

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

NİSAN
MAYIS
HAZİRAN
2013

SAYI

2

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Fikret İlkiz

Genel Yayın Yönetmeni

Av. Fikret İlkiz

Sorumlu Müdür

Prof. Dr. Yener Ünver

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yener Ünver/Yard. Doç. Dr. Barış Erman

Arş. Gör. Dr. Gülşah Kurt/Av. Fikret İlkiz

Av. H. Fehmi Demir/Av. Kazım Yiğit Akalın

Av. İlkan Koyuncu/Av. Burak Candan

Av. Can Vodina

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır
- Üç ayda bir yayınlanır

Abone Bilgisi

Cemile Meral

0212/511 54 32 Dahili: 112

cemile.mental@damgada.com

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği

Maçka Cad. No:11 Kazım Gerçel Apt. K. 2 D. 3

Maçka-İstanbul Tel: (0-212 343 80 80)

Basım Yeri

Net Kırtasiye Tan. ve Matbaa San. Tic. Ltd. Şti

Taksim Cad. Yoğurtçu Faik Sok. No:3 Taksim

Beyoğlu/İSTANBUL

(Sertifika No: 13723) Tel: (0-212 249 40 60)

Basım Tarihi

Mart 2015

İçindekiler

ÖNSÖZ	1	Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU
ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA NON BİS İN İDEM İLKESİ	3	Hilal Nur ŞARBAK
GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU	59	Av. Serra KARADENİZ
CİNSEL SALDIRI SUÇU	89	Gökçen DOĞAN
HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRİK SUÇU	113	Dinç ERKMEN
GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ	159	Av. Elif ARAYAN
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA CEZA VE HUKUK MAHKEMELERİNİN HUKUKA AYKIRI YÖNTEMLERLE ELDE EDİLEN DELİLLERE YAKLAŞIMI	177	Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU
6545 SAYILI KANUNLA CEZA MEVZUATIMIZA GETİRİLEN DEĞİŞİKLER	305	Av. Arzu Buşra BAYRAKDAR Stj. Av. Burak AKIN

ÖNSÖZ

Uzun yıllardır Ceza Muhakemesi Hukuku'nun özellikle son dönemde de Medeni Muhakeme Hukuku'nun en önemli tartışmalarından birini "Hukuka Aykırı Deliller" oluşturmaktadır. Öğretide bu denli tartışma oluşturan konunun, ileri sürülen düşüncelerle birlikte yargı kararlarında nasıl anlaşıldığını ve ortaya konulduğunu ele almakta fayda bulunmaktadır. Konunun her iki hukuk dalında karşılaştırmalı olarak ele alındığı eserler yok denebilecek kadar azdır. Bu düşünceden hareketle 1 Mayıs – 01 Haziran 2013 tarihlerinde Yaşar Üniversitesinde gerçekleştirilmiş olan "8. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi" sempozyumunda "Delil Yasaklarına Hukuk ve Ceza Mahkemelerinin Yaklaşım Farkı" isimli tebliğimi sundum. Dergide, tebliğimin, güncellenmiş ve makale formatına dönüştürülmüş halini bulacaksınız. Esasında, makalemi, Prof. Dr. Feridun YENİSEY'in 70. yaş günü için kaleme alınan armağan için hazırlamaktaydım. Ancak çeşitli sebeplerden ötürü, çalışmamız tamamlanamadı. Bu vesileyle makalemi, özellikle ceza usul hukukuna bugüne kadar çok büyük katkılar sunmuş olan Sayın Hocam Prof. Dr. Feridun YENİSEY'e armağan ettiğimi belirtmek istiyorum.

Bunun yanı sıra, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından çıkarılan derginin bu sayısında, saygıdeğer meslektaşlarım ve mesai arkadaşlarım Av. Elif ARAYAN, Av. Serra KARADENİZ, Av. Arzu Büşra BAYRAKDAR ve Stj. Av. Burak AKIN tarafından kaleme alınan sırasıyla, "Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi", "Göçmen Kaçakçılığı", "6545 Sayılı Kanun ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Alanında Getirilen Değişiklikler", konulu bilimsel yazılar yer alacaktır. Öte yandan İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden sevgili öğrencilerimiz Gökçen DOĞAN, Hilal Nur ŞARBAK ve Dinç ERKMEN tarafından hazırlanan sırasıyla "Cinsel Saldırı Suçu", "Uluslararası Hukukta ve Türk Hukukunda NonBis İn İdem İlkesi" "Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu" isimli makale çalışmalarına da yer verilecektir.

Bu kapsamda belirtmek isterim ki, 31 yıllık akademisyenlik hayatımın yanı sıra son 6,5 yıldır da aktif olarak avukatlık faaliyeti yürütmekteyim. Bu vesileyle, imkân bulduğumuz ölçüde ceza hukukuna ilgi gösteren hukuk fakültesi öğrencilerinin büromuzda yaz aylarında staj yapmasına imkân sağlamaktayız ve kendilerine yararlı olduğunu düşündüğümüz bilimsel ödevler vermekteyiz. Yukarıda belirttiğimiz öğrencilerimiz de ciddiyetle bu çalışmalara katılmışlar ve hazırlamış oldukları ödevler ile, 3. sınıftan 4. sınıfa geçen bir hukuk fakültesi öğrencisinin ne derece başarılı bilimsel çalışma hazırlayabileceğini açıkça ortaya koymuşlardır. Gerek kişisel gerekse toplumsal anlamda bizleri umutlandıran üç arkadaşımıza, başarıla diliyorum bu vesileyle ailelerini de ayrıca kutluyorum.

Son olarak, eserlerin yayınlanmasına imkân sağlayan Türk Ceza Hukuku Derneği'ne, özellikle sevgili arkadaşım ve meslektaşım Dernek Genel Sekreteri Hasan Fehmi Demir'e içten duygularıyla teşekkür ediyorum.

Hazırlanmış olan bu çalışmaların hukuk kamuoyuna yararlı olması dileğiyle.

05.03.2015

Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU

ULUSLARARASI HUKUKTA VE TÜRK HUKUKU'NDA NON BIS İN İDEM İLKESİ

Hilal Nur ŞARBAK*

GİRİŞ

Eski bir Roma deyiimi olan ve bir kimsenin aynı fiilden dolayı bir kereden fazla yargılanamayacağı anlamına gelen “*non bis in idem*” bugün birçok devletin hukuk sisteminde tanınmış bir hukuk kuralıdır. Aynı fiilden dolayı iki kere yargılama yapılmasını yasaklayan ilke, oldukça sade ve açık bir kural olmakla birlikte, non bis in idem uygulamada birçok soruyu beraberinde getirmiştir.

Çalışmamızda ilkenin uygulamasında gündeme gelen sorulardan yola çıkarak bir sistematik belirledik ve bu itibarla “Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Non Bis İn İdem İlkesi” konulu incelememizi, iki ana bölüm içinde yaptık.

Birinci bölümde, ilkenin felsefesinin ve kapsamının anlaşılması bakımından genel bilgilere yer verdik. Cezanın ve cezalandırmanın amacına kısaca değindikten sonra, non bis in idem’in cezanın amacı ile bağlantısı ve ilkenin hukuk tarihi bakımından gelişimi üzerinde durarak, inceledik. Bu bölümde son olarak, non bis in idem ilkesinin kapsamı; uygulanacağı ve uygulanmayacağı haller konularını inceledik.

İkinci bölümde ise, birinci bölümde daha çok teorisine değindiğimiz non bis in idem’in uygulamadaki görünümüne değindik. Bu bağlamda, önce ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin uluslararası ilkeleri açıkladık. Daha sonra bu ilkeler ışığında, non bis in idem ilkesinin karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukuku’nda nasıl uygulandığını inceledik.

Son olarak da çalışmamız hakkında düşüncelerimiz sonuç bölümünde özet olarak yer almıştır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. Sınıf Öğrencisi

I. NON BIS İN İDEM İLKESİNE GENEL BAKIŞ

1. Ceza Kavramı ve Cezanın Amaçları

A. Ceza Kavramı

Hukuk devleti, en kısa tanımı ile faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlayan devlettir¹. Bu itibarla, hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku bakımından şekli sonucu, hukuki güvenliği garanti etmesidir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, kişiye yönelik iç ve dış tehlikelerin bertaraf edilmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; kişinin içinde bulunduğu hukuki huzursuzluktan kurtarılması şeklinde de gerçekleşebilir².

Ceza ise, *suç teşkil eden fiilleri kusurlu bir iradeyle işleyenler bakımında devlet eliyle uygulanan ve onları bazı yoksunluklara tabi kılan bir yaptırım türüdür*³. Bir başka anlatım ile cezalar; devletin, toplumda korunmaya değer görülen bir menfaatin ihlali durumunda, toplumsal huzurun yeniden sağlanması için gösterdiği bir tepkidir. Bu itibarla, bir hukuk devletinde ceza yaptırımının fonksiyonunu kabaca, hukuk devletinin bir gereği olan kişi güvenliğinin; dolayısıyla kişinin hukuki güvenliğinin sağlanması, olarak tanımlamak mümkündür.

Daha detaylı anlamı ile ceza; gerçekleştirilen haksızlık karşısında hukuk düzenin idame ettirilmesi; oluşan huzursuzluğun düzeltilmesi ve böylece hukuk devletinin bir gereği olağan kişi güvenliğinin hukuk eliyle sağlanmasıdır⁴. Bu yönüyle cezalar, toplumsal yaşamın devamlılığını mümkün kılan yaptırımlar olarak görülebilir. Bugün modern hukuk sistemlerinde cezaların zorunlu olduğu tartışmasız olarak kabul edilmiştir.

B. Cezanın Amacı Konusundaki Görüşler

Cezanın amacına yönelik görüşler genel olarak iki grupta toplan-

-
- 1 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 10. Bası, Bursa, 2010, S. 82
 - 2 ÖZEN Mustafa, **Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1, S. 389
 - 3 KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2011, S. 439
 - 4 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Bası, 2005, İstanbul, S. 559; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 4. Bası, 2009, Ankara, S. 573

mıştır. Bunlardan birincisi, cezanın uygulanmasını başlı başına amaç olarak gören **mutlak teoridir**. Bu teori kapsamında ceza, *kefarete (ödetmeye)* hizmet eder. Diğer görüş, cezanın *önlemeye* hizmet ettiğini savunan **nispi teoridir**.

Cezanın amacı konusunda bugün modern hukukta baskın olarak kabul gören görüş ise, hem mutlak hem de nispi teoriyi içinde barındıran **karma teoridir**⁵.

a. Mutlak Teori

Bu teoriye göre cezanın amacı geçmişe yöneliktir. Bu bağlamda ceza, toplumun düzeni bozulduğu için uygulanacaktır. Mutlak teoride cezanın uygulanması ile olumsuz davranışların geleceğe yönelik olarak önlenmesi ya da azaltılması amacı güdülmez. Teori kapsamında cezanın amacı, olumsuz davranışlar sergileyerek toplumun huzurunu bozan kişiye, bu davranışlarının karşılığının ödetilmesi olmalıdır⁶. Teorinin esası, tıpkı *Hammurabi Kanunları*'ndaki hırsızlık yapan kişinin elinin kesilmesi; bir kişinin gözünü çıkarmanın gözünün çıkarılması gibi, *kısasa kısas* anlayışıdır. İşlediği fiil sebebiyle toplumun düzenini bozan kişi bunu ödemek, bundan dolayı acı ve ızdırap çekmek zorundadır. Suçlu bu sayede, adeta günahından arınacak; toplumla arasındaki hesabı kapatacaktır⁷. Teoriye göre, cezanın temel fonksiyonlarından biri de adaletin sağlanmasıdır ki, adalet de ancak faile yaşattığı haksızlık ödetildiği takdirde sağlanabilir.

Mutlak teori, cezanın uygulanmasını başlı başına bir amaç olarak görerek, herhangi başka bir sosyal fayda amaçlamamış olması ve böylelikle cezayı toplumsal etkiden bağımsızlaştırıp koparması sebebiyle eleştirilmiştir⁸.

-
- 5 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞSIZ Pınar, TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 3. Bası, 2012, Ankara, S. 567
 - 6 İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, **Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, Beta Yayınları, 1. Bası, 2000, İstanbul, S. 31
 - 7 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 544
 - 8 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., s. 568

b. Nispi Teori

Nispi teoriye göre, suç işlendikten sonra bunun sonuçlarını geri almaya; olanları, suç hiç işlenmemiş gibi eski hale getirmeye olanak yoktur. Bu nedenle mutlak teorinin aksine, nispi teoride ceza geleceğe yöneliktir. Teori, geçmişte olanın telafi edilmesi değil, bir daha aynı suçun işlenmemesi için geleceğe yönelik önlemler alınması gerektiği düşüncesi üzerine kurulmuştur. Dolayısıyla, bu teoriye göre cezanın amacı suç işlenmesinin önlenmesi ve suç işleyen kişinin tekrar topluma kazandırılması olmalıdır. Ayrıca, teori kapsamında suç işleyen kişi cezalandırılarak, topluma tekrar kazandırılana dek, toplumdan soyutlanacak ve bu sayede, cezasını çektiği zaman diliminde topluma tekrar zarar vermesi engellenebilecektir⁹.

Suç işlenmesine ne şekilde engel olunacağı konusunda, teoriyi savunanlar arasında görüş birliği sağlanamamıştır. Bu nedenle, cezanın suçlu üzerindeki önleme etkisine yönelik **özel önleme** ve cezanın toplum üzerindeki önleme etkisine yönelik **genel önleme** teorileri ortaya çıkmıştır¹⁰.

aa. Özel Önleme Teorisi

Özel önlemenin amacı, *suçluyu yeniden suç işlemekten alıkoymak, suçluyu toplumdan soyutlayarak toplumu korumak ve suçluyu ıslah etmektir*¹¹. Dolayısıyla bu teoride fail hakkında işlediği fiildeki kusuru oranında değil, topluma yeniden kazandırılması ve ıslah edilmesi için gereken miktarda cezaya hükmedilmelidir¹².

Teori, faille verilecek cezanın miktarını “topluma yeniden kazandırılması için gereken miktar” olarak belirlemesi yönüyle eleştirilmiştir. Nitekim belirlenen bu kıstas, sübjektif niteliktedir ve kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Hâlbuki ceza hukukunda *nullum crimen nulla poena sine*, suçların ve cezaların kanuniliği, ilkesi gereğince ce-

9 AKTAŞ Sururi, **Cezalandırmanın Amacı Üzerine**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 2009, S.2; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 547

10 İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, a.g.e., S. 34, 37; ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 568

11 AKTAŞ Sururi, a.g.m., S.2

12 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 548

zaların belirli olması esastır. Ayrıca, teorinin faile verilecek cezayı bu şekilde belirlemiş olması, failin topluma kazandırılması için cezalandırılması gerektiği takdirde, hiç ceza alamaması şeklinde yorumlanacaktır. Böylesi bir sonucunsa adalet düşüncesi ile bağdaşmayacağından şüphe yoktur.

bb. Genel Önleme Teorisi

Genel önleme teorisi, işlenen haksız fiile karşılık olarak hukuk düzeninde bir yaptırım bulunmasının, suç işlenmesi bakımından toplumdaki tüm bireyler üzerinde caydırıcı bir etki doğuracağı düşüncesinden hareketle ileri sürülmüştür¹³. Teori bu yolla, toplumdaki bireyleri suç işlemekten korumayı hedefler.

Genel önleme teorisine göre, kanunlarca yasaklanmış bir fiili işleyen failin cezalandırılması, benzer fiili işleyebilecek potansiyel failer üzerinde cezalandırabilecekleri korkusunu oluşturacak ve onları suç işlemekten alıkoyacaktır (*olumsuz genel önleme*). Ayrıca, failin cezalandırılması ile henüz suç işlememiş üçüncü kişiler bakımından hukuk düzeninin varlığına ve nüfuzuna yönelik güven devam ettirilecek ve hatta güçlendirilecektir (*olumlu genel önleme*)¹⁴.

Teori, cezalandırma sebebinin, failin kendisinden bağımsız olarak, yalnızca başkalarına ibret olması olarak belirlemesi yönüyle eleştirilmiştir. Ayrıca, özel önleme teorisinde olduğu gibi, genel önleme teorisinde de belirli bir ceza öngörülmemiştir. Üstelik, cezanın amacının “ibret-i âlem” olarak belirlenmesi, korku atmosferinin güçlendirilmesine yönelik olarak orantısız cezalar verilmesi sonucunu doğurmaya oldukça yatkındır. Dolayısıyla teorinin amacı, ceza hukukunun temel ilkelerinden “*suçta ve cezada orantılılık*” ilkesinin ihlaline yol açacak niteliktedir. Bunlara ilaveten teorinin, ibret olması nedeniyle mi yoksa bir tehdit teşkil etmesi nedeniyle mi işe yaradığı da açıklanamamıştır¹⁵. Zira ikinci ihtimalde, yani cezanın bir tehdit olması halinde, toplumda

13 ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II- (Yaptırım Hukuku)**, Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2003, Ankara, S.26

14 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 553; ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 569

15 İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Füsün, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, a.g.e., S. 37

devamlı bir gerginlik havası oluşacak; bu defa da hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayan bir sonuç meydana gelecektir.

c. Karma Teori

Bugün modern hukuk sistemlerinde, cezanın amacı belirlenirken sadece mutlak ya da sadece nispi teoriden yararlanılmasının cezanın amacını açıklamak adına tatmin edici sonuçlar vermediği kabul edilmiştir¹⁶. Bu düşünceden yola çıkılarak geliştirilen karma teori, cezalandırmanın amacının ne salt kefaret ve ödetme ne de salt ıslah olabileceğini savunur. Teoriye göre, cezalandırma hem mutlak teoride öngörüldüğü üzere, kişiye işlediği fiilin karşılığının ödettirilmesi suretiyle adaletin sağlanmasını, hem de nispi teoride öngörüldüğü gibi, suçun önlenmesi ve failin ıslah edilmesi gibi işlevlerin gerçekleştirilmesini amaçlamalıdır¹⁷. O halde, karma teori kapsamında ceza, “sosyalleştirme amacına yönelik olan ıstırap verici, korkutucu ve caydırıcı”¹⁸ bir yaptırım türü olarak tanımlanabilir.

d. Türk Hukuku’nda Cezanın Amacı

Türk Ceza Kanunu’nun, kanunun amacını düzenleyen **1. maddesi**: “*Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.*” şeklindedir. Madde-
deki “... suç işlenmesini önlemektir.” ifadesinden, Kanunu’nun genel ve özel önleme teorisini benimsediği çıkarılabilir¹⁹. Bununla birlikte, kanun bir bütün olarak değerlendirildiğinde ise, adaletin sağlanması odaklı mutlak teorinin de izlerini görülecektir. Örneğin, yine Türk Ceza Kanunu’nun “Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi” başlıklı 3. maddesi faile verilecek cezanın işlediği suçun ağırlığı oranı ile belirlenmesine işaret ederken ceza verilmesindeki “adaletin sağlanması” amacını vurgulamaktadır. Dolayısıyla Türk Hukuku’nda da, modern sistem-

16 ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, a.g.e., S. 31

17 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 562

18 KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, a.g.e., S. 439

19 A.g.e., S. 556

lerde olduğu gibi, karma teorinin benimsenmiş olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²⁰.

