404, 573; (5237 sayılı TCK. m.53-60, 191, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5); Horst Hermann, Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung in: *Materialien zur Strafrechtsreform*, c.II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn 1954, s.193-208, 193.
- 16 Artuk, Gökçen, Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 911. Yazarlar genellikle “güvenlik tedbiri” kavramını tanımlamağa teşebbüs etmemekte, daha ziyade kavramın tarihi gelişimini, hukuki niteliğini, cezaya benzeyen ve ondan farklı olan özelliklerini, ilişkin olduğu konular ve çeşitlerini, kanunlardaki tedbirleri açıklamakla yetinmektedirler. Örneğin bkz. Marc-Henri Thélin, “Nature et régime juridique des mesures de sûreté”, Lausanne 1931, s.18 (Lozan Doktora Tezi); Lavanchy, s.17 vd.; Nicolas 1. Tanoviceanu, *Les mesures de sûreté*, Paris 1934, s.4 vd.; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, İstanbul, 1997, s.567 vd.; Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992, s.543 vd.; Demirbaş, s.505; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2008, s. 384 vd. Bununla beraber kavramı tanımlayan müelliflere de rastlanılmaktadır. Nitekim Özgenç’e göre güvenlik tedbiri, “işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımıdır” Bkz. Özgenç, s.663; Koca-Üzülmez’e göre ise, güvenlik tedbirleri, “suç işleyen kişiye suç işleme dolayısıyla, suçun tekrarlanması ihtimali karşısında kişinin gösterdiği tehlikelilik durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle uygulanan, kendisini ve toplumu koruyucu nitelikteki ceza hukuku yaptırımlarıdır”. Bkz. Koca, Üzülmez, s.470.

suçtan dolayı kişi hakkında, koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla hakim tarafından hükmedilen, fiil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen yaptırımlardır<sup>17</sup>.”

Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi bir kimse hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması dört şartın varlığına bağlıdır:

1. Suç toplum için tehlikeli halin belirtisini oluşturmalıdır.
  2. Güvenlik tedbirine suçun işlenmesinden sonra hükmedilmelidir.
  3. Güvenlik tedbiri kanun tarafından öngörülmelidir.
  4. Güvenlik tedbirine hâkim tarafından hükmedilmelidir.
- Aşağıda, yukarıda belirtilen şartlar incelenecektir:

### A. Tehlikeli Hal Bulunmalıdır

Güvenlik tedbirleri, yeni suç veya suçlar işleme olasılığı bulunan, diğer bir anlamıyla, toplum bakımından tehlikelilik arz eden suç faileri hakkında uygulanabilir. Gerçekten geçmişteki halleri, kötü bir yaşayış tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli kusurları nedeniyle bazı kimseler tehlikeli bir halde bulunabilirler. Ancak bu kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanabilmesi, bu kişilerin suç işlemelerine bağlıdır. Bu bakımından aşağıda da belirtileceği gibi davranışları ile tehlikeli halde olduklarını ortaya koyan ve fakat henüz suç işlememiş kişiler hakkında güvenlik tedbirleri uygulanamaz<sup>18</sup>. Tehlikeliliğine karar verilen bir şahıs hakkında belli bir süreyle sınırlı tutulmayan güvenlik tedbiri tatbik edilir. Tehlikeli halin varlığı sonucu, niteliği itibarıyla müddetsiz olan güvenlik tedbiri uygulanacağından ve bu uygulama kişi hürriyetini sınırlandıracağından söz konusu halin hatasız olarak saptanması gerekir. Bir şahsın tehlikeli halde bulunup bulunmadığını tespit zordur. Tehlikeli halin varlığının saptanmasının yetkili merciinin takdirine mi yoksa kanuna mı bırakılması gerektiği hususu tartışmalıdır. 1910 Brüksel Kongresi tehlikeli halin tayinini kanuna bırakmıştır. Bununla beraber genellikle güvenlik tedbirlerine hükmedecek olan hâkime tehlikeli halin varlığını tespit yetkisi tanınmaktadır. İsviçre ve genelde 1930 İtalyan Ceza Kanunları bu yolu izlemiştir. Diğer ülke kanunlarından farklı olarak tehlikeli halin tanımını “Yukarıda maddede yazılı fiillerden birini işleyen ve gelecekte kanun tarafından suç olarak öngörülen fiilleri işleyeceği beklenen ceza bakımından ehil olmayan veya cezalandırılmayan kimse ceza kanununun uygulanmasında tehlikeli sayılır” şeklinde yapan (m.203) İtalyan CK. 133. maddesinin 1. fıkrasında da, tehlikeli halin tespiti hususunda hâkimin suçun ağırlığını göz önüne alırken fiilin nev’i, işleme vasıta-

17 “Güvenlik tedbirleri kanunda öngörülen toplumsal savunma vasıtaları olup, toplum için tehlike oluşturan suçun işlenmesinden sonra hâkim tarafından hükmedilen yaptırımlardır” ifadesi ile metindekine benzer bir tanımlı Hedayati de vermiştir. Hedayati, s.95-96.

18 Ayrıca bkz. Koca, Üzülmüş, s. 597.

ları, hedefi, işlendiği zaman ve yeri, suçun verdiği zararın ağırlığı veya mağdurda meydana gelen tehlikenin ağırlığı, kastın ağırlığı ve taksirin derecesine de dikkat etmesi zorunluğu getirilmektedir. Maddenin 2. fıkrası, tehlikeli halin tespitinde failin suç işleme konusunda eğilimini gösteren saikleriyle karakterinin, cezai ve adli sabıklarının, suçu işlemezden önceki tavır ve hareketleriyle, yaşayış tarzının, suç işlerken veya işledikten sonraki tutumunun, şahsi, ailevi ve sosyal ilişkilerinin hâkim tarafından göz önüne alınması gerektiğini belirtmektedir. Kanunda öngörülen ve tehlikeli halin belirtilerini oluşturan bu hususları göz önüne alan hâkim şahsın toplum bakımından tehlike arz edip etmediğini takdir edecektir. Tehlikeli hali tanımlamayan diğer ülke kanunlarından farklı olarak söz konusu halin tarifini veren İtalya Kanun koyucusu, bazı hallerde hâkime tehlikeli halin tespitinde takdir yetkisi tanımamıştır. Söz konusu durumlarda tehlikeli hal bizzat kanun tarafından varsayılmaktadır. Gerçekten mahkeme kararında itiyadi (m.102), profesyonel (m.105) ve suça eğilimli (m.108) olarak nitelendirilen kimse hakkında güvenlik tedbirleri uygulanır (m.109). 109. maddede öngörülen bu üç hal dışında 222 ve 226ncı maddelerdeki durumlarda da failin tehlikeli halde bulunduğu kanun tarafından öngörülmektedir. Hatta İtalyan CK. henüz suç işlememiş olanların da tehlikeli halde bulunabileceklerini ve dolayısıyla haklarında güvenlik tedbiri uygulanabileceğini belirtmektedir (m.202/2)<sup>19</sup>. 202. maddeye aşağıda değineceğiz. İsviçre CK. da 42 vd. maddelerinde, tehlikeli hale ilişkin hükümler vazetmektedir. Brezilya CK. da (m.77) bazı hallerde failin tehlikeliliğini varsayar.

Bazı suçlular toplum bakımından tehlike arz ettikleri gibi henüz hiçbir suç işlememiş olan kimseler de aynı durumda bulunabilirler. Ancak henüz suç işlememiş kimselerin tehlikeli halde bulunup bulunmadıkları kesin olarak saptanamadığı sürece -ki halen henüz suç işlememiş bir şahsın ileride suç işleyip işlemeyeceği tahmine dayanmaktadır- bunlar hakkında niteliği itibarıyla müddetsiz olan güvenlik tedbirine hükmetmek kişi dokunulmazlığı ve hürriyetini tehlikeye düşürür. Bu bakımdan güvenlik tedbiri ancak “post delictum” yani suçun işlenmesinden sonra hükmedilmeli<sup>20</sup> ve kişinin hangi hallerde toplum için tehlikeli sayılacağını, diğer bir deyişle tehlikeli halin belirtilerini kanun tespit etmelidir.

19 Madde 202/2 şöyle demektedir: “Ceza kanunu toplumsal bakımdan tehlikeli şahıslara kanun tarafından suç olarak kabul edilmeyen fi ili nedeniyle emniyet tedbirlerinin uygulanacağı halleri belirler”.

20 Suç işlenmeden önce güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi imkânını öngören kanunlar arasında 1933 İspanyol “Vagos y Maleantes” (m.2), 31.5.1934 Kolombiya (m.1), 4.4.1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu (m.48 B; 581 A; 582 B), 21.7.1940 San Salvador, 22.10.1941 Uruguay (m.2), 22.12.1950 Venezuela (m.1) ve 27.12.1956 İtalya sayılabilir, bkz. Jacques-Bernard Herzog, “Le problème de l’état dangereux en Amérique Latine”, *Le problème de l’état dangereux* (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris 1954, s.514-523, 520; Bouzat-Pinatel, a.g.e., t.1, s.413.

Hâkim bu belirtilerin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmalı ve belirtilerin varlığı halinde takdir hakkını da kullanarak bir sonuca varmalıdır.

### B. Güvenlik Tedbirine Suç İşlendikten Sonra Hükmedilmelidir

Yukarıda da belirtildiği gibi adli makamlara suç işlenmeden önce güvenlik tedbirlerine hükmetmek yetkisi tanınmamalıdır. Güvenlik tedbirine suç işlendikten sonra hükmedilmelidir. Diğer bir anlatımla, suçlunun tehlike hali suç şeklinde meydana çıktıktan sonra tedbir veya tedbirler uygulanmalıdır. Nitekim bu husus YTCK'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında “kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” şeklinde ifade edilmiştir. Bugün doktrinde hâkim olan bu görüş ülkelerin mevzuatlarının büyük bir çoğunluğu tarafından da kabul edilmiştir<sup>21</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin tatbikinin zorunlu bir şartını oluşturan suçun, tamamlanmış olması şart değildir. Suçun icra hareketlerine başlanması failin tehlikeli halini tespite yeterlidir. Ayrıca kişinin doğrudan fail olması da önemli değildir. Yardım eden veya azmettiren hakkında da güvenlik tedbiri uygulanabilir<sup>22</sup>.

Güvenlik tedbirlerinin uygulanması için suçun işlenmesini arayan kanunlar birbirlerinden farklılıklar gösterirler. Gerçekten bazı kanunlar herhangi bir suçu yeterli gördükleri halde (1930 İtalyan, 1937 İsviçre, 1948 Romanya), diğerleri sadece belirli suç tiplerini ararlar (Norveç ve kısmen İsveç. Bu kanunlarda genel adaba karşı işlenen suçlar ön planda yer almaktadır). Bazı kanunlar para cezasına mahkûmiyet veya sadece para cezasına mahkûmiyete neden olabilecek fiilleri işleyenler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını imkân dâhilinde gör-

21 Örneğin 1930 İtalyan CK. 202. maddesinin 1. fıkrası, güvenlik tedbirlerinin sadece toplumsal bakımdan tehlikeli şahısların kanun tarafından suç olarak öngörülen bir fiili işlemeleri halinde uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak aynı maddenin 2. fıkrası “Ceza kanunu toplumsal bakımdan tehlikeli şahıslara kanun tarafından suç olarak öngörülmeyle ilgili fiili nedeniyle emniyet tedbirlerinin uygulanacağı halleri belirler” demektedir. 1930 İtalyan CK. 202. maddesinin 2. fıkrasının karşılığını oluşturan ve kanunun suç saydığı bir fiili henüz işlememiş olan bir şahsa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını öngören Rocco Tasarısının 203. maddesinin 2. fıkrası, 1928 Ceza Hukukunu Birleştirme Konferansında (Roma) itirazlara neden oldu. Bir görüşe göre, güvenlik tedbirlerinin uygulanması kanunun tehlikeli hali belirtmesine ve suçun işlenmesine bağ olduğundan, İtalyan Tasarısının 203. maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü güvence, 2. fıkra tarafından reddedilmiştir. Bu görüşe karşılık Rocco ve Ferri, tasarının 52 ve 113. maddeleriyle (Bu hükümler 1930 İtalyan Ceza Kanununun 49. ve 115. maddelerini karşılamaktadır) ilgili halleri öngören 203. maddenin 2. fıkrasının muhafaza edilmesi düşüncesindedir. Konferans Garofalo'nun teklifi üzerine 2. fıkra yapıldı. “Bu fıkra İtalyan Ceza Kanunu (CK.) ve İtalyan CK. 52. ve 113. maddelerine benzer veya onlarla aynı hükümleri ihtiva eden diğer kanunlar tarafından kabul edilmiştir” şeklindeki ilâveyle söz konusu fıkranın korunmasına karar verdi. Belirtelim ki 1930 İtalyan CK.202. maddesinin 2. fıkrası sadece işlenemez suç halinde (m.49) veya kanun aksini öngörmedikçe birkaç şahsın bir suçu işlemeye karar vermeleri ve fakat icraya geçmemeleri vaziyetinde (m.115) uygulama olanağı bulmaktadır. Bkz. Hedayati, s.104–105.

22 Hedayati, s.105–106.

memektedirler. Genellikle kanunlar taksirle işlenen fiiller hakkında, tedbirlerin uygulanmasını kabul etmezken, İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunları taksirli fiiller hakkında da tedbirlerin tatbikini kabul etmektedir. Bazı ülkeler (Fransa, Belçika) basın ve siyasi suçlar hakkında tedbirlerin uygulanmasına müsaade etmemektedir. Birçok kanunlar suçun belli bir ağırlıkta olmasını ararlar. (örneğin, 1934 Fransız CK. Tasarısı, 1950 Yunan CK.) Bazıları hükmedilen en son cezanın ağırlığının göz önüne alınmasını kabul eder (Fransa, Avusturya)<sup>23</sup>.

Güvenlik tedbirleri, suç işlendikten sonra uygulanması gereken bir yaptırım türü olsa da, hakkında tedbir uygulanacak olan kişinin her zaman kusurlu olması şart değildir. Örneğin, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri, işlediği fiil dolayısıyla kusurlu sayılmayan kişiler bakımından uygulanırken (YTCK m. 32/1), belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri (YTCK m.53), ancak kusurlu olmaları sebebiyle haklarında hapis cezasına hükmedilen kişiler bakımından tatbik edilebilir. Bu bakımından güvenlik tedbirleri, işledikleri suçtan dolayı kusurlu sayılan kişiler hakkında cezanın yanında uygulanan bir yaptırım olma özelliğine de sahiptirler<sup>24</sup>. Bir suçla ilgili ceza ve güvenlik tedbirlerinin birlikte uygulanmaları hukuki niteliklerinin farklılığı nedeniyle “non bis in idem” kuralını ihlal etmez<sup>25</sup>.

### C. Güvenlik Tedbiri Kanun Tarafından Öngörülmedir

Suç ve cezaların kanuniliği kuralı güvenlik tedbirleri hakkında da geçerlidir<sup>26</sup>. Gerçekten hâkim, suç teşkil eden bir fiil işlenmedikçe<sup>27</sup> ve kanunen belli hal ve durumlar mevcut olmadıkça tedbire karar veremeyeceği gibi, kanunda yazılı olmayan bir güvenlik tedbirinin uygulanmasını da emredemez. Diğer bir deyişle, kanunda yazılı tedbirler bir suçun işlenmesine müteakip sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama olanağı bulurlar. Kurala bazı Anayasa<sup>28</sup>, ceza kanun ve tasarılarında<sup>29</sup> açıkça rastlanmaktadır. Ancak genellikle kanunilik kuralının ülkelerin mevzuatlarında sarıh olarak yer almadığı görülmektedir. Örneğin, 765 sayılı TCK'nun 1. maddesi. Ülkemiz açısından 1982 Anayasasının 38. maddesi.

23 Hermann, s.197.

24 Koca, Üzülmüş, s. 597.

25 Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 609.

26 Aksi fikri savunan Battaglini'ye göre ceza kanunilik ilkesine tabi olduğu halde, güvenlik tedbiri takdiri olabilir, bkz. M.G. Battaglini, “La peine dans le système des sanctions juridiques”, *Revue internationale de droit pénal*, sy. 1, Paris 1924, s. 52-66, 64.

27 İstisna için bkz. 1930 İtalyan CK. m. 202/2.

28 Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m.38.

29 Örneğin 1930 İtalyan CK.'nin 199. maddesinde; “Hiç kimse kanun tarafından öngörülen haller dışında ve sarıh olarak kanunda yer almayan emniyet tedbirlerine tabi tutulamaz” denmektedir. 1934 Fransız Ceza Kanunu Tasarısının 7. maddesi, “Hiçbir emniyet tedbiri kanunda öngörülen hal ve şartlar dışında hükmedilemez” demek suretiyle kanunilik kuralını benimsemiştir.

sinde; “ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konular” hükmüne yer verilerek, bu husus Anayasal düzeyde kurala bağlanmıştır. Aynı şekilde, YTCK’nun 2. maddesinde de “güvenlik tedbirleri” açısından kanunilik prensibi kabul edilmiştir.

Bu husus YTCK’ nun 2. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; “Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz” şeklinde ifadesini bulmuştur. Diğer bir deyişle kanunda yazılı tedbirler bir suçun işlenmesini müteakip sadece kanunda öngörülen hallerde uygulama olanağı bulurlar.

#### **D. Güvenlik Tedbirine Mahkeme (Hâkim) Hükmetmelidir**

Güvenlik tedbirlerine hakim tarafından hükmedilmelidir. Tıpkı ceza yaptırımında olduğu gibi, güvenlik tedbirleri de kişi hak ve hürriyetlerine müdahale oluşturur. Bu bakımından bu yaptırım türüne de bir yargılama neticesinde hakim tarafından hükmedilmelidir. Böylelikle, kişilerin hak ve hürriyetlerine keyfi müdahaleler önlenmiş ve bu yaptırım bakımından da hakim güvencesi sağlanmış olmaktadır.

Güvenlik tedbirlerine karar vermek durumunda olan iki merci düşünülebilir: İdari makam veya mahkeme. Bu sistemi savunanlar aşağıdaki gerekçeleri ileri sürerler:

a) Hâkimler yeni yetkilerle donatılmamalıdır.

b) Güvenlik tedbirlerine karar verilirken fiil ile yaptırım arasındaki orana göre hareket edilmesi şart olmadığına göre, hâkimi oranın söz konusu olmadığı işlere karıştırmamak lazımdır.

c) Hâkimler benzer olaylar hakkında değişik tedbirler uygulayabilirler<sup>30</sup>.

Güvenlik tedbirlerine hâkimin karar vermesini savunanların gerekçeleri ise, şunlardır:

a) Kendisine gönderilen dosyadaki mevcut bilgilere göre ve faili görmeden karar veren idari makama nazaran olaya ve faile yakınlığı nedeniyle hâkim daha yerinde bir tedbire hükmeder<sup>31</sup>.

b) Güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkün olduğu kadar failin şahsiyetinin tanınmasını gerektirir. Şahsiyetin tanınması ise, adli psikoloji, suç istatistikleri, adli tıp, kriminoloji vs. konularında uzmanlığa ihtiyaç gösterir. Bu nedenle idari makam ve hatta hukuk hâkimi güvenlik tedbirine hükmedemez.

<sup>30</sup> Arturo Corrado, “Die sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco”, Bern 1935, s.36 (Bern *Doktora Tezi*); Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cezalar Sistemi, Cezaların Somut Olaya Uygulanması, Dava ve Cezayı Düşüren Nedenler*, c.III, İstanbul, 1989, s.109.

<sup>31</sup> Corrado, s.37.

Milletlerarası Ceza Hukukunu Birleştirme 2. Konferansı (Roma 1928) Devletlere güvenlik tedbirlerinin iyi bir şekilde uygulanması için mutlaka ceza hâkimlerinin uzmanlaşmaları gerektiğini tavsiye ederek yetkinin ceza hâkiminde olduğunu belirtmiştir<sup>32</sup>.

c) İdari makamın ceza davasına dâhil edilmesi masrafları arttırdığı gibi zaman kaybına da neden olur.

d) İdari makam önünde savunma imkânlarına fazla sahip olmayan sanık, haklarını mahkeme karşısında daha iyi korur.

e) Cezalar ve güvenlik tedbirleri kural olarak bir suçun işlenmesinden sonra hükmedildiklerinden her ikisine de aynı merciin karar vermesi daha yerinde olur. Tedbirlere hükmedilmesi için suçun işlenmesinin değil, fakat tehlikeli halin bulunmasının şart koşulduğu hallerde, idari makamlara yetki verilebileceği düşünülebilirse de, bu husus işi lüzumundan fazla güçleştirir.

f) Cezanın alanı yeni kanun ve tasarılarla yer alan güvenlik tedbirleri vasıtasıyla daraldığından, tedbirlere hükmetme yetkisinin idari makamlara verilmesi hâkimin otoritesinin zayıflamasına neden olacaktır. Bu hususun engellenmesi hâkime güvenlik tedbirlerine hükmetme yetkisinin verilmesiyle sağlanabilir.

Hâkimin görevi ceza vermek ve toplumu güvenlik tedbirleri vasıtasıyla korumaktır. Ayrıca kişi hürriyetini güvence altına almak zorunda olan hâkim, yeterli neden olmadan kişiyi hürriyetinden mahrum bırakamaz.

Buna karşılık idari makamın görevi cezayı infaz etmek yani mahkemenin kararını yerine getirmektir. Güvenlik tedbirlerinin infazıyla ilgili olarak idari makam ayrıca, failin iyileştiğini tespit etmek ve bu saptamayı hâkime bildirmek zorundadır. Yeni bir kararla kişinin serbest bırakılmasına hükmetmek hâkimin görevidir<sup>33</sup>.

Uygulamada, henüz suç işlememiş ve kusur ehliyeti olmayan şahıslar hakkında güvenlik tedbirlerinin hükmedilmesine idari makamlar yetkili kılınmaktadır. Buna karşılık bir suç nedeniyle tedbire karar verilebileceği durumlarda yetki, mahkemeler veya mahkeme vazifesi gören mercilere bırakılmıştır (örneğin, 1930 İtalyan CK. m.205; 1937 İsviçre CK. m.42,43,44, 53-61). Genellikle ülkeler olay mahkemesine güvenlik tedbirlerine hükmetmek yetkisini vermektedir (örneğin Fransa, Yunanistan, Polonya, Romanya).

Bazı ülkelerde olay mahkemesi yanında bir gözetim hâkimi yetkilidir (İtalya, Portekiz, Brezilya). Ancak gözetim hâkiminin güvenlik tedbirlerine hükmetme yetkisi duruşma haricindedir yani daha sonraki bağımsız bir dava münasebetiyle

32 Hedayati, s.110.

33 Corrado, s.37.

veya faili kusur yeteneği olmaması dolayısıyla muhakemenin durması kararından sonradır.

Hemen hemen bütün ülkelerde tedbirlere karar veren hâkim onların nevi'lerinin tayininde de yetkilidir. Ancak Norveç Hukukunda güvenlik tedbirinin hükmedilmesine hâkim, bunun nevinin tesbitine ise, ceza infaz makamı yetkilidir. Belçika ve Hollanda (Hollanda, sadece akıl hastaları hakkında) Hükümete göndermeyi öngörmektedir. Olay mahkemesinin tecride izin ve yukarı süresini belirlediği Belçika'da güvenlik tedbirine ve seçimine hükmetmek Hükümete bırakılmıştır. Hollanda'da hâkim ya akıl hastasını doğrudan doğruya akıl hastanesine gönderebilir veya onu Hükümetin takdir hakkını kullanarak seçtiği bir akıl hastanesine yerleştirebilir. İsveç'te güvenlik tedbirlerine karar vermeye yetkili olan mahkeme, tedbire karar vermek istediği zaman özel bir komisyonun müsaadesini almak zorundadır. Mahkeme komisyonun raporuyla bağlıdır. Komisyon tedbire hükmedilmesini reddederse, mahkeme tedbire hükmedemez. Finlandiya'da ise, mahkemenin hükmedilmesine izin verdiği güvenlik tedbirine, bütün Finlandiya için yetkili bir komisyon karar verir.

Milletlerarası Ceza Hukuku ve Cezaevleri Komisyonunun (1950) aldığı karara göre, güvenlik tedbirlerinin seçim ve hükmedilmeleri bilirkişinin veya özel bir komisyonun dinlenmesini müteakip, sadece olağan mahkemelerin yetkisine girer<sup>34</sup>.

Genellikle eski tarihli kanunlar kanuni şartların mevcudiyeti halinde tedbirlere hükmedilmesini zorunlu tutmaktadır (örneğin, Fransa, Norveç, Finlandiya). Mahkemeye tehlikeli halin tespitinde takdir yetkisi tanıyan diğer bazı ülkeler, mahkemenin tehlikeli hali tespit etmesi durumunda, tedbirlere hükmedilmesi zorunluluğunu getirirler. Kanunun tehlikeli halin mevcudiyetini varsayması halinde, tedbirlere hükmetmek zorunludur (Örneğin, İtalya, Brezilya, Portekiz). Yeni kanunlar tehlikeli hali tespit eden hâkime, tedbirlere hükmedip hükmetmeme hususunda takdir yetkisi tanırlar (Örneğin, İngiltere, İsviçre, İsveç, Danimarka, Romanya). Bugünün ceza hukuku sanığın şahsi durumuna uygun bir tedavi sağlamak için hâkime, güvenlik tedbirlerine hükmedip etmeme ve hükmedilen tedbirin nevi'ni seçme hususunda daha geniş bir takdir yetkisi tanımak eğilimindedir<sup>35</sup>.

## II. Güvenlik Tedbirlerinin Hukuki Niteliği, Ceza ile Benzer ve Farklı Noktaları

### A. Hukuki Niteliği

Suçun işlenmesini müteakip yeni suçların işlenmemesi için kişinin arzusu hifafına uygulanan ve bu nedenle kişiye acı ve ızdırap veren güvenlik tedbirlerinin

34 Hermann, s.198-199.

35 Hermann, s.197.



bizatihi amacı kişiye acı ve ızdırap çektirmek değildir. Acı ve ızdırap, tedbirlerin tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur. Geçmişte işlenen bir fiile karşılık hükmedilen cezanın amaçları arasında kefaret, ödetme gayesinin de bulunmasına karşılık, güvenlik tedbirlerinin amacı toplum bakımından tehlikeli şahısların ileride suç işlemelerinin önlenmesidir. Diğer bir deyişle güvenlik tedbirleri, tehlikeli halde bulunduğunu suç teşkil eden fiiliyle ortaya koyan şahsın, yeni suçlar işlememesi için uygulanır<sup>36</sup>. Kısaca güvenlik tedbirlerinin amacı suçta tekrerrürün önlenmesidir. Gelecekteki bir suçun işlenmesi tehlikesine karşı toplumun savunulmasıdır. Acı ve ızdırap çektirme hâssasına sahip olmayan ve kefaret, ödetme amacı taşımayan tedbirleri, bir ceza müeyyidesi olarak nitelemek mümkün değildir. Bunlar yeni suçların işlenmesi tehlikesine karşı toplumun savunulması için düşünülmüş olan önleme, tedavi vasıtalarıdır<sup>37</sup>. Tedbirler sorumlu veya sorumsuz şahıslara karşı uygulanabileceği gibi mallar hakkında da uygulanabilir.

Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliğini 5237 sayılı TCK. açısından incelediğimizde; TCK'nun genel hükümlere ilişkin birinci kitabının "Yaptırımlar" başlıklı üçüncü kısmında, ceza ve güvenlik tedbirlerinin ayrı bölümler-de düzenlendiği görülmektedir. Kanununun 45. maddesinde; suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezaların hapis cezası ve adli para cezası olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü gibi kanun koyucu güvenlik tedbirlerini ceza olarak öngörmemiş, cezaların hapis cezası ve adli para cezası olduğunu hüküm altına alınmıştır. Güvenlik tedbirlerine 5237 sayılı TCK'nun 53 ila 60. maddeleri arasında ayrı bir bölüm içerisinde yer verilmiştir. Buna göre YTCK'nun benimsediği yaptırım teorisi dikkate alındığında, güvenlik tedbirlerinin bir suç karşılığında uygulanan ceza olmadığı anlaşılmaktadır.

## B. Ceza ile Benzer Noktaları

Suçlulukla mücadelede cezayı tamamlamaya çalışan güvenlik tedbirleri ceza ile benzerlikler arz eder. Gerçekten ceza gibi güvenlik tedbirleri de kanunilik prensibine tabidir (5237 sayılı TCK. m.2/1). Hâkim güvenlik tedbirlerinin uygulanmasını gerektiren kanuni bir durum olmadıkça tedbire karar veremeyeceği gibi kanunda yazılı olmayan bir güvenlik tedbirinin tatbikine de karar veremez. Bundan başka her iki nevi müessese arasında konu bakımından da bir farklılık yoktur. Ceza ve güvenlik tedbirleri hürriyeti sınırlayabilecekleri gibi istisnai olarak mallara da ilişkin olabilirler. Ayrıca ceza gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanması da bazı istisnalar haricinde bir suçun işlenmiş olmasına bağlıdır. Suç

36 1930 İtalyan Ceza Kanunu (m.202/1) güvenlik tedbirlerinin tatbiki için iki şartın varlığını aramaktadır: Bir suçun işlenmiş bulunması ve failin toplum için tehlikeli olması. Aynı esas 7.12. 1940 Brezilya CK. (m.76) tarafından da kabul edilmiştir.

37 Zeki Hafızoğulları, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, 1987, s.243 vd.

tehlikeli halin belirtisini teşkil etmelidir. Suçun fail tarafından işlendiği usulen tespit edildikten sonra ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkemeler karar verir<sup>38</sup>. Ceza ve güvenlik tedbirleri faili uslandırmayı ve onu topluma yeniden kazandırmayı gaye edinirler<sup>39</sup>. Bu benzerlikleri göz önüne alan pozitivistler tedbirler ile cezanın aynı nitelikte olduğu sonucuna vararak güvenlik tedbirlerinin ceza yerine geçmesini savunurlar<sup>40</sup>.

Türk doktrininde de çoğunluk, güvenlik tedbirlerinin cezai yaptırımlar olduğu görüşünü kabul etmektedir. Örneğin, Kunter'e göre, idari tedbir sayılmayan güvenlik tedbirleri, daima suçtan sonra (post delictum) tatbik olunur. Güvenlik tedbirleri, cezalandırıcı toplumsal savunma vasıtalarıdır. Bunların uygulanmasında işlenen suç ve ilerde işlenmesi olası suçlar göz önüne alınır<sup>41</sup>. Ceza ile emniyet tedbirleri arasında kalın ve aşılmaz duvarlar olmadığını savunan Erem'e göre, bugün ceza kanunlarında bulunan yaptırımlara ilişkin düşüncelerdeki değişiklikler cezayı daha ziyade güvenlik önlemleri haline dönüştürmektedir. Müellif hiçbir cezanın tek başına ceza olmak vasfını muhafaza edemediği düşüncesindedir<sup>42</sup>.

Doktrinde ceza ve güvenlik tedbirleri arasında nitelik bakımından bir fark olmadığı, nicelik farkının bulunduğu ileri sürülmüş, ardından ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki benzerlikler ortaya konulmuştur<sup>43</sup>.

38 Doktrinde henüz suç işlememiş tehlikeli halde bulunan kişiye güvenlik tedbirlerinin uygulanabileceği fikri ileri sürüldüğü gibi, yardım ve koruma tedbirlerine hakimlerin yanında doktrönlarnın da vazife gördüğü heyetler tarafından hükmedilmesi gerektiği de savunulmuştur. Bkz. Bouzat, Pinatel, t.I, s.404.

39 Ceza ve güvenlik tedbirlerinin ortak nitelikleri konusunda bkz. Hedayati, s.23; Bouzat, Pinatel, t.I, s.404; Donnedieu de Vabres, s.401; Dönmezer, Erman, Dersler, s.598; Faruk Erem, "Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri", *AHFD*, c.I, sy.3, Ankara 1944, s.351-378,352; Taner, s.582.

40 Rabinowicz'e göre Klasik ve Eklektik Müelliflerin ileri sürdüklerinin aksine ceza ve güvenlik tedbirleri arasında fark yoktur. Her iki müessesenin amaçları aynı olup, suçu önlemektir. Şu halde her ceza bir güvenlik tedbidir ve her güvenlik tedbiri bir cezadır, bkz. Léon Rabinowicz, *Mesures de Sûreté, Etude de politique criminelle*, Paris 1929, s.130, 157-158.

41 Nurullah Kunter, "Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:XIII, 13, S.4, s. 1327-1349, 1344.

42 Faruk Erem, s. 355; Güvenlik tedbirlerinin hukuki niteliği hakkında geniş bilgi için bkz. Ayşe Nuhoğlu, "Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri", Ankara 1997, s. 9-24 (*Doktora Tezi*).

43 Bu görüşe göre, ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki benzer noktalar şunlardır: Güvenlik tedbirlerinin failin tedavi ve terbiyesini sağladığı belirtilmekte ise de, cezalar da faili tedavi ve terbiye ederler. Güvenlik tedbirleri gibi cezalar da, suç işleyen kişilerin topluma kazandırılması ve toplum kurallarına uymalarına yardımcı olur. Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan güvenlik tedbirleri ile hapis cezaları da benzerlik göstermektedir. Zira her ne kadar ismi güvenlik tedbiri olsa dahi, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakan güvenlik tedbirlerinin kişiye azap ve ızdırap vermemesi düşünülemez. Hakim somut cezayı tayin ederken failin tehlikelilik halini de dikkate aldığı ve buna göre cezayı belirlediği için, güvenlik tedbiri için belirleyici rol oynayan failin tehlikelilik hali, ceza için de geçerlidir. Cezalar gibi güvenlik tedbirleri de ceza kanunlarında yer almaktadır. Aynı şekilde cezaların kanuniliği prensibi, güvenlik tedbirleri hakkında da geçerlidir. Cezalar gibi güvenlik tedbirlerine de hakim tarafından hükmedilmektedir. Bkz. Önder, c.III, s.102, 103.

### C. Cezadan Farklılıkları

Ceza ve güvenlik tedbirlerinin tanımlarının karşılaştırılması bu iki müessese arasındaki farkı ortaya koyduğu gibi pozitivist düşünceden ayrılmayı da sonuçlar. Gerçekten ceza uygulandığı kişiye acı ve ızdırap verir. Suça mukabil tatbik edilen cezanın amacı geçmişte işlenen fiile karşılık kefarete, gelecek bakımından ise, özel ve genel önlemedir. Güvenlik tedbirleri ise, sadece ileriye yöneliktir. Failin tekrar suç işlemesini önlemeye ve dolayısıyla toplumu korumaya çalışır. Kusura ehliyetine sahip olan veya olmayan failin tehlikeli halini uygun bir tedaviyle yok etme gayesini güder. Diğer bir deyişle güvenlik tedbirinin esaslı toplumu bazı kişilerde görülen tehlikeli hale karşı uygun vasıtalarla korumaktır<sup>44</sup>. Güvenlik tedbirinin amacı, aynı zamanda kişinin ıslahı, terbiyesi ve onun topluma tekrar kazandırılmasıdır. Suç işleyerek tehlikeliliğini ortaya koyan kişinin, iyileştirilmesi, eğitilmesi, tehlikeli kişiliğinden arındırılması, bulunduğu kriminojen ortamdan kurtarılmasıdır<sup>45</sup>. Bununla beraber hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri uygulanmasının kişi üzerinde acı ve ızdırap meydana getirdiği, tedbirlerin nitelikleri gereği müddetsiz oluşları nedeniyle ceza yaptırımını kadar hatta ondan da ağır oldukları gözden uzak tutulmamalıdır<sup>46</sup>. Ancak fail tarafından acı ve ızdırap şeklinde hissedilse dahi, güvenlik tedbirlerindeki bu etki tatbiklerinin zorunlu bir sonucudur. Acı ve ızdırap çektirme, tedbirlerin bizatihi gayesi değildir. Zorla tatbik edildiklerinden meydana gelen ızdırabın, tedavi ve ıslah gayelerinin elde edilmesi için zorunlu olan asgari haddi aşmamasına özellikle dikkat edilmelidir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan aşağıdaki sonuçlara varılabilir:

1. Ceza ve güvenlik tedbirleri nitelikleri gereği süre bakımından birbirlerinden ayrılır. İşlenen fiil karşılığı öngörülen cezanın süresi önceden tespit edildiği halde, faildeki tehlikeli hal sebebiyle uygulanan güvenlik tedbirinin ne kadar devam edeceği belirtilmelidir. Gerçekten failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin devam süresi, bir doktorun hastasının ne kadar zaman içinde iyileşeceğini bilemeyeceği gibi, önceden öngörülemez. Failin toplum bakımın-

44 Konuyla ilgili olarak Stoos şöyle demektedir: “Ceza ve güvenlik tedbirlerinin benzerliği sadece dış görünüş bakımındandır. Aslında her iki yaptırım kesin olarak birbirlerinden farklıdır. Cezanın uygulanması fiili duruma kısaca suça dayanır. Failin gerçekleştirdiği bir kez tespit edildikten sonra, hakim kanundaki cezaya hükmetmekten başka yapacağı bir şey yoktur. Aksine güvenlik tedbirinde cezai yaptırımın ölçütü suç değildir. Yaptırımın kriteri failin şahsi durumu olup, suç tehlikeli halin basit bir belirtisidir”, bkz. Hedayati, s.25-26 dn.4.

45 Krş. Zeki Hafizoğulları, Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara 2016, s.433.

46 Fransız Müelliflerinden Roux, istek dışı uygulanan tedavi tedbirinin zorlama oluşturduğu ve ne şekilde isimlendirilirse isimlendirilsin bir kimsenin arzusu hilafına kapatıldığı yerin onun için bir cehennem sayıldığı fikrindedir, bkz. J.-A.Roux, “Cours de droit criminel français”, t.I, *Droit pénal*, 2. éd., Paris 1927, s.375-376.

dan gösterdiği tehlike devam ettikçe güvenlik tedbiri uygulanır. Bu bakımdan güvenlik tedbirleri nitelikleri gereği müddetsiz hüküm şeklinde görünürler<sup>47</sup>. Bu konuya aşağıda tekrar değineceğiz. Ancak sürenin belirsizliği failin uslandırılması üzerinde olumsuz bir etki yaratabileceğinden genellikle kanunlar tedbirin en aşağı veya en yukarı haddini tespit etmişlerdir (Nispi Müddetsiz Hüküm). Nitekim bazı ülkeler infaz sırasında mahkûmun tamamen ümitsizliğe kapılmaması düşüncesiyle tedbirin azami devam süresini belirlemişlerdir (örneğin Belçika, İspanya, 1934 Fransız Tasarısı). Buna karşılık koruma, ıslah ve iyileştirme gayelerinin ancak uzun bir süre zarfında sağlanabileceği ve kısa süreli hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin faydadan çok zarar getireceği düşüncesinde olan diğer bazı ülkeler tedbirin asgari devam süresini tespit etmişlerdir (örneğin İtalya, Brezilya, Polonya). Üçüncü bir kategoriye giren ülkeler, sürenin en aşağı ve en yukarı haddini belirtirler (İngiltere corrective training ve preventive detention için, Romanya). Genellikle ülkeler akıl hastaları konusunda sürenin azami haddi belirtmezler (Aksi yönde, Belçika, 1934 Fransız Tasarısı)<sup>48</sup>. Bununla beraber azami süreyi öngören ülke kanunları, tehlikeliliğin devam etmesi durumunda hâkime süreyi uzatma yetkisi vermişlerdir (Belçika, Hollanda). Güvenlik tedbirlerinin süresi İngiltere ve Danimarka gibi ülkelerde filin nev'i ve ağırlığına bağlı değildir. Brezilya (7.12.1940 Brezilya CK. m 91)<sup>49</sup> gibi bazı ülkeler akıl hastaları hakkındaki güvenlik tedbirlerinin süresini işlenen filin ağırlığına bağlı tutarken, İsveç'te filin ağırlığı sadece göz önüne alınır<sup>50</sup>.

2. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirlerinin infazı aynı nev'i cezaların infazından farklılık arzeder. Ödetici bir nitelik taşıyan cezanın uygulanmasıyla kişiye acı ve ızdırap verme düşüncesinin, güvenlik tedbirlerinin infazında yeri yoktur. Bu bakımdan haklarında söz konusu tedbirler uygulanan hükümlüler, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm olanların rejiminden farklı bir rejime tabi tutulur. Güvenlik tedbirlerinin infaz edildiği müesseselerde pedagojik ve tıbbi kurallar geçerlidir. Bu kurumlarda mahkûmun cezalandırılmasına değil, toplum için arz ettiği tehlikeli halin yok edilmesiyle ıslahına, iyileştirilmesine çalışılır. Gerek nevi'leri ve gerek uygulanış şekilleri bakımından cezaların sınırlı olmalarına karşılık, toplum için tehlike arz eden bir kimsenin bu halinin ortadan kalkması maksadını güden güvenlik tedbirleri tehlikeli hal kişiden kişiye değiştiğinden her şahsa göre değişik şekil ve uygulanış özelliği gösterir. Tedbirlerin bir nev'i ile

47 Hedayati, s.26.

48 1937 İsviçre CK., akıl hastası suçluların bir hastanede tedavi altına alınması tedbirinin süresinden bahsetmemiştir (m.43).

49 Brezilya CK. için bkz. "Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940" (Çev: Dietrich Lang- Hinrichsen), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr. LXI, Berlin, 1953.

50 Herrman, s.197-198.

infaza başlandıktan sonra kişinin bu tedbire gösterdiği reaksiyona göre, diğerlerine geçilebilir veya bir tedbir yerini başka bir tedbire bırakabilir. Güvenlik tedbirlerinin başlıca gayesi suçluyu ıslah ve terbiye, onun toplum hayatına yeniden intibakını sağlamak olduğundan, tedbirin infaz edildiği kurumdaki mahkûmun yaşantısı, mümkün olduğu kadar normal hayat şartlarına yaklaşmalıdır. Diğer bir deyişle yukarıda da belirtildiği gibi tedbirlerin zorla tatbikiyle mahkûm üzerinde meydana gelen acı ve ızdırap, asgari ölçüye indirilmelidir<sup>51</sup>.

3. Güvenlik tedbirlerinin tek amacı toplumu tehlikeli suçlulara karşı onların toplumdan uzaklaştırılmaları veya yeniden kazandırılmaları yoluyla korumak olduğundan, söz konusu şahısların normal, akıl hastası, yetişkin, küçük kısaca manevi sorumluluğa sahip olup olmamaları tedbirler açısından önemli değildir. Suç işleyenleri korkutmak suretiyle gelecekteki olası suçların önüne geçmeyi gaye edinen ceza, korkmalarına imkân olmayan şahıslara (örneğin tam akıl hastaları) tatbik edilemez. Bu bakımdan ceza ancak manevi sorum-luluğu haiz olan kimselere verildiği halde (kusursuz ceza olmaz prensibi) güvenlik tedbirleri, irade serbestisi ve temyiz kudretine sahip olmayan kişiler hakkında da ve hatta özellikle bu kişilerin toplum bakımından daha büyük bir tehlike oluşturdukları düşüncesiyle uygulanır<sup>52</sup>.

4. İşlenen fiil nedeniyle hükmedilen ceza, nev'i ve süresi bakımından suçlunun manevi sorumluluk derecesi ve suçun ağırlığıyla orantılıdır (karşılaştırınız YTCK m. 3/1). Bu nedenle çoğu kez kısa süreli de olabilir. Buna karşılık failin manevi sorumluluğu ve suçun objektif ağırlığının güvenlik tedbirleri üzerinde bir etkisi yoktur. Güvenlik tedbirlerine failin toplum bakımından gösterdiği tehlike halinin derece-sine göre hükmedilir. Tedbirin süresi failin tehlikeli hali ile orantılıdır. Failin tehlikeli kişiliğine dayanan tedbir, tehlikelilik devam ettikçe tatbik edilir. Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlikeli halinin yok edilmesi gayesini güden tedbir, tehlikeli halin ortadan kalkmasıyla yani amacın elde edilmesiyle sona erer. Bu bakımdan YTCK 3/1 maddesindeki “suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı... güvenlik tedbirine hükmolunur.” ifadesini yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz. Kanaatimizce tedbirin süresi hemen yukarıda da belirtildiği gibi tehlikeli halin süresine bağlıdır. Diğer bir deyişle, tehlikeli halin devamına bağlı olan tedbirin süresi baştan itibaren tespit edilemez<sup>53</sup>.

51 Hedayati, s.26-27, 129-130; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s.245.

52 Bouzet, Pinatel, t.I., s.405; Roux, t.I, s.383; Vidal, Magnol, t.I, s.616-617; Hedayati, s.27; Dönmezer, Erman, *Dersler*, s.596-597; Erem, s.353; Hafizoğulları, *Ceza Normu*, s. 245-246.

53 Bouzet, Pinatel, t.I., s.406; Hedayati, s.28; Vidal, Magnol, t.I, s.616-617; Erem, s.353; Donnedieu de Vabres, s.900.

5. Ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki diğer bir fark da kanunların zaman itibarıyla uygulanması, genel af, özel af, erteleme, zamanaşımı gibi konularda, cezalara ilişkin hükümlerin güvenlik tedbirleri hakkında geçerli olmamasıdır. Aşağıda bu konulara değineceğiz.

a) Güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunların derhal uygulanmaları, yani yürürlüğe girdikleri andan itibaren fiilin işlendiği zamana bakılmadan tatbik edilmeleri gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüş, aşağıdaki gerekçelere dayanmaktadır:

aa) Azap ve ızdırap verici bir niteliğe sahip olmayan güvenlik tedbirleri, suçlunun manevi sorumluluğuna ve suçun ağırlığına göre değil, suçlunun topluma karşı gösterdiği tehlike halinin derecesine göre verilir. Bu hal, karar anındaki duruma göre hesaplanır. Hâkim, hâlihazır tehlike halini göz önüne alarak kararını vereceğinden, fail, fiili işlediği sırada daha hafif bir yaptırımın kendisine uygulanacağını beklediğini ileri süremez.

bb) Güvenlik tedbirleri arasında cezalar gibi derece farkı olmadığından, birisinin diğerinden daha hafif olduğu iddia edilemez.

cc) Güvenlik tedbirleri, suçluya ıslah ve terbiye yoluyla topluma kazandırma ve yeniden suç işlemesine engel olmak suretiyle de toplum düzenini koruma amacını güttüğünden, bu amaca en uygun tedbirin son çıkan kanundaki (karar anında yürürlükte olan kanun) tedbir olduğu varsayılmaktadır<sup>54</sup>. Güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması kuralı örneğin 1930 İtalyan (m.200)<sup>55</sup>, 17.8.1950 Yunanistan (m.4/1)<sup>56</sup>, 7.12.1940 Brezilya (m.75) ve istisnaları saklı tutmak suretiyle Federal Almanya (§ 2/6) Ceza Kanunları tarafından kabul edilmiştir.

Bununla beraber öğretilerde güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması kuralının bir sınırlandırmaya bağlı tutulduğu gözlenmektedir. Gerçekten güvenlik tedbirlerini bir ayırıma tabi tutan bazı yazarlar, cezaya çok yaklaşan veya adeta ceza işlevini gören tedbirler (hürriyeti bağlayıcı veya kısıtlayıcı tedbirler) hakkında lehte olan kanunun uygulanması, diğer tedbirler, yani failin korunması veya ona yardım amacını güden güvenlik tedbirleri için ise, yeni kanunun derhal uygulanması görüşünü savunmuşlardır<sup>57</sup>.

54 Hedayati, s.118; Roger Merle, André Vitu, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 5. éd., Paris 1984, s.318; Donnedieu de Vabres, a.g.e., s.400; Faruk Erem, s. 352-353, M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, s. 151.

55 İtalyan CK için bkz. "Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930" (Königl.Dekret Nr.1398) (Çev Roland Riz), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.XC.Berlin, 1969.

56 Yunanistan CK için bkz. "Das griechische Strafgesetzbuch vom.17 August 1950", (çev: D.Karanikas), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.LIX, Berlin, 1953.

57 Thorman-von Overbeck (40, dn. 16), zikreden Paul Logoz, *Commentaire du code pénal suisse, partie générale ( Art. 1 à 110 )*, Neuchâtel-Paris 1939, s.9-10; Merle, Vitu, s.319; aynı yönde Donnedieu de Vabres, s.900.

YTCK' nın 2/1 ve 7. maddeleri dikkate alındığında, güvenlik tedbirleri yönünden kanunilik prensibinin ve geçmişe yürüme yasağının geçerli olduğu belirtilmelidir. 7. maddenin 3. fıkrası uyarınca güvenlik tedbirlerinin infaz rejimi ile ilgili konularda derhal tatbik ilkesi uygulanır.

b) Genel af güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel teşkil eder. Gerçekten genel af işlenen fiilin suç olma vasfını, hükmolunmuş ise cezaları ve mahkûmiyetin bütün cezai sonuçlarını ortadan kaldırdığına ve güvenlik tedbirlerinin uygulanması için bir suçun işlenmiş olması şart olduğuna göre, genel af güvenlik tedbirlerinin tatbikini engeller<sup>58</sup>. Bununla beraber güvenlik tedbirleri kişinin tehlikeli hali nedeniyle tatbik edildiklerinden doktrinde af kanununun çıkmasından sonra da, akıl hastalarının bir tedavi ve koruma müessesine kapatılmalarına ve küçüklerle ilgili tedbirlerin uygulanmasına devam edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>59</sup>.

Konuyla ilgili olarak mukayeseli hukukta başlıca üç sisteme rastlanmaktadır:

aa) Birinci sisteme göre, genel afla dava düştüğünden güvenlik tedbirlerine hükmedilemez. Hükmedilen tedbirlerin infazları sona erer (1930 İtalyan CK. m.210/1).

bb) Bazı kanunlar genel affın güvenlik tedbirlerine herhangi bir etkisi olmayacağını sarıh olarak ifade etmektedirler (Örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.172)<sup>60</sup>.

cc) 1934 Fransız CK. Tasarısının 90 ncı maddesi, genel affın güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel teşkil edeceğini belirtmektedir. Ancak aynı tasarının 92. maddesi genel affın, kişinin bir tedavi kurumuna konulması ve mala ilişkin tedbirlere etkili olamayacağını öngörmektedir<sup>61</sup>.

Genel affın tedbirlere etkisi konusunda genel bir hükme yer vermeyen 5237 sayılı TCK. sadece söz konusu affın müsadere edilen eşya üzerinde tesiri olmayacağını belirtmektedir. Kanunun 74. maddesine göre, müsadere edilen eşya genel afftan sonra geri verilmez (ETCK. m.100).

Genel affın güvenlik tedbirlerine etkisi hakkında yapılan tartışmaların sona

58 Marc-Henri Thélin, "Nature et régime juridique des mesures de sûreté", Lausanne 1931, s.138 (Lozan *Doktora Tezi*); Erem, s.354; aksi fikir için bkz. Dönmezer, Erman, *Dersler*, s.700; Bozdat, Pinatet, t.I, s.408,860; Jean Constant, "Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif belge", t.II; *Les peines et les mesures de sûreté*, Liège, 1960, s.1135-1136; Jean-Paul Doucet, *Précis de droit pénal général*, Liège, 1976, 284.

59 Thélin, s.138; Trousse, *Novelles de droit pénal*, t.I, no.1959, zikreden Doucet, s.284, dn. 23.

60 Romanya CK. için bkz. "Rumanisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960", (Çev. Paula Tiefenthaler-Alois Provasi) *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.LXXXI,Berlin, 1964.

61 Hedayati, s.124.

ermesi, kanun koyucunun af kanununda açık hükümlere yer vermesiyle mümkündür.

c) İnfaz ilişkisini etkileyen (kesinleşmiş cezayı ortadan kaldıran, azaltan veya değiştiren) özel affın güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına tesiri yoktur. Gerçekten infaz ilişkisinin etkilenmesi, örneğin kesinleşmiş cezanın infaz edilmemesi, failin toplum bakımından tehlike teşkil etmesini ortadan kaldırmaz. Güvenlik tedbirleri faile toplum bakımından tehlike arz etmesi nedeniyle uygulandıktan sonra, tedbirlerin neticelerini tayinde de sadece tehlike halini göz önüne almak gerekir<sup>62</sup>.

Özel affın güvenlik tedbirlerine tesiriyle ilgili olarak da mukayeseli hukukta çeşitli çözüm tarzlarına rastlanmaktadır:

aa) 1934 Fransız CK. Tasarısının 90 ıncı maddesi, özel affın güvenlik tedbirlerinin infazını engelleyeceğini öngörmektedir. Bu hüküm doktrinde eleştiriye uğramıştır<sup>63</sup>.

bb) Bazı kanunlar özel affın, güvenlik tedbirlerinin infazına herhangi bir etkisi olamayacağını açıkça belirtmişlerdir (Örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.173).

cc) 1930 İtalyan CK. nun sistemi şudur: Cezanın ortadan kalkması kural olarak güvenlik tedbirlerine hükmedilmesini engeller. Ancak istisnai olarak kanunun hükmedilmesine her zaman müsaade ettiği (failin itiyadi, profesyonel veya suça eğilimli olması halleri, m.109) güvenlik tedbirleri asli cezanın tamamen ortadan kalkmasından etkilenmezler. On yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı asli cezanın affa uğraması halinde güvenlik tedbirinin infazına devam edilir. Ancak bu tedbir zirai bir kolonide veya bir çalışma müessesinde bulun-durulmaktan ibaret ise, bunların yerini gözetim altında serbestlik tedbiri alır (1930 İtalyan CK. m.210/2).

Özel affın güvenlik tedbirlerine etkisi hakkında 765 sayılı TCK'da genel bir hüküm bulunmamaktaydı. 1889 İtalyan Ceza Kanununun kanun veya kararnamesinde aksi yazılı olmadıkça özel affın, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altına alınma tedbirine etki etmeyeceğine ilişkin 87. maddesi ETCK'ya alınmamıştı. Bu durum özel affın güvenlik tedbirlerine etki edeceği anlamına gelmemektedir. Gerçekten emniyeti umumiye nezareti altına alınma tedbirinden bahseden ve 15.4.1987 gün ve 3552 sk. ile yürürlükten kaldırılan 765 sayılı TCK'nun 42. maddesi, emniyet nezareti yaptırımının "... asıl cezanın ikmal veya kısmen veya külliyen affolunduğu tarihten..." başlayacağı hükmünü öngörüyordu. Bu maddedeki af, özel af olduğundan, özel affın güvenlik tedbirinin tatbikine

62 Erem, s.354.

63 Hedayati, s.124.



etkili olamayacağını diğer bir deyişle özel affa rağmen tedbirin uygulanacağını ETCK<sup>64</sup>. açıkça belirtmişti.

Aynı şekilde 5237 sayılı TCK'da da özel affın güvenlik tedbirlerine etki edip etmeyeceği konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak TCK'nun 65. maddesinin 2. fıkrasında; “Özel af ile, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir” denildiği için, özel affın sadece hapis cezası için etki gösterdiği söylenmelidir.

TCK'nun 74. maddesinin 1. fıkrasında; “Genel af, özel af, şikâyetten vazgeçme, müsadere olunan şeylerin veya ödenen adli para cezasının geri alınmasını gerektirmez” denilmek suretiyle bir güvenlik tedbiri olan müsadereye özel affın etki etmeyeceği öngörülmüştür<sup>65</sup> (ETCK. m.100).

d) Doktrinde güvenlik tedbirlerinin tecil edilip etmeyecekleri konusu tartışmalara yol açmıştır.

aa) Güvenlik tedbirlerine tecilin uygulanmaması gerektiği görüşünü savunanlar şu gerekçeleri ileri sürerler:

aaa) Güvenlik tedbirlerinin gayesi toplum bakımından tehlike arzeden bir kimsenin bu tehlikeli halinin ortadan kaldırılmasıdır. Güvenlik tedbirleri tehlikeli hal dolayısıyla uygulanırlar. Kişide tehlikeli hal ya var ya yoktur. Eğer yoksa güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına gerek kalmaz. Şayet varsa toplumu tehlikeye karşı koruyan tedbirlerin ertelenmesi düşünülemez<sup>66</sup>. Nitelikleri gereği güvenlik tedbirlerinin tecile elverişli olmadığını belirtilen Hafter'e göre<sup>67</sup> bu tür yaptırımlar şahsın tehlikeli halinin veya zararlı veya tehlikeli eşyanın ortadan kaldırılması için uygulanırlar. Bu şartların mevcudiyeti halinde uygun vasıtanın tatbiki şarttır.

bbb) Tedbirler tecile tabi tutulmayacakları gibi cezaların tedbire çevrilmesi halinde dahi (örneğin, 5237 sayılı TCK. m.50/5, 51, 647 sk. m.4) erteleme mümkün değildir. Gerçekten cezalar sistemini tamamlayan bir müessese olan tecil, tedbirleri ve tedbirler sistemini tamamlamakta değildir<sup>68</sup>.

64 Yargıtay da özel affın, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulmaya tesir edemeyeceği görüşündeydi: “Asli cezada hususi affa indirim yapılırsa dahi, emniyeti umumiye idaresinin nezareti altında bulundurulma cezasının aynen ipkası icabeder” 1. CD., 21.3.1951, E.644/K.598, zikreden Dönmezer, Erman, *Dersler*, s.703, dn.3.

65 Türk Hukukunda özel affın güvenlik tedbirlerine etkisi konusunda bkz. Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara 1997, s.940; Selahattin Keyman, “Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af)”, Ankara 1965, s.116– 117 (*Doktora Tezi*); Dönmezer, Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c.III, 10.Bası, İstanbul, 1985, s.307–308; aynı yazarlar, *Dersler*, s.703.

66 Hedayati, s.125 ; aynı yönde Bouzet, Pinatel, t.I, s.408; Donnedieu de Vabres, s.524.

67 Ernst Hafter, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Bern 1946 s.333-334.

68 Dönmezer, Erman, c.III, s.31.

1930 Prag Milletlerarası Ceza Hukuku ve Ceza İnfaz Hukuku Kongresinde de istisnai haller haricinde güvenlik tedbirlerine tecilin uygulanmaması tavsiye edilmiştir<sup>69</sup>.

bb) Bazı müellifler güvenlik tedbirlerinin tecilini savunurlar. Bu müelliflerden örneğin Exner'e göre, içki müptelalarının bir kuruma konulması, çalışma kurumlarına yollama, ülkeden çıkarma tedbirleri tecil edilmelidir. Söz konusu tedbirlerin infazı tehdidi tecille aynı etkiyi husule getirdiğinden, ilgili bu yaptırımların kendisi hakkında uygulanmasını istemez<sup>70</sup>. Failin tehlikeli haline dayanan bir yaptırımın infazından vazgeçilemeyeceği hakkındaki görüşe Exner şu şekilde karşılık verir: "Bu düşünce doğru ise güvenlik tedbirleri hakkında şartlı salıverilmeden de bahsedilemez. Gerçekten ilgili şahsın ya tehlikeliliği devam etmektedir ya da tehlikeliliği geçmiştir. Her iki halde de şartla salıverilme mümkün değildir".

Exner'in şartla salıverilme ile tecili karşılaştırmasının doğru olmadığı ifade edilmiştir. Denmiştir ki: şartla salıverilme kanun tarafından öngörülen asgari bir sürenin geçmesinden sonra ve aksi ispatlanıncaya kadar tehlikelilik arz etmediği kabul edilen şahıs hakkında uygulanır. Yetkili merci şartla salıvermeye tehlikeli halin tespitinden hemen sonra değil, güvenlik tedbirinin belli bir süre infazını müteakip karar verir. Gerçekten hakkında güvenlik tedbiri infaz edilen şahsı, tehlikelilik hali sadece kanıtlanan bir şahısla bir tutmak mümkün değildir<sup>71</sup>.

Mukayeseli hukukta kanunların değişik yollar izledikleri müşahede edilmektedir:

cc) Bazı ülkeler güvenlik tedbirlerinde tecilin uygulanmasını kabul etmemektedirler (örneğin, 27.2.1948 Romanya CK. m.65).

dd) Diğer bazı ülkeler ise, hâkime güvenlik tedbirlerinin tecil edilip edilmesinin hususunda takdir yetkisi vermişlerdir (örneğin 4.4.1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu m.97 F)<sup>72</sup>.

ee) İtalyan CK. ise asli ceza yanında kanuna göre toplum bakımından tehlikeli kabul edilen şahıslar hakkında hükmedilmesi gereken şahsi güvenlik tedbirinin

69 Hedayati, s.126-127.

70 F.Exner, "Die bessernden und sichernden Massregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Berücksichtigung des schweizerischen Entwurf von 1928", *Revue pénale suisse*, n, 34, s.187 vd., zikreden Lavanchy, s.83; Bununla beraber müellif ceza sorumluluğu olmayanlar hakkında tecilin uygulanmasını kabul etmemektedir. Bkz.F.Exner, *Les M.S et leur classification, Actes C.P.P.I.*, t.II, Prague 1930, s.29, zikreden Hedayati, s.126, dn.1.

71 Exner, *Les M.S et leur classification*, s.30, zikreden Hedayati, s.125-126.

72 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu için bkz. "Das cubanische Gesetzbuch der sozialen Vertedigung vom 4.April 1936" (çev: Günter Blau) *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr. LXXII, Berlin, 1957.

tecile tabi tutulmamasını öngörmüştür (1930 İtalyan Ceza Kanunu m. 164/2). Asli cezanın tecili müsadere dışında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına engel olur (İtalyan CK. m.164/3).

ff) Bir psikiyatri kliniğine veya kötü alışkanlıklardan kurtarma amaçlı bir kuruma yatırma tedbirine karar veren mahkeme, tedbirin infazının tecil edilmesi yoluyla ondan beklenen faydanın elde edilebileceği umudunu hakkı gösteren özel durumların mevcudiyeti halinde, tedbirlerin infazını tecil eder. Şayet tedbirle birlikte hükmedilen hürriyeti bağlayıcı ceza tecil edilmemişse, tedbirin infazı da tecil edilmez (2.1.1975 şekliyle Federal Alman CK. § 67b)<sup>73</sup>.

Türk Hukukunda ceza olmadıklarından güvenlik tedbirlerinin tecil edilemeyeceği düşüncesi hakimdir<sup>74</sup>. Bu bakımdan akli maluliyete haiz suçlular hakkındaki muhafaza tedbirleri 5237 sayılı TCK. m.57 (ETCK. m.46), küçükler hakkındaki terbiye, ıslah ve tedavi tedbirleri TCK. m.56, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5 (ETCK.m.53 f.2, m.54 f.1; 7.11.1979 tarih ve 2253 sayılı Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun m.10) tecil olunamaz. Cezanın tedbire çevrildiği hallerde de tecil mümkün değildir (5237 sayılı TCK. m.50/5, 51, 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkında Kanunu m.4).

e. Dava zamanaşımının güvenlik tedbirlerinin tatbikine engel olup olamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre<sup>75</sup>, güvenlik tedbirleri ancak hakkında koşuşturma yapılmış bir suça dayanılarak hükmedileceklerinden ve dava zamanaşımı her türlü koşuşturmayı engellediğinden, dava zamanaşımının güvenlik tedbirlerinin tatbikine mani olacağını kabul etmek lazımdır. Bu görüşe, örneğin koşuşturma zamanaşımından bahseden Federal Alman Ceza Kanununun 78. paragrafının 1. fıkrasında ve yerine getirme zamanaşımını konu edinen aynı kanunun 79. paragrafında rastlamak mümkündür. 78. paragrafın 1. fıkrası, “zamanaşımı fiilin cezalandırılması ve tedbirlere hükmedilmesini engeller...” demektedir. 79. paragrafın 1. fıkrası ise, hükmedilip kesinleşen ceza veya tedbirin zamanaşımı süresinin sona ermesinden sonra yerine getirilemeyeceğini öngörmektedir. Aynı paragrafın 4. fıkrası tedbirlerde zamanaşımı sürelerini belirlemektedir: Buna göre, tedbirlerde zamanaşımı süresi on yıldır. Ancak gözetim altında tutma veya uyuşturucu madde veya alkol müptelalarının alışkanlıklarından kurtarıldıkları bir kuruma

73 Federal Alman Ceza Kanununun Genel Kısımının Türkçeye çevirisi için bkz. Kayıhan İçel, Feridun Yenisey, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 3.Bası, İstanbul, 1990, s.1000-1038.

74 Erem, Danışman, Artuk, s.812; Önder, c.III, s.194.

75 Logoz, s.305; Habibollah Moazzami, “La prescription de l’action pénale en droit français et en droit suisse, Etude de droit comparé”, Montreux 1952, s.328 (Cenevre *Doktora Tezi*); Erem, s.354.

ilk defa yatırılma kararı verilmişse süre beş yıldır. Yukarıdaki görüşe karşı denebilir ki<sup>76</sup>, failin toplum bakımından arz ettiği tehlikeli hale dayanan güvenlik tedbirleri, tehlikeli hal devam ettikçe uygulama olanağı bulmalıdırlar. Diğer bir deyişle tehlikeli hal zamanasını süresinden daha uzun bir müddet devam edebilir. Bu nedenle zamanasını konusunda cezalara ilişkin hükümlerin güvenlik tedbirleri hakkında geçerli olmaması gerekir. Federal Alman Ceza Kanununun 79. paragrafının 4. fıkrasının 1. cümlesi “Tehlikeli suçluların gözaltı edilmeleri tedbirinin yerine getirilmesi, zamanasına uğramaz” diyerek tehlikeli hale gereken önemi vermiştir.

Güvenlik tedbirleri bakımından ceza zamanasının söz konusu olup olmadığı konusunda 765 sayılı TCK’nda bir hüküm bulunmamaktaydı.

5237 sayılı Kanunda ise konuya ilişkin 69, 70 ve 74. maddenin 2 ve 3.fıkralarında hüküm bulunmaktadır.

### III. Güvenlik Tedbirlerinin Çeşitleri

Toplum için tehlike arz eden bir kimsenin tehlikeli halini ortadan kaldırmak maksadını güden güvenlik tedbirleri, bu hal kişiden kişiye değiştiğinden çeşitlidir. Konuyla ilgili doktrin ve milletlerarası kongrelerde çeşitli tasnifler önerilmiştir<sup>77</sup>. Bu ayrımlar kanunlarda da yer almıştır<sup>78</sup>.

Güvenlik tedbirlerini korudukları değerler açısından kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan, kişi hürriyetini kısıtlayan ve diğer güvenlik tedbirleri olmak üzere üçlü bir ayrıma tabi tutacağız. Her gruba giren en önemli güvenlik tedbirlerini yer aldıkları ceza kanunlarından örnekler vererek belirteceğiz. Daha sonra 5237 sayılı TCK’da yer alan güvenlik tedbirlerini zikredeceğiz. Genellikle küçükler hakkındaki tedbirler her ülkenin çocuk mahkemeleri kanunlarında yer aldığından aşağıda belirtilmeyecektir.

76 Hedayati, s.127; Bouzat, Pinatel, t.I s.407 ; Pradel, s.492.

77 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hedayati, s.33 vd.; Thélin, s.109 vd.; Lavanchy, s.17 vd.

78 Örneğin 1930 İtalyan CK. güvenlik tedbirlerini şahsa (m.199-235) ve mameleke (m.236-240) ilişkin olmak üzere ikiye ayırır. Şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri de hürriyeti bağlayıcı olup olmamalarına göre bir ayrıma tabi tutulur. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri, a) Bir zirai koloniye veya bir çalışma evine gönderilme (m.215, 216-218), b) Bir tedavi ve muhafaza evine yerleştirilme (m.215, 219-221), c) Bir adli akıl hastanesine yerleştirilme (m.215, 222), d) Bir adli ıslah evine yerleştirilmeden (m.215,223-227) ibarettir. Hürriyeti bağlayıcı olmayan şahsa ilişkin güvenlik tedbirleri ise, a) Nezaret altında serbesti (m.215, 225-232), b) Bir veya birkaç kasaba veya şehirde oturma yasağı (m.215, 233), c) Meyhanelere veya alkollü içki satılan genel yerlere gitmeme yasağı (m.215, 234), d) Yabancınn sınırdışı edilmesidir (m.235, 236). Mameleke ilgili güvenlik tedbirleri; a) İyi hareket kefaleti (m.236-239) ve b) Müsadereden (m.236, 240) oluşur. İtalyan Hukukundaki güvenlik tedbirleri hakkında geniş bilgi için bkz. Corrado, ; Prisi.

### **A. Kişi Hürriyetini Kaldıran veya Haklardan Yoksun Bırakan Güvenlik Tedbirleri**

1. Sorumsuz veya kısıtlı sorumlu suçluların bir müesseseye konmaları veya hastaneye yatırılmaları

17.8.1950 Yunanistan CK. m.69; 7.12.1940 Brezilya CK. m.88/1, 91; 23.1.1974 Avusturya CK. m.21; 2.1.1975 şekliyle Federal Alman CK. §§ 61,63; 1937 İsviçre CK. m.43; 1924 Peru CK. m.89-92<sup>79</sup>; 1936 Kolombiya CK. m.61-64; 1933 Uruguay CK. m.97; 1941 Kostarika CK. m.111-113; 1936 Küba Sosyal Müdafaa Kanunu m.585-586; 27.2.1948 Romanya CK. m.71, 72-73; 15.12.1961 Macaristan CK. m.61.

2. İtiyadi suçluların gözaltı edilmeleri

Avusturya CK. m.23; Federal Alman CK. §§ 61,66; İsviçre CK. m.42; Romanya CK m.71,74.

3. Bir iş evine gönderme

Yunanistan CK. m.72; Brezilya CK. m.88/1, 93; Küba CK., m.585-586; Kolombiya CK. m.61,65 ve 76; Kostarika CK. m.115.

4. İtiyadi alkoliklerin ve uyuşturucu madde müptelalarının bir tedavi müessesesine gönderilmeleri

Yunanistan CK. m.71; Avusturya CK. m.22; Federal Alman CK. §§ 61,64; İsviçre CK. m.44; Macaristan CK. m.62.

5. Siyasi haklardan yoksun olma

Brezilya CK. m.67,69 (Bu tedbiri fer'i ceza olarak öngörür)

6. Velayet haklarından yoksun olma

Yunanistan CK. m.59 (fer'i ceza); Brezilya CK. m.67,69 (fer'i ceza); İsviçre CK. m.53 (fer'i ceza).

7. Bir meslek veya sanatı icradan men

Federal Alman CK. §§ 61,70-70b; Yunanistan CK. m.67 (fer'i ceza); Kolombiya CK. m.75; Küba CK. m.585,586; İsviçre CK. m.54 (fer'i ceza); Romanya CK. m.71,78.

### **B. Kişi Hürriyetini Sınırlayan Güvenlik Tedbirleri**

1. Yabancıların sınır dışı edilmeleri

79 Peru, Kolombiya, Uruguay ve Kostarika Ceza Kanunlarındaki tedbirler için bkz. L.Jimenez de Asua, "La mesure de sûreté Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé)": *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no.1, t.IX, Paris, 1954, s.21-38, 26-27.

Yunanistan CK. m.74; Küba, m.585, 586; İsviçre CK. m.55 (fer'i ceza); Romanya CK.m.71,79.

2. Bir yerde oturma yasağı, ikamet zorunluğu

Yunanistan CK.m.73; Brezilya CK. m.88/2, 97; Romanya CK. m.71,76.

3. Belli bazı yerlere (örneğin alkollü içkiler satılan yerlere) girmekten yasaklanma

Brezilya CK. m.88/2, 98; Küba, m.585,586; İsviçre CK. m.56 (fer'i ceza); Romanya CK. m.71,77.

4. Nezaret altında serbesti

Federal Alman CK. §§ 61,68–68g; İsviçre CK. m.47; Brezilya CK. m.88/2, 94–96; Küba, m.585,586; Kolombiya CK. m.61,67 (akıl hastaları ve uyuşturucu madde müptelâları hakkında).

### C. Diğer Güvenlik Tedbirleri

1. Hükümün ilanı

Küba, m.585; İsviçre CK. m.61; Yunanistan CK. m.68 (fer'i ceza); Brezilya CK. m.67,73 (fer'i ceza).

2. Önleyici kefalet

İsviçre CK. m.57; Peru CK. m.38–40; Uruguay CK. m.100–102; Küba, m.585,589; Romanya CK. m.71,81–83.

3. Müsadere

Yunanistan CK. m.76; Brezilya CK. m.100; Avusturya CK. m.26; İsviçre CK. m.58; Romanya CK. m.71,80; Macaristan CK. m.63.