2. Non Bis İn İdem İlkesi

A. Kavram

Non bis in idem ilkesi, aynı kişinin aynı fiilden (*idem*) dolayı tekrar yargılanamayacağı anlamına gelen, bir ceza muhakemesi hukuku ilkesidir.

Non bis in idem ilkesinin temeli, bir fiil hakkında geçmişte yapılan bir yargılama sonucunda kesinleşen bir hüküm varsa bunun, daha sonra aynı fiil hakkında yeniden yargılama yapılmasına engel olacağına ilişkin *res iudicata* (*kesin hüküm*) ilkesidir²¹. *Res iudicata*, yargı kararı ile bir kez çözüme kavuşturulmuş bir hukuki uyumsuzluğun, bir daha ortaya çıkarılmaması gerektiği düşüncesinden ileri gelir. Kural olarak yargı kararları, yargı makamlarının önüne gelen dava konusu uyumsuzlukları sonsuza dek kesin bir hükme bağlar²². İşte, hakkında bir yargı kararı verilmek suretiyle çözüme kavuşturulan hukuki uyumsuzlukların, bu şekilde, sonsuza kadar çözülmüş sayılmasına “*res iudicata*” denir²³. Kesin hükmün hukuken en önemli sonucu, dokunulmaz oluşudur. Başka bir anlatımla, kanunlarda sayılan istisnalar saklı kalmak kaydıyla, kesin hükümle çözümlenen bir uyumsuzluk, artık tekrar tartışma konusu yapılamayacaktır.

Non bis in idem, bugün bütün modern hukuk devletlerinde tanınmış bir ilkedir. Uluslararası hukukun en önemli kaynaklarından olan uluslararası anlaşmalardan bazıları da ilkeyi özel olarak düzenlemiştir²⁴. Bu anlaşmalardan biri, Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'dir. Sözleşmenin “Adil Yargılanma Hakkı”

20 AKTAŞ Sururi, a.g.m., S.2

21 ABD Yüksek Mahkemesi, **Brown - Felsen Davası**, 442 U.S. 131 (1979): “...*Res iudicata* (*res iudicata*), mahkeme kararlarının kesinliğini güvence altına alır.”; ÖZEN Mustafa, a.g.m., S. 390

22 KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16.Bası, 2008, İstanbul, S.59

23 GÖZLER Kemal, **Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56 Sa.2 [45-61], S. 46

24 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokol No:7, Madde 4; Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 8(4); Schengen Uygulama Anlaşması, Madde 54; Arap İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 16

başlıklı **14. maddesinin 7. fıkrasında** non bis in idem ilkesi, “*Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkûm olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz.*” ifadesi ile tanınmıştır.

Yine, karşılaştırmalı hukukta da, non bis in idem ilkesine yer veren anayasalara rastlamak mümkündür²⁵. Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası’nın 103. maddesinde ilke, “*Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılmaz.*” şeklinde yer alırken; Rus Hukuku’nda, Rusya Federasyonu Anayasası’nın 50. maddesindeki “*Hiç kimse aynı suçtan dolayı iki defa mahkûm edilemez.*” düzenlemesi ile vücut bulmuştur.

Türk Hukuku’nda ise, non bis in idem ilkesi Anayasal olarak tanınmış değildir. İlkenin Türk Hukuku’ndaki yansıması, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**’nun 223. maddesinin, 7. fıkrasındaki düzenlemedir. “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” şeklindeki düzenleme ile aynı kişinin aynı fiil nedeniyle yargılanmaması güvence altına alınmıştır.

B. Non Bis İn İdem Tarihsel Gelişimi

Bir Roma Hukuku prensibi olan “*nemo debet bis vexari pro una et eadam causa*” deyiminden ileri gelen²⁶ non bis in idem ilkesi, modern hukuka ilişkin, yeni bir ilke değildir. Aksine, hukuk tarihinin en eski dönemlerinden beri süregelen non bis in idem ilkesine, Antik Roma ve Yunan Hukuku’na ilişkin belgelerde ve eski İncil yazmalarında rastlanmıştır²⁷. Özellikle, Roma Hukuku’na ilişkin günümüze kadar gelen en

25 ABD Anayasası, 5. Değişiklik; 1982 Kanada Anayasası, Bölüm 52(2); Japon Anayasası, Madde 39; Hindistan Anayasası, Madde 20(2); Meksika Anayasası, Madde 23; Makedonya Anayasası, Madde 14; Paraguay Anayasası, Madde 17(4); Yeni Gine Anayasası, Bölüm 37(8) – (9); Portekiz Anayasası, Madde 29(5); Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası, Madde 25(3); Güney Kore Anayasası, Madde 13(1); 1990 Yeni Zelanda İnsan Hakları Beyannamesi, Bölüm 26(2)

26 CONWEY Gerard, **Ne Bis in Idem in International Law**, International Criminal Law Review, Vol. 3, No. 3, pp. 217-244, 2003, S.221

27 MEZEI Péter, **Double Jeopardy in a Global Context: A Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense**, Attila Badó (Ed.) Studies in the Fields of Comparative Law and Comparative Constitutional Law, Pro Talenti Universitatis Foundations, Szeged, 2012, S.2

önemli eser olan Justinian'ın Digest'inde "non bis in idem" ilkesinin tanımlanmış olması, ilkenin ne kadar köklü bir hukuk kuralı olduğunu gözler önüne serer²⁸.

Non bis in idem ilkesinin bugünkü modern hukuktaki ilk izlerine İngiliz Hukuku'nda rastlarız. Teamül Hukuku literatüründe "double jeopardy" (çift yargılama) olarak adlandırılan non bis in idem ilkesi, uygulamada ilk kez 1201²⁹ tarihinde görülmüştür. Ancak belirtmek gerekir ki, ilkenin yeknesak olarak uygulanması bu tarihten çok daha sonraları gerçekleşecektir.

Kıta Avrupası Hukuku'nda non bis in idem'in ilk olarak düzenlendiği 13. yy. tarihli yazılı belge İspanyollara³⁰ aittir. 1971 yılında Amerikan Anayasası'nda yapılan 5. Değişiklik, ilkeye ilişkin ilk kapsamlı anayasal düzenleme olarak kaydedilmiştir³¹.

Nihayet 20. yy'da, non bis in idem ilkesi uluslararası hukukun da bir parçası haline gelmiştir. İlke, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, *Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi* ve *Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi* gibi sözleşmeler ile özel olarak tanınmış ve bu sayede ilkeye uluslararası nitelik kazandırılmıştır³².

28 **Digest 48.2.7.2.**: "Vali, bir suçtan beraat etmiş kişinin tekrar aynı suçtan yargılanmasına izin vermemelidir..." Tam metin için bkz: http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Anglica/D48_Scott.htm#II

29 MEZEI Péter, a.g.m.'de aktarmıştır: "Kenneth G. Coffin: **Double Take: Evaluating Double Jeopardy Reform**, 85 Notre Dame Law Review (2010): p. 776"

30 MEZEI Péter, a.g.m.'de aktarmıştır: "5 Las Siete Partidas 1309, quoted by: David S. Rudstein: *Retrying the Acquitted in England Part I: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for „New and Compelling Evidence”*, 8 San Diego International Law Journal, 2007: p. 402."

31 CONWEY Gerard, a.g.m., S. 222; 5. Değişiklik metni: "Kara ve deniz kuvvetlerinde, ya da savaş veya kamuya yönelik tehdit sırasında görevde bulunan milis kuvvetlerinde ortaya çıkacak davalar dışında, hiç kimse büyük jüri tarafından hazırlanan suç duyurusu veya iddianamesi olmadan ölüm cezasını gerektiren veya yüz kızartıcı başka bir suçtan sorumlu tutulmayacak; hiç kimse, aynı suç nedeniyle iki kere, idam cezası veya bir organını yitirme tebliği ile karşı karşıya bırakılmayacak; herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklık yapmaya zorlanmayacak; ve yasal gerekler yerine getirilmeden, yaşamı, özgürlüğü, veya malından yoksun bırakılmayacak; özel mülk, hakça bir tazminat ödenmeden kamulaştırılmayacaktır."; Anayasa'nın tam metni için bkz: <http://photos.state.gov/libraries/turkey/231771/PDFs/abd-anayasasi.pdf>

32 Belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ilkenin uygulanmasını yalnızca iç hukukta güvence altına alır. Avrupa Birliği Temel Haklar Sözleşmesi bakımından ise, Sözleşme'nin yalnızca Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında uygulanabilir olduğu, etki alanı takdir edilirken göz önünde bulundurulmalıdır.

Non bis in idem ilkesinin Türk Hukuku'nda tanınması ise 1973 yılında 1916 sayılı kanun ile yapılan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundaki değişikliğe tekabül eder. “*Aynı konuda, aynı sanık için evvelce verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava var ise davanın reddine karar verilir.*” şeklindeki CMUK 253/3 hükmü, Türk Hukuku'nda non bis in idem ilkesine ilişkin ilk düzenlemedir. Non bis in idem ilkesine daha sonra 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da yer verilmiştir.

C. Non Bis İn İdem İlkesinin Kapsamı

a. Non Bis İn İdem İlkesinin Felsefesi

Non bis in idem ile korunan hukuksal değerın anlaşılması, ilkenin uygulamadaki önemini ve gerekliliğini anlamak bakımından önemlidir. Masum bir kişinin, işlemediği bir suçtan dolayı birden fazla kez yargılanması kişinin masumiyetini değiştirmeyeceğine göre, hukuk niçin tekrar yargılanmasını yasaklamıştır? Ya da örneği tersine çevirdiğimizde; suçlu bir kişi aynı fiilden dolayı niçin tekrar yargılanmamalıdır? Bu soruların cevabını iki farklı açıdan vermek mümkündür.

aa. Cezalandırmanın Amacı ve Non Bis İn İdem İlkesi

Suçlu bir kişinin aynı fiilden dolayı niçin tekrar yargılanmaması gerektiği sorusunun cevabı, ceza ve cezalandırmanın amacı ile doğrudan bağlantılıdır. Giriş bölümünde cezanın ve cezalandırmanın amacına yönelik açıklamalarda bulunmuş; modern hukuk sistemlerinde bugün kabul edilen ***karma teori*** uyarınca, cezalandırmanın amacının hem genel ve özel önleme (*nispi teori*) hem de adaletin yerine getirilmesi (*mutlak teori*) olduğunu belirtmiştik.

Cezalandırmanın amacı hem suç işleyen failin ıslah edilmesi; topluma yeniden kazandırılması hem de faile işlediği haksızlığın bedeli ödetilmek suretiyle toplumda adaletin yeniden sağlanmasıdır. Bunun yanında, verilen cezanın toplumda caydırıcı bir etki yaratarak kanunlara uyulmasına teşvik edeceği ve suç işleme oranını azaltacağı düşüncesi bugün çoğunlukla kabul edilen görüştür.

Aynı kişinin aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayacağı anlamına gelen *non bis in idem*, cezanın ve cezalandırmanın amaçları ile birlikte

değerlendirildiğinde, ceza teorisi ile tam bir uyum içerisinde olduğu görülür. Örneğin, hırsızlık suçu dolayısıyla hakkında daha önce yapılan bir yargılama sonucunda kesin mahkûmiyet kararı verilen ve cezası infaz edilen bir kişiyi ele alalım. Bu kişinin, hırsızlık suçu oluşturan aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması ve yargılama sonucunda hakkında yeniden mahkûmiyet kararı verilmesi halinde bunun cezanın amacı ile bağdaşıp bağdaşmayacağını değerlendirelim. Bu örnekte kişi, daha önce hukuk sistemince “adaletin sağlanması için yeterli” olacağı öngörülen ve kusuru ile orantılı olarak belirlenmiş miktarda cezaya mahkûm edilmiş ve cezanın infazı gerçekleşmiştir. Hukuk sisteminin, bu cezanın infazından sonra ideal inancı: Failin işlediği hırsızlık suçuna karşılık belirli süre hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edilmesi ile hem suçtan doğan adaletsizliğin idame ettirildiği hem de failin bir daha hırsızlık suçunu işlemeyeceği yönündedir. Pratikte sonuç her zaman bu şekilde gerçekleşme dahi, niteliği gereği, ideal kavramlardan yola çıkılarak düzenlenen hukuk sisteminde cezanın amacı budur. Dolayısıyla, bu örnekte kişinin aynı hırsızlık suçu oluşturan fiil nedeniyle tekrar cezaya mahkûm edilmesinin ne adalet açısından ne de ıslah açısından bir fonksiyonu kalmış; cezanın infazı ile hukuken istenilen amaca ulaşılmıştır. Hatta ceza ile amaçlananın aksine böylesi bir uygulama, fail açısından isyan ve intikam duygularının oluşmasına sebebiyet verecektir ki böyle bir sonucun toplumda ideal düzeni sağlamaya yönelmiş hukukun amaçlarından biri olamayacağı kuşkusuzdur.

Belirtmek gerekir ki, failin bir fiilden dolayı almış olduğu cezaya ilaveten aynı fiilden dolayı bir ceza daha alması, failin fiilinden dolayı alması gereken cezadan daha fazla cezaya maruz kalmasına yol açacaktır. Bu durumda, ceza hukukunun temel ilkelerinden *suçta ve cezada orantılılık ilkesinin* de ihlal edileceği açıktır.

Yukarıda anlatılanların ışığında, non bis in idem’in, cezanın uygulanmasını amaçsızlaştıran ve keyfileştiren uygulamaların bertaraf edilmesi ve hukuk sisteminin ceza ile amaçladığı sonuca ulaşılabilmesi bakımından gerekli ve zorunlu olduğu açıktır.

bb. Hukukta İstikrar ve Hukuka Olan Güvenin Korunması

Daha önce hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş kişinin niçin tekrar yargılanmaması gerektiği cezanın amacı ile açıklanabilir. Buna kar-

şılık, cezanın amacı, masumiyeti önceden verilmiş bir beraat kararı ile sabit olan kişinin niçin tekrar yargılanmaması gerektiği hususunu açıklamakta yeterli değildir. Tüm değişkenlerden bağımsız olarak düşünülürse, masum bir kişi iki kere değil; daha fazla kere dahi yargılansa masumiyeti değişmeyecektir. O halde niçin hakkında beraat kararı verilmiş kişiler bakımından da non bis in idem etkisi tanınmıştır?

Bu sorunun cevabı, non bis in idem'in hukukta istikrar ve güvenin sağlanmasında oynadığı kurucu roldür. Öyle ki, non bis in idem uyarınca, hakkında daha önce bir yargı kararı ile kesin hüküm verilmiş olan kişi aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmayacağını bilecek ve böylelikle devamlı bir belirsizlik halinden kurtulacaktır. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, 1978 tarihli Crist - Bretz kararında, non bis in idem ilkesi ile korunan değeri şöyle ifade etmiştir: *“Aynı fiilden dolayı birden fazla kez yargılamayı yasaklayan Anayasal kural; bireyi, hakkında iki kere yargılama yapılmasının ve/veya hüküm verilmesinin tehlikelerinden korumak için düzenlenmiştir.. Devletin, daha önce hakkında bir hüküm verilmiş olan bireyi aynı fiilden dolayı yargılamaya teşebbüs etmesi bireye utanç, külfet ve ızdırap verecek; onu sürekli bir endişe ve güvensizlik içinde yaşamaya mecbur edecektir. Tekrar yargılanan bireyin, bu şartlar altında, masum olsa dahi suçlu bulunması olasılığı artacaktır. Devlet tüm imkânları ve gücü ile bireyi bu duruma düşürmemek için yeniden yargılama yasağını titizlikle uygulamalıdır.”*³³

Yüksek Mahkemenin kararında isabetli bir biçimde belirtildiği gibi, kişi masum dahi olsa hukuk sisteminde defaatle yargılanmasını engelleyen bir kural olmaması halinde böyle bir belirsizlik ve endişe atmosferi, önünde sonunda kişinin suçlu bulunmasını mümkün kılacaktır. Bireylerin, bir hukuk devletinde böylesi bir güvensizlik ortamına sürüklenmesi, çalışmanın daha en başında önemle bahsettiğimiz “hukuki güvenliğin sağlanması” gereği ile bağdaşmayacaktır. Ayrıca böylesi bir uygulama, kanunlara ve yargı kararlarına olan itibarı azaltacak, uzun vadede toplumda geri dönülmez bir kargaşa yaratacaktır.

33 Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, **Crist - Bretz** (No. 76-1200), 14 Temmuz 1978, <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/437/28>

b. Non Bis İn İdem İlkesinin Kapsamı

aa. Genel olarak

Non bis in idem ilkesi, bir kişinin bir fiilden dolayı yargılanarak hakkında: Beraat kararı veya mahkûmiyet kararı verilerek yargılanmasına son verilmesi ya da yargılamanın herhangi başka bir usuli sebepten dolayı kesin olarak sona ermesi hallerinde aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmasını engeller. Bunların yanı sıra ilke, aynı fiilden dolayı birden fazla cezaya hükmedilmesini de yasaklamaktadır. Nitekim, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır olan ile cezalandırılmasını öngören fikri içtima kuru mu da buradan hareketle tasarlanmıştır³⁴.

Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki, ilke, failin aynı fiilden dolayı birden fazla “ceza” almasını engellemektedir. Dolayısıyla fail hakkında aynı fiilden dolayı güvenlik tedbirlerine de hükmedilmiş olması ilkenin kapsamında değerlendirilemez³⁵. Her ne kadar, her iki yaptırımın da dayanağı ortaya çıkan haksızlığın bir şekilde düzeltilmesi ise de; iki yaptırımın hizmet ettikleri amaçlar ve mahiyetleri birbirinden bağımsızdır. Dolayısıyla, non bis in idem’in cezalar ile güvenlik tedbirleri arasındaki ilişkilerde uygulanabilirliği yoktur.

Yine bu noktada değinilmesi gereken bir diğer önemli husus, non bis in idem’in, ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir ilke olduğunun gözden kaçırılmaması gerektiğidir. Non bis in idem ilkesi aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı yalnızca ceza kovuşturması yürütülmesini engellemektedir. O halde, non bis in idem’in kişi hakkında aynı fiilden dolayı bir disiplin soruşturması açılmasına bir etkisi olmayacaktır³⁶.

bb. Non Bis İn İdem’in Unsurları

Non bis in idem ilkesinin iki unsuru vardır. Bu unsurlar:

34 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S.551

35 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S. 30

36 Bkz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Protokol No:7, Madde 4’ün Gereğesi: “ 4. madde yalnızca işlediği fiil nedeniyle dâba önce hakkında ceza kovuşturması yürütülmüş kişiler bakımından uygulanır. Bu madde, kişi hakkında aynı fiil nedeniyle fakat başka mahiyette (örneğin; kişi hakkında aynı fiil nedeniyle disiplin soruşturması açılması) bir süreç başlatılmasına engel olmayacaktır.”

1- Aynı kişi hakkında yargılama yapılamayacağı

2- Aynı fiilden (*idem*) dolayı yargılama yapılamayacağı, şeklindedir.