### D. 5237 Sayılı YTCCK'da Yer Alan Güvenlik Tedbirleri<sup>80</sup>

5237 sayılı YTCCK'nun güvenlik tedbirlerini, "yaptırımlar" başlığını taşıyan 1. kitabın 3. kısmının "güvenlik tedbirleri" başlıklı ikinci bölümünde, 8 madde halinde (m. 53-60) düzenlemiştir. YTCCK' nun sistemine göre, güvenlik tedbirleri, cezalarla birlikte uygulanabileceği gibi (örneğin, belirli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri, m. 53.), cezaya alternatif olarak (örneğin, akıl hastaları m. 32/2), yahut tek başına (örneğin, yaş küçüklüğü m. 31/1- bu durumda güvenlik tedbirlerine hükmedip etmeme hususunda hakimın takdir hakkı vardır- veya 31/2, 2. cümle) tatbik edilir.

Yeni TCK'da yer alan güvenlik tedbirleri şunlardır:

1. Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma (YTCCK m.53). Bu güvenlik

80 Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.919 vd.

tedbiri, ETCK’da, tedbir olarak değil, aksine ceza yanında fer’i ceza olarak (madde 20-31) düzenlenmiştir. Eski TCK’ nun bu düzenlenmesinin daha yerinde olduğunu düşünmekteyiz. Nitekim kural olarak kasti suçlardan dolayı -istisna 53/6- hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olan “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma” tehlikelilikle ilgili bir güvenlik tedbiri olmayıp, suça tepki oluşturan cezaya mahkumiyetin kanuni neticesi olarak ortaya çıkan fer’i cezadır. Bunların geri alınabilir, değiştirilebilir olmamaları da bir tedbir değil, bir ceza olduklarını kanıtlamaktadır. Bununla birlikte YTCK’ numuzun sisteminde fer’i cezalara yer verilmemiştir<sup>81</sup>.

2. Eşya müsaderesi (m.54),
3. Kazanç müsaderesi (m.55),
4. Çocuklara özgü güvenlik tedbirleri (m.56, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.5),
5. Akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri (m.57),
6. Suçta tekrür ve özel tehlikeli suçlular (m.58),
7. Sınır dışı edilme (m.59),
8. Tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri (m.60).

#### IV. Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanış Şekilleri

Ceza ile güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki konusunda iki görüş ileri sürülmüştür.

Pozitivistler tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, suçlulukla ve özellikle mükerrirlikle mücadele konusunda cezanın elverişsizliği anlaşılmıştır. Gerçekten ceza ancak irade serbestisi olanlar hakkında ve bu serbestinin derecesine göre tayin edilir. Hâlbuki bünye veya çevresinden gelen etkilerin tesiriyle hareket eden insanın başka bir şekilde davranmasına imkân olmadığından irade serbestisinin varlığından bahsedilemez. İrade serbestisi bulunmadığına göre, suçlularda manevi sorumluluk da söz konusu olamaz. Bu bakımdan suçlulukla mücadelede irade serbestisi ve manevi sorumluluğa dayanan cezanın kaldırılarak yerine tamamen bilimsel ve faydacı niteliğe sahip, toplumsal savunma vasıtalarının, güvenlik tedbirlerinin konması yerinde olur. Suçlunun kişiliğine göre değişen güvenlik tedbirleri, toplumda yaşadığından toplumsal sorumluluğa haiz olan ve bulunduğu ortam bakımından tehlike arzeden şahsın terbiye edilmesini, uslandırılmasını ve bunlar mümkün olmadığı takdirde bulunduğu çevreden uzaklaştırılmasını (örneğin akıl hastalarının hastaneye yatırılmaları) gaye edinir.

81 Zeki Hafızoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, s. 476.

Cezanın yerini güvenlik tedbirlerinin alması görüşü (Tekçi Sistem) bugüne kadar mevzuata pek etkili olamamıştır. Gerçekten “ceza” kavramına yer veremeyen “sosyal savunma yaptırımları” ibaresini kullanan Ferri’nin hazırladığı 1921 tarihli İtalyan CK. Öntasarısı kanunlaşmamıştır<sup>82</sup>. Bugün sadece 5 Mart 1954 tarihli Grönland CK., bu kategoriye giren tek kanunu oluşturmaktadır. “Ceza” kavramını kullanmayan söz konusu Kanunun 85. maddesi faile uygulanabilecek tedbirleri sıralamaktadır<sup>83</sup>.

Bu arada şu hususu belirtelim ki, sadece cezalardan oluşan bir ceza hukuku sistemine de rastlanmamaktadır.

Netice olarak sadece cezalardan veya sadece güvenlik tedbirlerinden (Grönland Ceza Kanunu hariç) meydana gelen bir ceza sistemi yoktur.

Manevi sorumluluk esasına bağlı kalan Klasik Okul, Pozitivist görüşe karşılık temel yaptırım olarak kabul ettiği cezaların yanında güvenlik tedbirlerine de yer verir<sup>84</sup>. Milletlerarası Ceza Hukuku Birliği de, suçla mücadelede yegâne vasıta olarak kabul etmediği cezanın önleyici tedbirlerle tamamlanması görüşündedir. Geçmişteki durumları, düzensiz bir yaşam tarzı geçirmek hususundaki itiyatları, fizyolojik veya akli anomalileri itibarıyla bazı kimselerin “tehlikeli halde” bulduklarını tespit eden Birlik, bu gibi kimseler hakkında cezanın yanında ve hatta hiçbir ceza verilmemiş olsa bile bugün güvenlik tedbirleri denen toplumsal savunma tedbirlerinin tatbikini teklif etmiştir. Failin tehlikeli halde bulunması nedeniyle güvenlik tedbirlerinin uygulanması, Birliğin toplumsal savunma esasına önem verdiğini göstermektedir. Bu suretle Birlik, suçluları topluma karşı arz ettikleri tehlike derecelerine göre cezalandıran pozitivist İtalyan Okuluna yaklaşmaktadır<sup>85</sup>.

Hemen bütün yeni ceza kanunları hem cezaları hem de güvenlik tedbirlerini kabul etmişlerdir (ikilik sistemi). Ancak ikilik sistemini kabul eden ülkeler de ceza ve güvenlik tedbirlerinin uygulanış şekilleri bakımından birbirlerinden farklılıklar arz eder. Konuyla ilgili üç şekil düşünülebilir:

a) Güvenlik tedbirlerinin ceza yanında uygulanması.

82 Hedayati, s.14; Bouzat Pinatel, t.I, s.403; Donnedieu de Vabres, s. 399.

83 Grönland Ceza Kanununun 85. maddesi şöyledir: “Bu kanunun terimlerine göre uygulanabilen önlemler şunlardır: 1) Uyarı, 2) Para Cezası, 3) Gözetim Altına Alma, 4) Belli bir yerde oturma zorunluluğu veya yasağı, 5) Zorunlu çalıştırma, 6) Zorunlu eğitim, 7) Özel tıbbi tretman veya kurumda tretman, 8) Emniyet altına alma, 9) Hareket hürriyetine getirilen başka kısıtlamalar, 10) Zor alm”. Grönland Ceza Kanunu için bkz. Loi Criminelle pour le groenland in : Les Codes pénaux européens (Yayımlayanlar: Marc Ancel-Yvonne Marx, çev.: Richaume-Lambert), t.I, Paris, 1956, s.394,413.

84 Donnedieu de Vabres, s. 399.

85 Vidal, Magnol, t.I, s.54.



Genellikle ceza ve güvenlik tedbirleri birbirlerinden sonra tatbik edilmektedir. Ceza ile birlikte hükmedilen tedbir, ceza (tam akıl hastaları hakkında sadece güvenlik tedbirleri tatbik edilir) yanında uygulanır (örneğin, itiyadi suçlular hakkında Belçika, Brezilya, 1948 yılına kadar İngiltere, Finlandiya, Fransa, İtalya, Hollanda, Norveç, Avusturya, Polonya, Romanya, İspanya). Genellikle ilk önce ceza ve onu takiben güvenlik tedbiri infaz edilir (örneğin, Fransa, İtalya, İspanya). Ancak seyrek de olsa güvenlik tedbirinin cezadan önce uygulandığı hallere de rastlanmaktadır (örneğin, akıl hastaları hakkında 1930 İtalyan Ceza Kanununun 220. maddesinin 2.fıkrası). Finlandiya’da cezanın kısmen infazından sonra koruma müessesesine sevk tedbiri uygulandığından sistem yumuşatılmıştır.

b) Ceza veya güvenlik tedbirinin uygulanması.

Bu sistemde ya sadece ceza veya sadece güvenlik tedbiri uygulanır. Sistemi savunan yazarlar şayet cezalardan beklenen amacın gerçekleşmeyeceği anlaşılırsa güvenlik tedbirlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürerler. Bu şekilde güvenlik tedbiri ya doğrudan doğruya ceza yerine uygulanır (örneğin, İngiltere, İsveç) veya hükmedilen ceza yerine geçer (örneğin, İsviçre CK. m.42/1). Müddetsiz hüküm usulünün uygulandığı tehlikeli suçluların toplumdan tecrit edilmeleri tedbirinin etkilerini ortadan kaldırmak için tedbirlere değil, sadece cezalara hükmedilmesini öngören sistemler de buraya girerler (örneğin, Amerika Birleşik Devletleri).

c) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin birbirlerinin yerine uygulanabilmesi (vikarierendes system, vikar=vekalet eden)

Bu sistem yukarıdaki sistemleri bağdaştırmaktadır. Buna göre kusurun ağırlığı göz önüne alınarak hükmedilen ceza infaz edilirken tecil edilir. Yerine güvenlik tedbiri uygulanır. Güvenlik tedbirinin infazı sırasında da belli bazı şartların gerçekleşmesiyle cezaya dönülebilir (örneğin akıl hastaları hakkında İsviçre CK. m.43, Federal Alman CK. § 67)<sup>86</sup>. Doktrinde hükümlülerin genellikle kısa süreli hiç değilse süresi belli hürriyeti bağlayıcı cezayı çekmek için tedbirin infazı sırasında kötü davranışlarda bulduklarından sistemin fazla bir önemi haiz olmadığı belirtilmiştir<sup>87</sup>.

86 Alman Hukukunda tehlikeli suçlularının toplumdan tecrit edilmesi tedbiri dışında (Federal Alman CK. §66) -toplumdan tecrid edilme tedbiri cezanın infazından sonra tatbik edilir- kural olarak tedbirler, cezadan önce infaz edilir (§ 67/1). Ancak güvenlik tedbirinin amacına daha kolay ulaşılabilecekse mahkeme cezanın veya cezanın bir kısmının tedbirden önce infazına karar verebilir (§ 67/2). Mahkûmun kişiliğinde mevcut bulunan özel haller gerekli olduğunu gösterirse, mahkeme 2. fıkra gereğince vermesi gereken emri sonradan verebilir. (cezanın in-fazi), değiştirebilir veya kaldırabilir (Cezanın bir kısmının infazına müteakip tedbirin uygulanması), (§ 67/3).

87 Ceza ve güvenlik tedbirleri arasındaki ilişki konusunda bkz. Herrman, s.195, Erwin Frey, “Das Verhaeltnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege feranda”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. Revue pénale suisse, 66. Jahrgang, Bern, 1951, s.295-318, 301-302.

## Sonuç

İlk defa 1893 İsviçre Ceza Kanunu Öntasarısında görülen güvenlik tedbirleri, bu tarihten sonra hemen hemen bütün ülke mevzuatlarında cezalarla birlikte yer almışlardır. Hatta Grönland Ceza Kanunu yaptırım olarak cezalara yer vermeyerek sadece güvenlik tedbirlerini öngörmüştür. Bir toplumda cezaya duyulan ihtiyaç inkâr edilemez. Ceza, toplumun suç ve suçluya karşı olan tepkisini ifade eder. Ceza, geçmişte işlenmiş kötülüğü ödetmek amacıyla verildiği ve uygulandığı gibi suçluyu uslandırmak ve dolayısıyla tekerrürü önlemek amacıyla ileriye yönelik olarak toplum ve bizzat fail yararına da tatbik edilir. Bu nedenlerle cezanın ortadan kaldırılması, cezadan vazgeçme düşünülemez. Aynı şekilde bir toplumun güvenlik tedbirlerine de gereksinimi vardır. Gerçekten filin ağırlığı göz önüne alınarak hükmedilen ceza, suçlunun filini tekrar etmesini önleme işlevini süresi bakımından her zaman gerçekleştiremez. Ayrıca çoğu kez infaz kurumlarının gerekli araç ve personele sahip olamaması nedeniyle cezanın infazı sırasında suçlu için gerekli pedagojik, sosyal ve tıbbi tedavinin uygulanması mümkün değildir. Temyiz kudreti olmayanlar hakkında da ceza uygulanamaz. İşte bütün bu nedenlerle bir ülkenin ceza mevzuatında ceza ve güvenlik tedbirlerinin birlikte bulunması zorunludur. Hürriyeti bağlayıcı güvenlik tedbirleri nitelikleri bakımından hürriyeti bağlayıcı cezalara benzeseler ve cezalar da güvenlik tedbirleri gibi ıslah amacını güderek tedbirlere yaklaşılsalar da, kısaca yaptırım sisteminde bunlardan sadece birine yer vermenin yeterli olacağı ileri sürülse de, sistemde her iki müesseseye yukarıda zikredilen gerekçelerle ayrı ayrı yer verilmelidir. Esas yaptırım olan ceza yanında hâkim, güvenlik tedbirlerine gerekli görürse hükmedebilmeli, ceza veya güvenlik tedbirlerini infaz sırasında birbirleriyle değiştirebilmeli ve tedbirleri erteleme imkânına sahip olmalıdır.

## KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, I, Ankara, 2002.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara 2016.
- Asua, L.Jimenez de, “La mesure de sûreté Sa nature et ses rapports avec la peine (Considérations de droit comparé)”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, no.1, t.IX, Paris 1954
- Battaglini, M.G., “La peine dans le système des sanctions juridiques”: *Revue internationale de droit pénal*, sy. I, Paris, 1924.
- Bouzat, Pierre / Pinatel, Jean, “Traité de droit pénal et de criminologie”, t.I, *Droit pénal général* par Pierre Bouzat, 2. éd., Paris, 1970.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Yenerer Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Bası, İstanbul, 2016.
- Constant, Jean, “Manuel de droit pénal, Principes généraux du droit pénal positif belge”, t.II; *Les peines et les mesures de sûreté*, Liège, 1960.
- Corrado, Arturo, *Die sichernden Massnahmen im Gesetz Rocco*, Bern, 1935, (Bern Doktora Tezi).
- “Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940” (Çev: Dietrich Lang-Hinrichsen), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr. LXI, Berlin, 1953.
- “Das cubanische Gesetzbuch der sozialen Vertedigung vom 4.April 1936” (çev: Gün-ter Blau) *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr. LXXII, Berlin, 1957.
- “Das griechische Strafgesetzbuch vom.17 August 1950”, (çev: D.Karanikas), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.LIX, Berlin, 1953.
- “Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. Oktober 1930” (Königl.Dekret Nr.1398) (Çev Roland Riz), *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.XC.Berlin 1969.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Bası, Ankara, 2016.
- Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, herausgegeben von Gerd Kleinheyer und Jan Schröder, Karlsruhe und Heidelberg, 1967, s.329.
- Doucet, Jean-Paul, *Précis de droit pénal général*, Liège, 1976.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Ceza Hukuku Dersleri Umumi Kısım*, İstanbul, 1958.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*, Cilt II, 11. Bası, İstanbul, 1997.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, c. III, 10. Bası, İstanbul, 1985.
- Erem, Faruk / Danişman, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, 1997.
- Erem, Faruk, “Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, *AHFD*, c.I, sy. 3, Ankara, 1944, s. 351-378.
- Exner, F., “Die bessernden und sichernden Massregeln im deutschen Entwurf von 1919 unter Berücksichtigung des schweizerischen Entwurf von 1928”, *Revue pénale suisse*.

- Exner, F., *Les M.S et leur classification, Actes C.P.P.I.*, t.II, Prague, 1930.
- Frey, Erwin, “Das Verhaeltnis von Strafe und Massnahme de lege lata und de lege feranda”, *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*. Revue pénale suisse, 66. Jahrgang, Bern, 1951.
- Hafizoğulları, Zeki / Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, Ankara, 2016.
- Hafizoğulları, Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, 1987.
- Hafter, Ernst, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Bern, 1946.
- Hedayati, Mohammad Ali, *Les mesures de sûreté et la réforme moderne du droit pénal*, Genève (Cenevre Doktora Tezi), 1939.
- Hermann, Horst, “Die mit Freiheitsentziehung verbundenen Massnahmen der Sicherung und Besserung”, *Materialien zur Strafrechtsreform*, c.II, Rechtsvergleichende Arbeiten, Bonn, 1954.
- Herzog, Jacques-Bernard, “Le problème de l’état dangereux en Amérique Latine”, *Le problème de l’état dangereux* (Deuxième cours international de criminologie), Conférences publiées par Jean Pinatel, Paris, 1954.
- İçel, Kayıhan / Yenisey, Feridun, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları*, 3. Bası, İstanbul, 1990.
- Keyman, Selahattin, “Türk Hukukunda Af (Genel Af- Özel Af)”, Ankara, 1965, (*Doktora Tezi*).
- Koca, Mahmut / Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2016.
- Kunter, Nurullah, “Bugünün Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirlerinin Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: XIII, 13, S.4, s. 1327-1349.
- Lavanchy, Charles-Jules, “Les mesures de sûreté en droit pénal”, Chateau- d’Oex, 1931, (Cenevre Doktora Tezi).
- Liszt, Franz v. / Schmidt, Eberhard, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25. Auflage, Berlin und Leipzig, 1927.
- Logoz, Paul, *Commentaire du code pénal suisse, partie générale ( Art. 1 à 110 )*, Neuchâtel-Paris, 1939.
- “Loi Criminelle pour le groenland”, *Les Codes pénaux européens* (Yayımlayanlar: Marc Ancel-Yvonne Marx, çev.: Richaume-Lambert), t.I, Paris, 1956.
- Merle, Roger / Vitu, André, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, 5. éd., Paris, 1984.
- Moazzami, Habibollah, “La prescription de l’action pénale en droit français et en droit suisse, Etude de droit comparé”, Montreux, 1952 (Cenevre Doktora Tezi).
- Nuhoğlu, Ayşe, “Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri”, Ankara, 1997, (*Doktora Tezi*).
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, 1992.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cezalar Sistemi, Cezaların Somut Olaya Uygulanması, Dava ve Cezayı Düşüren Nedenler*, c.III, İstanbul, 1989.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, Ankara, Eylül, 2016.
- Öztürk, Bahri / Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Ted-*

*birleri Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, 2008.

- Pradel, Jean, “Droit pénal”, t.I, Introduction générale. *Droit pénal général*, 3. éd., Paris 1981.
- Prisi, Adrian, Die Sicherheitsmassnahmen im italienischen Strafrecht, Matten–Interlaken, 1936 (Bern *Doktora Tezi*).
- Rabinowicz, Léon, *Mesures de Sûreté, Etude de politique criminelle*, Paris, 1929.
- Roux, J.-A., “Cours de droit criminel français”, t.I, *Droit pénal*, 2. éd., Paris, 1927.
- “Rumanisches Strafgesetzbuch, Amtlicher Text, mit den Abänderungen bis zum 1. Dezember 1960”, (Çev. Paula Tiefenthaler–Alois Provasi) *Sammlung ausserdeutscher Strafgesetzbücher*, Nr.LXXXI, Berlin, 1964.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Hukuku Umumi Kısım*, 3. Bası, İstanbul, 1953.
- Tanoviceanu, Nicolas 1., *Les mesures de sûreté*, Paris, 1934.
- Thélin, Marc-Henri, “Nature et régime juridique des mesures de sûreté”, Lausanne, 1931, (Lozan *Doktora Tezi*).
- Vabres, H. Donnedieu de, *Traité de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3. éd., Paris, 1947.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, “Cezai Sosyoloji, Cezaların Şahsileştirilmesi ve Enrico Ferri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: 6, Sayı:1, İstanbul, 1940, s. 23-35.
- Vidal, Georges / Magnol, Joseph, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t.I, 9. éd., Paris, 1949.
- Vouin, Robert / Léauté, Jacques, *Droit pénal et procédure pénale*, 3. éd., Paris, 1969.

## ÖZ

Toplumun bizzat kendisi veya üyelerini korumak için başvurduğu cezanın yanında, ceza yerine geçen önlemlere de hükmedildiği görülmektedir. İlk defa 1893 İsviçre Ceza Kanunu ön tasarısında görülen güvenlik tedbirleri, işlediği suçtan dolayı kişi hakkında, koruma, iyileştirme, eğitim gibi amaçlarla hâkim tarafından hükmedilen, fil ve failin kişiliğinden kaynaklanan tehlikelilik halini önlemeye özgülünen yaptırımlardır. Bu anlamda ceza ile benzer noktaları bulunmakla birlikte cezadan farklı yönleri de çoktur. Kişi hürriyetini kaldıran veya haklardan yoksun bırakan güvenlik tedbirleri olduğu gibi kişi hürriyetini sınırlayan güvenlik tedbirler de mevcuttur.

**Anahtar kelimeler:** Ceza hukuku, Yaptırım teorisi, Ceza, Güvenlik tedbiri, Mukayeseli hukuk, Hâkim kararı



# İdarenin Düzenleyici İşlemlerinde Eşitlik İlkesi\*

## Equality Principle in Regulatory Acts of Administration

Turan Yıldırım\*\* Muhammed Göçgün\*\*\*

### ABSTRACT

Equality, which is regulated under the section “General Principles” and heading “Equality under the law” of the 1982 Constitution is one of the general principles of law. As a requirement of the rule of law and legal security, the principle of equality results in the same rules being applied to persons who are in the same legal situation. The administration may provide equality under the law through regulatory and individual actions as well as compliance with the principle of equality can be achieved through legal arrangements. The administration should act in accordance with the principle of equality when carrying out general, abstract and objective regulations and avoid discriminatory practices against persons. However, the positive discrimination practices to be implemented pursuant to Article 10 of the Constitution are not regarded as contrary to the principle of equality. On the other hand, the administration must also comply with the basis of equality on regulations about being accepted to public services and equality of opportunity.

**Keywords:** Administration, regulatory acts, equality, legal security.

### Giriş

İdari işlemler, “İdarenin idare işlevine ilişkin olarak, kamu gücü kullanmak suretiyle yaptığı tek yanlı irade açıklamaları” şeklinde tanımlanır<sup>1</sup>. İptal davalarına konu olduğunda yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden

\* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “İdari İşlemin Konu Unsuru” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

Makalenin gönderim tarihi: 24.10.2016. Makalenin kabul tarihi: 11.11.2016

\*\* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyesi. Yazar, bu çalışmaya doğrudan katkı sunmamış; Marmara Üniversitesi Lisansüstü Eğitim-Öğretim Ve Sınav Yönetmeliği'nin 28. maddesi gereği makalede ortak yazar olarak yer almıştır. İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Yerleşkesi, Selimiye Mh. Tıbbiye Caddesi No: 38 Haydarpaşa 34668 Üsküdar-İstanbul.

\*\*\* Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı öğretim elemanı. İletişim: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Haydarpaşa Yerleşkesi, Selimiye Mh. Tıbbiye Caddesi No: 38 Haydarpaşa 34668 Üsküdar-İstanbul.

1 Turan Yıldırım, “İdari İşlemler”, (Çiinde: Turan YILDIRIM, Melikşah YASİN, Nur KAMAN, Halit Eyüp ÖZDEMİR, Gül ÜSTÜN, Özge OKAY TEKİNSOY, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015), s. 366.

denetlenecek olacak idari işlemler doğurdukları hukuki sonuca göre düzenleyici işlemler ve birel işlemler olarak ikiye ayırılır. İdarenin düzenleyici işlemleri; genel, soyut ve objektif hukuki sonuçlar meydana getiren normatif işlemlerdir. Birel işlemler ise kişi ya da nesnelere hukuki durumunu değiştiren somut ve subjektif sonuçları olan işlemlerdir.

Kanunların uygulanmasını sağlamakla görevli idare, bu görevi yerine getirmek için kullandığı düzenleme yetkisini Anayasa uyarınca tüzük ve yönetmelik çıkararak kullanır. Bunun dışında idare; adsız düzenleyici işlem adı verilen karar, genelge, tebliğ vb. gibi işlemler de tesis etmektedir. İdarenin bu düzenleyici işlemleri de iptal davasına konu olduğunda yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları bakımından denetlenir.

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi aynı hukuki durumda bulunanların aynı kurallara tâbi olmasını gerektirir. Bunun yanında kişilerin dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi görüş gibi farklılıklarından ötürü ayrımcılığa uğratılmaması da yine eşitlik ilkesinin bir sonucudur.

Çeşitli yasal düzenlemelerde yer bulan ve kamu hizmetlerine ilişkin temel ilkelere olan eşitlik ilkesi; aynı hukuki durumda bulunanlara aynı kuralların uygulanması, fırsat eşitliğinin sağlanması, kamu hizmetine girmede eşitlik, ayrımcılık yasağı ve pozitif ayrımcılık gibi farklı şekillerde tezahür eder. Devlet yönetimine ilişkin hukukun temel ilkelerinden biri sayılan eşitlik, gerek kanunların Anayasaya uygunluğunda gerekse idari işlemin yargısal denetiminde kullanılan bir ölçüttür.

## I. Eşitlik İlkesi

Eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesiyle olan ilişkisi ve doğurduğu hukuki sonuç bakımından ele alındığında gerek hukuk devletinin gerekse demokrasilerin vazgeçilmez bir gerekliliği olup bu kavramlardan tamamen bağımsız şekilde düşünülemez<sup>2</sup>. Bununla birlikte eşitlik ilkesinin hukuki niteliği konusunda doktrinde ağırlıklı olarak öne sürülen görüş; ilkenin hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak sayılmasının doğru olmadığı yönündedir. Bu görüşe göre eşitlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinden bağımsız biçimde ele alınması gereken, devlet yönetimine ilişkin hukukun genel ilkelerinden biridir<sup>3</sup>. İlkenin hukuk devletin-

2 Mustafa Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, (Tıpkı Basım) Orion Kitabevi, Ankara, 2011, s. 183. Ayrıca "Hukuk devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturur. Yasa önünde eşitlik bu temelde vazgeçilmesi olanağı bulunmayan bir ilkedir. Böyle bir ilke her türlü ayrıcalığı reddeder. Eşitlik ilkesi, demokratik rejimde en önemli ilkelerden biridir. Çünkü gerçek demokrasilerde ikinci sınıf vatandaş olamaz." Anayasa Mahkemesi'nin E. 1992/40, K. 1992/55 sayılı ve 31.12.1992 tarihli kararı, bkz. 24.04.1993 tarihli R.G.

3 Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 126; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Ankara, 2014, s. 156; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 10. Baskı (Aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 60-61; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015, s. 98.



den bağımsız olduğu görüşünün dayanağı ise eşitlik ilkesinin Anayasada Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğuna yer verilen 2. maddede değil, "Genel Esaslar" başlıklı kısmında düzenlenmiş olmasıdır<sup>4</sup>.

İdarenin işlem ve eylemlerinde riayet etmesi gereken Anayasal ilkelerden biri olan eşitlik ilkesine; 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında yer verilmiştir. İlke, 1924 Anayasasının 69. maddesinde "*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilâistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur.*" şeklinde yer bulmuştur. 1961 Anayasasında Temel Haklar ve Ödevler başlıklı ikinci kısımda ve "eşitlik" başlığı altında<sup>5</sup>; 1982 Anayasasında da "Kanun önünde eşitlik" başlığıyla 10. maddede düzenlenmiştir<sup>6</sup>. 1982 Anayasasının 10. maddesinde ilk olarak herkesin; dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları kuralı getirilmiştir. Buna göre; gerek yasama işlemleri gerek idari işlemler, eşitlik ilkesine uygun biçimde tesis edilmek zorundadır. Anayasa'nın 10. maddesinde 2004 yılında yapılan değişiklikle kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenleme yürürlüğe konulmuş ve Devletin bu eşitliği hayata geçirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliği sonucunda ise gerek kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla gerekse çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı sayılmayacağı düzenlenmiştir. Düzenleme sonucunda söz konusu durumlarda Anayasada sayılan kişi ve gruplar lehine yapılacak farklı uygulamaların pozitif ayrımcılık niteliği taşıması nedeniyle hukuka aykırı sayılmayacağı Anayasayla teminat altına alınmıştır<sup>7</sup>.

4 Günday, s. 61; Özbudun, s. 156.

5 Madde şu şekildedir: "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz."

6 Madde şu şekildedir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

7 Özbudun, s. 158; Devrim Ulucan, "Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Özel S., 2013, sa.369-383, s. 372.

Öte yandan eşitlik ilkesi, yasal düzenlemeler bakımından da geçerli bir ilke olduğundan kanunların Anayasaya uygunluk denetiminde Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanılan bir ölçüttür. Anayasa Mahkemesi, kararlarında eşitlik ilkesi hakkında şu ifadelerle başşurmaktadır:

*“Öte yandan, Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağl tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden ayrı kurallara bağl tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konularındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağl tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.”<sup>8</sup>*

Anayasanın 10. maddesi ve bu maddeye ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar ele alındığına 1982 Anayasasında benimsenen eşitlik anlayışı genel olarak; farklı yönde muamelede bulunulmasını haklı kılacak özel bir durumu olmayan ya da hukuki yönden farklı bir statüde bulunmayan, diğer bir ifadeyle hukuk karşısında eşit konumda bulunan kişilere aynı yönde işlemler tesis edilmesi şeklindedir. Öte yandan kanun ya da idari işlemlerle belirli kişi, grup ya da topluluğa ayrıcalık tanınmaması da Anayasal bir zorunluluktur. Aynı şekilde kategorik olarak toplumun bazı kesimlerine yönelik gerçekleştirilecek farklı uygulamaların hukuka aykırı bulunmaması da yine 1982 Anayasasında öngörülen eşitlik anlayışının bir sonucudur.

Eşitlik ilkesinin idare hukuku bakımından doğurduğu sonuçlardan biri Anayasada yer alan açık düzenleme uyarınca idari işlemlerin kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak tesis edilmesi gerekliliğidir. Bunun yanında idare, kimseye ayrımcılık yapamayacağı gibi ayrıcalık tanınması sonucunu doğuracak işlemler de tesis edemez. Bunun yanı sıra eşitlik ve tarafsızlık ilkesi, idarenin kamu hizmeti yürütürken uyması gereken temel prensiplerden biridir. Diğer yandan idarenin kamu hizmeti sunarken kişiler arasında hizmetin gerektirdiğinden başka bir ayırım gözetmeme yükümlülüğü de dayanağını eşitlik ve tarafsızlık ilkesinden alır <sup>9</sup>.

8 Anayasa Mahkemesi’nin E. 2013/116, K. 2014/135 sayı ve 11.9.2014 tarihli kararı, bkz. 24.6.2015 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesi’nin E. 2012/11, K. 2012/104 sayı ve 5.7.2012 tarihli kararı, bkz. 13.10.2012 tarihli R.G.; Anayasa Mahkemesi’nin 20.9.2012 tarih ve E. 2012/65, K. 2012/128 sayılı kararı, bkz. 18.04.2013 tarih ve 28622 sayılı R.G.; Anayasa Mahkemesi’nin E. 2010/93, K. 2012/20 sayı ve 9.2.2012 tarihli kararı, bkz. 26.7.2013 tarihli R.G.

9 Hasan Nuri Yaşar, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 233-234.

## A. Mutlak ve Nispî Eşitlik Anlayışları

### 1. Mutlak Eşitlik

Denkleştirici adalet anlayışının bir sonucu olan mutlak eşitlikte esas olan genel, soyut ve objektif nitelikteki hukuk normlarının kural olarak herkese eşit biçimde uygulanmasıdır<sup>10</sup>. Anayasanın 10. maddesinde yer alan “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyâsî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” ve “Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.” şeklindeki ifadeler de mutlak eşitlik anlayışının yansımalarıdır<sup>11</sup>. Bu noktada kanunların kimseye ayırım yapılmaksızın, kapsamına girdiği herkese aynı şekilde uygulanabilecek nitelikte soyut ve objektif kural- lar içermesi anlamına gelen genellik özelliği de mutlak eşitlik anlayışıyla alakalıdır<sup>12</sup>. Öte yandan belirtmek gerekir ki mutlak anlamda eşitlik anlayışının hayata geçirilmesinde hangi uygulamaların ayrımcılık ya da ayrıcalık sayılıp sayılmayacağı meselesinin hakkaniyete uygun bir biçimde netleştirilmesi önemlidir. Bununla birlikte mutlak bir eşitliğin biçimsel ve aritmetik bir eşitlik anlamına geleceği ve hayatın olağan akışı ve realitesi gereği bu şekildeki bir eşitlik anlayışının ancak teorik anlamda var olabileceği de ifade edilmiştir<sup>13</sup>.

### 2. Nispî Eşitlik

Nispî eşitlik, dağıtıcı adalet anlayışının bir sonucu olup hangi durumda olursa olsun herkese mutlak anlamda uygulanacak bir eşitliği öngörmez. Nispî eşitlikte hukuki yönden aynı, benzer ya da eşit olanlara aynı; farklı olanlara farklı şekilde davranılması ve bu doğrultuda işlem tesis edilmesi esastır<sup>14</sup>.

Bu noktada Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin gerek idarenin uygulamalarında gerekse Anayasa Mahkemesi ve Danıştay kararlarında nispî (mutlak olmayan, göreceli) bir eşitlik şeklinde anlaşıldığı belirtilmelidir<sup>15</sup>. Zira içinde bulunulan şartların ve hukuki durumların çeşitliliği karşısında, gerek yasama işlemleri gerekse idari işlemlerle hukuka uygun sonuçların doğmasını sağlamak, ancak nispî bir eşitliğin uygulanmasıyla mümkün olabilir.

Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’ın da belirttiği üzere eşitlik ilkesinin uygulanması aşamasında hukuka aykırı sonuçlar doğmaması için esas olan aynı hu-

10 Gözler, s. 99.

11 Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer, Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 114; Günday, s. 62; Gözler, s. 99.

12 Öden, s. 168; Özbudun, s. 156; Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, s. 183.

13 bkz. Bihterin Dinçkol, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 4, S. 8, Güz 2005/2, sa. 101-117, s. 104.

14 Öden, s. 190; Gözler, s. 99.

15 Akyılmaz, Sezginer, Kaya, s. 114.

kuki durumlar için aynı, farklı durumlar için farklı ve keyfilikten uzak objektif bir uygulamanın hayata geçirilmesidir. Aksi takdirde eşitlik ilkesinin herkes için aynı işlemin veya uygulamanın gerçekleştirilmesi biçimindeki mutlak anlamıyla uygulanması yeni eşitsizlikler doğurabilecek; bu da ilkenin nihai amacı olan adaletin tesisini engelleyecektir.

## **B. Eşitlik İlkesine Yer Verilen Bazı Yasal Düzenlemeler**

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, gerek devletin vatandaşlarla gerekse özel hukuk tüzel kişilerinin gerçek kişilerle kurdukları ilişkilerde uymakla yükümlü olduğu temel ilkelerden biridir. İlkeye birçok yasal düzenlemede de Anayasadaki düzenlemeye paralel biçimde yer verilmiştir. Hukukun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesine söz konusu yasal düzenlemelerde yer verilmiş olmasının, buna ihtiyaç duyulmasının ilkenin uygulamada yeteri kadar hayata geçirilememiş olmasından kaynaklandığı söylenebilir. Diğer yandan bu durum ilkenin ihlalinin önüne geçilebilmesini sağlayacak önleyici nitelikte ya da yaptırım içerikli düzenlemelerin mevcut olmamasının da bir sonucudur. Bunun yanında kanunla düzenlenen konunun eşitlik ilkesinin uygulanmasını özellikle gerektirecek nitelikte olması da ilkenin kanunlarda yer bulmasını sağlayan faktörlerden biridir.

Bu yasal düzenlemelerde eşitlik ilkesinin farklı somutlaşmış biçimleri de dikkate alınmakta; kimi durumlarda kanun önünde eşitlik, kimi durumlarda fırsat eşitliği, kimi durumlarda ise ayrımcılık yasağına ilişkin kurallar getirilmektedir. Diğer yandan söz konusu düzenlemelerde idarenin eşitlik ilkesine uygun işlemler tesis ederek bu ilkenin uygulanmasına yönelik pozitif bir yükümlülüğü yerine getirmesi de öngörülebilmektedir. Nihayet, bu yasal düzenlemeler sonucunda idare kanun koyucunun takdirıyla kişilerin eşit muamele hakkının takipçisi olarak negatif bir rol de üstlenebilmektedir.

### **1. 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu**

2016 yılında yürürlüğe giren Kanunun 1. maddesinde idareye genel olarak insan hakları ve eşit muamele hakkının ihlaline yönelik önleyici bir işlev yüklenmiştir. Kanunda eşitlik ilkesinin somutlaşmış biçimlerinden olan eşit muamelede bulunma, kişiler açısından bir temel hak olarak nitelenerek “eşit muamele görme hakkı” olarak yer bulmuştur. Bunun yanında Kanunda ayrımcılık yasağına ilişkin de ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

Kanunun “Amaç ve kapsam” başlıklı 1. maddesi şu şekildedir:

“Bu Kanunun amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayrımcılığın önlenmesi

ile bu ilkeler doğrultusunda faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumunun kurulması, teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin esasların düzenlenmesidir.”

Kanunun 3. maddesinde ise herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu belirtilmiştir. Kanun kapsamında ayrıca; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığın yasak olduğu vurgulanmıştır. Diğer bir ifadeyle sayılan sebeplerin eşitlik ilkesinin ihlalini gerektirecek haklı bir neden olmadığı kanun koyucu tarafından ortaya konulmuştur.

Kanun ayrımcılık yasağının ihlali halinde, idareye gereken önlemleri alma hususunda da görev yüklemiştir. 3. maddenin 3. fıkrasında konuya ilişkin görev ve yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ihlalin sona erdirilmesi, sonuçlarının giderilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi, adli ve idari yoldan takibinin sağlanması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu durumda idare, sadece ayrımcılık yasağına uygun davranmakla kalmayacak aynı zamanda bu yönde bir ihlalin gerçekleşmesi durumunda ihlali kim gerçekleştirmiş olursa olsun kanunda sayılan amaçlar doğrultusunda ayrımcılığın ortadan kalkması için gereken tedbirleri de alacaktır.

3. maddenin devamında ise “ayrımcılık yasağı bakımından sorumluluk altında olan gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri, yetki alanları içerisinde bulunan konular bakımından ayrımcılığın tespiti, ortadan kaldırılması ve eşitliğin sağlanması için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür” ifadesine yer verilerek eşitliğin sağlanması ve ayrımcılığın ortadan kaldırılması için sadece idarenin değil özel hukuk tüzel kişilerinin de sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir. Nitekim Kanunun ayrımcılık yasağının kapsamının açıklandığı 5/1. maddesinde<sup>16</sup> özel hukuk kişilerinin de yürüttükleri faaliyet sırasında ayrımcılık yapamayacağı vurgulanmıştır. Bunun yanında Kanunda, özel hukuk kişileri tarafından tesis edilebilecek bazı işlemler de, ayrımcılık olarak kabul edilmeyecek durumların

16 Madde şu şekildedir: “Eğitim ve öğretim, yargı, kolluk, sağlık, ulaşım, iletişim, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler, sosyal yardım, spor, konaklama, kültür, turizm ve benzeri hizmetleri sunan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri, yürüttükleri faaliyetler bakımından bu hizmetlerden yararlanmakta olan veya yararlanmak üzere başvurmuş olan ya da bu hizmetler hakkında bilgi almak isteyen kişi aleyhine ayrımcılık yapamaz. Bu hüküm kamuya açık hizmetlerin sunulduğu alanlar ve binalara erişimi de kapsar.”

sayıldığı 7. maddede<sup>17</sup> yer almıştır. Kanun koyucu sayılan durumların ayrımcılık olarak nitelenemeyeceğini vurgulayarak bir bakıma, söz konusu durumların kişiler arasında farklı muameleyi gerektirecek haklı bir neden olarak ele alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bu durumda kanun koyucunun maddi anlamda eşitlik ilkesi çerçevesinde hareket ederek eşitlik ilkesi gereğince, ancak aynı durumda bulunanlara aynı muamelenin yapılması gerektiğine ilişkin iradesini ortaya koyduğu söylenebilecektir.

## 2. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu

Eşitlik ilkesine yer verilen kanunlardan bir diğeri 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'dur. Kanun'da eşitlik ilkesinin bir sonucu ve türevi olan "tarafsızlık" ilkesi doğrultusunda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bu ise kamu hizmetinin temel ilkelerinden birini teşkil eden tarafsızlık ilkesinin kamu hizmetini yürütmekle görevli kamu görevlileri olan memurlar eliyle hayata geçirilmesi nedeniyledir. Başka bir deyişle kamu hizmetinin tarafsızlığı, memurların tarafsızlığı ile sağlanabilir.

Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 3. maddesinde, liyakat ilkesine ilişkin şu düzenleme yer almaktadır: "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." Gerçekten de liyakat sisteminde özellikle devlet memurluğuna giriş aşamasında kimseye ayrıcalık tanınmayarak objektif ve eşit muamelede bulunulması gerekir. Memurluğa girdikten sonra ise bu statüdeki için fırsat eşitliği sağlanarak yükselme ve terfilerde hukuka uygun kararların alınması önemlidir<sup>18</sup>.

17 Madde şu şekildedir:

"Bu Kanun kapsamında ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği hâller ve istisnalar şunlardır:

- a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı hâlinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele.
- b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar.
- c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele.
- ç) Çocuk veya özel bir yerde tutulması gereken kişilere yönelik özel tedbirler ve koruma önlemleri.
- d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı.
- e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları.
- f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele.
- g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele."

18 Nur Kaman Karan, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 21.

Kanun'un 6. maddesi uyarınca memurların edebilecekleri yemin de, kanunların milletin hizmetinde, tarafsız ve eşitlik ilkelerine bağlı kalınarak uygulanmasını içermektedir. Bunun yanında 10. maddede; amirin, maiyetindeki memurlara hakkaniyet ve eşitlik içinde davranmakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. "Tarafsızlık ve devlete bağlılık" başlıklı 7. maddede ise devlet memurlarının görevlerini yerine getirirken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamayacakları vurgulanmıştır. Tarafsızlık ilkesine aykırılık ise Kanun'un 125. maddesinde "Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak" biçiminde düzenlenmiş ve aynı maddede, ilkeye aykırı davranan memurun kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla tecziyesi de öngörülmüştür<sup>19</sup>.

### 3. 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu

Millî Eğitim Temel Kanunu'nda yer alan eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler, ilkenin uygulanma biçimlerinden olan kamu hizmetinden yararlanmada eşitlik ve fırsat eşitliği çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Gerçekten de temel nitelikte bir kamu hizmeti olan eğitimin her aşamasında kimseye ayrıcalık tanınmadan eşitlik ilkesi doğrultusunda uygulanmasına yönelik düzenlemeler yapılması, gerek yasama organının gerekse idarenin bir yükümlülüğüdür. Bu doğrultuda, Kanun'un "Genellik ve eşitlik" başlıklı 4. maddesinde eğitim kurumlarının dil, ırk, cinsiyet ve din ayrımı gözetilmeksizin herkese açık olduğu ve eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmayacağı düzenlenmiştir. Kanun'un "Fırsat ve imkan eşitliği" başlıklı 8. maddesinde ise "eğitimde kadın, erkek herkese fırsat ve imkan eşitliği sağlanacağı" kuralı yer almıştır.

### 4. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu

Yükseköğretim Kanunu da eşitlik ilkesine yer verilen yasal düzenlemelerdendir. Belirtmek gerekir ki bu Kanun'da kanun koyucu özellikle eşitlik ilkesinin uy-

19 Kamu Görevlileri Etik Davranış İlkeleri ile Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in 9. maddesinde de 657 sayılı DMK'daki düzenleme doğrultusunda, kamu görevlilerinin eşitlik ve tarafsızlık ilkesine uygun hareket etmeleri gerektiği vurgulanmıştır:

"Kamu görevlileri; tüm eylem ve işlemlerinde yasalık, adalet, eşitlik ve dürüstlük ilkeleri doğrultusunda hareket ederler, görevlerini yerine getirirken ve hizmetlerden yararlandırmada dil, din, felsefi inanç, siyasi düşünce, ırk, cinsiyet ve benzeri sebeplerle ayırım yapamazlar, insan hak ve özgürlüklerine aykırı veya kısıtlayıcı muamelede ve fırsat eşitliğini engelleyici davranış ve uygulamalarda bulunamazlar.

Kamu görevlileri, takdir yetkilerini, kamu yararı ve hizmet gerekleri doğrultusunda, her türlü keyfilikten uzak, tarafsızlık ve eşitlik ilkelerine uygun olarak kullanırlar.

Kamu görevlileri, gerçek veya tüzel kişilere öncelikli, ayrıcalıklı, tarafı ve eşitlik ilkesine aykırı muamele ve uygulama yapamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef alan bir davranışta bulunamazlar, kamu makamlarının mevzuata uygun politikalarını, kararlarını ve eylemlerini engelleyemezler."

gulanma biçimlerinden olan fırsat eşitliğinin sağlanmasına yönelik düzenlemeler getirmiştir. Zira özellikle yükseköğretime girişin kural olarak çok sayıda adayın katıldığı bir sınav sonucunda mümkün olabildiği bir yükseköğretim sisteminin, gerek öğrencilik statüsünün kazanılması gerekse diğer aşamalarda fırsat eşitliğini sağlamak üzere kurulması ve işletilmesi son derece önem arz etmektedir.

Kanun'un "Ana ilkeler" başlıklı 5. maddesinin (e) bendinde "Yükseköğretimde imkan ve fırsat eşitliğini sağlayacak önlemler alınır." ifadesine yer verilmiş; 7. maddenin (1) bendinde ise yükseköğretim kurumlarında ve bu kurumlara girişte imkan ve fırsat eşitliği sağlayacak önlemleri almak, Yükseköğretim Kurulunun görevleri arasında sayılmıştır. Bunun yanında Kanun'un 45. maddesinde de; yükseköğretim kurumlarına giriş ve yerleştirme işlemlerinin imkân ve fırsat eşitliğini sağlayacak tedbirleri almak kaydıyla, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirlenen usul ve esaslara göre yapılacağı düzenlenmiştir.

### **5. 6114 Sayılı Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun**

6114 sayılı Kanun'la kurulan Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) Başkanlığı; gerek Yükseköğretim Kurulu ve diğer kamu kurum ve kuruluşları bünyesinde yapılacak sınav ve yerleştirme işlemlerini, gerekse özel hukuk tüzel kişilerinin talep ettikleri her türlü ölçme ve değerlendirme işlemlerini gerçekleştirmekle görevli bir kamu kurumudur. Kurumun üstlendiği son derece önemli ve hassas bu görev dolayısıyla, eşitlik ve tarafsızlık ilkesinin ÖSYM Başkanlığınca tesis edilecek işlemlerde, uyulması gereken en önemli ilkelerden olduğunu söylemek gerekir. Bu doğrultuda Kanun'un "Temel ilkeler" başlıklı 7. maddesinde "Sınav, ölçme, değerlendirme ve yerleştirme işlemleri, güvenilirlik, gizlilik, tarafsızlık, bilimsellik ilkeleri çerçevesinde ve adaylara fırsat eşitliği sağlayacak biçimde yapılır." şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Böylelikle kanun koyucu, gerek sınavların hazırlanması gerekse ölçme, seçme ve yerleştirme işlemlerinde ÖSYM Başkanlığınca tarafsızlığın, objektifliğin ve fırsat eşitliğinin sağlanmasını öngörmüştür.

### **6. 5378 Sayılı Engelliler Hakkında Kanun**

Engelliler Hakkında Kanun kamu hizmetlerinden yeteri kadar ve gereği gibi yararlanamayan engellilerin gerek ayrımcılığa maruz kalmaması, gerek temel hak ve özgürlüklerden en iyi şekilde faydalanabilmeleri gerekse toplumsal hayatta aktif şekilde bulunabilmeleri amacıyla yürürlüğe konulmuştur. Bu bakımdan Kanun, hem engelliler açısından fırsat eşitliğinin sağlanması hem de engelli vatandaşların ayrımcılığa maruz kalmalarının önlenmesine yönelik düzenlemeler içermektedir.



Kanun'un "Genel Esaslar" başlıklı 4. maddesinde engelliliğe dayalı ayrımcılık yapılamayacağı ve ayrımcılıkla mücadelenin engellilere yönelik politikaların temel esası olduğu belirtilerek, engellilerin tüm hak ve hizmetlerden yararlanması için fırsat eşitliğinin sağlanmasının esas olduğu vurgulanmıştır.

"Ayrımcılık" başlıklı 4/A maddede ise; engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığın yasak olduğu, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere engellilere yönelik makul düzenlemelerin yapılması için gerekli tedbirlerin alınacağı ve engellilerin hak ve özgürlüklerden tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlamaya yönelik alınacak özel tedbirlerin ayrımcılık olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Öte yandan. Kanun'un 15. maddesinde engellilerin eğitim ve öğretimine ayrıca önem verilerek hiçbir gerekçeyle engellilerin eğitim almasının engellenemeyeceği belirtilmiş ve "Engelliler, özel durumları ve farklılıkları dikkate alınarak, yaşadıkları çevrede bütünleştirilmiş ortamlarda, eşitlik temelinde, hayat boyu eğitim imkânından ayrımcılık yapılmaksızın yararlandırılır." kuralı getirilmiştir.

Bu düzenlemeler Kanun'da, eşitlik ilkesinin özellikle fırsat eşitliği ve ayrımcılık yasağı biçiminde yer aldığı göstermektedir. Ayrıca söz konusu düzenlemeler 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonucunda getirilen ve engellileri de<sup>20</sup> kapsayan pozitif ayrımcılık düzenlemesine<sup>21</sup> paralel niteliktedir.

## 7. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu

Kamu ihale hukukuna hâkim olan ilkelere biri olan eşitlik ilkesi, idarenin ihaleye katılım aşamasında fırsat eşitliğini sağlamasını; tekliflerin sunulması ve değerlendirilmesi aşamasında ise isteklilere eşit muamelede bulunmasını gerekli kılar<sup>22</sup>. Böylelikle ihaleyi yapan idarenin sözleşmenin diğer tarafını belirlerken eşitlik ilkesine aykırı davranarak keyfi uygulamalarda bulunması önlenmiş olacaktır<sup>23</sup>.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda eşit muamele ilkesine doğrudan yer veril-

20 Anayasada "özürlüler" ifadesi kullanılmıştır.

21 Pozitif ayrımcılığa ilişkin Anayasanın 10. maddesindeki düzenlemeler şu şekildedir: "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz."

22 Gürsel Özkan, Damıştay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 244.

23 Özkan, s. 245. Ayrıca ihale sürecinde, bazı yetkililerin ve yakınlarının ihalelere katılmasının eşit muamelede bulunma ilkesine aykırı davranmalarına sebep olabileceği vurgulanarak bu nitelikteki kişilerin ihaleye katılmaktan yasaklanmalarına ilişkin düzenlemenin haklı bir nedene dayandığı ve bu nedenle eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Bkz. Halit Eyüp Özdemir, "Kamu İhale Kanunu'nda Düzenlenen İhale İşlemleri", *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, MÜSBE, İstanbul, 2005, s. 66-67.

miştir. Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinde idarelerin, bu Kanun'a göre yapılacak ihalelerde; saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanmasını ve kaynakların verimli kullanılmasını sağlamakla sorumlu olduğu düzenlenmiştir.

Şartnamelerin düzenlendiği 12. maddede ise ihale konusu mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin belirlenecek teknik kriterlerin verimliliği ve fonksiyonelliği sağlamaya yönelik olması, rekabeti engelleyici hususlar içermemesi ve bütün istekler için fırsat eşitliğini sağlaması gerektiği vurgulanmıştır.

### **8. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun**

Kanun'da yer alan ve eşitlik ilkesi bakımından doğrudan idareyi ilgilendiren husus, 34. maddedeki Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) tarafsız bir kamu tüzel kişisi olduğuna yönelik düzenlemedir. Bunun yanında; Kanun'un 8. maddesinde yayın hizmetlerinin hukukun üstünlüğü, adalet ve tarafsızlık esasına aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun, özel hukuk kişilerinin eşitlik ve tarafsızlık ilkesine riayet etmesi yönünde düzenlemeler de getirmiştir. Örneğin; Kanun'un 26. maddesinde ulusal karasal yayın lisansına sahip kuruluşlarca ortak kurulan verici tesis ve işletim şirketinin, RTÜK'ten karasal yayın lisansı almış tüm kuruluşlara tarafsızlık ve hakkaniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda hizmet vermek zorunda olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde Kanun'un 29. maddesi uyarınca Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan elektronik haberleşme hizmetlerini sunmak üzere yetkilendirilen platform işletmecileri, medya hizmet sağlayıcı kuruluşlara tarafsızlık ve hakkaniyet ölçülerinde, makul ve ayrımcılık içermeyecek koşullarda hizmet vermek zorundadır. Kanun koyucu getirdiği bu düzenlemelerle, hukuk devleti ilkesinin de gereği olarak, hukuki güvenliğin yalnızca kamu gücünü kullanan organlar tarafından değil, özel hukuk kişileri eliyle de ihlal edilmesinin önüne geçmek istemiştir.

## **II. Düzenleme Yetkisinin Eşitlik İlkesi Uyarınca Kullanılma Şekilleri**

### **A. Aynı Hukuki Durumda Bulunanların Aynı Kurallara Tâbi Olması**

İdare, sahip olduğu düzenleme yetkisini aynı koşullar ve olaylar karşısında aynı yönde işlem tesis etmek suretiyle kullanmalıdır. Böylece önceden tesis ettiği genel, soyut ve objektif nitelikteki düzenleyici işlemlerle takdir yetkisine kendi iradesiyle bir sınırlama getirmiş olur<sup>24</sup>. Bu doğrultuda idare, türev ve bağlı nite-

24 Turan Güneş, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965, s. 88.

likteki düzenleme yetkisini kullanıp normatif işlemler tesis ederken bu normatif işlemlere dayanılarak tesis edilecek birel işlemlerin de eşitlik ilkesine uygun olmasını sağlamalıdır. Diğer bir ifadeyle birel işlem tesis etmek isteyen ve üst hukuk normlarıyla bağlı olan idare, üst hukuk normu niteliğindeki düzenleyici işleme uygun hareket ettiğinde, eşitlik ilkesini çiğnemek durumunda kalmamalıdır. Danıştay'ın idarenin düzenleme yetkisini eşitlik ilkesi çerçevesinde kullanması gerektiği yönünde vermiş olduğu kararların birinde şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Anayasamızın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin görünümlerinden biri olan düzenli idare ilkesi; idarenin düzenleme yapma yetkisine sahip olduğu alanlarda, bu alanları tüzük, yönetmelik gibi idari metinlerle objektif bir şekilde düzenlemesi ve sürekli uygulamalar ile hukuki istikrarı tesis ederek buna uyması olarak ifade edilmektedir. Dolayısıyla, idarenin düzenleme yetkisine sahip olduğu alanlarda, hukuka uygun olan uygulamayı sağlamak adına objektif düzenlemeler yapması ve istikrarlı uygulamalarda bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda; idarenin yetki sahibi olduğu alanlarda yapacağı düzenlemelerde, haklı bir neden olmadan yerleşik, istikrar kazanmış uygulamalarından ayrılması sahip olduğu serbestiyi düzenli idare ilkesine ve bu ilkenin bağlı olduğu eşitlik ilkesine aykırı kullanması anlamına gelecektir.”<sup>25</sup>*

Kararda Danıştay, idarenin aynı olaylar ya da koşullar gerçekleştiğinde düzenleme yetkisini aynı yönde işlem tesis ederek kullanması gerektiğini ifade etmiştir. Böylelikle, istikrarlı ve düzenli bir idareyle, düzenleme yetkisinin eşitlik ilkesine uygun bir şekilde kullanılması arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir. Danıştay, düzenleme yetkisinin eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde kullanıldığı gerekçesiyle verdiği bir iptal kararında ise şu değerlendirmeyi yapmıştır:

*“Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarına göre, yasa önünde eşitlik, herkesin, her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Anayasa'nın öngördüğü eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, haklı nedenlerin bulunması durumunda gerekli uygulamalara olanak veren bir ilkedir. Ancak, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme, Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturur.*

*Bu bağlamda, yurtdışında aynı yükseköğretim kurumunda öğrenim görmüş olanlar arasında ayırım yapılarak Milli Eğitim Bakanlığı bursu ile yurtdışında öğrenim görenlerin bu amaçla yapılan seviye tespit sınavının ilk aşamasından muaf tutulmalarında hukuka ve eşitlik ilkelerine uygunluk bulunmamaktadır.*

<sup>25</sup> Danıştay 8. Daire, 18.5.2010 tarih ve E. 2010/106 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 5.4.2010 tarih ve E. 2009/7827 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 11.1.2010 tarih ve E. 2009/7855 sayılı karar, KİBB; Danıştay 8. Daire, 25.12.2009 tarih ve E. 2009/6617 sayılı karar, KİBB.

*Diğer bir anlatımla, sağlık hizmetinin önemi ve özelliği gözetildiğinde gerek burslu okuyanların gerekse davacı durumunda olanların seviye tespit sınavının ilk aşamasından muaf tutulmamaları gerekmektedir. Yurt dışında burslu olarak okumak dış hekimliği alanında teorik ve pratik sınavları içeren ve kural olarak iki aşamalı yapılan denklik sınavlarının birinci aşamasından muaf tutulmayı gerektiren hukuken haklı bir neden olarak kabul edilemez.”<sup>26</sup>*

Danıştay, idarenin düzenleyici işlemlerinin eşitlik ilkesine uygun olması gerektiğini nispî eşitlik ilkesi çerçevesinde değerlendirmiş ve farklı hukuki durumlar ve kişiler bakımından düzenleme yetkisinin farklı yönde kullanılabilceğini belirtmiştir. Ne var ki, farklı yönde düzenlemelere gitmek için ortada farklı düzenlemeyi haklı kılacak bir nedenin bulunması gerekir. Böyle bir neden mevcut olmaksızın farklı uygulamalara yol açabilecek biçimde tesis edilen düzenleyici işlemler ise doğrudukları sonuç itibarıyla hukuka aykırı olur.

Kişilerin farklı kurallara tâbi olmasını haklı kılacak nedenler; yürütülen kamu hizmetinin türü, gereklilikleri, maliyeti ya da süresi olabileceği gibi<sup>27</sup> kamu görevlilerinin istihdam şekillerindeki farklılık da kanun koyucu ya da idarenin farklı yönde yapacağı düzenlemeleri hukuka uygun hale getirir<sup>28</sup>. Öte yandan kişilerin içinde buldukları statü, bu statünün kazanılması ve kaybedilmesi koşulları ile statünün kişilere sağladığı haklar ve getirdiği yükümlülükler de kişilerin farklı kurallara tâbi tutulması bakımından haklı neden niteliğindedir<sup>29</sup>.

İdarenin takdir yetkisini kullanırken, benzer ya da aynı durumlarda iradesini farklı yönde ortaya koyup farklı hukuki sonuçları doğuracak işlemler tesis etmesi durumunda da, söz konusu işlem eşitlik ilkesi bakımından hukuka aykırı olur<sup>30</sup>. Diğer bir ifadeyle kanunların uygulanmasını sağlamakla yükümlü olan idare de kanun koyucu gibi eşitlik ilkesine uygun hareket etmeli, özellikle takdir yetkisine sahip olduğu alanlarda bu yetkisini eşitlik ilkesi doğrultusunda ve objektif bir bi-

26 Danıştay İDDK, 11.3.2010 tarih ve E. 2006/21, K. 2010/447 sayılı kararı, KİBB. Benzer yönde: “Öte yandan amatör sporcular için kulübünden muvafakatname aranmadan transfer şartları düzenlenirken, spor dalları için farklı kıstaslara gidilmesi ve basketbol spor dalı dışında ki spor dalları için mevcut yaş sınırı korunurken salt olarak basketbol spor dalında yer alan amatör sporcuların yaş sınırının yükseltilmesi ile de Anayasa ve idare hukukunun en temel esası olan eşitlik ilkesine aykırı davranıldığı açıktır.” Danıştay 10. Daire, 18.11.1986 tarih ve E. 1985/1885, K. 1986/2093 sayılı kararı, KİBB.

27 Danıştay İDDK, 20.03.2013 tarih ve E. 2009/704, K. 2013/997 sayılı karar, KİBB.

28 Anayasa Mahkemesinin E. 2005/95, K. 2007/5 sayı ve 24.1.2007 tarihli kararı, bkz. 29.12.2007 tarihli R.G.

29 Anayasa Mahkemesinin E. 2014/87, K. 2015/112 sayı ve 8.12.2015 tarihli kararı, bkz. 28.01.2016 tarihli R.G. Aynı yönde: Anayasa Mahkemesinin E. 2013/114, K. 2014/184 sayı ve 4.12.2014 tarihli kararı, bkz. 16.07.2015 tarihli R.G.

30 Cemil Kaya, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 136-137.

çimde kullanmalıdır. Aksi durum idareye verilen takdir yetkisinin keyfi biçimde kullanılma tehlikesinin ve hukuka aykırı sonuçların doğmasına neden olur<sup>31</sup>. Bu noktada belirtmek gerekir ki idarenin iradesini farklı yönde ortaya koymasını gerektiren haklı bir nedenin ya da kamu yararının söz konusu olduğu durumlarda nispi eşitlik anlayışı doğrultusunda farklı yönde işlemler tesis edilmesi mümkündür<sup>32</sup>.

### B. Fırsat Eşitliğinin Sağlanması

Eşitlik ilkesinin idarenin düzenleyici işlemlerinde görünüş biçimlerinden biri de fırsat eşitliğinin sağlanmasıdır. Fırsat eşitliği; “bazı kişi ya da grupların özel durumları nedeniyle diğerlerinden daha başlangıçta farklı olduğunu ve bu kişilerin fırsatlara erişimleri sağlanmadığı ve yasal güvenceye kavuşturulmadığı sürece toplumun geri kalanıyla eşit olamayacağını savunan bir eşitlik türü” olarak tanımlanmıştır<sup>33</sup>. Bu doğrultuda idare de yapacağı düzenlemelerde fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik tedbirler almak ve kişilerin mağduriyet yaşamalarına engel olmak yükümlülüğündedir.

Danıştay 8. Dairesi yakın tarihte vermiş olduğu bir kararda dava konusu idari işlemler fırsat eşitliğine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. İDDK tarafından onanan kararda 8. Daire şu gerekçelere yer vermiştir:

“... örgün öğretim adalet meslek yüksekokulu mezunları ile açıköğretim adalet önlisans mezunlarının başvurabilecekleri hukuk fakültesi kontenjanları arasında ayırım yapılarak, açıköğretim adalet önlisans mezunlarının daha az sayıda kontenjan için başvuru yapabileceğine dair düzenlemenin, 2547 Sayılı Kanunun 7. maddesinin ( ı ) bendi ile 6114 Sayılı Kanunun 7. maddesinin 1. fıkrasında da belirtilen fırsat eşitliği ilkesine de aykırı olduğu; ... bu durumda, aynı hukuksal durumda bulunmalarına ve aynı sınava girmelerine rağmen, dikey geçiş sınavında açıköğretim adalet önlisans mezunları ile örgün öğretim adalet önlisans mezunları için ayrı kontenjanlar belirlenmesine dair davaya konu düzenlemede hukuka, kamu yararına ve eşitlik ilkesine uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle, dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.”<sup>34</sup>

31 Günday, s. 61.

32 Kaya, s. 137. Aynı yönde: “Yasa önünde eşitlik, ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir. Kimi vatandaşların başka bir kurala bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise böyle bir durumda yasa önünde eşitlik ilkesine ters düşüldüğünden söz edilemez. Başka bir deyişle eşitlik, her yönüyle aynı hukuki durumda bulunanlar arasında söz konusu olabilir.” Danıştay 10. Daire, 23.6.1999 tarih ve E. 1996/993, K. 1999/3627 sayılı karar, KİBB.

33 Bkz. Yener Şişman, “Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, Yıl:14, S. 32, Ocak-Haziran 2014, sa. 57-85, s. 60.

34 Danıştay 8. Dairesinin 4.2.2015 tarih ve E. 2014/6621, K. 2015/450 sayılı kararını onayan Danıştay İDDK'nın 30.9.2015 tarih ve E. 2015/2967, K. 2015/3161 sayılı kararı, KİBB.

Fırsat eşitliği; aynı hukuki durumda bulunup da eşit muamele görme hakkına sahip kişiler arasında bir imkan ya da hizmetten yararlanabilme veya bir statüye girme gibi hususlarda haklı bir neden olmadığı sürece herhangi bir ayırım ya da farklı bir uygulama yapılamayacak olmasını ifade eder. Bu durumda idarenin fırsat eşitliğine aykırılık teşkil edecek şekilde tesis ettiği işlemler; hukuka aykırı sonuçlar doğuracaktır. Bu açıdan bakıldığında bu işlemlerdeki hukuka aykırılığın işlemin konu unsurundaki sakatlıktan dolayı ortaya çıktığını söylemek de mümkündür.

### C. Kamu Hizmetine Girmede Eşitlik

Kamu hizmetine girme hakkı, Anayasanın 70. maddesinde düzenlenmiş olup maddede ilk olarak “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.” ifadesi yer almıştır. Bunun devamında ise hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırımın gözetilemeyeceği belirtilmiştir. İfade etmek gerekir ki kamu hizmetine girme aşamasında söz konusu olan bu kural kamu görevinde ilerleme bakımından da geçerlidir<sup>35</sup>.

Danıştay İDDK tarafından onanan bir kararda Danıştay 12. Dairesi, Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü Merkez Teşkilatının mühendis kadrolarına yapılacak atamalar için KPSS-2004/2 ve Ek Yerleştirme Tercih Kılavuzunda 100 adet mühendis kadrosundan 88 adeti için 252 kodu ile “Cinsiyeti erkek olmak” koşuluna yer verilmesini eşitlik ilkesine aykırı bulduğu kararında şu yönde karar vermiştir:

*“... herkesin cinsiyet yönünden kanun önünde eşit olduğu, aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında cinsiyet farklılığının hukuksal eşitsizliğe gerekçe olamayacağı bir yüksek öğretim lisans programına devam edilerek alınan mezuniyet diplomasının, diplomaya hak kazanan kişinin mesleğini her koşulda yerine getirmeye hak kazandığını gösterdiği, kamu hizmetine girmede cinsiyet ayrımcılığına dayalı engelleyici yönde getirilen koşulların eşitlik ilkesine aykırı olacağı gibi işlevselliği kalmayan meslek unvanlarının dolaylı olarak kişilerin elinden alınması suretiyle hak kaybına yel açacağı; ... Anayasanın yukarıda anılan hükümleri gereğince, kamu kurum ve kuruluşlarına, personel alımlarında, başvuru şartlarının görevin gerektirdiği nitelikler ve hizmet gerekleri doğrultusunda eşitlik ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi gerektiği, bunun dışında hiçbir ayırım gözetilemeyeceği kuşkusuz olduğundan, Tercih Kılavuzunda Anayasanın 10. ve 70. maddelerinin ön-*

35 Onur Karahanoğulları, *Kamu Hizmeti*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 207.

*gördüğü eşitlik ilkesine aykırı bir şekilde düzenlenen koşulda hukuka uyarlık bulunmadığı ...”<sup>36</sup>*

Danıştay verdiği kararda maden mühendisliği bölümünden mezun olanların çalışabileceği kadrolara yapılacak personel alımlarında bu bölümden mezun olanlar arasında kadın-erkek ayrımı yapılamayacağına işaret etmiştir. Zira böyle bir ayrım Anayasanın 70. maddesinde yer alan “görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrımın gözetilemeyeceği” kuralının ihlali anlamına gelir. Diğer bir deyişle kadın olma, maden mühendisleri bakımından görevin gerektirdiği ve kamu hizmetine girme hakkını engelleyecek nitelikte bir özellik olmadığından, “cinsiyeti erkek olmak” koşulunu içeren tercih kılavuzunun eşitlik ilkesine aykırılık taşıdığı söylemek mümkündür.

#### **D. Ayrımcılık Yasağı**

İdari faaliyet yürütülürken idarece tesis edilen işlemlerle vatandaşlar arasında dil, din, mezhep, cinsiyet, siyasi görüş gibi gerekçelerle herhangi bir ayrım yapılamayacağını ifade eden ayrımcılık yasağı, kamu hizmetinin temel ilkelerinden olan tarafsızlık (nesnellik) kapsamında değerlendirilmektedir<sup>37</sup>. Tarafsızlığın ise eşitlik ilkesinin doğal bir sonucu<sup>38</sup> ve gerçekleşme şartlarından biri olduğu ifade edilmiştir<sup>39</sup>. İdari faaliyet yürütülürken bir yandan kurumsal olarak idarenin,

36 Danıştay 12. Dairesinin 22.2.2006 tarih ve E. 2004/4382, K. 2006/539 Sayılı kararını onayan Danıştay İDDK'nın 18.3.2010 tarih ve E. 2006/1404, K. 2010/504 sayılı kararı, KİBB. Aksi yönde verilen eski tarihli bir kararda ise kaymakam olmak için yapılan başvurunun başvurunun kadın olması nedeniyle reddedilmesi kamu hizmetine girmede eşitlik ilkesine uygun bulunmuştur:

*“Dosyanın incelenmesinden davalı idare; “Ülkemizin idari yapısı, kaymakamdan beklenen hizmetler, bu hizmetlerin fiziki yönden arz ettiği zorluklar düşünülerek, bayanların başvuruları Bakanlığımızca kabul edilmemektedir.” yolunda takdirde bulunarak davacının başvurusunu reddettiği anlaşılmaktadır.*

*Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesinde, her ne kadar herkesin cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hususu vurgulanmakta ise de; idarenin kaymakamlık görevinin özelliklerini ve ülke genelinde bu görevin yürütüleceği ilçelerin bugünkü toplumsal, kültürel, coğrafi ve ulaşım olanaklarını göz önüne alarak maiyet memurluğu-kaymakamlık görevine almada kadın erkek ayrımı gözetmesinde Anayasaların yukarıda anılan hizmete girme ile ilgili maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.”* Danıştay 5. Daire, 15.11.1984 tarih ve E. 1980/9357, K. 1984/3836 sayılı kararı, KİBB.

37 Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, C. I, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 598. Aynı yönde: *“İdare hukuku alanında eşitlik ilkesi kamu hizmeti kavramı ile birlikte aktarılmaktadır. Buna göre eşitlik kamu hizmetinin genel ilkelerinden biridir. Bu çerçevede idare, kamu hizmetini dilediğine sunmakta özgür olmadığı gibi, eşit durumda bulunanlara eşit, farklı konumda bulunanlara da farklı biçimde sunmak zorundadır. Ayrıca kamu hizmetinin tarafsızlığı ilkesi, “ayrımcılık yapmama” yükümlülüğünü de içinde barındırmaktadır.”* 12. DAİRE E. 2004/4382 K. 2006/539 T. 22.2.2006.

38 Melikşah Yasin, “Kamu Hizmeti”, (içinde: Yıldırım/ Yasin/ Kaman/ Özdemir/ Üstün/ Okay Tekinsoy, *İdare Hukuku*) s. 505.

39 Yaşar, s. 168.

diğer yandan kamu görevlilerinin, kişilerle belli bir siyasi görüş ya da ideolojiyi dayatmayacak biçimde ve her türlü farklılıklara eşit mesafede durarak ilişki kurmaları, tarafsızlık ilkesinin bir gereğidir<sup>40</sup>. Diğer bir deyişle idare, faaliyetlerini tarafsızlık ilkesi uyarınca yürütmek hususunda bağlı yetki içerisindedir.

Danıştay, ayrımcılık yasağının yargısal denetimine örnek gösterilecek bir kararında Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Öğretmen Liseleri Yönetmeliği'nde yer alan "körlük-şaşılık" ifadesinin hukuka aykırılığına karar vermiştir. Danıştaya göre Anadolu Öğretmen Liselerine başvuruyu engelleyen şartlar arasında sayılan körlük-şaşılık engellilere yönelik bir ayrımcılık içerdiği gerekçesiyle iptal edilmiştir<sup>41</sup>. Bu durumda söz konusu yönetmelikte yer alan ve iptal edilen ifadenin işlemle ortaya çıkacak hukuka aykırı sonucun kaynağı olduğunu söylemek mümkündür.

### E. Pozitif Ayrımcılık

Ayrımcılık yasağının istisnası ise pozitif ayrımcılıktır<sup>42</sup>. Başka bir ifadeyle eşitlik ilkesine aykırılık ancak negatif yönde yapılacak ayrımcılık sonucu ortaya çıkmakta ve pozitif ayrımcılık sonucunu doğuran idari işlemler hukuka uygun kabul edilmektedir. Zira negatif ayrımcılık, hukuken aynı durumda bulunanlar arasında bir ayırım yapılması anlamına gelir ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. Öte yandan eşitlik ilkesinin sadece hukuken aynı durumda bulunanlar arasında uygulanması, bazı durumlarda bizi mutlak eşitlik anlayışına götürür. Bu da fiilen farklı durumlarda bulunanlar bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına neden olur. Bu noktada pozitif ayrımcılığın hakkaniyet ilkesinin bir gereği olduğunu söylemek de mümkündür.

Anayasanın 10. maddesine 2004 ve 2010 yıllarında yapılan değişikliklerle

40 Züleyha Keskin, *Kamu Hizmetinde Eşitlik İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 65.

41 "Davalı idare tarafından, öğretmenlerin, eğitim ortamında ve eğitim ortamı dışında öğrencilere rol model oluşturacağı, eğitim ortamında eğitim faaliyetlerinin yürütülmesinde her noktadaki öğrenciyle gözüyle, sözüyle ve diğer duyu organlarıyla iletişim kuracağı, öğrencilerin davranışlarını izleyerek, kontrol edeceği ve yönlendireceği, gerektiğinde eğitim araç ve gereçlerini kullanmasına her yönden yardım ve destek olacağı, uygulamalara rehberlik edeceği, zarar verecek hal ve davranışlara gerektiğinde fiziksel olarak müdahale edeceği ve öğrencileri zarar verici etkenlerden koruyacağı, özürhüleri tarafından bu hususların gerçekleştirilmesi mümkün olmayacağından öğretmen de olamayacakları belirtilmişse de, bu tespit, özürhülere yönelik açık bir ayrımcılık niteliğinde olduğu, öğretmenlik branşları dikkate alınmaksızın ve somut dayanaklar olmaksızın yapıldığı anlaşılmaktadır." Danıştay İDDK, 21.11.2012 tarih ve E. 2008/2220, K. 2012/2239 sayılı kararı, KİBB.

42 Pozitif ayrımcılık hakkında bkz. Tuğba Ünlü, "Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık", *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, SÜSBE, Konya 2009.



eklenen kurallarla<sup>43</sup> pozitif ayrımcılığın eşitlik ilkesine aykırılık olarak yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle içinde buldukları fiili durum gereği; toplumun sosyal, kültürel ya da ekonomik açıdan dezavantajlı durumda bulunan kesimlerine yönelik alınacak tedbirlerle nispi anlamda eşitliğin sağlanması öngörülmüştür<sup>44</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, eşitliğin sağlanması ve hakkaniyete uygun uygulamaların hayata geçirilmesi için esas olan devletin vatandaşları arasında fiili olarak oluşan dezavantajlı durumların önüne geçerek pozitif ayrımcılığa ilişkin düzenleme yapılmasına ihtiyaç bırakmamasıdır.

## Sonuç

Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen ve hukukun genel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi hukuk devletinden bağımsız şekilde ele alınmaktadır. Bununla birlikte ilke, hukuk devleti ve demokrasilerin olmazsa olmazı sayılabilecek niteliktedir. Eşitlik ilkesi, gerek yasama organı gerekse idare tarafından tesis edilecek genel, soyut ve objektif nitelikteki işlemlerle ortaya çıkan sonuçların hukuka uygun olabilmesi için de bir gerekliliktir. Mutlak ve nispi olarak iki anlamda kullanılan eşitlik ilkesinin gerek Anayasa Mahkemesi gerekse Danıştay tarafından nispi anlamıyla kullanıldığı söylenebilir. Bu kullanıma göre eşitlik ilkesi; şekli ve matematiksel bir eşitlik olmayıp hukuki durumları aynı olanlara aynı, farklı olanlara farklı yönde uygulanacak bir ilkedir. Bu ise eşitlik ilkesinin hakkaniyetle olan irtibatını ortaya koyar.

Devlet yönetimine ilişkin temel ilkelerden olan eşitliğin sağlanması ve eşitliğe aykırı uygulamaların önüne geçilebilmesi için bu ilkeye özellikle kamu görevliliği ya da öğrencilik statüsüne girişi düzenleyen kanunlarda yer verilmiştir. 2016 yılının Nisan ayında yürürlüğe giren 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile de devletin eşitlik ilkesine ilişkin yükümlülüklerinin bir kamu kurumu eliyle yerine getirilmesi öngörülmüştür. Belirtmek gerekir ki

43 “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürllüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.” Anayasanın 10. maddesinde yer alan kadınlara yönelik pozitif ayrımcılığa yönelik düzenlemelere ilişkin, Anayasa Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir karara karşı oy yazar üyeler şöyle demiştir: “Böylece kadınların da erkeklerin sahip oldukları hakları elde edebilmeleri için Devletin alacağı önlemlerle kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yapılmasına olur verilmiştir. Bu kural kuşkusuz, siyasi, sosyal ve ekonomik hakların uygulamaya geçirilmesi bakımından erkeğe göre daha geride bulunan kadının aradaki mesafeyi kapatabilmesi için getirilmiş olup, erkeğin hak kaybına uğramasının Anayasal dayanağı olarak değerlendirilemez. Pozitif ayrımcılık kadının, cinsiyeti nedeniyle hak kaybına uğramasının önüne geçilmesi amacıyla yöneliktir.” Anayasa Mahkemesi’nin E. 2006/156, K. 2008/125 sayılı ve 19.6.2008 tarihli kararı, Fulya Kantarcıoğlu ve Zehra Ayla Perktas’ın karşı oy gerekçeleri, bkz. 26.11.2008 tarihli R.G.

44 Günday, s. 65.

devletin bu yükümlülüğü pozitif ve negatif biçimde tezahür edebilir. Bu nedenle söz konusu yükümlülük; gerek eşitlik ilkesinin idari işlemlerle ihlal edilme potansiyeli dikkate alındığında idari işlemleri gerekse özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ihlalleri konu almaktadır.

İdarenin düzenleme yetkisi kullanılarak tesis edilen işlemler sonucu aynı hukuki durumda bulunanlara aynı muamelede bulunulması sağlanır. Bununla birlikte; fırsat eşitliği, kamu hizmetlerine girmede eşitlik, ayrımcılık yasağı, tarafsızlık ve pozitif ayrımcılık da eşitlik ilkesinin uygulamada sıkça karşılaşılan ve uyumsuzluklara konu olan somutlaşmış biçimleridir. İdare, yürütmüş olduğu kamu hizmeti ya da kolluk faaliyeti kapsamında işlem tesis ederken eşitlik ilkesinin bu somutlaşmış biçimlerini dikkate almalı ve tesis ettiği idari işlemlerle ortaya çıkan hukuki sonuçların, yani işlemin konu unsurunun eşitlik ilkesine uygunluğunu temin etmelidir.

## KAYNAKLAR

- Akyılmaz, Bahtiyar / Sezginer, Murat / Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Dinçkol, Bihterin, “Kadın-Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Yıl 4, S. 8, Güz 2005/2, sa. 101-117.
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa Hukuku*, 8. Baskı, (Tıpkı Basım) Orion Kitabevi, Ankara, 2011.
- Günday, Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı (Aynı baskı), İmaj Yayınevi, Ankara, 2013.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 19. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2015.
- Güneş, Turan, *Türk Pozitif Hukukunda Yürütme Organının Düzenleyici İşlemleri*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1965.
- Kaman Karan, Nur, *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Karahanoğulları, Onur, *Kamu Hizmeti*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- Kaya, Cemil, *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- Özdemir, Halit Eyüp, “Kamu İhale Kanunu’nda Düzenlenen İhale İşlemleri”, *Yayımlanmamış Doktora Tezi*, MÜSBE, İstanbul, 2005.
- Özkan, Gürsel, *Damıstay Kararları Işığında Kamu İhale Hukukuna Egemen Olan Temel İlkeler*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Şişman, Yener, “Engelliler Açısından Eşitlik, Ayrımcılık ve Eğitim Hakkı”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, Yıl: 14, S. 32, Ocak-Haziran 2014, sa. 57-85.
- Ulucan, Devrim, “Eşitlik İlkesi Ve Pozitif Ayrımcılık”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 15, Özel S., Yıl: 2013, sa. 369-383.
- Ünlü, Tuğba, “Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, SÜSBE, Konya, 2009.
- Yaşar, Hasan Nuri, *İdare Hukuku*, 3. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2016.
- Yıldırım, Turan / Yasin, Melikşah / Kaman, Nur / Özdemir, Halit Eyüp / Üstün, Gül / Okay Tekinsoy, Özge, *İdare Hukuku*, 6. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2015.

## ÖZ

1982 Anayasasının “Genel Esaslar” kısmında ve “Kanun önünde eşitlik” başlığıyla düzenlenen eşitlik, hukukun genel ilkelerinden biridir. Hukuk devletinin ve hukuki güvenliğin bir gereği olarak, eşitlik ilkesi aynı hukuki durumda bulunan kişilerin aynı kurallara tâbi olması sonucunu doğurur. Eşitlik ilkesine uygunluk yasal düzenlemelerle gerçekleştirilebileceği gibi, idare de düzenleyici ve birel işlemleriyle kanun önünde eşitliği sağlayabilir. İdare genel, soyut ve objektif düzenlemeler yaparken eşitlik ilkesine uygun davranmalı ve kişilere yönelik ayrımcı

uygulamalardan kaçınmalıdır. Bununla birlikte Anayasanın 10. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek pozitif ayrımcılık uygulamaları, eşitlik ilkesine aykırı olmaz. Diğer yandan idare eşitlik ilkesine, kamu hizmetlerine girme ve fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemelerde de riayet etmelidir.

**Anahtar Kelimeler:** İdare, Düzenleyici İşlemler, Eşitlik, Hukuki Güvenlik

# 1982 Anayasasında Sendika Kurma Hakkı ve Sınırlanması\*

The Right to Form Trade Unions and It's Limitation in the 1982 Constitution

Mesut Aydın\*\*

## ABSTRACT

1982 Constitution recognizes the right to form trade unions in article 51. According to the article 51, employees and employers have the right to form unions and higher organizations, without prior permission, in order to safeguard and develop their economic and social rights and the interests of their members in their labour relations. Thus, the Constitution guarantees the right to form trade unions as a consequence of the right of association, which is essential to a democratic society. On the other hand, article 51 of the Constitution includes a set of limitations regarding the right to form trade unions. According to the article 51, the right to form a union might be restricted on the grounds of national security, public order, prevention of commission of crime, public health, public morals and protecting the rights and freedoms of others. The limitations should be solely fixed by law. The Constitution recognizes civil servants' right to form trade unions as well. However the scope, exceptions and limits of the rights of civil servants who do not have a worker status should be prescribed by law in line with the characteristics of their services. This essay analyzes the right to form trade unions and it's limitation in regard with the right of association which deserves special protection in democratic countries. The scope and limits of this right have been discussed in the light of the relevant jurisprudence of the Constitutional Court.

**Keywords:** Fundamental rights and liberties, Social and economic rights, Trade unions, Right to form trade unions, Limitation of the right to form trade unions.

## Giriş

Demokratik toplumlarda örgütlenme özgürlüğü ve sendika kurma hakkı vazgeçilmez temel hak ve özgürlükler arasında yer almaktadır. Bu bağlamda, “*sendika kurma hakkı ya da özgürlüğü ikinci kuşak haklar (sosyal haklar) demeti-*

\* Makale gönderim tarihi: 01.12.2016. Makale kabul tarihi: 16.12.2016.

\*\* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: Kırıkkale Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Yenışehir, 71450 Karacaali/Yahşihan/Kırıkkale.

*nin en önemlisi sayılabilir*<sup>1</sup>. Sendika kurma hakkı yolu ile çalışma ilişkilerinde çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek mümkün olabilmektedir.

Sendika kurma hakkı ikinci kuşak haklar (klasik haklar) arasında yer alır. Bu nedenle, sendika hakkının birinci kuşak haklardan sonra, sanayi devrimi ve sınıflar arası mücadelenin ileri boyutta olduğu dönemlerde ortaya çıktığı söylenebilir<sup>2</sup>.

Sendika kurma hakkı uzun mücadeleler sonucunda kabul edilmiş bir hak mahiyetindedir. Önceleri bu hak kabul edilmiyordu. Örneğin çalışanların ortak hak ve menfaatlerini korumak amacıyla birleşmeleri Fransa'da 1791 de çıkarılan "*Le Chapelier*" kanunu ile yasaklanmıştır<sup>3</sup>. Benzer şekilde, İngiltere'de<sup>4</sup> ve Almanya'da<sup>5</sup> işçilerin mesleki yönden birleşmeleri yasaklanmıştır. Ancak, zamanla çalışanların mücadeleleri sonucunda sendikaların serbestçe kurulabilmeleri teminat altına alınmıştır<sup>6</sup>.

Demokratik toplumlarda siyasal partilere olduğu gibi, sendikalara da özel bir önem verilmektedir. Bunun sendika hakkının özel durumu nedeniyle olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü, bir devletin sendikalara tanıdığı haklar, o ülkede yürütülen siyasal ve ekonomik rejimin tespitine de imkan vermektedir<sup>7</sup>. Anayasa Mahkemesi (AYM) de, çalışanların ve işverenlerin ortak ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla kurdukları sendikaların, demokratik sosyal hukuk devletinin vazgeçilmez öğelerinden birini oluşturduğunu vurgulamaktadır<sup>8</sup>. Anayasada, sendikalar devletin dışında özel hukuk tüzel kişisi olarak öngörülmüştür. Gerçekten, sendikaların kamu hukukuna ilişkin bazı fonksiyonları yerine getirmelerine karşılık, özel hukuk tüzel kişiliği olduğunu belirtmek gerekir<sup>9</sup>.

Sendika kurma hakkı çalışanların ve çalıştıranların istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmalarını şeklinde anlaşılmaktadır. Ancak, bu dar

1 Bülent Tanör, "Sendika Hakkı ve Özgürlüğü", *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.235.

2 Tanör (2000), s.230.

3 Rüçhan Işık, *Sendika Hakkı, Tanınması ve Kanuni Sınırları*, AÜHFY, Ankara, 1962, s.32; Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 5. B., AÜHFY, No.392, Ankara, 1976, s.71.

4 Işık, s.26-29.

5 Nuri Çelik, *İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku, 1. Sendikalar, Sermet Matbaası*, 2. B., İstanbul, 1979, s.54.

6 Ünal Narmanhoğlu, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri*, 2. B., Beta, İstanbul, 2013, (2013a), s.47 vd.; Işık, s.30-31.

7 Işık, s.1.

8 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.19.

9 Haluk, H. Sümer, *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, 19. B., Konya, 2014, s.176.

anlamda bir tanımdır. Aslında, bu hakkın sendika kurma ve bunlara üye olma hakkının yanında, çalışanların ve çalıştıranların oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin faaliyetlerinin güvence altına alınmasını da kapsadığını belirtmek gerekir<sup>10</sup>. Başka bir deyişle, sendika hakkının bireysel ve kolektif yönü söz konusu olup, sendika hakkının bireysel yönü sendika kurma hakkını, üye olma ve olmama hakkını, sendikadan ayrılma hakkını ve ayrılmaya zorlanamamayı; kolektif yönü ise, sendikanın bir tüzel kişilik olarak sahip olduğu hak ve yükümlülükleri ifade etmektedir<sup>11</sup>.

Günümüz sendikacılığında sendika kurma hakkının önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu hak, ülkelerin kendine özgü şartları ve özelliklerine göre çeşitli biçimlerde söz konusu olabilir. Burada, sosyal, ekonomik ve politik şartlara göre uygulamaya geçirilen farklı sendika kurma hakkı ile karşılaşılabilir<sup>12</sup>.

Bu çalışmada, demokratik ülkelerde güvence altına alınan örgütlenme özgürlükleri bağlamında sendika kurma hakkı ve sınırlanması konusu incelenmektedir. Ayrıca, konuyla ilgili Anayasaya Mahkemesi içtihatlarına yer verilerek suretiyle bu hakkın kapsamı ve sınırları üzerinde durulmaktadır.

## I. Sendika Kavramı

Sendika kelimesi sözlükte (isim) “işçilerin veya işverenlerin iş, kazanç, toplumsal ve kültürel konular bakımından çıkarlarını korumak ve daha da geliştirmek için aralarında kurdukları birlik”<sup>13</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Sendika mesleki bir birliktir. Bu birliğin işçi veya işveren birliği olması mümkündür. Ancak, dünyada işçi birlikleri ile işveren birliklerinin farklı kelimelerle ifade edildiği görülmektedir<sup>14</sup>. Ülkemizde ise, sendika kelimesi işçi ve işveren birlikleri kapsar şekilde kullanılmaktadır.

Demokratik ülkelerde işçi ve işveren ilişkilerinde sendikal örgütleri ön plana çıkaran bir düzenleme eğilimi söz konusudur<sup>15</sup>. Sendikal örgütler “birleşerek

10 Bkz. AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.24.

11 Bkz. Kemal Tunçomağ, *İş Hukuku, C.II*, 2. B., Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1985, s.15-22; Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 4. B., Orion Kitabevi, Ankara, 2015, s.232; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.189.

12 Narmanlıoğlu (2013a), s.8.

13 <www.tdk.gov.tr>, 01.11.2016.

14 Almanya’da işçi sendikası için “*gewerkschaft*”, işveren sendikası için işveren birliği anlamındaki “*arbeitgebersverband*”; İngilizce konuşan ülkelerde işçi sendikaları “*trade union*”, işveren sendikaları “*employers association*” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. A. Can Tuncay, F. Burcu Savaş, *Toplu İş Hukuku*, 3. B., Beta, İstanbul, 2013, s.3.

15 Narmanlıoğlu (2013a), s.8.

*güçlü olma, dayanışma yoluyla ortak çıkarları koruma ve geliştirme”<sup>16</sup> amacıyla kurulmaktadır. AYM’nin bir kararında bu durum şöyle açıklanmaktadır: “Demokrasilerde vatandaşların bir araya gelerek ortak amaçları izleyebileceği örgütleri kurabilmeleri sosyal hayat için oldukça önemlidir. Demokrasilerde böyle bir “örgüt”, devlet tarafından saygı gösterilmesi ve korunması gereken temel haklara sahiptir. Çalışma hayatında kendi üyelerinin menfaatlerinin korunmasını amaçlayan örgütler olan sendikalar, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğü olan örgütlenme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır”<sup>17</sup>.*

Sendikalar meslek kuruluşlarıdır. Ancak, günümüzde sendikalar dünyada meslek esasına göre değil, işkolu esasına göre kurulduklarından mesleki teşekkül olma nitelikleri önemli oranda azalmıştır<sup>18</sup>. 274 sayılı Sendikalar Kanununda<sup>19</sup> mesleki teşekkül<sup>20</sup> deyimine yer verilmesine karşılık, 2821 sayılı Sendikalar Kanununda<sup>21</sup> ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda<sup>22</sup> bu kavrama yer verilmemiştir.

Sendikalar diğer meslek kuruluşlarından farklıdır. Şöyle ki, diğer meslek kuruluşları (barolar, meslek odaları, ticaret ve sanayi odaları, tıp, dişçilik, mühendislik odaları, esnaf ve sanatkârlar kooperatifleri vb.) kanunla kurulmakta, bu kuruluşlara üyelik zorunlu tutulmakta ve her meslek grubu için tek bir meslek teşekkülü oluşturulmaktadır<sup>23</sup>. Buna karşılık, sendikalar üyelerin serbest iradeleri ile kurulmakta, sendikalara üyelikte serbestlik ilkesi benimsenmekte ve aynı işkolunda birden fazla sendika kurulabilmektedir<sup>24</sup>.

Burada bir hususun altı çizilmelidir. Sendikaların sadece üyelerinin ortak ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak için kuruldukları belirtilirken, sendikaların sosyal yönden üstlendikleri rolün ihmal edilmemesi gerekir. Çünkü sendikaların çalışanların ekonomik ve sosyal haklarını sağlama kadar, eğitici fonksiyonları da bulunmaktadır. Bu bağlamda, sendikalar üyelerinin hayatın diğer safhasında yer almasını sağlayıcı bir işlev de yüklenebilirler. Eko-

16 Tuncay, Savaş (2013), s.3.

17 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.21.

18 Tuncay, Savaş (2013), s.4.

19 RG.24.07.1963/11462.

20 274 sayılı Sendikalar Kanununda(m.1), işçi ve işverenlerin kurabilecekleri sendika, federasyon ve konfederasyon şeklindeki kuruluşların tümünü kapsamak üzere mesleki teşekkül deyimini kullanılmıştır. Bkz. Çelik (1979), s.6.

21 RG.7.5.1983/18040.

22 RG.7.11.2012/28460.

23 Tuncay, Savaş (2013), s.3; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, *İş Hukuku Dersleri*, 28. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s.548.

24 Tuncay, Savaş (2013), s.3.



nomik, siyasal ve kültürel yönde üyelerin gelişmelerini amaç edinen sendikal örgütlenme buna örnektir<sup>25</sup>.

Anayasada sendikaların tanımı yapılmamıştır. Buna karşılık, Anayasada sendikalarla ilgili bazı genel esaslar<sup>26</sup> belirlenmiştir. 6356 sayılı Kanunda ve 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununda<sup>27</sup> Anayasada öngörülen esaslar çerçevesinde bir tanıma yer verilmektedir. 6356 sayılı Kanunda (2/1-ğ) sendikaların, “*İşçilerin veya işverenlerin çalışma ilişkilerinde, ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için en az yedi işçi veya işverenin bir araya gelerek bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Burada, işçiler ya da işverenler bakımından bir ayırım yapılmamakta ve her ikisinin de aynı şartlarda sendikal bir örgütlenme çatısı altında birleşebilecekleri belirtilmektedir. Ayrıca, mevzuatımızdaki düzenleme dikkate alındığında, sendika kavramının işçiler ve işverenler tarafından kanunda belirlenen amaçlarla oluşturulacak tüm kuruluşları da kapsayan geniş bir anlamının bulunduğu da ifade edilmektedir<sup>28</sup>. 4688 sayılı Kanunda (m.3/1-f) ise, sendikalar “*kamu görevlilerinin ortak ekonomik, sosyal ve meslekî hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar*” şeklinde tanımlanmaktadır. Burada, anayasal hüküm dikkate alınmak suretiyle kamu görevlilerine yönelik bir tanımın yapıldığı görülmektedir.

## II. Sendika Kurma Hakkı

### Genel Olarak

1982 Anayasasının 51. maddesi “*sendika kurma hakkı*” kenar başlığını taşımaktadır. Söz konusu maddede sendika kurma hakkının kapsamı belirtilmektedir<sup>29</sup>. Anayasada “*mesleki birlik*” kavramı yerine “*sendika kurma hakkı*” kavramına yer verilmektedir. Burada, mesleki birlik kavramının kullanılmaması

25 Frank B. Miller, “Sendika İçi Demokrasi”, (çev. Sebahattin Zaim), *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S.13, 1962, s.83-84.

26 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s.546-547.

27 RG. 12.07.2001/24460.

28 Narmanlioğlu (2013a), s.44.

29 1961 Anayasasının 46. maddesinde sendika kurma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddede şöyle denilmektedir: Madde 46- “(Değişik: 20/9/1971 - 1488 S. Kanun/md. 1) *İşçiler ve işverenler, önceden izin almaksızın, sendikalar ve sendika birlikleri kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten ayrılma hakkına sahiptirler. Bu hakların kullanılmasında uygulanacak şekil ve usuller kanunda gösterilir. Kanun, Devletin ülkesi ve milletiyle bütünlüğünün, millî güvenliğinin, kamu düzeninin ve genel ahlâkın korunması maksadıyla sınırlar koyabilir. Sendikalar ve sendika birliklerinin tüzükleri, yönetim ve işleyişleri demokratik esaslara aykırı olamaz*”.

yerindedir<sup>30</sup>. Çünkü mesleki birlikler de işçiler ve işverenler tarafından kurulan birlikleri (sendika ve konfederasyon) anlatmakta olup, Anayasadaki sendika kurma hakkına dayandıklarından “mesleki birlik” yerine “sendika kurma hakkı” teriminin kullanılmasının isabetli olduğunu belirtmek gerekir<sup>31</sup>.

Anayasaya göre, çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar kurabilir ve işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

1982 Anayasasının ilk şeklinde, “işçiler ve işverenler sendika kurma hakkına sahiptirler” hükmüne yer verilerek, bu tanımlamanın dışında kalan kimseler sendika hakkının güvence kapsamı dışında bırakılmış ve bu durum bazı yazarlar tarafından haklı olarak eleştirilmiştir<sup>32</sup>.

Öte yandan, sendika kurma hakkının sendika kurma ve üye olma şekliyle sınırlı olmadığını belirtmek gerekir. Bu bağlamda, AYM'nin de belirttiği üzere, sendika kurma hakkı aynı zamanda oluşturulan tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin garanti altına alınmasını da içermektedir. AYM'ye göre, “Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin garanti altına alınmasını da içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkı kapsamında yer almaktadır”<sup>33</sup>. Gerçekten, tek başına sendika hakkı bir anlam ifade etmemekte, bu hakkın baskı unsuru olarak grev ve toplu iş sözleşmesi hakkı ile desteklenmesi gerekmektedir<sup>34</sup>. Böylece, sendika hakkı ile grev ve toplu iş sözleşme hakları bir bütün haline gelmektedir<sup>35</sup>.

Sendika kurma hakkı, demokratik toplumlarda kişilerin örgütlenme hakkının bir yansıması şeklinde değerlendirilmesi gereken bir haktır. Böylece, çalışanlar ve çalıştıranlar bir araya gelerek ortak menfaatlerini korumak için sen-

30 Tunçomağ, s.22.

31 Tunçomağ, s.22.

32 Oktay Uygun, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992, s.85.

33 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.24.

34 Tanör (2000), s.231.

35 Tanör (2000), s.231.

dikalar kurabilirler. AYM de sendika kurma hakkını örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görmektedir. Mahkemeye göre, “Anayasa’nın 51. Maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kolektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk halinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestisini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir”<sup>36</sup>.

Sendika kurma hakkı, Anayasada sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümünde yer almıştır. Bu bölüm içinde yer alan hakların gerçekleştirilmesi için devletin olumlu edimine ihtiyaç duyulur. Başka bir deyişle, devlete olumlu görevler yükleyen Anayasa kuralları, yasama organına bu görevleri gerçekleştirme yükümlülüğü yüklediğinden kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır<sup>37</sup>. Ancak, sendika hakkının diğer sosyal haklardan önemli bir farklılığı söz konusudur. Sendika hakkı ve özgürlüğü negatif (olumsuz) statü hakları içinde yer alır. Burada, devletin rolü kural olarak karışmamaktır. Çünkü sendika kurma hakkı, grev ve toplu sözleşme haklarında olduğu gibi, negatif (olumsuz) statü hakları niteliğindedir<sup>38</sup>.

Sendikalar çeşitli şekillerde kurulabilir. İşçi sendikaları dikkate alındığında, genel olarak aynı mesleğe mensup çalışanlar bir araya gelerek sendika kurabildiği gibi, işyerinde ya da işkolu düzeyinde<sup>39</sup> de sendikaların kurulması mümkündür<sup>40</sup>. Ülkemizde çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarların

36 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.23.

37 Uygun, s.36.

38 Bkz. Tanör (2000), s.231.

39 6356 sayılı Kanununun 3. maddesinde yer alan “Sendikalar kuruldukları işkolunda faaliyette bulunur” ibaresi AYM tarafından Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkemeye göre, “sendikaların işkolu esasına göre kurulacağını öngören kuralların, kamu düzenini sağlamak ve devam ettirmek, daha etkin ve daha güçlü bir sendikacılığın temin etmek için çıkarılmış olduğu anlaşılmaktadır. Zira mevcut sistem içerisinde güçlü yapılar haline gelen sendikalar işkolu esasına göre faaliyette bulunan sendikalarlardır. Bununla birlikte diğer sendikal örgütlenme biçimlerinin açıkça yasaklanmadığı, nitekim diğer örgütlenme modelleri ile kurulup faaliyette bulunan sendikaların mevcut olduğu ve şartlar sağlandığında toplu iş sözleşmesi imzalayabilme haklarının bulunduğu gerçeği göz önüne alındığında getirilen sınırlamaların meşru temellere dayandığı, hakkın özünü zedelediği ve ölçüsüz bir müdahale oluşturmadığı görülmektedir. Diğer yandan kural, sendikaların görevlerini yerine getirmeleri ve sendikal hakların kullanılmasında bağımsızlığına müdahalede bulunmamakta, işçilerin bir sendikaya üye olma ya da üyelikten ayrılma serbestisine zarar vermemektedir”. Bkz. AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.37-38.

40 Tuncay, Savaş (2013), s.4.

korunması ve geliştirilmesi için bir işkolunda faaliyette bulunmak üzere sendikaların kurulacağı belirtilmektedir(6356 sayılı Kanun m.2/1-ğ). Burada, sendikaların faaliyet alanı çalışma ilişkileri ile sınırlı tutulmaktadır. Ancak, “*etkinlik alanının çalışma ilişkileri ile sınırlandırılması, bu kavramın dar yorumlanarak, örneğin sendikaların sendikal özgürlüklerle doğrudan ilgisinin bulunmadığı düşünülen/ileri sürülen siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlar konusunda ve ayrıca sendikalar, sendikacılar ve üyelerce kullanılan kişi haklarının ihlal edildiği durumlarda, eleştiri ve değerlendirmelerde bulunmasını, görüş ve önerilerini ortaya koymasını, bu amaçlarla toplu eylem ve etkinliklere başvurmasını kısıtlayıcı niteliktedir*”<sup>42</sup>. Bazı yazarlar “*burada, sendikaların işyerini aşan faaliyetlerinden ve özellikle de siyasal bir baskı grubu olarak etkili olmalarından duyulan tedirgin*”<sup>43</sup>liğin kendini hissettirdiğini belirtmektedir.

İşkolu sendikacılığının benimsenmesi güçlü sendikacılık gerekçesine dayanmaktadır<sup>44</sup>. 6356 sayılı Kanununun 2/ğ, 3/1 ve 8/c hükümleri dikkate alındığında meslek ve işyeri esasına göre sendikaların kurulması mümkün değildir<sup>45</sup>.

Kamu görevlileri dikkate alındığında ise, ülkemizde sendikalar hizmet kolu esasına göre, Türkiye çapında faaliyette bulunmak amacıyla bir hizmet kolundaki kamu işyerlerinde çalışan kamu görevlileri tarafından kurulabilir, ancak meslek veya işyeri esasına göre sendika kurulamaz(4688 sayılı Kanun m.4/2).

Sendika kurma hakkının “*herkese*” tanınması konusunda kamu görevlilerine yönelik bir ayırım söz konusudur. Şöyle ki, kamu görevlileri dışındaki çalışanlar ve işverenler bakımından sendika kurma hakkı ayırım gözetilmeksizin herkese tanınmaktadır. Bu bağlamda, Anayasanın 10. maddesinde belirtildiği gibi, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin bu hakkın hayata geçirilmesi zorunludur<sup>46</sup>. Nitekim çağdaş anayasalarda bu hakkın öznelerinin herkes ya da en azından çalışanlar şeklinde belirlendiği, işçi ve kamu görevlilerine bu hakkın tanındığı görülmektedir<sup>47</sup>.

41 Bkz. Kemal Oğuzman, “Yeni Anayasanın Toplu İş İlişkilerini İlgilendiren Hükümleri”, *İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarıca’ya Armağan*, 1982, S.1-3, s.118; Sümer (2014), s.174.

42 Mesut Gülmez, “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurullarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, V Bildiriler*, Petrol İş Yayımları, No: 118, İstanbul, 2013, s.83.

43 Tanör (2000), s.233.

44 Gülsevil Alpagut, “6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumu Açısından Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi, (Seminer-22 Aralık 2012)*, (ed. Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalkaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.120.

45 Bkz. Alpagut, s.122.

46 Bkz. Narmanlıoğlu (2013a), s.13.

47 İbrahim Kaboğlu, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II, Bildiriler*, Petrol İş Yayımları, No. 113, İstanbul, 2010, s.51.

Ancak, Anayasada kamu görevlilerinin sendika kurma haklarına yönelik bazı istisnaların söz konusu olabileceği belirtilmektedir<sup>48</sup>. Anayasanın 51. maddesinde “İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir” denilmektedir. Söz konusu hükümden kamu görevlilerinin bu haklarına yönelik istisnanın kanunla getirilebileceği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, 4688 sayılı Kanunla bazı kamu görevlilerine yönelik getirilmiş hayli geniş yasaklamalara dayanak bulmak istenildiği görülmektedir<sup>49</sup>.

Öte yandan, sendika kurma hakkı konusunda anayasal olarak milletvekillerine yönelik bir yasaklamanın öngörüldüğü görülmektedir. Buna göre, “Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ....sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının ve katıldıkları teşebbüs veya ortaklıkların yönetim ve denetim kurullarında görev alamazlar, vekili olamazlar, herhangi bir taahhüt işini doğrudan veya dolaylı olarak kabul edemezler, temsilcilik ve hakemlik yapamazlar (m.82). Bu durumda, anayasadan doğan bir yasaklama nedeniyle milletvekilleri sendikalarda yöneticilik ve denetçilik yapamayacaklardır<sup>50</sup>.

48 Bu bağlamda, 4688 sayılı Kanunda (m.15) sendika üyesi olamayacaklara yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. “Sendika üyesi olamayacaklar” (1) şeklinde yer verilen düzenleme şöyledir: “Madde 15 – Bu Kanuna göre kurulan sendikalara; a) (...) (2) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinde çalışan kamu görevlileri, (2b) Yüksek yargı organlarının başkan ve üyeleri, hâkimler, savcılar ve bu meslekten sayılanlar, c) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların müsteşarları, başkanları, genel müdürleri, daire başkanları ve bunların yardımcıları, yönetim kurulu üyeleri, merkez teşkilâtlarının denetim birimleri yöneticileri ve kurul başkanları, hukuk müşavirleri, bölge, il ve ilçe teşkilâtlarının en üst amirleri ile bunlara eşit veya daha üst düzeyde olan kamu görevlileri, (...) (3) belediye başkanları ve yardımcıları, d) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri, üniversite ve yüksek teknoloji enstitüsü rektörleri, fakülte dekanları, enstitü ve yüksek okulların müdürleri ile bunların yardımcıları, e) Mülki idare amirleri, f) Silahlı Kuvvetler mensupları, g) (İptal: Anayasa Mahkemesi’nin 10/4/2013 tarihli ve E.: 2013/21, K.: 2013/57 sayılı Kararı ile.) h) Millî İstihbarat Teşkilâtı mensupları, ı) Bu Kanun kapsamında bulunan kurum ve kuruluşların merkezi denetim elemanları, j) Emniyet hizmetleri sınıfı (...) (4) (...) (3) , k) Ceza infaz kurumlarında çalışan kamu görevlileri, Üye olamazlar ve sendika kuramazlar”. ((1) 1/12/2011 tarihli ve 6253 sayılı Kanunun 41 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Sekreterliği” ibaresi “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı” şeklinde değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. (2) Anayasa Mahkemesi’nin 30/9/2015 tarihli ve E.:2015/62, K.:2015/84 sayılı Kararı ile bu bentte yer alan “Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı,” ibaresi iptal edilmiştir.(3) 4/4/2012 tarihli ve 6289 sayılı Kanunun 31 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan “100 ve daha fazla kamu görevlisinin çalıştığı işyerlerinin en üst amirleri ile yardımcıları,” ibaresi ile (j) bendinde yer alan “ile kamu kurum ve kuruluşlarının özel güvenlik personeli” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.(4) Anayasa Mahkemesi’nin 29/1/2014 tarihli ve E.: 2013/130, K.:2014/18 sayılı Kararı ile bu bentte yer alan “...ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel...” ibaresi iptal edilmiştir.

49 Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş*, 15. B., İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012, s.165.

50 Bkz. Tanör (2000), s.234-235.

## B. Ulusalüstü Düzenlemeler

Ulusalüstü alanda sendika hakkının korunduğu ve buna ilişkin düzenlemelere insan hakları belgelerinde yer verildiği görülmektedir. Nitekim, sendika kurma hakkının ulusal mevzuatta güvenceye kavuşturulmasında ulusalüstü sözleşmelerinin önemli bir yeri bulunmaktadır<sup>51</sup>.

Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde<sup>52</sup> sendika kurma hakkı şöyle düzenlenmektedir:

**Madde 23:** “...Herkesin, menfaatlerinin korunması için sendikalar kurma ve bunlara katılmaya hakkı vardır”

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde<sup>53</sup> (AİHS) ise, “*toplanma ve örgütlenme özgürlüğü*” başlıklı 11. maddesi sendika kurma hakkını da kapsamaktadır. Maddenin ilk fıkrasında, sendika kurma hakkına yer verilmekte, ikinci fıkrada ise, bu hakkın sınırlanması düzenlenmektedir. Maddede şöyle denilmektedir:

**Madde 11:** “1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarıda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir”.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin<sup>54</sup> 8. maddesi sendikaları düzenlemektedir. Maddede şöyle denilmektedir:

**Madde 8:** “1-Bu sözleşmeye taraf devletler aşağıdaki hakları güvence altına almakla yükümlüdürler: a) Herkesin, ekonomik ve sosyal çıkarlarını geliştirmesi ve koruması için sendika kurma ve yalnızca ilgili örgütün kurallarına bağlı olarak dilediği sendikaya girme hakkı vardır. Bu hakkın kullanılmasına, yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama getirilemez. b) Sendikaların ulusal federasyonlar ya da konfederasyonlar kurma hakkı ve konfederasyon-

51 Bkz. Narmanlıoğlu (2013a), s.14.

52 RG.27.05.1949/16200.

53 RG.19.03.1954/6365.

54 11.08.2003/25196.

ların uluslararası sendikal örgütler kurma ya da bunlara katılma hakkı; c) Sendikaların yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlama olmaksızın özgürce faaliyette bulunma hakkı; d) Her ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak kaydıyla, grev hakkı.

2- Bu madde, sözü edilen hakların, silahlı kuvvetler polis ya da devlet yönetiminin mensupları tarafından kullanılmasına yasal kısıtlamalar getirilmesine engel olmaz. 3-Bu maddenin hiçbir hükmü, Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin 1948 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesine taraf devletlere, Sözleşmede öngörülen güvenceleri haleldar edici yasal tedbirler alma ya da yasaları bu güvenceleri ihlal edici şekilde uygulama yetkisi vermez”.

Türkiye'nin bazı maddelerine çekince koyarak onayladığı Avrupa Sosyal Şartının<sup>55</sup> 5. maddesinde, sendika kurma hakkı güvence altına alınmaktadır. Şartın 6. maddesinde ise, sözleşen tarafların toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasının sağlanmasını taahhüt ettikleri belirtilmektedir. Ancak, Türkiye'nin çekince koyduğu hükümler içinde “örgütlenme hakkı”nın düzenlendiği 5. maddenin ve “toplularlık hakkı”nı düzenleyen 6. maddenin de bulunduğu görülmektedir<sup>56</sup>. Söz konusu hükümlerde şöyle denilmektedir.

**Madde 5:** “Akit Taraflar, çalışanların ve işverenlerin ekonomik ve sosyal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslararası örgütler kurma ve bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak veya desteklemek amacıyla ulusal yasanın bu özgürlüğü zedelemesini veya zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi; taahhüt ederler.

Bu maddede öngörülen güvencelerin, güvenlik güçleri bakımından hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla ya da yönetmeliklerle belirlenir. Bu güvencelerin silahlı kuvvetler mensuplarına uygulanmasına ilişkin ilke ile bu kesime hangi düzeyde uygulanacağı, yine ulusal yasalar ya da yönetmeliklerle saptanır”.

**Madde 6:** “Akit Taraflar, toplu pazarlık hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla; 1- Çalışanlar ve işverenler arasındaki ortak görüşmeleri teşvik etmeyi; 2- Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme

55 RG.09.04.2007/26488.

56 Türkiye Cumhuriyeti, 1996 tarihli “(Gözden Geçirilmiş) Avrupa Sosyal Şartı”nın III. Bölümünün A maddesi gereğince, anılan Şart’ın II. Bölümünün aşağıdaki madde, fıkra ve bentlerini kabul ettiğini beyan eder. 1 inci madde, 2 nci maddenin 1, 2, 4, 5, 6 ve 7 nci fıkraları, 3 üncü madde, 4 üncü maddenin 2, 3, 4 ve 5 inci fıkraları, 7 ilâ 31 inci maddeler”. Bkz. RG.09.04.2007/26488.

*yoluyla ücretlerin ve iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla işverenlerin ya da işveren örgütlerinin çalışanların örgütleriyle isteğe bağlı görüşmelerini sağlayacak yolları teşvik etmeyi; 3- İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakemlik sisteminin kurulmasını ve işletilmesini teşvik etmeyi; taahhüt eder ve 4- Menfaat uyuşmazlığı durumunda çalışanların ve işverenlerin, daha önce yapılan toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülük- lere bağlı olmak koşuluyla grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır”.*

Yukarıda yer verilen hükümler incelendiğinde, ulusalüstü alanda sendika kurma hakkının güvence altına alındığı görülmektedir. Bu hakkın sınırlanması konusunda kanun koyucunun yetkili olduğu belirtilmekte ancak kanun koyucunun da bu hakkı sınırlarken dayanması gereken nedenlere yer verilmektedir. Şüphesiz bu tür nedenlere açıkça sözleşmelerde yer verilmesi bu hakkın keyfi bir şekilde kanun koyucu tarafından sınırlandırılmamasını sağlamaya yönelik olduğu söylenilebilir.

*ILO sözleşmelerinde* de sendika kurma hakkının güvence altına alındığı görülmektedir. Bu bağlamda, sendika hakkı ve özgürlüğü, toplu sözleşme özerkliğine ilişkin uluslararası sözleşmelerin en önemlilerinin ILO'nun 87 ve 98 nolu sözleşmeleri olduğunu belirtmek gerekir<sup>57</sup>. Türkiye'nin imzalayarak yürürlüğe koyduğu “*Sendika Özgürlüğü ve Sendikalaşma Hakkının Korunmasına İlişkin 87 No'lu Sözleşme*”<sup>58</sup>, sendika kurma hakkıyla ilgili hükümlere yer verilmektedir. Burada, 87 nolu sözleşmenin sendika hakkı ve özgürlüğü ile ilgili olarak ulusalüstü düzenlemelerin temeli olduğunu belirtmek gerekir<sup>59</sup>. 87 nolu sözleşme örgütlenme hakkını sadece işçi ve işverenlere değil, kamu görevlileri dahil bütün çalışanlara tanımaktadır<sup>60</sup>. Sözleşmede, serbest bir şekilde sendika kurma hakkı, sendikaların yönetim ve işleyişlerinin üyelerin iradelerine uygun belirlenmesi, kamu makamlarının bu hakka bir sınırlama getirmemesi, örgütlenme hakkının serbestçe kullanımının sağlanmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir<sup>61</sup>. Ayrıca, Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağını ulusal mevzuatla belirleneceğine yer verilmektedir. Sözleşmenin 2., 3., 9., 10. ve 11. maddeleri bunlarla ilgilidir. Maddelerde şöyle denilmektedir:

57 Tuncay, Savaş (2013), s.18.

58 RG.25.02.1993/21507.

59 Narmanhoğlu (2013a), s.15; Alpogut, s.114.

60 Tuncay, Savaş (2013), s.15.

61 Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi ile ilgili olarak, bazı yazarlar Sözleşmenin “*sendikalaşma konusunda, “hiçbir biçimde ayrım gözetmeme, önceden izin almama ve kendi seçtikleri örgütleri kurma” şeklinde uluslararası ölçüleri*” koyduğunu belirtmektedir. Bkz. Kaboğlu, s.51.



**Madde 2:** “Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler”.

**Madde 3:** “1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

2. Kamu makamları, bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınılmırlar”.

**Madde 9:** “1. Bu Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağı ulusal mevzuatla belirlenir.

2. Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası'nın 19 uncu maddesinin 8 inci paragrafı ile konulan ilkelere uygun olarak; bu sözleşmenin bir üye tarafından onanması durumuna silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına bu sözleşmede öngörülen güvenceleri sağlayan yürürlükteki herhangi bir yasa, karar, adet veya anlaşmayı etkilemeyecektir”.

**Madde 10:** “Bu sözleşmede “örgüt” terimi, çalışanların veya işverenlerin çıkarlarına hizmet ve bu çıkarları savunma amacını güden çalışanların ve işverenlerin hertürlü kuruluşunu ifade eder”.

**Madde 11:** “Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür”.

Ayrıca Türkiye'nin imzalayıp yürürlüğe koyduğu, 87 nolu Sözleşmenin tamamlayıcısı niteliğindeki “Örgütlenme ve Toplu Pazarlık İlkelerinin Uygulanmasına İlişkin 98 nolu Sözleşme”<sup>62</sup> söz konusudur. 98 nolu Sözleşmenin 1. maddesinde şöyle denilmektedir:

**Madde 1:** “1-İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine hanel getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.

2- Böyle bir himaye bilhassa, a-Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak; b- Bir sendikaya üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakati ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu izrar etmek; maksatları güden hareketlere mütaallik hususlarda uygulanacaktır”.

62 RG.14.08.1951/7884.

98 nolu Sözleşmenin kamu çalışanlarına uygulanıp uygulanmayacağına yönelik tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla “*Kamu Hizmetinde Örgütlenme Hakkının Korunmasına ve İstihdam Koşullarının Belirlenmesi Yöntemlerine İlişkin 151 nolu Sözleşme*” imzalanmıştır<sup>63</sup>. Türkiye bu sözleşmeyi imzalayarak yürürlüğe koymuştur<sup>64</sup>. Sözleşmenin kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanacağı belirtilmekle birlikte bazı kamu görevlileri bakımından istisnalar öngörülmektedir. Buna göre, Sözleşmede öngörülen güvencelerin, üst düzey görevlilere veya çok gizli nitelikte görevler ifa edenlere, silahlı kuvvetlere ve polise ne hangi ölçüde uygulanacağını ulusal yasalarla belirleneceği düzenlenmektedir. 151 nolu sözleşmenin 1. ve 4. maddelerinde şöyle denilmektedir:

**Madde 1:** “1-Bu Sözleşme, diğer uluslararası çalışma sözleşmelerinde bu kesime uygulanabilecek daha elverişli hükümler bulunmadığı durumlarda kamu makamlarınca çalıştırılan herkese uygulanır.

2-Bu Sözleşmede öngörülen güvencelerin, görevleri izlenecek politikaları belirleme ve yönetim işleri kabul edilen üst düzey görevlilere veya çok gizli nitelikte görevler ifa edenlere hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir.

3- Bu Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polise ne ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenecektir”.

**Madde 4:** “1. Kamu görevlileri, çalıştırılmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne halel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacaklardır.

2. Böyle bir koruma, özellikle aşağıdaki amaçlara yönelik tasarruflara karşı uygulanacaktır: a) Kamu görevlilerinin çalıştırılmalarını bir kamu görevlileri örgütüne katılmama veya üyelikten ayrılma koşuluna bağlamak, b) Bir kamu görevlisini bir kamu görevlileri örgütüne üyeliği veya böyle bir örgütün normal faaliyetlerine katılması nedenleriyle işten çıkarmak veya ona zarar vermek.

Sonuç olarak, İLO sözleşmelerinde sendika kurma hakkının güvence altına alınmasına yönelik önemli düzenlemelerin olduğu, bu düzenlemelerin gerek ulusalüstü sözleşmeler gerekse ulusal düzenlemelere kaynaklık ettiğini belirtmek gerekir<sup>65</sup>.

### C. Anayasal Düzenleme

Anayasanın 51. maddesinde “*sendika kurma hakkı*” kenar başlığı altında sendikalara yer verilmiştir. Maddede şöyle denilmektedir:

63 Bkz. Tuncay, Savaş, s.16.

64 Bkz. RG.25.02.1993/21507.

65 Bkz. Narmanlıoğlu (2013a), s.15.

**MADDE 51-** (Değişik: 3/10/2001-4709/20 md.)

“Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.

Sendika kurma hakkı ancak, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle ve kanunla sınırlanabilir.

Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.

(Mülga: 12/9/2010-5982/5 md.)

İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir.

Sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri, Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz”.

Anayasal düzenleme incelendiğinde, sendikaların kurulabilmesi için ortak bir amacın varlığı gereklidir. Anayasada ifade edildiği gibi, sendikalar üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmeyi hedefleyen örgütlerdir. Burada, Anayasada belirtilen amaç dışında sendika kurulması söz konusu olamayacağı gibi, sendikaların faaliyetlerine yönelik bir sınır da çizilmiş olmaktadır<sup>66</sup>. Bazı yazarlar sendika amacının sadece “çalışma ilişkileri” çerçevesinde ortak ekonomik hak ve menfaatlerin korunması ve geliştirilmesi şeklinde belirtilmesinin, çağdaş sendikacılık anlayışına uygun düşmediğini belirtmektedir<sup>67</sup>. Gerçekten bu tür bir anlayış, sendikaların demokratik bir toplumda yerine getirdikleri diğer işlevlerinin gözardı edilmesine yol açar. Öte yandan, Anayasanın 53. maddesinin birinci fıkrasında “işçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” ve üçüncü fıkrasında “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler” denilmek suretiyle sendikaların kuruluşundaki asıl amaç da gösterilmiştir<sup>68</sup>.

Anayasada kural olarak sendikaların serbestçe kurulması ilkesi benimsenmiş-

66 Narmanlıoğlu (2013a), s.30-31.

67 Narmanlıoğlu (2013a), s.59.

68 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s.547-548.

tır. Buna göre, çalışanlar ve işverenler önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilirler. Burada, sendikanın kuruluşunda devletin hiçbir şekilde müdahale, katkı ve engellemede bulunamayacağı belirtilmektedir<sup>69</sup>. Ayrıca, sendika çokluğu ilkesi geçerlidir<sup>70</sup>. Serbest kuruluş ilkesinin gereği olarak hiç kimse sendika kurucusu olma yönünde zorlanamaz<sup>71</sup>. Sendikalara üye olma konusunda da serbestlik ilkesi benimsenmiştir. Çalışanlar ve işverenler sendikalara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Anayasada kesin bir şekilde “Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz” denilmektedir. Böylece, sendikaya üyelik konusunda bağımsızlık teminat altına alınmaktadır. Sendikaya üye olma özgürlüğünün işverenlere karşı olduğu kadar, sendikal kuruluşlara karşı da korunması gerekir. Ayrıca kişiye herhangi bir sendikaya üye olmamak ya da dilediği zaman sendikadan çıkabilme hakkı da tanınmalıdır<sup>72</sup>.

Anayasal olarak sendikaların bağımsız birer örgüt olması amaçlanmıştır. Sendikanın bağımsız olması ilkesi serbest kuruluş ilkesini tamamlayan bir unsurdur<sup>73</sup>. Bunun için sendikaların devlete, siyasal partilere, dini kuruluşlara ve diğer kuruluşlara karşı bağımsızlığının sağlanması zorunludur<sup>74</sup>. Burada, sendikaların özel hukuk tüzelkişiliği olduğu dikkate alındığında devletin dışında örgütlenmesi ve devletten bağımsız olması gerektiği anlaşılır. Başka bir deyişle, devletin müdahalesinden kaygı duyulmaksızın kurulma ve faaliyette bulunma esastır<sup>75</sup>. Sendikanın kuruluş, yönetim ve faaliyetlerine müdahalede bulunamama, yargı kararı olmadan faaliyetten alıkonulamama ve kapatılmama<sup>76</sup>, devletin sendikalara müdahale etmemesine yönelik öngörülen güvencelerdir. Anayasal ilke doğrultusunda 6356 sayılı ve 4688 sayılı Kanunlarda buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. 6356 sayılı Kanunda (28/2) sendikaların kamu kurum ve kuruluşları, siyasal partiler, esnaf ve küçük sanatkar kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından yardım ve bağış alamayacakları belirtilmektedir. Burada, siyasal partilere karşı bağımsızlıktan bir sendikanın siyasal görüşünün bulunamayacağı anlamının çıkarılmaması gerekir<sup>77</sup>. Dini kuruluşlara karşı bağımsızlık ise, sendikaların dinsel esaslara dayalı faaliyetleri amaçlaya-

69 Sümer, s.174-175.

70 Bkz. Narmanhoğlu (2013a), s.10 vd.

71 Sümer, s.174; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (2015), s.548.

72 Narmanhoğlu (2013a), s.11-12.

73 Tuncay, Savaş (2013), s.21.

74 Sümer, s.174; Tuncay, Savaş (2013), s.21 vd.

75 Narmanhoğlu (2013a), s.9; Tunçomağ, s.51.

76 Bkz. Sümer, s.175.

77 Çelik (1979), s.46.

mamaları ya da bu tür çalışmalarda bulunamamaları anlamındadır<sup>78</sup>. 4688 sayılı Kanunda (m.20/2-4) da sendika ve konfederasyonların kamu makamlarından maddi yardım kabul edemeyeceği, siyasal partilerden maddi yardım alamayacağı ve onlara maddi yardımda bulunamayacağı, sendika ve konfederasyonların siyasal partilerin kuruluşu içinde yer alamayacakları, siyasal partilerin ad, amblem, rumuz veya işaretlerini kullanamayacakları, sendika ve konfederasyonların ticaretle uğraşamayacakları belirtilmektedir. Öte yandan, 4688 sayılı Kanunda (m.24/2) sendika ve konfederasyonların, kendilerinin veya Türkiye Cumhuriyeti Devletinin üyesi bulunduğu uluslararası kuruluşlar hariç, dış kaynaklardan Bakanlar Kurulunun izni olmadıkça yardım ve bağış kabul edemeyecekleri düzenlenmektedir. Söz konusu hükümler sendikanın başka bir kuruluş ya da devlete karşı bağımsızlığının korunması amacıyla<sup>79</sup>. Yine, çalışanların kurdukları sendikalar ile işverenlere ait sendikalarının karşılıklı olarak bağımsızlığının sağlanması gerekir. Çünkü Anayasanın 53. maddesinde öngörülen “işçilerin ya da işverenlerin ekonomik ve sosyal durumlarının ve çalışma koşullarının düzenlenmesi” ve “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin toplu sözleşme yapmaları” ancak çalışanlar ile işverenlerin karşılıklı ilişkileri ile mümkündür<sup>80</sup>. 6356 sayılı Kanunda (m.26/6) buna yönelik bir hükme yer verilmektedir: “İşçiler ve işçi kuruluşları işveren kuruluşlarına, işveren kuruluşları da işçi kuruluşlarına üye olamaz; gerek doğrudan doğruya, gerek temsilcileri veya mensupları veya araya koyacakları diğer kimseler aracılığıyla biri diğerinin kurulmasına, yönetim ve faaliyetine müdahalede bulunamaz”.

Anayasada işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin sendikal haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenmesi esası benimsenmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere, ulusalüstü alanda kamu görevlilerinin örgütlenmesine ilişkin 151 sayılı ILO Sözleşmesi söz konusudur. Türkiye bu sözleşmeyi 1993 yılında onaylamıştır. Bu konuda gerekli düzenlemelerin hayata geçirilmesi için ise, 2001 yılında 4688 sayılı Kanun kabul edilmiştir. Öte yandan 2010 yılında 5982 sayılı Kanunla Anayasada yapılan değişikliklerle kamu görevlilerinin sendikal haklarının güçlendirildiği görülmektedir. Anayasanın 53. maddesine 5982 sayılı Kanunla eklenen fıkralarda şöyle denilmektedir: “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler. Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir. Toplu sözleşme

78 Çelik (1979), s.47.

79 Aynı yönde bkz. Tuncay, Savaş (2013), s.22; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat (2015), s.551.

80 Bkz. Çelik, Caniklioğlu, Canbolat (2015), s.549.

*leşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir”.* Burada, toplu sözleşme hakkının sınırlandırılmasından söz edilmese de, kanunla bu hakkın istisnalarına yer verilmesi öngörüldüğünden, bazı yazarlar bu hakkın –istisnaları dahil- sınırlandırılmasında Avrupa Sosyal Şartının esas alınması gerektiğini belirtmektedir<sup>81</sup>. Ayrıca, 5982 sayılı Kanunla Anayasanın 128/2. maddesine “*Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır*” hükmü de eklenmiştir.

Anayasaya göre (m.51/son), sendika ve üst kuruluşlarının tüzükleri, yönetim ve işleyişleri Cumhuriyetin temel niteliklerine ve demokrasi esaslarına aykırı olamaz. Hükmün gerekçesinde, bu hükmün her şeyden önce kanun koyucuya verilmiş bir direktif mahiyetinde olduğu, bu direktifin 10. madde gereğince yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri de bağlayacağı, sendikaların yönetim ve işleyişlerinin de demokratik esaslara uygun olacağı, gerekli yasal ve idari tedbirlerle bu uygunluğun sağlanacağı, sendika üyeleri üzerinde yöneticilerin baskısının olmayacağı, yönetici hegemonyasının hiçbir şekilde müsamaha ile karşılanmayacağı belirtilmektedir<sup>82</sup>. Anayasa koyucu sendikaların toplum ve çalışma hayatında oynadıkları önemli ve düzenleyici rol nedeniyle bu gücü kötüye kullanmamaları için bu tür bir hükme yer vermektedir<sup>83</sup>. Böylece sendikal örgütlenmede Anayasa ile belli bir çerçeve çizilmektedir. Burada, sendikaların işleyişinde genel demokratik ilkelerden esinlenerek üyelerin egemenliği, yönetenlerin seçimle işbaşına gelmesi, çoğunluğun yönetim hakkı, azınlığın korunması ve üyelerin temel hak ve özgürlüklerinin varlığı ve korunması gibi temel demokratik ilkelerden söz edilebilir<sup>84</sup>. Başka bir deyişle, sendikalarda nihai otorite seçilenler yerine seçmenlerdedir ve otoritenin alt kademelerden üst kademelere doğru seyretmesi gerekir<sup>85</sup>. Ayrıca, sendikal demokrasinin gerçekleştirilmesinde kanuni düzenlemeler önemi bulunmakla birlikte, asıl önemli olan unsurun sendika üyelerinin demokratik değerlere yaklaşımları, hoşgörülerini ve duyarlılıklarıdır<sup>86</sup>. Cumhuriyetin temel nitelikleri ise,

81 Erdoğan (2015), s.282.

82 Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi : 1/463; M. G. Konseyi : 1/397), s.27-28.

83 Tuncay, Savaş (2013), s.24.

84 Fevzi Şahlanan, *Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s.45.

85 Toker Dereli, “Sendika İçi Demokrasi”, Türkiye *Sendikacılık Ansiklopedisi*, C.3., Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı'nın Ortak Yayını, İstanbul, 1998, s.23.

86 Derya Demirdizen, Kuvvet Lordoğlu, “Türkiye’de Sendika İçi Demokrasi Ya Da Bir İmkânsızın Arayışı Mı?”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler*, Petrol İş Yayını 118, İstanbul, Ekim 2013, s.230.

Anayasanın 2. maddesinde şöyle açıklanmaktadır: *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir”*.

### III. Sendika Kurma Hakkının Sınırlanması

Sendika kurma hakkı demokratik bir toplum için vazgeçilmez bir hak niteliği taşımaktadır. Ancak, demokratik toplumlarda bu hakka bazı sınırlamaların getirilebildiği görülmektedir. Ulusalüstü düzenlemelerde de bu hakkın kamuda bazı mesleklerde çalışanlara yönelik sınırlanmasının mümkün olabileceği ve konuyla ilgili takdirin ulusal makamlara ait olduğu belirtilmektedir.

Anayasada (m.51) sendika kurma hakkının bazı nedenlere dayalı olarak kanunla sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Bu durumda, sınırlamanın temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli ilkeleri belirleyen Anayasanın 13. maddesine uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Buna göre, bir temel hak ve özgürlük olarak sendika özgürlüğü hakkın özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın 51. maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz. AYM’ye göre de, *“Sınırlanabilir bir hak olan sendika hakkı Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlama rejimine tabidir. Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci ve izleyen fıkralarında sendika hakkına yönelik sınırlama sebeplerine yer verilmiştir. Ancak bu özgürlüklere yönelik sınırlamaların da bir sınırının olması gerektiği açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında Anayasa’nın 13. maddesindeki ölçütler göz önüne alınmak zorundadır. Bu sebeple sendika hakkına getirilen sınırlandırmaların denetiminin Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçütler çerçevesinde ve Anayasa’nın 51. maddesi kapsamında yapılması gerekmektedir”*<sup>87</sup>. Söz konusu hüküm dikkate alındığında şu hususların altının çizilmesi gerekir.

Sendika kurma hakkı ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu durum, yürütme organının düzenleyici işlemleri ile herhangi bir sınırlama yapılamayacağı anlamını taşır. Burada, kanun deyiimi yalnızca şekli anlamda bir kanunun varlığı anlamında değil, aynı zamanda kanunun yeterince somut olması, kişisel görüş ve anlayışlara göre değişmeyen açıklık ve kesinlikte olması şeklinde değerlendirilmelidir<sup>88</sup>. Ayrıca, kanunla sınırlamanın bir güvence olabilmesi için kanunda

87 AYM, Bireysel Başvuru No. 2013/8463, KT. 18.9.2014, RG. 4.12.2014/29195, para.38; Ayrıca bkz. AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.26.

88 Uygun, s.92.

yer alan sınırlama hükümlerinin Anayasadakilere oranla daha kesin ve somut olmaları gerekir<sup>89</sup>. Burada, sınırlamada kanun şartına yer verilmesi Anayasanın 13. maddesiyle de uyumludur. Çünkü Anayasanın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin genel ilkeler düzenlenmiştir. Maddede açıkça temel hak ve hürriyetlerin ancak kanun ile sınırlanabileceği belirtilmektedir. Anayasanın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında “*Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir*” denilmektedir. Burada, kanun koyucu düzenleme yaparken söz konusu hükmü dikkate alacaktır. Yapılacak düzenlemenin sınırlama şeklinde olması halinde ise, Anayasada yer verilen sınırlama ilkelerine bağlı olunması gerekir. AYM de kanun koyucunun Anayasanın 51/4. maddesi kapsamında düzenleme yaparken Anayasanın öngördüğü sınırlama kriterine bağlı kalınması gerektiğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, “*Anayasa’nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında “Sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda gösterilir.” denilmek suretiyle, kanun koyucunun Anayasa’da yer alan sendikal hakların sınırlandırılması kurallarına bağlı kalmak şartıyla, sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usulleri belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Hiç kuşkusuz bu takdir yetkisi Anayasa’nın öngördüğü sınırlama kriterlerine uygun kullanılmalıdır*”<sup>90</sup>.

Sendika kurma hakkının sınırlanmasında “*hakkın özü*”ne dokunulmaması gerekir. Hakkın özünü genel düzeyde şu şekilde belirtmek mümkündür: “*Bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan aslı çekirdeğidir*”<sup>91</sup>. Burada, sendika hakkının kullanımının aşırı bir şekilde sınırlanmasının bu hakkın özüne dokunacağını belirtmek gerekir. AYM de temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olan ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşıyan düzenlemeleri hakkın özüne dokunma saymaktadır<sup>92</sup>. Mahkemeye göre, “*Dokunulamayacak “öz”, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldıracı bir nitelik taşımaması gerekir.....Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçe-*

89 Tanör/Yüzbaşıoğlu (2015), s.149.

90 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.34.

91 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s.117.

92 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.27.



*vede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır. Sendika hakkı bağlamında da, bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hale getirilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır*<sup>93</sup>. Ayrıca, AYM hakkın özü kriteri ile demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkelerini birlikte ve birbirleriyle bağlantılı bir şekilde kullanmaktadır<sup>94</sup>. Mahkemeye göre, “*Temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yapılan sınırlamalar yönünden ise bu sınırlamaların, demokratik toplum düzeninin gerekleri ile ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bir başka deyişle, öze dokunan sınırlamalar, “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkelerine evleliyetle aykırı olacağından, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunan sınırlamalar yönünden “demokratik toplum düzeninin gerekleri” ve “ölçülülük” ilkeleri bakımından ayrıca inceleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır*”<sup>95</sup>. Burada, bazı kamu görevlilerinin sendika kurma hakkının yasaklanması üzerinde durmak gerekir. Anayasada (m.51/4) işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, 4688 sayılı Kanunda bazı meslek mensuplarının sendika kurma hakkından yararlanamayacakları belirtilmektedir. Böylece, kamu görevlilerinin bazılarına yönelik bir yasaklama getirilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, sınırlamaların Anayasanın 13. maddesine uygun bir şekilde yapılması gerekir. Bu bağlamda, kamu görevlilerinden bazılarına yönelik getirilen sendika hakkının yasaklanmasına yönelik düzenleme, bir hak ve özgürlüğü tümünden ortadan kaldırdığından hakkın özüne dokunmaktadır. Ancak, Anayasanın 51. maddesinde yer verilen hükümden kamu görevlilerinin bu haklarına istisna getirilebileceği anlaşılmaktadır. Burada, sendika kurma hakkı bakımından özel bir hüküm olan Anayasanın 51. maddesi doğrultusunda, kamu görevlilerinden bazılarına kanunla bir istisnanın getirilebileceği söylenilebilir. Aslında, konunun doğrudan Anayasada daha açık bir şekilde düzenlenmesi ve kamu görevlisi dışındaki çalışanlarla ilgili anayasal düzenlemede olduğu gibi (m.51/1), kamu görevlilerine yönelik sendika kurma hakkının yasaklanamayacağı belirtilmesi daha doğru olacaktır.

Sendika kurma hakkının sınırlandırılmasında Anayasanın 51. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen “*sınırlama nedenleri*”ne dayanmak gerekir. Maddede, yer verilen sınırlama nedenleri ise, “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*suç işlenmesi*”

93 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.27, 114.

94 Aynı yönde bkz. Özbudun, s.120.

95 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.28.

*nin önlenmesi”, “genel sağlık”, “genel ahlak” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak belirlenmiştir.*

Ulusalüstü alanda sendika hakkının sınırlama nedenleri konusunda ayrıntılı bir düzenlemenin AİHS’nde yer aldığı görülmektedir. AİHS’nin 11. maddesinin ilk fıkrasında toplanma ve örgütlenme özgürlüğü bağlamında sendika hakkı güvence altına alınmakta, ikinci fıkrasında ise toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne ve dolayısıyla sendika hakkına yönelik sınırlama nedenlerine yer verilmektedir. Sözleşmede sendika hakkı da toplanma ve örgütlenme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık, ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması nedenlerine yer verilmektedir. Söz konusu sınırlama nedenleri ile Anayasada öngörülen sınırlama nedenleri karşılaştırıldığında, sınırlama nedenlerinin aynı olduğu görülmektedir.

Öte yandan, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 8/1-c ve 2. maddesinde sendikaların yasalarda belirtilen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik ve kamu düzeni menfaati ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması bakımından gerekli olan sınırlamalardan başka bir sınırlamaya tabi tutulamayacağı, sözü edilen hakların, silahlı kuvvetler polis ya da devlet yönetiminin mensupları tarafından kullanılmasına yasal kısıtlamalar getirilebileceği belirtilmektedir.

Sendika kurma hakkının sınırlanması “*Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun*” olmalıdır. Sınırlama ilkeleri içinde en geniş kapsamlı bir niteliğe sahip<sup>96</sup> olan bu ilke konusunda şu söylenilebilir. Sınırlamada Anayasanın sözü ile Anayasanın metni kastedilmektedir. Bu şart özellikle Anayasada temel hak ve hürriyetler için ek güvenceler belirtilmiş olması durumunda önemlidir<sup>97</sup>. Nitekim, bir çok durumda, Anayasa bir hak ve hürriyeti tanımakla yetinmeyerek, aynı zamanda kanun koyucunun o hak ve hürriyetler alanında düzenleme yapamayacağı konuları da belirtmiştir<sup>98</sup>. Bunlar, kanun koyucuya yönelik yasaklama hükümleridir. Konumuzla ilgili olarak, sendika kurma hakkının önceden izin alma şartına bağlanamamasını örnek verilebilir<sup>99</sup>. Anayasanın ruhu ile ilgili olarak ise, neyin kastedildiğini objektif olarak belirlemek oldukça zordur<sup>100</sup>. Bazı yazarlar, sınırlamanın Anayasanın ruhuna uygun yani Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama da aykırı olmaması gerektiğini belirtmektedir<sup>101</sup>.

96 Uygun, s.142.

97 Özbudun, s.115.

98 Özbudun, s.115.

99 Özbudun, s.115.

100 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. B., Ekin Yayınları, Bursa, 2014, s.128; Tannör, Yüzbaşıoğlu (2015), s.150.

101 Özbudun, s.115-116.

Sendika kurma hakkının sınırlanmasında “ölçülülük ilkesi”ne uygun davranmak gerekir. Söz konusu ilke, “sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; bu aracın, sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder”<sup>102</sup>. Başka bir deyişle, ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık gibi üç alt ilkeden oluşmaktadır<sup>103</sup>. AYM’ye göre, “Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile sınırlama araçları arasındaki ilişkiyi yansıtır. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılacak için seçilen aracın denetlenmesidir. Bu sebeple, kuralın hedeflenen amaca ulaşabilmesi için elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir... Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir”<sup>104</sup>.

Sendika kurma hakkının sınırlanmasında laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı davranılmamalıdır. Söz konusu ilke 4709 sayılı Kanunla 2001 yılında yapılan değişiklikle Anayasaya girmiştir. Benzer bir ibare, Anayasanın 14. maddesinde de mevcuttur. Bu hükümlerin henüz uygulaması bulunmamaktadır<sup>105</sup>. Bazı yazarlar, laik Cumhuriyetin ilkelerinin ilgili maddelerin öngördüğü insan hakları ve demokratik toplum perspektifleri ile uyumlu bir şekilde uygulanmaması halinde, bu ilkeye yönelik olumsuz bir yargının söz konusu olabileceğini belirtmektedir<sup>106</sup>. Başka bir deyişle, laik Cumhuriyet ilkesinin Türkiye’de bir özgürlük ilkesi olmaktan çok, yerleşik düzenin ve resmi ideolojinin sembolik anlatımı<sup>107</sup> şeklindeki olumsuz yargının giderilmesinin zorlaşacağı belirtilmektedir<sup>108</sup>.

Sendika kurma hakkının sınırlanmasında demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun davranılmalıdır<sup>109</sup>. Burada, demokratik toplum düzeninin gerek-

102 Özbudun, s.116.

103 Ayrıntılı bilgi için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002, s.26 vd.

104 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.30,105.

105 Tanör, Yüzbaşıoğlu (2015), s.152.

106 Tanör, Yüzbaşıoğlu (2015), s.152.

107 Mustafa Erdoğan, “Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor”, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.69.

108 Tanör, Yüzbaşıoğlu (2015), s.152.

109 1982 Anayasasının ilk şeklinde “hakkın özü” kriterine yer verilmeyerek, “demokratik toplum düzeni” ölçütü kabul edilmişti. Bazı yazarlar Anayasa koyucunun öz güvencesini kaldırmakla kanun koyucuya temel haklar alanında daha fazla sınırlama yetkisi tanımak istediğini, demokratik toplum düzeni ölçütünün bu beklentiyi karşılamak için Anayasaya konulduğunu belirtmişlerdi. Bkz. Uygun, s.174.

ri kriterinin uygulanmasında çağdaş hürriyetçi demokrasiler esas alınmalıdır<sup>110</sup>. AYM'ye göre, "Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden gözetilmesi öngörülen demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı, öncelikle ilgili hak yönünden getirilen sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir. Demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma, bir sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacıyla yönelik ve ölçülü olmasını ifade etmektedir"<sup>111</sup>.

#### IV. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Sendika Kurma Hakkı

##### A. Genel Olarak

Anayasada sendika kurma hakkının kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usullerin kanunda gösterileceği belirtilmektedir. Buna uygun olarak 6356 ve 4688 sayılı Kanunlar kabul edilmiştir. Söz konusu kanunlarda yer verilen bazı hükümler Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulmuştur. Burada, Mahkemenin 6356 ve 4688 sayılı Kanunları denetlerken ortaya koyduğu gerekçeler, sendika kurma hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Ayrıca, bu başlık altında sendika kurma hakkının sınırları üzerinde durulmaktadır.