“Aynı fiil” ibaresinden anlaşılması gereken iddianamede somutlaştırılmış olaylardır³⁷. Kunter/Yenişey/Nuhoğlu, ceza muhakemesi anlamında fiilden anlaşılması gerekenin, *şüphelinin suç fiili öncesindeki davranışlarını da bir bütün olarak kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan fiil ile bağlantılı, onunla bütünleşen olay teşkil eden davranışların bütünü*³⁸ olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla fiilin aynılığından, “iddianamede sınırı çizilen eylem” anlaşılmalıdır. Bu eylemin hukuki nitelendirmesinin nasıl yapıldığının bir önemi yoktur. Bu nedenle, bir olay iddianamede farklı değerlendirilirken mahkemece farklı değerlendirilebilir. Non bis in idem açısından esas alınacak olan “fiil” kavramı, muhakeme konusu; iddianamede belirtilen olaylar olacaktır³⁹.

Aynı kişiden anlaşılması gerekense, iddianamede yer alan ve hakkında dava açılan ya da hüküm verilen kişidir. İlkenin tanımındaki “kişi” kavramı açıktır, dolayısıyla doktrinde bu unsurun üzerinde fazla durulmamıştır⁴⁰. Ancak belirtmek gerekir ki, ilkenin bu unsuru da, uygulamadaki kapsamının belirlenmesi bakımından, fiil unsuru kadar önemlidir. Öyle ki, kişi unsuru belirtilmeksizin “aynı fiil hakkında yargılama yapılmayacağı” şeklinde yapılan bir tanımdan, bir kez yargılamaya konu edilmiş bir fiil hakkında artık başka hiçbir kimse için, hiçbir surette yargılama yapılamayacağı gibi olumsuz bir anlam çıkacaktır.

cc. “Hüküm” Kavramı

Non bis in idem ilkesi, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesinin 7. fıkrasında: *“Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm*

37 ÖZEN Mustafa, a.g.m., S. 393

38 KUNTER/YENİŞEY/NUHOĞLU, a.g.e., S.41

39 ÖZKAN Faruk, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku**, II. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, 2010, İstanbul, S. 10; Yargıtay 15.Ceza Dairesi, 21.04.2014, E:2013/1153, K:2014 /7553, *Yargıtay, aynı fiil ibaresinden anlaşılması gerekenin iddianamede işaret edilen olaylar silsilesi olduğunu desteklemiştir.*

40 A.g.m., S.10

olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” şeklinde yer almıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. protokolünün 4. Maddesinde ise: *“Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı... yeniden yargılanamaz veya mahkûm edilemez.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İki sözleşmede de non bis in idem etkisi doğuracak kararlar, “beraat” ve “mahkûmiyet” kararları olmak üzere sınırlı olarak sayılmıştır. Bir başka ifade ile, her iki sözleşmede de hangi kararların non bis in idem etkisi doğuracağı konusu açık olarak gösterilmiştir. Beraat ve mahkûmiyet kararları dışında yargılamayı sona erdiren diğer kararlar, bu sözleşmeler uyarınca non bis in idem etkisi oluşturmayacaktır.

Non bis in idem’in yargılamaya etkisini düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesi ise şu şekildedir: *“Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.”*

Yukarıda adı geçen iki sözleşme ile Türk Hukuku’ndaki bu düzenleme karşılaştırıldığında, Türk Hukuku’ndaki düzenlemenin non bis in idem etkisini daha geniş kapsamda tanıdığı ilk bakışta göze çarpar. Türk Hukuku’ndaki bu düzenleme çerçevesinde, non bis in idem etkisi doğuracak kararlar sadece mahkûmiyet ve beraat kararları ile sınırlı sayılmamış; genel anlamı ile “sanık hakkında önceden verilmiş hüküm” olarak tanımlanmıştır. O halde, buradaki “hüküm” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği ayrıca incelenmelidir. Non bis in idem etkisinin Türk Hukuku uygulamasındaki sınırlarını madde metnindeki “hüküm” kavramı çizecektir.

Uyuşmazlığı çözen, sonlandıran kararlara son karar veya hüküm adı verilmektedir⁴¹. Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları birer hükümdür. (CMK – 223/1) Bu itibarla, sanık hakkında verilecek olan beraat ve mahkûmiyet kararları bizzat uyuşmazlığın esasına ilişkin kararlardır ve non bis in idem etkisi doğuracakları konusunda bir te-

41 ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 4. Bası, 2011, Ankara, S.678

reddüt bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay içtihatları da bu yönde gelişmiştir⁴².

Ceza verilmesine yer olmaması kararı, doğurduğu sonuçlar bakımından, pratikte beraat kararından önemli derecede ayrılmaz. Bu kararlar da uyumsuzluğu esastan çözen kararlardır. Dolayısıyla, non bis in idem etkisi doğuracaklarında tartışma yoktur.

Güvenlik tedbirlerine hükmedilmesinin non bis in idem etkisi doğurup doğurmayacağı meselesine ise yukarıda değinmiştik. Bu sebeple, burada tekrar değinmiyoruz.

“Hüküm” kavramı açısından non bis in idem etkisi ile ilgili ihtilaflar, düşme kararının niteliğinden ileri gelmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda öngörülen düşme sebeplerinin (ölüm, af, zamanaşımı, şikâyetten vazgeçme, ön ödeme ve CMK’da düzenlenen uzlaşma) varlığı ya da soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması hallerinde, davanın düşmesine karar verilir (CMK 223/8). Doktrinde bazı yazarlar, düşme kararının işin esası hakkında, yani sanığın suçu işleyip işlemediği hakkında bir kanaat ifade etmeyen kararlar olduğunu ve bu sebeple non bis in idem etkisi doğurmayacağını savunmuştur⁴³. Bir başka görüş ise, özellikle ön ödeme ve uzlaşma kurumları nedeniyle verilen düşme kararının non bis in idem etkisi doğurması gerektiğini belirtmiştir⁴⁴. Zira, ön ödeme ya da uzlaşma nedeniyle verilen düşme kararları her ne kadar non bis in idem etkisinin aradığı anlamada işin esasını çözen kararlar değilse de, kanunun bu kurumları benimsemekteki amacı göz önünde bulundurulduğunda, non bis in idem etkisi doğurarak yeniden yargılamayı engellemeleri gerekir.

42 Yargıtay 9.Ceza Dairesi, E: 2013/3935, K: 2013/8323, 04.06.2013: “Sanık müdafinin temyiz dilekçesi ve ekindeki belgelerden sanık hakkında aynı fiil sebebiyle...dava açıldığı ve yargılama sonucunda anılan mahkemenin...karar sayılı hükmü ile 1 yıl 3 ay hapis cezasına mahkum edildiği ve bu kararın Yargıtay 4. Ceza Dairesinin...ilamıyla onanarak kesinleştiği anlaşıldığından mükerrer açılan davanın C.M.K.nun 223/7. maddesi uyarınca reddine karar verilmesinde zorunluluk bulunması...”; Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E: 2011/8501 K: 2012/10831, 05.11.2012: “Aynı fiil nedeniyle açılan aynı mahkemenin 2006/113 Esas sayılı dosyasında verilen beraat kararının kesinleşmiş olması, aynı yere ilişkin tek mühürlemenin bulunması karşısında 5271 sayılı CMK’nın 223/7 nci maddesi gereğince kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmesi yerine 5237 sayılı TCK’nın 30/4 ve 5271 sayılı CMK’nın 223/3-d maddeleri uyarınca ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...”

43 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S. 765

44 ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, a.g.e., S. 687

Düşme kararı verilmesine yol açacak vakıaların söz konusu uyumsuzluğu esastan çözmediği hususu kuşkusuzdur. Gerçekten de bunlar, uyumsuzluğun esası hakkında karar verilmesini engelleyen durumlardır ve bunlara dayanarak verilen düşme kararı gerçek anlamda uyumsuzluğu sona erdiren “son karar” teşkil etmez. Öte yandan, kanun düşme kararlarının da birer “hüküm” değerinde olduğunu açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla, kanunun bu açık hükmü karşısında düşme kararlarının non bis in idem etkisi doğurmayacağından yana tartışmalar yersizdir⁴⁵. Ayrıca, her ne kadar kanundaki düzenleme karşısında yorum yapmak manasız olsa da, belirtmek gerekir ki özellikle ön ödeme ve uzlaşma kurumlarına Kanunun affettiği önem göz önünde bulundurulduğunda, bunların non bis in idem etkisi doğurmayacaklarının kabulü Kanunun amacı ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle, her iki kurumun da non bis in idem etkisi kapsamında açıkça düzenlenmesi gerekirken, durumlarının bu şekilde muğlak ve yoruma açık bırakılması hatalı olmuştur⁴⁶.

“Hüküm”ün kapsamı meselesinde son olarak dikkat edilmesi gereken, Kanun metninin “kesin hüküm bulunması” değil; yalnızca “hüküm bulunması” şeklinde düzenlemiş olmasıdır. Bu düzenleme ile kanun koyucu, henüz kesinleşmemiş olan hükümlerin de non bis in idem etkisi doğuracağını vurgulamıştır. Bir başka anlatım ile, yargı makamlarınca verilmiş olan bir hükmün non bis in idem etkisi doğurması için kesinleşmiş olması aranmamıştır; sadece bir hüküm bulunması davanın reddini gerektirecektir⁴⁷.

dd. “İkinci kez yargılanma” Kavramı

Non bis in idem tanımındaki “ikinci kez yargılama” kavramı da, ilkenin kapsamının anlaşılabilmesi için açıklığa kavuşturulmalıdır. Burada karşımıza çıkabilecek sorun “yargılama” kavramından ne anlaşılması gerektiğidir. Yargılamanın içine yalnızca kovuşturma mı girer, yoksa non bis in idem ilkesi kişi hakkında ikinci bir soruşturma açılmasına da engel teşkil edecek midir? Non bis in idem ilkesi, hakkında daha önce, örneğin, beraat kararı verilmiş bir kişi hakkında aynı eylemden dolayı bir soruşturma açılmasına engel teşkil edecek midir?

45 ÖZKAN Faruk, a.g.m., S. 14

46 ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, a.g.e., S. 687

47 Aynı yönde: a.g.e., S. 684

Doktrinde tartışmalı olan bu husus hakkında bazı yazarlar, non bis in idem ilkesinin kovuşturma aşaması ve hüküm verilmesi ile sınırlı olduğu için aynı kişi hakkında soruşturma açılmasına engel teşkil etmeyeceğini savunmaktadır⁴⁸. Yazarlar, bu görüşlerini CMK 223/7 hükmünde geçen “açılmış bir dava bulunması” ibaresine dayandırmaktadır. Davanın açılma zamanı, CMK 175 hükmü uyarınca, iddianamenin kabul edildiği ana tekabül edecektir. Dolayısıyla, hakkında daha önce hüküm verilmiş bir kişi hakkında soruşturma açılmasına; hatta iddianame düzenlenmesine dahi bir engel yoktur. Doktrindeki diğer bir görüş ise, meselenin non bis in idem ilkesi ile hukuken korunan değer göz önünde bulundurularak yorumlanması gerektiğine işaret ederek CMK’da ayrıca ve açıkça vurgulanmamış olsa da 223/7’nin soruşturma aşamasını da kapsayacağını kabul edilmesi gerektiğini savunur⁴⁹.

Ceza Muhakemesi Kanunu madde 223/7’nin lafzından yola çıkılarak bir değerlendirme yapıldığında, gerçekten de hükmün soruşturma aşamasında non bis in idem ilkesinin koruma altına almadığı görülür. Madde, aynı fiil nedeniyle sanık hakkında açılacak davanın reddi hallerini, “açılmış bir dava bulunması” ve/veya “daha önceden verilen bir hüküm bulunması” olarak *numerus clausus*, sınırlı sayıda, saymıştır. Hüküm bulunması şartının hangi kararlar ile sağlanabileceğini yukarıda anlattık. Açılmış bir dava bulunmaması şartı ise, sanık hakkında aynı eylemden dolayı açılmış derdest bir dava olmaması demektir.

Dolayısıyla, Kanun’da iddianamenin kabul edilip; davanın açılmasına kadar olan soruşturma evresi ve iddianamenin düzenlenmesi ile kabul edilmesi arasındaki süreç olan ara evre bakımından non bis in idem ilkesini koruma altına alan bir hüküm bulunmamaktadır.

Burada, soruşturma evresi bakımından non bis in idem’in tezahürü niteliğinde olan CMK 172/2’ye değinmek, Kanun’un amacının anlaşılması bakımından faydalı olacaktır. “*Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz.*” şeklinde düzenlenmiş olan madde, kişi hakkında yürütülen bir soruşturmada takipsizlik kararı verilmesi

48 ÖZEN Mustafa, a.g.m., S. 411 aktarması ile: CİHAN, Erol, YENİSEY, Feridun, *Non Bis In Idem İlkesi*, Çetin ÖZEK Armağanı, İstanbul, 2004

49 Ünver Yener, HAKERİ Hakan, a.g.e., S. 684; Aynı yönde bkz: CENTEL/ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2008, S. 560

üzerine aynı eylemden dolayı tekrar soruşturma başlatılmasını, duraksamaya yer bırakmayacak şekilde yasaklamıştır. Bunun tek istisnası, metinde belirtilen, yeni delil bulunması durumudur. Kanun koyucu, bu düzenleme ile soruşturma evresinin kendi içinde non bis in idem ilkesi ile bağlı olduğunu belirtmiştir.

CMK 172/2 hükmü ile birlikte düşünüldüğünde, Kanun koyucunun non bis in idem'i temel bir yargılama ilkesi olarak benimsediği anlaşılmaktadır. Gerçekten de, gerek CMK 223/7 düzenlemesinin, gerekse CMK 172'nin aynı düşünceye; kişilerin hukuki güvenliğinin ve dolayısıyla toplumdaki huzurun sağlanmasına hizmet ettiği açıktır. O halde, hakkında mahkeme kararı ile önceden hüküm verilmiş bir uyuşmazlık dolayısıyla yeniden soruşturma açılmasını engelleyen bir düzenleme bulunmaması, Kanunun amacı ile bağdaşmamıştır. Takipsizlik kararı gibi, uyuşmazlığı çözmeyen ve yargısal karar olmayan bir usuli işlem için dahi soruşturmanın tekrar açılması, ancak yeni bir delil ortaya çıkması şartına bağlanmışken; mevcut bir yargı hükmüne rağmen aynı fiilden dolayı yeni bir soruşturmanın başlatılabilir olması kendi içinde çelişkilidir.

Elbette, mahkeme tarafından verilen hükmün, yeni bir soruşturmayı tamamen engelleyecek kadar mutlak değerlendirilmesinin sakıncaları vardır. Aşağıda daha detaylı inceleneceği gibi, bu sakıncaların bertaraf edilmesi için olağanüstü kanun yolları düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemelerden bağımsız olarak, daha önce verilmiş bir mahkeme hükmünün aynı eylemden dolayı soruşturma açılmasına yasal bir engel olarak düzenlenmesi gerekir. Böylelikle, örneğin, hakkında beraat kararı verilmiş kişi, kanunda düzenlenen istisnai durumlar saklı kalmak kaydıyla, kendisi hakkında aynı eylemden dolayı tekrar soruşturma açılmayacağını bilecek ve belirsizlik halinden kurtulacaktır. Daha önce de defaatle belirtildiği gibi, bir hukuk devletinde kanunlar, kişiye böylesi bir hukuki güvenliği sağlamak zorundadır.

ee. Non Bis İn İdem'in Uygulanmayacağı Haller

- Non bis in idem bir ceza muhakemesi ilkesidir:

Yukarıda da değinildiği gibi, non bis in idem etkisi yalnızca genel ceza yasalarında yer alan bir suçtan dolayı birden fazla cezaya hükme-

dilmesini yasaklar. Bir eylemin hem ceza hem de disiplin mevzuatınca suç olarak sayılması, ilkenin öngördüğü yasak kapsamında değerlendirilemez.

- Non bis in idem ilkesi hukuk mahkemelerinde açılacak tazminat davasına engel değildir:

Yargılamanın, fail hakkında bir kesin hüküm kurulması ile sona ermesinin ardından mağdur tarafın (veya mağdur yakınlarının) fail hakkında, aynı fiilden dolayı, tazminat davası açması mümkündür⁵⁰. Avrupa Adalet Divanı da 11 Şubat 2003 tarihli Gözütok – Brügge⁵¹ Kararında, non bis in idem ilkesinin daha önce hakkında hüküm verilmiş faile karşı, tazminat davası açılmasını engelleyemeyeceğini desteklemiştir. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası'nın madde 103/3 hükmünü göstermiştir. Madde, "*Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılmaz*" şeklinde düzenlenmiştir ve yalnızca kişinin aynı eylemden dolayı birden fazla kez cezalandırmasını yasaklamaktadır. Adalet Divanı, bu düzenlemenin fail hakkında verilmiş kesin hükme rağmen bir tazminat davasına engel olamayacağını ifade etmiştir.

Bu meseleye ilişkin doktrin niteliğinde kararlardan biri, ABD mahkemelerinin vermiş olduğu O.J. Simpson kararıdır. Kız arkadaşının cinayetinde katil zanlısı olarak uzun süre gündemden düşmeyen sanık Simpson, yapılan yargılamada jüri tarafından suçsuz bulunmuştur. Birkaç yıl sonra, merhumun yakınları tarafından açılan tazminat davasında mahkeme, ünlü sporcuyla rekor meblağda tazminata mahkum etmiştir⁵².

Türk Hukuku'nda da ceza hukuku bakımından suç teşkil eden bir fiil, medeni hukuk bakımından da haksız fiil teşkil ediyorsa, tazminat davasına konu yapılabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun medeni hukuk ile ceza hukuku arasındaki ilişkiyi düzenleyen 74. Maddesi (mülga 818 sayılı Kanun madde 53) şu şekildedir: "*(1) Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla*

50 CENTEL/ZAFER, a.g.e., S.561

51 **Hüseyin Gözütok - Klaus Brügge** Kararı, 11 Şubat 2003, C-187/01 ve C-385/01 davalarının birleştirilmesi, Kararın tamamı için bkz: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-187/01>

52 Dava detayları için bkz: <http://law2.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/simpson/simpsonaccount.htm>

ilgili hükümleriyle bağli olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağli değildir. (2) Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.” Dolayısıyla ceza mahkemesince, metinde belirtilen nedenlerle, verilen beraat kararları hukuk hakimini bağlamayacaktır. Hukuk hakimi, haksız fiil teşkil eden eylem dolayısıyla davalı hakkında tazminata hükmetmekte serbesttir.

Bununla birlikte, her ne kadar ceza hâkiminin kusurun takdirine ve zararın tespitine ilişkin kararları da hukuk hâkimini bağlamayacaksa da, fiilin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin kararların hukuk hâkimini bağlayacağı unutulmamalıdır. Başka bir anlatım ile, farklı muhakemelerde olayın belirlenmesi bakımından aynı ispat kuralları benimsenmiş ise, verilen kararların bağlayıcı olması da mümkündür. Nitekim, Yargıtay kararları da bu yönde şekillenmiştir⁵³.

- Yargılamanın Yenilenmesi Kurumu:

Ceza yargılamasındaki asıl amaç maddi gerçeğe ulaşmaktır. Yargılama, nihayetinde insan tarafından yürütülen bir prosedürdür ve bu sebeple, ne kadar titizlikle yürütülmüş olursa olsun yargılamalarda hata payı her zaman bakidir. Bu bağlamda bazen, kesinleşmiş hükümlerin yanlış verildiği sonradan anlaşılabilir. Böyle durumlarda, maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve hukukun tecelli etmesi için bu yanlışlıkların düzeltilmesi gerekecektir. İşte, kesin hükmün dokunulmazlığının istinasını teşkil eden yargılamanın yenilenmesi kurumu bu durumlar için tasarlanmıştır. Yargılamanın yenilenmesi, gerçeğin araştırılması ve böylece toplumun ve sanığın menfaatini korumayı amaçlar⁵⁴. Bu kurum çerçevesinde, kesinleşmiş hüküm, cezanın infazının bitmesinden sonra dahi, düzeltilebilecek; yeniden yargılamaya konu olabilecektir. Yargılamanın yenilenmesi kurumunun uygulanması gereken hallerde, toplumun ve sanığın korunmasına yönelik menfaatin, non bis in idem ile korunan

53 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E: 2014/10619 K: 2014/15462, 14.05.2014: “*Şanlıurfa 2. Ağır Ceza mahkemesinin 2010/61 esas, 2012/25 karar sayılı dava dosyasının değerlendirilerek, 6098 Sayılı BK.nun 74. maddesi göz önünde tutularak hukuk hakimi, ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağli değilse de, mahkumiyet ve tespit edilen maddi olgularla bağli olduğundan, ceza mahkemesinde açılan söz konusu kamu davasının eldeki davayı etkileyecek nitelikte olup olmadığı düşünülerek basıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”*

54 Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, E: 2008/1812, K: 2008/3170, 27.03.2008

menfaate ağır bastığı kabul edilir. Ceza muhakemesinin amacı göz önünde bulundurulduğunda, böyle olması akla ve vicdana da uygun olandır.

Non bis in idem ilkesini düzenleyen uluslararası anlaşmalarda da yasağın mutlak olarak değerlendirilmesinden doğacak tehlikelerin bertaraf edilmesi amacı ile yargılamanın yenilenmesi kurumunun uygulanmasına cevaz verilmiştir. Örneğin, ilkenin olağanüstü hallerde dahi askıya alınamayacağını düzenleyen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 7. protokolü, 4. maddesi yargılamanın yenilenmesi koşulları oluşturduğu takdirde non bis in idem'in davanın yeniden açılmasını engellemeyeceğini düzenlemiştir⁵⁵.

Yargılamanın yenilenmesi kurumu, Türk Hukuku'nda ise Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 311 vd. hükümlerinde yer almaktadır.

- Aynı fiil – Aynı kişi – Aynı Konu:

Yukarıda da belirtildiği üzere, non bis in idem ilkesi ancak ilkenin gerektirdiği tüm unsurlar bir arada bulunduğu takdirde uygulanabilir. Hiç şüphe yoktur ki, uyuşmazlık konusu kişi, olay veya uyuşmazlığın konusu değiştiğinde non bis in idem etkisinden söz etmek mümkün olamaz. Bu nedenledir ki ilkenin tanımı yapılırken hem fiil hem de kişi unsurlarına yer verilmesi önemlidir.

II. UYGULAMADA NON BIS IN IDEM İLKESİ

Non bis in idem ilkesi, birçok ülkenin iç mevzuatında tanınmıştır ve genellikle iç hukukta uygulanmasında önemli ihtilaflar bulunmamaktadır. İlkenin uygulamasındaki asıl problem, ilkenin transnasyonal olarak uygulanması hususunda meydana gelir.

Uluslararası hukukta benimsenen temel ilkelerden biri, devletlerin egemen eşitliği ilkesidir⁵⁶. Devletlerin egemenliği ilkesi kapsamında, hiçbir devlet başka bir devletin uygulamalarını benimsemeye; dolay-

55 “(2) Yukarıdaki fıkra hükümleri, yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılan delillerin veya önceki muamelelerde davanın sonucunu etkileyebilecek esasl bir kusurun varlığı durumunda, ilgili devletin ceza yargılaması usulü ve yasasına uygun olanak davanın yeniden açılmasını engellemez.”

56 Birleşmiş Milletler Antlaşması, Madde 2(1): Örgüt, milletlerin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.

sıyla, yargı kararlarına riayet etmeye zorlanamaz. İşte bu sebeptir ki, başka devletlerde yapılmış olan yargılamaların iç hukukta geçerliliği meselesi non bis in idem ilkesinin uluslararası arenada uygulanması bakımından esas sorunlu noktayı teşkil eder. Çünkü, devletlerin ege-men eşitliği ilkesinin getirmiş olduğu bu zorlamama güvencesi, ilkenin transnasyonal olarak kabul edilip edilmeyeceğini devletlerin iç hukuk düzenlemelerine bırakmıştır.

Bugün çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, non bis in idem ilkesinin iç hukukta geçerli olan bir kural olduğu; uluslararası ceza hukukunda ancak istisnaen uygulanacağı yönündedir⁵⁷. Dolayısıyla, ilkenin uluslararası çapta uygulanabilmesi ancak, iki ya da çok taraflı anlaşmalar ile ya da devletlerin kendi iç hukuk mevzuatlarında yapacakları düzenlemelerle yabancı devletlerin mahkeme kararlarına değer vermeleri halinde mümkün olacaktır. Yabancı devletlerin kararlarına non bis in idem etkisi tanıyan uluslararası anlaşmalardan, Türkiye'nin de taraf olduğu Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁵⁸ (CYMDAS) ile Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi⁵⁹ (CKAAS) anlaşmaları bu konuda dikkate değerdir.

Non bis in idem ilkesinin uluslararası çapta uygulanması ve Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme şeklini anlayabilmek için öncelikle devletlerin, ceza kanunlarının yer bakımından uygulama alanını belirlerken hangi kıstasları göz önünde bulundurması gerektiğinin ve bu hususların uluslararası hukuk ilkeleri ile bağlantılarının incelenmesi

57 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S.775

58 Türkiye bu sözleşmeyi, 1.3.1977 t. ve 2081 s. Kanunla kabul etmiştir. Sözleşme metni için bkz: RG.: 14.12.1977/ 16139

Söz konusu Sözleşme 26.9.2014 tarihi itibari ile: Arnavutluk, Avusturya, Bulgaristan, Belçika, Güney Kıbrıs, Danimarka, Estonya, Gürcistan, İspanya, İsveç, İzlanda, Letonya, Litvanya, Moldova, Karadağ, Hollanda, Norveç, Romanya, San Marino, Sırbistan, Türkiye ve Ukrayna tarafından yürürlüğe konmuştur.

Bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?CL=ENG&CM=1&NT=070>

59 Türkiye bu sözleşmeyi, 1.3.1977 t. ve 2080 s. Kanunla kabul etmiştir. Sözleşme metni için bkz: RG.: 13.03.1977/15877

Söz konusu Sözleşme 26.9.2014 tarihi itibari ile: Arnavutluk, Avusturya, Bosna Hersek, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Liechtenstein, Litvanya, Moldova, Norveç, Romanya, Rusya, Slovakya, İspanya, İsveç ve Türkiye tarafından yürürlüğe konmuştur.

Bkz: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=073&CM=1&CL=ENG>

yerinde olacaktır. Bu nedenle, çalışmamızın bu kısmında öncelikle ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin uluslararası ilkelere değineceğiz. Ardından karşılaştırmalı hukukta ve Türk Hukuku'nda ilkenin nasıl tezahür ettiğine bakacağız.

1. Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulama Alanının Tespitinde Kabul Edilen Uluslararası İlkeler

Çeşitli devletlerin ceza kanunlarında, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler getirilmek suretiyle devletlerin yargılama egemenliklerinin sınırları belirlenmeye çalışılmıştır.

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında doktrinde kabul edilen başlıca ilkeler şunlardır: Mülkilik (ülkesellik), bayrak, korumaya, faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık, ikame ceza yargısı ve yetki paylaşımı ve evrensellik ilkeleri. Şimdi bu ilkeleri sırayla inceleyelim.

a. Mülkilik (ülkesellik) ilkesi:

Ülkede işlenen tüm suçlar hakkında, fail ve mağdurun vatandaşlığına bakılmaksızın o ülke ceza kanunlarının uygulanmasıdır⁶⁰. Bu ilke, ceza hukuku kurallarının uygulama alanını, devletin egemenlik alanı ile sınırlandırmıştır.

Mülkilik ilkesinin çıkış noktası, her devletin, ülkesi dâhilinde mutlak egemenlik hakkına sahip olmasıdır. Bu ilke, devletlerin kendi ülkesinde işlenen suçların yargılanması bakımından egemenliğini mutlak olarak kullanmasına olanak tanır. Öte yandan, tabiatıyla suç nerede işlenmiş ise heyecan, panik orada yaşanır; cezanın korkutucu etkisi en fazla orada hissedilir⁶¹. Bu sebeple, suçun en etkili biçimde yargılanması, suça ilişkin delillerin toplanması vs. bakımından, ancak işlendiği yerde mümkün olacaktır. Son olarak işlenen suç, işlendiği ülkede yargılandığında devletin kendi ülkesi üzerindeki otoritesi devam edecek ve güçlenecektir. Mülkilik ilkesi, bu etkinin korunmasını da amaçlamaktadır.

Ancak, mülkilik ilkesinin mutlak olarak benimsenmesi bazı sakın-

60 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 134

61 A.g.e., S. 134

caları beraberinde getirecektir. Bunlardan en önemlisi, ilkenin devleti, kendi sınırları dışında kendisine ya da vatandaşına karşı işlenen suçlar bakımından hareketsiz bırakmasıdır. Bunun yanı sıra, başka bir ülkede suç işleyen kişi, mülkilik ilkesinin mutlak olarak uygulandığı bir ülkeye kaçarak cezadan muaf olacaktır. Yine, ülkede suç işleyen kişi için de başka ülkeye sığınmak, suçunun cezasız kalması bakımından bir alternatif olacaktır.

b. Bayrak ilkesi:

Bayrak ilkesi, mülkilik ülkesi ile yakın bağı olan bir ilkedir. Bu ilke uyarınca, bir devlet kendi bayrağını taşıyan deniz veya hava araçlarında işlenen suçları kovuşturma yetkisine sahiptir. Kural olarak, suçun açık denizlerde veya yabancı ülkede işlenmiş olması ya da failin veya mağdurun yabancı olması bu uygulamayı engellemez⁶².

Bayrak ilkesi, Uluslararası Adalet Divanı'nın Bozkurt – Lotus kararında uluslararası hukukta açıkça kabul edilmiştir⁶³.

c. Şahsilik ilkesi:

Bu ilkeye göre suç nerede işlenirse işlensin, devletin ceza yasası vatandaşı takip eder⁶⁴. İlkenin, fail ve mağdur esaslarına göre iki görünümü vardır. İlkenin faili esas alan görünümü olan *faile göre şahsilik* ilkesinde, devlet nerede suç işlerse işlesin vatandaşını kendi ülkesinde yargılayabilecektir. Şahsilik ilkesinin mağduru esas alan görünümü, *mağdura göre şahsilik* ilkesidir. İlke, devletin yurtdışındaki vatandaşlarının hak ve menfaatlerine yönelik suçları kovuşturmasına imkân tanır.

aa. Faile göre şahsilik ilkesi

Bu ilke, devletin vatandaşı üzerindeki egemenliği prensibine dayanır. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması konusunda en eski

62 TURHAN Faruk, **Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md.13**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Nisan 2005, S. 197–211; S.198

63 SHAW Malcolm N., **International Law**, Cambridge University Press, 6th Edition, 2008, S. 614; KARAKUŞ H. Burak, **Genç Cumhuriyetin İlk Hukuk Zaferi: Bozkurt – Lotus Davası, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi**, Atatürk Özel Sayısı, 2013, S. 48-51

64 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 145

ilkelerden biri olan faile göre şahsilik ilkesine göre, bir kişi hangi ülkenin vatandaşı ise o ülkenin yasalarına uymak zorundadır. Nasıl yurtdışında yaşayan bir vatandaş, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından yararlanıyorsa; taraflar tersine çevrildiğinde, aynı şekilde o da devletine karşı sadakat ile yükümlüdür⁶⁵.

İlkenin uluslararası hukuka uygunluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, mutlak olarak uygulanmasının sakıncaları olacağı tartışmasızdır. Öyle ki, faile göre şahsilik ilkesi uygulamada, suçun işlendiği devletin egemenlik alanına tecavüz edilmesi anlamına gelebilir. Nitekim, ülkesinde suç işlenen bir devletin mülkilik ilkesi kapsamında her zaman bu suçu cezalandırma hakkı saklıdır. Ayrıca, hem faile göre şahsilik hem de mülkilik ilkesinin uyumsuzluğa konu olayın tarafı iki devlet tarafından mutlak olarak uygulanması non bis in idem ilkesi ile bağdaşmayacaktır. Bu nedenle ilkenin uygulamada mülkilik ilkesine tali olarak kullanılması gerektiği savunulmuştur⁶⁶.

bb. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi:

Mağdura göre şahsilik ilkesi, uygulamada mülkilik ilkesinin yumuşatılması için kullanılmaktadır⁶⁷. Mağdura göre şahsilik ilkesince, bir ülkede suç işlendiğinde, mağdurun vatandaşı olduğu devletin yabancı faili yargılama yetkisi doğar. Mağdura göre şahsilik ilkesi, koruma ilkesi ile doğrudan bağlantılıdır.

d. Koruma İlkesi:

Koruma ilkesine göre devlet, yabancı ülkede kendisinin ya da vatandaşlarının çıkarlarını tehlikeye düşüren ya da zarar veren eylemleri kendi yasalarına göre cezalandıracaktır⁶⁸. İlke, devletin kendi iç hukuk menfaatlerini ceza hukuku ile koruma hakkına sahip olduğu düşüncesine dayanır. Koruma ilkesi de, devletin bizzat kendi menfaatlerini koruması halinde *devleti koruma ilkesi* (gerçeklik ilkesi) ve vatandaşlarının menfaatlerini koruması halinde *mağdura göre şahsilik ilkesi* olmak üzere iki şekilde görünür.

65 TURHAN Faruk, a.g.e., S. 198

66 TURHAN Faruk, a.g.m., S. 199

67 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 132

68 A.g.e., S.140

Devleti koruma ilkesi, uluslararası hukukta tartışmasız olarak kabul edilmiştir. Zira, hiçbir devletten askeri veya siyasi bütünlüğüne karşı bir saldırı gerçekleşmesi durumunda sessiz kalması beklenemez. Öte yandan, koruma ilkesi her ne kadar devletlerin iç mevzuatlarında düzenlenmişse de, ilke ancak koruma ilkesi kapsamında düzenlenen belirli suçlarla sınırlı olarak uygulama bulabilecektir.

e. İkame ceza yargısı ve Yetki paylaşımı ilkesi

İkame yargı ilkesi çerçevesinde, faili elinde bulunduran devlet, suçun işlendiği ülkeyi temsilen yargı yetkisini kullanmaktadır. Bu ilkenin uygulanabilmesi için failin ülkede ele geçirilmiş olması, asıl yargı yetkisine sahip olan devletin bu yetkisini kullanmaması/kullanmak istememesi gerekir. Ayrıca, bu yetkinin kullanılabilmesi için fiilin, işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesi ve suçluların iadesi işlemlerinin gerçekleşmemiş olması gerekir. Belirtmek gerekir ki, ikame yargı ilkesi ancak suçluların iadesi işlemlerinin gerçekleşmediği hallerde uygulanır. Dolayısıyla, bu ilke suçluların iadesine göre ikincil uygulanacaktır⁶⁹.

f. Evrensellik ilkesi

Uluslararası alanda bazı suçlara, ağırlıkları ve nitelikleri sebebiyle özel önem atfedilmiştir. Bu suçlar, esir ticareti, kadın ticareti, kalpazanlık, çevre koruma, işkence, terör, deniz korsanlığı gibi cezalandırılmalarında tüm devletlerin ortak çıkarı bulunan; bütün kültürlerde tanınmış ortak hukuki menfaatlere yönelik suçlardır. Evrensellik ilkesi, devletlerin bu tür suçların, işlendiği yer ve fail ya da mağdurun yargılamayı yapacak devlet ile doğrudan veya dolaylı bir vatandaşlık veya başka herhangi bir bağlantısı bulunup bulunmadığı gözetilmeksizin, cezalandırabileceğini öngörür⁷⁰.

Evrensellik ilkesini, yer bakımından uygulamaya yönelik diğer ilkelere ayıran en önemli özellik, ilkenin sadece ilgili devletin değil tüm devletlerin; tüm insanlığın menfaatlerini korumayı amaçlamasıdır. Bu itibarla, ilkenin kapsamına giren suçların şu iki özelliği bünyesinde ba-

69 TURHAN Faruk, a.g.m., S. 201

70 SHAW Malcolm N., a.g.e., S. 668

rındırması gerekir: Birincisi, *bu suçların içerdikleri haksızlık nedeniyle insanlığın barış ve güvenliği açısından zarar ya da tehdidin söz konusu olmasıdır*. İkincisi, *bu suçların cezalandırılmasıyla evrensel alanda korunması kabul edilmiş hukuki menfaatlerin korunması söz konusu olduğu için söz konusu suçların uluslararası bir sözleşmede veya uluslararası teamül hukukuna göre kovuşturulması kabul edilmiş olmalıdır*⁷¹.

Evrensellik ilkesi, birçok uluslararası anlaşmada da yer verilen “*aut dedare, aut punire*” (“*cezalandır ya da iade et*”) ya da “*aut dedare, aut judicare*” (“*yargıla veya iade et*”) kuralından ileri gelir. Bir suçun, yargılamanın en sağlıklı yapılacağı yerin suçun işlendiği yer olduğunda tereddüt yoktur. Ancak, *aut dedare, aut punire* kuralı kapsamına giren suçlar dolayısıyla iade işlemleri gerçekleştirilemiyorsa, failin bulunduğu devlet tarafından, o devlet kanunlarınca bir yargılama yapılması gerekir⁷². Aksi takdirde, işlenen suçun failin yanına kalması gibi, hukuk ve adalet çerçevesinde kabul edilemeyecek bir sonuç doğacaktır.