##### B. Kamu Görevlilerinin Sendika Kurma Hakkı

Anayasada sendika kurma hakkı bakımından kamu görevlileri dışındaki çalışanlar bakımından serbestlik ilkesi kabul edilmiştir. Ancak, kamu görevlilerine yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, "İşçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenir" (m.51/4). Söz konusu hükümden kamu görevlilerinin bu haklarına kanunla "istisna" getirilebileceği anlaşılmaktadır. 4688 sayılı Kanunda (m.15) oldukça geniş bir şekilde kamu görevlilerinden bazılarına yönelik yasaklama öngörülmüştür.

Aslında, sendikal haklar bakımından kamu görevlilerine yönelik bir yasaklamanın öngörülmemesi gerekir. AİHS'nde sendikal hakların kullanılmasında silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca meşru sınırlamalar getirilebileceği belirtilmekte, ILO'nun 87 nolu sözleşmesinde (m.2, 9) örgütlenme hakkının sadece işçi ve işverenlere değil, kamu görevlileri dahil bütün çalışanlara tanındığı<sup>112</sup> ve bu sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetlere ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağını ulusal mevzuatla

110 Özbudun, s.118.

111 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.29.

112 Tuncay, Savaş (2013), s.15.

belirleneceği belirtilmektedir. Burada şu hususu belirtmek gerekir: 4688 sayılı Kanunda (m.15) yapılan düzenlemeyle kamu görevlilerinden bazılarına yönelik bir yasaklama getirilmektedir. AİHS’nde getirilebileceği belirtilen sınırlamaların ise, yasaklamaları meşrulaştırıcı biçimde kullanılması mümkün değildir. Çünkü AİHS’nde silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınınca “meşru sınırlamalar”dan söz edilmektedir. Bu bağlamda, söz konusu alanlarda sendikaların kurulabileceğini ve bu sendikalara üye olunabileceğini ancak bazı sınırlamaların (yasaklama değil) konulabileceğini belirtmek gerekir.

AYM işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinden bazılarının sendika kurma haklarına yönelik yasaklama getirilebileceğine yönelik kararlar vermektedir. Bu bağlamda, 4688 sayılı Kanununun 15. maddesinin birinci fıkrasının (j) bendindeki “Emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel... Üye olamazlar ve sendika kuramazlar” hükmünün Anayasaya aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemiyle açılan davada, maddede geçen “Emniyet hizmetleri sınıfı...” ibaresi Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkeme, “Emniyet hizmetleri sınıfı...” ibaresinin Anayasaya uygunluğu konusunda, sendika kurma hakkının mutlak olmayıp Anayasanın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sınırlanabileceğini, anılan maddenin beşinci fıkrasında, ikinci fıkradaki genel sınırlama sebepleri dışında da bazı kamu görevlileri yönünden bu hakkın kapsamının daraltılması veya sınırlandırılması ya da hakkın kullanımının yasaklanmasının mümkün kılındığını, disiplin ve hiyerarşinin korunması ve dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurma hakkının sınırlandırılmasında, Anayasanın 51. maddesinde belirtilen özel sınırlama sebeplerine bağlı kalındığı ve sınırlandırmanın meşru bir amaca dayandığını, sıkı bir disiplin ve hiyerarşik düzen gerektiren kimi mesleklerde disiplinin bozulması, kamu düzenini tehdit edici boyutlara ulaşabileceğinden bu gibi durumlarda, kamusal yarara üstünlük tanınarak ilgili meslekte sınırlı olarak sendikalaşmanın yasaklanmasının gerekli hale gelebileceğini, demokratik toplum düzeninin varlığını sürdürebilmesinin önkoşulu olan iç güvenlik hizmetlerinin aksamadan ve sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesinin temini bakımından bu hizmetin asli unsuru olan emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kurmasının yasaklanmasının, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında baş vurabileceği tedbirler arasında olduğunu, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 sayılı ILO Sözleşmesinin 9. maddesiyle, Sözleşmede öngörülen güvencelerin silahlı kuvvetler ve polis mensuplarına ne ölçüde uygulanacağını ulusal mevzuatla belirleneceği ifade edilerek silahlı kuvvetler ve kolluk mensuplarının sendika kurma haklarıyla ilgili olarak taraf devletlere takdir yetkisinin tanındığını, bu itibarla, kanun koyucunun, emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının sendika kur-

malarının yasaklanmasının gerekli olduğunu değerlendirerek takdirini bu yönde kullanmasında Anayasaya aykırı bir yön bulunmadığını belirtmiştir<sup>113</sup>. Buna karşılık, karara karşı oy yazan üyeler söz konusu düzenlemenin hakkın özüne dokunduğunu ve demokratik toplum düzeninin bakımından meşru ve ölçülü bir müdahale olmadığını belirtmişlerdir<sup>114</sup>.

113 AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999.

114 Üye Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy gerekçesinde, "Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması halinde dahi özlerine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, polis sendikası meselesi, hakkın özüne dokunan tamamen yasaklama yoluna gidilmeksizin, ölçülü bir şekilde düzenlenebilir. Bu konuda demokratik ülkelerde iyi örnekler bulunmaktadır. Bu bağlamda, sendikal hakların kullanımı bakımından, astlarına emir verme yetkisine ve dolayısıyla onları etkileme imkanına sahip olan polis amirleri ile rütbesiz polis memurları arasında farklılaşmaya veya görev yerinin özelliklerine göre bazı hakların kullanımında geçici olarak sınırlamaya gidilebilir. Ancak sendika kurma ve salt üye olma yönünden toptan yasak konulması, sendika hakkının tanınıp tanınmamasından değil, sadece "ne ölçüde sınırlanacağından" bahseden ILO Sözleşmesinin ruhuna da aykırıdır" denilmektedir. Bkz. Üye Osman Alifeyyaz Paksüt, Karşı Oy Yazısı, AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999; Üye Zehra Ayla Perkaş'ın karşı oy gerekçesinde ise, "emniyet hizmetleri sınıfı ve emniyet teşkilatında çalışan diğer hizmet sınıfına dahil personelin çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve özgürlük haklarının geliştirilmesi gibi bireysel ve ortak menfaatlerinin korunmasına yönelik sendikal faaliyetlerde bulunması demokratik toplum düzeninin gereğidir. Bu durumda "Emniyet hizmetleri sınıfında" yer alan personelin sendika kurma ve sendikaya üye olmalarının yasaklanmasına ilişkin düzenleme demokratik toplum düzeni bakımından meşru ve ölçülü bir müdahale niteliği taşımamaktadır". Bkz. Üye Zehra Ayla Perkaş'ın Karşı Oy Yazısı, AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999; Üye Engin Yıldırım'ın karşı oy gerekçesinde ise, "Günümüzde demokrasi anlayışının genişlemesinin bir parçası olarak sendika hakkının sırf emniyet teşkilatında çalıştığı ya da silah taşıdığı için kişilerden esirgenmesi kabul edilemez. Demokratik ülkelerde, emniyet mensupları da, ekonomik, sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmek için sendika kurabilmektedirler. Bu durumun, çoğunluk görüşünün aksine, güvenlik hizmetlerini aksatmadığı gibi, polislik mesleğinin gerektirdiği disiplin ve emir-komuta zincirine zarar vermediği de görülmüştür. Polisin sendikalaşması sadece bu kişilerin özlük haklarını korumak ve geliştirmekle kalmayarak, polislerin neden olabileceği keyfi uygulamaların ve hukuksuzlukların azaltılmasına da katkı sağlayacaktır. Polisin sendikal haklara sahip olduğunda demokratik ilkelere daha uygun davranışlar gösterdiği yolunda kanıtlarda mevcuttur. Polisin örgütlenmesine izin verildiği Avrupa ülkeleri, ABD, Kanada, Avustralya ve Güney Afrika Cumhuriyeti ve diğer devletlerde genel olarak, bu durumun emniyet hizmetlerinde zafiyet yaratmadığını bilimsel araştırmalar göstermektedir.... Gayet açıktır ki, söz konusu kural, emniyet mensuplarının sendika hakkını sınırlanmamakta, tam tersine, Anayasa'nın 13. ve 51. maddelerini aykırı bir şekilde tümüyle yok etmektedir.... Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, 4688 sayılı Yasa'nın 15 (j) bendi polisin sendika hakkına sınırlamayarak, polisi tümüyle sendika hakkından yoksun bırakmaktadır. Polislerin sendika hakkını tanımayan bir uluslararası sözleşme yoktur. Uluslararası sözleşmelerin ve hukukun üzerine basa basa söylediği, görev ve yetkilerinin niteliği göz önüne alınarak polis ve ordu mensuplarına sağlanan güvencelerin diğer çalışanlara göre daha sınırlı olduğu ve bu konuda ulusal makamlara ve mevzuata sendikalaşma hakkının ne ölçüde kullanılacağını belirleme inikâni verilmesidir. Bu sınırlandırmalar, polislerin sendika hakkının tamamen yasaklanmasının meşrulaştırılmasına dayanak olamaz". Bkz. Üye Engin Yıldırım Karşı Oy Yazısı, AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999; Üye Zühtü Arslan'ın karşı oy gerekçesinde, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarıncâ"

Söz konusu kararda ayrıca, 4688 sayılı Kanununun 15. maddesinin, (j) bendinde yer alan "...ve emniyet teşkilâtında çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personele" İbaresinin, AYM tarafından demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı bulunarak iptal edildiğini belirtmek gerekir. Mahkemeye göre, "sendikalaşmanın, iç güvenlik hizmetlerinin asli unsuru olmayan ve kimi teknik ve lojistik hizmetleri yürütmekle sınırlı görev icra eden sivil personelin çalışma disiplini üzerinde yaratacağı etki, bunların sendika kurma hakkından yoksun bırakılmalarını gerekli kılmamaktadır. Zira bu hizmetlerde disiplin zafiyeti nedeniyle meydana gelebilecek aksamalar, telafisi güç ve imkânsız zararların oluşmasına yol açmamaktadır. Öte yandan, iç güvenlik hizmetlerinde doğrudan görev alan emniyet hizmetleri sınıfı mensupları için geçerli olan polis disiplini gerekçesiyle sivil personelin sendika kurma hakkından yoksun bırakılması, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmadığı gibi bunlara yönelik sendika kurma yasağının kamu düzeninin sağlanması amacına ulaşmada elverişli bir araç olduğu da söylenemez. Bu durumda, emniyet teşkilatı kadrolarında görev yapan sivil personelin sendika kurmalarının yasaklanması, demokratik toplum düzeni açısından meşru ve ölçülü bir müdahale niteliği taşımamaktadır".

Benzer yönde bir başka kararda, Milli Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görev yapan sivil personelin, sendika kurma hakkının yasaklayan 4688 sayılı Kanununun 15. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendi Anayasaya aykırı bulunmuştur. Mahkemeye göre, "itiraz konusu kuralda, Millî

---

*sendikal hakların kullanımına yönelik meşru sınırlamaların getirilebileceğini, ancak maddedeki istisnaların son derece "katı" yorumlanması gerektiğini, bu üç grubun örgütlenme özgürlüklerine yönelik sınırlamaların yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı gerekçelerin bulunması durumunda kabul edilebileceğini belirtmektedir. AİHM, ayrıca, taraf devletlerin uygulamalarından doğan konsensüsün Sözleşme maddelerinin yorumlanmasında dikkate alınacağı hususunu kamu görevlilerinin sendikal haklarına ilişkin davalarda da vurgulamaktadır. (Demir Baykara/Türkiye (BD), Başvuru No: 34503/97, 12/11/2008, par. 119, 85). Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin çok büyük bir kısmında, bazı sınırlamalara tabi olmakla birlikte, polislerin sendikal haklara ve mesleki örgütlenme özgürlüğüne sahip oldukları bilinmektedir. Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kamu görevlileri olarak polislerin sosyal ve ekonomik haklardan mümkün olduğu kadar geniş bir şekilde yararlanmaları, özellikle kendilerini temsil edecek örgütleri kurma ve faaliyetlerine katılma hakkına sahip olmaları gerektiğini açıkça ifade etmiştir (Recommendation Rec (2001)10 of the Committee of Ministers to member states on the European Code of Police Ethics, 19/9/2001, par. 32)...Emniyet hizmetleri sınıfı mensuplarının bazı sendikal faaliyetleri, yürütülen hizmetin niteliği gereği personelin rütbeleri ve çalıştıkları birimlerin özellikleri gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle elbette sınırlandırılabilir. Ne var ki, bu tür sınırlamalar yerine, emniyet hizmetleri sınıfı mensupları bakımından sendika kurma ve bunlara üye olma hakkının tamamen yasaklanmasının ölçülü olduğu söylenemez...itiraz konusu kuralla getirilen mutlak yasağın, kamu düzenini korumaya yönelik olsa bile, öngörülen meşru amaçla orantısız olduğu ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmadığı açıktır". Bkz. Üye Zühtü Arslan Karşı Oy Yazısı, AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999.*

*Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görev yapan sivil personelin sendika kurmasının yasaklanmasının, askerliğin temeli sayılan disiplinin ve askeri hiyerarşik düzenin korunması amacıyla dayandığı anlaşılmaktadır. Ancak, asker kişi sayılmayan sivil personele yönelik sendika kurma yasağı getirilmesinin, askeri disiplinin sağlanması ve korunması amacıyla ulaşılabileceği için zorunlu bir tedbir olduğu söylenemez. Diğer bir ifadeyle, askeri disiplinin sağlanması amacı, sivil personelin, demokratik toplumun temeli olarak görülen örgütlenme ve sendika kurma özgürlüklerinin kısıtlanmasını zorunlu kılmamaktadır. Öte yandan, yurt savunmasında doğrudan görev alan üniformalı askeri personel için geçerli olan askeri disiplin gerekçesiyle sivil personelin sendika kurma hakkından yoksun bırakılması, demokratik toplum gerekleriyle de bağdaşmamaktadır. Demokratik toplum düzeni, sivil personelin çalışma şartlarının iyileştirilmesi ve özlük haklarının geliştirilmesi gibi bireysel ve ortak menfaatlerinin korunmasına yönelik sendikal faaliyetlerde bulunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görev yapan sivil personelin sendika kurmalarının yasaklanması, demokratik toplum düzeni açısından meşru ve ölçülü bir müdahale niteliği taşımamaktadır<sup>115</sup>.*

Öte yandan, AYM tarafından 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı İdari Teşkilatı," ibaresinin Anayasaya aykırı olduğuna karar verilerek iptal edilmiştir. Kararın gerekçesinde, "Yerine getirdikleri görevler yukarıda belirtilen TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin sendikalaşmasının, çalışma düzeni üzerinde yaratacağı etkinin, bunların sendika kurma hakkından yoksun bırakılmalarını zorunlu kıldığı söylenemez. Zira bu kişilerin yürüttüğü hizmetlerde meydana gelebilecek aksamalar, yasama organının çalışma düzeni yönünden telifisi güç ve imkânsız zararların oluşmasına yol açmamaktadır. Dolayısıyla, TBMM Başkanlığı idari teşkilatında görev yapan personelin sendika kurma hakkından yoksun bırakılmasının, demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşıdığı söylenemez<sup>116</sup> denilmektedir.

Sonuç olarak, emniyet hizmetlerinde çalışan diğer hizmet sınıflarına dahil personel ile Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetleri kadrolarında görev yapan sivil personel ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı idari teşkilatında çalışan kamu görevlileriyle ilgili verilen kararlardaki yaklaşımın polis ve askeri personel için de söz konusu olabileceği düşünülmektedir. Nitekim polis ve askeri

115 AYM, 10.04.2013 T, E.2013/21, K.2013/57, RG.12.07.2013/28705.

116 AYM, 30.9.2015 T. E.:2015/62, K.:2015/84, RG.20.10.2015/29508, parag.17.



personeler sendika hakkını yasaklayan kanun hükümleriyle ilgili Anayasaya uygunluk denetimi sonucu verilen kararların gerekçelerine bakıldığında, AYM'nin emniyet ve silahlı kuvvetlerde olması gereken disiplinin bozulabileceğine yönelik yaklaşımın etkisinin olduğu görülmektedir. Ancak, ulusalüstü düzenlemelere uygun olarak, söz konusu kurumlarda görev yapan ve amir pozisyonundaki kişilere yönelik getirilebilecek bazı sınırlamaları, yasaklama biçiminde ve tüm personelere uygulanmasının doğru bir yaklaşım olmadığını belirtmek gerekir.

### C. Sendikal Faaliyetlere Katılma

Sendikal bir faaliyete katılmanın sendika kurma hakkı ile yakın bir bağlantısı vardır. Bu nedenle, sendikanın çağrısı ile yapılacak bir faaliyete katılan üyelerin herhangi bir şekilde işverenleri tarafından cezalandırılmaması gerekir. Bu bağlamda, sendikal faaliyete katılması nedeniyle cezalandırılan bir üyenin yaptığı bireysel başvuruda AYM, başvuranın sendika kurma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Başvuru konusu olayda, üyesi olduğu sendikanın tüm Türkiye'de yaptığı göreve gelmeme çağrısına katılarak görevine gelmeyen başvurucuya, mazeretsiz olarak göreve gelmemesi nedeniyle uyarma cezası verilmiştir. AYM, idarenin olağan uygulamasında ve idari yargının yerleşmiş içtihatlarında başvuru konusu olayda olduğu gibi, sendikal faaliyet çerçevesinde işe gelinmemesi halinde kişinin mazeret iznini kullandığının kabul edildiğini, disiplin soruşturmasının açılmadığını, sendika üyelerinin sendikal faaliyet kapsamında işe gelmemeleri halinde mazeret izinli sayılacakları yönündeki yerleşik hale gelen idari yargı içtihatlarına rağmen, idarenin ve yargının bir bütün olarak yeknesak hareket etmesini sağlayacak mevzuat düzenlemelerinin bulunmadığını, bu nedenle, sendika hakkını kullanan kişilerin disiplin soruşturması tehdidi altında kaldıklarını, Başvurucunun bir devlet okulunda öğretmen olduğu göz önüne alındığında devlet memurlarının bu haktan bütünüyle mahrum bırakılamayacaklarını, bununla birlikte, demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı sektörlerde sendikal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesinin mümkün olduğunu, başvurucunun bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek bir görevde bulunduğu ileri sürülmediğini, verilen ceza hafif olsa da, başvurucu gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerine katılmaktan vazgeçirecek bir niteliğe sahip olduğunu, şikâyet edilen uyarma cezasının “*toplumsal bir ihtiyaç baskısına*” tekabül etmemesi nedeniyle demokratik toplumda gerekli olmadığını belirterek, başvurucunun Anayasanın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>117</sup>.

117 AYM, Bireysel Başvuru No. 2013/8463, KT. 18.9.2014, RG. 4.12.2014/29195, para.59-63.

### D. Sendikalı – Sendikasız Çalışan Ayrımı

Sendika kurma hakkı çalışanlar arasında toplu iş sözleşmesi dışında ayırım yapılmamasını zorunlu kılmaktadır. Nitekim Anayasanın 51. maddesinde, çalışanlar ve işverenlerin, önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahip olduğu ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı belirtilmektedir. Anayasal hüküm doğrultusunda<sup>118</sup> 6356 sayılı Kanunda (m. 25/1-3)<sup>119</sup> ve 4688 sayılı Kanunda (m.28/2)<sup>120</sup> ayrıntılı bir düzenleme yer almıştır. Çalışanlar arasında ayrımcılık oluşturan düzenlemeler ise, sendika kurma hakkının ihlali mahiyetindedir. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanuna göre işçinin işe alınmasında, işçinin işte çalıştırılması sırasında ve işçinin işine son verilmesi bakımından işçiler arasında ayırım yapılamaz<sup>121</sup>. Buna ilişkin olarak, 6356 sayılı Kanunun 25. maddenin beşinci fıkrasındaki, sendikal nedenlerle iş akitleri feshedilen işçilerden sadece iş güvencesine sahip olanların sendikal tazminata hak kazanabilmelerine yönelik düzenleme Anayasaya aykırı bulunmuştur. AYM söz konusu düzenlemeyi bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması mahiyetinde ve ölçüsüz bir müdahale olarak görmüştür. Mahkemeye göre, “ iş güvencesi kapsamı dışında kalan işçilerin sendikal nedenle fesih halinde sendikal tazminattan yoksun bırakılması, yalnızca sendika üyeliği hakkının sınırlandırılması ve güvenceden mahrum bırakılmasını değil, aynı zamanda bir bütün olarak sendikal hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ve teminattan yoksun bırakılması sonucunu doğurmaktadır... Getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil etmektedir”<sup>122</sup>.

118 Bkz. Tuncay, Savaş (2013), s.96.

119 Madde 25 : “(1) İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. (2) İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

(3) İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz”.

120 Madde 28: “...Toplu sözleşme ikramiyesi hariç olmak üzere toplu sözleşme hükümlerinin uygulanmasında sendika üyesi olan ve sendika üyesi olmayan kamu görevlileri arasında ayırım yapılamaz..”.

121 Bkz. Tuncay, Savaş (2013), s.96-98.

122 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.115, 117.

### E. Sendikaların Toplu İş Sözleşmesi İmzalama Yetkisi

Sendikalar üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla toplu iş sözleşmesi imzalarlar. Bu husus Anayasada (m.53/1) “İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler” ve (m.53/3) “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir. Anayasada ayrıca, toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına ilişkin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanunda (m.41) ve 4688 sayılı Kanunda (m.28-29) buna ilişkin düzenlemeler söz konusudur.

6356 sayılı Kanunda (m.41)<sup>123</sup> toplu iş sözleşmesi yapma hakkı tüm sendikalara tanınmamıştır. Başka bir deyişle, toplu iş sözleşmesini imzalayacak sendikalarla ilgili bazı şartlara yer verilmiştir. AYM toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisinin tüm sendikalara tanınmamasını sendika hakkının ihlali olarak görmemektedir. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanununun 41. maddesinin ikinci fıkrasında, işletme toplu iş sözleşmeleri için işyerlerinin bir bütün olarak dikkate alınacağı ve yüzde kırk çoğunluğun buna göre hesaplanacağı, üçüncü fıkrasında ise işletmede birden çok sendikanın yüzde kırk veya fazla üyesinin olması durumunda başvuru tarihinde en çok üyeye sahip sendikanın toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili olduğuna yönelik hükümler Anayasaya uygun bulunmuştur. AYM toplu sözleşme hakkının, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünü ve Anayasanın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, “toplular sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir... Tüm sendikalara toplu sözleşme hakkı tanınması, çalışanların “ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması” amacı bakımından zorunluluk olmadığı gibi en yüksek temsil gücüne sahip sendikalara toplu görüşme yapma yetkisi tanınması da kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte toplu sözleşme yapma yetkisini haiz bulunmayan diğer sendikalar, üyelerinin ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunmasını temin edecek araçlardan yoksun bırakılmamaktadır”<sup>124</sup>.

123 Madde 41 –“ (1) Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan işçilerin yarısından fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir.....”.

124 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.151,159.

## F. Grev Hakkı ve Lokavt

Anayasanın 54. maddesi “*grev hakkı ve lokavt*” kenar başlığını taşımaktadır. Anayasada (m.54/1) “*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçiler grev hakkına sahiptirler. Bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnaları kanunla düzenlenir*” denilmektedir. Grev hakkı ve lokavt 6356 sayılı Kanunda (m.58/1 ve 59/1) şöyle tanımlanmıştır. Grev, “*işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına*”(m.58/1); Lokavt ise, “*İşyerinde faaliyetin tamamen durmasına neden olacak tarzda, işveren veya işveren vekili tarafından kendi kararıyla veya bir kuruluşun verdiği karara uyarak, işçilerin topluca işten uzaklaştırılmasına*” (m.59/1) denilir.

Grev hakkı ve lokavt sendika kurma hakkının kapsamı içinde yer almaktadır. Ancak, grev hakkı işçilere tanınırken, kamu görevlilerine tanınmamıştır. Anayasada (m.54/1), toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip olduğu ve bu hakkın kullanılmasının ve işverenin lokavta başvurmasının usul ve şartları ile kapsam ve istisnalarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Böylece, bu hak toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması haliyle sınırlandırılmıştır<sup>125</sup>. Burada, kazanılmış işçi haklarının ihlal edilmesi halinde yapılabilecek hak grevlerinin anayasal güvence dışında bırakıldığı görülmektedir<sup>126</sup>. Ancak, 2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile siyasal amaçlı grev, dayanışma grevi ve genel grev yasaklarının kaldırılması nedeniyle grev hakkını sadece toplu iş sözleşmesi ile ilgili uyuşmazlıklar dolayısıyla kullanılabileceğini söylemek pek mümkün gözükmemektedir<sup>127</sup>.

ILO’nun 44, 92, 102, 105 nolu Sözleşmelerinde toplu iş uyuşmazlıklarına atıfta bulunulsa da, 87 ve 98 nolu Sözleşmelerde greve ilişkin hükümlere rastlanılmamaktadır<sup>128</sup>. Buna karşılık, ILO’nun denetim organlarının yaptıkları değerlendirmelerde, grev hakkı örgütlenme hakkının doğal sonucu ve işçilerle işçi örgütlerinin temel hakkı olarak kabul edilmektedir<sup>129</sup>.

Anayasada (m.54/2) ayrıca, grev hakkı ve lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmayacağı vurgulanmaktadır. Başka bir deyişle, toplumun tümünün veya belli bir kesimi-

125 Sabuncu, s.167.

126 Sabuncu, s.167.

127 Sabuncu, s.167; Erdoğan (2015), s.283.

128 Alpagut, s.140.

129 Alpagut, s.140.

nin sağlık, güvenlik ve yaşantısını doğrudan ilgilendiren iş ve işyerlerinde grev ve lokavttan yapılması yasaklanabilir<sup>130</sup>. Ancak, önceden hangi grev ve lokavttan iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmış sayılacağını belirlemek mümkün değildir<sup>131</sup>. Yargı organının her olayın mahiyetine göre konuyla ilgili bir sonuca varması gerekir<sup>132</sup>.

AYM grev hakkının anayasal ilkelere uygun olarak sınırlanmasını sendika kurma hakkına aykırı saymamaktadır. 6356 sayılı Kanununun 58. maddesinin ikinci fıkrasında, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denileceği; üçüncü fıkrasında ise kanuni grev için aranan şartlar gerçekleşmeden yapılan grevin kanun dışı olacağına yönelik hükümler Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkemeye göre, “*Grev hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa’nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin grev hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir...Kural ile grev hakkına ilişkin olarak getirilen düzenlemeler dayanağını doğrudan doğruya Anayasadan almaktadır. Somut anayasal bir güvence olarak öngörülen bu hak, yine anayasal kriterlere uygun olmak koşuluyla kanun koyucunun düzenleme yetkisine bırakılmaktadır*”<sup>133</sup>.

AYM grev kararının işyerinde çalışmakta olan işçilerin salt çoğunluğunun oyu<sup>134</sup> ile alınmasını sendika kurma hakkına aykırı görmemiştir. Mahkemeye göre, “*Burada önemli olan sendika üyesi olsun veya olmasın, grev ilanında bulunsun veya bulunmasın, grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan tüm işçilerin oylamaya katılablmesinin önünde bir engelin var olup olmadığıdır. ... grevin yapılabilmesi için grev ilanı tarihi yerine grev oylaması tarihinde çalışmakta olan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun aranmasının, grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez*”<sup>135</sup>.

AYM yaşamsal ve stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar söz konusu olduğunda, bazı meslekler için grev ve lokavttan yasaklanmasını sendika kurma hakkına aykırı saymamıştır. 6356 sayılı Kanununun 62. maddesinin birinci

130 Ünal Narmanlıoğlu, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri (Düzenlemeleri)”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi, (Seminer-22 Aralık 2012)*, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, (2013b), s.103.

131 Oğuzman, s.131.

132 Oğuzman, s.131.

133 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.173, 178.

134 Grev oylaması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Narmanlıoğlu (2013b), s.101-102.

135 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.212.

fıkrasında yer alan “.cenaze işlerinde ve mezarlıklarda;”, “.doğal gaz, petrol üretimi, tasfiyesi ve dağıtımı ile nafta veya doğalgazdan başlayan petrokimya işlerinde;...” ve “...Millî Savunma Bakanlığı ile Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığınca doğrudan işletilen işyerlerinde;” grev ve lokavt yapılamayacağına ilişkin düzenleme Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkemeye göre, “Söz konusu hak bakımından getirilen yasakların gerekçesini yaşamsal ve stratejik öneme sahip olan kamusal çıkarlar oluşturmaktadır. ...Dava konusu kuralların bir bütün olarak memlekete sağladıkları ekonomik yararlar ve millî ekonomiye katkıları, söz konusu iş, işyeri ve hizmetlerin kamu düzeni ve toplum hayatını doğrudan etkileyen faaliyetler olması ile sahip oldukları önem dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından kural ile belirlenen alanlarda getirilen yasağın grev hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez”<sup>136</sup>.

Buna karşılık, AYM tarafından yaşamsal ve stratejik öneme sahip olmayan bazı alanlarda grev yasağının getirilmesi sendika kurma hakkının ihlali mahiyetinde görülmektedir. Başka bir ifadeyle, Mahkeme stratejik öneme sahip olmayan bazı mesleklerde grev yasağının getirilmesini, sendika kurma hakkının özünü ortadan kaldıran bir müdahale saymış ve ölçülülük ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “...bankacılık hizmetlerinde;...”, “.ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde” grev yasağına yönelik düzenlemeler Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Mahkemeye göre, “Ölçülülük ilkesiyle devlet, grev yasaklamanın topluma sağladığı kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. İtiraz konusu kurallar, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev hakkını sınırlandırmanın ötesinde, hakkı tamamen ortadan kaldırmakta olduğundan ve kamu yararı ile bireylerin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır. Bu bakımdan, bankacılık hizmetleri ve şehir içi toplu taşıma hizmetlerinde grev yasağının, korunması düşünülen yarar ile çatışan hak ve özgürlükler arasında adil ve makul bir denge gözetmemesi ve stratejik öneme sahip olmaması nedeniyle Anayasa’nın 54. maddesinde yer alan grev hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu açıktır”<sup>137</sup>.

Grev ve lokavtın genel sağlık ve milli güvenliği ihlal etmesi halinde Bakanlar Kurulu tarafından ertelenmesi üzerinde durmak gerekmektedir. AYM grev ve lokavtın genel sağlık ve milli güvenliği ihlal etmesi halinde Bakanlar Kurulu kararı ile ertelenmesini sendika kurma hakkına aykırı saymamaktadır. Buna

136 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.224, 226.

137 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.239.

göre, 6356 sayılı Kanununun 63. maddesinin birinci fıkrasında, karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın genel sağlığı veya milli güvenliği bozucu nitelikte olması halinde, Bakanlar Kurulunun uyuşmazlıkta grev ve lokavtı altmış gün süre ile erteleyebileceğine yönelik hüküm Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkeme göre, *“Karar verilmiş veya başlanmış olan kanuni bir grev veya lokavtın Bakanlar Kurulu tarafından ertelenebilmesi grev hakkına ve lokavta bir müdahale niteliğinde olup, bu durum genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu niteliğe sahip uyuşmazlıkların önüne geçilmesi amacını taşımakta olduğundan anayasal açıdan meşru bir amaca dayanmaktadır. .... Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna verilmiş olan yetki mutlak bir yetki olmayıp grevin ertelenmesi yoluna gidilebilmesi için karar verilmiş veya başlanmış olan bir grevin genel sağlığı veya millî güvenliği bozucu nitelikte olması şarttır. Diğer yandan Bakanlar Kurulunca kullanılabilir olan yetki, grevi yasaklama yetkisi olmadığı gibi süresiz bir yetki de değildir ve altmış gün ile sınırlıdır”*<sup>138</sup>. Ancak, 2822 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde grev ve lokavtın ertelenmesine ilişkin hükmün bir grev yasasına dönüşmesi ILO tarafından eleştirilmiştir. 6356 sayılı Kanunda da grevi erteleme kararının Bakanlar Kuruluna bırakılması ve herhangi bir değişikliğe gidilmemesi dolayısıyla ILO eleştirilerinin karşılanmadığını belirtmek gerekir<sup>139</sup>.

Grev ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya milli servete zarar verecek şekilde kullanılması mümkün değildir. Bu bağlamda, 6356 sayılı Kanununun 72. maddesinin birinci fıkrasındaki grev hakkı veya lokavtın iyi niyet kurallarına aykırı tarzda toplum zararına veya milli servete zarar verecek şekilde kullanıldığından taraflardan birinin veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının başvurusu üzerine mahkemece tespit edilmesi halinde, uygulanmakta olan grev veya lokavtın durdurulmasına karar verileceğine yönelik hüküm Anayasaya uygun bulunmuştur. AYM’ye göre, *“Grev hakkı ve lokavt bakımından getirilen durdurmanın gerekçesini toplum zararına olmasının veya millî servete zarar verilmesinin önüne geçilmesi oluşturmaktadır. Böyle bir nedene dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavt için durdurma kararı verilebilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması demokratik toplum düzeninin gerekleriyle çelişmez”*<sup>140</sup>.

Halkın günlük yaşamını sağlayacak şekilde grev ve lokavta yönelik tedbirler alınabilir. AYM mülki amirler tarafından halkın günlük yaşamını sağlayacak şekilde grev ve lokavta yönelik tedbirler alınmasını sendika hakkını engelleyi-

138 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.249, 252.

139 Alpagut, s.147.

140 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.261.

ci olarak değerlendirmemiştir. Buna göre, 6356 sayılı Kanununun 74. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*işyerinde faaliyetin devamlılığını sağlayacak.*” İbaresini Anayasaya uygun bulunmuştur. Mahkemeye göre “*Halkın günlük yaşamı için zorunlu olan hizmet ve ihtiyaçları karşılama amacına dayalı olarak kanun koyucunun grev hakkı ve lokavta yönelik tedbir alınabilmesine imkân tanıyan düzenleme yapması takdir yetkisi kapsamındadır....Kanun’un 74. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca mülkî amirlerce alınacak tedbirler kanuni bir grev veya lokavttan uygulanmasını engelleyici nitelik taşıyamayacağından kuralın, grev hakkının özünü zedeleyen bir yönü de bulunmamaktadır. Getirilen düzenlemenin grev hakkı ve lokavta ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği de söylenemez*”<sup>141</sup>.

Lokavta başvurulurken grev hakkına ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli bir sınırlamanın yapıp yapılmadığı önem taşır. 6356 sayılı Kanununun 60. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “*lokavt kararı uyuşmazlığın kapsamındaki başka işyerleri için de alınabilir*” ibaresi AYM tarafından Anayasaya aykırı bulunmuştur. AYM söz konusu hükmü, grev hakkına ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan bir sınırlama niteliğinde görmüştür. Mahkemeye göre, “*işverenin uyuşmazlığın kapsamında olan, fakat grev kararı alınmamış işyerleri için de lokavta başvurabileceğini benimseyen kural Anayasa ile düzenlenen lokavt ile bağdaşmayacağı gibi grev hakkının kullanılabilmesini de engelleyici niteliktedir. ... kural, grev hakkına ölçülü ve demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan bir sınırlama teşkil etmektedir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa’nın 13. ve 54. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir*”<sup>142</sup>.

## Sonuç

1982 Anayasasında sendika kurma hakkı Anayasanın 51. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar kurabilirler. Ayrıca, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırları gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenlenecektir. Sendika kurma hakkı aynı zamanda oluşturulan tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin güvence altına alınmasını da içermektedir<sup>143</sup>.

Anayasada sendika kurma hakkı bakımından -kamu görevlileri bir yana bırakılırsa- serbestlik ilkesi kabul edilmiştir. Ancak, sendika kurma hakkının düzen-

141 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.281, 284.

142 AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.193-194.

143 Konu ile ilgili AYM kararı için bkz. AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529, parag.24.



lendiği Anayasanın 51. maddesinde kamu görevlilerinin bu haklarına kanunla “*istisna*” getirilebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, 4688 sayılı Kanunda (m.15) sendika üyesi olamayacaklara yönelik özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme incelediğinde, oldukça geniş bir şekilde sendikaya üye olamayacak ya da sendika kuramayacak kamu görevlilerinin sayıldığı görülmektedir. Burada, kamu görevlilerine yönelik yasaklamanın ulusalüstü sözleşmelerle bağdaştığını söylemek oldukça güçtür. Ulusalüstü sözleşmelerde sendikal haklar alanında bazı kamu görevlilerine yönelik sınırlamalardan söz edilirken herhangi bir yasaklama öngörülmemektedir. AYM ise, bazı kamu görevlilerine getirilen yasaklamaları Anayasaya uygun bulmuştur. Bu bağlamda, 4688 sayılı Kanununun 15. maddesinin (j) bendinde geçen “*Emniyet hizmetleri sınıfı...*” ibaresini Anayasaya uygun bulunurken, bazı kamu görevlilerinin görev yaptığı mesleklerde olması gereken disiplin üzerinde durulmuştur. Ancak, kararda atfı yapılan AİHS’nde getirilebileceği belirtilen sınırlamaların yasaklamaları meşrulaştırıcı biçimde kullanılmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir<sup>144</sup>. Nitekim, AİHS’nde silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarının sendika kurma hakkının “*meşru sınırlamalar*”a tabi tutulabileceği belirtilirken, herhangi bir “*yasaklama*”dan söz edilmemektedir.

Son olarak, sendika kurma hakkının demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir yerinin bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu bağlamda, bu hakka yönelik sınırlamalarda Anayasanın 13. maddesindeki ilkelere uyulması zorunludur. Ancak, demokratik toplumlarda geçerli olan özgürlüklerin asıl, sınırlamanın istisna olması ilkesinin söz konusu hakkın sınırlanması konusunda dikkate alınması gerektiğini belirtmek gerekir. Ayrıca, Türkiye’nin onayladığı ulusalüstü sözleşmeler doğrultusunda, sendika kurma hakkını bazı kamu görevlilerine yasaklayan mevzuattaki hükümlerin ortadan kaldırılması için gerekli değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

144 Bkz. Üye Engin Yıldırım Karşı Oy Yazısı, AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999.

## KAYNAKLAR

- Alpagut, Gülsevil, “6356 Sayılı Kanunun Avrupa Konseyi, AB ve ILO Normlarına Uyumunu Açısından Değerlendirilmesi”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, (Seminer-22 Aralık 2012)*, (ed. Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalakaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.113-148.
- Çelik, Nuri, *İş Hukuku II, Kollektif İş Hukuku, 1. Sendikalar, Sermet Matbaası, 2. B.*, İstanbul, 1979.
- Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 28. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Demirdizen, Derya/ Lordoğlu, Kuvvet, “Türkiye’de Sendika İçi Demokrasi Ya Da Bir İmkânsız Arayışı Mı?”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler*, Petrol İş Yayını 118, İstanbul, Ekim 2013, s.223-241, <http://www.sosyalhaklar.net/2013/bildiriler/demirdizen.pdf>, (01.11.2016).
- Dereli, Toker, “Sendika İçi Demokrasi”, *Türkiye Sendikacılık Ansiklopedisi, C.3.*, Kültür Bakanlığı ve Tarih Vakfı'nın Ortak Yayını, İstanbul 1998, s. 23-26.
- Erdoğan, Mustafa, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 4. B.*, Orion Kitabevi, Ankara, 2015.
- Erdoğan, Mustafa, “Anayasa Değişiklikleri Ne Getiriyor”, *Anayasa ve Özgürlük*, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.67-75.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. B., Ekin Yayınları, Bursa, 2014.
- Gülmez, Mesut, “1924’ten 1982’ye Anayasal Sendikal Haklar ve Ulusalüstü Kurullarla Uyumlu ‘Yeni’ Anayasa İçin Öneriler”, *Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu V Bildiriler*, Petrol İş Yayını, No: 118, İstanbul, 2013, s.67-98.
- Işık, Rüçhan, *Sendika Hakkı, Tanınması ve Kanuni Sınırları*, AÜHFY, Ankara, 1962.
- Kaboğlu, İbrahim, “Anayasa’da Sosyal Haklar: Alanı ve Sınırları”, *Sosyal Haklar Ulusal Sempozyumu II Bildiriler*, Petrol İş Yayını, No. 113, İstanbul, 2010, s.43-60.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 5. B., AÜHFY, No.392, Ankara, 1976.
- Metin, Yüksel, *Ölçülülük İlkesi, Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Miller, Frank B., “Sendika İçi Demokrasi”, (çev. Sebahattin Zaim), *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S.13, 1962, s.81-89, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iusskd/issue/view/1023000613>, (01.11.2016).
- Narmanhoğlu, Ünal, *İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri*, 2. B., Beta, İstanbul, 2013, (2013a).
- Narmanhoğlu, Ünal, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri (Düzenlemeleri)”, *İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi, (Seminer-22 Aralık 2012)*, (ed. Ali Güzel/Deniz Ugan Çatalakaya), Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Seçkin Yayınları, İstanbul, 2013, s.93-110 (2013 b)
- Oğuzman, Kemal, “Yeni Anayasanın Toplu İş İlişkilerini İlgilendiren Hükümleri”, *İstanbul Üniversitesi İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Sarıca'ya Armağan*, 1982, S.1-3, s.113-135.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- Sabuncu, Yavuz, *Anayasaya Giriş*, 15. B., İmaj Yayıncılık, Ankara, 2012.
- Sümer, Haluk, H., *İş Hukuku*, Mimoza Yayınları, 19. B., Konya, 2014.
- Şahlanan, Fevzi, *Sendikaların İşleyişinin Demokratik İlkelere Uygunluğu*, Fakülte-ler Matbaası, İstanbul, 1980.
- Tanör, Bülent / Yüzbaşıoğlu, Necmi, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 15. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2015.
- Tanör, Bülent, “Sendika Hakkı ve Özgürlüğü”, *İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2000, s.230-235.
- Tuncay, A. Can / Savaş, F. Burcu, *Toplu İş Hukuku*, 3. B., Beta, İstanbul, 2013.
- Tunçomağ, Kemal, *İş Hukuku, C.II*, 2. B., Fakülte Matbaası, İstanbul, 1985.
- Uygun, Oktay, *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve özgürlüklerin Genel Rejimi*, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1992.
- *Anayasa Mahkemesi Kararları*
- AYM, 10.04.2013 T, E.2013/21, K.2013/57, RG.12.07.2013/28705.
- AYM, 22.10.2014 T., E.2013/1, K.2014/161, RG.11.11.2015/29529.
- AYM, 29.01.2014 T., E.2013/130, K.2014/18, RG.13.05.2014/28999.
- AYM, 30.9.2015 T. E.:2015/62, K.:2015/84, RG.20.10.2015/29508.
- AYM, Bireysel Başvuru No. 2013/8463, KT. 18.9.2014, RG. 4.12.2014/29195.

### **Diğer Kaynaklar**

- Anayasa Mahkemesi Kararları, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr), (01.11.2016)
- Başbakanlık Mevzuat Bilgi Sistemi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), (01.11.2016).
- Gemalmaz, Semih M., *Ulusüstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler)*, 2. B., Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Resmi Gazete, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (01.11.2016).
- Tuncay, A.Can / Savaş Kutsal, F. Burcu / Kılıç, Şebnem, *İş Kanunları, Açıklamalı, Karşılaştırmalı, İçtihatlı*, Beta Yayınları, 4. B., İstanbul, 2016.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr), (01.11.2016).
- *Türkiye Büyük Millet Meclisi*, <https://www.tbmm.gov.tr>, (01.11.2016).
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısının Danışma Meclisince Kabul Olunan Metni ve Millî Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu Raporu. (D. Meclisi: 1/463; M. G. Konseyi: 1/397, D. Meclisi S. Sayısı: 166 ve 166'ya 1, 2, 3 ve 4 üncü ek), [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK\\_/do1/coo7/mgk\\_01007118.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MGK_/do1/coo7/mgk_01007118.pdf), (01.11.2016).
- Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), <http://www.ilo.org/ankara/lang--tr/index.htm>, (01.11.2016).
- Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 7. B., Beta, İstanbul, 2011.

## ÖZ

1982 Anayasasının 51. maddesinde “*sendika kurma hakkı*” düzenlenmektedir. Buna göre, çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurabilirler. Böylece, demokratik bir toplumda olması gereken örgütlenme özgürlüğü bağlamında sendika kurma hakkının güvence altına alındığı görülmektedir. Anayasada (m.51/2) sendika kurma hakkına yönelik sınırlamalara da yer verilmiştir. Buna göre, “*milli güvenlik*”, “*kamu düzeni*”, “*suç işlenmesinin önlenmesi*”, “*genel sağlık*”, “*genel ahlak*” ile “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*” gibi nedenlerle söz konusu hak sınırlandırılabilir. Yapılacak sınırlandırmalarda ise, kanunla sınırlama şartı getirilmiştir. Anayasada (m.51/4) ayrıca, işçi niteliği taşımayan kamu görevlilerinin bu alandaki haklarının kapsam, istisna ve sınırlarının gördükleri hizmetin niteliğine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmektedir. Bu çalışmada, demokratik ülkelerde güvence altına alınan örgütlenme özgürlükleri bağlamında sendika kurma hakkı ve sınırlanması konusu incelenmektedir. Ayrıca, konuyla ilgili Anayasaya Mahkemesi içtihatlarına yer verilmek suretiyle bu hakkın kapsamı ve sınırları üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Temel haklar ve özgürlükler, Sosyal ve ekonomik haklar, Sendikalar, Sendika kurma hakkı, Sendika kurma hakkının sınırlandırılması.

# Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması\*

Protection of Personal Data with Criminal Norms in the context of Protection of Personal Data Law and Turkish Criminal Code

Murat Volkan Dülger\*\*

## ABSTRACT

Protection of personal data, which can be defined as all kind of information relating to an identified or identifiable real person, is important in respect of the right to privacy and the right to respect for family life. The issue of protecting personal data is becoming more and more important nowadays; both individuals have many complaints arising from this subject in daily life and high level judicial organs take a legal attitude in this manner. In this direction, the field of the protection of personal data has been regulated by many supra-national organizations especially the Council of Europe and the European Union and states. Turkey has accepted the Law numbered 6698 on the Protection of Personal Data which regulates this area, albeit too late. Protection of personal data by criminal norms is provided by special provisions in the Turkish Criminal Code. The types of crime that should be addressed in this context are: The offense of Recording Personal Data, the offense of Illegal Delivery or Acquisition Of Personal Data and the offense of Non-Destruction of Data held in articles 135-138 of Turkish Criminal Code and the offense of Non-Destruction or Non-Anonymization of Personal Data held in article 17/2 of the Law numbered 6698.

**Keywords:** Personal data, right to privacy, data protection, crime against privacy, data processing, data subject.

## Giriş

Kişisel veri, tartışmalı ve sınırları tam olarak çizilemeyen bir kavramdır; ancak yine de kısaca insana ait, bireyi tanımlayabilecek her türlü bilgi olarak tanımlanması mümkündür. Aslında insanın, insan olarak evrendeki yerini alması ve

\* Makale gönderim tarihi: 30.11.2016. Makale kabul tarihi: 15.12.2016.

\*\* Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku ve Bilişim Hukuku öğretim üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

toplumdaki konumu, insana bağlı bazı değerleri kişisel veri haline getirir, örneğin kişinin adı, adresi, hastalıkları, medeni durumu, cinsel tercihleri hep kişisel veri olarak kabul edilen bilgilerdir. Ancak özellikle geçtiğimiz yüzyılda bilim ve teknolojideki gelişmeler ve bunun topluma ve toplumsal hayatı oluşturan bileşenlere yansması daha pek çok bilgiyi kişisel veri haline getirmiştir. Bu bağlamda banka hesap numarası, sosyal güvenlik numarası, vatandaşlık numarası ve elektronik posta adresinin şifresi bunlara örnek olarak gösterilebilir. Buna göre kabaca kişisel verilerin ikiye ayrılması mümkündür, birinci grupta insanın varoluşundan kaynaklanan kişiliğine ilişkin bilgiler yer almakta, ikinci grupta ise insanın modern bilişim toplumunda yer alması nedeniyle kendisine verilen ya da çeşitli hizmetlere ulaşmasında kullanılan bilgiler yer almaktadır. Ancak bu ayırım kişisel verilerin değeri ve korunmaya hak kazanımları açısından bir fark yaratmaz<sup>1</sup>.

## I. Kişisel Veri Kavramının Ortaya Çıkışı ve Tek Başına Bir Hak Olup Olmadığı Tartışması

### A. Kişisel Verilerin Ortaya Çıkış Süreci

Kişisel veriler, yukarıda belirtildiği üzere ilk insanlardan bu yana var olmuştur. Ancak bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve internetin yaygınlaşmasıyla kişisel verilerin varlığı ve önemi ortaya çıkan sorunlar nedeniyle daha iyi anlaşılmıştır. Zira daha önce az sayıdaki kişi ya da kurumun elinde yazılı halde dosyalanmış olan bu bilgiler bilgi teknolojilerinin gelişmesi ile sayısal ortama aktarılmış, internetin yaygınlaşması sonucunda da hukuka uygun ya da aykırı olarak ilgili ilgisiz herkesin erişimine açılmıştır<sup>2</sup>. Bunun yanı sıra çok büyük sayıdaki kişisel verilerin çok küçük alanlarda ve aygıtlarda depolanabilmesi, bilgisayarların işlemci hızlarının katlanarak artması sonucu, bu büyük miktardaki verilerin çok kısa bir zamanda ve kapsamlı olarak işlenebilmesi, bilgi kırıntılarından yola çıkılarak, bireylerin belirlenmesine ve sonrasında ilgili bireyle ilgili her türlü bilgiye erişilmesine yol açmıştır.

Kişisel veriler ile ilgili tehlikenin ortaya çıkış noktası da bu olmuştur. Zira ilgisiz kişilerin, kişisel verilere erişebileceği ve bunları kullanabileceği/yayabileceği endişesi dahi kişiler üzerinde gerçek bir tehdit oluşturur. Ayrıca bu verilerle sanal alanda verilerin gerçek sahibiymiş gibi profiller (sanal kişiler) oluşturulması ve bu profiller aracılığıyla çeşitli hukuka aykırı eylemler gerçekleştirilmesi ve/veya suç işlenmesi de mümkündür ve bunların örnekleri sıklıkla görülmektedir. Bu durumda olayla hiçbir ilgisi olmayan gerçek veri sahibi bir anda suçun ve/veya

1 Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 631, 632.

2 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 632.

hukuka aykırı eylemin faili olarak kendisini mahkeme karşısında sanık ve/veya davalı olarak bulabilmektedir. Bu durum bize kişisel verilerin korunmasız bırakılmasının ne kadar ciddi sonuçlar doğurduğunu açık bir biçimde gösterir<sup>3</sup>.

Kişisel verilerin korunmasının önemi, insan hakları ve bunların korunması bilincinin son elli yıl içinde gittikçe gelişmesine paralel olarak artmıştır. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hukuku da çeşitli dönemlere ayrılarak incelenir<sup>4</sup>. Ancak bu dönemlere ilişkin hangi ayırım benimsenirse benimsensin, kişisel verilerin korunmasının başlangıcı olarak tek bir dönem gösterilir. Buna göre bugün anlaşılan şekliyle kişisel verilerin korunmasının yönelik düzenlemeler ilk olarak bilişim teknolojilerinin gelişmesi ve yaygınlaşmasıyla birlikte 1960'lı yıllarda tartışılmaya, 1970'li yıllarda ise hukuksal düzenlemelerin konusunu oluşturmaya başlamıştır<sup>5</sup>.

### **B. Kişisel Veri Kavramının Tek Başına Bir Hak Olup Olmadığı Tartışması**

Kişisel verilerin korunması, insan haklarından olan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı bakımından önem arz eder. Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilerek, gerekse Anayasanın 20. maddesinde kişinin temel haklarından sayılarak güvence altına alınmıştır<sup>6</sup>. Dolayısıyla kişisel verilerin korunması hem ulusal üstü hukuk açısından bir insan hakkı, hem de ulusal hukuk açısından Anayasa normu ile düzenlenmiş bir temel hak ve özgürlüktür<sup>7</sup>.

Öğretide kişisel verilerin, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı mı yoksa kendi başına bağımsız bir kavram mı olduğu konusunda iki farklı görüş bulunur. Bunlardan ilkinde, bir gerçek kişinin "*kendine özel olan ve gizli kalmasını isteyeceği hayat olaylarını*" koruyan özel hayatın gizliliği hakkının tanımı ve kişinin üçüncü kişilerin gözetimi ile denetimden uzak, insan onuruna uygun olarak yaşayabilmesini öngören amacı dikkate alındığında kişisel verilerin korunması kavramının, özel hayatın gizliliğinin korunmasının bir alt başlığı olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilir<sup>8</sup>.

3 Dülger, s. *Bilişim Suçları*, 632.

4 Bu dönemler hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010, s. 106 – 116.

5 Küzeci, s. 106; Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 632.

6 Handan Yokuş Sevük, "Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması", *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008, s. 782.

7 Dülger, *Bilişim Suçları*, 633. Kişisel verilerin korunmasının bir hak olarak tanımı ve niteliği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Küzeci, s. 60 – 103.

8 Güçlü Akyürek, "Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı", *Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi*, Türk Ceza Hukuku Derneği yayını, S.3, Temmuz – Ağustos – Eylül 2011, s. 44.

İkinci görüşte ise, kişisel verilerin korunması hakkının ilk aşamada özel yaşamın gizliliği hakkı içinde değerlendirilebileceği, ancak gelişen teknoloji karşısında özel yaşamın gizliliği hakkına geleneksel yaklaşımla ve bu alanda benimlenen ilkelerle kişisel verilerin korunmasının yetersiz kaldığı, bu nedenle tarihsel süreç içerisinde kendisinden daha köklü bir hak alanı olan özel yaşamın gizliliği hakkından ayrılmaya başladığı; bu anlamda kişisel verilerin korunmasının özel yaşamın gizliliği hakkının özellik taşıyan bir türü olduğu ve kendine özgü bazı gereklilikleri nedeniyle ayrı bir alan olarak algılanmaya başladığı, ancak bunların birbiriyle organik ilişkisi bulunan alanlar olduğu ifade edilir<sup>9</sup>.

Ben bunlardan ikincisine katılmaktayım çünkü her ne kadar kişisel veriler özel hayatın gizliliği kavramının içinden çıkmış olsa da zamanla hem teknolojiadaki gelişmeler hem de bu verilerin sıklıkla hak ihlaline konu olması bu kavramın ayrı bir kimliğe kavuşmasına yol açmıştır. Ayrıca “*özel hayatın gizliliği*” kavramındaki “*gizlilik*” sözcüğü, kişisel verilerin korunmasıyla tam olarak örtüşmez. Zira korumaya alınan kişisel verilerin mutlaka gizli olması gerekmez, kişinin özel hayatına dahil olan ve bu alanda yer alan kişiler tarafından bilinen ancak gizli ya da sır olmayan bir bilginin, üçüncü kişilerle paylaşılması halinde bu bilgi, kişisel verilerin korunmasının kapsama alanından faydalanır; ancak bu gizliliğin korunması değildir, kendine özgü bir olgu olan kişisel verilerin korunmasıdır. Benzer şekilde kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçlarda da korunan hukuksal değer “sır” olmayıp, verinin ilgilisi olan kişinin kişilik haklarıdır<sup>10</sup>.

Kişisel veri; ceza hukuku, medeni hukuk, idare hukuku, ticaret hukuku, borçlar hukuku vb. gibi hemen tüm hukuk dallarının ilgi alanına giren çok geniş bir kavramdır. Ancak ilgi alanımızı oluşturan ceza hukuku disiplini açısından temel aldığımız hususun “suç” olgusu olması nedeniyle, bu çalışmada kişisel veri kavramını suça konu olmasıyla sınırlayarak inceleyeceğim. Bunun yanı sıra yakından ilgili olması nedeniyle yeri geldikçe özellikle 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda yer alan idare hukukuna ilişkin düzenlemelere ve kaba-hatlara de (idari düzene aykırılıklar) değineceğim<sup>11</sup>.

Burada karşımıza çıkan ilk soru “*kişisel veriyle korunması gereken bir hukuksal değer olup olmadığıdır*”. Bunun cevabı ise yukarıda iki paragrafta açıkça yer görülür: Kişisel verilerin öneminin bu denli algılanmaya başladığı ilk andan itibaren ceza hukukunun ve idare hukukunun (idari ceza hukukunun) koruma alanından yararlanması gerektiği konusunda bir şüphe bulunmaz. Buna göre öncelikli olarak suç tipiyle korumaya çalışılan kişisel verilerin ne olduğu,

9 Küzeci, s. 70.

10 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 633, 634.

11 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 634.



sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği ve bu kavramın kime ve neye göre tanımlanıp içeriğinin doldurulduğunun belirlenmesi gerekir. Bu yapıldıktan sonra ceza ve idare hukukuna ilişkin açıklamalara yer verilmesi daha anlamlı ve anlaşılır olacaktır<sup>12</sup>.

## II. Kişisel Veri ve Kişisel Verinin İşlenmesi Kavramlarının Tanımı

### A. Kişisel Veri

Kişisel veri kavramı, İngilizce “*personal data*” kavramından gelmekte olup, yabancı dildeki kavramın içeriğini ve anlamını tam olarak karşılar. Bu alanda özellikle ülkemizin konuya ilişkin düzenlemelerinde ve mevzuat çalışmalarında dikkate alınan temel uluslararası düzenlemeler mevcuttur.

Bunlardan ilki ülkemizin de üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin üretimi olan 28.1.1981 tarihli ve 108 nolu “*Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme*”dir. Söz konusu sözleşme bu alandaki ilk uluslararası düzenleme olup, bu alanda yeknesak kural- lar üretilmesinde temeli oluşturmuştur<sup>13</sup>. Sözleşmenin 2. maddesinde kişisel veri, “*kişiyi tanımlayan ya da tanımlayabilen her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.

Bu alandaki temel metinlerden ikincisi ise Avrupa Birliği üretimi olan 95/46/ EC sayılı “*Avrupa Topluluğu Veri Koruma Direktifi*”dir<sup>14</sup>. Bu direktifin 2. maddesinde kişisel veri “*doğrudan doğruya ya da dolaylı olarak bir gerçek kişi ile ilintili olabilecek ve onu belirlenebilir kılacak her türlü bilgi*” olarak tanımlanır<sup>15</sup>. Bu tanımın benzerleri çok sayıda ülke tarafından kabul edilmiş ve kendi iç hukuklarına aktarılmıştır. Nitekim kişisel veriler için hem uluslararası hem de ulusal öğretilerde bu tanım kullanılmaktadır. Ancak diğer yandan bu tanımın son derece geniş ve belirsiz olması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>16</sup>.

12 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 634.

13 Söz konusu sözleşme Türkiye tarafından 28.01.1981 tarihinde imzalanmış ve usulüne uygun olarak 30.1.2016 tarihli ve 6669 sayılı Yasa ile onaylanarak (onay yasası 18.2.2016 tarihli ve 29628 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır) Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne depo edilmiş ve 1.9.2016 tarihi itibarıyla Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin özgün metni ve onaylama tablosu için bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=108&CM=8&DF=11/08/2011&CL=ENG>

14 Avrupa Birliği’nde yeknesak bir hukuk düzenin yaratılmasında temel kaynak Avrupa Topluluğu’nun yürürlüğe koyduğu yönergelerdir. Bu doğrultuda, yeknesak bir veri koruması hukukunun oluşturulması çabaları 90’lı yıllarda ilk kazanımlarını ortaya çıkarmıştır. Veri Koruması Yönergesi’nin ilk taslağı 1990 tarihine dayanmaktadır. Bu taslak veri korumasının topluluk bazında düzenlenmesinde başlangıç noktasını oluşturmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Nilgün Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 25 – 32.

15 Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s. 33.

16 Ian J. Lloyd, *Information Technology Law*, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 39.

Bu alana özgü üçüncü ve dördüncü temel metinler ise yine Avrupa Birliği tarafından 95/46/EC sayılı direktifin yerini almak üzere çıkarılan 2016 tarihli ve IP/12/46 sayılı direktif ve regülasyon (tüzük) tür. Bu düzenlemelerden Direktifin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde öncelikle verinin konusu sonrasında kişisel veri şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Veri sahibi*”, *doğrudan ya da dolaylı olarak, makul bir şekilde bir kontrolör ya da diğer bir gerçek ya da tüzel kişi tarafından kullanılması muhtemel, kimlik numarası, konum bilgisi, çevrimiçi tanımlayıcı veya kişiye ait bir ya da birden fazla fiziksel, psikolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel ya da sosyal tanımlayıcı işleve ilişkin, belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişidir*”. Aynı düzenlemede kişisel veri ise “*veri sahibine ilişkin herhangi bir veri anlamına gelir*” olarak düzenlenmiştir. Nitekim Regülasyonun da (Tüzük) “Tanımlar” başlıklı dördüncü maddesinde veri sahibi ve kişisel veri kavramları birebir aynı şekilde tanımlanmışlardır<sup>17</sup>.

Bir kişinin belirlenebilir kılınması, verilerin doğrudan ya da dolaylı olarak bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle kişinin tanımlanabilmesi, yani şahsın o şahıs olduğunun ortaya çıkarılabilmesi özelliğini ifade eder. Örneğin verilerin bir kimlik numarasıyla ilişkilendirilmesi ya da kişinin psikik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğini ifade eden, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi kişisel veriyi gösterir. Başka bir ifade ile isim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, ses, parmak izleri, genetik bilgiler gibi özellikli bir içerik taşıyan veriler ile dolaylı olarak kişiyi belirlenebilir kılan ölçütlerin kombinasyonu (yaş, meslek, medeni durum, adres vb.) olan veriler kişisel veri kapsamında ele alınabilir<sup>18</sup>. Nitekim CMK’nın 80. maddesi gereğince bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik inceleme sonuçları kişisel veri niteliğindedir<sup>19</sup>.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması konusunda temel bir mevzuat oluşturmak üzere çalışmalar yapılmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan bir komisyon tarafından üç yıllık bir çalışmanın sonucunda (önceden uzun yıllardır hazırlanan farklı tasarılar da olmakla birlikte) 2003 yılında “*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*” hazırlanmıştır. Söz konusu tasarı genel olarak 108 nolu Avrupa Konseyi Sözleşmesi ve Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi

17 Avrupa Birliği’nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin 2016 tarihli Regülasyonunun (Tüzük) ve Direktifinin orijinal ve tam metinleri için bkz: [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm); 3.11.2016.

18 Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s. 33, 34.

19 Yokuş Sevtik, s. 797; Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 635.

temel alınarak hazırlanmış<sup>20</sup>, ancak bu alandaki yoğun taleplere rağmen çeşitli gerekçelerle 2016 yılına kadar yasalaşamamıştır. Nihayetinde ülkemizin Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde yeniden müzakerelere başlaması ve son açılan müzakere başlıklarının kişisel verilerin korunmasını da içermesi nedeniyle, söz konusu tasarıda değişiklikler yapılarak TBMM'ye sunulmuştur. Bu arada yasa yapılmadan önce ilk olarak Avrupa Konseyinin kişisel verilerin korunmasına ilişkin sözleşmenin onay yasası çıkarılmıştır. TBMM'ye sunulan yasa 6689 numarayla 24.3.2016 tarihinde meclis tarafından kabul edilmiş ve 7.4.2016 tarihli ve 29677 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, Yasanın 32. maddesi gereğince "8 inci, 9 uncu, 11 inci, 13 üncü, 14 üncü, 15 inci, 16 ncı, 17 nci ve 18 inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra" diğer maddeleri ise yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir.

6698 sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde kişisel veri, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklinde tanımlanmıştır. Bu maddenin gerekçesinde söz konusu kavram "Kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Bu bağlamda sadece bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi onun kesin teşhisini sağlayan bilgiler değil, aynı zamanda kişinin fiziki, ailevi, ekonomik, sosyal ve sair özelliklerine ilişkin bilgiler de kişisel veridir. Bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, mevcut verilerin herhangi bir şekilde bir gerçek kişiyle ilişkilendirilmesi suretiyle, o kişinin tanımlanabilir hale getirilmesini ifade eder. Yani verilerin; kişinin fiziksel, ekonomik, kültürel, sosyal veya psikolojik kimliğini ifade eden somut bir içerik taşıması veya kimlik, vergi, sigorta numarası gibi herhangi bir kayıtle ilişkilendirilmesi sonucunda kişinin belirlenmesini sağlayan tüm halleri kapsar. İsim, telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler gibi veriler dolaylı da olsa kişiyi belirlenebilir kılabilmek özellikleri nedeniyle kişisel verilerdir." şeklinde açıklanmıştır.

Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 20.10.2016 tarihli ve 29863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik" ile de 4. maddenin 1. fıkrasının (g) bendinde kişisel sağlık verisi "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisi" olarak tanımlanmıştır. Dayanakları arasında 6698 sayılı Yasayı da gösteren bu yönetmelikte anılan yasaya paralel bir tanım yapılması son derece olağan ve yerindedir.

24.7.2012 tarih ve 28363 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Giz-

20 Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s. 108.

*liliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik*” ise bu alandaki bir başka düzenlemedir<sup>21</sup>. Yönetmeliğin 3. maddesinde kişisel bilgiler/veriler, “*belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler*” olarak tanımlanmıştır. Sonradan yürürlüğe giren bu yönetmelikteki tanımın da 6698 sayılı Yasanın tasarı halindeki kişisel veri tanımına uygun olarak düzenlendiği görülmektedir.

Bu açıklamalar sonucunda uluslararası düzenlemelerde, 6698 sayılı Yasa da ve ilgili yönetmeliklerde yer alan tanımların aslında doğru bir seçim olduğu görülmektedir. Buna göre kişisel veri, “*belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin tüm veriler*” olarak tanımlanabilir<sup>22</sup>. Dolayısıyla kişisel veriden söz edilebilmesi için verinin gerçek bir kişiye ilişkin ve bu gerçek kişinin de söz konusu veriler kullanılmak suretiyle hali hazırda belirli ya da belirlenebilir nitelikte olması gerekir<sup>23</sup>. Daha geniş bir tanımla kişisel veri, bireyin kişisel, ailevi, mesleki her türlü ayırt edici özelliklerini ve niteliklerini göstermeye yarayan her türlü bilgidir<sup>24</sup>. Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kimsenin kimliğine, etkin kökenine, fiziksel özelliklerine, sağlık durumuna, genetik verilerine, öğrenim veya istihdam durumuna, ikamet adresine, kredi kartı bilgilerine, banka ve sigorta kayıtlarına, adli arşiv ve genel bilgi toplama kayıtlarına, düşünce ve inançlarına, alışveriş alışkanlıklarına, telefon rehberine, fotoğrafına, bilgisayarının IP adresine, parmak izine, cep telefonundan gönderdiği kısa mesajlarına, elektronik postalarına, sosyal paylaşım sitelerindeki aktivitelerine, en son gittiği restoran, bar ya da müzeye kadar ilgilisi olduğu ve kişiyi tanımlayan her türlü bilgidir<sup>25</sup>. Kişiyi dolaylı yollardan tanımlamak için alınan ve işlenen kamera kaydı, ses veya görüntü kaydı, biyometrik yöntemlerle tanımlama sağlayan parmak izi, yüz, iris, yazı, ses tanıma vb. yöntemlerle elde edilen bilgiler de kişisel veridir<sup>26</sup>.

Nitekim YCGK da, 17.6.2014 tarihli, E. 2012/12-1510, K. 2014/331 sayılı ka-

21 Daha önce yürürlükte olan 6.2.2004 tarihli ve 25356 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ““Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik”, 24.7.2012 tarihli yukarıda anılan yönetmeliğin 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan yönetmeliğin 3. maddesinde kişisel veri şu şekilde tanımlanmaktaydı: “*tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi*”.

22 Benzer tanım için bkz: Lütfü Cihan Gülmez, “Kişisel Verilerimiz Korunuyor mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.59, Temmuz 2011, s58; Küzeci, s. 9.

23 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 647.

24 A. Çiğdem Ayözger, *Kişisel Verilerin Korunması: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, Beta, İstanbul, 2016, s. 6.

25 Aydın Akgül, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması*, Beta, İstanbul, 2014, s.8, 9; Ayözger, s. 6; Küzeci, s. 1, Llyod, s.42.

26 Lloyd, s. 41; Ayözger, s. 7; Akgül, s. 8, 9.

rarında başka bir çalışmamda yer vermiş olduğum yukarıda yer alan açıklamaya ve tanımlaya atıf yaparak kişisel verileri tanımlamıştır.

### Özel Nitelikli Kişisel Veri ve Anonim Veri

Bazı kişisel veriler, ülkelerin mevzuatlarında ve uluslararası düzenlemelerde “hassas veri” olarak ifade edilmektedir. *Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi*’nin 6. maddesinde “özellikli veri kategorileri” kavramı kullanılmıştır. KVKK’da ise “hassas veri” kavramı yerine “özel nitelikli kişisel veri” kavramı kullanılmıştır. 6698 sayılı Yasanın “Özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları” başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrasında özel nitelikli kişisel veriler tanımlanmıştır: “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*”.

Özel nitelikli kişisel veriler, özellikle kişilerin ayrımcılığa maruz kalmalarını engellemek amacıyla özel bir koruma altına alınır. Kişinin dini ve felsefi inancı, ırk veya etnik kökeni, siyasi düşüncesi, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, cinsel tercihleri, sağlık bilgileri, özel yaşamları ve hür türlü mahkûmiyetleri vb. ile ilgili bilgiler hassas kişisel veri olarak nitelendirilir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan ayrımcılık karşıtı ve insan onurunu korumayı amaçlayan düşüncenin bir yansıması olarak, özel nitelikli kişisel verilerin başkaları tarafından öğrenilmeleri halinde kişilerin mağduriyetlerine yol açılmasını engellemek amacıyla bunlar diğer verilere nazaran daha sıkı denetime tabi tutulurlar. Özellikle kişinin ırkına veya etnik kökenine ilişkin verilerin diğer kişisel verilerden ayrı bir düzenlemeye tabi tutulmasının nedeni, söz konusu kişilerin verilerinin devlet kurumları tarafından kötüye kullanılması endişesidir. Bu kaygının sebebi özellikle nüfus kayıtlarının ayrıntılı tutulması sonrası gerçekleşen Yahudi soykırımı gibi tarihsel olayların yaşanmış olmasıdır. Ulusal hukuk sistemleri açısından, bir kişisel verinin özel nitelikli olup olmadığı veri koruma otoritesinin ve nihai olarak mahkemelerin yorumuna bağlıdır. Avrupa Birliği Adalet Divanı *Lindqvist* kararında<sup>27</sup>, hassas kişisel verilerin geniş yorumlanması gerektiğine karar vermiştir<sup>28</sup>.

Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın kişisel verilerin geniş yorumlanmasına ilişkin bu kararına rağmen, ülkemizde Anayasa Mahkemesi KVKK’nın yürürlüğünden önce vermiş olduğu bir kararında hem de özel nitelikli kişisel veri olan

27 Avrupa Adalet Divanı, *Bodil Lindqvist v. İsveç*, Dava No. C-101/01, 6.11.2003; karar için bkz: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-101/01>; 3.11.2016.

28 Akgül, s. 17-20.

*“biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılmasının”* kişisel veri olmadığını belirterek bu alana ilişkin yapılan yasal düzenlemenin Anayasanın 20. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir<sup>29</sup>. 6698 sayılı Yasanın 6. maddesinin 1. fıkrasında özel nitelikli kişisel veriler arasında açıkça *“biyometrik ve genetik veriler”* sayıldığı için artık bu kararının hukuki dayanaktan yoksun ve Yasanın yürürlüğe girdiği 7.4.2016 tarihinden itibaren hukuka aykırı olduğunu düşünüyorum.

Verinin belirli veya kimliği belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek veya kaynağı belirlenemeyecek hale getirilmesi sonucunda ortaya çıkan bilgiye *“anonim veri”* adı verilmektedir. İstatistik, araştırma, planlama vb. amaçlarla tutulan ve herhangi bir kişiyi belirtmekten ziyade kitlesel bilgi yığını olarak çıkan bu tür veriler, ilgili kişilerle ilişkilendirilmeleri mümkün olmadığından kişisel veri sayılmazlar<sup>30</sup>. Anonim veri, 6698 sayılı Yasanın *“Tanımlar”* başlıklı 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde *“kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi”* olarak tanımlanmıştır.

### **Kişisel Verinin İşlenmesi**

Kişisel verilerin korunmasından bahsedebilmek için, öncelikle yukarıda tanımlanan kişisel verilerin bir takım işlemlere tabi tutulması ve bunun sonucunda kullanılabilir, belli bir kişiyi tanımlayabilir, kendisinden anlamı sonuçlar çıkarılabilir hale gelmesi gerekir. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinin ne olduğunun da tanımlanması gerekir. Yukarıda andığımız sözleşme, yönerge, yasa ve yönetmeliklerde *kişisel verilerin işlenmesi* kavramı da tanımlanmıştır.