Önemle belirtmek gerekir ki, bazı hukuk sistemlerinde “ikame yargı ilkesi” ve “evrensellik ilkesi” arasında bir ayırım yapılmamıştır. Ancak bu iki ilkenin benzer tarafları olmakla birlikte, dayandıkları hukuki temeller birbirinden farklıdır. İkame yargı yetkisi, suçlunun iadesine göre ikincil niteliktedir. Yani, ancak suçluların iadesi işlemleri gerçekleştirilemezse uygulanabilir. Evrensellik ilkesi ise devletlere “iade etmek” ve “yargılamak” konusunda seçme hakkı tanımıştır. Faili elinde bulunduran devlet, evrensellik ilkesi kapsamında iade işlemlerini denemeksizin faili yargılayabilecektir. Başka bir anlatım ile, evrensellik ilkesi kapsamına giren suçlar bakımından faili elinde bulunduran devletin birincil yargılama yetkisi vardır⁷³.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, evrensellik ilkesinde ülkenin yargılama yetkisini, ikame yargı yetkisindeki gibi ilgili devlet adına değil; bizzat kendisi adına ve tüm insanlık namına kullanıyor olmasıdır. Evrensellik ilkesi bu yönüyle de ikame yargı yetkisinden ayrılmaktadır. Son olarak, evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlarda failin, ikame

71 TURHAN Faruk, a.g.m., S. 202 Aktarmasıyla: Ambos, **in: Münchener Kommentar** Vor §§ 3-7, no. 49, Oehler, no. 879-880

72 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S. 794

73 TURHAN Faruk, a.g.m., S. 202

yargı yetkisinin aksine, işlendiği yer kanununa göre de suç teşkil etmesi aranmaz⁷⁴. Bu suçlar, bütün insanlığı tehdit eden suçlar olarak sınıflandırılmaları dolayısıyla, bunların yargılanması zorunluluğu adeta *jus cogens* niteliği kazanmıştır⁷⁵.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Kanunların Yer Bakımından Uygulanması ve Non Bis İn İdem Etkisi

A. Teamül Hukuku (*Common Law*)

a. Amerikan Hukuku

Non bis in idem⁷⁶ ilkesinin Amerikan ceza muhakemesi hukukunda uygulaması, Amerika Birleşik Devletlerinin kurulmasından daha önceki tarihlere dayanır. İlke, ilk olarak 17. yy.'da, Amerikan Bağımsızlık Savaşından önce, Massachusetts ve Connecticut eyaletlerinde yazılı olarak kabul edilmiştir. Buna göre, bir kimse aynı suçtan dolayı iki kez yargılanamayacak ya da cezalandırılmayacaktır. Daha sonra, 18. yy.'da, fakat hala Birleşik Devletler kurulmamışken, New Hampshire ve Pennsylvania eyaletlerinde de ilke, diğer eyaletler ile aynı kapsamda, yazılı olarak benimsenmiştir. Takip eden süreçte Birleşik Devletler kurulduktan sonra da, non bis in idem uygulamasının devam ettiği; adı geçen eyaletler dışında 13 farklı eyalet mahkemesinde de ilkenin yargılama esnasında göz önünde bulundurulduğu görülür. Ancak belirtmek gerekir ki, bu 13 eyalet arasından, Massachusetts, Connecticut, New Hampshire ve Pennsylvania eyaletleri dışında ilkeyi yazılı olarak tanıyan olmamıştır⁷⁷.

Amerikan Hukuku'nda non bis in idem ilkesi, 1971 yılına kadar bu şekilde mahkeme kararları ile yayılmış ve geliştirilmiştir. 1971 yılına gelindiğinde ise, Anayasa'da yapılan 5. değişiklik ile *non bis in idem* bizzat anayasanın güvencesi altına alınmıştır.

Bilindiği üzere, Amerikan Hukuku'nda eyalet mahkemeleri ve federal mahkemeler arasında "ikili egemenlik (*dual sovereignty*)" ilkesi ge-

74 A.g.e., S. 202

75 SHAW Malcolm N., a.g.e., S. 673

76 İlke, teamül hukuku literatüründe "*double jeopardy (çift yargılama yasağı)*" olarak anılmaktadır.

77 MEZEI Péter, a.g.m., S. 11

çerlidir. Bu ilke uyarınca, Amerikan Hukuk sisteminde federal mahkemenin ve eyalet mahkemelerinin yapmış olduğu yargılamalar adeta ayrı iki devlet tarafından yapılmış gibi nitelendirilmektedir. İkili egemenlik ilkesinden ileri gelen bu uygulama dolayısıyla, Amerikan Hukuku'nda non bis in idem ilkesi federal ve eyalet mahkemelerinin yaptıkları yargılama bakımından uygulama bulmaz. Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Wheeler⁷⁸ kararında, non bis in idem etkisinin federal yargı ve eyalet yargıları arasında uygulanamayacağını, bu iki yargılama prosedürünün ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu itibarla, sistemin federal mahkemede yapılan ve eyalet mahkemelerinde yapılan yargılamalar bakımından dahi non bis in idem etkisini tanımaması karşısında, non bis in idem'in Amerikan Hukuku'nda transnasyonal olarak tanınmadığından şüphe yoktur. Nitekim, Yüksek Mahkeme de 1998 tarihli Rezaq⁷⁹ kararında duruma bir açıklık getirmiştir. Mahkeme söz konusu kararda, her ne kadar daha önce Mahkeme'nin önüne böyle bir uyuşmazlık gelmediyse de, ikili egemenlik ilkesi dolayısıyla non bis in idem'in suçluların iadesi kapsamında da uygulanmayacağını açıkça vurgulamıştır. Sonuç olarak, Birleşik Devletler ceza muhakemesi hukukunda non bis in idem etkisinin yalnızca eyalet düzeyinde tanındığını söylemek mümkündür.

b. İngiltere Hukuku

Modern hukuka ilişkin tarihteki en eski non bis in idem uygulamaları İngiliz Hukuku mahkeme kararlarında karşımıza çıkar. Gerçekten de, 2003 yılına kadar, bir kimsenin aynı suçtan dolayı tekrar yargılanması yasağı İngiltere Hukuku'nda mutlak biçimde kabul edilmiştir. Buna göre, bir kimsenin aynı fiilden dolayı çifte yargılanmasına ya da cezalandırılmasına hiçbir koşulda izin verilmeyecektir. İlk kez 1964 yılında, kuralın bu denli mutlak uygulanması Connelly⁸⁰ kararında reddedilmiş ve karar İngiliz Hukuku'nda doktrin olarak kabul edilmiştir.

78 U.S. Supreme Court, United States v. Wheeler, 435 U.S. 313 (1978), 22.03.1978, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/435/313/>

79 U.S. Supreme Court, United States v. Rezaq, 134 F3d 1121 (1998), 06.02.1998, http://www.leagle.com/decision/19981255134F3d1121_11116.xml/U.S.%20v.%20REZAQ

80 Connelly v. DPP [1964] AC 1254; Serious Fraud Office (SFO), **Double Jeopardy Operational Handbook**, Version PUB 1, February 2012, http://www.sfo.gov.uk/media/98186/double_jeopardy_sfo_operational_handbook_topic.pdf

Söz konusu kararda Lordlar Kamarası, “özel durumların” gerçekleşmesi halinde, mahkemenin takdir yetkisini kullanarak davayı erteleyebileceğine hükmetmiştir. Kararda “özel durumlardan” kastedilenin ne olduğu açıkça vurgulanmamışsa da, daha sonraları İngiliz Hukukçular tarafından bu özel durum, “yeni ve yargılamanın sonucu bakımından önemli” bir delil ortaya çıkması olarak yorumlanmıştır.

Connelly kararını takip eden süreçte, non bis in idem etkisinin İngiliz Hukuku’ndaki mutlak etkisinin yumuşatılmasına çeşitli mahkeme kararlarında ve hukuki düzenlemelerde devam edilmiştir. Bunlardan en önemlilerinden birisi 1968 yılında yapılan düzenlemedir. Düzenlemede, sanığın başvurusu üzerine, eğer sanığın haklarının ve adaletin sağlanması bakımından zorunluluk teşkil eden bir durum varsa, tekrar yargılama yapılabileceği kabul edilmiştir⁸¹. Daha sonra da, yine aynı amaca hizmet eden önemli düzenlemeler birbirini izlemiştir. 1980’li yıllarda yapılan değişiklikler uyarınca⁸², önceki yargılama bir hataya dayanıyor ya da adaletin sağlanmasını engelliyorsa, aynı fiilden dolayı sanık hakkında yeniden yargılama yapılması mümkün olacaktır.

Yakın tarihte, 2003 yılında kabul edilen Ceza Muhakemesi Kanunu⁸³ (*Criminal Justice Act*) ile non bis in idem ilkesi İngiliz Hukuku’nda son şeklini almıştır. Bu düzenleme ile, non bis in idem’in çifte cezalandırma ya da yargılamaya ilişkin getirdiği yasağa olağanüstü durumların varlığı halinde sınırlandırmalar getirilmiştir. Düzenleme uyarınca, *Kanun*’da belirtilen ağır suçlar bakımından⁸⁴, yargılamanın seyrini değiştirecek nitelikte yeni bir delil ortaya çıkması halinde savcılığın önergesi ve başsavcının yazılı izni ile Yüksek Mahkeme önceki yargılamayı iptal edebilecektir. Dolayısıyla, 2003 Ceza Muhakemesi Kanunu ile getirilen bu düzenleme ile yargılamanın yenilenmesi kurumu İngiliz

81 Criminal Appeal Act 1968, §7, Düzenlemenin tam metni için bkz: http://www.paclii.org/vu/legis/vu-uk_act/caa1968137/

82 Magistrates’ Courts Act 1980, §§28., 111. Düzenlemenin tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/43> ; Supreme Court Act 1981, §28. Düzenlemenin tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1981/54>

83 Criminal Justice Act 2003, c. 44, Part 10, §§ 75-97, Düzenlemenin tam metni için bkz: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>

84 Bu suçlar; adam öldürme, adam kaldırma, tecavüz, uyuşturucu ticareti, savaş suçları, rehin alma, devletin egemenliğine karşı suçlar vb. olarak düzenlenmiştir. Bkz: Criminal Justice Act 2003, Part 1 of Schedule 5., points 1-29.

Hukuku'nda tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması, ancak yeni yargılamanın Avrupa Birliği Anlaşması'nın 31 ve 34. maddelerine⁸⁵ halel getirmediği surette mümkün olabilecektir.

İngiliz Hukuku kanunların yer bakımından uygulanması bakımından mülkîlik ilkesini benimseyen ülkelerden biridir. Bu itibarla, İngiltere'nin egemenlik alanında işlenen suçlar bakımından İngiliz Mahkemelerinin yargılama yetkisi vardır ve bu suçlar bakımından non bis in idem ilkesi tanınmamıştır.

İngiliz Hukuku'nda non bis in idem etkisi bakımından asıl ilginç düzenleme ise, yurtdışında işlenen suçlar bakımından görülür. Yurt dışında işlenen suçlar bakımından İngiliz Hukuku, sanık hakkında verilen yabancı mahkeme kararının beraat ya da mahkûmiyet kararı olmasına göre ikili bir ayrıma gitmiştir. Eğer, söz konusu eylemden dolayı yabancı mahkeme tarafından sanık hakkında beraat kararı verilmiş ise artık aynı fiilden dolayı İngiliz makamları cezai işlem başlatamayacaktır. Dolayısıyla, hakkında beraat kararı verilen sanık bakımından non bis in idem etkisi tanınmıştır⁸⁶. Yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş olan kişi bakımındansa, yabancı devlet mahkemesince verilen karar İngiliz Mahkemeleri bakımından her zaman bir muhake-me engeli teşkil etmez. Öyle ki, yabancı ülkede verilen karara rağmen İngiltere'de yeniden yargılama yapılmasında kamu yararı varsa cezai kovuşturma mümkündür. Örneğin, İngiliz Mahkemesi 1985 yılında vermiş olduğu bir kararda, daha önce hakkında İtalyan Mahkemelerince mahkûmiyet kararı verilen Thomas Keith'in İngiltere'de yeniden yargılanması gerektiğine hükmetmiştir. Mahkeme bu kararına gerekçe olarak, Keith'in İngiltere Mahkemelerinde yeniden yargılanmasında kamu yararı bulunduğunu; zira, sanık hakkında İtalya'da verilen mahkûmiyet kararının gıyapta verilmiş olup, İngiliz Hukuku'nda sanığın gıyabında verilen kararlara değer atfedilmediğini ve daha da önemlisi, suçun işlenmesi ile gerçekleşen asıl riskin İtalya değil, İngiltere üzerinde olduğunu göstermiştir⁸⁷.

85 Criminal Justice Act 2003§76 (4)(a)-(c); Her iki madde de AB devletleri arasındaki egemenlik prensibinin sınırlarını belirlemeye yöneliktir. *Avrupa Birliği Anlaşması* tam metni için bkz: <http://www.abgs.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>

86 Serious Fraud Office (SFO), a.g.e., S. 3

87 Serious Fraud Office (SFO), a.g.e., S. 3

Sonuç olarak, İngiltere Hukuku bakımından non bis in idem'in transnasyonal etkisi tamamen göz ardı edilmiş değildir. İlke, yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından, istisnalar saklı kalmak kaydıyla, uygulama bulacaktır.

c. Kanada Hukuku

İngiltere ve Amerikan Hukuku'nun aksine, teamül hukukunun önemli temsilcilerinden Kanada Hukuku'nda non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisi istisnasız olarak uygulama bulur. Kanada Yüksek Mahkemesi vermiş olduğu birçok kararda, istikrarlı bir biçimde ilkenin hem Kanada'da işlenen suçlar bakımından hem de yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından uygulanması gerektiğine işaret etmiştir⁸⁸.

B. Kıta Avrupası Hukuku (AB üyesi devletler -İngiltere hariç-)

Teamül Hukukunun (*Amerikan Hukuku hariç*) non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisine ılımlı yaklaşımının tersine, Kıta Avrupası Hukukunda ilkenin uygulanması birçok sınırlamaya tabi tutulmuştur. Her ne kadar ilkenin transnasyonal etkisi, AB üyesi ülkeler arasında *Schengen Anlaşmasını Uygulama Konvansiyonu*⁸⁹'nun 54. Maddesi uyarınca kabul edilmişse de, AB üyesi olmayan ülkeler ve Schengen Anlaşmasına taraf olmayan ülkeler bakımından ilkenin transnasyonal anlamda uygulanması konusunda bir konsensüs sağlanamamıştır. Non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisi bakımından Kıta Avrupası Hukuku Devletleri, ilkeyi genel olarak tanıyan; ilkeyi nispi olarak tanıyan ve ilkeyi yalnızca yabancı mahkeme kararının cezanın belirlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması (*mahsup*) şeklinde tanıyan devletler olmak üzere üç grup halinde sınıflandırılabilir. Bu grupların incelenmesine geçmeden önce, non bis in idem'in Schengen Anlaşması'na taraf devletler bakımından nasıl uygulandığına kısaca değinilecektir.

88 Bkz: [1990] 1 Supreme Court Reports (Can.) 225, [1985] Queen's Bench 604 (C.A.), [1985] 2 Supreme Court Reports (Can.) 178.

89 Anlaşmanın tam metni için bkz: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922\(02\):en:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:42000A0922(02):en:HTML)

a. Schengen Anlaşmasını Uygulama Konvansiyonu kapsamında non bis in idem

Schengen Anlaşmasına taraf AB devletleri bakımından non bis in idem ilkesi, yine Anlaşma'ya taraf devletlerin mahkemelerinde yapılacak yargılamalar bakımından güvence altına alınmıştır. İlkenin, Schengen ülkeleri arasında uygulanmasına ilişkin düzenleme, **Schengen Anlaşmasını Uygulama Konvansiyonu**'nun 54. Maddesinde yer almaktadır. Düzenleme şu şekildedir:

“Anlaşmacı devletlerden biri tarafından daha önce yargılaması kesin hükme bağlanmış kişi hakkında aynı fiilden dolayı tekrar yargılama yapılamaz. Kişi hakkında bir cezaya hükmedilmesi, hükmedilen cezanın infaz edilmiş olması ya da infazının devam ediyor olması ve cezanın kovuşturulmasının zamanaşımına uğraması halleri, yargılamanın kesin hükümle bağlandığı hallerdir.”

Bu düzenleme uyarınca, Schengen Anlaşmasına taraf AB devletleri bakımından non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisi, sadece anlaşmacı devletlerarasında olmak kaydıyla, kabul edilmiştir.

b. Non bis in idem'in transnasyonal etkisini genel olarak tanıyan ülkeler

Non bis in idem'in transnasyonal etkisini Teamül Hukuku'ndaki gibi tanıyan Kıta Avrupası ülkeleri yalnızca Hollanda ve İspanya'dır. Her iki devletin hukuk sisteminde de ilke, bir “uluslararası hukuk ilkesi” olarak tanınmıştır. Bu itibarla, Hollanda ve İspanya Hukukunda, sanık hakkında daha önce yurtdışında verilmiş olan bir hüküm, iç hukukta yeni bir kovuşturma başlatılmasına engel teşkil eder. Hollanda ceza muhakemesi kanunu uyarınca, yabancı bir ülkede kişi hakkında aynı fiil hakkında bir ceza yargılaması yürütülmüş ve yargılama kesin olarak sonuçlanmışsa, bu yabancı mahkeme kararı Hollandalı Mahkemelerde aynı fiil dolayısıyla yeni bir yargılama yürütülmesine engel olacaktır. İspanyol Hukukunda ilke, *insan onuru ve hukuk devleti ilkelerinden çıkarılan, yazılı olmayan genel bir ilke* olarak tanımlanmıştır. İspanyol Hukuku'nda da Hollanda Hukuku'nda olduğu gibi, hakkında yabancı ülkede hüküm verilmiş bir kişi İspanyol mahkemelerinde tekrar yargılanamayacaktır⁹⁰.

90 DANNECKER Gerard, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (5)**, Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin'e Armağan Suç Politikası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 101

c. Non bis in idem'in transnasyonal etkisini nispi olarak tanıyan ülkeler

Hollanda ve İspanya'daki uygulamaya karşılık, Belçika'da non bis in idem ilkesi yalnızca Belçika dışında işlenmiş fiiller için verilmiş yabancı mahkeme hükümleri bakımından geçerlidir. Dolayısıyla, Belçika Hukuku, Belçika'da işlenmiş suçlar bakımından mülk ilkesinin mutlak biçimde uygulanmasını öngörmüştür. Yabancı ülkede işlenmiş suçlar bakımındansa, non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisi kabul edilmiştir. Bu anlamda, Belçika Hukuku uygulaması İngiliz Teamül Hukuku ile benzeşmektedir.

Alman Hukuku bakımından non bis in idem'in transnasyonal etkisinin tanınması bakımından düzenlemeler ilginç bir sıra takip eder. Öyle ki, Alman Hukuku'nda ilke bugün yalnızca ülke içi ile sınırlıdır. Buna karşılık, 1871 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu, Belçika Hukuku'ndakine benzer, modern hukuka daha uygun bir uygulamaya yer vermekteydi. Bu uygulamaya göre, yurtdışında işlenen suçlar bakımından Alman Mahkemeleri'nin yargılama yetkisi; yalnızca devletin korunması, kalpazanlık ve Alman vatandaşlarının yurtdışında işledikleri suçların hem suçun işlendiği yer hem de Alman kanunları bakımından suç teşkil etmesi gibi sınırlı hallerde kabul edilmişti. Yine aynı Kanun'da, daha önce yurtdışında bir mahkemede hakkında kesin hüküm mevcut olan kişinin Alman Mahkemelerince yeniden yargılanması yasaklanmıştı. Non bis in idem ilkesinin getirdiği bu garanti, nasyonal-sosyalist dönemde *“çoğunluğun doğru duygu ve düşüncesine aykırı”* olduğu için kaldırılmıştır. İlke, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra düzenlenen Alman Anayasası'nda tanınarak anayasal bir kural haline getirilmişse de, *çoğunluk görüşüne göre* yalnızca iç hukukta uygulama bulmuştur. Dolayısıyla bugün Almanya, non bis in idem ilkesinin transnasyonal etkisini tanımamaktadır⁹¹.