Avrupa Konseyi'nin 108 nolu *“Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme”*nde kişisel verilerin işlenmesi şu şekilde tanımlanmaktadır: *“Otomatik işleme, bir bütün veya parçalar halinde otomatik araçlarla gerçekleştirilmesi halinde aşağıdaki işlemleri içerir; verileri saklama, bu veriler üzerinde mantıksal ve/veya aritmetik işlemlerin gerçekleştirilmesi, verilerin değiştirilmesi, silinmesi, verilerin saklama yerlerinden geri alınarak/kurtarılarak yeniden kullanılması veya yayınlanması.”*

Kişisel verilerin işlenmesi 95/46/EC sayılı *“Avrupa Topluluğu Veri Koruma Yönergesi”*nin 2. maddesinde tanımlanmaktadır: Buna göre, işleme, otomatik ya da otomatik olmayan her türlü yöntemi içermektedir. Bu bağlamda, kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, organize edilmesi, saklanması,

29 AYM, 19.3.2015, E. 2014/180, K. 2015/30, R.G. 3.4.2015-29315.

30 Başalp, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, s. 34.

değiştirilmesi, okunması, sorulması, kullanılması, transfer yoluyla başkalarına verilmesi, yayılması ya da hazır bulundurulması için yapılan işlemlerle bunların yanı sıra verilerin birleştirilmesi ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi, silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlemi içerir.

Avrupa Birliği tarafından 95/46/EC sayılı direktifin yerini almak üzere çıkarılan 2016 tarihli regülasyon (tüzük) ve IP/12/46 sayılı direktif ile de kişisel verilerin işlenmesi tanımlanmıştır. Direktifin “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde ve Regülasyonun yine “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde birebir aynı biçimde “işleme; kişisel veri ya da bir takım kişisel veriler üzerinde; otomatik olsun ya da olmasın; aktarım, yayma veya diğer yollarla elde edilebilir hale getirme, sıraya koyma, birleştirme, sınırlama, silme veya yok etme suretiyle toplama, kayıt etme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyumlaştırma, değiştirme, geri kazanma, danışma, kullanma, açıklama gibi herhangi bir işlemde ya da bir takım işlemlerde bulunma” olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca Direktifin 3. maddesinin 4. fıkrasında “işlemenin kısıtlanması, depolanmış kişisel verilerin gelecekte işlenmesinin sınırlanması amacıyla işaretlenmesi” şeklinde tanımlanmıştır.

6698 sayılı “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun” 3. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendinde kişisel verilerin işlenmesi “kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem” şeklinde tanımlanmıştır.

*Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik’in* 4. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendi ile kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, “kişisel sağlık verilerinin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi sağlık verileri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” olarak tanımlanır. Görüldüğü ve olması gerektiği üzere, bu düzenleme 6698 sayılı Yasanın tanımıyla birebir aynıdır.

*Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’te* ise kişisel verilerin işlenmesi 3. maddenin 1. fıkrasının (i) bendinde “kişisel verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla elde

*edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlanması amacıyla işa-  
retlenmesi, tasniflenmesi veya kullanılmasının engellenmesi gibi bu veriler üye-  
ründe gerçekleştirilen işlem ya da işlemler bütünü” şeklinde tanımlanmıştır<sup>31</sup>.*

Kişisel verilerin toplanması, elde edilmesi, kaydedilmesi, düzenlenmesi, sak-  
lanması, değiştirilmesi, uyarlanması, birleştirilmesi, okunması, sorulması, kul-  
lanılması, açıklanması, erişilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması,  
yayılması, hazır bulundurulması veya anonimleştirilmesi için yapılan işlemlerin  
yanı sıra verilerin birleştirilmesi ya da ilişkilendirilmesi ve hatta bloke edilmesi,  
silinmesi ya da yok edilmesi suretiyle gerçekleştirilen her türlü işlem ya da işlemler  
bütünü kişisel verilerin işlenmesi tanımı kapsamında değerlendirilir. İşleme,  
otomatik ya da otomatik olmayan prosedürler yoluyla gerçekleştirilen kişisel ve-  
rilerle ilgili olabilecek her türlü süreci içerir<sup>32</sup>.

Otomatik işlemeden kasıt, verilerin otomasyon sistemlerinin kullanıldığı  
yöntemlerle işlenmesidir. Otomasyon, mekanik aygıtlarla yapılan işlemlere veri-  
len addır, ancak bu yasa kapsamında bunun dijital (sayısal) işlemleri de içerecek  
şekilde anlaşılması gerekir, örneğin bilişim sistemleriyle yapılan bu tür işlemler  
de (ki uygulamada sıklıkla görülen budur) kişisel verilerin işlenmesi olarak ka-  
bul edilir. Bu sayede verilerin toplanmasından başlayarak geçtiği tüm aşamaları  
kapsayan bütün işlem basamakları ve yöntemleri koruma altına alınır. Nitekim  
6698 sayılı Yasa ve ilgili yönetmeliklerle de yapılmaya çalışılan budur<sup>33</sup>.

Tanımdan da anlaşıldığı üzere, verilerin işlenmesi otomatik/dijital bir pro-  
sedüre bağlı değildir. Örneğin; sorumlunun kişisel verileri ister yazılı belge üye-  
rinden ister bilgisayar monitörü üzerinden okuması işlem tanımı içinde yer alır.  
Kişinin kendisi için tuttuğu özel kayıtlar ise kişisel verilerin işlenmesi olarak ni-  
telendirilmez. Örneğin kişinin bilgisayarında tuttuğu adres defterleri vb. kişisel  
ya da ailevi nitelikteki ilişkiler sonucu tutulan kayıtlar bu kapsamda ele alınmaz.  
Tabii ki bu bilgiler mesleki ve ticari faaliyetler dahilinde işlenen kişisel verilerden  
ayrı olarak değerlendirilmeli ve bu tür verilerin belirsiz sayıda kişinin erişimine  
açık tutulması hali de hariç tutularak kişisel veri olarak düşünülmelidir. Nitekim  
6698 sayılı Yasanın “İstisnalar” başlıklı 28. maddesinde 1. fıkrasının (a) ben-

31 Önceki yönetmeliğin 3. maddesinde kişisel verilerin işlenmesi “*otomatik olsun olmasın, top-  
lama, kaydetme, hazırlama, yükleme, uyarlama, değiştirme, geri çağırma, danışma, kullan-  
ma, aktarma yoluyla açığa vurma, yayma ya da bunların dışında erişilebilir hale getirme,  
düzenleme, birleştirme, engelleme, silme gibi yollardan, kişisel bilgiler üzerinden yürütül-  
mekte olan herhangi bir işlem ya da işlemler bütünü*” olarak tanımlanmıştır.

32 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 669.

33 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 669.



dinde “*Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.*” halinde anılan yasanın hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Anonim veriler üzerinde işlem yapılması da kişisel verilerin işlenmesi olarak kabul edilmez. Zira verinin sahibi ile veri arasındaki illiyet bağı kopmuş olduğundan, bu tür veriler üzerinde yapılan herhangi bir işlem kişi hak ve hürriyetlerinin ihlali sonucunu da doğurmaz<sup>34</sup>. Anonim verilerin işlenmesi 6698 sayılı Yasa tarafından öngörülerek “İstisnalar” başlıklı 28. maddesinde 1. fıkrasının (b) bendinde “*Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.*” halinde anılan yasanın hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Ancak kişilerin ırk, siyâsî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları; dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve hür türlü mahkûmiyetleri vb. ile ilgili kişisel veriler “*özel niteliği olan*” ya da “*hassas*” kişisel veriler olarak adlandırılmakta olup, genel kabul gören yaklaşıma göre bunlar da kişisel veri sayılır ancak hassas nitelikte olmaları nedeniyle bu verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır<sup>35</sup>. Ancak istisnai olarak, kamu yararının gerektirmesi, kişinin rızasının alınması vb. bazı hallerde bu verilerin işlenmesine izin verilebilir<sup>36</sup>. 6698 sayılı Yasanın “*Özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları*” başlıklı 6. maddesinin 2. fıkrasında özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu açık bir biçimde ifade edilmiştir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenebileceği istisnalar 3. ve 4. fıkralarda şu şekilde belirtilmiştir: “(3) *Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. (4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yerli önlemlerin alınması şarttır*”.

34 Uğur Ersoy, “Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Ankara, 2009, s. 16.

35 Hassas kişisel veriler ve bunların işlenebileceği durumlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Cemil Kaya, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İÜHFİM*, C.LXIX, S.1 - 2, 2001, s. 317 - 334.

36 Ersoy, s. 16.

### III. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Getirilen Düzenlemelerin Genel Çerçevesi

6698 sayılı Yasanın hazırlanış öyküsü aslında oldukça eskilere dayanmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere Türkiye, Avrupa Konseyi bu konudaki ilk sözleşmeyi 1981 yılında imzaya açtığı gün ilk imzalayan devletlerden birisidir. Buna karşın sözleşme ancak 2016 yılı başında onaylanıp ülke açısından bağlayıcı hale gelmiştir. Sözleşmenin bu kadar geç onaylanmasındaki hukuki neden, öncesinde bir türlü Sözleşmedeki hak ve yükümlülükleri içeren bir yasanın hazırlanıp yürürlüğe sokulamamasıdır. Yine de yasanın hazırlık sürecinin Sözleşmenin imzalandığı tarih olan 1981 yılına götürülmesi mümkündür. Bunun yanı sıra benim takip edebildiğim kadarıyla en azından on yıldan beri bu konuda çeşitli yasa tasarıları hazırlama süreçleri yaşanmış, ancak politik, hukuki vb. nedenlerle bir türlü bu konuda bir yasa çıkarılamamıştır.

Aslında yasa metni ve öncesinde hazırlanan tasarılar incelendiğinde Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı Direktifinin esas alındığı görülür. Nitekim bu yasanın yapılmasındaki temel amaçlardan birisi ve belki de en önemlisi AB adaylığı sürecinde AB'ye uyum çerçevesinde bu düzenlemenin yapılması gerekliliğidir. Ancak AB düzenlemelerinde kamu kurum ve kuruluşlarına (özellikle kolluk ve istihbarat kurumlarına) sınırlı istisnalar tanınmış ve bu konuda denetim getirilmiş olması, ayrıca veri koruma kurulunun siyasi otoriteden bağımsız özerk bir yapıda olması gerekliliği bu tür bir düzenleme getirmek istemeyen Türkiye açısından yasanın çıkmasının sürekli ertelenmesine yol açan en önemli faktör olmuştur. Sonuçta Avrupa Birliğinin 95/46/EC sayılı Direktifine tam olarak uyumlu olmayan Türk tipi bir kişisel verilerin korunması kanunu hazırlanmış ve yürürlüğe girmiştir.

Yasanın yürürlüğe konulmasındaki bu anlayış farkı başta olmak üzere eleştirilecek pek çok yanının olmasına karşın, olumlu taraflarının da belirtilmesi gerekir. Öncelikle bana göre bir, sıfırdan büyüktür. Anılan yasanın yürürlüğe girdiği 7.4.2016 tarihinden önce de ülkemizde kişisel veriler kaydedilmekte, yayılmakta, yok edilme, değiştirilmekte vb. yani kısacası her türlü kişisel veri hiçbir sınırlama ve düzenleme olmaksızın herkes tarafından işlenmekte ve kullanılmaktaydı. İşte bu yasa ile sınırlı da olsa bir düzenleme getirildi. Bundan sonra kişi ve kurumlar yukarıda belirttiğim sınırsızlıkta veri işleyemeyecekler, en azından yaptırımların ağırlığı nedeniyle bundan çekinecekler. Nitekim daha şimdiden özel sektörde pek çok kuruluş “*Kişisel Verilerin Korunması Kanuna Uyumluluk Süreci*”ne ilişkin politikalar oluşturmakta, iş işleyiş süreçlerini buna göre yeniden yapılandırmaya çalışmakta ve hatta bunu yapabilmek için danışmanlık hizmetleri almaktadır. Bu bile tek başına yapılanın olumlu bir adım olduğunu

göstermektedir. Ancak tabii ki bu olumlu taraflar, diğer yanda nesnel bir gözle bakıldığında açıkça görülen olumsuzlukları yok saymama neden olmamaktadır.

Yasaya getirilen önemli eleştirilerden biri; AB kendi direktifini değiştirmeye hazırlanıyorken yasanın eski direktif dikkate alınarak hazırlanmış olmasıdır. Nitekim 6698 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden hemen bir hafta sonra Avrupa Parlamentosunda yapılan oylama ile yeni direktif ve regülasyon (tüzüük) oylanmış ve kabul edilmiştir. Ancak bu direktifin tarihi 1995 yılıdır ve AB üyesi ülkelerin o tarihten bu yana yani tam yirmi bir yıldır bu konuda deneyimleri bulunmaktadır. İşte bu deneyim ve uyum sürecinden sonra arada geçen sürede bilişim teknolojilerindeki gelişmeler ve bu alandaki ihtiyaçlar da dikkate alınarak yeni bir çalışma yapılmış ve direktif güncellenmiş, bilişim dünyasındaki terminolojiyle mevcut sürüm yenisiyle yükseltilmiştir (upgrade). Beklentimiz ülkemiz açısından eski versiyona uyum sağlandıktan sonra, bir an önce yeni sürüme geçilerek mevzuat ve uygulama değişikliklerinin yapılmasıdır. Tabii ki daha en başta yeni sürümle başlamak en iyi seçenek, ancak eksiklikleri ve doğuştan eskiliğine rağmen ülkemiz gerçekleri dikkate alındığında hiç olmayan düzenlemenin çıkmış olması da teselli veren bir gelişme.

6698 sayılı Yasa bir bütün olarak kişisel verileri, bunların işlenmesini ve korunmasını tanımlayan, özellikle kişisel verilerin işlenmesinin ve korunmasının nasıl olacağını genel hatlarıyla çerçevesini belirleyen, bunun yanı sıra işleme ve koruma kurallarına uyulmaması halinde bunun yaptırımının ne olacağını tespit eden, bu alandaki temel düzenleyici yasadır. Yukarıda belirttiğim üzere öncelikle kişisel verinin ne olduğu, bu verilerin işlenmesini, korunmasını tanımlamış ve işleme /korumaya ilişkin kurallara uyulmadığı takdirde kabahatler hukuku bakımından (idari düzene aykırılıklar) bunun yaptırımını düzenlemiştir.

Yasanın getirdiği kişisel veri koruma ve işleme yöntemi ile yasanın getirdiği rejime uyum süreci bu çalışmanın kapsamı içinde olmadığı için ayrıca ve ayrıntılı olarak incelemiyorum. Aşağıda suçlar ve kabahatler açısından yeri geldikçe bunları değerlendirmeyi uygun buluyorum.

#### **IV. Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suçlar**

##### **A. Kişisel Verilerin Korunmasının Ceza Kanununda Düzenlenmesi Gerekliği**

Veri koruma hukuku, hangi kişisel verilerin kim tarafından ve kimin için elde edildiğinin, kim tarafından hangi amaçla ve ne süreyle işleneceğinin, kim ya da kimlere aktarılacağı ve ne zaman yok edileceğinin öğrenilmesi hakkını içerir. Üzülerek ifade etmeliyim ki Türk hukuk düzeninde kişisel verilerin korunması

konusu 6698 sayılı Yasa yürürlüğe girene, hatta Kişisel Verileri Koruma Kurulu üyeleri seçilmeye başlanıncaya kadar yeterli ve gerekli ilgiyi görmemiştir<sup>37</sup>. Ülkemizde uzun bir süre boyunca kişisel verilerin korunması alanında yeterli yasal düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle bu konu öncelikle kişilik haklarının korunması konusunun altında incelenmiştir. Bu bağlamda kişisel verilerin korunması genel olarak Medeni Kanununun 24. maddesi altında değerlendirilir. Kişisel verilerin izinsiz ele geçirilmesi dolayısıyla kişilik hakkının ihlali halinde ihlalin özel hukuk açısından sonlandırılması ve zararın tazmini Medeni Kanununun 25 ve Borçlar Kanununun 41 vd. maddelerine göre gerçekleştirilir<sup>38</sup>. Dolayısıyla kişilik hakkı ihlali ve bunun sonuçlarıyla ilgili Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu maddeleri, kişilik ihlali hangi araçla ve hangi alanda gerçekleşirse gerçekleşsin uygulama alanına sahiptir; çünkü ceza hukukunda geçerli olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi özel hukukta geçerli değildir<sup>39</sup>. Bu yasaların ilgili maddelerinin yorum ve kıyas yoluyla kişisel verilerin kötüye kullanılması halinde uygulanması açıkça yazılmasa da kıyas ve yorum yoluyla mümkündür<sup>40</sup>.

Kişisel verilerin bilişim sistemleri aracılığıyla ihlali, hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve kötüye kullanılması gibi eylemlerin yukarıda anılan ilke nedeniyle ceza hukuku açısından ayrıca düzenlenmesi ve bu eylemlerin suç tipi haline getirilmesi gerekir<sup>41</sup>. Aksi takdirde kişisel verilerin ceza hukuku normlarıyla korunması mümkün olmaz. Bu açıdan Almanya’da bu alanda yapılan yasal düzenleme gibi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir yasaya gereksinim olduğu belirtilmiştir<sup>42</sup>. Öte yandan ülkemizde bilişim suçları alanında yapılan ilk düzenlemeyi içeren 765 sayılı ETCK’nın 525 a/1 maddesinde düzenlenen “*verilerin ele geçirilmesi suçunun*” bu açıdan yeterli ve gerekli korumayı sağlamadığı ifade edilmiştir<sup>43</sup>.

Kişisel verilerin ele geçirilmesi yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi eylemlerinde dikkat edilmesi gereken bir diğer konu da, devletin resmi güvenlik kuruluşları dışında birçok kurum ve kuruluşun da bireyler hakkında özel

37 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 265.

38 Nilgün Başalp, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet”, *İnternet ve Hukuk*, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 6; Başalp, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, s. 100 – 103.

39 Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s.168.

40 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 670, 671.

41 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 671.

42 Yener Ünver, “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısından Değerlendirilmesi”, *İÜHFİM*, C.LIX, S.1 – 2, İstanbul, 2001, s. 93, 94.

43 Yener Ünver, “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, İstanbul, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, 1998, s. 437.

bilgiler toplaması ve bu bilgilerle kişilik haklarını ihlal etme olanağına sahip olmasıdır. Hastalar hakkında çok özel bilgileri bilişim sistemlerinde bulunduran hastaneler<sup>44</sup>, DNA ve parmak izi analizi yapan ve bunun sonuçlarını bilişim sistemlerinde saklayan adli tıp kurumları, cep telefonu hattı işletmecisi olan şirketlerin buldukları veriler ya da çok sayıda müşteri verisi tutan finans kurumları ile perakende satış şirketleri bunlara örnek olarak verilebilir<sup>45</sup>. Nitekim bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli, sanık veya diğer kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğindedir<sup>46</sup>. Bu nedenle kişisel verilerin korunması açısından yapılacak düzenlemede yalnızca resmi kuruluşların bu bilgileri toplaması ve kullanması konusundaki çerçeve değil, söz konusu bilgileri depolayıp kullanabilme yetkisine ve teknolojisine sahip kamu kuruluşları ve özel kuruluşlar açısından da yasal çerçeve belirlenmelidir<sup>47</sup>.

Bu alandaki bir başka büyük sorun ise kimlik hırsızlığı olarak da bilinen internetteki kişisel verilerin ele geçirilmesi eylemlerinde, genellikle müşterilerin isminin, doğum tarihinin, sosyal güvenlik ya da vatandaşlık numaralarının, kredi kartı bilgilerinin, kendilerinin haberi olmaksızın elde edilmesidir<sup>48</sup>. Daha son-

44 “Tıp bilimi bakımından kişisel veriler, kişinin sağlık durumuna ilişkin verilerdir. Tıbbi veriler olarak da adlandırılan bu veriler, gerçek kişilerin sağlık durumuna ilişkin olup, tıp mesleği mensuplarınca edinilecek bilgilerdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tıbbi Veriler Hakkındaki (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı’nın 1. maddesine göre, tıbbi veri bireyin sağlık durumu ile ilgili kişisel bilgileri ifade eder. Tıbbi veri kavramı aynı zamanda genetik verileri de kapsar. Sağlık ile ilgili kişisel nitelikteki veriler özel biteliği olan veriler olup, diğer kişisel verilere nazaran daha özel bir koruma gerektirmektedir. Gerçekten de kişinin sağlık durumu ilgili verilerin bir başka deyişle tıbbi verilerin kötüye kullanımının kişiye vereceği zarar da göz önüne alındığında, bu tür verilerin kaydının özel bir usule bağlanması ve belli amaçlarla sınırlandırılması yerinde olacaktır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (97) 5 sayılı Tavsiye Kararı’nın 3. maddesinde bu husus; ‘*Tıbbi verilerin toplanması ve işleme tabi tutulması sırasında temel hak ve özgürlüklere özellikle mahremiyete saygı hakkı sağlanmalıdır. Tıbbi veriler sadece iç hukuk tarafından sağlanan güvencelere uygun olarak toplanabilir ve işleme tabi tutulabilir.*’ şeklinde vurgulanmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı m.7/2-f’de, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını sağlayacak yeterli önlemlerin alınması şartıyla; sağlık ile ilgili kişisel verilerin ‘*koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin, sağlık kurumları, işyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, okullar ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukukten veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli tarafından*’ işlenebileceği öngörülmektedir. Tıbbi verilerin otomatik olan veya olmayan yollarla kaydedilmesi ve depolanması mümkündür. Bu verileri elde etme, üçüncü kişilere aktarma, üzerinde değiştirme, silme, yok etme gibi işlemler ancak kanunların izin verdiği çerçevede ve hukuka uygun ölçüde yapılabilir.” Yokuş Seviük, s. 786, 787.

45 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 671, 672.

46 Yokuş Seviük, s. 797.

47 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 672.

48 Ian Walden, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016, pn. 3.73 – 3.76; Jonathan Clough, *Principles of Cybercrime*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, s.238 – 254.

ra bu verilerle, haksız kazanç elde etmek üzere, bilişim sistemleri kullanılmak suretiyle gerçekleştirilen nitelikli dolandırıcılık da dahil olmak üzere pek suç işlenmektedir. Kredi kartı bilgileri ise çoğunlukla, müşteri hesaplarından nakit para transfer etmenin yanı sıra, müşterinin kredi kartının sahte bir kopyasının çıkartılmasında kullanılmaktadır<sup>49</sup>.

Kişisel verilerin korunması konusu günümüzde gittikçe önem kazanmakta, hem bireyler günlük yaşamlarında bu konuda pek çok yakınmada bulunmakta hem de konu üst düzey yargı organlarının hukuksal tavır almalarına neden olmaktadır. Bunun önemli örneklerinden birini Facebook ve benzeri sosyal paylaşım sitelerinde kişisel verilerin sürekli tutulması oluşturur. En popüler sosyal medya sitelerinden birisi olan Facebook, kullanıcıların sildiği mesaj, fotoğraf ve videoları yine de kayıt altında tuttuğu öne sürülerek, yoğun biçimde eleştirilmektedir<sup>50</sup>. Eleştiriler Almanya’da temel insan haklarını korumakla yükümlü olan Anayasa Mahkemesi’nde de gündeme gelmiştir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi Başkanı Andreas Voßkuhle, ünlü haber dergisi Focus’a verdiği röportajda, Facebook kullanımının riskler taşıdığına dikkat çekmiş, vatandaşların verilerini sildikten sonra da bunların Facebook tarafından kayıt altında tutulup tutulmadığını bilmediklerini belirtmiş ve konunun Anayasa Mahkemesi’ne taşınabileceğine işaret etmiştir. İnsan hakları örgütleri ve bilişim uzmanları, kullanıcılar tarafından silinen mesaj, fotoğraf ve videoların, Facebook tarafından tümüyle silinmediğini belirterek, bu uygulamaya son verilmesini talep etmektedirler. Andreas Voßkuhle, Anayasa Mahkemesi’nin gelecek dönemlerde Facebook uygulamalarının, vatandaşların “*kişisel verileri üzerinde tam kontrol sahibi olma hakkını*” ihlal edip etmediğinin incelenmesi ihtiyacını ortaya çıkarabileceğine dikkat çekmiştir. Nitekim Federal Alman Hükümeti, aralarında Facebook’un da bulunduğu bilişim ve sosyal medya devlerinin temsilcileri ile bir süredir görüşmeler yürütmektedir. Hükümet bu şirketlerin gönüllü olarak “*veri güvenliği kuralları*” belgesini kabul etmelerini ve yurttaşlara güvence vermelerini istemektedir. Facebook, son zamanlarda artan eleştiriler üzerine değişikliklere gitmiş ve kullanıcıların kendi bilgilerini paylaşırken daha tedbirli davranabilmesi için çeşitli yeni olanaklar sunmuştur<sup>51</sup>. Bu gelişmelerin sonunda bilişim alanında yeni bir hak türü ortaya çıkmıştır: Unutulma hakkı (right to

49 Ali Karagülmez, *Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 451.

50 Wouter Martinus Petrus Steijn, “The Coast of Using Facebook: Assigning Value to Privacy Protection on Social Network Sites Against Data Mining, Identity Theft, and Social Conflict”, *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Eds: Serge Gutwirth/Ronald Leenes/Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2016, s. 327.

51 “Kişisel Bilgiler Facebook’a Ne Lazım”, *Esas, Aylık Hukuk Dergisi*, S. 2, Kasım 2011, s. 34.

be forgotten)<sup>52</sup>. Avrupa Adalet Divanı, unutulma hakkını tanıdığı ve tanımladığı Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja Gozáles kararında bu konuda AB Veri Koruma Direktifinin uygulamasına ışık tutacak tespitlerde bulunmuştur<sup>53</sup>.

Yukarıda anılan görüş ve eleştiriler dikkate alınarak TCK'da, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, kullanılması veya açıklanması ve verilerin yok edilmemesi eylemleri ayrı maddeler halinde suç olarak düzenlenmiştir. Böylelikle ülkemiz ceza hukuku düzeni açısından önemli bir boşluk giderilmiştir<sup>54</sup>. Bu düzenlemenin bilişim suçları açısından olumlu taraflarından birisini de kişisel verilere ilişkin suç tiplerinin “*bilişim alanında suçlar*” başlıklı bölümde diğer suç tipleriyle bir arada değil, bu suçlarla korunan hukuksal değere göre, benzer hukuksal değerlerin korunduğu “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” bölümünde düzenlenmiş olmasıdır<sup>55</sup>. Bu da, yasa koyucu tarafından yasaya yapma tekniği ve sistematik açısından doğru bir iş yapıldığını gösterir.

## B. Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Suçlar ve Unsurları

### 1. Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenen Suç Tipleri

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tipleri 5237 sayılı TCK'nın özel hükümlerin yani suç tiplerinin düzenlendiği ikinci kitabının “*kişilere karşı suçlar*” başlıklı ikinci kısmının “*özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar*” başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almaktadır. TCK'nın 135. maddesinde “*kişisel verilerin kaydedilmesi suçu*”, 136. maddesinde “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu*”, 137. maddede bu suçların nitelikli halleri, 138. maddede “*verilerin yok edilmemesi suçu*” 140. maddede ise bu suçlara ilişkin olarak tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirleri düzenlenmiştir.

KVKK'nın “Suçlar ve Kabahatler” başlıklı beşinci bölümünde “suçlar” başlıklı 17. maddenin 1. fıkrasında “*Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ıncı madde*

52 Bu kavram için bkz: Meg Leta Jones, *Ctrl + Z: The Right to Be Forgotten*, New York University Press, New York, 2016, s. 1 vd.; Amitai Etzioni, *Privacy in a Cyber Age*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, s.113-122; Cécile de Terwangne, “The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the igital Environment”, *The Ethics of Memory in a Digital Age Interrogating the Right to be Forgotten*, Edited by Alessia Ghezzi, Ângela Guimarães Pereira, Lucia Vesnić-Alujević, European Commission, Joint Research Centre, Palgrave Macmillan, 2014, s. 82 – 101; Yod-Samuel Martin, Jose M. Del Alamo, “Forget About Being Forgotten”, *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Eds: Serge Gutwirth/Ronald Leenes/Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2016, s. 249 – 276.

53 Karar ve değerlendirmesi için bkz: Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin, Ankara, 2016, s. 132 – 136.

54 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 673.

55 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 673.

*hükümleri uygulanır.*” denilerek, anılan yasa çerçevesinde olsun ya da olmasın kişisel verilere ilişkin haksızlıklar açısından TCK’ya atıf yapılarak, anılan yasa öncesinde de yürürlükte olan suç tiplerinin uygulanmaya devam edileceği belirtilmiş, böylelikle 6698 sayılı Yasa ile TCK’nın 135 ile 140. maddeleri arasında doğrudan bağlantı kurulmuştur.

Maddenin ikinci fıkrasında ise *“Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır.”* denilmek suretiyle aslında benim çok öncesinde eksikliğini belirtmiş olduğum bir husus giderilmiştir. Bu konuya aşağıda tekrar döneceğim.

## 2. Korunan Hukuksal Değer

TCK’nın 135. maddesinde düzenlenen *“kişisel verilerin kaydedilmesi suçu”* ve 136. maddesindeki *“verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu”* ile ortak hukuksal değerler korunur. Yasanın sistematüğinden anlaşılacağı üzere bu suç tipleriyle genel olarak kişilerin özel hayatı ve hayatın gizli alanı, özel olarak ise kişisel veriler korunur<sup>56</sup>.

Bu suçlarla hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesinde<sup>57</sup> bir insan hakkı ve hem de 1982 Anayasasının 20. maddesinde<sup>58</sup> bir temel hak ve

56 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 675, 704.

57 Madde 8 - Özel ve aile hayatına saygı hakkı: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

58 Madde 20 - Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.

Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimim onayına sunulur. Hakim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 5982 - 7.5.2010 / m.2) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.



özgürlük olarak belirtilen “*özel hayatın gizliliği hakkı*”, kişilerin özel yaşamına müdahale olanağı veren teknolojik gelişmeler karşısında söz konusu suç tipleriyle bir hukuksal değer olarak korunur<sup>59</sup>. Böylelikle hem AİHS hem de Anayasa düzenlenmiş bir insan hakkı ve temel hak ve özgürlük somut bir ceza hukuku normu ile korunmuş olur<sup>60</sup>. Nitekim Anayasanın 20. maddesine 7.5.2010 tarih ve 5982 sayılı Yasanın 2. maddesiyle eklenen 3. fıkraya ile kişisel verilerin korunması temel bir hak ve özgürlük olarak, açıkça Anayasa normuna konu olan bir hak haline gelmiştir<sup>61</sup>. Ayrıca normda kişisel verilerin kendisinin korunması kadar, kişisel verilerin işlenmesi de düzenlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Ayrıca Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasının son tümcesinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin yasa ile düzenlenmesi gerektiği belirtilir; bu konuda yasama organına verilen görev TCK’da yer alan incelemekte olduğumuz maddeler yanında 6698 sayılı Yasanın da yürürlüğe konulmasıyla yerine getirilmiştir.

Bu suç tipleriyle kişisel verilerin mi yoksa sır kapsamına giren bilgilerin mi korunduğu sorusu akla gelir. Bu suçların düzenlendiği “özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar” başlıklı bölümde 765 sayılı ETCK’da “sırrın masuniyeti aleyhine cürümler” başlıklı fasılda düzenlenen bazı benzer suç tipleri yer alır. Buradan hareketle bu bölümde düzenlenen suçlarla sırrın dokunulmazlığının korunduğunu, nitekim 765 sayılı ETCK’da meslek sırrının açıklanması olarak düzenlenen bu suç tipinin, 5237 sayılı TCK’da verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu olarak 136. maddede düzenlendiğini belirten yazarlar bulunmaktadır<sup>62</sup>. Ancak bir sırrın varlığı, sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen bir konunun varlığına bağlıdır<sup>63</sup>. Oysa TCK’nın 135. ve 136. maddelerinde kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi ve verilerin hukuka aykırı olarak verilmesi veya ele geçirilmesi aranmakta ancak söz konusu verilerin sır olarak nitelendirilen ve sahibinin diğer kişilerin erişimine ve öğrenmesine izin vermediği veri niteliğinde olması aranmaz. O halde bu suç tipleri açısından gerçek bir sırrın varlığı gerekmez, dolayısıyla kaydedilen kişisel bilginin sır olarak saklanması aranmaz.

59 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.622.

60 Dülger, *Bilişim Suçları*, s.675. Aynı görüşte bkz: Karagülmez, s.446.

61 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: Küzeci, s. 267 – 270.

62 Hakan Hakeri, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16 – 17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009, s. 127.

63 Süheyl Donay, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978, s.5; Murat Volkan Dülger, “Bankacılık Sırrı ve Sırrın Açıklanmasına İlişkin Suçlar”, *Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s. 176.

Bu nedenle sırrın korunması bu suçlarla korunan hukuksal değeri oluşturmaz. Ancak genellikle sır niteliğindeki bilgilerin aynı zamanda kişisel veri niteliğinde olması mümkündür. Aynı anda hem kişisel veri hem de sır niteliğinde olan bir bilginin bu suç tiplerinin konusunu oluşturması halinde ise “sırrın varlığı”, ancak dolaylı olarak korunan hukuksal bir değer olabilir<sup>64</sup>.

Bu suç tipleriyle korunan hukuksal değer korunan verinin niteliğinde göre değişkenlik gösterebilir. Örneğin bireyin sağlık durumuna ilişkin bir verinin bu suçların konusunu oluşturması halinde korunan hukuksal değeri kişinin sağlık hakkı oluşturur. Çünkü normal şartlarda bir birey, ancak teşhis ve tedaviden dolayı kendisi bakımından kişisel zararların, zorlukların veya utançların ortaya çıkmayacağı güveniyle hekime gider. Sağlığına ilişkin bilgilerin başkalarıyla paylaşabileceğini düşünen kişi tedaviden kaçınabilir<sup>65</sup>. İkinci olarak toplumun sağlık hakkı da korunur, zira toplumun sağlığı, sağlıklı bireylere bağlıdır. Son tahlilde bu suçların konusunu sağlıkla ilgili bir verinin oluşturması halinde korunan hukuksal değeri, hem bireylerin hem de toplumun sağlık hakkı oluşturur<sup>66</sup>. İşte bu nedenle 6698 sayılı Yasanın 30. maddesiyle TCK'nın 135. maddesine eklenen 2. fıkraya ile özel nitelikli kişisel veri olan sağlık verilerine karşı suçun işlenmesi, cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Çünkü bu takdirde hem daha nitelikli verilere karşı suç işlendiği için suçun haksızlık içeriği daha fazla olur hem de suçun bu tür yan etkilere yol açması söz konusu olabilir, dolayısıyla daha fazla cezaya layık olma söz konusu olur.

TCK'nın 138. maddesinde ise yasal süresi dolmasına rağmen kişisel verileri sistem içinden yok etmekle görevli olan kişilerin bu görevlerini yerine getirmemeleri durumu suç haline getirilmiştir<sup>67</sup>. İnsanlar doğaları gereği özgür varlıklardır. Bu nedenle sürekli olarak izlenen, haklarında bilgiler toplanan ve fişlenen bireyler olarak yaşamak istemezler. İnsanlarda sürekli izlendikleri duygusunun oluşturulması, içinde buldukları siyasal sisteme karşı bir güvensizlik ve nefret duygusu yaratabilir<sup>68</sup>; yani insanlar güven içinde ve özgür bir şekilde yaşamak isterler<sup>69</sup>. İşte yaşamlarının belli bir kesitinde hukuka uygun bir biçimde de olsa bazı kişisel bilgileri veri olarak çeşitli sistemlere girilen bireylerin bu kişisel bilgilerinin bir zaman sonra bu sistemlerden çıkartılması gerekir. Bu verilerin

64 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 675, 676.

65 Küzeci, s. 56.

66 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 127; Yokuş Sevük, s. 794, 795.

67 Olgun Değirmenci, “Bilişim Suçları”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2002, s. 157.

68 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 718, 719.

69 İnsanların sürekli olarak izlendikleri ve fişlendikleri ütopyik bir dünyayı ve bu dünyadaki insan davranışları göstermesi açısından bkz: George Orwell, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev: Nuran Akgören, Can Yayınları, İstanbul, 1999.

yok edilmesini bireyler istediği gibi devletler de istemelidir. Çünkü vatandaşları hakkında sürekli bilgi toplayan ve bunları kaydeden, kısacası vatandaşlarını fişleyen bir devlet asla çoğulcu, özgürlükçü, demokratik bir hukuk devleti olamaz ve vatandaşlarını da bu çağdaş ilkelere bağlı bir toplum haline getiremez. İşte TCK'nın 138. maddesindeki suç tipiyle bunun önüne geçilmek istenmiştir<sup>70</sup>.

Bu bağlamda söz konusu suç tipiyle iki ayrı hukuksal değer korunduğu görülür: Bunlardan ilki *“hem kişisel verilerin bizatihi kendisi, hem de kişisel veriler açısından istenilen güvenlik”* ikincisi ise *“kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişidir”*<sup>71</sup>.

Ancak kişisel verilerin korunması kavramı ve buna ilişkin suç tipleriyle korunan hukuksal değerler yukarıda yapılan açıklamalardan daha da derinde yer alır ve bunun insan olmaya ilişkin felsefi temelleri bulunur. 20. yüzyılın bir sonucu olan bilgi toplumunun üyesi olup olmama konusunda artık bireylerin bir seçim hakkı yoktur. Kişisel verilerin bir veya birden çok merkez tarafından, etkin ve etkili bir şekilde toplanabilmesi, işlenebilmesi, yayılabilmesi ve değerlendirilmesi bireylerin sürekli izlendikleri duygusunu taşımalarına neden olmaktadır. Teknolojinin kuşattığı modern birey adeta çırılçıplak kalmıştır ve kendine ait mahrem alanı koruyabilmek ve farklı kılıklar içinde toplumsal yaşamını sürdürmek için bir koruma alanına gereksinim duyar. İşte genel olarak kişisel verilerin korunması kavramıyla özel olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tipleriyle korunması amaçlanan temel değer aslında budur<sup>72</sup>.

### 3. Tipiklik

#### a. Suçların Maddi Unsurları

##### (1). Fail ve Mağdur

Hem 135. maddede hem de 136. maddede düzenlenen suç tiplerinde fail ve mağdur herhangi bir özellik göstermez. Suç tanımlarında suçu işleyecek kişi açısından *“kimse”* sözcüğü kullanılarak bunun dışında herhangi bir özellik belirtilmediği için herkes bu suçların faili olabilir. Aynı durum suçların mağdurları açısından da geçerlidir. Bu suçların mağduru olunması için mutlaka bilişim sistemine kaydedilen verilerin maliki veya zilyedi olunması gerekmez; önemli olan kaydedilen kişisel verilerin bireyle ilgili olmasıdır<sup>73</sup>.

TCK'nın 138. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin yok edilmemesi suçunda ise fail *“verileri sistem içinde yok etmekle görevli olan”* kişidir. Bu görevi ise

70 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 719.

71 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 719, 720. Aynı görüşte bkz: Karagülmez, s. 468.

72 Küzeci, s. 59; Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 677.

73 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 677, 704.

konuyla ilgili özel yasalarda belirtilir; ceza yasasında haklı olarak bu görevlerin hangi yasalar tarafından belirleneceği belirtilmemiş ve genel bir ifade kullanılmıştır. Her somut olay açısından bu yasa belirlenerek, kimlere nasıl bir veri yok etme görevi verildiği araştırılmalıdır. Ayrıca bu görevli her ne kadar bu görevi kamu adına yapmaktaysa da TCK'nın 6. maddesinde tanımlanan "kamu görevlisi" sıfatını taşımak zorunda değildir. Bu suç tipi "*özel türde, kendine özgü bir görevi ihmal suçu*" olduğu için failin kamu görevlisi olması aranmaz. Dolayısıyla kişisel verilerle ilgili olarak düzenleme yapan bir yasa da kamu görevlisi olmayan kişiler için de bu tür görevler verilebilir ve bunlar da inceleme konusu suçun faili olabilirler<sup>74</sup>. Nitekim 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 137. maddesinin 3. fıkrası ile soruşturma yetki ve görevinde olanlara böyle bir yükümlülük getirilmiştir. Bu alandaki esas görevlendirme ise 6698 sayılı KVKK'nın "*Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi*" başlıklı 7. maddesiyle yapılmıştır. Buna göre "*(1) Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir*". Yasa, kişisel verilerin korunmasında pek çok konuda olduğu gibi bunda da sorumluluğu "*veri sorumlusuna*" vermiştir. Veri sorumlusu ise 6698 sayılı Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendine göre "*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişidir*". Yani gerçek veya tüzel kişi olmasına bakılmaksızın veriyi kim kaydediyorsa, kim işliyorsa, kim saklıyorsa ya da kim aktarıyorsa veri sorumlusu odur. Buna göre verileri TCK'nın 138. maddesine göre zamanı geldiğinde silmesi gereken de bu gerçek ya da tüzel kişidir. Veri sorumlusunun tüzel kişi olması halinde, veri sorumlusunun bu konuda belirleyeceği temsilci ve/veya görevlendireceği kişi veya kişiler suçun faili olacaktır. Dolayısıyla her somut olayda fail ya da failerin 6698 sayılı Yasadaki düzenlemeler ve bu yasaya göre çıkarılacak yönetmelik hükümleri uyarınca titizlikle belirlenmesi gerekir. Özellikle veri sorumlusu tüzel kişi olduğunda -uygulamada özellikle iş kazalarında görüldüğü üzere- hiçbir araştırma ve ayırım yapılmaksızın tüzel kişinin tüm yönetim kurulu üyeleri ve/veya üst düzey yöneticileri hakkında sanık olarak dava açılmasından kaçınılması gerekir. Özel hukuktan kaynaklanan sorumluluklar ve kabahatler hukuku bakımından

74 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 720.

sorumlu tüzel kişinin kendisi olabilir, ancak TCK'nın benimsediği suç teorisinde tüzel kişilerin suçun faili olması mümkün değildir. TCK, objektif sorumluluğu, dolayısıyla üçüncü kişilerin hareketlerinden sorumluluğu ve kusursuz sorumluluğu da açıkça reddetmektedir. O halde savcılara ve soruşturma makamlarına düşen görev, bu konuda üstü körü değil, detaylı ve gerçekçi bir soruşturma yaparak gerçek sorumluların bulunması ve bunlar hakkında dava açılmasıdır. Aksi takdirde uygulamada sıklıkla gördüğümüz üzere ya suçsuzlar ceza almakta (topyekun cezalandırma) ya da gerçek suçlular beraat etmektedir (topyekun beraat).

Bu suç tiplerinde hem kişilerin verileri hem de bunların yok edilmesine ilişkin toplumda idareye duyulan güven korunduğu için; hem verilerin ilgisi bireyler hem de toplumu oluşturan her birey suçun mağduru olurlar<sup>75</sup>.

Yukarıda 138. madde açısından yapmış olduğum fail, mağdur ve suçun konusuna ilişkin açıklamalar 6698 sayılı KVKK'nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki suç açısından aynen geçerlidir.

## (2). Suçun Konusu

TCK'nın 135, 136 ve 138. maddelerinde düzenlenen her üç suçun da konusunu, yani suçun üzerinde işlendiği nesneyi “*kişisel veriler*” oluşturur. Kişisel verinin tanımını çalışmanın ilk bölümünde ayrıntılı olarak yaptığım için tekrardan kaçınmak adına ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyorum.

Bu bilgilerin bir bilişim sisteminde yer alan, kullanılan ve aktarılan dijital (sayısal) veri formunda olması şart değildir; çünkü maddenin gerekçesinde “*verilerin sanal ortamda ya da somut kağıt üzerinde kayda alınması açısından fark gözetilmediği*” belirtilmiştir. Yani bu suç tiplerindeki veri kavramı dar anlamda “*bir bilişim sisteminde ya da veri taşıma aracında bulunan ve üzerinde işlem yapılan sayısal kod halinde bilgi*” değil, geniş anlamda her formda kayıt altına alınabilen “*her türlü bilgi*”dir<sup>76</sup>.

Ancak öğretilerde bu suçun konuluş amacı gözetilerek kişiye ilişkin her türlü verinin değil, ancak başkalarının duymasını, öğrenmesini istemeyeceği bilgilerin bu kapsamda değerlendirilmesini gerektiğini, dolayısıyla bu kavramın sınırlandırılmasını gerektiğini, TCK'da esasen verilerin gizli olmasının aranmadığını, verinin kişisel olmasının yeterli görüldüğünü, bununla beraber, herkes tarafından bilinen veya kolaylıkla bilinmesi mümkün olan verilerin bu kapsamda kabul etmenin maddenin kapsamını oldukça genişleteceğini belirten yazarlar bulunur<sup>77</sup>. Ancak bana göre çalışmamın başında belirttiğim tanımın dışına çıkılarak

75 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 720.

76 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 678; Karagülmez, s. 448.

77 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 128; Yokuş Seviş, s. 796.

bu kavramın sınırlandırılmasına gerek yoktur. Çünkü bu sınırlandırmanın kime ve neye göre yapılacağı belli değildir, böyle bir sınırlama suçta ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkesi olan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturabilir. Öte yandan mağdurun rızası zaten bir hukuka uygunluk nedeni olduğu için, mağdurun saklanması ve bilinmesinde yarar görmediği bir verinin kaydedilmesi veya verilmesi konusundaki rızası, eylemi suç olmaktan çıkaracaktır<sup>78</sup>.

Bu kapsamda örneğin tıp hukuku bakımından, hastaya ait olup, hekim ve diğer sağlık personeline aktarılan veya herhangi bir şekilde başkaları tarafından öğrenilmesi istenilmeyen bilgilerin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekir. Ayrıca sadece sağlık personeline aktarılan kişisel verilerin değil, kişinin bir hekimi, hastaneyi vs. ziyaret etmesinden kaynaklanan kayıtların da bu kapsamda kabul edilmesi gerekir<sup>79</sup>. Bunun kapsamı her somut olayda, verinin niteliği ve verinin ilgisinin verinin korunmasına ilişkin iradesini yansıtan hareketlere göre belirlenmelidir. Dolayısıyla soyut genel bir sınırlama değil her olayın özelliğine göre bir yorum ve gerekirse somut sınırlama yapılmalıdır<sup>80</sup>.

Kamuya mal olmuş kişisel verilerin suçun konusunu oluşturup oluşturmayacağı incelenmelidir. Benim görüşüm, bir şekilde kamuya mal olsa da örneğin sosyal medyada sınırlı bir arkadaş grubu içinde paylaşılsa da kişisel verinin koruma altında olduğu ve TCK'daki bu alana özgü suçların konusunu oluşturacağı yönünde idi<sup>81</sup>. Ancak 6698 sayılı KVKK'nın istisnaların yer aldığı 28. maddesinde “*Bu Kanununun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri*”nin “*İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi*” halinde uygulanmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla önceki görüşümü değiştirmek için bir neden bulunmamakta, ancak ayırım yapmak gerekli. 6689 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmünde belirtilen ve istisnai nitelikte bir durumun bulunması halinde söz konusu alenileşmiş kişisel veri suçun konusunu oluşturmaz. Ancak alenileşmiş de olsa istisna kapsamına girmeyen veya yasanın amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmayan bir kişisel veri işlenmesi halinde (örneğin alenileşmiş bir resmin arkadaş bulma ya da pornografi sitesinde kullanılması gibi), bu veri kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçların konusunu oluşturmaya devam eder.

Ancak verinin ne zaman alenileştiği ne zaman aleni olmadığı her somut olayda

78 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 678.

79 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 128.

80 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 678.

81 Bkz: Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 678.

ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin bir avukatın ya da hekimin kartvizitinde yazılı olan cep telefonu numarası alenileşmiş kabul edilip suçun konusunu oluşturmaz iken, böyle bir mesleği olmayıp cep telefonu kartvizitine bastırmayan bir kişi açısından bu bilgi kişisel veri olmaya devam edecektir. Nitekim Yargıtay cep telefonu numarasını kişisel veri olarak kabul etmekte bu görüş doğrultusunda kararlar vermektedir:

*“Somut olay incelendiğinde, sanık Turgut’un, ayrıldığı kız arkadaşı olan şikayetçinin, kendisinde kayıtlı olan kişisel veri niteliğindeki telefon numarasını, şikayetçinin rızası dışında diğer sanık Onur’a verdiği olayda; şikayetçinin telefon numarasını hukuka aykırı olarak yayan sanık Turgut ile telefon numarasını hukuka aykırı olarak ele geçiren sanık Onur’un eyleminin, TCK’nın 136/1. maddesine uyan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, ayrı ayrı mahkumiyetleri yerine, “telefon numarası vermek şeklinde gerçekleşen eylemin kişisel verilerin ele geçirilmesi ve yayılması olarak değerlendirilemeyeceği” biçimindeki isabetsiz gerekçeyle beraatlerine karar verilmesi,(BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>82</sup>.*

*“Oluşa ve kabule göre, mağdur Arzu ile bir dönem duygusal boyutta arkadaşlık ilişkisi olması nedeniyle mağdura ait elektronik posta adresinin ve bu adresle bağlantı kurulan facebook hesabının internet şifresini bilen sanık Ahmet’in, mağdurun kendisinden ayrılması üzerine, şifresini bildiği mağdurun facebook hesabına, onun bilgisi ve rızası dışında giriş yaparak, bu hesap üzerinden, mağdura ait cep telefonunun numarasını yayımladığı olayda, Mağdurun aktif kullanımında olan, herkes tarafından bilinmeyen veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı cep telefonunun numarasını hukuka aykırı olarak yayan sanığın eyleminin TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, temyiz itirazlarının reddine”<sup>83</sup>.*

### (3). Eylem

#### i. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu Açısından

TCK’nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçuyla her türlü kişisel verinin bilişim sistemlerine ya da yazılı kayıtlara hukuka aykırı olarak yerleştirilmesi suç haline getirilmiştir. Verilerin sanal ortamda ya da fiziksel olarak kâğıt üzerinde kayda alınması açısından fark gözetilmediği madenin gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre verilerin kaydedilmesi bir bilişim

82 12. CD. 7.7.2014, E. 2014/607, K. 2014/16665.

83 12. CD. 17.11.2014, E. 2014/6748, K. 2014/22909.

sistemine ya da veri taşıma aracına sayısal kod halindeki dar anlamda verilerin girilmesi şeklinde olabileceği gibi, kişisel bilgilerin bir dosya kâğıdına el yazısı ya da daktilo ile geçirilmesi şeklinde de olabilecektir<sup>84</sup>. Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu serbest hareketli bir suç tipi olarak düzenlenmiştir, bu nedenle verilerin kaydedilmesi işlemi nasıl yapılırsa yapılsın sonuç değişmez ve suç gerçekleşir<sup>85</sup>.

Kayıt etme eylemi, bir bilişim sisteminde ya da yazılı olarak bulunmayan bir bilginin sisteme girilmesi ya da yazılı hale getirilmesi şeklinde olabileceği gibi aslında başka bir kaynakta hukuka uygun olarak bulunan bir bilginin bir bilişim sistemine ya da kişisel dosyaya hukuka aykırı şekilde girilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilecektir.

Bu konuya ilişkin örnek Yargıtay kararı şu şekildedir:

*“Dosya içeriği, sanıkların ikrar içeren anlatımları, el koyma tutanağı, adli bilişim büro amirliği inceleme raporu ve fotoğraflara göre; sanıkların oturdukları apartman dairesinin giriş kapısı gözetleme deliğine, dış koridoru ve katılanın karşı dairesinin giriş kapısını görececek şekilde kamera taktırarak, ses ve görüntü kaydı yaptıkları olayda; sanıklar her ne kadar güvenlik amacıyla kamera taktırdıklarını savunmuş iseler de, kameranın, daire içinden yerleştirildiği ve dışarıdan farkedilemediği, katılanın evine girip çıkanları görüntüleyebildiği ve karşı daire kapısının açılmasıyla evin içini de görüntüleyebileceği, çekilen ses ve görüntülerin evin içindeki kayıt cihazı yardımı ile kayıt altına alındığı ve aynı anda da televizyon ile seyredildiği nazara alındığında ve güvenlik kamerasının karşı dairenin giriş kapısını ve kapı açıldığında içerisini görececek şekilde değil sanıkların kendi dairesinin kapı önünü görececek şekilde konumlandırılması gerektiği gözetildiğinde, savunmalara itibar edilemeyeceği, katılanın, gün içerisinde kiminle, nasıl, ne zaman görüştüğü, ne yaptığı, evine kimlerin gelip gittiği gibi hususları tespit etmek amacıyla, sürekli takip, denetim ve gözetim almak suretiyle gerçekleştirdikleri eylemin, özel yaşam alanına girdiğinde şüphe bulunmayan faaliyet kapsamında olduğu ve TCK'nın 134/1. maddesinin 1. ve 2. cümlelerine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturduğu gözetilmeden mahkumiyetleri yerine, suçun nitelendirilmesinde yanlışlığa da düşülerek dosya kapsamında uyuşmayan yazılı düşüncelerle be-  
raat kararı verilmesi, BOZMAYI gerektirmiştir”<sup>86</sup>.*

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçu serbest hareketli bir suç tipi olarak düzenlenmiştir; bu nedenle verilerin kaydedilmesi işlemi nasıl yapılırsa yapılsın sonuç değişmeyecek ve suç gerçekleşmiş olacaktır<sup>87</sup>.

84 Aynı görüşte bkz: Karagülmez, s. 448.

85 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 679.

86 12. CD. 22.12.2014, E. 2014/3486, K. 2014/26247.

87 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 680.



Günümüzde hastaneler, adli tıp kurumu, sendikalar vb. pek çok kurum tarafından kişilerin sağlık durumları, cinsel yaşamları, DNA örnekleri ya da siyasi düşünceleri gibi özellikle gizli kalmasını isteyeceği bilgiler veri halinde kaydedilmekte ve arşivlerde bulunmaktadır. İşte bu bilgilerin yasadan ya da kişinin verdiği izinden kaynaklanmayan bir şekilde hukuka aykırı olarak bilişim sistemine kaydedilmesi bu düzenlemeyle suç haline getirilmiştir. Böylelikle ister bireyler ister kurumlar olsun, kişiler hakkındaki bilgileri sanal ortamda ya da yazılı ortamda kayda girerken ya da arşivlerken daha dikkatli davranmak zorundadırlar<sup>88</sup>.

Verilerin, bilişim sistemine, veri taşıma aracına veya bir kağıda işlenmesiyle kaydetme işlemi de gerçekleşmiş olur. Genellikle bu veriler ya bir bilgisayar klavyesi ya da bir daktilo kullanılarak öncelikle yazıya dökülür; bilişim sistemlerinde bu yazma işleminin bitip kayıt tuşuna basıldığı, klasik yöntemde ise yazma işleminin bittiği anda suç gerçekleşmiş olur. Benzer şekilde kişinin fotoğrafının çekildiği ya da sağlık test sonuçlarının alındığı ve sisteme aktarıldığı anda eylem gerçekleşmiş olur. Buna göre her somut olayda gerçekleştirilen harekete göre suç oluşturan eylemin gerçekleşme anı değişir. Ayrıca suçun oluşması için söz konusu kişisel verilerin yayınlanması ya da başkasının kullanımına açılması gerekmez. Yalnızca verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi suçun oluşumu için yeterlidir. Suçun gerçekleşmesi için maddede ayrıca bir zararın da meydana gelmesi aranmadığı için kayıt etme işleminin gerçekleşmesiyle suç meydana gelmiş olur<sup>89</sup>. Dolayısıyla bu bir soyut tehlike suçudur<sup>90</sup>.

## **ii. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Açısından**

TCK'nın 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun eylemi olarak ise üç farklı seçimlik hareket tanımlanmıştır. Bunlar kişisel verilerin başkasına verilmesi, kişisel verilerin yayılması ve kişisel verilerin ele geçirilmesi hareketleridir. Bunlardan kişisel verilerin başkasına verilmesi çok çeşitli yöntemlerle gerçekleştirilebilir. Buna örnek olarak, yazılı verilerin elden ya da posta yoluyla verilmesi veya sanal ortamda kişisel verilerin taşınabilir bellek üzerine kaydedilerek ya da internet üzerinden elektronik posta içinde ya da ekinde gönderilmesi yoluyla verilmesi gösterilebilir. Kişisel verilerin bizzat sır saklama yükümlülüğü olan ancak söz konusu kişisel veriyi öğrenmesinde bir yarar bulunmayan ya da konuyla ilgisiz olan bir başka kişiye, örneğin hastanın tedavisine katılmayan bir hekime verilmesi de suç oluşturur. Ancak sağlık personelinin kendi arasında hastanın tedavisi amacıyla

88 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 680.

89 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 680, 681; Karagülmez, s. 448.

90 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 681.

bilgi alışverişi için hastaya ilişkin bazı verileri birbirine aktarması 136. maddede düzenlenen verme ve yayma olarak kabul edilmemelidir<sup>91</sup>.

Kişisel verilerin başkasına verilmesi hareketinde yer alan “başkası” gerçek kişiler olabileceği gibi tüzel kişiler de olabilecektir. Failin kişisel verileri suçun mağduru dışındaki gerçek veya tüzel bir kişiye verileri vermesi halinde suç gerçekleşmiş olacaktır<sup>92</sup>.

Bu konuda Yargıtay’ın vermiş olduğu örnek kararlar şu şekildedir:

*“Somut olayda; sanığın, eski okul arkadaşı olan mağdurun, ad ve soyadı ve fotoğrafı ile internette facebook sosyal paylaşım sitesinde mağdur adına herkese açık sahte üye profili oluşturarak, profil sayfasında mağdurun telefon numarasını yayımlaması biçimindeki eyleminin, TCK’nın 136/1. maddesine uyan, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde yanılığa düşülerek, olayda uygulama yeri bulunmayan aynı Kanununun 135/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>93</sup>.*

*“Somut olayda; sanığın, tamir için katılanın kendisine bıraktığı dizüstü bilgisayarında bulunan fotoğrafları ile messenger programında oturum açmak için kullandığı elektronik posta adres ve şifrelerini mesleğinin sağladığı kolaylıktan yararlanarak ele geçirip veri taşımakta kullanılan flash diske aktararak, elektronik posta adres ve şifre bilgilerini kullanarak açtığı katılana ait messenger oturumunda, kendisine ait başka bir hesabı, katılanın hesabına arkadaş olarak eklemesi, bilahare katılanın elektronik posta adresinin şifresini değiştirerek messenger programına girişini engellemesi şeklindeki eyleminin, TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu ile TCK’nın 244. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu oluşturduğu ve gerçek içtima kuralları uyarınca bu suçlardan ayrı ayrı sorumlu tutularak cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, suçun nitelendirilmesinde ya-*

91 Nitekim bu suç açısından sır niteliğindeki verilerin ilgisiz kişilere verilmemesi şeklindeki yükümlülük, hekimin amirlerine, şef hekime vs. karşı da geçerlidir. Ancak bu hekimler de hastaya tıbbi müdahale uygulayarak bu sırlara ulaşırlarsa veya ulaşmak durumunda kalırlarsa, o takdirde elbette bu kimselere karşı yükümlülük söz konusu olmayacaktır. Sır saklama yükümlülüğü hastane idaresine ve idari personele karşı da geçerlidir. Dolayısıyla hastane idaresinin, hasta dosyasının tümünün idareye verilmesine yönelik talimatları hukuka aykırıdır, zira hastanın zımnî rızasının bunu da kapsadığı kabul edilemez. Hekimlerin hastanede yaptıkları bütün yazışmalar kural olarak hastane idaresinden saklanmalıdır. Sadece planlama, kontrol veya güvenlik gerekçeleriyle ve ancak bu amacın gerektirdiği bilgiler idareye aktarılabilir. Hasta protokol defterine yazılan hususlar da kişisel veri kapsamında olabilir. Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 129.

92 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 706; Karagülmez, s. 451.

93 12. CD. 23.6.2014, E. 2013/26654, K. 2014/15414.

nulguya düşülerek kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>94</sup>.

“Sanık ve katılan arasındaki boşanma davası 01.09.2010 tarihinde açılmış olup, şikayete konu facebook hesabına, 18.10.2010-19.10.2010, 23.11.2010-01.12.2010 tarihlerinde, sanığın abonesi olduğu telefona bağlı internet aracılığıyla İstanbul’daki ortak konuttan, 25.10.2010-26.10.2010 tarihinde Ankarada’ki internet kafeden, 19.02.2011-20.02.2011 tarihinde sanığın arkadaşının sahibi olduğu otelden erişim sağlandığının belirlenmiş olması, söz konusu hesaba anılan tarihlerde sanık tarafından giriş yapıldığının sanığın da kabulünün olması, aynı tarihlerde, katılanın Malatya’da görevli olması, tanıkların, katılanın iddialarını doğrular mahiyette anlatımda bulunmaları, kendisine ait facebook hesabı bulunan katılanın, yeni bir facebook hesabı açıp, şifresini bildiği bu hesabı, aleyhine boşanma davası açtığı ve fiilen ayrı yaşadığı sanıkla beraber kullanmaya devam etmesinin, müşterek hayat tecrübeleri ve dosya içeriği nazara alındığında, katılandan beklenen bir davranış biçimi olarak kabul edilemeyecek olması karşısında, sanığın, söz konusu hesabı ve hesaba ait şifreyi katılanla birlikte oluşturduklarına dair kendisini cezalandırılmaktan kurtarmaya yönelik, inandırıcılıktan uzak, soyut savunmalarına itibar edilemeyeceği, katılanın, özde değişmeyen, maddi delillerle ve tanıkların anlatımlarıyla da doğrulanan iddialarına üstünlük tanınarak, mevcut olan delillerin, iddiaya konu eylemi gerçekleştirenin sanık olduğunu açık ve net olarak ortaya koyduğu gözetilip, katılanın kişisel bilgilerini ve fotoğraflarını, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde, hukuka aykırı olarak yayan sanığın, üzerine atılı TCK’nın 136/1. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun sübut bulduğunun kabul edilmesi gerekirken, delillerin takdirinde yanılığa düşülerek, oluşa ve dosya kapsamına uygun düşmeyen yazılı gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>95</sup>.

Kişisel verilerin yayılması da çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Bu; kişisel verilerin yazılı olarak mektup şeklinde birden fazla kişiye gönderilmesiyle gerçekleştirilebileceği gibi, internet üzerinden bir web sitesinde kişisel verileri başkaları için erişilebilir kılmak ya da bir forumda açıklamak suretiyle de gerçekleştirilebilir. Kişisel verilerin bir tek kişiye verilmesi veya açıklanması suçun oluşması açısından yeterlidir, herkesin öğrenmesi gerekmez<sup>96</sup>. Kişisel verilerin

94 12. CD. 7.4.2014, E. 2013/15899, K. 2014/8411.

95 12. CD. 22.9.2014, E. 2014/883, K. 2014/18388.

96 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 129.

yayılması eylemi yazılı, görsel ya da sanal basın yoluyla da yapılabilir<sup>97</sup>. Verileri yaymadan kastedilen verilerin içeriğinin birçok kişinin öğrenebileceği şekilde başkalarının bilgisine sunulmasıdır; yaymaya örnek olarak kişisel verilerin bir yayında kimlik belirtmek suretiyle yayınlanması da gösterilebilir<sup>98</sup>.

Bu suç tipinin üçüncü seçimlik hareketi olan kişisel verilerin ele geçirilmesi ise kişisel verilerin üzerinde yazılı olduğu belgelerin bulunduğu yerden alınması suretiyle meydana getirilebileceği gibi, verilerin kayıtlı olduğu bilişim sistemine girilerek verilerin bir depolama cihazına kaydedilmesi ve bu cihazın alınması yoluyla da yapılabilir<sup>99</sup>.

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi başkasına verilen, yayılan ya da ele geçirilen verilerin hukuka uygun olarak kaydedilmiş olup olmamasının suçun oluşumu açısından bir etkisi bulunmaz. Verilerin nasıl kaydedildiği önemli olmaksızın yukarıda sayılan hareketlerin gerçekleştirilmesiyle eylem unsuru gerçekleşmiş olur. Bu suç tipi seçimlik hareketli bir suçtur; suçun maddi unsuru olarak yasada belirtilen kişisel verilerin başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi hareketlerinden biri ya da bir kaçının aynı anda gerçekleştirilmesi durumunda tek bir suç işlenmiş olur ve faile tek suçun cezası verilir.

Bu suçun oluşması için failin yaptığı hareketlerin neticesinde bir zararın meydana gelmesi gerekmez. Yasanın metninin açık ifadesinden bunun bir soyut tehlike suçu olduğu anlaşılır, çünkü TCK'nın 136. maddesinde hareketler “veren, yayan ve ele geçiren” şeklinde gösterilmiş ancak bunların sonucunda bir zararın ortaya çıkması aranmamıştır. Burada özellikle belirtilmesi gereken konu “kişisel verilerin ele geçirilmesi” hareketi açısından yalnızca “öğrenmenin” ele geçirmek anlamına gelip gelmeyeceğidir. Bana göre yalnızca öğrenme eylemi, ele geçirme olarak kabul edilemez, dolayısıyla bu suç tipinde yer alan hareket tanımını karşılamaz. Örneğin tıp profesörü olan doktoru hastasına ilişkin teşhis ve tedaviyi içeren kayıtları öğrencilerine ders verdiği dokümanların arasında unutmaması, hocanın asistanının da dokümanları incelerken hastaya ait belgeleri görmesi ve durumu öğrenmesi halinde ele geçirme söz konusu olmaz<sup>100</sup>.

### iii. Kişisel Verilerin Yok Edilmemesi Suçu Açısından

Yasanın 138. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin yok edilmemesi suçunun işlenebilmesi için öncelikle hukuka uygun olarak kaydedilmiş bir verinin söz konusu olması gerekir. Zira verilerin yok edilmemesi suçunun gerçekleşebilmesi

97 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 713.

98 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 129.

99 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 713.

100 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 714.

için öncelikle “*kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olması*” gerekir. Suç tipinin düzenlendiği maddenin başlangıcında yer alan bu ifade karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Bu ifadeden kişisel verilerin sistemde kayıtlı olmasına izin verilen süre mi yoksa görevli kişiye verileri silme görevini yerine getirmesi için öngörülen süre mi anlaşılmalıdır? Görüldüğü üzere bu, sürenin belirlenmesi ve dolayısıyla suçun oluşumu açısından yanıtlanması gereken önemli bir sorudur.

Bu maddenin gerekçesinde yasa koyucunun amacını belirten bir açıklama bulunmamaktadır; ancak yasa koyucunun gereksiz bir düzenleme yapmayacağı düşüncesinden hareketle bu soruya verilecek yanıt, söz konusu süreyle kişisel verilerin sistemde kayıtlı olmasına izin verilen sürenin kastedildiğidir. Çünkü görevliye kişisel verileri yok etmesi bir başka deyişle görevini yerine getirmesi için öngörülen süre, yasa ile verilebileceği gibi bu konuyla ilgili bir yönetmelikle de verilebilir; hatta bu konuda açık bir süre belirtilmeyip amirin bu konudaki emrinden sonra makul bir süre geçmesi beklenebilir. Buna göre yasa da belirtilen süre, kişisel verilerin sistemde kayıtlı olmasına izin verilen süredir. Bu sürenin dolmasından sonra veriler silinmiyorsa söz konusu ihmali hareket suçun eylem unsurunu oluşturmaktadır<sup>101</sup>. Örneğin Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik’in” kişisel sağlık verilerinin silinmesi başlıklı 9. maddesinin 3. fıkrasında “*Merkezi sağlık veri sistemine aktarılan veriler, aktarımın yapıldığı tarihten 10 yıl sonra yerel veri tabanından silinebilir.*” denilmek suretiyle bu süre açıkça belirtilmiştir. Buna göre anılan sürenin geçmesine rağmen sağlık verilerinin silinmemesi halinde, kişisel sağlık verilerini silmek yetkili olan görevliler ihmal suretiyle bu suçu işlemiş olurlar.

Bu konuda yanıtlanması gereken bir diğer soru ise suç tanımında geçen “*kanun*” sözcüğünden neyin anlaşılması gerektiğidir. Bunun dar yorumlanarak yalnızca teknik anlamda TBMM tarafından çıkarılan “*yasa*” niteliğindeki hukuk normlarının anlaşılması halinde suç tipinin uygulama alanı gereksiz yere oldukça daraltılmış olur. Dolayısıyla bu sözcükten tüzük, yönetmelik, yönerge gibi genel düzenleyici işlem niteliğindeki yazılı hukuk normları da anlaşılmalıdır<sup>102</sup>. Ancak suçta kanunilik ilkesi ve genişletici yorum yasağı gereğince gelebilecek eleştirilere maruz kalmamak için maddenin yazılı hukuk kuralları olarak değiştirilmesi daha uygun bir çözüm olacaktır<sup>103</sup>.

TCK’nın 138. maddesinde düzenlenen verileri yok etmeme suçu, failin görevinin gereği olan işlemi, yani verilerin sistemden yok edilmesi işlemi yapma-

101 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 721, 722.

102 Karagülmez, s. 469.

103 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 722.

masıyla işlenebilir. Verilerin yok edilmesinin nasıl gerçekleştirileceği ise söz konusu görevin verildiği yasa ya da yönetmelikte gösterilmelidir. Çünkü verilerin sistemden yok edilmesi çok çeşitli şekillerde olabilir. Örneğin veriler yazılı halde bulunuyorsa yakmak suretiyle ya da veriler bir bilişim sisteminde sanal veri olarak bulunuyorsa bunların silinmesi ya da verilerin üzerinde bulunduğu taşınabilir bellek, cd ya da sabit diskin kırılması suretiyle verilerin yok edilmesi görevi yerine getirilebilir<sup>104</sup>. Nitekim 6698 sayılı KVKK'da da bu açıklamalarıma paralel bir düzenleme yapılmıştır. Yasanın “*Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi*” başlıklı 7. maddesinde kişisel verilerin silinmesi genel olarak tanımlandıktan sonra verilerin nasıl silineceği yönetmeliklere bırakılmıştır. Buna göre: “(1) *Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. (2) Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır. (3) Kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir*”.

Verileri yok etmeme suçu ihmali hareketle gerçekleştirilir. Yasaların belirlendiği süre sonunda, eğer bu yasalarda verilerin yok edilmesi için belirli bir süre öngörülmüşse bu süre içinde, eğer böyle bir süre öngörülmemişse işin niteliğine göre makul bir süre içerisinde verileri yok etme eyleminin gerçekleştirilmesi gerekir. Bu sürelerin geçmesine rağmen hala verilerin yok edilmemesi durumunda ise suç gerçekleşmiş olur. Bunun dışında verileri yok etmekle görevli kişinin açıkça bu işlemi gerçekleştirmeyeceğini söylemesi ya da bunun bir emirle kendisine bildirilmesine rağmen amirinin emrini yerine getirmeyeceğini ifade etmesi halinde de bu sürelerin geçmesine gerek olmaksızın suç gerçekleşmiş olacaktır<sup>105</sup>.

Ancak suçun gerçekleşmesi için mutlaka bir hukuk normunda verilerin kayıtlı tutulacağı sürelerin ve bu sürenin sonunda verinin yok edilmesi gerektiğinin açık ve anlaşılabilir bir biçimde düzenlenmiş olması gerekir. Yazılı hukuk normunda verinin sınırlı süreyle kayıtlı tutulacağı belirlenmesi ve sürenin bitiminin belirgin olması yeterli ve gereklidir. Böyle bir süre ve kişisel verinin yok edilmesini emreden bir düzenlemenin bulunmaması halinde TCK'nın 138. maddedeki suçun işlerlik kazanması mümkün değildir. Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 37. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*135'inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hakim onayı-*

104 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 722.

105 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 722.

nın alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durumda, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir” düzenlemesinde elde edilen bilgilerin yok edilmesi için belirli bir süre öngörülmüştür. Elde edilen bu bilgilerin içinde kişisel verilerin yer alması ve diğer şartların gerçekleşmesi neticesinde öngörülen sürenin sonunda bu verilerin yok edilmemesi halinde 138. madde tanımlı olan suç gerçekleşmiş olur<sup>106</sup>.

Verileri yok etmeme suçu açısından ayrıca bir netice aranmaz. Söz konusu ihmali hareketin yapılmasıyla suç gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla bu suç, zarar suçu olmadığı gibi soyut tehlike suçudur.

#### **iv. 6698 sayılı KVKK m.17/2’de Düzenlenen Kişisel Verilerin Silinmemesi veya Anonim Hale Getirilmemesi Suçu Açısından**

6698 sayılı KVKK’nın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince “*Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır*”. Yasanın 7. maddesinde ise yukarıda da belirttiğimiz üzere kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesinden veri sorumlusunun yükümlü olduğu belirtilmektedir. Veri sorumlusunun niteliği ise Yasanın 3. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde düzenlenmiştir. Buna göre suç tipi anılan maddeler ve atıflar birlikte okunduğunda şu tipi şu şekilde olmalıdır:

*“6698 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebepleri ortadan kalkan kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmemesi, yok edilmemesi veya anonim hâle getirilmemesi halinde veri sorumlusu gerçek kişi ise bu kişiye, tüzel kişi ise yetkili ve görevli organ ve/veya temsilcilerine bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.”*

Öncelikle ifade etmeliyim ki bu suç, TCK m.138’de düzenlenen suça benzer ancak farklı bir suç tipidir. Eğer yasa koyucu 6698 sayılı Yasanın 7. maddesine aykırılık halinde suçun tüm unsurları ile birlikte 138. maddenin uygulanmasını isteseydi “*5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesi uygulanır*” ifadesini kullanırdı. Oysa yasa koyucu bunu yapmamış, 6698 sayılı KVKK’nın 17/2, 7 ve 3. maddelerinin birlikte uygulanmasıyla farklı bir suç tipi oluşturmuş ve “*5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır*” ifadesini kullanmak suretiyle yalnızca yaptırım açısından TCK’nın 138. maddesinin uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin bu şekilde anlaşılması ve buna göre yorum yapılması gerektiği düşüncesindeyim.

106 Karagülmez, s. 469, 470.

Eylem unsuru açısından bu suç, ihmali hareketle işlenir ve seçimlik hareketlidir. Seçimlik hareketler *yok etmemek, silmemek* ve *anonim hale getirmemektir*. Bunlardan yok etmemenin ve silmemenin nasıl gerçekleştirileceği 6698 sayılı Yasada tanımlanmamıştır. Yok etmemek hareketi TCK'nın 138. maddesinde de suçu oluşturan hareket olarak tanımlandığı ve bu suçtakiyle aynı anlamda kullanıldığı için anılan maddeye ilişkin yapmış olduğum açıklamalara atıfta bulunuyorum.

Silmek sözcüğü bilişim terimi olarak *“bir ya da birden çok bellek yerinin genellikle sıfır ya da boşluk damgası ile gösterilen, belirli bir duruma getirilmesi”* olarak tanımlanır. Yani ilgili verinin, verilerin nerede tutulduğunu gösteren fihristten / aktif dizinden (active directory) bağlantısının kaldırılması ya da verinin üzerine bir başka verinin yazılması kısacası erişilmek istenilen veriye erişim olanığının ortadan kaldırılması (veri kurtarma yöntemlerine başvurmaksızın erişilebilirliğin kaldırılması) halinde silme hareketi gerçekleşir. İşte failin bu hareketi, bunu yapmaya yönelik bir yükümlülüğünü bulunmasına rağmen yapmaması halinde silmemek hareketi meydana gelir.

Anonimleştirmek ise 6698 sayılı KVKK'nın 3. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde tanımlanır. Buna göre anonim hâle getirme, *“kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi”*dir. Dolayısıyla bu işlemi yapmakla yükümlü olan kişinin, kişisel verileri gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirmemesi halinde bu hareket söz konusu olur. Anonimleştirme halinde elde kalan istatistiki bilgidir; bu bilginin tıbbi, finansal ya da kriminolojik çalışmalarda kullanılması mümkündür ve suç oluşturmaz, zira belli bir kişiyi göstermez.

Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi yükümlülüğü genel olarak 6698 sayılı KVKK'nın 7. maddesiyle veri sorumlusu gerçek ve tüzel kişilere getirilmiştir. Kanunumuzun kabul ettiği suç teorisine göre tüzel kişiler suçun faili olamayacağına göre veri sorumlusu tüzel kişiler açısından bu işlemde kimin ya da kimlerin sorumlu olduğunun açıkça belirlenmesi gerekir. TCK'nın 138. maddesi açısından yapmış olduğum açıklamalar bu madde için de geçerlidir. KVKK'nın 7. maddesinin 1. fıkrasına göre kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş ancak işlenmesini gerektiren sebepler ortadan kalkmış kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinmeli, yok edilmeli veya anonim hâle getirilmelidir. Aynı maddenin 2. fıkrasıyla bu hususlara ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu düzenlenmiştir. 3. fıkrada ise kişisel verilerin silinmesinin, yok edilmesinin veya anonim hâle getirilmesinin yönteminin çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceği belirtilmiştir.



tir. Dolayısıyla bu suçun oluşması için ihlal edilmesi gerekli olan yükümlülük KVKK'nın 7. maddesi ve ilgili yönetmeliklerle belirlenecektir.

#### (4). Suçların Nitelikli Halleri

TCK'nın 135. maddenin 2. fıkrasında suçun “nitelikli kişisel veriler” hakkında işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku isimli kitabımın 6698 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce yapılan tüm basılarında bu konuyu eleştiri konusu yapmıştım<sup>107</sup>. Nihayet Avrupa Siber Suç Sözleşmesine uyumluluk için TCK'da ve CMK'da yapılması gereken düzenlemeler için Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından oluşturulan ve benim de yer alarak bu madde ve diğer başka maddelere ilişkin düşüncelerimi paylaştığım bir komisyon tarafından hazırlanan metin üzerine, 6698 sayılı Yasanın 30. maddesiyle TCK'da çeşitli değişiklikler yapılarak bu ve benzeri hatalı hükümler değiştirilmiş ve olması gereken bazı hükümler eklenmiştir.

6698 sayılı Yasanın 30. maddesiyle TCK'nın 135. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, söz konusu fıkra “*kişisel verinin, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin olması durumunda birinci fıkra uyarınca verilecek ceza yarı oranında artırılır*” haline getirilmiştir. Böylelikle hüküm olması gerektiği hale getirilmiş ve 6689 sayılı Yasanın 3. Maddesinde özel nitelikli kişisel veriler olarak tanımlanan kişisel verilere karşı hukuka aykırı kaydetme suçunun işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Anılan kişisel verilerin niteliği gereği bunlara karşı işlenen suçun haksızlık içeriğinin daha fazla olması nedeniyle suçun cezasının artırılması yoluna gidilmiştir.

Bu fıkrada yer alan konulardan örneğin sağlık durumu bilgisi, bir kişiye yönelik olarak değil “*x bölgesinde ... hastahçı yaygındır*” şeklinde anonim veri olarak kaydedilmişse yani istatistikî bir bilgi niteliğinde ise bu fıkraya göre suç oluşmaz. Çünkü bu durumda bilgi, kişisel veri niteliğinde kayıt edilmemiştir<sup>108</sup>.

107 “Meclis alt komisyonu tarafından kabul edilen ceza yasası tasarısında bu nitelikli kişisel verilerin suçun konusunu oluşturması hali cezanın artırılmasına neden olan nitelikli hal olarak öngörülmüştü. Ancak Adalet Komisyonu tarafından genel kurula gönderilen ve genel kurulda kabul edilerek yasalanan metinde nitelikli kişisel verilerin suçun konusunu oluşturması hali cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmemiştir. Bu durumda söz konusu verileri ayrıca belirtmenin de yasa yapma tekniği açısından bir anlamı kalmamıştır. Oysaki alt komisyonunda kabul edilen metinde olduğu gibi bu verilerin suçun konusunu oluşturması halinin cezayı artıran nitelikli hal olarak öngörülmesi daha yerinde bir düzenleme olacaktır”. Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 681, 682.

108 Karagülmez, s. 447.

TCK'nın 137. maddesinde “nitelikli haller” başlığı altında özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bölümünde yer alan suçlar için failin sıfatından kaynaklanan cezayı artırıcı nitelikli haller öngörülmüştür. 137. maddenin “a” bendine göre 135. ve 136. maddelerde düzenlenen suçların bir kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenmesi halinde failin cezası artırılarak verilecektir. TCK açısından kamu görevlisinin tanımı 6. maddenin “c” bendinde verilmiştir. Buna göre “*kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli ya da geçici olarak katılan kişi*” anlaşılacaktır. Bu bağlamda örneğin sağlık personeli açısından hemen bütün olaylarda bu nitelikli halin gerçekleşmesi söz konusu olabilecektir<sup>109</sup>. Benzer şekilde yaptığı görevinin niteliği gereği bazı durumlarda ceza hukuku açısından kamu görevlisi sayılan avukatın, görevi gereği bulundurduğu ve/veya işlediği bir kişisel veriyi veri sahibinin açık rızası olmadan veya kanunların kendisine verdiği yetkinin dışında açıklaması ya da üçüncü bir kişiye vermesi halinde suçun nitelikli hali oluşur.

137. maddenin “b” bendine göre ise belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle bu suçun işlenmesi halinde faile cezası yine artırılarak verilir. Burada geçen “belli bir meslek ve sanat” kavramından kişisel veri kaydeden, işleyen ve aktaran her türlü iş kolu anlaşılabilir; bunun içine özellikle sağlık/medikal, finans, sigorta, perakende, her sektörün insan kaynakları ve bilişim sektörü girebilir. Buna göre söz konusu nitelikli hallerden herhangi birisinin gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında artırılır. Yukarıdaki örnekten devam edersek, avukatın kamu görevlisi sıfatıyla hareket etmediği bir esnada, örneğin hukuki bir konu ile ilgili kitap ya da makale yazarken, avukat olmasının sağladığı kolaylıkla görev üstlendiği davalardaki kişilerin kişisel verilerini bu çalışmaya alması halinde bu nitelikli hali oluşur.

TCK'nın 138. maddesine 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Yasanın 5. maddesiyle eklenen ikinci fıkra ile “*Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır*” hükmü getirilmiştir. Böylelikle verilerin yok edilmemesi suçu için cezayı artıran nitelikli bir hal öngörülmüştür. Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 137. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*135'inci maddeye göre verilen kararın uygulanması sırasında şüpheli hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi ya da aynı maddenin birinci fıkrasına göre hakim onayının alınmaması halinde, bunun uygulanmasına Cumhuriyet savcısı tarafından derhal son verilir. Bu durum-*

109 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 131.

da, yapılan tespit veya dinlemeye ilişkin kayıtlar Cumhuriyet savcısının denetimi altında en geç on gün içinde yok edilerek, durum bir tutanakla tespit edilir” düzenlemesinde elde edilen bilgilerin yok edilmesi için belirli bir süre öngörülmüştür. Elde edilen bu bilgilerin içinde kişisel verilerin yer alması ve diğer şartların gerçekleşmesi neticesinde öngörülen sürenin sonunda bu verilerin yok edilmemesi halinde 138. maddede tanımlı olan suç gerçekleşmiş olur<sup>110</sup> ve söz konusu nitelikli hal gereğince suçun cezası artırılarak verilir. Bu düzenlemeyi olumlu bulduğumu ve soruşturma makamlarını görevlerini ihmal etmemeleri ve/veya kötüye kullanmamaları noktasında dikkatli davranmaya yönelteceğimde etkili olacağımı düşündüğümü ifade etmeliyim.

Suçun nitelikli halleri açısından karşımıza çıkan bir diğer soru, 6698 sayılı KVKK’nın 17. maddesinin 2. fıkrası gereğince “*Bu Kanunun 7 nci maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler 5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır*” hükmünün, 138. maddenin 2. fıkrasında yer alan suçun nitelikli halini kapsayıp kapsamadığıdır. Hükümde cezalandırma için fıkra ayrımı yapılmaksızın 138. maddenin uygulanacağı ifade edilmesi ve suçun nitelikli halinin de cezalandırmaya ilişkin bir hüküm olması nedeniyle teorik olarak KVKK’nın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan suç açısından 138. maddenin 2. fıkrasının uygulanabileceğini düşünüyorum. Ancak uygulamada soruşturma makamı olan savcılık ve onun yardımcıları olan kolluk güçleri ile kovuşturma makamı olan mahkemeler ve hakimlikler kişisel veri kaydetme vb. işlemleri özellikle CMK ve diğer yasalardan aldıkları yetki uyarınca gerçekleştirirler. Bu şekilde soruşturma veya kovuşturma amacıyla kişisel veri kaydedilmesi ya da işlenmesi ise 6698 sayılı Yasanın 28. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendi uyarınca 6698 sayılı Yasanın uygulama kapsamı açısından istisna tutulmuştur. Dolayısıyla TCK’nın 138/2. maddesinde belirtilen kişisel veriler 6698 sayılı Yasanın istisnasını oluştururlar. O halde hukuka uygun olarak soruşturma veya kovuşturma için kişisel veri kaydeden ya da işleyen makamların, bunların yok edilmesi için öngörülen süre geçmesine rağmen bunu yapmamaları halinde bunlar hakkında 6698 sayılı Yasanın 17. maddesinin 2. fıkrasının atfıyla TCK’nın 138. maddesinin 2. fıkrası değil, gerçekleştirdikleri ihmali hareket sadece TCK’nın 138. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiği için bunun nitelikli hali olan 138. maddenin 2. fıkrası doğrudan uygulanmalıdır. Bu durum sonuç cezaı etkilememekle beraber, hükümlerin doğru belirlenmesi ve hukuka uygunluğun sağlanması için gereklidir; dolayısıyla böyle bir durum söz konusu olduğunda davanın bu maddeden açılması ve ispat gerçekleşirse hükmün de bu maddeden kurulması gerekir.

110 Karagülmez, s. 470.

## b. Suçların Manevi Unsurları

İnceleme konusu dört suçun da manevi unsurunu kast oluşturur. TCK'da ya da KVKK'da manevi unsur açısından başkaca bir özellik aranmamıştır. Suçların işlenmesi için kast aranması ve bu konuda başka bir özellik belirtilmemesi nedeniyle bu suçların taksirle işlenmesi mümkün değildir<sup>111</sup>.

## 4. Hukuka Aykırılık Unsurları

### a. TCK'nın 135. ve 136/1 Maddelerindeki “Hukuka Aykırı Olarak” İfadesinin Hukuki Niteliği

Öğretide benim de katıldığım azınlıkta olan görüşe göre, bazen suç tipinde bu ve buna benzer kavramların, hukuka uygunluk nedenin yokluğuna işaret etmek üzere, gereksiz kullanıldığı, burada yasa koyucunun, yargıcı, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusu üzerinde hassasiyetle durması konusunda uyardığı ancak bu tür bir hukuka aykırılığın failin kastının kapsamında olmasının da gerekmediği, dolayısıyla bunun suç tanımına ait olmadığı ifade edilmektedir. Nitekim TCK'nın 135. ve 136/1 maddelerindeki suçlarda “*hukuka aykırı olarak*” ifadesi bu anlamda kullanılmıştır<sup>112</sup>. Dolayısıyla benim kabul ettiğim görüşe göre suç tanımında yer alan bu ifadenin özel bir anlamı olmayıp, bunlar suç tipine dahil değildir. Gerçekten de uygulamada, böyle bir ifadenin yer aldığı suç tipine ilişkin herhangi bir yargılamada, pek çok ispat zorluğunun yanında iddia makamına ve yargıca bir de failin hukuka aykırı olarak hareket ettiğinin özellikle ispatlanması külfetinin yüklenmesi söz konusu yargılamaları kilitleyecektir. Nitekim bu tür suçlara ilişkin yargılamada hiçbir zaman failin özellikle hukuka aykırı olarak hareket ettiğinin ispatlanmasına ilişkin bir çalışma yapılmamakta, bu tür bir ifadeyi içermeyen diğer suçlarda olduğu gibi, hukuka aykırılık bir karine olarak kabul edilmekte, bir hukuka uygunluk sebebinin varlığının söz konusu olması halinde ise bu durum araştırılmaktadır. Zira tipiklik hukuka aykırılığın karinesidir, tipik eylem gerçekleşmişse, hukuka aykırılığın da gerçekleşmiş olduğu kabul edilir, bunun ayrıca ispatına gerek yoktur. Bunun aksine bir hukuka uygunluk nedeni varsa (ki bu da kasta dahildir) söz konusu hukuka uygunluk nedeninin kendine özgü şartları ve failin bunu bilerek hareketini gerçekleştirdiği ispat edilmelidir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği 135. maddenin 2. fıkrasında nitelikli kişisel veriler ayrıca düzenlenirken “*kişilerin siyasi, felsefi veya dinsel görüşlerine ve ırksal kökenlerine*” ilişkin verilerin kaydedilmesi eylemi açısından failin yaptığı eylemin hukuka aykırı olduğunu bilmesi hali ayrıca aran-

111 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 681; Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 129; Yokuş Sevük, s. 801.

112 Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.241.

mamıştır. Düzenlemenin bu şekli dahi 1. fıkrada kullanılan “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinin gereksiz yere kullanıldığını gösterir. Ancak diğer görüşü savunan yazarlar, 2. fıkrada yasa koyucunun failin hukuka aykırılık bilinciyle hareket edip etmediğinin araştırılmasını gereksiz bulduğunu, failin bu durumda hukuka aykırı olarak hareket ettiğini kabul ettiğini; buna göre failin hareketinin bitmesiyle suçun gerçekleşmiş olacağını ve artık yargılama esnasında failin hukuka aykırı bir eylem yaptığını bilerek hareket ettiğinin ayrıca ispat edilmesinin gerekmediğini ifade etmektedirler<sup>113</sup>. Yukarıda da belirttiğim üzere ben bu görüşe katılmıyorum.

## **b. Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu Açısından**

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda mağdurun rızası ya da yasayla verilen yetki eylemi hukuka uygun hale getirir. Kişinin, verinin sahibi ya da ilgilisi tarafından verilen bir izne dayanarak verileri kaydetmesi ya da verileri kaydetmekle görevli bir kişinin yasadan aldığı yetkiye dayanarak aynı eylemi gerçekleştirmesi durumunda suç oluşmaz.

### **(1). Mağdurun Rızası**

#### **i. Rızanın Bulunması Gereken An ve Şekli**

Mağdurun rızasına dayanan hukuka uygunluk sebebinde rızanın suçun işlendiği anda mevcut bulunması gerekir; ayrıca bu rızanın açık ya da zımni şekilde verilmesi özellik arz etmez, her iki şekilde verilen rıza da geçerlidir. Kişinin banka görevlisinin uzattığı “müşteri hakkında bilgi edinme formunu” doldurması halinde izin verilmiş kabul edilmelidir. Ancak 6698 sayılı Yasa ile bu yasanın kapsamında işlenen kişisel veriler için –istisnalar dışında– veri ilgisinin açık rızası arandığı ve yasanın 17. maddesiyle kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK’nın 135-140. maddelerinin uygulanacağı belirtildiği için; 6698 sayılı Yasanın uygulamasına giren kişisel veriler için, yine bu yasayla açık rızanın aranmasının gerekmediği istisnai haller dışında, verinin işlenmesi (kaydedilmesi, kopyalanması, aktarılması vs.) veri ilgisinin açık rızası gerekir. Dolayısıyla 135 ve 136. maddelere göre hukuka uygunluk nedeninin varlığının tespiti bakımından bu sınırlamalar dahilinde açık rızanın var olup olmadığı her somut olay açısından değerlendirilmelidir. 6698 sayılı Yasaya tabi olmayan ya da istisnalara tabi olan kişisel veriler açısından ise zımni rıza geçerli olacaktır.

#### **ii. Kişisel Verinin Veri İlgilisi Tarafından Alenileştirilmiş Olması**

Kişisel veriler, kişinin üzerinde mutlak surette üzerinde tasarruf edebileceği haklardandır<sup>114</sup>. Ben, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku isimli ki-

113 Benzer görüşte: Karagülmez, s. 448.

114 Karagülmez, s. 448.

tabımda, kişinin kendisiyle ilgili kişisel verileri internet ortamında ve herkesin ayrıca izin almaya gerek kalmaksızın verileri kopyalayabildiği bir web sayfasına koyması durumunda, bu verilerin başkalarına alınıp kaydedilmesinin suç oluşturup oluşturmayacağı tartışılmalı olduğunu; öğretilerde farklı görüş olarak Karagülmez'in, kişisel verilerin bu nitelikteki bir mecrada internet ortamında paylaşan kişinin, bunun başkalarına kaydedilmesine de rıza göstermiş olduğunu ifade ettiğini<sup>115</sup>; bu görüşe katılmadığımı zira kişisel verinin, sosyal medyada paylaşılmış olması, bunun herkes tarafından kullanılabilmesi anlamına gelmediğini; kamuya mal olmuş kişiler bunun istisnasını oluşturmakla birlikte, bu kişiler açısından bile özel hayatlarının gizli alanını ilgilendiren veriler açısından bu istisnanın geçerli olmadığını; buna göre sosyal medyada yayınlanmış da olsa, kişisel verinin üçüncü bir kişi tarafından, verinin ilgisinin açık rızası olmaksızın kullanılması halinde bunun suç oluşturacağını belirtmiş ve bu suçun işlendiği iddiasıyla açılan bir davada bilirkişi olarak görevlendirilmem üzerine vermiş olduğum raporu da alıntılararak bu konudaki görüşlerimi açıklamıştım<sup>116</sup>. Nitekim Yargıtay'ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır:

*“Oluşa ve dosya kapsamına göre; mankenlik mesleğini icra etmesi ve 2009 yılında yapılan bir güzellik yarışmasında ikinci olmasından dolayı kamuoyu tarafından tanınan, özellikle magazin basını tarafından zaman zaman haberleri yapılan katılan Senem ile onunla aynı mesleği icra eden tanık Ebru'nun, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde birbirlerini arkadaş olarak ekledikleri, tanık Ebru'nun, üniversite öğrencisi olan sanık Serap ile aynı evi paylaştığı 2009 yılı Haziran ayında, facebook oturumunu açık bırakmasından faydalanan sanık Serap'ın, tanık Ebru'dan habersiz, onun arkadaş listesinde yer alan katılan Senem'in sayfasına girip, katılana ait 20 adet fotoğrafı, kendi elektronik posta hesabına gönderdikten sonra, aynı sitede, katılan adına ve onun bilgisi dışında oluşturduğu sahte profile, ele geçirdiği katılana ait fotoğrafları koymak suretiyle verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu işlediği iddia ve kabulüne konu olayda, Katılanın rızasına aykırı olarak ele geçirdiği fotoğraflarını, onun isim ve soy ismiyle birlikte, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde, hukuka aykırı olarak yayan samînin eyleminin verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, temyiz itirazlarının reddine”<sup>117</sup>.*

Yukarıda kamuya mal olmuş kişisel verilerin suçun konusunu oluşturup

115 Karagülmez, s. 449.

116 Bkz: Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 684-695.

117 12. CD. 17.2.2014, E. 2013/7765, K. 2014/3758.

oluşturmayacağı hususunda buna ilişkin görüşlerimi belirtmiştim. 6698 sayılı KVKK'nın istisnaların yer aldığı 28. maddesinde “*Bu Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10 uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11 inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16 ncı maddeleri*”nin “*İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi*” halinde uygulanmayacağı belirtilmektedir. Nitekim 6698 sayılı KVKK yürürlüğe girmeden önce de Yargıtay'ın görüşü ve uygulaması bu yönde idi:

*“Sanığın, katılanın, internette facebook hesabındaki herkese açık profil resmini kopyalayarak rıza olmaksızın kendi facebook hesabına koyduğu olayda; resmin ele geçirilemediği ve içeriğinin belirlenemediği gözetildiğinde, sanki tarafından, katılanın sürekli takip, denetim ve gözetim altına alınması sonucu elde edilmiş özel hayatın gizliliğini ihlale yol açacak bir görüntü bulunmadığı gibi; katılanın, facebooktaki profil resmi, katılanın başkalarınınca görülmesi ve bilinmesini istemediği, hukuk tarafından gizliliği ve korunması temel bir şahsiyet hakkı kabul edilmiş özel yaşam alanına ilişkin görüntü olarak değerlendirilmeyeceğinden, atılı suçun yasal unsurları itibariyle oluşmadığı; TCK'nın 136. maddesindeki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu yönünden değerlendirme yapıldığında, katılanın facebook hesabındaki resmi kişisel veri kapsamında kabul edilebilir ise de; sanığın, resmi, katılanın internette facebook hesabındaki herkese açık profil resminden elde etmesi ve katılana ait başkaca bir kişisel bilgiye yer vermeden kendi facebook hesabına koyması nedeniyle hukuka aykırı olarak ele geçirme ve yaymadan da söz edilemeyeceğinden, bu suçun da unsurlarının oluşmayacağı anlaşılmalı; beraati yerine yazılı düşüncelerle mahkumiyetine karar verilmesi, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>118</sup>.*

*“Oluşa ve dosya kapsamına göre, bir avukatlık bürosunda takip elemanı olarak çalışan sanığın, avukat olan katılanın facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde yer alan resmini, onun sayfasından temin edip, aynı sitede, bir ön ad ile beraber katılanın adı ve soyadını taşıyan sahte hesap bir açarak, bu hesap üzerinden, ele geçirdiği katılana ait resmi, onun bilgisi ve rızası dışında yayımladığı olayda; Katılanın resmini, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde, hukuka aykırı olarak yayan sanığın eyleminin, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik görülmediğinden, Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve*

118 12. CD. 13.10.2014, E. 2014/4081, K. 2014/19490.

*takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın, bir nedene dayanmayan diğer temyiz itirazlarının reddine*<sup>119</sup>.

Buna göre kamusal alanda paylaşılan kişisel verilere ilişkin ayırım yapmak gerekir. 6689 sayılı Yasanın yukarıda anılan hükmünde belirtilen ve istisnai nitelikte bir durumun bulunması halinde söz konusu alenileşmiş kişisel veri suçun konusunu oluşturmaz. Ancak alenileşmiş de olsa istisna kapsamına girmeyen veya yasanın amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmayan<sup>120</sup> bir kişisel verinin işlenmesi halinde (örneğin alenileşmiş bir resmin arkadaş bulma ya da pornografi sitesinde kullanılması gibi), bu veri kişisel verilerin korunmasına ilişkin suçların konusunu oluşturmaya devam eder. Dolayısıyla kişinin kendisinin paylaştığı olmasına rağmen, kişinin rızasının açıkça olmadığı ya da rızasının olmadığı anlaşıldığı, kişisel verinin paylaşılması amacına aykırı bir biçimde işlenmesi halinde suçun olduğu kabul edilmelidir. Nitekim benzer bir olayda bir genç kızın kendi sitesinde yayınladığı resimler, çocuk yaştaki arkadaşları tarafından resimlerin üzerine kızın ağzından yazılmış baloncuklar eklenerek bir başka sitede kamuya açık şekilde yayınlanmıştır. Yargıtay bu durumda kişisel verinin hala koruma altında olduğunu gösteren örnek bir karar vermiştir:

*“İncelenen dosya kapsamına göre; suça sürüklenen çocukların katılan mağdure Seren’in “facebook” adlı sosyal paylaşım sitesindeki hesabında bulunan fotoğraflarını kullanarak, aynı sitede “Serenözipek\_efkandemirbolatsekskardeşliği” adında başka bir sayfa oluşturdukları, bu sayfada mağdurenin çeşitli yerlerde çekilmiş fotoğraflarını yayınlayarak fotoğrafların içerisine konuşma baloncukları yerleştirip mağdurenin ağzından, kendisi konuşuyormuş gibi, mağdurenin şeref ve saygınlığına zarar verecek nitelikte müstehcen içerikte sözler yazmak suretiyle hakarete buldukları iddiasıyla açılan davada, yapılan yargılama sonucunda, hakaret suçu sabit görülerek suça sürüklenen çocuklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, TCK’nın 135 ve 136. maddelerinden açılan davada ise suça sürüklenen çocukların beraatine karar verilmiş ise de, katılan mağdurenin kendi hesabında yer alan resimlerini isim ve soy ismi anlaşılacak şekilde herkesin paylaşımına sunan suça sürüklenen çocukların eyleminin, TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yasal olmayan ve dosya kapsamına uygun düşmeyen gerekçelerle suça sürüklenen çocukların beraatlerine karar verilmesi kanuna aykırı, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>121</sup>.*

119 12. CD. 23.6.2014, E. 2013/27402, K. 2014/15379.

120 6698 sayılı KVKK’nın 4. maddesinde tanımlanan kişisel verilerin işlenmesinin genel ilkelerinin teori alt yapısı hakkında açıklamalar için bkz: Ayözger, s. 124 vd.

121 12. CD. 10.2.2014, E. 2013/10707, K. 2014/.



### iii. 6698 sayılı KVKK'ya Uyarınca Kişisel Verilerin İşlenmesi İçin Açık Rıza Aranmayan Haller

TCK'nın 135. maddesinde yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi ve 136. maddesinde yer alan başkasına verme, yayma veya ele geçirme hareketleri 6698 sayılı KVKK'nın 3/1/e maddesinde "kişisel verilerin işlenmesi" olarak tanımlanmıştır<sup>122</sup>. Aynı yasanın "genel ilkeler" başlıklı 4. maddesinde "Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir." denildikten sonra "kişisel verilerin işlenme şartları" başlıklı 5/1. maddesinde kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemeyeceği düzenlenmiştir. Şu şartlardan en azından birinin varlığı hâlinde ise ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkün olacaktır: a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi. b) Fıili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması. c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması. ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması. d) İlgili kişinin kendisi tarafından aletleştirilmiş olması. e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması. f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması. İşte bu durumların her biri TCK'nın 135 ve 136. maddeleri için de hukuka uygunluk nedeni oluşturur.

### iv. 6698 sayılı KVKK'ya Uyarınca Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi İçin Açık Rıza Aranmayan Haller

6698 sayılı KVKK'nın 6/1. maddesinde özel nitelikli kişisel verilerin neler olduğu belirtildikten sonra<sup>123</sup>, bunların işlenme şartları 6/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. 6/3. maddeye göre birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler dışındakiler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilirler. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel

122 "e) Kişisel verilerin işlenmesi: Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi, ...".

123 Madde 6/1 "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir".

veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilirler. 6/4. maddesi gereğince özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca kişisel Verilerin Korunması Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınmasının şart olduğu belirtilmiştir. Makalenin yazımı aşamasında bu kurulun üyeleri henüz yeni atanmıştı ve kurul faaliyetine başlamamıştı. Dolayısıyla kurulun hali hazırda almış olduğu bir karar da bulunmamaktadır. Ancak kurul faaliyete başlayıp da kişisel verilerin korunmasına ilişkin kararlar aldığı anda, yapılan veri işleme hareketlerinin hukuka uygun olması için söz konusu kurul kararlarına da uyulması gerekecektir. Aksi takdirde kişisel veri işleme hukuka aykırı olacak ve suç oluşturacaktır.

## (2). Yasanın Verdiği Yetkiye Dayanılması

Yasanın verdiği yetkiye dayanılarak kişisel verilerin kaydedilmesi diğer bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu durum TCK'nın 135. maddesinin gerekçesinde ve 6698 sayılı Yasanın 5. maddesinde belirtilmiştir.

### i. CMK Uyarınca Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma Tedbirinin Uygulanması

Bu bağlamda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*" kenar başlıklı 134. maddesinin 3. fıkrasındaki "*bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır*" hükmü gereğince, bunların içinde kişisel veriler de yer alabilir. Ancak bu durumda yasadan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olduğu için 135 ve 136. maddelerdeki suçlar oluşmaz<sup>124</sup>. Nitekim yukarıda da belirttiğim üzere kişisel verilerin soruşturma ve kovuşturma (özel hukuk açısından yargılama) ve infaz makamları tarafından işlenmesi KVKK'nın 28/1/d maddesi gereğince yasanın istisnasını oluşturur. Yani anılan makamlar tarafından kişisel verilerin görev gereği ve ilgili mevzuatın sınırlı içinde işlenmesi bir hukuka uygunluk nedenidir.

### ii. Devletin İstihbarat Faaliyetleri Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi

Bu maddenin uygulaması açısından tartışılması gereken bir başka durum da 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu çerçevesinde faaliyetlerini yürüten MİT'in bu yasanın 4. maddesine göre ifa ettiği

124 Dülger, *Bilişim Suçları*, s.695, 696; Karagülmez, s. 451.

görevleri esnasında kişisel verileri kaydetmesinin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmadığıdır. Kişisel verilerin işlenmesi, MİT'in kuruluş yasasının 4. maddesinde sayılan görevleri arasında sayılabilir. Devlet adına istihbarat toplamak ve bunu değerlendirmekle görevli bir kurum olan MİT'in söz konusu 4. maddede belirtilen görevleri çerçevesinde ve bu görevleri yerine getirmek amacıyla kişisel verileri kaydetmesi tartışmasız olarak TCK'nın 135. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu açısından bir hukuka uygunluk nedeni oluşturur ve MİT mensuplarının buna ilişkin çalışmaları nedeniyle gerçekleştirdikleri eylemler suç olarak değerlendirilmez<sup>125</sup>. Nitekim 6698 sayılı Yasanın 28/1/ç maddesiyle “*Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi*” istisna olarak düzenlenmiş, dolayısıyla istihbarat faaliyetleri açısından bir hukuka uygunluk nedeni yaratılmıştır. Ancak bunların kişinin dokunulması yasak olan yaşamın gizli alanına ilişkin olması ya da gizli alan dahil olmasa dahi toplanan bilgilerin bir dönem ülkemizde sıklıkla görüldüğü gibi basında yayınlanmak üzere verilmesi hukuka uygun olmayacak ve suç gerçekleşmiş olacaktır.

İlke olarak bu durum Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı vb. diğer kolluk güçleri açısından geçerli değildir. Çünkü MİT'in topladığı bilgiler kendi yasasında belirtilen devlet yetkililerine sunulur ve devletin politikalarına yön vermek amacıyla kullanılır. Oysa kolluk güçlerinin topladığı istihbari bilgiler operasyonel amaçlarla ve şüpheli kişiler hakkında soruşturma yürütülmesi ve ileride davada delil olarak kullanılmak amacıyla toplanır. Dolayısıyla bu kurumların CMK'daki düzenlemelere uyulmadan hakim kararı olmaksızın kişisel veri niteliğindeki bilgileri işlemesi mümkün olmamalı, bunun yapılması ilgililer açısından suç oluşturmali ve veriler hukuka aykırı delil oldukları için delil yasağı kapsamında değerlendirilip soruşturma ve kovuşturmada kullanılmamalıdır.

Uygulamada ise sadece Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinde geçen “*istihbarat faaliyetlerinde bulunur*” hükmü esas alınarak, istihbarat niteliğinde iletişimin denetlenmesi yapılmakta ve kişisel veriler kaydedilmekteydi. Ancak buna rağmen söz konusu kurumların tamamı istihbari amaçlı dinleme yapmakta ve kişisel veri niteliğindeki bu bilgileri kaydetmekteydi.

Bu alandaki hukuksal zemin ilk olarak 3.7.2005 tarih ve 5397 sayılı yasa ile oluşturulmuştur. Bu yasa ile Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine ve 10.3.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri

125 Dülger, *Bilişim Suçları*, s.696.

Kanununa eklemeler yapılmış ve 1.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası değiştirilerek maddeye bazı fıkralar eklenmiştir. Böylelikle bir soruşturma başlamadan da iletişimin denetlenmesi ve söz konusu kişisel verilerin kaydedilmesi olanağı sağlanmıştır. 6698 sayılı Yasanın yukarıda aktardığım 28/1/ç – d maddesiyle kolluk güçlerinin yaptığı bu işlemler, genel ilkelere uygun olmak şartıyla, tamamen yasal bir zemine oturtulmuştur.

Ancak bir konunun yasal bir dayanağının olması ve bu dayanağa göre işlem yapılması her halükarda bunun hukuka uygun olduğu anlamı gelmez. Bu düzenleme, kişisel veriler alanındaki uluslararası düzenlemelere ve bu alanda kabul edilen evrensel ilkelere aykırıdır, dolayısıyla hukuka da aykırıdır. Özellikle ülkemiz gibi kolluk güçlerinin hesap verme alışkanlığının olmadığı, iç ve dış deneti mekanizmalarının ya olması gerektiği gibi oluşturulmadığı ya da oluşturulanların olması gibi çalıştırılmadığı bir sistemde bu düzenleme kötüye kullanımlara son derece açıktır. Hiç ummamakla birlikte -zira bu durum mevcut iktidara göre değişen bir durum olmayıp ülkemizde her devirde her iktidar devrinde görülen genel bir anlayışın ürünüdür- bu düzenlemenin ya kaldırılmasını ya da kolluk güçlerinin bu alandaki faaliyetlerinin denetlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Nitekim Birleşik Krallık'ta (İngiltere) polisin yürüttüğü bu tür özel muhakeme tedbirleri ya da işlemler bu alana özgü oluşturulan bağımsız komisyonlar tarafından denetlenmekte ve raporlanmaktadır. Hatta bazı durumlarda bu komisyonların ön izni olmadan polis bu tür tedbirleri alamamaktadır. Komisyonun uygun bulmadığı yönetmelerle elde edilen deliller soruşturma ve kovuşturmada kullanılmamaktadır<sup>126</sup>. Demokratik ve hukukun üstünlüğünü benimsemiş bir ülkede ve siyasal sistemlerde bu tür yapılara olan ihtiyaç kaçınılmazdır.

### iii. CMK'nın 135. Maddesi Uyarınca Sinyal Bilgilerinin Değerlendirilmesi

Burada değinmek istediğim bir diğer husus ise CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi konusudur. Özel haberleşmenin gizliliği ve kişisel verilerin korunması birbiriyle sıkı bağları olan iki kavramdır. Gelişen bilişim teknolojilerine bağlı olarak verilerin izlenmesi, toplanması ve saklanması kolaylaşmış ve bu işlemlerin maliyetleri düşmüştür. Buna bağlı olarak söz konusu işlemlerin kolaylaşması, iletişimin içeriğinin dinlenmesi ve kaydedilmesi yanında, bunların sinyal bilgilerinin özellikle geçmişe doğru değerlendirilmesi ya da sinyal bilgileri kullanılarak şüphelilerin yerinin tespit edilmesi gibi yeni olanak ve tartışma noktalarının çıkmasına da neden olmuştur. Özel haberleşmenin içeriği yanında, özel iletişime ilişkin çeşitli verilerin kayde-

126 Buna ilişkin örnekler için bkz: Walden, pn. 4.46- 4.64.

dilmesi de önemli bir sorundur. Bu bağlamda iletişimin doğrudan içeriğinin yani “ne” konuşulduğunun değil, telefon aramaları ya da posta gönderim kayıtlarının, bir başka deyişle “kiminle”, “ne sıklıkla”, “ne kadar süreyle” ve “nereden” konuşulduğu bilgisinin özellikle soruşturma aşamasında son derece önemli olduğu ve birçok ceza davasında bunların delil olarak sanığın önüne koyulduğu ve ispat vasıtası olarak kullanıldığı görülmektedir. Bunun bir benzeri, özellikle bilişim suçları veya bilişim sistemleri kullanılarak işlenen suçlarda, gönderilen elektronik postalar ve ziyaret edilen web siteleri açısından söz konusu olmaktadır<sup>127</sup>.

Bu bağlamda birçok soruşturma ve kovuşturmada mahkemelerce verilen iletişimin tespiti kararlarında “kararın verildiği tarihin öncesine ilişkin” telefon işletmecileri tarafından kayıt edilen sinyal bilgilerinin istenildiği, hatta bazı soruşturma ve kovuşturmalarda ise böyle bir mahkeme kararı olmaksızın dahi söz konusu verilerin dosyaya delil olarak kolluk tarafından konulduğu görülmektedir. Öncelikle ifade etmeliyim ki söz konusu sinyal bilgileri (cep telefonu vb. her türlü elektronik ve dijital araç vb.) de kişisel veri niteliğindedir ve bunların kayıt altına alınması ancak yasa ve ilgili mevzuat ile yapılan bir düzenlemenin buna izin vermesi ile olur.

5.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı *Elektronik Haberleşme Kanununun* 6, 8, 9, 10, 11, 12 ve 60. maddelerine dayanılarak hazırlanan “*Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği*”nin 19/1/f. maddesine göre<sup>128</sup> trafik bilgileri şu biçim ve sürede muhafaza edilebilirler: “*Erişim sağlayıcı olan veya telefon hizmeti sunan işletmeci, taraflara ilişkin IP adresi, port aralığı, verilen hizmetin başlama ve bitiş zamanı, yararlanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı, kullanıcı sayısı ve abone kimlik bilgileri ile altyapısı üzerinden gerçekleşen görüşmelere ait trafik bilgilerini iki yıl süreyle; kullanıcı bilgilerini ise ilgili mevzuatta belirtilen zamanaşımı süresi boyunca muhafaza etmekle yükümlüdür*”. Buna göre sinyal bilgilerinin kayıt edilmesi ve iki yıl süreyle muhafaza edilmesi erişim sağlayıcılar ve telefon hizmeti sunan işletmeciler tarafından bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemenin başlı başına hukuka aykırı olduğu ifade etmeliyim. Söz konusu yönetmelik bu alandaki Avrupa Birliği Direktifine uyumlu olarak hazırlanmıştır<sup>129</sup>. Ancak pek çok Avrupa Birliği üyesi ülke, Veri Saklama Direktifi uyarınca yapılacak iç hukuk düzenlemesinin, işlenmiş kişisel verilerin gereğinden fazla sistemde tutulmasını gerektirdiği bunun da özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği endişesiyle iç hukuklarına almamışlardır. Benzer kaygılarla harekete eden Avrupa Adalet Divanı,

127 Küzeci, s. 98.

128 Değişik: Resmi Gazete 11.6.201, 29739.

129 *Data Retention Directive (Veri Saklama Direktifi)*, 2006/24/EC.

8.4.2014 tarihli kararı ile Veri Koruma Direktifini hükümsüz hale getirmiştir. Divan kararında, Veri Saklama Direktifinin iki temel hak olan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkını ağır şekilde ihlal ettiğini; söz konusu kişisel verilerin saklanması kamu güvenliği ve ciddi suçlarla mücadele için gerekli olduğunu fakat Veri Saklama Direktifinde bu amaçla yeterli sınırlama yapılmadığını ve kapsamının iyi belirlenemediğini belirterek, direktifin orantısız olduğu kararını vermiştir. Öte yandan veri saklamanın ve ulusal makamlara bilgi aktarımının zorunlu tutulmasının ciddi bir hak ihlali oluşturduğunu ifade etmiştir<sup>130</sup>. Dolayısıyla ülkemizde elektronik haberleşme sektöründe kişisel verilerin saklanması düzenlemesinin dayanağı olan direktif yukarıda anılan ve benim de katıldığım gerekçelerle iptal edilmiştir. Ancak ülkemizde hala yürürlüktedir ve aşağıda açıklayacağım üzere, bu yönetmeliğe dayanılarak elde edilen sinyal bilgileri yani kişisel veriler, delil olarak soruşturma ve kovuşturma aşamalarında, hatta ispat için hükmün gerekçesinde kullanılmaktadır<sup>131</sup>.

Buradan hareketle kişilerin söz konusu kişisel veri niteliğindeki verilerinin bu mevzuat dışında işlenmesi TCK m.135 ve 136. madde tanımlı suçları oluşturacağı ve ayrıca sürenin dolmasına rağmen bunların yok edilmemesi veya anonimleştirmemesi halinde ise duruma göre ya KVVK m. 17/2 ya da TCK m.138'i oluşacağı sonucuna ulaşırız.

Öte yandan kanaatimce bunun bir mahkeme kararıyla geçmişe yönelik istenmesi de telefon işletmecileri açısından yaptıkları eylemleri hukuka uygun hale getirmez, zira savcılıkların ya da mahkemelerin geçmişe yönelik böyle bir talepte bulunmalarının yasal bir dayanağı yoktur. CMK'nın 135. maddesinde geçmişe yönelik sinyal bilgilerinin istenebileceği ve değerlendirilebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaz. Ancak uygulamada CMK m. 135/1'de yer alan "*sinyal bilgileri değerlendirilebilir*" ifadesinden yola çıkılarak adeta geçmişe yönelik olarak böyle bir yetki varmış gibi hareket edilmekte ve telefon işletmecilerinden yukarıda yönetmelikte yere alan yetki uyarınca tutmak zorunda oldukları (ve hizmetlerini ücretlendirirken kullandıkları) sinyal bilgileri (ki ilgili kişi açısından aynı

130 Ayözger, s.174.

131 Yazarından aynen alıntıladığım şu satırlar durumun vehametini ortaya koymaktadır: "... veri saklama yükümlülüğü, kişisel verilerin korunması hakkı ve bu hakkın temelinde yatan özel hayatın gizliliği hakkının sınırlandırılmasıdır. Uusal metinlerde yer alan hakların sınırlandırılması şartlarını haiz hallerde, elektronik haberleşme sektöründeki kişisel verilerin belirli bir süre saklanması mümkündür. Fakat sınırlandırma nedeninin açıkça belirtilmesi ve buna ilişkin kanuni düzenlemenin yapılması gereklidir. Sınırlandırma amacı belirtilmeden ve yönetmelik ile getirilen hükümlere dayanılarak kişisel verilerin saklanması, açıkça hukuka aykırıdır. İptal edilmesinin en önemli nedeni, amacının sınırlarının iyi çizilememesi olan Veri Saklama Direktifiyle uyumlu düzenlenen EHSKVİY'nin verilerin saklanması amacına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi, hukuki garabetir". Ayözger, s.174, 175.

zamanda kişisel veri oluştururlar) istenmekte ve soruşturma ile kovuşturmada, hatta ispatta bir sübut aracı olarak kullanılmaktadır. Oysa ceza muhakemesi hukukunda da “sınırlı yasallık ilkesi” geçerlidir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlayan düzenlemeler, ki koruma tedbirlerinin tamamı bu niteliktedir, ancak yasa ile düzenlenip, değiştirilebilirler ve kaldırılabilirler. Ayrıca ceza muhakemesi hukukundaki bir diğer önemli ilke koruma tedbirlerinin geçmişe değil ileriye yönelik olarak uygulanabilmeleridir. Oysa CMK’nın 135. maddesinde sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbiri açısından, bunun geçmişe yürüyebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaz. O halde soruşturma ve kovuşturma makamları yasal dayanağı olmayan ve dolayısıyla hukuka aykırı bir işlem yapmaktadırlar. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılığın normal şartlarda ise hakim kararını öncesi kaydedilen sinyal bilgilerinin, savcılık ya da mahkeme kararı ile dosyaya girse dahi delil olarak kullanılmaları ve hükme esas alınmaları hukuka aykırı delil ve delil yasaklarının düzenlendiği CMK’nın 206/2, 217/2 ve 230 maddeleri ve Yargıtay’ın bu konudaki yerleşik kararları gereğince mümkün değildir. Dolayısıyla bu yolla elde edilen delillerin kendisi ve bunlardan yola çıkılarak elde edilen türev deliller de (zehirli ağacın meyvesi öğretisi gereği) hukuka aykırıdır ve ceza muhakemesinin hiçbir aşamasında kullanılamazlar<sup>132</sup>.

Buna karşın uygulama bu şekilde olmamakta HTS raporu denen bu sinyal bilgileri hem ceza hem de özel hukuk yargılamalarında delil olarak kullanılmaktadır. İşin ilginç bunların dosyaya getirilmesini hukuka uygun bulan Yargıtay, bunların kişisel veri olduğunu kabul edip, dosyadan çıkartılarak üçüncü kişilere verilmesini suç olarak kabul etmektedir:

*“Somut olayda; sanık ile katılanın resmi nikahlı evli olup aralarında boşanma davası bulunduğu, dava sırasında sanığın talebi üzerine katılanın kullanmakta olduğu cep telefonu hattının son 2 yıla ait ayrıntılı görüşme dökümlerini içerir HTS raporlarının getirtilerek dava dosyasına konulduğu, sanığın, HTS raporlarını dava dosyasından alarak katılanın babası Ali ile abisi Mehmet’e gönderdiği olayda; katılanın kim ile ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin görüşme dökümlerini içerir HTS raporları kişisel veri kapsamında olup, sanığın, kişisel veri niteliğindeki HTS raporlarını hukuka uygun bir şekilde elde etmesine rağmen, kaydedilmiş haliyle hukuka aykırı olarak yaydığı, eyleminin TCK’nın 136/1. maddesine uyan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğu ve bu suçtan sorumlu tutularak cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, suçun*

132 Hukuka aykırı delil, delil yasakları ve zehirli ağacın meyvesi öğretisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz: Murat Volkan Dülger, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 106 vd.

*nitelendirilmesinde yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması, (BOZ-MAYT) gerektirmiştir*<sup>133</sup>.

Ancak suç soruşturmasında özellikle failerin tespiti ve kovuşturma esnasında failin eylemle, suç ortaklarıyla ve/veya mağdurla bağlantısının ortaya konulabilmesi ve ispatın gerçekleştirilebilmesi için bu sinyal bilgilerinin elde edilmesi ve değerlendirilmesi son derece gerekli ve önemlidir. O halde CMK'nın 135. maddesi olması gereken hukuka göre değiştirilmeli, hali hazırda işleyen sisteme uyumlu hale getirilmelidir. Ancak olan hukuk ve halihazırda uygulanan işlemlerin hukuka aykırı olduğunu bir kez daha ifade etmeliyim.

Bu durumda CMK'nın yürürlükte bulunan 135. maddesi karşısında, olan hukuk açısından, telefon işletmecileri bu sinyal bilgilerini mahkemeye vermekle ayrıca TCK'nın 136. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme suçunu işlemektedirler. Öte yandan savcılıklar ve mahkemeler açısından da yine aynı maddede tanımlı verileri hukuka aykırı olarak ele geçirme suçu söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu konuda bir an önce yasal düzenleme yapılması ve hukuka aykırılığın ortadan kaldırılması gerekir.

Dolayısıyla kamu otoritelerinin ya da özel kişilerin içeriğine bakmadığı gerekçesiyle, yasal bir dayanağı olmadan, keyfi bir biçimde, Anayasaya aykırı olarak veri trafiğini izleme ve bundan bazı sonuçlar çıkarma ve en önemlisi bunları hukuka uygun bir delilmiş gibi ceza muhakemesinde kullanma hak ve yetkisi bulunmamaktadır<sup>134</sup>. Nitekim AİHM'in de benzer yönde kararları bulunmaktadır<sup>135</sup>.

#### **iv. Özel Nitelikli Sağlık Verilerinin İşlenmesi**

Kişisel verilerin korunması ve bunlara karşı işlenen suçlar açısından tartışılması gereken bir diğer konu hekime belirli hususları açıklama yönünde bir görev yüklendiğinde, yasa hükmünün yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturması, bunun yerine getirilmemesi halinde ise görevin yerine getirilmemesi nedeniyle suç oluşmasıdır. Örneğin TCK'nın 279. ve 280. maddeleri ile Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun bildirim yönüne bazı hükümleri gereğince kişisel verilerin verilmesi suç oluşturmayacaktır<sup>136</sup>.

6698 sayılı KVKK'nın 6/1. maddesinde sağlık verileri özel nitelikli kişisel veriler olarak tanımlandıktan sonra, 2. fıkrada bunların ancak ilgisinin açık rı-

133 12. CD. 29.9.2014, E. 2014/5104, K. 2014/18858.

134 Benzer görüş için bkz: Küzeci, s. 98, 99. Ayrıca bkz: Kerem Altıparmak, "Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.63, Mart – Nisan 2006, s. 47.

135 Malone v. Birleşik Krallık, pr. 84. Türkçe çevirisi için bkz: Osman Doğru, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C.I, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 764 – 779.

136 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 131.



zasiyla işlenebileceği belirtilmiştir. Buna göre bu tür verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için açık rızanın varlığı gerekir. Ancak aynı maddenin 3. fıkrasının 1. tümcesinde birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği düzenlenmiştir. 3. fıkranın 2. tümcesinde ise sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği belirtilmiştir. Bu açık düzenlemeden sonra hasta bilgilerinin kaydı için varsayılan rıza teorisini kullanmaya gerek yoktur<sup>137</sup>; yasa bunu zaten istisnalar arasında tutarak rıza aranmasına gerek olmayan haller arasına dahil etmiştir. Ayrıca aynı maddenin 4. fıkrasında, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi için ayrıca Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şart olduğu da yer almaktadır. 6698 sayılı Yasa dayanarak yapılarak Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik”in 7. maddesinde kişisel sağlık verilerinin işlenmesi düzenlenmiş olup, maddenin 1. ve 4. fıkraları dayanak yasanın yukarıda açıklanan 6. maddesiyle birebir aynıdır. Yönetmeliğin 7. maddesinin 2. fıkrasında ise “*Kişisel sağlık verilerinin, ilk fıkrada sayılan amaçlar dışında anonim hale getirilmeden işlenmesi için ilgili kişiye ait verilerin işleme gerekçesi ile ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesi, yazılı rızasının alınması ve bu rızanın muhafaza edilmesi gerekir*” denilerek kişisel sağlık verilerinin anonimleştirilmesi, 3. fıkrasında “*İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya yargı kararı bulunmaması halinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir*” denilmek suretiyle kişisel sağlık verisinin işlenmesi için verilen rızanın geri alınması düzenlenmektedir. Rızanın geri alınması, o tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz. Buna göre kişisel sağlık verilerinin işlenmesi söz konusu olduğunda TCK m.135 ve 136. maddeler açısından bir hukuka uygunluk nedeninin var olup olmadığına tüm bu hükümler birlikte değerlendirilerek karar verilmelidir.

Bu bağlamda belirtmeliyiz ki; hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer tüm tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler dolayısıyla CMK'nın 46/1-b maddesi gereğince tanıklıktan çekinme hakları bu-

137 Yasa öncesinde varsayılan rıza teorisi konuya getirilen açıklama için bkz: Sabire Sabem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Seçkin, Ankara, 2014, s. 98, 99.

lunur. Ancak çekinme sebebi olmasına ve hastanın da tanıklığa ilişkin rızasının bulunmamasına rağmen hekimin tanıklık yapması durumunda hekim, kişisel verilerin açıklanması suçunu işlemiş olur<sup>138</sup>. Nitekim tıp mesleği mensuplarına sıfatları dolayısıyla ilişkide oldukları hastaları ve bunların yakınlarına ilişkin ceza soruşturması ve kovuşturmasında bilirkişilikten çekinme hakkı da tanınmıştır (CMK m.70/1). *Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları* m.9/4'de de hekimin, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebileceği öngörülmüştür<sup>139</sup>.

#### **v. Kişilerin Siyasi, Felsefi veya Dini Görüşlerine ve Irki Kökenlerine İlişkin Bilgilerin Kayda Alınması Sorunu**

CMK'nın 135/2. maddesinin gerekçesinde özellikle suçla mücadele bağlamında kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgilerin kaydedilmesinin yasayla hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenebileceği ifade edilmektedir<sup>140</sup>. Buna göre kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine ve irki kökenlerine ilişkin bilgilerin kayda alınması her ne suretle olursa olsun bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemelidir. Ancak bu durumda TCK'nın 135/2. maddesi ile 6698 sayılı KVKK arasında bir çelişki bulunduğu görülür. Gerekçenin yorumundan yukarıda belirttiğim bazı kişisel verilerin işlenmesinin hiçbir şekilde bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucu çıkmasına karşın, KVKK tüm bunları kişisel veri olarak kabul etmiş ve hatta suç soruşturma ve kovuşturması ile istihbarat faaliyetleri gibi alanları istisna kapsamına alarak, bu tür verilerin işlenmesi için açık rızaya gerek olmadığını düzenlemiştir. Şüphesiz olması gereken hukuk açısından doğru olan TCK m.135/2. Maddenin gerekçesinin yorumlanması yoluyla varılan sonuçtur. Yürürlükte olan ve yaşamakta olduğumuz ise 6698 sayılı KVKK hükümleri ve zaten şimdiye kadar bu yönde yapılagelen işlemdir.

#### **vi. Kamu ve Özel Sektörde Çalışanlara Verilen Bilişim Sistemlerindeki Kişisel Verilerin Akabeti Sorunu**

Bu başlık altında değinmek istediğim bir başka olasılık ise kamu görevlilerine ve işçilere çalıştıkları kurumlar veya işverenleri tarafından verilen bilgisayarlara

138 Hakeri, *Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme*, s. 127.

139 Yokuş Seviük, s. 791.

140 "Maddenin ikinci fıkrasında, kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, irki kökenlerine, ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda almak, suç olarak tanımlanmıştır. Ancak, bunlardan kişilerin ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kayda alınmasına kanunlarda özellikle suçlulukla mücadele bağlamında, suç ve suçluların ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla belli ölçüde izin verilebilir. Bu durumlarda söz konusu suç oluşmayacaktır."

ya da elektronik posta hesaplarına kurumun/iş yerinin yetkili amiri veya denetimle görevli kişileri tarafından el konulması ve içindeki verilerin incelenmesi ve kaydedilmesi durumudur. Bu konuda iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde söz konusu bilgisayarların ve/veya elektronik postaların iş için verildiği ve içinde kişisel veri olsa dahi incelenebileceğidir<sup>141</sup>. Bu konudaki diğer görüş ise söz konusu bilgisayarların ve/veya elektronik posta hesaplarının verilmiş amacı iş ile ilgili de olsa bunların kullanım alanının yalnızca iş ile sınırlanmasının mümkün olmadığı, bunlarla mutlaka kişisel iletişimin ya da işlemlerin yapıldığı, kişisel verilere ise rıza ya da mahkeme kararı olmaksızın el konulmasının ve ele geçirilmesinin mümkün olmadığıdır. Ben ikinci görüşte ileri sürülen görüşleri de dikkate almakla birlikte esasen birinci görüşe katılmaktayım. Zira kamu görevlisine ya da işçiye verilen bu bilgisayar ve/veya elektronik posta adresi kişinin özel işlerini yapması için değil, göreviyle ilgili işlerini yapması için verilmektedir. Kişi bu araçlarla dilerse ve işini aksatmamak şartıyla tabii ki kişisel işlerini de yapabilir. Ancak kendisine kullanmak üzere verilen bu araçların daima denetlenebileceğini ve içinde kişisel verisinin olduğu itirazını ileri süremeyeceğini bilmelidir. Bana göre bu durum hem kamu sektöründe kamu görevlileri hem de özel sektörde işçi – işveren ilişkileri çerçevesinde kabul edilmesi gereken, uygulaması da bu şekilde olan bir durumdur.

### **c. Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu Açısından**

Söz konusu hukuka uygunluk nedenleri 136. maddede düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu açısından da geçerlidir.

TCK'nın 135. ve 136. maddelerdeki suçların tanımında failin eylemlerini “*hukuka aykırı olarak*” gerçekleştirmesi gerektiği ayrıca ifade edilmiştir. Bu ve benzer ifadelerin suç tanımında kullanılıyor olmasına ilişkin öğretilerde farklı görüşler ve gerekçeler ileri sürülmüştür<sup>142</sup>. Bazı yazarlar, bu gibi ifadelerin yer aldığı suç tiplerinde “*hukuka özel aykırılık*” durumunun söz konusu olduğunu, yasa koyucu burada failin özellikle hukuka aykırı olarak hareket edip etmediğinin araştırılmasını ve bunun ispatlanmasını istediğini, aksi takdirde yani failin hukuka aykırı olarak hareket ettiğinin ispat edilememesi halinde cezalandırılmayacağını,

141 Öğretilerde Erdoğan bu konuyu TCK'nın 243. maddesinde düzenlenen bilişim sistemine girme ve sistemde kalmaya devam etme suçu açısından incelemiş ve yukarıda belirtmiş olduğumuz görüşü savunmuştur. Ancak bize göre bu konunun incelenmesi gereken yer TCK'nın 135. ve 136. maddelerinde düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi ve ele geçirilmesi suçlarının ilgili alt başlıklarıdır. Konuyla ilgili açıklamalar için bkz: Yavuz Erdoğan, *Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları (Avrupa konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları ile)*, Legal, İstanbul, 2012, s. 161.

142 Bu görüşler ve gerekçeler için bkz: Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 309 – 311.

suç tipinde failin eylemleri “hukuka aykırı olarak” gerçekleştirmesinin özellikle belirtilmesinin amacının bu olduğunu ifade etmektedirler<sup>143</sup>. Bazı yazarlar ise bununla doğrudan kastın işaret edildiğini, bu tür ifadelerin yer aldığı suçların ancak failin doğrudan kastıyla işlenebileceğini, dolayısıyla bu tür suçlara ilişkin yargılamalarda failin eylemini hukuka aykırı olduğunu bilerek gerçekleştirdiğinin araştırılması gerektiğini belirtmektedirler<sup>144</sup>.

#### **d. Kişisel Verilerin Yok Edilmemesi Suçu ve 6698 sayılı KVKK m.17/2’de Düzenlenen Kişisel Verilerin Silinmemesi veya Anonim Hale Getirilmemesi Suçu Açısından**

Yasanın 138. maddesinde düzenlenen kişisel verilerin yok edilmemesi suçunda iki farklı hukuksal değer korunduğu ve buna bağlı olarak hem kişisel verilerin ilgisi olan birey, hem de toplumu oluşturan her birey suçun mağduru olduğu için; yok edilmeyen verilerin ilgisi olmasına rağmen tek başına suçtan zarar gören kişinin rızası eylemi hukuka uygun hale getirmez<sup>145</sup>. Bunun dışında bu suç tipi açısından yasadan kaynaklanan başka bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmaz. Ancak failin mücbir sebep halinde failin ceza hukuku anlamında hareket olarak kabul edebileceği iradi bir hareket bulunmadığı için suçun maddi unsurlarından hareket unsurunun eksikliği nedeniyle suç oluşmaz. Nitekim Yargıtay, eski ceza yasasında benzer suç tipini içeren 230. maddeye ilişkin vermiş olduğu kararlarında aynı yönde görüş bildirilmiştir<sup>146</sup>. Bu açıklamalar 6698 sayılı KVKK m.17/2’de düzenlenen kişisel verilerin silinmemesi veya anonim hale getirilmemesi suçu açısından da geçerlidir.

### **5. Suçların Özel Görünüş Biçimleri**

#### **a. Teşebbüs**

TCK’nın 135. ve 136. maddelerinde düzenlenen her iki suç tipinin de teşebbüs aşamasında kalması mümkündür<sup>147</sup>. Teşebbüs hali, fail tarafından icra hareket-

143 Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 298; Veli Özer Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 288, 289.

144 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.295, 296.

145 Aynı görüşte bkz: Karagülmez, s. 476.

146 “Muhatabın Almanya’da işçi olarak çalışmakta bulunduğu sırada tebligatın yapılması için Tebligat Kanununun hükme esas alınan 16. ve 21’inci maddelerindeki şartların mevcut olmadığı ve böylece Almanya’da iş edinen şahsa gıyap kararını Türkiye’de tebliğ edememesi sebebiyle sanığın eyleminde görevi savsama suçunun unsurlarının bulunmadığı düşünülmeden yazılı şekilde (TCK nun 230/1’inci maddesiyle) mahkumiyet kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.” 4. CD., Kt. 09.06.1976, E. 1976/4075, K. 1976/4100; akt: Sahir Erman, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 – 281)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992, s. 163, 164.

147 Yokuş Sevik, s. 809.

lerine başlandıktan sonra bu hareketlerin yarıda kalması şeklinde olabilir; çünkü suçun oluşu açısından ayrıca bir neticenin meydana gelmesi aranmadığı için hareketlerin tamamlanmasıyla suç oluşacaktır<sup>148</sup>. TCK'nın 138. maddesi ile 6698 sayılı KVKK m.17/2'de düzenlenen suçlar ise ihmâl suretiyle işlenebilen suçlar olduğu için teşebbüse elverişli değildirlir<sup>149</sup>.

### **b. İştirak**

TCK'nın 135, 136, 138 ve 6698 sayılı KVKK m.17/2. maddelerinde düzenlenen suçların iştirak halinde işlenmesi mümkündür ve iştirak açısından bir özellik göstermezler. Ancak TCK'nın 134, 135 ve 136. maddelerde düzenlenen suçlarda suça iştirak edenlerin kamu görevlisi sıfatını taşıması ya da bu konuyla ilgili belli bir meslek veya sanat sahibi olması halinde bu kişilere TCK'nın 137. maddesi gereğince ceza artırılarak verilir<sup>150</sup>.

### **c. İçtima**

TCK'nın 135. maddesinde yer alan kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile içtima sorunu ortaya çıkması en olası suç, 244. maddenin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenen “Bilişim Sisteminin İşleyişinin Engellenmesi veya Bozulması Suçu ile Verilerin Yok Edilmesi veya Değiştirilmesi Suçu’dur”. Özellikle 244. maddenin 2. fıkrasında “sisteme veri yerleştiren” ifadesiyle tanımlanan hareketle 135. maddenin eylem unsuru olan “verinin kaydedilmesi” aynı anlama gelir. Ancak iki suç tipi birlikte incelendiğinde 135. maddede kişisel verilerin, 244/2’de ise her türlü verinin suçun konusunu oluşturduğu, diğer yandan 244/2’de yalnızca bilişim sistemine veri yerleştirilmesi söz konusu iken 135. maddede bilişim sistemi olsun ya da olmasın kayıt yapmaya elverişli her türlü araca yapılan kayıtların suçun eylem unsurunu oluşturduğu görülür. Buna göre suçun konusu yönünden yalnızca kişisel verileri kapsamı nedeniyle 135. madde, eylem unsuru yönünden yalnızca bilişim sistemlerine yapılan kaydı kapsamı nedeniyle 244. madde diğerine göre “özel norm” niteliğindedir. Bu iki suç tipi arasında öncelikle özel norm – genel norm ayırımına göre bir sonuca ulaşılmaya çalışılmalı, bunun mümkün olmaması halinde fikri içtima kuralı uygulanmalıdır<sup>151</sup>.

Bir başka olasılık ise özellikle kişilerin özel yaşamına ilişkin verilerin kaydedilmesi ya da verilmesi halinde 135. maddenin mi yoksa 134. maddenin mi uygulanacağına ilişkindir. Kişiyi belirlenebilir kılan bilgilerin ötesinde, onun özel yaşamını ortaya koyan görüntü ve sesler –bunlar da aslında kişisel veri oluştur-

148 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 701, 702, 716.

149 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 724.

150 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 717.

151 Dülger, *Bilişim Suçları*, s.702.

makla birlikte– korunan hukuksal değerler de göz önünde bulundurulduğunda artık kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağını düşünmekteyim. Yargıtay bu konuya ilişkin vermiş olduğu kararında aynı hususa vurgu yaparak 134. maddenin uygulanması gerektiğini belirtmiştir:

*“A) Samk hakkında kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan verilen beraat hükmüne yönelik temyiz istemlerinin incelenmesinde; 5237 sayılı TCK’nın 135. maddesinde düzenlenen “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçunun oluşabilmesi için belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerekmekte olup; suçun maddi konusunu oluşturan “kişisel veri” kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiği; bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin, “kişisel veri” olduğunda kuşku bulunmamakta ise de, kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, bilgisi dışında, resim çekme veya kaydetme özelliğine sahip aletle belli bir elektronik, dijital, manyetik yere sabitlenmesi eyleminin, 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde tanımlanan özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, kişinin özel hayatına ilişkin görüntü, fotoğraf ya da sesin, 5237 sayılı TCK’nın 135. maddesi kapsamında kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği, iddiaya konu olayda, mağdurenin çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarının kaydedilmesinden ibaret eylemin, “Kişisel verilerin kaydedilmesi” suçunu oluşturmayacağı, çekimin, mağdurenin bilgisi ve rızası kapsamında gerçekleşmesi nedeniyle, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun da oluşmadığı anlaşıldığından, yapılan yargılama sonucunda, sanığa yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekili ile C.Savcısının sanığa atılı suçun sabit olduğuna ilişkin ve yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddiyle, 5271 sayılı CMK’nın 223/9. maddesi de nazara alınarak, hükmün isteme uygun olarak ONANMASINA,...”<sup>52</sup>.*

Bir başka olayda ise Yargıtay kişinin günlük kıyafetleriyle çekirmiş olduğu resimlerin yayınlanmasını özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirmemiş ancak, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılmasını suçunun oluştuğuna karar vermiştir:

152 12. CD. 11.9.2012, E. 2012/17703, K. 2012/18222.

“Katılanın internette yer alan günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resminin, özel yaşam alanına ilişkin ve özel hayatının gizliliğini ihlal edecek nitelikte olmaması karşısında, sanığa isnat edilen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmediği ve katılanın kişisel veri niteliğindeki resmini hukuka aykırı olarak yayımlayan sanığın eyleminin TCK’nın 136. maddesinde tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, aynı eylemden dolayı sanık hakkında kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan beraat hükmü kurulup, yasal ve yeterli olmayan gerekçelere dayalı olarak, TCK’nın 134/2. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>153</sup>.

Bir olayda mağdurenin çıplak durumda görüntülerinin kaydedilmesi ve bunların yayılması üzerine yapılan yargılama neticesinde ilk derece mahkemesi doğru olarak mağdurenin rızası ile görüntü kaydedildiği için 136. maddenin oluşmadığından bahisle sanık hakkında beraat kararı vermiş; ancak Yargıtay yerinde olarak, görüntü rıza olsun ya da olmasın kaydedildikten sonra bunların yayılmasının 134/1-2. cümlede tanımlanan suçu oluşturacağından bahisle ilk derece mahkemesinin bu yönden bozulmasına karar vermiştir:

“C) Sanık hakkında verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan verilen beraat hükmüne yönelik temyiz istemlerinin incelenmesine gelince; 5237 sayılı TCK’nın 136/1. maddesinde düzenlenen “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçunun oluşabilmesi için, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilginin, başkasına verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi gerekmekte olup, bir özel hayat görüntüsü ya da sesinin kaydedilmesi 5237 sayılı TCK’nın 134/1. maddesinin 2. cümlesinde; özel hayata ilişkin görüntü ya da sesin, taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, ilgisinin bilgisi ve rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, aleliyet kazandırılması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması 5237 sayılı TCK’nın 134/2. maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Dosya içeriğine göre sanığın, mağdurenin bilgisi dahilinde çıplak vaziyetteki görüntü ve fotoğraflarını kaydedip, elde ettiği kayıtlarla oluşturduğu CD’leri, mağdurenin rızası olmaksızın, değişik zamanlarda farklı kurumlara göndermek fiilinin 5237 sayılı TCK’nın 134/2. maddesi kapsamında değerlendirilmesi yerine yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle, sanık hakkında beraat kararı verilmesi, ... bozmayı gerektirmiş,...”<sup>154</sup>

153 12. CD. 7.7.2014, E. 2013/27724, K. 2014/16601.

154 12. CD. 11.9.2012, E. 2012/17703, K. 2012/18222.

Bu suçlar arasındaki en önemli bir içtima ilişkisi TCK'nın 138. maddesiyle KVKK'nın 17/2. maddesi arasındadır. Yukarıda da belirttiğim üzere, KVKK'nın 17/2. maddesi ile TCK m.138'de düzenlenen suçlar benzer ancak farklı bir suç tipleridir. Eğer yasa koyucu 6698 sayılı Yasanın 17/2. maddesine aykırılık halinde suçun tüm unsurları ile birlikte 138. maddenin uygulanmasını isteseydi “5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesi uygulanır” ifadesini kullanırdı. Oysa yasa koyucu bunu yapmamış, 6698 sayılı KVKK'nın 17/2, 7 ve 3. maddelerinin birlikte uygulanmasıyla farklı bir suç tipi oluşturmuş ve “5237 sayılı Kanunun 138 inci maddesine göre cezalandırılır” ifadesini kullanmak suretiyle yalnızca yaptırım açısından TCK'nın 138. maddesinin uygulanacağını belirtmiştir. Ayrıca 138. maddeden farklı olarak, o maddede olmayan “anonimleştirmeyen” hareketine de yasa maddesinde yer vermiştir. Dolayısıyla söz konusu düzenlemenin bu şekilde anlaşılması ve buna göre yorum yapılması gerekir. Buna göre karşımıza çıkacak ihtimaller şunlardır:

Fail anonimleştirmesi gereken kişisel veriyi anonimleştirmemiş ise tartışma bulunmaz, bu hareketi yalnızca KVKK'nın 17/2. maddesi düzenlediği için bu madde uygulanır.

Fail silmesi gereken veriyi silmemişse, bu takdirde suçun konusuna bakılır. Eğer suçun konusunu oluşturan veri veya veri işleme faaliyeti 6698 sayılı KVKK'nın istisnaları içindeyse ve buna rağmen suç oluşuyorsa zaten yine uygulanabilecek tek norm vardır ve TCK'nın 138. maddesi uygulanır.