Fransız Hukuku bakımından da ilkenin etki alanının farklı dönemlerde, farklı uygulamalara tabi tutulduğunu görürüz. 20. yy. başlarında non bis in idem'in transnasyonal etkisi genel olarak kabul edilmişti. Yani, hem Fransa'da işlenen hem de yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından çifte cezalandırma ya da yargılama yasağı tanınmıştı. 1903

91 DANNECKER Gerard, a.g.e., S. 101

tarıhli Fransız Ceza Kanunu uyarınca, Fransa’da suç işleyen birinin Fransız Mahkemelerinde yargılanması ancak yurtdışında hakkında mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmemiş ise mümkün olabilirdi. 2. Dünya Savaşı esnasında Almanlar ve İtalyanlar tarafından işlenen suçlar bakımından yabancı mahkeme kararlarının kötüye kullanılmasının, bu kararların yeniden yargılamanın önüne geçmesinin engellenmesi adına bu kural kaldırılmış ve yabancı mahkeme kararlarının yargılama engeli olması kuralı terk edilmiştir. Bu uygulama, 2. Dünya Savaşı’ndan sonra da bir süre daha aynı şekilde devam etmiştir. Bugünkü uygulamada ise, mülkilik ilkesine halel getirmediği takdirde, yabancı ülkelerde verilen mahkeme kararlarının Fransız Hukuku’nda etkili olacağı yeniden kabul etmiştir⁹². Başka bir anlatım ile, bugün Fransız Hukuku’nda non bis in idem’in transnasyonal etkisi sadece yurtdışında işlenen suçlar bakımından göz önünde bulundurulacaktır.

Lüksemburg da non bis in idem’in transnasyonal ilkesini yalnızca yurtdışında işlenen suçlar bakımından kabul eden AB üyesi devletlerden biridir. Bu bağlamda, Lüksemburg mülkilik ilkesinin mutlak olarak benimsendiği devletler arasında yerini almıştır.

d. Non bis in idem’in mahsup sırasında göz önünde bulundurulması

Diğer AB üyesi devletlerde ise, hem ülke içinde hem de yurtdışında işlenen suçlar bakımından, yabancı mahkeme kararları yalnızca cezanın belirlenmesi esnasında göz önünde bulundurulur. Mahsup kurumu, non bis in idem ile yakından alakalı non bis poena in idem ilkesinden ileri gelmektedir⁹³. Bugün neredeyse tamamen non bis in idem’in kapsamı dâhilinde kabul olunan ilke, bir eylemden dolayı daha önce infazı gerçekleştirilmiş olan cezanın, aynı eylemden dolayı verilecek olan ikinci bir cezadan düşürülmesi gerektiğine işaret etmektedir.

Non bis in idem’in (*non bis poena in idem*’i de kapsamına alarak) çifte yargılamayı ve çifte cezalandırmayı yasaklayan ikili kapsamı bağlamında, bu devletler yalnızca “çifte cezalandırma” kısmına riayet et-

92 A.g.e., S. 102

93 CONWAY Gerard, a.g.m., S. 226

mişlerdir. Uygulamanın ardındaki amaç, daha önce hakkında bir ceza-ya hükmedilmiş ve cezasını kısmen veya tamamen çekmiş kişiye aynı suçtan dolayı bir kez daha ceza verilmesi ile ortaya çıkacak haksızlık ve adaletsizliğin önlenmesidir. Bu itibarla, kişi hakkında mahkemece belirlenecek cezadan, yabancı ülkede infaz olunan süre kadar ceza düşülecek; mahsup edilecektir.

Non bis in idem ilkesini yalnızca mahsup yoluyla göz önünde bulunduran ülkelerden İtalyan uygulaması, diğer ülkelerden ayrılan bir niteliğe sahiptir. Öyle ki, esasında İtalyan yasalarınca yabancı devletlerin mahkeme kararlarına bir değer atfedilmiş ve non bis in idem ilkesi transnasyonal olarak kabul edilmiştir. İtalyan Yargıtay'ı 1967 yılında vermiş olduğu, doktrin niteliğindeki, bir kararında⁹⁴ yabancı mahkeme kararlarının yeniden yargılamayı engelleyeceğine hükmetmiştir. Ancak bununla birlikte, söz konusu kararların yeniden yargılama yasağı teşkil etmesi için, yabancı ülkede cezalandırılması öngörülen fiile atfedilen değer sosyal anlamda ve suç politikası anlamında İtalyan yasaları ile aynı ya da eşdeğer olması gerektiğini belirtmiştir. İtalyan Yargıtay'ı tarafından koşulan bu şartlar öylesi sübjektif niteliktedir ki, ilkenin uygulanmasını imkânsız kılmaktadır. Zira, her ülkenin suç politikasının ardında yatan sosyolojik nedenler birbirinden farklıdır. Bazı suçlar ile korunan hukuki değer lafız olarak aynı olsa dahi toplumda suça yüklenen mana ve dolayısıyla Kanun'da suçun düzenlenme amacının "aynı" olması mümkün değildir⁹⁵. Yargıtay'ın koyduğu ölçütler ile adeta çıkmaza sokulan uygulama dolayısıyla bugün, İtalyan Hukuku'nda non bis in idem'in transnasyonal etkisinin yalnızca mahsup yoluyla tanındığı kabul edilmektedir.

3. Türk Hukuku'nda Kanunların Yer Bakımından Uygulanması ve Non Bis İn İdem Etkisi

Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulanması ile ilgili hükümler, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap, Birinci Kısım, Birinci Bölüm'ünde, 8. ve 18. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Türk Hukuku'nda geçerli olan ilke *mülkîlik (ülkesellik)* ilkesidir.

94 Corte Costituzionale of 18 April 1967, supra n. 46.

95 CONWAY Gerard, a.g.m., S. 15. Aktaraması ile: Oehler, supra n. 2, p. 616.

Ancak, bu ilke mutlak olarak uygulanmayıp diğer ilkeler ile yumuşatılmıştır. Bu itibarla, Türk Hukuk Sistemi'nin kanunların yer bakımından uygulanması hususunda yarı/nispi mülkilik sistemi benimsenmiştir⁹⁶.

Çalışmamızın bu bölümünde, kanun sistematığına bağlı kalarak, Türk Hukuku'nda kanunların yer bakımından uygulanması meselesini ve düzenlemelerin non bis in idem ilkesi ile ilişkisini inceleyeceğiz.

A. Türkiye'de İşlenen Suçlar Bakımından Non Bis İn İdem (Mülkilik İlkesi)

Türk Ceza Kanunu, ceza kanunlarının Türkiye'de işlenen suçlar bakımından uygulanmasında "mülkilik" sistemini benimsemiştir. TCK'nın 8. maddesi, "*Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.*" şeklindedir. TCK'nın 9. maddesi ise, "*Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır.*"⁹⁷ şeklinde düzenlenmiştir.

Her iki tanımda da dikkat edilmesi gereken, "Türkiye'de işlenen" ibaresidir. Hangi suçların Türkiye'de işlenmiş sayıldığı, hükmün uygulama alanının belirlenebilmesi bakımından önemlidir. O halde, bir suçun Türkiye'de işlenmiş sayılması için ölçütlerin ne olduğunun açıklanması gerekir. Kanun koyucu, bu ölçütleri yine 8. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde bizzat belirlemiştir. "*Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi hâlinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır.*" Suçun nerede işlendiği hallerde

96 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAĞSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 134

97 Kanuna ilişkin hükümet tasarısında Türkiye'de işlenen suçlar bakımından yabancı vatandaş ve Türk Vatandaşı arasında bir ayrım öngörülmüştü. Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile tasarıdaki bu düzenleme kanun metninde yer almamıştır. Bkz: TCK 9 Gerekçesi: "*Hükümet Tasarısında, Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan yabancı ile vatandaş arasında yabancı lehine bir ayrım öngörülmüştü. Anayasa'da güvence altına alınan eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı düşüncesiyle, madde metninde yapılan değişiklikle bu ayrım ortadan kaldırılmıştır.*

Keza, maddenin, "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır." şeklindeki ikinci fıkrası hükmü, yukarıdaki maddenin gerekçesinde belirtilen düşüncelerle, metinden çıkarılmıştır."

“Türkiye”de işlenmiş sayılacağı da şu şekilde sayılmıştır:

“Suç;

a) Türk kara ve hava sabaaları ile Türk karasularında,

b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sabaasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

c) Türk deniz ve hava savaşı araçlarında veya bu araçlarla,

d) Türkiye'nin kıt'a sabaanlığında veya münbasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı,

İşlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır.” (TCK – 8/2)

Düzenlemeler incelendiğinde, Kanun koyucunun, hem bir suçun işlenmesine Türkiye’de başlanmış olmakla birlikte, icrasına başka bir ülkede devam edildiği ve/veya suç bu ülkede tamamlandığı hallerde; hem de suçun işlenmesine yabancı ülkede başlandığı ve icrasına Türkiye’de devam edildiği ve burada tamamlandığı hallerde, suçun Türkiye’de işlenmiş olduğunu kabul ettiği görülür⁹⁸. Bu düzenlemeye göre, seçimlik hareketli suçlarda, seçimlik hareketlerden biri yabancı ülkede, bir diğeri Türkiye’de gerçekleşmişse de suç Türkiye’de işlenmiş kabul edilecektir⁹⁹. Bir başka ifade ile, Türk Hukuku’nda suçun, hem hareketin hem de neticenin gerçekleştiği yerde meydana geldiği kabul edilmiştir¹⁰⁰.

Görüldüğü üzere Kanun, Türkiye’de işlenen suçlar bakımından mülkilik ilkesinin mutlak olarak uygulanmasını öngörmektedir. Bu itibarla, bu suçlar bakımından non bis in idem etkisi tanınmadığından

98 Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E: 2006/4044, K: 2006/6680, 13.07.2006: “Sanıklara yüklenen dolandırıcılık suçunun İcra hareketlerinin Türkiye’de yapılması ve yurt dışında bulunan banka görevlilerinin yanıtılarak Türkiye’deki banka şubelerine havale yapılmasının sağlanması, dolandırıcılık suçunun; haksız çıkarın Türkiye’de elde edilmesiyle tamamlanması karşısında yargılamaya devam olunarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde, suçtan zarar görenlerin yabancı banka olup suç yerinin yabancı ülke olduğunun kabulü gerektiğinden bahisle şikâyet yokluğu nedeniyle davanın durmasına karar verilmesi...”

99 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S. 767

100 Hem hareketin hem de neticenin gerçekleştiği yeri suçun meydana geldiği yer olarak belirleyen bu teoriye doktrinde **karma teori** denilmiştir. Teori, ülkeler arası yetki çatışması yaratmaya müsaittir. Alman Hukuku’nda da kabul edilen bu sistemin sakıncalarını önlenebilmesi için, söz konusu ihtilafı olaya ilk el koyan devletin yargılama yetkisi olduğu kabul edilmiştir. Bkz: ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 141

tereddüt yoktur. Zaten, Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı bir ülkede yargılanmış olan kişinin Türkiye’de yeniden yargılanacağına ilişkin 9. madde hükmü de, bu konuda yoruma yer bırakmayacak kadar açıktır. Ancak, Türkiye’de işlenen suçlar bakımından non bis in idem etkisi değerlendirilirken Türkiye’nin taraf olduğu *Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi* (CYMDAS) ile *Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi* (CKAAS) unutulmamalıdır. Bu anlaşmalara taraf devletler tarafından daha önce yargılanan kişi hakkında, non bis in idem ilkesi transnasyonal olarak uygulama bulacaktır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, *Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse*, bu suçtan dolayı yabancı ülkede *gözültüne ya da gözlem altına alınmış, tutuklanmış veya cezası infaz edilmiş* ise aynı suçtan dolayı Türkiye’de yapılan yargılamada bu tedbirler esnasında geçen süre cezasından mahsup edilecektir (TCK 16). Kanun, bu uygulama ile mutlak olarak tanınan mülki-lik ilkesinin adalet ve hakkaniyet duygularında yaratacağı zedelenmeyi mümkün mertebe azaltmayı amaçlamıştır.

B. Yabancı Ülkede İşlenen Suçlar Bakımından Non Bis İn İdem

Yabancı ülkede işlenen suçların Türk yargısı kapsamında değerlendirilmesi *şahsılık* ve *koruma* ilkelerinin bir sonucudur. Türk Ceza Kanunu, yabancı ülkelerde işlenen suçlar bakımından suçun faili ve mağduru ile Türkiye Cumhuriyeti arasındaki bağlantıya göre bir ayrıma gitmiştir. Bu itibarla, Türkiye vatandaşları tarafından yurtdışında işlenen suçlar *şahsılık ilkesi* kapsamında ve yabancı vatandaş tarafından Türkiye devletine ve Türk vatandaşına yönelmiş suçların *koruma ilkesi* kapsamında yargılanması ayrı ölçütlere tabi tutulmuştur.

a. Suçun Failine Göre Non Bis İn İdem (Faile Göre Şahsılık İlkesi)

aa. Görev Suçları

“Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile iliş-

kin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.”(TCK 10)

Kanun’da bulunan bu düzenleme, faile göre şahsilik ilkesinin bir tezahürüdür. Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya sair görev üstlenmiş kişilerin, bu memuriyet ve görevleri ile bağlantılı olarak suç işlemleri halinde Türkiye’de yeniden yargılanmaları öngörülmüştür. Bu itibarla, kanun koyucu, görev suçlarına ilişkin iki ölçüt belirlemiştir. Bunlardan ilki, failin yabancı bir ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olmasıdır. Dikkat edilirse, bu kişinin Türk vatandaşı olması koşulu aranmamıştır. Her ne kadar Devlet Memurları Kanunu’na göre, Türkiye adına memuriyet yapan kişi ancak bir Türk vatandaşı olabilirse de yabancı kişilerin Türkiye adına görev yapması mümkündür. Örneğin, uluslararası yargı organları nezdinde Türkiye’yi temsil eden yabancı bir hukukçu, bu kapsamda değerlendirilebilir¹⁰¹. Ayrıca, görevin sürekli veya geçici olması; devlet veya herhangi bir kamu kuruluşu adına yapılması arasında fark yoktur. Yine, madde kapsamına sadece diplomatik personel değil, koşulları sağlayan herkes girecektir¹⁰².

Ölçütlerden ikincisi ise, işlenen suçun üstelenilen memuriyet ve görevle alakalı olmasıdır. Aksi takdirde, yani işlenen suç üstlenilen görevle ilişkin değilse, madde 10 değil, aşağıda inceleyeceğimiz madde 11 gündeme gelecektir. Belirtmek gerekir ki, göreve ilişkin suçlar Türkiye zararına işlenmiş sayılacağından bunların cezalandırılmasında sadece Türk Kanunları esas alınacak, yabancı yasa lehe olsa dahi, uygulanmayacaktır (TCK 19/2)¹⁰³.

Görüldüğü üzere, Türk Ceza Kanunu görev suçları bakımından da non bis in idem ilkesini tanımamıştır. Öte yandan şüphe yoktur ki, Türkiye’de işlenen suçlarda olduğu gibi mahsup hükümleri burada da uygulama bulacaktır.

101 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S.771

102 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, a.g.e., S. 146

103 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 133

bb. Vatandaş tarafından işlenen suçlar (Mağdura Göre Şahsilik İlkesi)

Faile göre şahsilik ilkesinin Kanun'daki bir diğer görünümü, madde 11'de karşımıza çıkar. Düzenleme şu şekildedir:

“(1) Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

(2) Suç, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılması zarar görenin veya yabancı hükûmetin şikâyetine bağlıdır. Bu durumda şikâyet, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılmalıdır.”

Düzenleme uyarınca, Türk vatandaşlarının yurtdışında suç işlemele-ri durumunda; failer hakkında ancak belirli koşullar altında yargılama yapılabilecektir. Bu koşullar şunlardır:

- Failin Türk vatandaşı olması:

Failin, suç oluşturan fiilin işlendiği anda Türk vatandaşlığını haiz olması gerekli ve yeterlidir. Vatandaşlık, Vatandaşlık Kanunu hükümlerine göre belirlenecektir.

- Suçun, TCK m. 13 kapsamı dışında kalması:

13. madde kapsamındaki suçlar nerede ve kim tarafından işlendiği gözetilmeksizin yargılanabilen; evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlardır. Madde 13 aşağıda daha ayrıntılı bir biçimde incelenecektir. Madde 11 bakımından dikkat edilmesi gereken, madde 13’de belirtilen suçların, bu madde kapsamında yargılanmayacağıdır.

- Suçun belli bir ağırlığa ulaşmış olması:

Yalnızca Türk Kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıl veya bir yıldan fazla olan ve hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından madde uygulanabilir. Hapis cezası dışında, örneğin, adli para cezası verilmiş olması madde 11 kapsamında değerlendirilemez.

- Suçun yabancı ülkede işlenmesi:

Suçun, Türkiye'nin egemenlik sahası dışında bulunan bir yerde işlenmesi gerekir. Madde metninde “yabancı ülkede işlenmesi” gibi bir kıstas belirlenmişse de yabancı devletin egemenlik sahasında işlenmesi şart değildir. Suç, örneğin, açık denizlerde de işlenmiş olabilir¹⁰⁴.

- Failin Türkiye’de bulunması:

Failin Türkiye’de bulunmasının bir kovuşturma şartı olduğu madde gerekçesinde açık bir biçimde vurgulanmıştır¹⁰⁵. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun gıyapta yargılama yapılmasına olanak tanıyan hükümleri (CMK 244 vd.) madde 11 kapsamında uygulanamaz. Çünkü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 Türk Ceza Kanunu aynı tarihte¹⁰⁶ yürürlüğe girmiştir. Dolayısıyla bu kanunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi kurularak hangisinin geçerli olacağı belirlenmesi söz konusu olamaz. Her iki kanun da kendi alanında özel yasadır ve uygulama önceliğine sahiptir¹⁰⁷.

- Yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması:

Yabancı ülkede suç işleyen Türk vatandaşı hakkında Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için, kişi hakkında bu suçtan dolayı hüküm verilmemiş olması gerekir. Madde metninde yalnızca “hüküm” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, verilen cezanın kısmen veya tamamen icra edilip edilmediği gözetilmez. Madde gerekçesi incelendiğinde, “...*yurt dışında işlediği suçtan dolayı Türk vatandaşı hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararının verilmiş olması hâlinde, artık Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacaktır*” ibaresi görülür. Kanun koyucu bu düzenlemesi ile yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet ve beraat kararlarına değer vermiştir. Bu itibarla, Türk vatandaşları tarafından madde kapsamında işlenecek suçlar bakımından *non bis in idem* etkisi tanınmıştır¹⁰⁸.

104 ÖZGENÇ İzzet, a.g.e., S 772

105 “... *Failin Türkiye’de bulunması, bir kovuşturma şartı niteliğindedir. Vatandaşın yurt dışında işlediği suç dolayısıyla Türkiye’de Türk kanunlarına göre cezalandırılabilmesi için, bu suçun Türkiye’de kovuşturulabilir bir suç olması gerekir. Bunun belirlenmesinde Türk kanunlarının göz önünde bulundurulması gerektiği mubakkaktır.*”

106 25832 sayılı ve 1 Haziran 2005 tarihli Resmi Gazete

107 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 135

108 Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E: 2011/2692, K: 2011/2398, 06.05.2011: “... *yüklenen suçların tümü-*

Belirtmek gerekir ki bu düzenleme, yabancı ülkede hakkında soruşturma açılmış kişi hakkında Türkiye’de de soruşturma açılmasına ya da hakkında takipsizlik kararı verilmiş kişinin Türkiye’de yargılanmasına engel teşkil etmez. Düzenleme non bis in idem ilkesini sadece, yabancı mahkemede hüküm verildiği hallerde tanımıştır.