Silinmesi gerekirken silinmeyen kişisel veri 6698 sayılı KVKK'nın uygulandığı bir veri ise bu durumda hem KVKK'nın 17/2. maddesinin hem de TCK'nın 138. maddesi aynı anda uygulanabilir ve bu durumda fikri içtima kuralı uygulanabilir gibi görünse de bu hem teorik açıdan hatalı hem de bizi bir sonuca götürmeyen çözüm şeklidir. Bir çözüm getirmez zira KVKK'nın 17/2. maddesi ceza açısından TCK'nın 138. maddesine atıf yapmaktadır, dolayısıyla cezası daha ağır olan suçun tespiti bu açıdan olanaklı değildir. Öte yandan teorik açıdan hatalıdır, zira hem TCK ve hem de KVKK genel yasa formundadırlar ve aynı konuyu çok benzer şekilde biri diğerine ceza açısından atıf yaparak düzenlemektedir. Dolayısıyla sorun burada önceki genel yasa – sonraki genel yasa kuralından hareketle çözülmelidir. Buna göre hem TCK'nın 138 hem de KVKK'nın 17/2. maddelerinin kapsamında olan bir kişisel verinin silinmesi gerekirken silinmesi halinde sonraki genel yasa olan KVKK'nın 17/2. maddesinin uygulanması gerekir.

Her dört suçun da zincirleme şekilde işlenmesi mümkündür. Ayrıca TCK 138 ve KVKK m.17/2. maddelerinde yer alan suçlar devam eden suç (mütemadi) niteliğindedirler; dolayısıyla bu suçun tamamlanma anı ile bitme anı farklıdır ve mütemadi suçlara ilişkin özellikler bu suçlar açısından geçerlidir. Öte yandan



135. ve 136. maddelerde düzenlenen suçların da devam eden suç şeklinde işlenmeleri mümkündür<sup>155</sup>.

Kişisel verinin açıklanmasının aynı zamanda hakaret suçunu da oluşturması halinde, bir eylem ile birden fazla suçun oluşumuna neden olduğu için, bu suçla hakaret suçu arasında fikri içtima söz konusudur. Failin sorumluluğu en ağır cezayı gerektiren suçtan olur<sup>156</sup>. Bu durumda kişisel verilerin açıklanması suçunun cezası daha fazla olduğu için faile bu suçtan dolayı ceza verilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay da bu görüştedir:

*“Dosya kapsamına göre; sanığın, kız arkadaşının husumetli olduğu mağdurlar adına, internette bir arkadaşlık sitesinde “Atesli\_Dizdar” ve “Afet-i Der-ya” kullanıcı isimleri ile üyelik işlemleri yapıp, oluşturduğu profil sayfalarında, mağdurların şeref, onur ve saygınlığını rendice edecek nitelikte ibareler ile birlikte kişisel veri niteliğindeki fotoğraflarını ve telefon numaralarını ilgili siteye kaydedip, yayımlaması biçimindeki eyleminin, TCK’nın 135/1, 136/1 ve 125/2-1-4 maddelerine uyan, kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve hakaret suçlarını oluşturduğu, sanığın tek eyleminin kanundaki birden fazla suçları oluşturması nedeniyle TCK’nın 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima kuralı uyarınca en ağır cezayı gerektiren TCK’nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan cezalandırılması gerektiği ve fikri içtima kuralı nazara alınmadan, daha hafif cezayı gerektiren TCK’nın 135/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması, (BOZMAYI) gerektirmiştir”<sup>157</sup>.*

## 6. Yaptırım

İnceleme konusu her dört suç için de yasalarda yalnızca hürriyeti bağlayıcı ceza öngörülmüştür. Kişisel verilerin hukuka aykırı ele geçirilmesi suçunun cezası bir yıldan üç yıla kadar hapidir. Kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun cezası ise iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Kişisel verilerin yok edilmemesi suçunun cezası ise bir yıldan iki yıla kadar hapidir. KVKK’nın 17/2. maddesi ceza yönünden TCK’nın 138. maddesine atıf yaptığı için bu suçun cezası da bir yıldan iki yıla kadar hapidir.

Bunun yanı sıra kişisel verilerin hukuka aykırı ele geçirilmesi suçu açısından TCK’nın 135/2. maddesinde (yarısı kadar artırılır), kişisel verilerin hukuka aykırı ele geçirilmesi ile kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu açısından TCK’nın 137. maddesinde (yarısı kadar artırılır), kişisel verilerin

155 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 702, 717.

156 Tezcan, Erdem, Önok, s. 632; Yokuş Seviük, s.810.

157 12. CD. 8.9.2014, E. 2014/1463, K. 2014/17262.

yok edilmemesi suçu ile kişisel verilerin silinmemesi ve anonim hale getirilmemesi suçları açısından TCK'nın 138/2. maddesinde (bir kat artırılır) cezayı artıran nitelikli haller öngörülmüştür.

TCK'nın 140. maddesi gereğince 135, 136 ve 138. maddelerde yer alan suçların işlenmesi neticesinde bundan herhangi bir tüzel kişinin hukuka aykırı yarar sağlaması halinde bunlara TCK'nın 60. maddesinde gösterilen kendilerine özgü güvenlik tedbirleri uygulanacaktır. KVKK'nın 17/2. maddesi açısından yalnızca cezalar açısından atıf yapıp, güvenlik tedbirleri açısından bir düzenleme yapılmayarak tüzel kişilere yönelik bir düzenlemeye yer verilmediği için TCK'nın 60. maddesinin bu suç açısından uygulanması olanaklı değildir.

Bu suçlara bakmakla görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir.

### III. Sonuç Yerine: Kişisel Verilerin Korunması Alanındaki Sorunlar

6698 sayılı KVKK'nın 7.4.2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmesi ve Kişisel Veri Koruma Kurumu ve Kurulunun oluşturularak 1.1.2017 itibarıyla kurul üyelerinin hepsinin seçilmiş olması ülkemizde kişisel verilerin korunması konusunda yeni bir dönemin başlangıcını ifade etmektedir. Böylelikle 7.4.2016 tarihine kadar özel olarak yalnızca TCK tarafından korunan kişisel veriler, artık hem ceza ve idare hukuku tarafından birlikte korunmakta hem de içi yalnızca taraftı olmadığı uluslararası düzenlemeler ve öğreti tarafından doldurulan bu kavram ve bileşenleri artık bir yasa tarafından düzenlenmektedir. Böylelikle ceza hukuku açısından önemli olan belirlilik ilkesinin gereği de gerçekleşmiştir. Öte yandan 6698 sayılı Yasanın yasallaşmasının öncesinde Avrupa Konseyinin 108 sayılı Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmeyi uygun bulmamız da ülkemiz adına not edilmesi gereken önemli gelişmedir.

6698 sayılı KVKK'nın yürürlüğe girmiş olmasını ilke olarak olumlu bulmakla beraber, pek çok eksik ve hatalı düzenlemesinin olduğunu da belirtmeliyim. Yasanın uygulama kapsamı açısından istisnaların çok olması, özellikle kamu kurum ve kuruluşlarının bunlar içinde de kolluk güçlerinin ve istihbarat faaliyetlerinin tamamen yasa kapsamına dışına çıkarılmış olması kişisel verileri koruma hukukunu ruhuna aykırı düzenlemelerdir. Bu kişisel verileri toplayan ve işleyen kolluk ve istihbarat kuruluşlarında bu alana özgü iç ve dış denetimin olmaması, ülkemizde kamu kurum ve kuruluşların çoğunda hesap verme kültürünün oluşmaması uygulama açısından bu sorunları daha da artırmaktadır. Bir diğer önemli eleştiri konusu ise Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun çoğunluk üyelerinin siyasi iktidar ve çoğunluğu temsil eden parlamento grubu tarafından atanması ve özerk bir kurum olarak yapılandırılmamasıdır. Bu görünüşte de olsa kurumun ve kurulun tarafsızlığına gölge düşürmektedir. Arzu edilen, hem mevzuat, hem yapı hem de uygulama açısından bu kurumun ve kurulun tamamen

bağımsız olmasıdır. Ancak kurulun vereceği kararlar ve kurumun uygulamaları ile bu eleştiri olumlu ya da olumsuz anlamda netlik kazanacaktır. Dileğim bu eleştirimin tamamen boşa çıkmasıdır!

Bu başlık altında belirtilmesi gereken önemli bir husus yukarıda suç tiplerine ilişkin açıklamalarımda görüldüğü üzere suç tiplerinin düzenlenmesinde yalnızca kişisel verilerin hukuka aykırı yollardan ele geçirilmesi, yayılması ya da kayıtlı kişisel verilerin yok edilmemesinin ceza hukukunun koruması altına alınması ancak kişisel verilerin işlenmesinin bu koruma altına sokulmamasıdır. Oysa hukuka uygun olarak elde edilen ya da dağıtılan ve henüz yok edilmemesi gerekemeyen kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmek suretiyle kötüye kullanılması da mümkündür. Bu durum düşünülmeyle TCK'da gerekli suç tipine yer verilmesi önemli bir eksiklik olarak görülmektedir. Bize göre kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ve yetkisiz kişilerce işlenmesi de ayrı bir suç tipi haline getirilmelidir<sup>158</sup>. Zira 6698 sayılı KVKK'nın 3/1/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi TCK'nın 135 ve 136. maddelerinde yer alan hareketleri kapsayacak şekilde ancak onlardan daha geniş olarak düzenlenmiştir. Suç tiplerinin genişletilerek olmayan hareketler varmış gibi geniş yorumlanarak uygulanması ise suçtan ve cezada kanunilik ilkesi ve kıyasa varan genişletici yorum yasağı getiren TCK'nın 2/3. maddesi gereği yasaktır. Dolayısıyla anılan suçların kişisel verilerin işlenmesini kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

Kişisel verilerin korunması konusunda, çıkarılacak yasa ve yönetmelikler, oluşturulacak kurum ve kurullar, ihlal halinde verilecek ciddi idari para cezaları ve hatta hapis cezaları hiçbir zaman tam bir çözüm ve ihlalleri önleme aracı olmayacaktır. Kişiler ve kurumlar öncelikle kullandıkları bilişim sistemlerinin güvenliğini sağlamak zorundadırlar. Bununla kastedilen sistemde bulunan verilerin ve sistemin kendisinin gizliliğinin, bütünlüğünün ve kullanıma yönelik her türlü tehlikelere karşı güvenliğini sağlanmasıdır. Bunun için de kurumsal politikalar oluşturulmalı, kurum KVK politikasına ve ilgili mevzuata uyumlu hale getirilmeli ve uyumluluk düzenli olarak denetlenmelidir. Örneğin bir şirketin yönetim kurulu başkanı ve CEO'sundan kapıda içeri girenlerin kimliklerini alıp işleyen karşılama görevlisine kadar herkes bu politikanın uygulanması hususunda eğitilmiş ve istekli olmalıdır. Hem kamu sektörü hem de özel sektör iş yaptığı tüm çözüm ortakları, müşterileri, çalışanları vs.den bu alandaki mevzuata ve politikalara uyulmasını istemeli ve hatta buna uyumlu olduklarının kanıtlanmasını istemelidirler. Kurum içi uçtan uca uyumluluk ve sektör bazlı olarak tüm tarafların ve paydaşların uyumluluğu sağlanamadığı sürece kimse bu konuda rahat içinde olamayacaktır

158 Dülger, *Bilişim Suçları*, s. 725.

Alınacak güvenlik önemleriyle yalnızca verilerin korunmasına çalışılmamaktadır. Bu güvenlik önlemleriyle hem bilişim sistemleri için öngörülen güvenlik, hem sistemde bulunan verilerin gizliliği ve yetkisiz erişimlerin önlenmesi hem de sistemin kesintisiz olarak çalışması sağlanmalıdır<sup>159</sup>. Bugün için hem kamu hem de özel sektöre devredilmiş birçok kamu hizmeti tamamen bilişim sistemlerinin kontrolünde çalışmaktadır, bu sistemlerin çalışmasının kesintiye uğratılması toplumda büyük zararların doğmasına sebebiyet verebilir.

Ancak kişiler ve/veya kurumlar tarafından alınan bu önlemlere rağmen bilişim alanında tam güvenlik sağlanamamaktadır. Bilişim sistemlerinin güvenliği için geliştirilen bütün sistemlerin bir açığı bulunmakta ve bu açık nokta bulunarak sisteme girilmesi mümkün olmaktadır. Bu nedenden ötürü bilişim alanında kesin güvenlik değil, “en iyi güvenlik” sağlanmaya çalışılır. Bilişim suçlarının ve kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesinin önlenmesi ve bu eylemlere karşı iyi bir mücadelenin sağlanması için bireysel veya kurumsal bazda çalışan kullanıcıların, kendi sistemlerine uygun ve hem verileri hem de sistemin devamlılığını korumaya yönelik iyi bir güvenlik engeli oluşturmak ve kullanmak konusunda bilinçlendirilmeleri gerekir. Böylece bilişim alanında meydana gelen hukuka aykırı eylemlerin sayısında belirli bir azalma söz konusu olabilir. Kullanılacak bu güvenlik önlemleri gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemleri de ortaya çıkaracağından, yeni ve daha etkili önlemlerin geliştirilmesinde etkili olacaktır<sup>160</sup>.

Ülkeler bazında, bireylerin özel yaşamlarına müdahale etmeyi ve ülkelerinde bulunan insanları gözetlemeyi, fişlemeyi ve sürekli takibi bir yönetim şekli haline getiren devletlerde kişisel verilerin korunması ya hiç hukuksal düzenlenme konusu olmamıştır ya da bu düzenlemeler fiilen uygulanmamaktadır. Bazı ülkelerde ise devletin elindeki kişisel verilerin işlenmesine yönelik belirli güvenceler bulunurken, ekonomik gerekçelerle özel girişimlerin benzer uygulamalarına büyük oranda ılımlı yaklaşılmakta ya da göz yumulmaktadır. Kişisel verilerin korunması konusunda ciddi bir yaklaşım içinde bulunan ve önemli düzenlemelere sahip olan Avrupa Birliği’nde dahi konuya ilişkin pek çok sorun varlığını sürdürmektedir. Avrupa’nınki de dahil kişisel verilerin korunmasına ilişkin sistemlerin işlerliği önemli bir tartışma konusu oluşturmaktadır. Bu tartışmaların yoğunlaştığı hususlar ise kişisel verilerin korunmasının etkinliği, insan haklarına ve bireysel özgürlüklere uygunluğu, öte yandan ise bunların toplanması ve işlenmesinin ticaret ve suç ve suçlunun tespiti açısından son derece gerekli olmasıdır.

159 Berrin Akbulut, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Konya, 1999, s. 245.

160 Dülger, *Bilişim Suçları*, s.726, 727.

## KAYNAKLAR

- Akbulut, Berrin, “Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları”, *Yayınlanmamış Doktora Tezi*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Ceza ve Ceza Usul Hukuku Bilim Dalı, Konya, 1999.
- Akgül, Aydın, *Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında, Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014.
- Akyürek, Güçlü, “Kişisel Veriler ve Özel Hayatın Gizliliği Hakkı”, *Suç ve Ceza – Ceza Hukuku Dergisi*, Türk Ceza Hukuku Derneği yayını, S.3, Temmuz – Ağustos – Eylül 2011, s.43 – 59.
- Altıparmak, Kerem, “Büyük Biraderin Gözetiminden Çıkış: Telefonların İzlenmesinde Devletin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.63, Mart – Nisan 2006, s.29 - 66.
- Ayözger, A. Çiğdem, *Kişisel Verilerin Korunması: Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, Beta, İstanbul, 2016.
- Başalp, Nilgün, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
- Başalp, Nilgün, “Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet” *İnternet ve Hukuk*, Der: Yeşim M. Atamer, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, İstanbul, 2004, s. 5 – 36.
- Bozkurt, Yüksel / Armağan, Ebru, *Bulut Bilişimde Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara, Yetkin, 2016.
- Centel, Nur / Hamide, Zafer / Özlem, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 9. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Clough, Jonathan, *Principles of Cybercrime*, Second Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.
- de Terwangne, Cécile, “The Right to be Forgotten and Informational Autonomy in the Digital Environment”, *The Ethics of Memory in a Digital Age Interrogating the Right to be Forgotten*, Edited by Alessia Ghezzi/Ângela Guimarães Pereira/Lucia Vesnić-Alujević, European Commission, Joint Research Centre, Palgrave Macmillan, 2014, s. 82 – 101.
- Değirmenci, Olgun, “Bilişim Suçları”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Kamu Hukuku Bilim Dalı, İstanbul, 2002.
- Doğru, Osman, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları*, C.I, Legal Yayınevi, İstanbul, 2004.
- Donay, Süheyl, *Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1978.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Öğretisi)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Dülger, Murat Volkan, “Bankacılık Sırrı ve Sırrın Açıklanmasına İlişkin Suçlar”, *Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları*, İstanbul Barosu Yayınları, 2009, s.169-204.
- Erdoğan, Yavuz, *Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları (Avrupa konseyi Siber Suç*

*Sözleşmesi ve Yargıtay Kararları ile*), Legal, İstanbul, 2012.

- Erman, Sahir, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar (TCK 202 – 281)*, Dünya Yayıncılık, İstanbul, 1992.
- Ersoy, Uğur, “Bir İnsan Hakları Kavramı Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, *Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Siyaset ve Sosyal Bilimler Bilim Dalı, Ankara, 2009.
- Etzioni, Amitai, *Privacy in a Cyber Age*, Palgrave Macmillan, New York, 2015.
- Gülmez, Lütfü Cihan, “Kişisel Verilerimiz Korunuyor mu?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y.6, S.59, Temmuz 2011, s. 57 - 65.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Hakeri, Hakan, “Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme (Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali) Suçu”, *Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, 16 – 17 Ocak 2009, Mersin Barosu Yayını, Mersin, 2009, s. 126 - 131.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Yenilenmiş Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Jones, Meg Leta, *Ctrl + Z: The Right to Be Forgotten*, New York University Press, New York, 2016.
- Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma – Kovuşturma Evreleri*, 5. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kaya, Cemil, “Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi”, *İÜHFİM*, C.LXIX, S.1 - 2, 2001, s. 317 - 334.
- Küzeci, Elif, *Kişisel Verilerin Korunması*, Turhan Kitapevi, Ankara, 2010.
- Lloyd, Ian J., *Information Technology Law*, 6th Edition, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Martin, Yod-Samuel/Jose M. Del Alamo, “Forget About Being Forgotten”, *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Eds: Serge Gutwirth/Ronald Leenes/Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2016, s. 249 – 276.
- Orwell, George, *Bin Dokuz Yüz Seksen Dört*, Çev: Nuran Akgören, Can Yayınları, İstanbul, 1999.
- Özbek, Veli Özer / M. Nihat Kanbur / Koray Doğan / Pınar Bacaksız / İlker Tepe, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Özel, Sibel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku*, 12. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Steijn, Wouter Martinus Petrus, “The Coast of Using Facebook: Assigning Value to Privacy Protection on Social Network Sites Against Data Mining, Identity Theft, and Social Conflict”, *Data Protection on the Move: Current Developments in ICT and Privacy/Data Protection*, Eds: Serge Gutwirth/Ronald Leenes/Paul De Hert, Springer, Heidelberg, 2016, s. 323-343.
- Tezcan, Durmuş / Mustafa Ruhan Erdem / R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 13. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Ünver, Yener, “Türk Ceza Kanunu’nun ve Ceza Kanunu Tasarısının İnternet Açısın-

dan Değerlendirilmesi”, *İÜHF*, C.LIX, S.1 – 2, İstanbul, 2001, s.51 - 153.

- Ünver, Yener, “Federal Almanya’da Terör ve Organize Suçluluk ile İlgili Düzenlemeler”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, İstanbul, 1998, s.385 - 464.
- Walden, Ian, *Computer Crimes and Digital Investigations*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Yılmaz, Sabire Sabem, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Seçkin, Ankara, 2014.
- Yokuş Sevük, Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2008, s.782-811.

## ÖZ

Belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin tüm veriler olarak tanımlanabilecek kişisel verilerin korunması, insan haklarından olan özel hayat ve aile hayatına saygı hakkı bakımından önem arz eder. Kişisel verilerin korunması konusu günümüzde gittikçe önem kazanmakta, hem bireyler günlük yaşamlarında bu konuda pek çok yakınmada bulunmakta hem de konu üst düzey yargı organlarının hukuksal tavrı almalarına neden olmaktadır. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği başta olmak üzere pek çok ulusal üstü örgüt ve devlet tarafından kişisel verilerin korunması alanı düzenlenmiştir. Türkiye, geç kalınmış olsa da bu alanı düzenleyen 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nu kabul etmiştir. Kişisel verilerin ceza normlarıyla korunması ise Türk Ceza Kanunundaki suç tipleriyle sağlanmaktadır. Bu bağlamda ele alınması gereken suç tipleri: TCK 135-138. maddelerde düzenlenen Kişisel Verilerin Kaydedilmesi suçu, Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme suçu ve Verilerin Yok Edilmemesi suçu ve 6698 sayılı Yasanın 17/2 maddesinde düzenlenen Kişisel Verilerin Silinmemesi veya Anonim Hale Getirilmemesi suçudur.

**Anahtar Kelimeler:** Kişisel veri, Özel hayatın gizliliği, Veri koruma, Özel hayata karşı suç, Verilerin işlenmesi, Veri sahibi.





# Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı – I\*

The Right to Health in the Case-Law of the European  
Court of Human Rights - I

Selman Karakul\*\*

## ABSTRACT

The right to health is not recognized in the European Convention on Human Rights (ECHR or the Convention) and its additional Protocols. Nevertheless the European Court of Human Rights (ECtHR or the Court) has developed a case-law on the right to health and health-related issues in connection with the rights protected under the Convention such as the right to life, prohibition of inhuman and degrading treatment and the right to respect for private and family life. This paper analyses the general issues with regard to health and treatment services, privacy, protection of and access to personal data relating to medical and health conditions and lastly the health related issues concerning vulnerable groups in the light of ECtHR jurisprudence. It is intended to analyse the equality and prohibition of discrimination in health services, health and environment and bioethical issues in a subsequent paper.

**Keywords:** Right to health, Health-related rights, Positive obligations, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

## Giriş

Sağlık hakkı ulusal ve uluslararası hukuk belgelerinde geleneksel olarak sosyal haklar arasında düzenlenmekte ve sosyal haklar için öngörülen korumadan yararlanmaktadır. Geleneksel yaklaşımın çıkış noktası sağlık hakkının kişilere isteme hakkı veren, buna karşılık devlete pozitif yükümlülükler yükleyen, bu nedenle de ancak devletin mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirilebilecek olan

\* Makale gönderim tarihi: 28.11.2016. Makale kabul tarihi: 14.12.2016.

\*\* Yard. Doç. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19 Kavacık Kavşağı – Beykoz.

haklar arasında yer almasıdır. Geleneksel sosyal hak görüşünün etkisiyle Avrupa Konseyi (AK) sisteminde sağlık hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS veya Sözleşme) ve Sözleşme'ye Ek Protokollerde değil, Avrupa Sosyal Şartı'nda (ASS) güvenceye alınmıştır. Birleşmiş Milletler (BM) sisteminde de sağlık hakkının Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme yerine Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de düzenlenmesi tercih edilmiştir. Sağlık hakkı sosyal haklar arasında düzenlenmekle birlikte, kişisel haklar ve özgürlüklerle, ayrıca Vasak tarafından üçüncü kuşak haklar olarak nitelendirilen dayanışma haklarıyla<sup>1</sup> yakından ilişkilidir. Diğer yandan Bobbio'nun dördüncü kuşak haklar olarak öngördüğü<sup>2</sup> genetik mühendisliğiyle ilgili haklar ve ortaya çıkan biyoetik sorunlar, sağlık hakkının kapsamına girmektedir.

Uluslararası ve bölgesel insan hakları belgelerinde temel hak ve özgürlüklerin konularına göre (tematik olarak) düzenlenmesi ve farklı güvence mekanizmalarıyla korunması reel politik açıdan kabul edilebilir gibi görünse de, beklenen faydayı sağlayamamış ve çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların, kişisel ve siyasal haklardan ayrı belgelerde düzenlenmesi ve farklı bir koruma rejimine tabi olması, Doğu ve Batı bloku ülkeleri arasındaki ideolojik farklılıkların insan hakları alanına yayılmasına yol açmıştır.<sup>3</sup> Nihayet insan haklarının evrensel, bölünmez, birbirine bağlı ve birbiriyle ilişkili olduğu hususu, Soğuk Savaş Döneminin ardından, 1993 yılında Viyana'da düzenlenen BM Dünya İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen "Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı"nda teyit edilmiştir. Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı'nda, uluslararası toplumun insan haklarını küresel olarak adil ve eşit, aynı seviyede ve önemde ele alması gerektiği; ulusal veya bölgesel özellikler ile tarihsel, kültürel ve dinsel farklılıklar yadsınmamakla birlikte, siyasal, ekonomik ve kültürel sistemleri ne olursa olsun, insan hakları ve temel özgürlüklerinin bir bütün olarak korunması ve geliştirilmesinin devletlerin yükümlülüğünde olduğu teyit edilmiştir.<sup>4</sup> Böylece kişisel ve siyasal haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel

1 Karel Vasak, "A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights", *The Unesco Courier*, 30, 10, 1977, s. 29-32. Bkz. Burns H. WESTON, "Human Rights: Concept and Content", *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston (Ed.), University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006, s. 21-23.

2 Bkz. Norberto Bobbio, *The Age of Rights*, Çev: Allan Cameron, Polity Press, London, 1996, s. xi.

3 Bkz. İzzet Mert Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 128; İzzet Mert Ertan, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, Beta, İstanbul, 2015, s. 11-12.

4 Bkz. World Conference on Human Rights, "Vienna Declaration and Programme of Action", Vienna, 14-25 June 1993, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf> (26 Kasım 2016).

haklar arasında zorunlu bir ilişki olduğu<sup>5</sup> ve insan haklarının bütüncül bir yaklaşımla ele alınıp geliştirilmesi ve korunması gerektiği BM düzeyinde en azından ilke olarak benimsenmiştir.<sup>6</sup>

İnsan haklarının bütüncül bir yaklaşımla ele alınması, yalnızca bir dilek ve temenni olmasının ötesinde insan hakları hukukunun bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>7</sup> Shue'ya göre, bireysel ya da sosyal temel hakların tamamında, birbiriyle karşılıklı ilişki içinde bulunan üç temel yükümlülük bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, bir haktan yoksun bırakmaktan *kaçınma* görevi; ikincisi, bir haktan yoksun kalınmasından *koruma* görevi; üçüncüsü ise bir haktan yoksun kalana *yardım* görevidir.<sup>8</sup> Bu yükümlülükler yalnızca kişisel ve siyasal haklar yönünden değil, aynı zamanda sosyal haklar için de geçerlilik taşımaktadır. Diğer bir deyişle insan haklarının tamamının devletler yönünden negatif ve pozitif yönleri bulunmakta olup, negatif veya pozitif yükümlülüklerin yalnızca belirli hak ve özgürlükler yönünden geçerli olduğunu savunmak gerçekçi değildir.<sup>9</sup>

Sosyal haklar için öngörülen geleneksel sınırların aşılmasında, insan hakları pratiğinde özellikle sağlık hakkının ön plana çıktığını vurgulamak gerekmektedir. Sağlık hakkı konu ve kapsam bakımından yalnızca sosyal haklar içinde değerlendirilemeyecek kadar çok yönlüdür. 1946 yılında sağlık hakkını ilk kez temel bir insan hakkı olarak düzenleyen Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasının (anayasasının) başlangıcında, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanmanın ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşulları yönünden ayırım yapılmaksızın her insanın temel haklarından biri olduğu kabul edilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü kurucu antlaşmasında ayrıca tüm halkların sağlığının, barış ve güvenliğin sağlanmasının temelini oluşturduğu ve bunun gerçekleşmesinin bireyler ve devletlerin tam bir işbirliğine dayalı olduğu vurgulanmaktadır.<sup>10</sup> Daha sonra Birleşmiş Milletler ve bölgesel örgütler nezdinde kabul edilen genel kapsamlı veya dezavantajlı gruplarla ilgili birçok insan hakları belgesinde sağlık hakkı veya sağlıkla ilgili hakların benzer bir yaklaşımla güvenceye alındığı

5 Sosyal hakların diğer haklarla ilişkisi konusunda bkz. Nihat BULUT, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 66-72.

6 Henry J. Steiner ve Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2000, s. 237-238. Bkz. Selman Karakul, "Kişisel ve Siyasal Haklar ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Arasındaki Zorunlu İlişki: Gelişen AİHM Pratiği", *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 5, 13, (2013), s. 133-134.

7 Ekonomik, sosyal ve kültürel hakların bütüncül bir yaklaşımla ele alınması gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Bülent Algan, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 31-33.

8 Henry Shue, *Basic Rights*, Second Edition, Princeton University Press, Princeton, 1996, s. 52 vd.

9 Shue, a.g.e., s. 153-156. Bkz. Karakul, a.g.m., s. 133.

10 World Health Organization, "Constitution of the World Health Organization", [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) (26 Kasım 2016)

görülmektedir.<sup>11</sup> BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin, ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardı hakkıyla ilgili 14 No.'lu Genel Yorumunda<sup>12</sup> sağlığın, diğer insan haklarından yararlanabilmek için vazgeçilmez temel bir insan hakkı olduğu vurgulanmaktadır. 14 No.'lu Genel Yorumda, sağlık hakkının birbiriyle bağlantılı dört temel unsuru üzerinde durulmaktadır. Bunlardan birincisi işleyen kamu sağlığı ve sağlık bakım tesislerinin, ürün ve hizmetlerin yanı sıra programların taraf devletlerde yeterli miktarda *kullanılabilir* olması gerekliliğidir. İkincisi sağlık tesisleri ve sağlıkla ilgili ürün ve hizmetlerin ayırım gözetilmeksizin herkes için *ulaşılabilirliği*dir. Sağlık hakkının ulaşılabilir olması ayrımcılık yasağını, fiziksel yönden ulaşılabilirliği, ekonomik ya da maddi yönden ulaşılabilirliği, ayrıca sağlık sorunlarıyla ilgili bilgilere ulaşılabilirliği kapsamaktadır. Üçüncüsü tüm sağlık tesisleri, ürün ve hizmetleri tıp etiğine saygılı ve kültürel olarak uygun, diğer bir deyişle *kabul edilebilir* olmalıdır. Dördüncü ve son olarak sağlık tesisleri, ürün ve hizmetleri kültürel olarak kabul edilebilirliğin yanı sıra bilimsel ve tıbbi yönden de uygun ve iyi *kalitede* olmalıdır.<sup>13</sup>

Sağlık ve insan hakları arasındaki ilişkiler Mann vd. tarafından üç grupta toplanmaktadır.<sup>14</sup> Birincisi sağlık politikalarının, program ve uygulamalarının insan hakları üzerindeki olumlu veya olumsuz etkileridir. Sağlık bakımı çeşitli kamu-sal veya özel mekanizmalar yoluyla sağlanmaktadır. Ancak kamu sağlığı sorumluluğu büyük ölçüde doğrudan devlet tarafından veya devletten desteğiyle kabul edilen, yürütülen ve icra edilen politika ve programlarla yerine getirilmektedir. Kamu sağlığıyla ilgili öncelikli olarak sağlık gereksinimlerinin ve sorunlarının tespit edilmesi, ardından öncelikli sağlık sorunlarıyla ilgili önleyici ve kontrol edici politikalar geliştirilmesi, son olarak da geliştirilen politikaların uygulanmasına elverişli hizmetlerin sağlanması gerekmektedir. Kamu sağlığıyla ilgili temel işlev ve sorumluluklar yerine getirilirken, insan hakları üzerinde bir takım sınırlamalara gidilebilmektedir. Örneğin; zorunlu muayene ve tedavi, karantina ve izolasyon gibi önlemler, salgın hastalıkların önlenmesi ve genel sağlığın korunması amacıyla bazı kişilerin hakları üzerinde sınırlama getirebilmektedir.<sup>15</sup> Sağlıkla insan hakları arasındaki ikinci temel ilişki insan hakları ihlallerinin sağlık üzerindeki etkilerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin; işkence ve kötü muamele,

11 Bkz. Ertan, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, s. 18 vd.; Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 189 vd.

12 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının niteliği ve kapsamıyla ilgilidir.

13 Bkz. Office of the High Commissioner for Human Rights, "CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)", <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016)

14 Jonathan M. Mann vd., "Health and Human Rights", *Health and Human Rights*, 1, 1, 1994, s. 7-23

15 Mann vd., a.g.m., s. 13-17.

ceza ve tutukevlerinde insani yaşam koşullarının bulunmaması, yargısız infaz ve kayıp olaylarının sağlıkla ilişkisi bulunmaktadır. Dolayısıyla insan haklarıyla ilgili sağlık uzmanlarının insan hakları ihlallerinin tespit edilip, raporlanması konusunda yeterli bilgi ve donanıma sahip olması gerekmektedir. Ağır insan hakları ihlallerinin fiziksel ve ruhsal sağlık üzerindeki etkileri uzun süreli olabilmektedir. Diğer yandan tütün ve tütün ürünlerinin sağlığa zararları, doğum kontrolü ve cinsel yolla bulaşan hastalıkların önlenmesi gibi konularda kamuoyunun bilgilendirilmemesi, bilgi edinme hakkının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Ayrıca mesleki hastalıklar, iş kazaları ve buna bağlı ölüm vakaları, dezavantajlı grupların maruz kaldığı sağlık sorunları da çeşitli insan hakları ihlallerine yol açabilmektedir.<sup>16</sup> Sağlıkla insan hakları arasındaki ilişkinin üçüncü boyutu ise daha karmaşık olup, buna göre insan haklarının korunması ve geliştirilmesinin, sağlığın korunması ve geliştirilmesiyle bağlantılı olduğu varsayılmaktadır. Bu kapsamda sosyo-ekonomik statünün sağlık durumu üzerindeki etkileri, yoksulluk ve sağlık durumu arasındaki ilişki, ayrıca sosyo-ekonomik paradigmanın sağlık çalışanlarında duyarsızlığa yol açabileceği üzerinde durulmaktadır. Sağlık hakkının ancak sağlık ve insan hakları disiplinleri arasındaki diyalog sayesinde anlam kazanabileceği ve gelişebileceği, insan haklarına ve onuruna sahip olabilmek için sağlığın önkoşul niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.<sup>17</sup>

AIHS organları, sosyal ve ekonomik haklarla ilgili iddialar içeren başvurular hakkında verdikleri ilk kararlarda, Sözleşme ve Ek Protokollerde yalnızca kişisel ve siyasal temel hakların güvenceye alındığını, dolayısıyla sosyal ve ekonomik hakların konu yönünden (*ratione materiae*) Sözleşme'nin koruma alanına girmediğini kabul etmiştir.<sup>18</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM veya Mahkeme) ilk kez *Airey / İrlanda* davası hakkındaki kararında Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen kişisel ve siyasal hakların birçoğunun sosyal ve ekonomik nitelikte etkileri olabileceğini; iki hak kategorisi arasında kesin bir ayırım bulunmadığını tespit etmiştir.<sup>19</sup> Diğer yandan AIHM *Belçika Dil Davası (Belgian Linguistic Case)*<sup>20</sup> ve *Marckx / Belçika*<sup>21</sup> kararlarıyla, taraf devletlerin Sözleşme ve Ek Protokollerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunması ve gerçekleştirilmesi için yerine getirmesi gereken yükümlülüklerden hareketle, pozitif ya da olumlu yükümlülük kavramını geliştirmiştir. AIHM'ye göre, pozitif yükümlülü-

16 Mann vd., a.g.m., s. 17-19.

17 Mann vd., a.g.m., s. 19-22.

18 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun (AIHK veya Komisyon) 10.12.1975 tarihli *X / Danimarka* (6907/75) ve 04.02.1982 tarihli *Godfrey / Birleşik Krallık* (8542/79) kararları.

19 *Airey / İrlanda* (6289/73), 9 Ekim 1979, § 26.

20 Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" / *Belçika* (1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), 23 Temmuz 1968.

21 *Marckx / Belçika* (6833/74), 13 Haziran 1979, § 31.

ğün temel niteliği, ulusal makamların bir hakkı korumak için uygulamada gerekli önlemleri almalarını; diğer bir deyişle, bireyin haklarını korumak için makul ve uygun tedbirleri geliştirmelerini gerektirmektedir.<sup>22</sup> AİHM taraf devletlerin Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini genellikle, Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan, taraf devletlerin "...kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını..." sağlama ödevine ya da Sözleşme'de güvenceye alınan hakların "teorik ve görünüşte" değil "uygulamada ve etkin bir biçimde" korunması gereğine dayandırmaktadır. Bazı davalarda ise yargısal yaratıcılık, genel yorum yoluyla, Sözleşme'nin esası ve amacına uyulmasını temin etme yükümlülüğüne atf yapılarak açıklanmaktadır. AİHM'nin gelişen standartlara yanıt verebilecek dinamik bir yorum yöntemi uygulamasına karşılık, sosyo-ekonomik gerekler karşısında devletlerin pozitif yükümlülüklerinin kapsamının Mahkeme tarafından bugüne kadar açık bir teorik temele dayandırılmamış olduğunu ve daha ziyade başvuruya konu olaylar özelinde bir değerlendirme yapıldığını belirtmek gerekir.<sup>23</sup>

AİHM önüne gelen davalarda sağlık hakkıyla ilgili sorunları, AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan yaşam hakkı; işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı, düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplantı ve dernek kurma özgürlüğü, etkili başvuru hakkı, (AİHS ve Ek Protokollerde düzenlenen haklarla bağlantılı) ayrımcılık yasağı, serbest dolaşım özgürlüğü, yabancıların sınırdışı edilmelerine yönelik usulî güvenceler ve genel ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirmiştir. Ancak sağlık hakkının AİHS ve Ek Protokollerde güvenceye alınan haklarla bağlantılı olarak incelenmesi, AİHM'nin sağlık hakkının hangi yönüyle ilgilendiği veya sağlık hakkına yönelik taraf devletlerin hangi yükümlülüklerinin Sözleşme kapsamında değerlendirilebileceğini tam olarak ortaya koyamamaktadır. Bu nedenle, AİHS ve Ek Protokollerde düzenlenen hak ve özgürlüklerin sistematiğinden ayrılarak, AİHM kararlarının içerik bakımından sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili haklar kapsamında incelenmesinin konu hakkında daha doğru değerlendirme yapılabilmesine imkân vereceği düşünülmektedir.

AİHM kararları çerçevesinde sağlık hakkı konusunun geniş kapsamlı olması

<sup>22</sup> Jean-François Akandji – Kombé, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007, s. 7.

<sup>23</sup> Ellie Palmer, "Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights", *Erasmus Law Review*, 2, 4, 2009, s. 402; John Tobin, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2012, s. 93. Bkz. Karakul, a.g.m., s. 135-136.

nedeniyle konunun iki ayrı çalışmada ele alınması planlanmıştır. Birinci çalışma konunun genel çerçevesini belirlemekte olup, üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar karşısında AİHM kararlarında benimsenen yaklaşıma değinilmektedir. Yeterli sağlık bakımı alma hakkı, sağlık çalışanlarının sorumluluğu, zorla tıbbi müdahale ve sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkı, sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar arasında görülmektedir. İkinci bölümde, gizlilik, sağlıkla ilgili kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim konuları incelenmektedir. Korunmaya muhtaç bazı grupların sağlık sorunlarına yer verilen üçüncü bölümde, engelli ve göçmenlerin sağlık haklarıyla ilgili sorunlarının yanı sıra tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları üzerinde durulmaktadır. Bu çalışmanın devamı olarak daha sonra yayımlanması planlanan ikinci çalışmada ise AİHM kararları çerçevesinde sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağına (1); AİHM'nin çevreyle ilgili sağlık sorunlarına yaklaşımına (2); son olarak da AİHM önüne gelen biyoetik ile ilgili konulara (3) yer verilecektir.

## I. Sağlık ve Tedavi Hizmetleriyle İlgili Genel Sorunlar

### A. Yeterli Sağlık Bakımı Alma Hakkı

AİHS ve Ek Protokollerde yeterli sağlık bakımı alma hakkıyla ilgili bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, özellikle kamu kurumlarının gözetim ve sorumluluğu altında bulunan bireylerin sağlık ve tedavi hizmetlerinden yeterince yararlanamaması Sözleşme'de güvenceye alınan yaşam hakkı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile bu haklarla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlali sonucunu doğurabilmektedir. Bu nedenle Sözleşme'ye taraf devletlerin yeterli sağlık bakımı sağlama yükümlülükleri daha ziyade korunmaya muhtaç gruplar, özellikle de engelliler, göçmenler, tutuklu ve hükümlüler bakımından gündeme gelmekte olup, bu konuya aşağıda ayrıca değinilmektedir. Bu başlık altında AİHM kararlarında kabul edilen yeterli sağlık bakımı alma hakkıyla ilgili genel yaklaşım üzerinde durulmaktadır.

AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, taraf devletlerin yalnızca kasıtlı ve hukuka aykırı olarak bir kimsenin hayatına son vermektен kaçınmasını öngörmekle yetinmemekte, aynı zamanda yargı yetkisi altında bulunan kişilerin hayatını korumak için uygun önlemleri almasını da gerektirmektedir.<sup>24</sup> AİHM *Kıbrıs / Türkiye* davasında, taraf devletlerin nüfusun geneline sağlamakla yükümlü olduğu sağlık bakımını yerine getirmeyerek, bir bireyin hayatını riske sokmaları halinde AİHS'nin 2. maddesi kapsamında bir

24 AİHK, *Association X. / Birleşik Krallık* (7154/75), 12 Temmuz 1978; AİHM, *L.C.B. / Birleşik Krallık* (14/1997/798/1001), 9 Haziran 1998, § 36.

sorun ortaya çıkabileceğini kabul etmiştir. Ancak somut davada, bireysel vakalarda sağlık hizmetine erişimde gecikme nedeniyle hastaların hayatlarının tehlikeye atıldığı tespit edilmemiştir. AİHM'ye göre, Kıbrıslı Rum veya Maronitlerin adanın kuzeyinde bulunan hastanelerdeki sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını engelleyici bir bulgu mevcut değildir. Davacı devlet adanın kuzeyindeki sağlık bakım düzeyini eleştirirse de, Mahkeme bu dava kapsamında Sözleşme'nin 2. maddesinin taraf devletlere belirli bir sağlık bakım standardını sağlama zorunluluğu yüklediğini belirtmiştir. Buna karşılık Mahkeme, Kıbrıslı Rum ve Maronit toplumlarının sağlık bakımı konusunda yaşadıkları güçlüklerin seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlamalardan kaynaklandığı ve bu yöndeki iddiaların Sözleşme'nin 8. maddesinde güvenceye alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirileceğini kabul etmiştir.<sup>25</sup> AİHM tıbbi tedavi amacı dahil olmak üzere seyahat özgürlüğüne yönelik sınırlama ve formaliteleri, adanın kuzeyinde yaşayan Kıbrıslı Rumların özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlaline yönelik bulguları ağırlaştırıcı faktörler olarak nitelendirmiştir.<sup>26</sup>

*Zdzisław Nitecki / Polonya* davasında, ender ve ölümcül bir hastalığa yakalanan başvuran, ilaç giderlerinin %70'inin Sağlık Sigortası Fonundan karşılandığını, %30'unu ise kendisinin ödemesi gerektiğini, ancak tedavi giderlerini karşılayabilecek yeterli geliri olmadığı için ilaç tedavisini uygulayamadığını ve bu durumun kaçınılmaz olarak, vakitsiz ölümüyle sonuçlanacağını belirterek, Sözleşme'nin yaşam hakkını güvenceye alan 2. maddesinin, ayrıca Sözleşme'nin 8. ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, *Zdzisław Nitecki* davasıyla ilgili kararında, başvuranın ödediği sosyal sigorta primleri sayesinde diğer bireyler gibi Polonya'daki kamusal sağlık hizmetlerinden yararlanabildiğini, nitekim uzun yıllar boyunca tedavi ve ilaç yardımından istifade ettiğini, davanın koşulları dikkate alındığında, davalı devletin ilaç giderlerinin büyük bir kısmını karşılamasına rağmen, bu giderlerin %30'unu karşılamadığı için, AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılmayacağını belirterek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.<sup>27</sup>

AİHM *Panaitecu / Romanya* davasında, kanser hastası olan başvurana iç hukuk kuralları uyarınca ücretsiz tedavi ve ilaç sağlanması gerekirken, tedavisi için gerekli olan iki özel ilacın kendisine ücretsiz olarak verilmemesi, ayrıca Hamburg'da iki ayda bir uygulanacak deneysel ilaç tedavisi giderlerinin karşılanmaması üzerine yerel mahkemede açtığı iki dava sonucunda, sağlık giderlerinin kamu kurumları tarafından karşılanması ve bu amaçla yaptığı harcamaların

25 *Kıbrıs / Türkiye* (25781/94), 10 Mayıs 2001, §§ 219-222.

26 *Kıbrıs / Türkiye* (25781/94), 10 Mayıs 2001, §§ 299-300.

27 *Zdzisław Nitecki / Polonya* (65653/01), 21 Mart 2002, § 1. KARAKUL, a.g.m., s. 140.



tazmin edilmesi yönündeki kararların yetkili makamlar tarafından yerine getirilmemesini, usul yönünden yaşam hakkının korunması yükümlülüğüne aykırı bulmuştur. AİHM'ye göre özellikle insanların hayatının korunması zorunluluğu söz konusu olduğunda, kişiler lehine verilmiş olan mahkeme kararlarının yerine getirilmemesi konusunda taraf devletlerce mali kaynakların yetersizliği, mazeret olarak ileri sürülemez.<sup>28</sup>

## B. Sağlık Çalışanlarının Sorumluluğu

Sözleşme organları sağlık çalışanlarının sorumluluğundan kaynaklanan ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle taraf devletlerin yükümlülüklerini, herkesin yeterli sağlık bakımı alma hakkından daha geniş yorumlamaktadır. Sözleşme'ye Ek 11 No'lu Protokol yürürlüğe girmeden önce Komisyon, ardından Mahkeme, sağlık çalışanlarının sorumluluğundan kaynaklanan şikayetleri başta yaşam hakkı olmak üzere, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, adil yargılanma hakkı ile özel ve aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde incelemişlerdir. Komisyon *Mehmet Işıltan / Türkiye* davasında bir devletin yaşam hakkının korunması konusundaki pozitif yükümlülüklerinin, sağlık kuruluşlarının hastaların hayatının korunması için gerekli düzenlemelere sahip olmasını da içerdiğini tespit etmiştir. Komisyon'a göre devletin pozitif yükümlülükleri aynı zamanda hastanede meydana gelen ölüm olaylarının nedenlerini ve bu ölüm olaylarında ilgili sağlık çalışanlarının herhangi bir sorumluluğu bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak için etkili bir adli sistem oluşturmayı da kapsamaktadır.<sup>29</sup> AİHM *Calvelli ve Ciglio / İtalya* kararında, daha önceki Komisyon kararlarına benzer şekilde taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri uyarınca gerek kamu, gerek özel sağlık kuruluşlarının hastaların hayatının korunması için uygun önlemleri almaya zorlayacak düzenlemeleri yapmaları gerektiğini belirtmiştir. AİHM'ye göre kamu ve özel sektöre bağlı sağlık kuruluşlarında tıbbi bakım altındayken hayatını kaybeden hastaların ölüm nedenini ve varsa ölüm vakasından sorumlu olanları tespit edecek etkili ve bağımsız bir adli sistemin oluşturulması gerekmektedir.<sup>30</sup>

*Mantovanelli / Fransa* davasında AİHM, kamu hastanesinde uygulanan hatalı tedavi sonucunda kızlarının öldüğünü iddia eden başvuranların hastanenin sorumluluğunun tespiti ve zararlarının tazmini talebiyle idare mahkemesinde açtıkları davada yapılan yargılamayı AİHS'nin 6/1. maddesinde güvenceye alınan adil yargılanma hakkı kapsamında incelemiştir. AİHM başvuranların idare

<sup>28</sup> *Panaitescu / Romanya* (30909/06), 10 Nisan 2012, § 27-37.

<sup>29</sup> AİHK, *Mehmet Işıltan / Türkiye* (20948/92), 22 Mayıs 1995.

<sup>30</sup> *Calvelli ve Ciglio / İtalya* (32967/96), 17 Ocak 2002, § 49. AİHM'nin genel olarak sağlıkla ilgili karar özetleri için bkz. European Court of Human Rights, *Factsheets - Health*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).

mahkemesinin atadığı bilirkişi tarafından ifadelerine başvurulmuş beş tanığın sorusunda hazır bulunmamaları ve mahkemenin kararına esas teşkil eden deliller hakkında başvurulara görüş bildirme imkanı tanınmaması nedeniyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>31</sup> *Trocellier / Fransa* davasında ise AİHM, geçirdiği jinekolojik operasyon sonrasında sol bacağı felç olan başvuranın hastanenin sorumluluğunun tespiti ve zararlarının tazmini talebiyle idare mahkemesinde açtığı davanın ve ardından temyiz müracaatının reddedilmesi nedeniyle AİHS'nin herhangi bir maddesine dayanmadan Mahkeme'ye yaptığı başvuruyu, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelemiştir. Mahkeme'ye göre yaşam hakkı kapsamında geçerli olan taraf devletlerin kamu ve özel sektöre bağlı sağlık kuruluşlarında tıbbi ihmal ve hata iddialarını inceleyecek etkili ve bağımsız bir adli sistemin mevcut olması, özellikle hukuki sorumluluğu ortaya koyabilecek yargı yolunun bulunması, ayrıca sağlık kuruluşlarının, hastaların hayatının korunması konusunda uygun önlemleri almaya zorlayacak düzenlemeleri yapması yönündeki yükümlülükleri, vücut bütünlüğü hakkına ciddi bir müdahalede bulunulması durumunda, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında da aynen geçerlidir. Mahkeme somut dava koşullarında başvuranın öngörülen hukuki yollara müracaat ettiğini ve ulusal yargı organları tarafından yapılan inceleme sonucunda herhangi bir tıbbi ihmal ve hata tespit edilmediğini; operasyonun öngörülebilir riskleri hakkında hastalara bilgi verilmesi yükümlülüğü konusunda Fransız hukukunda düzenleme bulunduğunu; ancak başvuranın geçirdiği operasyonda böyle bir olumsuz sonuç ortaya çıkabileceğine ilişkin yeterli bilimsel veri mevcut olmadığı için başvurana bilgi verilmesine gerek duyulmadığını; kaldı ki, başvuranın da bu yönde bir iddiasının bulunmadığını belirterek, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.<sup>32</sup>

*Šilih / Slovenya* davasında başvuranlar, oğullarına uygulanan alerjik reaksiyon tedavisinden sonra, hastanın sağlık durumunun kötüleşerek hayatını kaybetmesinin ardından başlatılan ceza yargılamasının ve açtıkları hukuk davasının ölüm vakasıyla ilgili sorumluluğu hızlı ve etkili bir şekilde tespit etmekten uzak olduğu gerekçesiyle AİHS'nin diğer maddelerin yanı sıra yaşam hakkını güvenceye alan 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM Büyük Dairesi, tıbbi ihmal iddiasıyla ilgili başvurularda hukuki yolların tek başına veya ceza yargılamasıyla bağlantılı olarak ilgili hekimlerin sorumluluğunu ortaya çıkarabilecek ve hukuken uygun giderim imkanları sunabilecek nitelikte olması gerektiğini, bu amaçla ayrıca disiplin önlemleri de öngörülebileceğini belirtmiştir. AİHM'ye göre, taraf devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesinden kaynaklanan yükümlülük-

31 *Mantovanelli / Fransa* (21497/93), 18 Mart 1997, § 36.

32 *Trocellier / Fransa* (75725/01), 5 Ekim 2006, § 4.

leri kapsamında, tıbbi ihmal iddiasıyla ilgili başvurularda iç hukuktaki koruma mekanizmalarının yalnızca teoride mevcut olması değil, aynı zamanda uygulamada da etkin bir şekilde işlemesi ve davanın gereksiz gecikmelere yer verilmeksizin derhal incelenmesi gerekmektedir. Ayrıca Sözleşmenin 2. maddesinden ayrı olarak sağlık hizmetleri esnasında yapılan muhtemel hataların bilinmesi, ilgili kurumların ve sağlık personelinin potansiyel eksikliklerin giderilmesi ve benzer hataların önlenmesi için de gereklidir. Bu nedenle tıbbi ihmal ve hata iddiaları içeren başvuruların derhal incelenmesi sağlık hizmetlerinden yararlananların güvenliği için önem taşımaktadır.<sup>33</sup> AİHM, ceza yargılamasının taraf devletlerin Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi için yeterli olsa da, mevcut davada Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamındaki usulî yükümlülüğün ceza yargılamasını zorunlu kılmadığını belirtmiş; bu nedenle yalnızca ceza yargılamasının aşırı uzun sürdüğüne ve bu durumun başvuruların tutumu ya da davanın karmaşıklığıyla açıklanamayacağına dikkat çekmekle yetinmiştir. Mahkemeye göre hukuk yargılamasında ise sık sık davaya bakan yargıçların değişmesi ve ilk derece aşamasında altı ayrı yargıcın görev yapması, davanın etkili bir şekilde görülmesini engellemiş ve ceza davasının hukuk davası için bekletici mesele yapılması gibi diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde, bu durum yargılamada gecikmeye yol açmıştır. Mahkeme yargılamadaki eksiklikler konusunda -bağlayıcı olmamakla birlikte- Ombudsman raporundaki tespitlere de dikkat çekmiştir. Mahkeme *Šilih / Slovenya* davasında başvuruların oğlunun ölümünden kaynaklanan iddiaların soruşturulmasında ulusal makamların gerekli özeni göstermediği sonucuna vararak, Sözleşme'nin 2. maddesinde güvenceye alınan yaşam hakkının usulî yönden ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>34</sup> AİHM, *Zafer Öztürk / Türkiye* davasında, eşi jinekolojik bir operasyondan sonra sağlık durumu kötüleşerek hayatını kaybeden başvuranın tıbbi ihmal iddialarının iç hukukta hızlı ve etkin bir şekilde incelenmediği yönündeki şikayetlerini *Šilih / Slovenya* davasıyla aynı kapsamda değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 2. maddesinin usulî yönden ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>35</sup>

AİHM *G.N. vd. / İtalya* davasında, talasemi hastası olan başvuranlara 1980'li yıllarda devlete ait sağlık kuruluşlarında yapılan kan nakli yoluyla HIV ve Hepatit C virüsü bulaşması ve hastalığın ortaya çıkması üzerine başvuranların Sağlık Bakanlığı'na karşı açtıkları tazminat davalarının reddedilmesi nedeniyle, başta

33 *Šilih / Slovenya* (71463/01), 9 Nisan 2009, §§ 194-196.

34 *Šilih / Slovenya* (71463/01), 9 Nisan 2009, §§ 202-211. *Šilih / Slovenya* davasında AİHM'nin 2. maddesinden kaynaklanan usulî yükümlülüklerin zaman bakımından (*ratione temporis*) uygulanmasıyla ilgili olarak Mahkemenin tespitleri de önem taşımaktadır. Bkz. *Šilih / Slovenya* kararı, §§ 148-167.

35 *Zafer Öztürk / Türkiye* (25774/09), 21 Temmuz 2015, §§ 43-59.

yaşam hakkı olmak üzere Sözleşme'nin çeşitli maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla yapılan şikayetleri incelemiştir. AİHM'ye göre 1988 yılında yapılan düzenlemeden önce İtalyan makamların söz konusu virüslerin kan nakli yoluyla bulaşma riskini bildiği ya da bilmesi gerektiği tespit edilemediği gibi, bu kapsamda iç hukukta açılan davalarda mahkemelerin Bakanlığın sorumluluğu hakkında yaptıkları değerlendirmenin keyfi veya gayri makul olduğu söylenemez. Bu nedenle AİHM *G.N. vd. / İtalya* davasında yaşam hakkının esas yönünden ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.<sup>36</sup> Buna karşılık başvuruların iç hukukta açtıkları davaların bir ölçüde karmaşık olmasına rağmen, makul bir sürede sonuçlandırılmaması ve başvuruların yargılamadaki gecikmeye karşı iç hukukta başvurabilecekleri hukuki bir yolun bulunmaması nedeniyle, AİHM başvuruların yaşam hakkının usulî yönden ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>37</sup> Diğer yandan AİHM, söz konusu olaylardan sonra çıkarılan bir Bakanlık kararnamesiyle benzer durumda olan "hemofili" hastalarıyla uzlaşma imkanı getirilirken, başvurular gibi "talasemi" hastalarının uzlaşma kapsamına dahil edilmemelerini yaşam hakkıyla bağlantılı ayrımcılık yasağı ihlali olarak kabul etmiştir.<sup>38</sup>

AİHM *Oyal / Türkiye* davasıyla ilgili kararında, tıbbi ihmal iddiaları karşısında taraf devletlerin sorumluluğunun kapsamını genişletmiştir. *Oyal* davası, prematüre doğum sonrasında bebekte ortaya çıkan sağlık sorunları nedeniyle gerçekleştirilen tedavi sürecinde, Kızılay'dan temin edilen kanın nakli yoluyla bebeğe HIV virüsü bulaşması ve ardından yaşanan gelişmelerle ilgilidir. Davaya konu olaydan sonra, Kızılay'dan temin edilen kanı bağışlayan HIV pozitif donör tespit edilmiştir. Olayda sorumluluğu bulunduğu iddia edilen Kızılay ve Sağlık Bakanlığı çalışanları hakkında yapılan şikayete rağmen, ilgililer hakkında herhangi bir ceza davası açılmamıştır. Kızılay aleyhine açılan tazminat davasında mahkeme, davacılar lehine bir miktar manevi tazminata hükmetmiştir. Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan tamyargı davası sonucunda da mahkeme manevi tazminata hükmetmiştir. Kan naklinden mağdur olan çocuk ile anne ve babası tarafından AİHM'ye yapılan başvuruda, olayda sorumluluğu bulunanlar hakkında etkili bir soruşturma yapılmadığı, açılan idari davanın makul bir sürede sonuçlanmadığı, hukuk ve idare davalarında hükmedilen tazminat miktarının tıbbi giderleri için yeterli olmadığı ve ailenin içinde bulunduğu ekonomik güçlükler nedeniyle ilaç ve tedavi giderlerini karşılayamadığı belirtilmiştir. AİHM *Oyal / Türkiye* kararında, ulusal mahkemelerin Kızılay ve Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluğunu tespit ederken benimsedikleri olumlu yaklaşımı kabul etmekle birlikte, dava koşul-

36 *G.N. vd. / İtalya* (43134/05), 1 Aralık 2009, §§ 85-95.

37 *G.N. vd. / İtalya* (43134/05), 1 Aralık 2009, §§ 96-102.

38 *G.N. vd. / İtalya* (43134/05), 1 Aralık 2009, §§ 124-134.

larında en uygun giderimin çocuğun ilaç ve tedavi giderlerinin hayatı boyunca ödenmesi olduğunu, dolayısıyla hükmedilen tazminat miktarlarının AİHS'nin 2. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini karşılamaktan uzak olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre iç hukukta verilen tazminat kararlarına rağmen başvuruların yaşam hakkının ihlalinden kaynaklanan mağduriyetleri devam etmiştir. Diğer yandan hukuk davası kısa bir sürede sonuçlansa da, dokuz yılı aşkın bir süre devam eden idari davanın makul bir sürede sonuçlandırıldığı söylenemez. AİHM dava konusu olaylar çerçevesinde yaptığı değerlendirmede, yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>39</sup> Mahkeme ayrıca açılan idari davanın makul bir sürede sonuçlandırılmaması ve yargılamayı hızlandırmak için başvurulabilecek etkin bir iç hukuk yolu bulunmaması nedeniyle AİHS'nin 6/1. ve 13. maddelerinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>40</sup> AİHM *Oyal / Türkiye* kararında, daha önce emsali görülmemiş biçimde, başvurular lehine 300.000,- Euro maddi tazminat, 78.000,- Euro manevi tazminat ve 3.000,- Euro yargılama giderinin yanı sıra, maddi tazminat kapsamında davalı devlet tarafından çocuğa hayatı boyunca ücretsiz ve tam tıbbi bakım sağlanmasına hükmetmiştir.<sup>41</sup>

AİHM *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk / Türkiye* davasında, bir tıp fakültesi hastanesindeki tedavi giderlerini karşılama gücü bulunmayan hamile kadının, vakanın aciliyetine rağmen, içinde sağlık personeli bulunmayan ambulansla devlet hastanesine nakledildiği sırada hayatını kaybetmesi nedeniyle, yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca mevcut dava koşullarında hastanın hayatta kalması için her türlü acil önlemleri alma yükümlülüğünü yerine getirmeyen sağlık personelinin sorumluluğu basit bir tıbbi hata veya ihmal boyutlarının ötesinde olduğu halde, cezai sorumluluğun tespitine yönelik yürütülen soruşturmadaki eksiklikler nedeniyle yaşam hakkının usul yönünden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>42</sup> AİHM *Asiye Genç / Türkiye* davasında prematüre doğan bebeğin hastaneler arasındaki nakil sırasında, tedavi için kabul edilmemesi sonucunda, doğumundan birkaç saat sonra ölmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme *Asiye Genç / Türkiye* davasında bebek için zorunlu acil müdahalenin yapılmamış olduğuna, ayrıca yaşanan trajedi karşısında Türk yargı sisteminin olayın açıklığa kavuşturulmasına yönelik etkili bir soruşturma yürütmediğine dikkat çekmiştir.<sup>43</sup> AİHM *Altuğ vd. / Türkiye* davasında ise, başvuruların 74 yaşındaki yakınının özel bir

39 *Oyal / Türkiye* (4864/05), 23 Mart 2010, §§ 67-77.

40 *Oyal / Türkiye* (4864/05), 23 Mart 2010, §§ 83-93.

41 *Oyal / Türkiye* (4864/05), 23 Mart 2010, §§ 98-107.

42 *Mehmet Şentürk ve Bekir Şentürk / Türkiye* (13423/09), 9 Nisan 2013, §§ 96-97, 105-106.

43 *Asiye Genç / Türkiye* (24109/07), 27 Ocak 2015, §§ 86-87.

hastanede penisilin türevi ilaç enjeksiyonuna bağlı şiddetli alerjik reaksiyon sonucunda ölmesiyle ilgili olarak etkili bir soruşturma yürütülmemesi nedeniyle yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>44</sup>

AİHM *Aydoğdu / Türkiye* davasında prematüre doğan ve akut solunum sıkıntısı sendromu teşhisi konulan bebeğin, doğduğu hastanenin yeterli tıbbi donanıma sahip olmaması nedeniyle sevk edildiği hastanenin yoğun bakım ünitesinde boş yer bulunmaması üzerine uygun bir hastane aranırken, durumunun kötüleşmesi ve ardından sevk edildiği hastanede hayatını kaybetmesi vakasında, bebeğin uygun acil tedavi hizmeti alamamasının, sağlık bakımının hayatı tehdit edecek düzeyde inkar edilmesi boyutlarına ulaştığını tespit etmiştir. Olayda yaşam hakkının esas yönünden ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme, ayrıca olayın ardından yürütülen ceza soruşturmasının etkili olmadığı gerekçesiyle, yaşam hakkının usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>45</sup> AİHM *Aydoğdu / Türkiye* kararında yalnızca ihlalin tespitiyle yetinmeyip, benzer ihlallerin tekrerrür edebileceği düşüncesiyle, AİHS'nin 46. maddesi uyarınca AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve yerine getirilmesine yönelik bir takım bulgulara da yer vermiştir. AİHM'ye göre öncelikle benzer olayların engellenmesi ve cezasız kalmaması için mağdurların etkin katılımını temin edecek, bağımsız ve tarafsız bir idari ve disiplin soruşturmasını derhal ve kendiliğinden yürütecek bir usulün geliştirilmesi gerekmektedir. İkincisi hukukun üstünlüğünün, kamuoyunun ve mağdurların yargısal sisteme olan güvenlerinin korunması için adli tıp inceleme usulünün yeterli güvencelere sahip olması, diğer unsurların yanında incelemeyi yapacak kurum ve uzmanların davanın gerektirdiği nitelik ve becerilere sahip olması, ayrıca kamu veya özel sektördeki adli tıp uzmanlarının güvenilirlik ve etkinliğin sağlanması için bilimsel görüşlerini destekleyecek uygun gerekçeler göstermesi gerekmektedir.<sup>46</sup>

AİHM'nin sağlık bakımı ve sağlık çalışanlarının sorumluluğuyla ilgili Türkiye hakkında verdiği kararların, 2003 yılından itibaren sürdürülen Sağlıkta Dönüşüm Programının sonuçlarının henüz alınmadığı dönemleri kapsadığını belirtmek gerekir. Türkiye'de Sağlıkta Dönüşüm Programı kapsamında temel sağlık hizmetlerinde ve sağlığa erişimde önemli gelişmeler olduğu,<sup>47</sup> ancak sağlık çalışanlarının sorumluluğuyla ilgili hukuki belirsizliğin sürdüğü ve etkin yar-

44 *Altuğ vd. / Türkiye* (32086/07), 30 Haziran 2015, §§ 84-86.

45 *Aydoğdu / Türkiye* (40448/06), 30 Ağustos 2016, §§ 88, 102, 103-104.

46 *Aydoğdu / Türkiye* (40448/06), 30 Ağustos 2016, §§ 118-122.

47 Bkz. OECD ve Dünya Bankası, *OECD Sağlık Sistemi İncelemeleri - Türkiye*, 2008, <http://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/OECDKITAP.pdf> (26 Kasım 2016); Hasan Hüseyin Yıldırım, *Türkiye Sağlık Sistemi: Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu*, Sağlık-Sen Yayınları, Ankara 2013, s. 74-78.

gılama sisteminin henüz geliştirilemediği söylenebilir. Bu nedenle AİHM'nin Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca alınması gereken önlemlere değindiği *Aydoğdu / Türkiye* kararının yerine getirilmesi sürecinde, sağlık hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan şikayetlerde bağımsız ve tarafsız bir hukuki denetim mekanizmasının kurulması ve adli tıp hizmetlerinin kararda belirtilen doğrultuda iyileştirilmesi önem taşımaktadır.

### C. Zorla Tıbbi Müdahale

AİHM'nin önüne gelen davalarda zorla tıbbi müdahale iddiaları, zorla besleme, suçla ilgili delil elde etme, jinekolojik muayene, psikiyatrik müdahale, zorunlu izolasyon ve zorunlu aşı uygulaması gibi konuları kapsamaktadır. AİHM zorunlu tıbbi müdahale iddialarını başvuruya konu olayların özelliklerini ve koşullarını dikkate alarak işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı veya özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirebilmektedir.

AİHK tarafından incelenen *X. / Almanya* davasında, hakkındaki tutuklama kararından sonra sevk edildiği ceza ve tutukevinde açlık grevine başlayan başvurana, başhekim raporu üzerine zorla besleme uygulaması yapılabilecek bir ceza ve tutukevine nakdedilmesinin ardından, mahkeme kararıyla salıverildiği tarihe kadar, dört gün boyunca günde iki kez zorla besleme uygulandığı iddia edilmektedir. Komisyon'a göre bir kişinin zorla beslenmesi belli koşullarda AİHS'nin 3. maddesinde yasaklanan aşağılayıcı muamele olarak nitelendirilebilir. Diğer yandan taraf devletlerin herkesin yaşam hakkını koruma yükümlülüğü kapsamında, hürriyetinden yoksun bırakılan kişilerin hayatının kurtarılması için aktif önlemler alınması gerekebilir. Komisyon, davalı devletin yetkili makamlarının yalnızca başvuranın üstün çıkarları doğrultusunda, herhangi bir şekilde yemek yemeyi reddederek kalıcı sağlık sorunlarıyla karşılaşması ve hatta hayatını kaybetmesi ile başvuranın -insan onurunu ihlal etse bile- hayatta kalmasını sağlamak amacıyla bir tercih yaptığına kanaat getirmiştir. Komisyon'a göre dava koşullarında zorla beslemenin yalnızca kısa bir süre için ve başvuranın sağlık durumunu ve hayatını korumak amacıyla uygulandığı göz önüne alındığında, başvuranın öngörülen amaçtan daha fazla bir sınırlamaya maruz kaldığı söylenemez. Dolayısıyla Komisyon *X. / Almanya* davasında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.<sup>48</sup> AİHM *Herczegfalvy / Avusturya* davasında açlık grevi yapan başvuranın görece uzun bir süre zorla besleme uygulamasına tabi tutulmasının endişe verici olduğunu belirtse de, davalı devletin uyguladığı önlemlerin başvuranın fiziksel ve ruhsal sağlığının korunması için tıbbi zorunlu-

48 AİHK, *X. / Almanya* (10565/83), 9 Mayıs 1984.

luklara dayandığı, ilke olarak tedaviyle ilgili zorunluluklara dayanan önlemlerin insanlık dışı ve aşağılayıcı olarak nitelendirilemeyeceği, başvuranın aksi yöndeki iddialarının somut delillerle desteklenmediği gerekçesiyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>49</sup> AİHM *Neuverzhitsky / Ukrayna* davasında ise başvuran hakkında uygulanan zorla besleme önleminin tıbbi zorunluluğa dayandığını gösterecek herhangi bir sağlık muayenesi ve raporu bulunmadığını, dolayısıyla yetkili makamların zorla besleme tatbik ederken başvuranın üstün çıkarları için hareket ettiklerinin söylenemeyeceğini, ayrıca zorla beslemenin uygulanma şeklinin sert niteliği göz önüne alındığında kullanılan gücün işkence olarak nitelendirilebileceğini belirterek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>50</sup>

AİHM *Jalloh / Almanya* davasında ağızında bulunan küçük uyuşturucu poşetleriyle uyuşturucu ticareti yapan başvuranın, emniyet görevlileri tarafından yakalanacağı sırada ağızındaki poşeti yutması üzerine, delil olarak kullanılmak üzere uyuşturucu poşetinin mideden çıkarılması için başvurana zorla emetik ilaç tatbik edilmesini, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre *Jalloh / Almanya* davasında ilgili makamlar başvuranın fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne rızası dışında ağır bir müdahalede bulunmuştur. Başvuranın midesindekileri boşaltmaya zorlanması tedavi amacını değil, başka yollarla da elde edilebilecek olan delillere ulaşma amacını taşımaktadır. Söz konusu tedbirin uygulanma biçimi başvuran üzerinde korku, endişe ve aşağılanma hisleri uyandırmıştır. Amaç bu olmasa da, tedbirin uygulanma biçimi başvuranda fiziksel acı ve ruhsal ıstırap yaratmıştır. Belirtilen gerekçelerle Mahkeme, Sözleşmenin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>51</sup> *Bogumil / Portekiz* vakasında ise Lizbon Havaalanında gümrük polisi tarafından ayakkabısında gizli uyuşturucu paketleri ile yakalanan başvuran, uyuşturucu içeren bir paketi yuttuğunu beyan etmesi üzerine hastaneye sevk edilerek, yapılan operasyonla paket başvuranın vücudundan çıkarılmıştır. AİHM, operasyonla başvuranın fiziksel bütünlüğünün ihlal edildiği iddialarına karşılık, başvuranın operasyona rıza gösterdiği veya reddettiği halde zorla operasyon uygulandığı konusunda yeterli bilgi bulunmadığını; operasyona sağlık görevlilerinin karar verdiğini; operasyonun tıbbi zorunluluktan kaynaklandığını, aksi halde zehirlenerek ölme riskinin bulunduğunu; operasyonun delil elde amacıyla yapılmadığını, nitekim başvuranın diğer pek çok delile dayanarak suçlu bulunduğunu; başvuranın operasyonla ilgili yeterli sağlık hizmeti aldığını ve daha sonra buna bağlı bir sağlık sorunu yaşamama-

49 *Herczegfalvy / Avusturya* (10533/83), 24 Eylül 1992, §§ 79-84.

50 *Neuverzhitsky / Ukrayna* (54825/00), 5 Nisan 2005, §§ 93-99.

51 *Jalloh / Almanya* (54810/00), 11 Temmuz 2006, §§ 75-83.



dığını belirterek, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.<sup>52</sup>

AİHM jinekolojik muayeneyle ilgili şikayetlerde, muayenenin zorla yapıp yapılmadığını, muayene uygulanan kişinin içinde bulunduğu koşulları ve muayenenin uygulanma biçimini göz önüne alarak değerlendirme yapmaktadır. AİHM *V.C. / Slovakya* davasında Roman asıllı başvuranın kamu hastanesinde gerçekleştirdiği ikinci doğumun ardından kendisine yapılan sterilizasyon operasyonunu AİHS'nin 3. maddesi kapsamında ele almıştır. Başvurana uygulanan sterilizasyon operasyonu sağlık görevlileri tarafından olası üçüncü hamileliğinin yaratacağı sağlık riskleri göz önüne alınarak, tıbbi bir gereklilik olarak değerlendirilirse de, AİHM'ye göre sterilizasyon tıbbi olarak acil bir zorunluluk teşkil etmediği gibi, başvuranın bilinçli rızasına dayanmamaktadır. Hastaya doğum sancuları sırasında imzalatılan bir belgeye dayanılarak, hastanın sterilizasyon operasyonuna bilinçli olarak onay verdiği kabul edilemez. Ayrıca operasyonun başvuranın özel hayatında ve psikolojik durumunda yarattığı olumsuz etkileri de dikkate alan Mahkeme, başvurana yapılan muameleyi AİHS'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>53</sup> AİHM *Filiz Uyan / Türkiye* davasında terör suçundan hüküm giyen başvuranın cezaevi doktoru tarafından ultrason muayenesi için hastaneye sevk edilmesi üzerine, hastane odasında paravanın arkasında olsa da, üç erkek ve bir kadın emniyet görevlisi varken ve elleri kelepçeli olarak muayene edilmek istenmesini, alternatif yöntemler uygulanabileceği gerekçesiyle, oranlısız güvenlik önlemleri olarak nitelendirmiştir. AİHM'ye göre başvuran rıza göstermediği için muayene gerçekleştirilememiş olsa da, muayene koşulları başvuranın aşağılanması ve ıstırap çekmesine yol açmış, kişisel onurunu zedelemiş ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline yol açmıştır.<sup>54</sup> AİHM *Y.F. / Türkiye*<sup>55</sup> ve *Juhnke / Türkiye*<sup>56</sup> davalarında tıbbi bir zorunluluk olmadan, yalnızca şüphelilerin gözaltında cinsel bir saldırıya maruz kalmadığını kanıtlamak ve güvenlik görevlileri aleyhine haksız bir suçlama yapılmasını önlemek için, şekden rızaya dayalı olsa bile, jinekolojik muayene yapılmasının kanuna uygun olmadığı (*Juhnke* davasında ayrıca demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı) gerekçesiyle, AİHS'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

*Matter / Slovakya*<sup>57</sup> vakasında, akıl hastalığı nedeniyle hakkında kısıtlama kararı bulunan başvuranın, kısıtlama kararının kaldırılması talebiyle açtığı davada, yerel mahkemenin görevlendirdiği uzmana muayene olmayı reddetmesi

52 *Bogumil / Portekiz* (35228/03), 7 Ekim 2008, §§ 77-82.

53 *V.C. / Slovakya* (18968/07), 8 Kasım 2011, §§ 106-120.

54 *Filiz Uyan / Türkiye* (7496/03), 8 Ocak 2009, §§ 30-35.

55 *Y.F. / Türkiye* (24209/94), 22 Temmuz 2003, §§ 41-44.

56 *Juhnke / Türkiye* (52515/99), 13 Mayıs 2008, §§ 74-82.

57 *Matter / Slovakya* (31534/96), 5 Temmuz 1999, §§ 62-72.

üzerine, akıl hastanesinde muayene edilmesi yönünde karar verilmiştir. Ancak yerel mahkemenin başvuru iki kez belirtilen gün ve saatte hastanede muayene için hazır bulunmaya davet etmesine, aksi halde zorla muayeneye götürüleceği yönünde ihtar etmesine rağmen başvuru, kendi isteğiyle muayeneye gitmemiştir. Başvuru bunun üzerine yerel mahkeme kararı doğrultusunda muayene edilmek üzere zorla hastaneye götürülmüş ve iki haftalık muayene sürecinin ardından taburcu edilmiştir. Başvuru akıl hastanesinde zorla muayene edilmesi nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM *Matter / Slovakia* davası hakkındaki kararında yerel mahkemelerce kişiler hakkında verilen kısıtlama kararlarının ardından, kısıtlama koşullarının halen geçerli olup olmadığının -özellikle kısıtlı kişinin talebi halinde- makul bir süre sonra yeniden incelenmesinin uygun olduğunu; başvuru akıl sağlığının tespit edilmesi için yerel mahkemenin bir uzman görüşüne başvurmakta kesinlikle haklı olduğunu; muayenenin öncelikle gönüllü olarak yapılmak istendiğini, ancak başvuru muayeneyi reddetmesi üzerine, şikayete konu tedbire başvurulmak zorunda kaldığını ve muayenenin yaklaşık iki hafta içinde tamamlandığını tespit etmiştir. Dava koşullarının tamamını göz önünde bulunduran AİHM, başvuru hakkında yerel makamlar tarafından uygulanan müdahalenin öngörülen amaçlarla orantısız olmadığını, dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirterek, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM *Gennadi Naumenko / Ukrayna* davasında cezaevinde müebbet hapis cezası infaz edilmekte olan başvuru akıl hastalığı belirtileri göstermesi üzerine psikiyatrik kontrole tabi tutulmasını ve başvuruya ilaç tedavisi uygulanmasını AİHS'nin 3. maddesine aykırı bulmamıştır. AİHM söz konusu kararında kendisine sunulan deliller doğrultusunda başvuru ciddi ruhsal sorunlar yaşadığını ve iki kez intihar girişiminde bulunduğunu; semptomları hafifletmek için başvuruya ilaç verildiğini; ancak mevcut sağlık raporlarında yalnızca genel ifadeler yer alması nedeniyle başvuru tedaviye rıza gösterip göstermediğinin anlaşılmadığını; başvuru rızası dışında tatbik edilmiş olsa bile uygulanan ilaç tedavisinin hatalı olduğunu veya yan etkiler doğurduğunu kanıtlayacak yeterli bulguya rastlanmadığını ifade etmiştir.<sup>58</sup>

*Enhorn / İsveç* davası, eşcinsel olan başvuru HIV pozitif olduğunun tespit edilmesinin ardından, bölge sağlık görevlisi tarafından kendisine verilen muayene randevularına icabet etmemesi üzerine, Bulaşıcı Hastalıklar Kanunu doğrultusunda, idare mahkemesi kararıyla her seferinde altı ayı geçmemek üzere toplam yedi yıl süren ve başvuru her seferinde firar etmesi nedeniyle fiilen bir buçuk yıl uygulanan hastanede zorunlu izolasyon tedbirleriyle ilgilidir. AİHM'ye

<sup>58</sup> *Gennadi Naumenko v. Ukrayna* (42023/98), 10 Şubat 2004, §§ 112-116.

göre HIV virüsünün kamu sağlığı ve güvenliği yönünden tehlikeli olduğu tartışmasız olmakla birlikte, daha hafif tedbirler uygulanması mümkünken, başvuranın kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının virüsün yayılmasını önlemek için son çare olup olmadığını araştırılması gerekmektedir. Başvuran henüz HIV pozitif olduğunu öğrenmeden önce, bir kişiye cinsel ilişki yoluyla virüsü bulaştırdığı tespit edilmiş olsa da, İsveç dahil Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunda suç teşkil eden bu fiilin kasıtlı veya ağır ihmali sonucu işlendiğini gösteren herhangi bir delil bulunmamaktadır. Ayrıca başvuranın HIV pozitif olduğunu öğrendikten sonra virüsü bir başkasına bulaştırdığı veya partnerine bilgi vermeden ve korunmasız olarak herhangi bir ilişkiye girdiğine dair bilgi mevcut değildir. AİHM'ye göre somut dava koşullarında başvuranın HIV virüsünü yaymasını engelleyici diğer önlemler araştırılmadan, zorunlu izolasyona tabi tutulması son çare olarak kabul edilemez. Diğer yandan AİHM, toplam yedi yıl süren ve fiilen bir buçuk yıl başvuranın iradesi dışında hastanede tutulması şeklinde uygulanan zorunlu izolasyonun, HIV virüsünün yayılmasının önlenmesi amacı ile başvuranın kişi özgürlüğünün korunması arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozduğu kanaatine varmıştır. Sonuç olarak AİHM *Enhorn / İsveç* davasında, Sözleşme'nin 5/1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>59</sup>

*Carlo Boffa ve diğer 13 başvuran / San Marino* davasında başvuranlar, çocuklarına zorunlu aşı uygulanmasının AİHS'nin 2, 5, 8, 9 ve 10. maddelerine aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHK öncelikle birinci başvuran dışındaki başvuranların çocuklarına zorunlu aşı uygulanmasıyla ilgili herhangi bir bildirim yapılmadığı için AİHS'nin 2, 5, 8 ve 9 maddeleri kapsamında mağdur sıfatına sahip olmadıklarını belirterek, bu başvuranların 10. madde dışındaki şikayetlerini kişi yönünden (*ratione personae*) yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur. AİHK birinci başvuranın Sözleşme'nin 2. maddesine aykırılık iddiasını, somut davada zorunlu aşı uygulamasının çocuğun hayatı üzerinde gerçek bir sağlık riski oluşturduğuna dair herhangi bir delil sunulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Sözleşme'nin 5. maddesine yönelik iddiaları 8. madde kapsamında inceleyen AİHK, ceza tehdidiyle herhangi bir tıbbi tedaviye veya aşı uygulanmasına zorlamanın özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil edebileceğini, ancak somut davada bu müdahalenin kanunda öngörüldüğü, kamu sağlığı veya ilgililerin sağlığını koruma amacını taşıdığı, ayrıca öngörülen amaçla orantılı olduğu göz önüne alındığında, demokratik bir toplumda gerekli olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Komisyon'a göre başvuran, söz konusu aşının çocuğu yönünden önemli sağlık sorunlarına yol açabilme riskini ortaya koyamamıştır. Ayrıca birçok ülkede mevcut olan aşı kampanyası, bireyleri kamu yararına uygun hareket etmeye

59 *Enhorn / İsveç* (56529/00), 25 Ocak 2005, §§ 36-56.

ve kendi hayatı tehlikede değilken, diğerlerinin sağlığını da tehlikeye atmamaya zorlamakta, böylece devletlere bırakılan takdir marjının ötesine geçmemektedir. AİHK ayrıca zorunlu aşı uygulamasıyla ilgili kanunun anayasaya uygunluğu konusunda parlamentoda yapılan tartışmalar ve verilen oylar hakkında bilgiye erişim hakkının, AİHS'nin 10. maddesi kapsamında güvenceye alındığının söylenemeyeceğini, bu nedenle başvuruların haber alma hakkına yönelik herhangi bir müdahale bulunmadığını belirtmiştir.<sup>60</sup> *Solomakhin / Ukrayna* davasında ise başvuran akut solunum hastalığı tedavisi için gittiği hastanede kendisine difteri aşısı yapılmasının ardından sağlık durumunun kötüleştiğini iddia etmiştir. AİHM zorunlu aşı uygulamasının başvuranın özel hayatına müdahale oluşturmakla birlikte kanunda öngörülmüş olduğunu ve sağlığın korunması amacıyla gerçekleştirildiğini tespit etmiştir. AİHM'ye göre zorunlu aşı uygulaması kamu sağlığı mülahazalarından ve bölgede salgın hastalıkların yayılmasının önüne geçme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Başvurana aşı uygulanmadan önce sağlık personeli tarafından gerekli kontroller yapılmış ve başvuranın sağlığına zarar verebilecek herhangi bir risk unsuruna rastlanmamıştır. Diğer yandan başvuran daha önce birkaç kez zorunlu aşı uygulamalarına itiraz ettiği halde somut olayda aşı uygulamasına neden itiraz etmediğini açıklamamış olup, difteri aşısının gerçekten başvuranın sağlık durumunu olumsuz yönde etkilediğine dair hiçbir somut kanıt sunulmamıştır. Belirtilen gerekçelerle AİHM, somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.<sup>61</sup>

#### D. Sağlıkla İlgili Konularda Kamuoyunu Bilgilendirme Hakkı

AİHM, sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkına taraf devletlerce yapılan müdahaleleri AİHS'nin 10. maddesinde güvenceye alınan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmektedir. Sağlıkla ilgili konularda kamuoyunu bilgilendirme hakkına müdahale edildiği iddiasıyla AİHM gündemine gelen başvurular, genelde kürtaj uygulaması konusunda kamuoyunu bilgilendirme amacıyla yapılan birtakım girişimlerin, Sözleşme'ye taraf bazı devletlerdeki toplumsal hassasiyetler nedeniyle orantısız bir şekilde sınırlandırılması üzerine yapılmıştır.

*Case of Open Door and Dublin Well Woman / İrlanda* davası kar amacı gütmeyen ve ağırlıklı olarak kadın sağlığıyla ilgili konularda danışmanlık hizmeti veren başvuran kuruluşların hamile kadınlara kürtaj konusunda danışmanlık yapması veya kürtaj olmaları konusunda yardımcı olmasının engellenmesiyle ilgilidir. Söz konusu kuruluşların faaliyetlerinin engellenmesi talebiyle kürtaj karşıtı bir kuruluş olan Doğmamış Çocukların Korunması Derneği'nin (*Society for the Protection of Unborn Children*) açtığı özel hukuk davası daha sonra bir çeşit

60 AİHK, *Carlo Boffa ve diğer 13 başvuran / San Marino* (26536/95), 15 Ocak 1998.

61 *Solomakhin / Ukrayna* (24429/03), 15 Mart 2012, §§ 33-39.

kamu davasına (*relator action*) dönüşmüş ve dava sonucunda ilgili kuruluşların, çalışanlarının veya temsilcilerinin hamile kadınların yurtdışında kürtaj olmalarına yardımcı veya aracı olmalarının sürekli olarak engellenmesine karar verilmiştir. Başvuranların faaliyetlerine yönelik müdahaleyi AİHS'nin 10. maddesi kapsamında inceleyen AİHM, engelleme kararının “sürekli” nitelikte olmasını başlı başına çok geniş ve orantısız bulmuştur. Mahkeme'ye göre başvurular hamile kadınlara danışmanlık hizmeti verirken kürtajı savunup, teşvik etmemekte, yalnızca mümkün olan seçenekleri açıklamakla yetinmekte, gebeliğin sonlandırılması konusundaki nihai kararı kadınlar vermektedir. Başvuranların yurtdışında kürtaj imkanlarıyla ilgili verdikleri bilgiler kamuoyunun geniş bölümüne ulaşmamaktadır. Diğer yandan yurtdışında kürtaj olanaklarıyla ilgili o dönemde dergilerden, telefon rehberlerinden veya İngiltere'yle bağlantılı şahıslardan bilgi edinilmesi mümkün olup, mahkeme kararıyla getirilen sınırlama öngörülen amacı gerçekleştirmek konusunda etkili değildir. Mahkeme ayrıca engelleme kararıyla uygun danışmanlık hizmeti verilememesi nedeniyle gebeliğin ilerleyen dönemlerinde kürtaj yaptırmak isteyen ve kürtaj sonrasında sağlık bakımı alması gereken kadınlar yönünden sağlık riski oluşabileceğine; üstelik yeterli gelir ve eğitim düzeyine sahip olmayan kadınların alternatif bilgi kaynaklarına yönelmesi halinde engelleme kararının olumsuz tesirleri olabileceğine dikkat çekmiştir. AİHM sonuç olarak başvuruların bilgi alma ve yayma hakkına uygulanan sınırlamanın öngörülen amaçlarla orantılı olmadığına ve AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>62</sup>

*Women on Waves and Others / Portekiz* davası özellikle üreme haklarıyla ilgili tartışmaların geliştirilmesi konusunda aktif olan başvuran vakıf ve iki dernek tarafından kürtajın suç olmaktan çıkarılması kampanyası kapsamında çeşitli toplantılar düzenlemek amacıyla *Women on Waves* adlı başvuran vakfın kiraladığı geminin bakanlık kararıyla Portekiz karasularına girmesine izin verilmemesiyle ilgilidir. Başvuranlar bakanlığın kararı hakkında idare mahkemesinde yürütmenin durdurulması talebiyle iptal davası açmıştır. Ancak başvuran kuruluşların Portekizli kadınlara ülkede yasak olan kürtaj yöntemleri ve ilaçları temin etmeyi amaçladıkları gerekçesiyle davanın yerel mahkeme tarafından reddedilmesi üzerine olay AİHM'ye intikal etmiştir. AİHM başvuruların şikayetlerini AİHS'nin 10. maddesi kapsamında incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvuruların kürtajla ilgili Portekiz yasalarına kasıtlı olarak aykırı hareket edeceklerine dair yeterli ve güçlü deliller mevcut olmayıp, Portekiz makamları tarafından kamu düzeninin ve sağlığının korunması amacıyla gemideki ilaçlara

62 *Case of Open Door and Dublin Well Woman / İrlanda* (12234/88; 12235/88), 29 Ekim 1992, §§ 64-80.

el konulması gibi daha az sınırlayıcı önlemler uygulanabilecekken, savaş gemisi gönderilerek başvuranların kiraladığı gemiyi engelleme gibi radikal bir yola başvurulması, öngörülen amaçlarla orantılı bir müdahale değildir.<sup>63</sup>

## II. Sağlıkla İlgili Kişisel Verilerin Gizliliğinin Korunması ve Kişisel Tıbbi Kayıtlara Erişim

Sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliğinin korunması, özel hayata saygı hakkının önemli unsurlarından birini oluşturmaktadır. Kişisel sağlık verileri, Avrupa Birliği (AB) Kişisel Verilerin Korunması Direktifi (Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Verilerin Serbest Dolaşımıyla İlgili Olarak Bireylerin Korunması Hakkında 95/46/EC sayılı Direktif) ve AK nezdinde kabul edilen Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi uyarınca özel veri kategorileri arasında sayılmıştır. AİHM de sağlık verileri dahil olmak üzere kişisel verilerin korunmasını, özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanmanın önemli bir gereği olarak kabul etmektedir. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, AİHS'ye taraf devletlerin hukuk sisteminde yer verilmesi gereken temel ilkelerden birisidir. Sağlıkla ilgili kişisel verilerin ifşa edilmesi, kişinin özel ve aile hayatının yanı sıra saygınlığına zarar verip, dışlanma riski yaratarak, toplumsal ve çalışma hayatını da olumsuz yönde etkileyebilir. Sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi yalnızca hastanın gizliliğinin korunması bakımından değil, aynı zamanda sağlık mesleğine ve sağlık hizmetlerine genel olarak kişinin güveninin sağlanması bakımından da son derece önemlidir. Sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliği korunmadığı takdirde tıbbi yardıma ihtiyacı olanlar, gerekli tedaviyi olmaktan kaçınabilir ve böylece sağlığını tehlikeye atabilir.<sup>64</sup>

*Z. / Finlandiya* davası, kendisi ve eşi HIV pozitif olan başvuranın eşinin bir başkasına cinsel saldırı suçlamasıyla yargılandığı davada, başvuranın sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerin dava dosyasına dahil edildikten sonra rızası dışında açıklanmasıyla ilgilidir. Finlandiya yasaları uyarınca başvurana ait kişisel veriler hakkında yerel mahkemelerce 40 yıla kadar gizlilik kararı verilebilecekken ve tarafların talebi gizlilik kararının 30 yıla uzatılması yönündeyken, yerel mahkemece dava dosyasına dahil edilen kişisel veriler hakkında yalnızca 10 yıl süreyle gizlilik kararı verilmiştir. AİHM'ye göre başvuranın kimliği ve sağlık durumuyla ilgili bilgilerin -mevcut dava koşulları kapsamında başvuran tarafından açıkça mahkemeden talep edilmemiş olsa bile- gizli kalması gerekirken, temyiz mah-

63 *Women on Waves and Others / Portekiz* (31276/05), 3 Şubat 2009, §§ 29-44.

64 European Court of Human Rights, "Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights", [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf) (26 Kasım 2016), s. 27.

kemesi kararında söz konusu kişisel verilerin açıklanması, başvuranın özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmesine yol açmıştır.<sup>65</sup> AİHM *Pantelevenko / Ukrayna* davasında, başvuranın akıl sağlığı hakkında kullanılan ifadeler nedeniyle hukuk mahkemesinde açtığı hakaret davasında, ilk derece mahkemesinin psikiyatri hastanesinden başvuranın sağlık durumu ve kendisine uygulanan tıbbi tedavi ile ilgili gizli bilgileri temin ederek aleni duruşmada açıklamasını, dava koşullarında gereksiz ve ayrıca ulusal mevzuata aykırı olduğu gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>66</sup> Mahkeme *L.L. / Fransa* davasında ise ulusal mahkemelerin boşanma davasında başvuranın sağlık durumu ve geçirdiği operasyonlar hakkındaki gizli bilgilere -dava kapsamında ikincil nitelikte olmasına ve diğer delillere dayanarak da aynı sonuca ulaşılabilmesine rağmen- kararda yer vermesinin kişisel verilerin korunmasının önemi göz önüne alındığında, haksız bir müdahale olduğuna karar vermiştir. AİHM kararında, her ne kadar taraflar arasındaki boşanma davasında yargılamanın aleni olmamasına ve kararın üçüncü kişileri bağlayan kısmının yalnızca hüküm fıkrasında yer almasına rağmen, davayla doğrudan ilgisi aranmaksızın isteyen herkesin başvuranın sağlık durumuyla ilgili kişisel bilgileri içeren gerekçeli kararı temin edebileceğine dikkat çekilmiştir.<sup>67</sup>

*Armonas / Litvanya* ve *Biriuk / Litvanya* davalarında AİHM, başvuranların HIV pozitif oldukları yönündeki bilgileri aşağılayıcı ve kişilik haklarına zarar verici bir üslupla yayımlayan ulusal gazeteye karşı açılan tazminat davasında yerel mahkemenin başvuranlar lehine kanunda öngörülen en üst sınırdan tazminata hükmetmiş olmasına rağmen, kanunda benzer davalar için öngörülen tazminat tavanının düşüklüğü ve bu konuda mahkemelerin takdir yetkisinin yasayla sınırlanmış olması nedeniyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>68</sup> *I. / Finlandiya* davası, bir kamu hastanesinde hemşire olarak çalışan başvuranın gizli kalmasını istediği hastalığının meslektaşları tarafından öğrenilmesi ve sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerinin sızdırılmasına karşı iç hukukta etkili bir hukuki koruma mekanizması bulunmamasıyla ilgilidir. Başvuran HIV pozitif olduğunu öğrendikten sonra, aynı hastanenin zührevi hastalıklar polikliniğinde düzenli tedaviye başlamıştır. Başvuran bir süre sonra hastanede çalışan meslektaşlarının hastalığını öğrendiğinden kuşkulanması üzerine, gizli hasta kayıtlarını kimin elde ettiğinin tespiti amacıyla yaptığı idari başvurudan ve açtığı tazminat davasından özel hayatını korumasına elverişli bir sonuç elde

65 *Z. / Finlandiya* (22009/93), 25 Şubat 1997, §§ 94-114.

66 *Pantelevenko / Ukrayna* (11901/02), 29 Haziran 2006, §§ 56-62.

67 *L.L. / Fransa* (7508/02), 10 Ekim 2006, §§ 41-48.

68 *Armonas / Litvanya* (36919/02), 25 Kasım 2008, §§ 42-48; *Biriuk / Litvanya* (23373/03), 25 Kasım 2008, §§ 41-47.

edememiştir. AİHM'ye göre davaya konu olayların gerçekleştiği tarihte hastanede sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerin saklanması yasal gerekliliklere uyulmamış olması; yerel mahkemelerin tazminat davasında ispat yükünü başvuranın üzerine yüklerken hastanenin bu konudaki eksikliğini göz ardı etmesi ve ulusal mevzuatın kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi karşısında başvurana tazminat talep etme imkanı vermemesi bir arada düşünüldüğünde, başvuranın özel hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir.<sup>69</sup>

*Avilkina vd. / Rusya* davası, Yehova Şahitleri inancına mensup olan başvuranların kan naklini reddetmeleriyle ilgili sağlık kayıtlarının rızaları olmadan ifşa edilmesi ve buna karşı iç hukukta açılan davada yerel mahkemelerin söz konusu uygulamayı hukuka uygun bulmasıyla ilgilidir. AİHM'ye göre bazı durumlarda bir suçun soruşturulması veya yargılamanın aleni olmasıyla elde edilecek fayda, sağlıkla ilgili kişisel verilerin gizliliğinin korunmasında hastanın ve toplumun çıkarlarından üstün tutulabilir. Bu alanda ulusal makamların, kapsamı somut olaydaki çıkarların niteliği ve ciddiyeti ile yapılan müdahalenin ağırlığına bağlı olan bir takdir marjı bulunmaktadır. Ancak somut davada başvuranlar herhangi bir ceza soruşturması kapsamında şüpheli veya sanık konumunda olmayıp, savcılık yalnızca dini bir örgütün faaliyetleri hakkında kendisine yapılan şikayetler doğrultusunda ön inceleme yapmaktadır. Başvuranların davranışları hakkında ilgili sağlık kuruluşları tarafından herhangi bir suç ihbarında bulunulmamıştır. Kan nakli yapılmasını reddeden başvuranların sağlık durumu bu nedenle hayati bir tehlike maruz kalmadığı gibi, bağlı buldukları dini grup tarafından yapılan baskı sonucunda kan nakli yapılmasını reddettiklerini gösteren herhangi bir bulgu da elde edilememiştir. Başvuranların gizli sağlık bilgilerinin açıklanmasını gerektirecek acil bir toplumsal gereksinim bulunmadığı halde savcılık, önceden başvuranların rızalarını almayı denemek veya konuyla ilgili ifadelerine başvurmak yerine, başvuranlara bilgi ve itiraz imkanı vermeksizin sağlık durumuyla ilgili gizli belgeleri açıklamayı tercih etmiştir. Dolayısıyla AİHM *Avilkina vd. / Rusya* davası hakkındaki kararında AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>70</sup>

*L.H. / Letonya* davası, başvuranın rızası dahilinde ve tıbbi gerekçelerle gerçekleştirilen sezaryenle doğum esnasında, başvuranın rızası dışında kendisine sterilizasyon operasyonu yapılmasından yedi yıl sonra yapılan idari denetim kapsamında sağlık durumuyla ilgili kişisel verilerinin elde edilmesiyle ilgilidir. Başvuranın doğum yaptığı hastane yönetimi, doğumdan yedi yıl sonra, kamu veya özel sağlık kurumlarının denetimi konusunda yasayla yetkili kılınan kamu

69 *I. / Finlandiya* (20511/03), 17 Temmuz 2008, §§ 35-49.

70 *Avilkina vd. / Rusya* (1585/09), 6 Haziran 2013, §§ 43-54.



kurumundan (*MADEKKT*) olay hakkında idari denetim yapılmasını talep etmiştir. Bunun üzerine *MADEKKT*'nin başlattığı soruşturma kapsamında başvuranın sağlık durumuyla ilgili tüm kişisel verileri ayırt edilmeksizin toplanmıştır. AİHM'ye göre yasada *MADEKKT*'nin toplayabileceği kişisel verilerin kapsamı konusunda herhangi bir sınırlama getirilmemesi ve ilgili kurumun olayla doğrudan ilgisi olmayan verileri de ayırım gözetmeksizin elde edebilmesi, yasada keyfiliğin önlenmesine yönelik yeterli korumanın bulunmadığını göstermektedir. Dolayısıyla Mahkeme söz konusu davada başvuranın özel hayatına yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 8/2. maddesi anlamında hukuka uygun olmadığı sonucuna varmıştır.<sup>71</sup>

*Konovalova / Rusya* davası, annenin önceden rızası alınmaksızın doğuma tıp öğrencilerinin katılmasıyla ilgilidir. Rusya'da Sağlık Bakımı Kanununun 54. maddesinde tıp öğrencilerinin uzman sağlık personelinin gözetiminde tıbbi tedaviye yardımcı olmasına izin verilebileceği düzenlenmiş olsa da, AİHM'ye göre tıp öğrencilerinin eğitim amacıyla tedaviye katılmasına imkan vermeyi amaçlayan bu hüküm genel nitelikte olup, düzenleyici hususlar yetkili idari makamın takdirine bırakılmış, hastaların özel alanını korumaya yönelik herhangi bir güvence öngörülmemiştir. Başvuran doğumdan bir gün önce, doğumda tıp öğrencilerinin de bulunacağını öğrenmiş olsa da, başvuranın içinde bulunduğu sağlık koşullarında bilinçli bir tercih yapıp yapamayacağı, ayrıca bu konuda başvurana bir tercih hakkı verilip verilmediği belirsizdir. Başvuranın yerel mahkemede açtığı tazminat davasında yalnızca doktorun olayla ilgili ifadeleri esas alınmış; diğer sağlık personeli ve doğuma katılan öğrencilerin ifadelerine başvurulmamıştır. Hastanenin olaydan önce başvurunu eksik bilgilendirmiş olabileceği, başvuranın savunmasız durumu ve tıp öğrencilerinin doğuma katılmasını reddetmesi durumunda alternatif düzenlemelerin bulunup bulunmadığı gibi hususlar, ulusal yargı organları tarafından dikkate alınmamıştır. AİHM davaya konu olayın gerçekleştiği dönemde başvuranın özel hayatına saygı hakkına keyfi müdahaleyi engelleyecek yeterli usul güvenceleri bulunmadığı gerekçesiyle, doğumda tıp öğrencilerinin bulunmasının AİHS'nin 8/2. maddesi anlamında hukuka uygunluk koşulunu karşılamadığına karar vermiştir.<sup>72</sup>

AİHM kişisel tıbbi kayıtlara erişim konusunu *K.H. vd. / Slovakya* davasında incelemiştir. Roman kökenli Slovak vatandaşı olan başvuranlar, hastanede sezaryenle doğum yaptıktan sonra bir daha hamile kalamadıkları için doğum sırasında sağlık personeli tarafından kendilerine sterilizasyon operasyonu yapıldığından şüphelenmiştir. Doğu Slovakya'da iki ayrı hastanede gerçekleşen

71 L.H. / *Letonya* (52019/07), 29 Nisan 2014, §§ 47-60.

72 *Konovalova / Rusya* (37873/04), 9 Ekim 2014, §§ 42-50.

olaylarda, bazı başvurulara doğrudan veya taburcu olmadan önce bir takım belgeler imzalatılmış, ancak başvurular belgelerin içeriğinde ne olduğundan emin olmadıklarını belirtmiştir. Başvurular olayla ilgilenen bir sivil toplum örgütünün avukatlarına söz konusu hastanelerde bulunan tıbbi kayıtlarının incelenmesi ve dosyanın fotokopisinin alınması konusunda yetki vermiştir. Başvuruların yetki verdiği avukatlar, bağlı oldukları sivil toplum örgütünün kendi imkanlarıyla temin ettiği taşınabilir fotokopi cihazıyla, tıbbi kayıtların örneğini almak üzere söz konusu hastanelere müracaat etmiştir. Ancak hastane yönetimleri hasta avukatlarının tıbbi kayıtlara erişmelerine ve fotokopi almalarına izin vermemiştir. Olayla ilgili olarak görüşüne başvurulmuş Sağlık Bakanlığı yetkilileri, o dönem yürürlükte olan yasal düzenlemeyi dar yorumlayarak, hastaların tıbbi kayıtlarına erişim için bir başkasına yetki veremeyeceği, kanunda geçen yasal temsilci ibaresinin küçüğün veli veya vasisi, ayrıca kısıtlı şahısların yasal temsilcisi olarak anlaşılması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Başvurular yetkili temsilcilerinin tıbbi kayıtlarına erişmelerine ve fotokopi almalarına izin verilmesi talebiyle, ilgili hastaneler aleyhine hukuk davası açmıştır. Yerel mahkeme davalı hastanelerin başvuruların temsilcilerinin tıbbi kayıtlarını incelemesi ve bilgileri el yazısıyla aktarmasına izin vermesi gerektiğini kabul etmiş, ancak o dönemde yürürlükte olan yasal düzenlemeler çerçevesinde başvuruların fotokopi alma taleplerini reddetmiştir. Yaptıkları anayasa şikâyetinden de sonuç alamayan başvurular, AİHS'nin 6/1, 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye müracaat etmiştir. AİHM Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili incelemesinde, özel ve aile hayatına saygı hakkının elverişli ve etkili kullanılabilmesi için somut olaydaki gibi kişisel verilerle ilgili davalarda, taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü çerçevesinde kişisel veri dosyalarının kopyasının alınmasına imkan vermeleri gerektiğini belirtmiştir. Dosyadan örnek alınmasının esaslarını dosyayı elinde bulunduran kurumların düzenlemesi tabii olmakla birlikte, hakında kişisel veri dosyası olanların örnek alabilmek için haklı bir gerekçe bildirme zorunluluğundan ziyade, bu talebi reddeden makamların kendilerini ret kararı almaya zorlayıcı gerekçeleri göstermeleri gerekmektedir. AİHM'ye göre mevcut davada fotokopi almak için haklı bir gerekçe bildirmek başvurulara düşmediği halde, başvuruların hastanede bulunan tıbbi kayıtlarının tamamını el yazısıyla almalarının mümkün olmadığını, dosyaların orijinalinin bir örneğine sahip olmanın tıbbi verilerin yurtdışında bağımsız bir uzman tarafından incelenebilmesi ve kaybolmasının önlenmesi bakımından gerekli olduğunu kabul etmek gerekir. Nitekim Mahkeme başvurulardan birine ait tıbbi kayıtları içeren dosyanın kaybolduğunun göz ardı edilemeyeceğini hatırlatmıştır. Ulusal mahkemeler, başvuruların tıbbi kayıtlarının fotokopisini almalarına izin verilmemesini, temelde bu bilgilerin kötüye kullanılmasının önlenmesine dayandırmıştır. Ancak AİHM

tıbbi kayıtlarını içeren dosyanın tamamına erişim hakkı bulunan başvuranların, dosyanın fotokopisini almaları halinde, kendi tıbbi kayıtlarını nasıl kötüye kullanabilecekleri konusunda ikna edici bir gerekçe bulunmadığını belirtmiştir. Kişisel tıbbi verilerin üçüncü şahıslar tarafından kötüye kullanılması konusunda bir takım önlemler alınması gerekmekte birlikte, bu önlem başvuranların kendi kayıtlarının örneğini almalarının engellenmesinden ziyade, bu verilerin ifşa edilmesinin koşullarının belirlenmesi ve verilere erişebilecek şahısların sınırlandırılması yoluyla sağlanabilir. Davaya konu olaydan sonra Slovakya’da yapılan yasal değişikliklerle kişilerin tıbbi kayıtlarının fotokopisini almalarına imkan tanınmış olmakla birlikte, yasal değişiklik başvuranların mevcut davadaki durumunu etkilememektedir. Dolayısıyla *AIHM K.H. vd. / Slovakya* davasında, davalı devlet başvuranların özel ve aile hayatına saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanmalarını temin edecek pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için *AIHS*’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>73</sup>

### III. Korunmaya Muhtaç Grupların Sağlık Sorunları

#### A. Engelli ve Göçmenlerin Sağlık Haklarıyla İlgili Sorunlar

*AIHM* korunmaya muhtaç grupların sağlık hakkıyla ilgili şikâyetlerini, sağlık hakkının konu yönünden *AIHS*’nin kapsamına girmediği yönündeki genel yaklaşımın ötesinde, Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan mevcut hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak, daha geniş bir perspektifle yorumlamaktadır. *AIHM*’ye göre doğrudan taraf devletlerin sorumluluğu altında bulunan korunmaya muhtaç grupların özellikle yaşam hakkının korunması ve asgari sağlık hizmetlerine erişim konusundaki pozitif yükümlülükleri herkesin Sözleşme’de güvenceye alınan haklardan elverişli ve etkili bir şekilde yararlanmasının güvenceye alınmasını gerektirmektedir. Sağlık hakkıyla ilgili olarak korunmaya muhtaç gruplar arasında çocuklar, kadınlar, çeşitli azınlık grupları, engelliler, göçmenler, tutuklu ve hükümlüler sayılabilir. Ayrıca korunmaya muhtaç grupların sağlık sorunlarının sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağıyla da bağlantılı olduğuna kuşku yoktur. Ancak bu bölümde korunmaya muhtaç grupların sağlık haklarıyla ilgili olarak bugüne kadar *AIHM*’ye yapılan başvurular arasında daha fazla ele alındığı tespit edilen engelli ve göçmenlerin sağlık haklarıyla, tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları üzerinde durulacaktır.

*Nencheva vd. / Bulgaristan* davası, 1996/1997 yılı kış aylarında Bulgaristan’da bir bakımevinde bulunan seksen kadar zihinsel ve fiziksel engelli çocuk ve genç yetişkinden on beşinin ısınma, yiyecek, ilaç ve temel gereksinimlerin yokluğuna bağlı olarak hayatını kaybetmesi üzerine, ölenlerin bazı yakınları ve bir insan

73 *K.H. vd. / Slovakya* (32881/04), 28 Nisan 2009, §§ 44-58.

hakları derneği tarafından açılmıştır. Bakımevi yöneticisi ve belediye başkanı, bakımevinde kalan çocukların acil yiyecek ve ilaç sıkıntısı konusunda İstihdam ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na ve çeşitli yardım kuruluşlarına başvuruda bulunmuşlar, ancak gerekli yardımı sağlayamamışlardır. Bunun üzerine bakımevinde davaya konu ölüm olayları gerçekleşmiştir. 1999 yılında ölüm olaylarında sorumluluğu bulunanların tespit edilmesi amacıyla ceza soruşturması başlatılmış ve 2005 yılında bakımevi yöneticisi, sağlık görevlisi ve başhemşiresi hakkında taksirle ölüme sebebiyet vermek suçlamasıyla dava açılmıştır. Ancak yerel mahkeme üç sanığın da kendilerine yöneltilen suçlamalardan beraatine karar vermiştir. AİHM yetkili makamların bakımevinde kalan çocukların hayatlarının gerçek bir risk altında olduğunu bilmeleri gerektiği halde, yetkileri dahilinde gerekli tedbirleri almadıklarını tespit etmiştir. Bakımevine bırakılan çocuklar uzman bir kamu kuruluşunda, yetkili makamların kontrolü altında, devletin korumasına emanet edilmiştir. Davaya konu trajik olaylar devletin üstesinden gelemeyeceği ani, tek seferlik, öngörülemeyen bir zaruret halinden kaynaklanmıştır. AİHM'ye göre yetkili makamların ilgili şahısların hayatlarının gerçek ve ivedi bir riskle karşı karşıya olduğundan tam olarak haberdar olduğu halde, ölümlerin önlenmesi için süratli, pratik ve yeterli önlemleri almadığı dava dosyasından açıkça anlaşılmaktadır. Diğer yandan davalı devlet, olayla ilgili etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğünü de yerine getirmemiştir. Davaya özgü koşullarda başvuranların müracaat edebileceği tazminat yolu, davalı devletin AİHS'nin 2. maddesi kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için yeterli değildir. AİHM *Nencheva vd. / Bulgaristan* davasında davalı devletin, bakımı altındaki korunmaya muhtaç çocukların hayatlarını koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğine; olayları aydınlatmak konusundaki usulî yükümlülüklerini yerine getirmediğine; ayrıca meydana gelen trajik olaylarda kamu yararını korumada yetersiz kaldığına karar vermiştir.<sup>74</sup>

Engellilerin sağlık sorunlarıyla ilgili yaşam hakkı ihlali içeren diğer bir trajik vaka *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu / Romanya* davasında görülmüştür. Roman asıllı olan *Câmpeanu* 2004 yılında henüz 18 yaşındayken hayatını kaybetmiştir. Doğumundan sonra annesi tarafından terk edilen ve çocuk bakım evine yerleştirilen *Câmpeanu*'nun küçük yaşlarında HIV pozitif ve ağır akıl hastalığı olduğu tespit edilmiştir. *Câmpeanu* yetişkinliğe erişince engelli çocukların kaldığı merkezden ayrılmak zorunda kalmış ve birçok kurumun sağlık durumu nedeniyle reddetmesi üzerine bir tıbbi ve sosyal bakım merkezine kabul edilmiştir. Tıbbi ve sosyal bakım merkezi, ilaç tedavisi uygulanmayan ve yetersiz beslenme sorunu olan *Câmpeanu*'da ileri derecede fizik-

74 *Nencheva vd. / Bulgaristan* (48609/06), 18 Haziran 2013, §§ 105-141.

sel ve ruhsal bozulma teşhis etmiştir. *Câmpeanu* birkaç gün sonra hiper-agresif tavırları nedeniyle psikiyatri hastanesine kaldırılmıştır. HIV pozitif hastalara uygun koşulları bulunmadığını belirten psikiyatri hastanesi, *Câmpeanu*'yu ısıtılmayan bir odada, tek başına ve sağlık durumuna uygun olmayan koşullarda bırakmıştır. Yardım olmadan temel ihtiyaçlarını karşılayamadığı halde, hastane görevlileri HIV virüsü bulaşması endişesiyle başvurana yardım etmeyi reddetmiştir. *Câmpeanu* belirtilen koşullar altında kısa bir süre sonra hayatını kaybetmiştir. Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi'nin 2004 yılı raporuna göre 2003 ve 2004 yıllarının kış aylarında 109 civarında hasta aynı hastanede şüpheli koşullarda hayatını kaybetmiştir. AİHM'ye başvuruyu *Câmpeanu* adına Hukuki Kaynaklar Merkezi (*Centre for Legal Resources - CLR - başvuran*) adlı bir sivil toplum örgütü yapmıştır. Mahkeme adı geçen kuruluşun Sözleşme'nin ihlali nedeniyle doğrudan mağdur olmadığını veya dolaylı mağdur olarak kabul edilebilmesi için mağdur şahısla yakın bağı veya kişisel menfaati bulunmadığını kabul etmekle birlikte, davanın istisnai koşullarını ve ihlal iddialarının ciddi niteliğini göz önüne alarak, başvuran kuruluş mağdurun yasal temsilcisi olmadığı ve başvuru mağdurun ölümünden sonra yapıldığı halde, davalı devletin kişi yönünden yetkisizlik itirazını reddetmiştir. AİHM *Câmpeanu* adına bir sivil toplum örgütü tarafından yapılan başvuruyu kabul edilebilir bulurken, özetle aşağıdaki hususlara dikkat çekmiştir:

- mağdurun hukuki destek ve yardım almadan yerel mahkemelerde dava açmasının mümkün olmaması;
- mağdurun sağlığında bilinen hiçbir yakınının bulunmaması;
- mağdurun ölümünden sonra olayın aydınlatılması amacıyla idari ve yargısal süreçlerini başvuran kuruluşun başlatması ve bu durumun iç hukukta yetkili kurumlar tarafından sorgulanmaması;
- devletin yasal zorunluluğa rağmen mağdura bir yasal temsilci atamaması;
- davanın kabul edilmemesi halinde davalı devletin mağdura yasal temsilci atama sorumluluğundan kurtulma riski bulunması;
- başvuran kuruluşun mağduru temsil etmesine olanak verilmesinin akıl sağlığı yerinde olmayanlara Sözleşme'nin 5/4. maddesi uyarınca mahkemeye erişim hakkı tanınması yönündeki Mahkeme'nin yaklaşımına uygun olmasıdır.<sup>75</sup>

75 *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu / Romanya* (47848/08), 17 Temmuz 2014, §§ 96-114. Buna karşılık AİHM *Bulgarian Helsinki Committee / Bulgaristan* davasında *Câmpeanu* davasından farklı olarak başvuran kuruluşun mağdurla ölümünden önce herhangi bir şekilde temas kurmadığı, iç hukuktaki yargılama sürecine derhal dahil olmadığı, olaydan uzunca bir süre sonra mağdur adına girişimlerde bulunduğu gerekçesiyle, başvuran kuruluşun kişi yönünden yetkisi bulunmadığı sonucuna vararak, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Bkz. *Bulgarian Helsinki Committee / Bulgaristan* (35653/12 ve 66172/12), 21 Temmuz 2016.

*Câmpeanu* davasını yaşam hakkı kapsamında inceleyen AİHM, yetkili makamların mağduru uygun bir sağlık kuruluşuna yerleştirme değil, mağduru kabul edecek bir sağlık kuruluşu bulma arayışında olduğunu ifade etmiştir. Mağdurun sağlık durumunun gerektirdiği muayene ve tedavi hizmetlerinden yararlanamadığına dikkat çeken AİHM, mağdurun bütün hayatı boyunca kamu kurumlarının gözetiminde bulunduğunu, dolayısıyla yetkili makamların onun tedavisini üstlenme yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır. Yetkili makamlar mağduru elverişli koşulları bulunmayan bir sağlık kurumuna göndererek, hayatını tehlikeye atmış, hastanedeki sağlık görevlilerinin gerekli bakım ve tedaviyi uygulamamaları da mağdurun zamansız ölümünde belirleyici unsur olmuştur. AİHM belirtilen gerekçelerle davalı devletin mağdurun hayatını korumak için gerekli standartları sağlayamadığı ve Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca yetkili makamların ölüm vakasıyla ilgili etkili bir soruşturma yürütmediği gerekçesiyle yaşam hakkının usul yönünden ihlal edildiğine; mağdurun yaşam hakkıyla ilgili ihlal iddialarını inceleyecek uygun bir iç hukuk yolu bulunmadığı gerekçesiyle de Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>76</sup> AİHM AİHS'nin 46. maddesi çerçevesinde *Câmpeanu* kararının yerine getirilmesi sürecinde, davalı devlete benzer durumdaki zihinsel engelli şahısların sağlık ve tedaviyle ilgili şikayetlerinin mahkeme veya bağımsız bir kurum tarafından incelenmesini mümkün kılacak bağımsız bir temsil olanağı sağlamasını tavsiye etmiştir. Hukuki Kaynaklar Merkezi adlı kuruluş tarafından AİHM gündemine getirilen ve *Câmpeanu* davası ile benzer ihlal iddiaları içeren *Centre for Legal Resources on behalf of Malacu and Others / Romanya* davasında, davalı devlet Mahkeme'ye ilettiği tek taraflı beyanıyla Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin, ayrıca 2. maddeyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiğini kabul etmiş, olaydan kaynaklanan üzüntüsünü bildirmiş ve benzer durumların yeniden yaşanmaması için gerekli önlemleri alacağını taahhüt etmiştir. Bunun üzerine taraflar arasında dostane çözüme varılarak, dava Mahkeme tarafından kayıttan düşürülmüştür.<sup>77</sup>

AİHM engelli şahısların sağlık haklarıyla ilgili olarak *Arutyunyan / Rusya* davasında tekerlekli sandalyeye bağımlı olan ve birçok sağlık sorunu bulunan başvuranın, asansörü bulunmayan bir binanın dördüncü katındaki odasından, hemodiyaliz ve diğer tıbbi tedavileri görmek için yaklaşık on beş ay boyunca haftada en az dört kez zemin kata inmek zorunda kalmasını, insanlık dışı ve aşağı-

<sup>76</sup> *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu / Romanya* (47848/08), 17 Temmuz 2014, §§ 134-153.

<sup>77</sup> *Centre for Legal Resources on behalf of Malacu and Others / Romanya* (55093/09), 27 Eylül 2016.

layıcı muamele olarak kabul etmiştir.<sup>78</sup> Mahkeme engelli bir şahsın tutukluluk süresinin uzatılmasını başlı başına Sözleşme'ye aykırı görmemekle birlikte, tutuklu olarak bulunduğu merkezde fiziksel rehabilitasyon tedavisinin yetersizliği ve fiziksel koşulların engellilerin temel ihtiyaçlarını karşılayabilmesine elverişli olmaması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>79</sup> Son olarak Mahkeme, engelli maaşı almakta olan bir kişinin, sonradan yapılan yasal düzenlemeyle getirilen yeni kriterlere uygun olmadığı gerekçesiyle, yegane gelir kaynağı olan engelli maaşının tamamen kesilmesini orantısız bularak, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>80</sup>

Göçmenlerin sağlık sorunları hakkında AİHM, Sözleşme'nin ilke olarak taraf devletlere ülkelerinde oturma izni bulunmayan bütün yabancılara ücretsiz ve sınırsız tıbbi tedavi hizmeti sağlayarak, Sözleşme'ye taraf olmayan devletlerdeki tıbbi tedavi hizmetiyle aralarındaki farklılıkları giderme zorunluluğu yüklemediğini, aksi yönde bir kabulün taraf devletler için çok büyük bir külfet teşkil edeceğini kabul etmektedir.<sup>81</sup> Ancak AİHM istisnai bazı hallerde başvuranların sağlık durumunun ciddiyeti ve sınırdışı edilmesi durumunda ortaya çıkabilecek riskleri göz önüne alarak, başvuranların sınırdışı edilmesinin AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu ortaya çıkarabileceğine karar vermektedir.<sup>82</sup> AİHM'ye göre hukuka aykırı göçlerin önlenmesi amacıyla taraf devletlerin uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde alacakları önlemlerin Sözleşme'de güvenceye alınan hak ve özgürlüklere, özellikle de Sözleşme'nin 3. maddesinde öngörülen yükümlülüklerle uygun olması gerekmektedir.<sup>83</sup>

AİHM A.A. / *Yunanistan* davasında, Lübnan'da bulunduğu mülteci kampından kaçarak yasadışı yollardan Yunanistan'a giriş yapan Filistinli başvuranın, tutulduğu gözetim merkezindeki olumsuz koşullar ve gözetim merkezinde gerekli tıbbi yardımı alamaması nedeniyle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar

78 *Arutyunyan / Rusya* (48977/09), 10 Ocak 2012, §§ 73-81.

79 *Helhal / Fransa* (10401/12), 19 Şubat 2015, §§ 53-63.

80 *Bélané Nagy / Macaristan* (53080/13), 13 Aralık 2016, §§ 119-126. Engelli şahısların AİHS kapsamındaki haklarıyla ilgili diğer AİHM kararları için bkz. European Court of Human Rights, *Factsheets - Persons with disabilities and the ECHR*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Disabled\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).

81 *N. / Birleşik Krallık* (26565/05), 27 Mayıs 2008, § 44.

82 Bkz. *D. / Birleşik Krallık* (30240/96), 2 Mayıs 1997, §§ 46-54; *Paposhvili / Belçika* (41738/10), 13 Aralık 2016, §§ 194-206.

83 *M.S.S. / Belçika ve Yunanistan* (30696/09), 21 Ocak 2011, § 216-218. Gözetim altındaki göçmenlerin kişi özgürlüğünden yoksun bırakılmaları, gözetim koşulları, korunmaya muhtaç durumdaki göçmenler ve göçmenlerin gözetim kararının hukuka uygunluğunun yargısal denetimi konularıyla ilgili önemli AİHM kararları için bkz. European Court of Human Rights, *Factsheets - Migrants in Detention*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Migrants\\_detention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).

vermiştir.<sup>84</sup> Mahkeme *Muskhadzhiyeva vd. / Belçika* davasında, Çeçenistan'dan kaçarak Belçika'ya gelen ve sığınma hakkı talep eden başvuran ve dört çocuğunun, sığınma talebinin kabul edilmemesi üzerine, AB düzenlemeleri çerçevesinde, bir süre ikamet ettikleri Polonya'ya gönderilmek üzere tutuldukları Brüksel Havaalanı yakınlarındaki “*Transit Centre 127 bis*” adıyla bilinen gözetim merkezinin, özellikle çocukların sağlık durumu için uygun koşullara sahip olmadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.<sup>85</sup> Mahkeme *Aden Ahmed / Malta* davasında, yasadışı yollarla Malta'ya giriş yapan ve Somali vatandaşı olan başvuranın, daha önce düşük yaptığı ve küçük çocuğundan ayrılmak zorunda kaldığı halde içinde bulunduğu sağlık durumu ve duygusal koşullar dikkate alınmaksızın, gözetim merkezinde uygun olmayan şartlarda tutulmasını Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur.<sup>86</sup> Son olarak Mahkeme *Asalya / Türkiye* davasında, tekerli sandalyeye bağımlı olan Filistinli başvuranın Kumkapı Yabancı Kabul ve Barınma Merkezinde asgari gereksinimlerini karşılayacak olanakların bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme başvuranın nasıl bir tedaviye ihtiyacı olduğu, ayrıca gözetim altında tutulduğu yedi gün boyunca sağlık bakımından yoksun kalmasının sağlık durumunu hangi yönden olumsuz etkilediği konusunda Mahkeme'ye ayrıntılı bilgi sunmadığı gerekçesiyle, sağlık bakımıyla ilgili şikayetlerini ayrıca incelemeye gerek olmadığını belirtmiştir.<sup>87</sup>

### B. Tutuklu ve Hükümlülerin Sağlıkla İlgili Hakları

AİHS'ye taraf devletlerin, Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri çerçevesinde, kendi gözetim ve sorumluluğu altında olan tutuklu ve hükümlülerin insan onuruna yaraşır koşullarda tutulmalarını sağlamakla mükellef olduğu kabul edilmektedir. Tutuklu ve hükümlüler hakkında verilen kararın yerine getirilmesinin usul ve esaslarının, onların özgürlüğünden yoksun bırakılmasından kaynaklanan kaçınılmaz ıstırap düzeyini aşan yoğunlukta acı ve zorluğa yol açmaması gerekmektedir. Özgürlüğünden yoksun bırakılmanın pratik gerekleri doğrultusunda tutuklu ve hükümlülerin sağlık ve iyiliği, diğer koşulların yanı sıra, onlara gerekli tıbbi yardım sağlanarak yeterince güvence altına alınmalıdır.<sup>88</sup> AİHM'ye göre cezaevi hastanelerinde verilen sağlık hizmeti, her zaman halkın istifade ettiği en iyi sağlık kurumlarıyla aynı düzeyde olmayabilir; bununla birlikte taraf devletlerin tutuklu ve hükümlülere gerekli tıbbi

84 A.A. / *Yunanistan* (12186/08), 22 Temmuz 2010, §§ 49-65.

85 *Muskhadzhiyeva vd. / Belçika* (41442/07), 19 Ocak 2010, §§ 55-63.

86 *Aden Ahmed / Malta* (55352/12), 23 Temmuz 2013, §§ 91-100.

87 *Asalya / Türkiye* (43875/09), 15 Nisan 2014, §§ 47-55.

88 *Kudla / Polonya* (30210/96), 26 Ekim 2000, § 94.



yardımı sağlayarak, onların sağlığını ve iyiliğini yeterince koruma yükümlülüğü bulunmaktadır.<sup>89</sup>

Tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili hakları arasında fiziksel rahatsızlığı bulunanlara tıbbi yardım sağlanması, HIV pozitif olanların yeterli bakım ve tedavi olanaklarına sahip olması, yukarıda engellilerin sağlık hakkı bağlamında da değinildiği üzere engelli tutuklu ve hükümlülerin bakım ve tedavisi, yaşlı ve hastaların bakım ve tedavisi, akıl hastalığı veya madde bağımlılığı olanların tedavisi ile özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilerin birtakım sağlık risklerine maruz bırakılmamaları sayılabilir.<sup>90</sup> Tutuklu ve hükümlülerin somut dava koşullarında yeterli sağlık ve tedavi imkanlarından yararlanamaması, AİHM tarafından genelde AİHS'nin 3. maddesi çerçevesinde insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı bulunmaktadır. Dolayısıyla AİHM kararları uyarınca devletin gözetimi ve sorumluluğu altında bulunan tutuklu ve hükümlülerin sağlıkla ilgili haklarının daha belirgin bir görünüm kazandığı ileri sürülebilir.

AİHM örneğin; *Mouisel / Fransa* davasında kanser hastası olan hükümlünün yeterli tıbbi tedavi görememesi ve hastalığının ilerlemesine rağmen cezasının infazının sürdürülmesinin yanı sıra hükümlüye kemoterapi esnasında kelepçe takılmasını<sup>91</sup>; *V.D. / Romanya* davasında ağzında hemen hemen hiç diş olmayan hükümlüye sosyal sigorta tarafından karşılanmadığı ve yeterli maddi gücü bulunmadığı halde dental protez tedavisi sağlanmamasını<sup>92</sup>; *Slyusarev / Rusya* davasında gözaltına alındığı sırada gözlüğü zarar gören ve gözlüğüne el konulan ileri derecede miyop olan başvurana, görme yeteneği kötüleştiği halde ancak olaydan beş ay sonra yeni bir gözlük verilmesini<sup>93</sup>; *Vladimir Vasilyev / Rusya* davasında ayaklarında ciddi sağlık sorunları bulunan hükümlüye ortopedik ayakkabı temin edilmeyerek ıstırap ve zorluğa sebep olunmasını<sup>94</sup> insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına aykırı bulmuştur. Gözaltında bulunan, tutuklu ve hükümlü hastaların yeterli sağlık ve tedavi imkanlarından yararlanamaması sonucunda hayatını kaybetmesi durumunda, Mahkeme davalı devletlerin yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edileceğini kabul etmektedir.<sup>95</sup>

89 *Khudobin / Rusya* (59696/00), 26 Ekim 2006 § 93.

90 Bkz. European Court of Human Rights, *Factsheets - Prisoners' health-related rights*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Prisoners\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).

91 *Mouisel / Fransa* (67263/96), 14 Kasım 2002, §§ 36-48.

92 *V.D. / Romanya* (7078/02), 16 Şubat 2010, §§ 90-100.

93 *Slyusarev / Rusya* (60333/00), 20 Nisan 2010, §§ 34-44.

94 *Vladimir Vasilyev / Rusya* (28370/05), 10 Ocak 2012, §§ 60-70.

95 Bkz. *Tarariyeva / Rusya* (4353/03), 14 Aralık 2006, §§ 88-89; *Salakhov ve Islyamova / Ukrayna* (28005/08), 14 Mart 2013, §§ 164-183.

Ruhsal bozukluğu olan tutuklu ve hükümlülerin ceza ve tutukevlerinde buldukları genel koşullar ve bu şahıslara uygun tedavi koşullarının sağlanmaması da AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilmesi sonucunu ortaya çıkarabilmektedir.<sup>96</sup> AİHM'ye göre özellikle ruhsal bozukluğu olan kişilerin ceza ve tutukevindeki koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği standartlara uygun olup olmadığı değerlendirilirken, onların kolay incinebilir olduklarının ve bazı vakalarda uygun şikayette bulanamayacaklarının, hatta bazı davranışlardan nasıl etkilendiklerini dahi ifade edemeyebileceklerinin dikkate alınması gerekmektedir. AİHM başvuranın sağlık durumunun ceza ve tutukevinde tutulmasına uygunluğuyla ilgili olarak özellikle üç unsurun dikkate alınması gerektiğini kabul etmektedir: a) tutuklu ve hükümlünün sağlık durumu, b) ceza ve tutukevinde bulunduğu sırada sağlanan tıbbi yardım ve bakımın yeterliliği, c) başvuranın sağlık durumu göz önüne alındığında ceza ve tutukevinde tutulmasının uygunluğudur.<sup>97</sup> Diğer yandan fiziksel veya ruhsal rahatsızlıkları olan şahısların gözaltında, tutukevi veya cezaevinde intihar olayları da taraf devletlerin AİHS'nin 2 ve 3. maddeleri kapsamında sorumluluklarını doğurabilmektedir.<sup>98</sup>

Son olarak AİHM, cezaevinde pasif sigara içiciliğine maruz kalan tutuklu ve hükümlülerin sağlık durumunda yarattığı olumsuzluklar nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin gerektirdiği asgari ağırlık eşliğinin aşılabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme *Florea / Romanya* davasında kronik hepatit ve hipertansiyon sorunları bulunan başvuranın, cezaevinde yaklaşık dokuz ay boyunca aynı hücrede kalan hükümlülerin yoğun sigara dumanına maruz kalmasının, ayrıca tedavi amacıyla cezaevi hastanesinde bulunduğu dönemlerde dahi yoğun sigara dumanı ve pasif içiciliğin olumsuz etkilerinden uzak kalamamasının AİHS'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.<sup>99</sup> Mahkeme *Elefteriadis / Romanya* davasında da kronik akciğer hastalığı bulunan başvuranın sigara kullanan iki hükümlüyle bir süre aynı odayı paylaşması, ayrıca mahkemenin bekleme salonlarında sigara içenlerle aynı ortamda bulunmasının ardından sağlık durumunda bozulma görülmesi nedeniyle, davalı devletin tutuklu ve hükümlüleri pasif sigara içiciliğinin zararlı etkilerinden korumak için gerekli önlemleri almadığı sonucuna vararak, AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>100</sup>

96 Bkz. *Romanov / Rusya* (63993/00), 20 Ekim 2005; *Rupa / Romanya* (58478/00), 16 Aralık 2008; *Claes / Belçika* (43418/09) 10 Ocak 2013.

97 *Slawomir Musial / Polonya* (28300/06), 20 Ocak 2009, §§ 87-88. Bkz. European Court of Human Rights, *Factsheets - Detention and mental health*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Detention\\_mental\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).

98 Bkz. *Keenan / Birleşik Krallık* (27229/95), 3 Nisan 2001; *Rivière / Fransa* (33834/03), 11 Temmuz 2006; *Renolde / Fransa* (5608/05), 16 Ekim 2008; *De Donder and De Clippel / Belçika* (8595/06), 6 Aralık 2011; *Ketreb / Fransa* (38447/09), 19 Temmuz 2012; *Çoşelav / Türkiye* (1413/07) 9 Ekim 2012.

99 *Florea / Romanya* (37186/03), 14 Eylül 2010, §§ 46-65.

100 *Elefteriadis / Romanya* (38427/05), 25 Ocak 2011, §§ 46-55.

## Sonuç

Sağlık hakkının hukuki yollarla korunması konusunda üzerinde durulması gereken iki önemli sorundan birincisi sağlık hakkının anayasa ve diğer hukuki belgelerde açıkça güvenceye alınmasının daha iyi bir koruma sağlayıp sağlamadığı; ikincisi ise yargı organlarının sosyal adaletin geliştirilmesi ve sağlıkta hakkaniyetin gerçekleşebilmesi için uygun çözümler üretip üretmediğidir.<sup>101</sup> Örneğin; Hindistan'da sağlık hakkı açıkça anayasada düzenlenen haklar arasında yer almamakla birlikte, mahkemeler, sağlık hakkını anayasada güvenceye alınan yaşam hakkının ayrılmaz bir parçası olarak yorumlamaktadır. Sağlık hakkının açıkça anayasada düzenlenmiş olmasıyla sağlık hakkıyla ilgili dava sayısının fazlalığı arasında doğrudan bir bağlantı kurulamasa da, sağlık hakkı kapsamında devletin yükümlülüklerinin açıkça düzenlenmiş olmasının bu konudaki dava sayısının artışında önemli bir etkisi olduğu tespit edilmiştir. Ayrıca hak ihlali iddialarına karşı bireysel başvuru mekanizmasının bulunması, sağlık hakkıyla ilgili dava sayısında belirli bir artışa yol açmaktadır. Buna karşılık dava sayısındaki artışın sağlık hakkının korunması üzerindeki etkilerinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.<sup>102</sup> Sağlık hakkıyla ilgili davaların sağlıkta hakkaniyetin gerçekleşmesine katkıda bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bazı davalar alt gelir gruplarının lehine sağlıkta hakkaniyetin sağlanmasına olumlu katkıda bulunurken, hangi faktörlerin mevcut davalardan yalnızca bir kısmında politika değişikliğine yol açtığı, hangi faktörlerin yoksul nüfusun sağlığının korunması amacıyla mahkemeye erişimini kolaylaştırdığı ve bu faktörlerin gerçekleşmesi için ne tür bir siyasal gündeme ihtiyaç olduğu henüz yeterince net değildir.<sup>103</sup> Sağlık hakkıyla ilgili yargı kararlarının sağlık politikalarında değişikliğe yol açması, yargı bağımsızlığının sağlanmasıyla, yargı organlarının benimsediği yargısal yorum yöntemiyle, ayrıca genel etki doğurabilecek yargı kararlarının doğru değerlendirilmesi ve yerine getirilmesiy-le yakından ilişkilidir.

AİHS sisteminde sağlık hakkının korunmasıyla ilgili olarak AİHM, bazı kararlarında geleneksel bir yaklaşımla sağlıkla ilgili başvuruların konu bakımından Sözleşme'nin korumasından yararlanamayacağı sonucuna varsa da, sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili hakların korunması konusunda Mahkeme'nin geniş bir içtihat külliyatı olduğu görülmektedir. Bu çalışmada sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar; gizlilik, kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara

101 Oscar A. Cabrera, Ana S. Ayala, "Advancing the Right to Health Through Litigation", *Advancing the Human Right to Health*, José M. Zuniga, Stephen P. Marks ve Lawrence O. Gostin (Ed.), Oxford University Press, Oxford ve New York (2013), s. 31, 33.

102 Cabrera, Ayala, a.g.e., s. 31-33.

103 Cabrera, Ayala, a.g.e., s. 33-35.

erişim; ayrıca korunmaya muhtaç bazı grupların sağlık sorunlarıyla ilgili AİHM kararları üzerinde durulmuştur. AİHM'nin sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağı, çevreyle ilgili sağlık sorunları ve biyoetik ile ilgili konulardaki yaklaşımının ayrı bir çalışmada incelenmesi planlanmaktadır. Bu çalışmada ele alınan AİHM kararları çerçevesinde, sağlık hakkının açıkça AİHS'de düzenlenmemiş olmasının, Mahkemenin sağlık hakkıyla ilgili başvuruları Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerle bağlantılı olarak incelemesine engel teşkil etmediği anlaşılmaktadır.

AİHS'ye taraf devletler kendileri aleyhine verilen AİHM kararlarının yerine getirilmesi sürecinde gerekli genel ve özel tedbirleri almakla yükümlüdür. AİHM bazı kararlarında AİHS'nin 46. maddesi uyarınca bu tedbirlerin neler olabileceği konusunda taraf devletlere tavsiyelerde bulunmakta ve bir bakıma AK Bakanlar Komitesi'nde yapılacak denetimin kapsamı konusunda yol göstermektedir. Ancak taraf devletlerin AİHM kararlarını icra ederken farklı yöntemler izleyebilme konusunda takdir yetkileri bulunduğu kabul edilmektedir. AİHM kararları çerçevesinde sağlık hakkıyla ilgili temel yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla iç hukukta uygun düzenlemeler yapılması ve gerekli tedbirlerin alınması sayesinde, AİHS sisteminin üye devletlerde sağlık hakkının daha etkili korunmasına ve sağlıkta hakkaniyetin sağlanmasına olumlu katkıda bulunduğu söylenebilir.

## KAYNAKLAR

- Akandji-Kombé, Jean-François, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2007.
- Algan, Bülent, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Bobbio, Norberto, *The Age of Rights*, Çev: Allan Cameron, Polity Press, London, 1996.
- Bulut, Nihat, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Cabrera, Oscar A. / Ana S. Ayala, “Advancing the Right to Health Through Litigation”, *Advancing the Human Right to Health*, Ed: José M. Zuniga, Stephen P. Marks ve Lawrence O. Gostin, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2013.
- Ertan, İzzet Mert, *Uluslararası Boyutlarıyla Sağlık Hakkı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Ertan, İzzet Mert, *Sosyal Hakların Uluslararası Korunması ve Avrupa Sosyal Şartı Sistemi*, Beta, İstanbul, 2015.
- European Court of Human Rights, *Factsheets - Detention and mental health*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Detention\\_mental\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Detention_mental_health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, *Factsheets - Health*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, *Factsheets - Migrants in detention*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Migrants\\_detention\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Migrants_detention_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, *Factsheets - Persons with disabilities and the ECHR*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Disabled\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Disabled_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, *Factsheets - Prisoners' health-related rights*, [http://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Prisoners\\_health\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Prisoners_health_ENG.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, “Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights”, [http://www.echr.coe.int/Documents/Research\\_report\\_health.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf) (26 Kasım 2016).
- European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/eng#> (10 Aralık 2016).
- Karakul, Selman, “Kişisel ve Siyasal Haklar ile Ekonomik ve Sosyal Haklar Arasındaki Zorunlu İlişki: Gelişen AİHM Pratiği”, *Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi*, 5, 13, 2013.
- Mann, Jonathan M. vd., “Health and Human Rights”, *Health and Human Rights*, 1, 1, 1994.
- OECD ve Dünya Bankası, *OECD Sağlık Sistemi İncelemeleri - Türkiye*, 2008, <http://sbu.saglik.gov.tr/Ekutuphane/kitaplar/OECDKITAP.pdf> (26 Kasım 2016).
- Office of the High Commissioner for Human Rights, “CESCR General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art. 12)”, <http://www.refworld.org/pdfid/4538838do.pdf> (26 Kasım 2016).
- Palmer, Ellie, “Protecting Socio-Economic Rights through the European Convention on Human Rights: Trends and Developments in the European Court of Human Rights”, *Erasmus Law Review*, 2, 4, 2009.

- Shue, Henry, *Basic Rights*, Second Edition, Princeton University Press, Princeton, 1996.
- Steiner, Henry J. ve Philip Alston, *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2000.
- Tahmazoğlu Üzeltürk, Sultan, *Anayasa Hukuku Açısından Sağlık Hakkı (Ulusal ve Uluslararası Boyutuyla)*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Tobin, John, *The Right to Health in International Law*, Second Edition, Oxford University Press, Oxford ve New York, 2012.
- Vasak, Karel, *A 30-Year Struggle: The Sustained Efforts to Give Force of Law to the Universal Declaration of Human Rights*, 30, 10, 1977.
- Weston, Burns H., “Human Rights: Concept and Content”, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, Ed: Richard Pierre Claude ve Burns H. Weston, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2006.
- World Conference on Human Rights, *Vienna Declaration and Programme of Action*, Vienna, 14-25 June 1993, <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/vienna.pdf> (26 Kasım 2016).
- World Health Organization, *Constitution of the World Health Organization*, [http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_en.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf) (26 Kasım 2016).
- Yıldırım, Hasan Hüseyin, *Türkiye Sağlık Sistemi: Sağlıkta Dönüşüm Programı Değerlendirme Raporu*, Sağlık-Sen Yayınları, Ankara, 2013.

## ÖZ

Sağlık hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS veya Sözleşme) ve Ek Protokollerde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM veya Mahkeme) sağlık hakkı ve sağlıkla ilgili konularda yaşam hakkı, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, özel ve aile hayatına saygı hakkı gibi Sözleşme’de güvenceye alınan haklarla bağlantılı bir içtihat geliştirmiştir. Bu çalışma, AİHM kararları çerçevesinde sağlık ve tedavi hizmetleriyle ilgili genel sorunlar, gizlilik, sağlıkla ilgili kişisel verilerin korunması ve kişisel tıbbi kayıtlara erişim ile son olarak korunmaya muhtaç bazı grupların sağlık sorunları konularını incelemektedir. Sağlıkta eşitlik ve ayrımcılık yasağı, çevre ve sağlık, ayrıca biyoetik ile ilgili konuların daha sonraki bir çalışmada ele alınması planlanmaktadır.

**Anahtar kelimeler:** Sağlık hakkı, Sağlıkla ilgili haklar, Pozitif yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

# **İstanbul Medipol Üniversitesi**

## **Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri**

1. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
2. Yazı, Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
3. Dipnotlarda yazarın adı ve soyadı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Dipnotta yer alan kitap, dergi ve ansiklopedi ismi italik yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. Aynı esere yapılacak atıflarda yazarın soyadı ve sayfa numarası belirtilmelidir. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
4. Yazı başlığının ve en az 150 en çok 200 sözcükten oluşan özetiyle birlikte yazının içeriğini aktaran beşer tane anahtar kelimenin Türkçe ve İngilizce olarak yazıya eklenmesi gerekmektedir.
5. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Kaynakçada yer alan eserler, Times New Roman karakterinde, 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Kaynakçada yer alan eserlerde; yazarın soyadı ve adı yazıldıktan sonra, eserin adı, eserin kaçınıcı baskı olduğu, yayınevinin adı, yayım yeri ve yılı, sayfa numarası belirtilmelidir. Kaynakçada yer alan eser ismi, ansiklopedi ismi ve dergi ismi italik harflerle yazılmalıdır. Ansiklopedi maddesi ve makale ismi ise tırnak içinde yazılmalıdır. İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.
6. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
7. Yazı İşleri Müdürü tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelere uygun olduğu saptanan yazılar, hakeme gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir.

8. Fakülte tarafından yayımlanan nüshalarla sınırlı kalmak üzere; çoğaltma, yama, umuma iletim, işleme ve çeviri konusundaki mali haklar, basılı, görsel, işitsel, sayısal vb. gibi ortamlarda yurt içinde ve yurt dışında kullanılmak üzere Fakülteye devredilmiştir.
9. Telif ücreti ödenmeyeceğini yazar kabul etmiştir.
10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, Fakülte herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
11. Yazı, aşağıda belirtilen e-posta adreslerine Word formatında yayım ilkelerinde belirtilen kurallara uygun olarak gönderilmelidir. Yazar, yazısı ile birlikte görev yaptığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.

sogut@medipol.edu.tr

mcattik@medipol.edu.tr