- Suçun yabancı ülke yasalarına göre suç olması:

Bu ölçüt madde metninde açıkça yer almış değildir. Ancak eylemin işlendiği ülke yasalarının sağlamadığı bir korumanın Türk yasalarına göre sağlanmasının söz konusu olmayacağı tereddütsüzdür¹⁰⁹. Kanunun amacı da bu yöndedir. Nitekim, ölçüt Kanun’un hükümet tasarısında yer almaktaydı. Ancak 12. madde hükmü ile lâfzen yeknesaklık sağlanabilmesi için asıl metninde yer verilmemiştir¹¹⁰.

- Eylemin Türkiye’de kovuşturulabilir olması:

Yurtdışında işlenen suçun Türkiye’de kovuşturulabilir olması gerekir. Bunun belirlenmesinde Türk yasaları esas alınacaktır.

- Belli ağırlıkta olmayan suçlar bakımından şikâyet şartı:

Aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiren suçların yargılabilmesi zarar görenin ya da yabancı hükümetin şikâyetine bağlı tutulmuştur. Burada hemen belirtmek gerekir ki, koşulların gerçekleşmesi halinde, aşağı sınırı asgari bir yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın re’sen yargılama yapılacaktır.

nün yurt dışında işlendiği aynı eylem nedeniyle sanık bakımında yabancı ülkede kesinleşmiş bir hüküm verilip verilmediği Fransız adli mercileri nezdinde araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, olumsuz kovuşturma şartının açıklığa kavuşturulması gerektiği gözetilmeden hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”

109 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 135

110 Madde 11 Gerekçesi: “...Hükümet Tasarısında vatandaş tarafından yurt dışında işlenen suçun **hem Türk Kanunlarına göre hem de suçun işlendiği ülke kanunlarına göre** aşağı sınırı bir yıldan az olmayan **bürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren bir suç olması öngörülmüştür**. Ancak, bir sonraki maddede “yabancı tarafından işlenen suç” açısından ise sadece Türk Kanununda öngörülen ceza ölçü alınmıştır. Her iki durum açısından uyumu sağlamak için, sadece Türk Kanununda öngörülen cezanın ölçü alınması yönünde madde metninin değiştirilmesi uygun bulunmuştur.”

b. Suçun Mağduruna Göre Non Bis İn İdem (Koruma İlkesi)

Türk vatandaşı olmayan bir kimse tarafından yurtdışında işlenen ve Türkiye'nin ya da vatandaşlarının çıkarlarını tehlikeye düşüren ya da zarar veren suçlar için de Türk Mahkemelerine yargılama yetkisi tanınmıştır. Dayanağını koruma ilkesinden alan düzenleme, TCK 12'de "Yabancı tarafından işlenen suç" başlığı altında karşımıza çıkar. Madde, yabancının yabancı ülkede işlediği suç bakımından iki durumu birbirinden ayırarak ayrı esaslara bağlamıştır. Bu itibarla, Türkiye'nin zararına işlenen suçların ve mağdurun ya da *suçtan zarar görenin* Türk vatandaşı olduğu suçların yargılanması bakımından farklı ölçütler öngörmüştür.

aa. Türkiye zararına işlenen suçlar

"(1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır."

Maddenin birinci fıkrası, yurtdışında Türkiye zararına işlenen suçlar bakımından Türk yargısının yetkisini düzenlemiştir. Bu düzenleme uyarınca da failer hakkında ancak belirli koşullar altında yargılama yapılabileceğine işaret edilmiştir. Bu koşullar:

- Failin yabancı devlet vatandaşı olması,
- Suçun, TCK m. 13 kapsamı dışında kalması,
- Suçun belli bir ağırlığa (asgari 1 yıl hapis cezası) ulaşması,
- Suçun yabancı ülkede işlenmesi,
- Failin Türkiye'de bulunması,
- Suçun Türkiye zararına işlenmesi ve
- Adalet bakanının yargılamaya ilişkin istemidir¹¹¹.

111 18/6/2014 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile birinci fıkra kapsamına giren hâllerde rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarından dolayı yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı olmaktan çıkarılmıştır.

Kanun koyucu, yurtdışında Türk vatandaşı tarafından işlenen suçların yargılanmasından farklı olarak, yurtdışında yabancı tarafından Türkiye zararına işlenen suçların yargılanmasını Adalet Bakanı'nın istemine bağlı tutmuştur. Bununla birlikte, düzenlemede “yabancı mahkemece hüküm verilmemiş olması” şartına yer verilmemiştir. Kanun, bu kapsamdaki suçlar bakımından yabancı mahkemelerin vermiş olduğu hükme değer vermemiş; *non bis in idem* etkisi tanımamıştır. Başka bir ifade ile, bu kapsamdaki suçlardan dolayı yabancı bir mahkemede mahkum edilmiş veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden ya da suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanı'nın istemi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılacaktır. (TCK 12/4)

Belirtmek gerekir ki, yurtdışında suç işleyen Türk vatandaşının yeniden yargılanabilmesi, hakkında daha önce bir karar verilmemiş olmasına bağlı tutulmuşken; yabancı vatandaş tarafından aynı ölçütün gözetilmemesi Kanun’un kendi içinde çelişkili olmasına yol açmıştır. Çünkü, böylesi bir uygulama yabancı ile Türk vatandaşı arasında Türk vatandaşı lehine bir ayırım öngörmektedir. Halbuki, Kanun tasarısında yine Türk lehine bir ayırma yer veren 9. madde hükmü eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle¹¹², Kanun’un asıl metninde bu ayırım ortadan kaldırılarak yer almıştır. O halde, yabancı bakımından aleyhe bir uygulama öngören 12. madde hükmü de aynı mantık çerçevesinde gözden geçirilmelidir.

bb. Türk vatandaşının zararına işlenen suçlar

“(2) Yukarıdaki fıkrada belirtilen suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.”

Maddenin ikinci fıkrası ile, yurtdışında suç mağduru olan Türk vatandaşları dışında yurtdışında Türk yasalarınca kurulmuş tüzel kişiler de korunmak istenmiştir. Düzenlemede koruma ilkesi ile **mağdura**

112 Bkz: TCK Madde 9 Gerekçesi

göre şabsilik ilkesi iç içe geçmiştir. Yine bu maddenin uygulanabilmesi için kanun koyucu belli koşullar belirlemiştir. Bu koşullar şunlardır:

- Suçun, TCK m. 13 kapsamı dışında kalması,
- Suçun yabancı ülkede işlenmesi,
- Suçun belli bir ağırlığa (asgari 1 yıl hapis cezası) ulaşması,
- Failin Türkiye’de bulunması,
- Suçun bir Türk vatandaşının veya Türk yasalarınca kurulmuş tüzel kişinin zararına işlenmiş olması,
- Bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş bulunması ve
- Suçtan zarar görenin şikâyetinin bulunması

Düzenlemede özellikle dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, Türk vatandaşı veya tüzel kişisine yönelik suçlar bakımından, Türkiye zararına olanlardan farklı olarak, *non bis in idem* ilkesi uygulama bulacaktır. Zira, madde kapsamındaki suçların yargılanabilmesi, suç hakkında daha önce yabancı bir mahkeme tarafından hüküm verilmemiş olması şartına bağlanmıştır.

Dikkat edilmesi gereken diğer husus ise, maddenin lafzında “mağdur” ifadesi yerine “suçtan zarar gören” ifadesi kullanılmasıdır. Kural olarak mağdur, suçun işlenmesinden dolayı zarar gören kişidir. Ancak, mağdur ile suçtan zarar gören kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Suçtan zarar gören kişi, her zaman bu suçun işlenmesi ile mağdur edilen kişi değildir. Bu itibarla, suçtan zarar gören kavramı, mağdur kavramını da içine alan şemsiye bir kavramdır¹¹³. Örneğin, yabancı ülkede bir Türk şirketine ait para ve malvarlığının güvenliğinden sorumlu Alman vatandaşına karşı, cebir ve tehdit kullanılmak suretiyle yağma suçu işlenmesi halinde mağdur, Alman güvenlik görevlisidir. Ancak suçtan zarar gören, para ve malvarlığının sahibi Türk kurum olacaktır. Kanun koyucu, madde 12/2 düzenlemesinde “suçtan zarar gören” ifadesini kullanarak, hükmün uygulama alanını genişletmiştir.

Yine burada değinmek gerekir ki, Kanun’un Türkiye zararına işlenen suçlar bakımından *non bis in idem* etkisini tanımazken, Türk va-

tandışına karşı işlenen suçlar bakımından tanınması eleştiriye açık bir düzenlemedir. Zira, böyle bir düzenleme devletin çıkarlarının bireyin çıkarlarına üstün olarak tanındığı izlenimi vermektedir. Ancak bu düşünce, bireyin haklarını devletin haklarına göre öncelikli olarak korumayı amaçlayan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sistematığıne¹¹⁴ aykırı olmuştur.

c. Evrensellik İlkesi Kapsamında Non Bis In Idem

Evrensellik ilkesi ile ilgili olarak TCK'nın "Diğer suçlar" başlıklı 13. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Evrensellik ilkesi kapsamında belirtilen tüm suçlar, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılabilecektir (TCK m.13/2). Belirtmek gerekir ki, aşağıda anlatılacağı üzere, kimi hususlar bakımından evrensellik ilkesinin yanı sıra *koruma ilkesi* de madde kapsamında, hatalı olarak, vücut bulmuştur.

Türk Hukuku'nda evrensellik ilkesi kapsamında değerlendirilen suçlar şunlardır:

- 1) Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (m.76-80),
- 2) İşkence (m.94-95),
- 3) Çevrenin kasten kirletilmesi (m.181),
- 4) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (m.190),
- 5) Parada sahtecilik (m.197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m.200), mühürde sahtecilik (m.202),
- 6) Fuhuş (m.227)
- 7) Rüşvet (m.252)
- 8) Deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223/2,3) ya da bu araçlara zarar verme suçları

Evrensellik ilkesi kapsamında değerlendirilen bu suçlar, uluslararası hukukta, tüm insanlığın menfaatlerini ihlal eden ve dolayısıyla tüm devletlerin bu suçları kovuşturmakta menfaatinin olduğu kabul edilen

114 HAFIZOĞULLARI Zeki, GÜNGÖR Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi**, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, S.21-50; S. 29

suç tipleridir. Dolayısıyla bu suçların Türk Hukuk sisteminde de her kim tarafından ve nerede işlenmiş olursa olsun yargılanabilir kılınması uluslararası hukuka uygundur. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'ndaki evrensellik ilkesi düzenlemesi birkaç sebepten eleştiriyeye açıktır.

İlk olarak, Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda anlatılan ve uluslararası arenada suç teşkil ettiklerinde duraksama olmayan suçların yanı sıra; *devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar*, *devletin güvenliğine karşı suçlar*, *anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar*, *milli savunmaya karşı suçlar*, *devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ve yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar* da evrensellik ilkesi kapsamında düzenlenmiştir (TCK m.299-343). Evrensellik ilkesi kapsamında değerlendirilebilecek suçların, tüm kültürlerde korunan ortak değerlere yönelik tehlike arz etmesi gerektiği göz önüne bulundurulduğunda, bu suçların evrensellik ilkesi içerisinde değerlendirilmesini anlamak mümkün değildir. Bu suçlar ancak, yukarıda anlatılan, devleti koruma ilkesi kapsamında değerlendirilebilir. Bu itibarla, söz konusu suçların evrensellik ilkesi kapsamında düzenlenmesi hatalı olmuştur¹¹⁵.

İkinci olarak, madde soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (TCK m.76-80) dolayısıyla yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın isteği üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılabileceğini öngörür (TCK m.13/3). Bunların dışında kalan suçlar açısından *non bis in idem* ilkesi kabul edilmiş ve yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş ise bu suçların yeniden yargılanamayacağı belirtilmiştir. Ancak, evrensellik ilkesi kapsamında korunması öngörülen ağır suçları her devletin yargılayabileceğine cevaz verilmesindeki amaç, tüm insanlığı ilgilendiren bu suçların cezasız kalmasının önüne geçmektir. Bu itibarla, TCK'da soykırım ve insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları bakımından *non bis in idem* etkisi tanınmayarak yeniden yargılama mecburiyeti getirilmesi ilkenin amacı ile bağdaşmamaktadır. Hakkında daha önce karar verilmiş suçlar bakımından tekrar yargılamanın tanınması non bis in idem ilkesinin keyfi bir biçimde ihlal edilmesi anlamına gelir. Zira, bu suçların yeniden yargılanmasında hiçbir hukuki ve siyasi menfaat yoktur.

115 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 142; TURHAN Faruk, a.g.m., S. 203

Evrensellik ilkesi kapsamında düzenlenen suçlar hakkında Türk Kanunlarının uygulanacağını belirtilmiştir (TCK m.13/1). Maddede özellikle “Türk kanunları uygulanır” ifadesinin geçmesi dikkate değerdir. Kanun koyucu burada, bu suçların cezalandırılmasında, suç yabancı ülkede işlenmiş olsa bile, lehe olan kanun uygulamasına gidilmeyeceğini ortaya koymaktadır¹¹⁶. Bir başka ifade ile, “Türk Kanunları uygulanır” ifadesi ile evrensellik ilkesi kapsamında düzenlenen suçlar bakımından, yabancı yasaların TCK m.19 kapsamında göz önüne alınması engellenmek istenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, tıpkı yabancı ülkelerde işlenen suçlara ilişkin diğer düzenlemelerde olduğu gibi, evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlar için de mahsup hükümleri (TCK m.16) uygulama bulacaktır.

d. İkame Ceza Yargısı ve Yetki Paylaşımı İlkesi Kapsamında Non Bis In Idem

İkame yargı ilkesinin Türk Hukuku’ndaki tezahürü TCK 12/3 düzenlemesidir. Düzenleme şu şekildedir:

“Mağdur yabancı ise, aşağıdaki koşulların varlığı halinde fail, Adalet Bakanının istemi ile yargılanır:

a) Suçun, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektirmesi.

b) Suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmiş olması.”

O halde, ilkenin uygulanması için, yargılaması söz konusu olan suç, Türk kanunlarına göre asgari olarak 3 yıl hapis cezasını gerektiren bir suç olmalıdır. Buna ek olarak, ikame yargı yetkisi ilkesinin uygulanması için suçluların iadesi işlemlerinin gerçekleşmemesi gerekir.

Türk Hukuku’nda yetki paylaşımı etkisi ise, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar eliyle uygulanmaktadır. Türkiye’nin taraf ol-

116 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, a.g.e., S. 143

duğu, Avrupa Konseyi sözleşmelerinden *Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmaması Konusunda Avrupa Sözleşmesi* (CKAAS) ilkenin Türk Hukuku'nda görünümünü teşkil eder. Sözleşmenin 2, 3 ve 21. maddeleri taraf devletlerin birbirleri adına yargılama yapabilecekleri durumları, devletlerin kovuşturma işlemlerini bir başka taraf devlete bırakabileceklerini ve taraf devlet mahkemelerince verilecek mahkeme kararları açısından non bis in idem etkisi doğacağını düzenlemektedir.

Her iki ilke bakımından da non bis in idem ilkesinin uygulanması bakımından ihtilaf bulunmamaktadır. Zira, her iki ilke de suçluların iadesi işlemleri gerçekleştirilemediği hallerde gündeme gelecektir. Özellikle yetki paylaşımı ilkesinin uygulanabilmesi, ikili ya da çoklu uluslararası anlaşmaların varlığına bağlı olduğundan ve bu sözleşmeler non bis in idem ilkesini koruyan önlemler bulundurduğundan, non bis in idem ilkesi ile bağdaşmayan sonuçların meydana gelmesi, teorik olarak, mümkün değildir.

e. Cezadan Mahsup (m.16) ve Yabancı Kanununun Göz Önünde Bulundurulması (m.19)

Yukarıda, yer bakımından uygulamaya ilişkin ilkelerin Türk Hukuku'ndaki görünümleri incelenirken iki kuruma değindik. *Non bis in idem* etkisinin tanınmadığı durumlarda, adalet ve hakkaniyet duygusuna verilen zararın asgari düzeye indirilmesi amaçlayan bu kurumlar TCK'da da cezadan mahsup ve yabancı kanunun göz önünde bulundurulması başlıkları altında düzenlenmiştir.

Cezadan mahsup kurumunu düzenleyen 16. Madde şu şekildedir: *“Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir.”* Madde gerekçesinde, mahsup kurumunun tanınmasına neden olarak, adalet esaslarının sağlanması gösterilmiştir¹¹⁷.

Yabancı kanunun göz önünde bulundurulması da adalet ilkesini

117 TCK Madde 16 Gereççesi: *“Maddede, suç nerede işlenmiş olursa olsun, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen sürelerin aynı suçtan dolayı Türkiye’de yapılacak yargılama sonunda verilecek cezadan indirilmesi öngörülmüş, böylece adalet esaslarına uyulması sağlanmıştır.”*

temel alan bir kurum olarak TCK'nın 19. maddesinde yer alır. Kural olarak, Türk hâkimleri yargılama esnasında ancak Türk kanunlarını uygulamak görev ve yetkisine sahiptir. Böyle olması, hem devletin egemenliği ilkesi hem de Anayasal bir gerektir. Ancak, Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken Türk Kanunlarının mutlak olarak uygulanması bazı durumlarda adalet duygusunu zedeleyecektir. Cezalandırmanın asıl amacı ve hukukun temel ilkeleri göz önüne alınarak tanınan yabancı kanunun göz önünde bulundurulması kurumu çerçevesinde, Türkiye'de yapılan yargılama sonucunda verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda ön görülen cezanın üst sınırından fazla olamayacaktır (TCK m.19/1). Başka bir ifade ile, bu suçların yargılanması bakımından TCK, fail hakkında lehe olan kanunun uygulanmasını öngörür.

Bununla birlikte, kanun bazı suçlara özel önem atfetmek suretiyle, bunların yargılanması hakkında mutlak olarak Türk kanunlarının uygulanmasını, lehe kanunun göz önünde bulundurulmayacağını düzenlemiştir. Bu suçlar, Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı ya da Türk Kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenen suçlardır (TCK m.19/2). Bu suçlar bakımından lehe kanunun göz önünde bulundurulması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde, yukarıda da değinildiği gibi, görev suçları bakımından da lehe kanun uygulaması söz konusu değildir¹¹⁸. Zira bu suçlar, mahiyetleri gereği her halükarda Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne zarar verecek suçlardır.

SONUÇ

Non bis in idem ilkesi bugün, dünyanın hemen her yerinde tanınmış bir hukuk ilkesidir. İlke, hukuk sistemi içinde bireylerin hukuki güvenliğinin sağlanması bakımından vazgeçilmez bir alanı güvence altına almaktadır. Gerçekten de, bütün modern hukuk sistemlerinin zorunlu bir parçası haline gelen ilkenin hukuktaki gerekliliğinden ve toplumsal faydalarından yana tartışma bulunmamaktadır. Hiçbir modern hukuk devleti, en azından kendi iç işlerinde, ilkenin varlığını ve uygu-

118 TCK m.19 Gerekçesi: "...Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da ceza belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır."

lamasını reddetmemektedir. Ne var ki, uluslararası hukukta non bis in idem, hukuki sonuçlarının yanı sıra politik sonuçlar da doğurabilecek bir ilkedir. Bir devletin, bir diğer devletin yargı kararını tanımamasının politik sonuçları, esas itibarıyla hukuki sonuçlarından çok daha büyük ve belki etkili olacaktır. Bu sebeptendir ki ilke, uluslararası hukukta kendine sabit bir yer edinememiş, hemen her devletin iç hukukunda kabul edilmiş olmasına rağmen “hukukun genel prensibi” görünümü elde edememiştir.

Bununla birlikte, küreselleşmenin bu denli büyük hızla geliştiği modern çağda ilkeye uluslararası arenada duyulan ihtiyacın gün be gün arttığı su götürmez bir gerçektir. Gelişen ulaşım teknolojileri sayesinde, insanların ülkeler arası dolanımı neredeyse vatandaşı oldukları ülkenin sınırları içindeki dolanımları kadar kolay ve masrafsız hale gelmiştir. Bunun bir sonucu olarak, ülkeler arasındaki siyasi sınırlar git gide kaybolmakta; sanal bir hal almaktadır. “Dünya vatandaşı” terimi bugün, bu gelişmeler ışığında, bir ütopya olmaktan çıkıp, yavaş yavaş adeta somut bir kavrama dönüşmektedir. İletişim teknolojilerindeki hızlı gelişmeler ise, artık nerede olunursa olunsun dünyanın her yerine ne zaman istenirse ulaşmayı, dünyanın her yerinden her saniye haber almayı ve dünyanın her yerinden insanlarla sosyal ve hukuki ilişkiler kurabilmeyi mümkün kılmıştır. Elbette bu ilişkilerin olumlu yanlarının yanı sıra, özellikle hukuken olumsuz yanları da ortaya çıkacaktır. Söz gelimi, özellikle son yıllarda artan bir ivme ile gerçekleşen tüm bu teknolojik gelişmeler, suçların uluslararası işlenmesi ihtimalini de tereddütsüz bir biçimde, büyük oranda arttırmıştır. Örneğin, dolandırıcılık suçu bugün, çoğunlukla internet üzerinden işlenen ve dünyanın her yerinden birçok kişinin, büyük zararlara uğratıldığı bir suç tipidir. Keza, bilişim suçları ile ilgili durum da dolandırıcılık suçundan farklı değildir. Bu itibarla, artık yasak bir fiilin cezalandırılmasında birden fazla devlet bakımından kamu yararı doğması eski dönemlere kıyasla çok daha sık rastlanan bir durumdur. Uluslararası Hukuk, devletlerin ihtiyaçları ve devletlerarası ilişkiler çerçevesinde gelişen bir hukuk dalı olarak, non bis in idem’e duyulan ihtiyacın artması karşısında, birkaç yıl içinde şimdikinden daha somut önlemler almak durumunda kalacaktır. Ancak şimdilik, non bis in idem’in transnasyonal etkisi uygulamada yalnızca istisnai hallerle sınırlı olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- AKTAŞ Sururi, **Cezalandırmanın Amacı Üzerine**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1–2, 2009
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKCEN Ahmet, YENİDÜNYA Caner, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II- (Yaptırım Hukuku)**, Seçkin Yayınları, 1. Bası, 2003, Ankara
- CENTEL/ZAFER, **Ceza Muhakamesi Hukuku**, Beta Yayınları, 5. Bası, İstanbul, 2008
- CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 3. Bası, 2005, İstanbul, S. 559; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 4. Bası, 2009, Ankara
- CONWEY Gerard, **Ne Bis in Idem in International Law**, International Criminal Law Review, Vol. 3, No. 3, pp. 217-244, 2003
- DANNECKER Gerard, **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (5), Prof. Dr. Dr. H.C. Mult. Claus Roxin'e Armağan Suç Politikası**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006
- GÖZLER Kemal, **Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C.56 Sa.2 [45-61]
- GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Yayınları, 10. Bası, Bursa, 2010
- HAFIZOĞULLARI Zeki, GÜNGÖR Devrim, **Türk Ceza Hukukunda Suçların Tasnifi**, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, S.21-50
- İÇEL Kayıhan, SOKULLU-AKINCI Fusun, ÖZGENÇ İzzet, SÖZÜER Adem, MAHMUTOĞLU Fatih Selami, ÜNVER Yener, **Yaptırım Teorisi**, 3. Kitap, Beta Yayınları, 1. Bası, 2000, İstanbul
- KARAKUŞ H. Burak, **Genç Cumhuriyetin İlk Hukuk Zaferi: Bozkurt – Lotus Davası, Ankara Barosu Hukuk Gündemi Dergisi**, Atatürk Özel Sayısı, 2013
- KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 4. Bası, Ankara, 2011
- KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınları, 16.Bası, 2008, İstanbul
- MEZEI Péter, **Double Jeopardy in a Global Context: A Comparative Analysis of the Right not to be Tried or Punished Twice for the Same Criminal Offense**, Attila Badó (Ed.) Studies in the Fields of

Comparative Law and Comparative Constitutional Law, Pro Talentis Universitatis Foundations, Szeged, 2012

ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, **Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler**, Seçkin Yayınları, 3. Bası, 2012, Ankara

ÖZEN Mustafa, **Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, Sa. 1

ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınları, 4. Bası, 2009, Ankara

ÖZKAN Faruk, **Avrupa Birliği Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku**, II. Kitap, İstanbul Barosu Yayınları, 1. Bası, 2010, İstanbul

Serious Fraud Office (SFO), **Double Jeopardy Operational Handbook**, Version PUB 1, February 2012

SHAW Malcolm N., **International Law**, Cambridge University Press, 6th Edition, 2008

TURHAN Faruk, **Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md.13**, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Nisan 2005, S. 197–211

ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınları, 4. Bası, 2011, Ankara

GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

Av. Serra KARADENİZ*

Dünya çapında, ekonomik ve sosyal refahın farklılık arz etmesi nedeni ile kişiler vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu ülkeleri terk etmekte ve gelişmiş ülkelere gitmek için göç etmektedir. Bu durumun yasal olmayan yollarla gerçekleşmesi ise çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Söz konusu sorunlar ise sadece göçmenlerin ayrıldıkları ve göç ettikleri değil, diğer ülkeleri de etkilemektedir. Dolayısıyla bu hususlarda hukuki ve cezai düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu düzenlemelerden birini de Türk Ceza Kanununun 79. maddesinde ihdas edilen “Göçmen Kaçakçılığı Suçu” teşkil etmektedir.

Çalışmamızda da Türk Ceza Kanununun 79. maddesinde düzenlenen Göçmen Kaçakçılığı suçuna yer verilecektir. Bu bağlamda öncelikli olarak birinci bölümde göçmen ve göçmen kaçakçılığı kavramına dair açıklamalarda bulunulmuştur. Bu tanımlara yer verilirken Türk Ceza Kanununun yanı sıra, yabancılar hukuku kaynaklarından ve Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolden yararlanılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde göçmen kaçakçılığı suçunun ne şekilde ve hangi bölümde düzenlendiğine değinilmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde de, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde göçmen kaçakçılığı suçuna dair hükme yer verilerek, söz konusu suçun unsurlarına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamalarda bulunulurken doktrinin ve Yargıtay’ın farklı görüşlerinden yararlanılmıştır. Özellikle konunun devletler hukuku ile yabancılar hukuku-

* İstanbul Barosuna kayıtlı avukat

nun da ilgilendiren boyutunun bulunması nedeni söz konusu hukuk dallarındaki görüşlerden de faydalanılmıştır.

I- GÖÇMEN VE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI KAVRAMI

A. Göçmen Kavramı

Göçmen, sözlükte kendi ülkesinden ayrılarak yerleşmek için başka ülkeye giden (kimse, aile veya topluluk), muhacir olarak kabul edilen kimse şeklinde geçmektedir¹.

Yabancılar hukuku kapsamında, çeşitli nedenlerle bağlı bulunduğu ülkeyi terk ederek yerleşmek amacı ile başka bir ülkeye giden kişi göçmen olarak tanımlanmaktadır². Bununla beraber, İskan Kanununun³ 3/1-(d) maddesinde Türk soyundan ve Türk kültürüne bağlı olup yerleşmek amacı ile tek başına veya toplu halde Türkiye'ye gelip bu kanun gereğince kabul olunanlar, göçmen kabul edilmektedir.

B. Göçmen Kaçakçılığı Kavramı

Göçmen Kaçakçılığı kavramına, Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün⁴ tanımlar başlığını taşıyan 3. maddesinde yer verildiği görülmektedir. Buna göre göçmen kaçakçılığı “*doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sahibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini anlamına gelir.*”

765 sayılı Türk Ceza Kanununun 201/a maddesinde “*Doğrudan doğ-*

1 www.tdk.gov.tr (Çevrimiçi: 04.11.2013).

2 Aysel Çelikel, Günseli Öztekin Gelgel, **Yabancılar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 22.

3 R.G. 26.09.2006 T., 26301 S.

4 “United Nations Convention against Transnational Organized Crime; **Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime**” (Sözleşmelerin tam metni için bkz. <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf>) (Çevrimiçi: 29.10.2013) “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” ve “Sınırışan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol” olarak anılmıştır.

ruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye’ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.” şeklinde tanım öngörülümüştü.

5237 sayılı TCK kapsamında ise göçmen ve göçmen kaçakçılığı tanımları yer almamaktadır. Dolayısıyla, göçmen ve göçmen kaçakçılığı kavramlarından bahsedilir iken; yukarıda yer vermiş olduğumuz açıklamalardan yararlanılması mümkündür. Bununla beraber, ileride göreceğimiz üzere, bu suçun konusunu sadece göçmenler değil, mülteciler, sığınmacılar, vatansızlar gibi yabancılar oluşturmasına rağmen suç tipi bakımından “göçmen kaçakçılığı” başlığının tercih edildiği de göz ardı edilmemelidir.

II- 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

765 sayılı Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girdiği dönemde “Göçmen Kaçakçılığı” suçu açık bir şekilde düzenlenmemekteydi. Bu sebeple, 765 sayılı TCK döneminde bu tür eylemler örgütsel bir yapının varlığı göz önünde bulundurularak TCK’nın 313. maddesinde yer alan “Cürüm İşlemek İçin Teşekkül Oluşturmak”⁵ suçu kapsamında değerlendiril-

5 765 sayılı TCK m. 313 “(Değişik: 3756 - 6.6.1991) Her ne suretle olursa olsun cürüm işlemek için teşekkül oluşturanlara veya bu teşekküllere katılanlara bir yıldan iki yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Bu teşekkül balk arasında korku, endişe veya panik yaratmak veya siyasî veya sosyal bir görüşten kaynaklanan amaçla veya âmmenin selameti aleyhine cürümlerle kasden adam öldürmek veya yağma ve yol kesmek ve adam kaldırmak cürümlerini işlemek için meydana getirilmişse, verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar ağır haptistir.

Teşekkül mensupları dağlarda ve kırlarda veya genel yollarda veya meskün yerlerde içlerinden iki veya daha fazlası silahlı olarak dolaşır veya buluşma yerlerinde veya emin bir yerde silah saklarsa; birinci fıkradaki halde bir yıldan üç yıla, ikinci fıkradaki halde iki yıldan dört yıla kadar ağır hapis cezası verilir.

Teşekkülün yöneticileri bakımında yukarıdaki fıkralar uyarınca hükmedilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır.

Teşekkül mensuplarının teşekkülün amacına yönelik cürüm işlemleri halinde, verilecek cezaların toplamı en ağır cezayı gerektiren fiilin cezasının azamî haddini geçemez.

Bu maddede yazılı teşekkül, iki veya daha fazla kimsenin birlikte cürüm işlemek amacı etrafında birleşmesi ile oluşur.” şeklinde düzenlenmiştir.

mekteydi. Nitekim Yargıtay 8. Ceza Dairesi tarafından 07.12.2000 tarihinde “*Irak’lı olup Türkiye’ye gelen bazı kişilerin yasadışı yollardan başka ülkelere gitme amacıyla olduklarını öğrenen sanıklar; bir örgütlenme içerisinde bir araya gelip işbölümü yaparak, bu kişileri yurtdışına çıkarabileceklerine inandırarak onları kandırıp, her birinden önemli ölçüde para alarak bu işe elverişli olmayan teknelerle Ege Denizinden Yunan adalarına doğru yola çıkarıp müdabil hariç tümünün ölmelerine ve kaybolmalarına neden olmuşlardır. Olayda sanıkların amaç ve eylemleri birlikte değerlendirildiğinde TCK.nun 313. maddesinde tanımlanan suç oluşur.*” yönünde verilen karar⁶ o dönemde göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan eylemlerin cürüm için teşekkül oluşturmak kapsamında değerlendirildiğini göstermektedir.

03.08.2002 tarihli 4771 sayılı yasanın⁷ 2/B maddesi ile 765 sayılı TCK’ya 201/a maddesi eklenerek “Göçmen Kaçakçılığı” suçu düzenlenmişti. Kaldı ki, TBMM tarafından 30.01.2003 tarihinde 4800 sayılı ve 4803 sayılı kanun ile uygun bulunan⁸ “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi” nin ve “Sınır aşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’ne Ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol”ün, taraf devletlere düzenleme yapma yükümlülüğü getirdiği görülmektedir⁹.

TCK’ya getirilen 201/a maddesinde göçmen kaçakçılığına ilişkin olarak “*Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek amacıyla, yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatanısız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili merciler-*

6 Yar. 8. CD. 2000/20128 E., 2000/20516 K., 07.12.2000 T. (www.kazanci.com) (Çevrimiçi: 29.10.2013)

7 R.G. 09.08.2002 T., 2481 S.

8 R.G. 04.02.2003 T., 25014 S.

9 Sınır aşan örgütlü suçlara karşı BM sözleşmesinin birinci maddesinde sözleşmenin amacı sınır aşan örgütlü suçların önlenmesi ve daha etkili bir şekilde mücadele edilmesi için işbirliğini geliştirmek, şeklinde açıklanmaktadır. Sözleşme kapsamında taraf devletlere örgütlü suçlara ilişkin olarak yasal ve gerekli diğer önlemleri alma yükümlülüğü öngörülmüştür. Sınır aşan örgütlü suçlara karşı birleşmiş milletler sözleşmesine ek kara, deniz ve hava yoluyla göçmen kaçakçılığına karşı protokolün ikinci maddesinde ise protokolün amacı olarak göçmen kaçakçılığını önleme ve bununla mücadele etme; kaçak göçmenlerin haklarını korurken, Taraf Devletler arasında bu amaçla yapılan işbirliğini geliştirme gösterilmiştir. Bu protokol kapsamında da taraf devletlere, göçmen kaçakçılığı eylemlerinin kasten ve doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için gerçekleştirilmesi halinde, bu eylemlerin suç haline getirilmesine yönelik olarak, gerekli yasal ve diğer önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir.

ce izin verilmemiş bulunan kimselerin Türkiye'ye yasal olmayan yollardan girmelerini veya ülkede kalmalarını, bu kişilerin veya Türk vatandaşlarının yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkmalarını sağlamaya göçmen kaçakçılığı denilir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun faillerine veya böyle bir suça iştirak etmeksizin, daba önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenleri, maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollarla ülkeden çıkarılmalara, yasal koşullara uymaksızın ülkede kalmalarını olanaklı kılanlara, bu maksatla sahte kimlik veya seyahat belgelerini hazırlayanlara veya temin edenlere ya da bu suçlara teşebbüs edenlere, fiilleri başka bir suç oluştursa bile ayrıca iki yıldan beş yıla kadar ağır hapis ve bir milyar liradan az olmamak üzere ağır para cezası verilir; suçun işlenmesinde kullanılan taşıtlar ve bu fiil nedeniyle elde edilen maddi menfaatler müsadere edilir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı olan suçlar, kaçak göçmenlerin yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini tehlikeye soktuğu veya insanlık dışı veya onur kırıcı muamele biçimlerine tabi kılınmalarına neden olduğu hallerde faillere verilecek cezalar, yarısı oranında; ölüm meydana gelmiş ise bir kat artırılarak hükümlenir.

Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar örgütlü olarak işlendiğinde faillere verilecek cezalar bir kat artırılarak hükümlenir.” şeklinde düzenleme öngörmekteydi.

Söz konusu hüküm 765 sayılı TCK'da “Hürriyet Aleyhine İşlenen Cürümler” başlıklı 2. babın “İş ve Çalışma Hürriyeti Aleyhindeki Cürümler” ismini taşıyan 6. faslında yer almaktaydı.

Ancak, iş ve çalışma hürriyeti aleyhindeki suçlarla korunmak istenen hukuki yararın sanayi ve ticaret faaliyetlerinde çalışan kimselerin çalışma hürriyeti olduğu düşünüldüğünde; göçmen kaçakçılığı suçunda da sadece bu hukuki yararın korunmak istendiği söylenemeyeceği için, aşağıda yer vereceğimiz üzere, 5237 sayılı TCK kapsamında “Göçmen Kaçakçılığı” suçu, TCK'nın ikinci kitabının “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısmının, “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmiştir.

III- 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU DÖNEMİNDE GÖÇMEN KAÇAKÇILIĞI SUÇU

A. Kanuni Hüküm ve Genel Özellikler

5237 sayılı TCK kapsamında göçmen kaçakçılığı suçu, TCK'nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “Uluslararası Suçlar” başlıklı birinci kısmının “Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti” başlıklı ikinci bölümünde yer alan 79. maddede düzenlenmiştir.

Söz konusu maddenin 5237 sayılı TCK'daki ilk hali “(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır.

(3) Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” yönünde öngörülmüş; ancak 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹⁰ kapsamında getirilen değişiklikler çerçevesinde madde son halini almıştır.

Maddenin son hali ise “(1) Doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla, yasal olmayan yollardan;

a) Bir yabancıyı ülkeye sokan veya ülkede kalmasına imkan sağlayan,

b) Türk vatandaşı veya yabancının yurt dışına çıkmasına imkan sağlayan,

Kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır(**Ek cümle: 6008 - 22.7.2010 / m.6**) Suç, te-

10 R.G. 25.07.2010 T., 27652 S.

*sebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hük-
molunur.*

(2) **(Ek fıkra: 6008 - 22.7.2010 / m.6)** Suçun, mağdurların;

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,

hâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.

(3) *Bu suçun bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar yarı oranında artırılır. (*)*

(4) *Bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hük-
mölünür.*” şeklindedir.

“Göçmen Kaçaklığı” suçuna ilişkin 79. maddenin uluslararası suç-
lar kapsamında ve soykırım ile insanlığa karşı suçların hemen sonra-
sında düzenlendiği görülmektedir. Uluslararası suç kavramının, devlet-
ler hukukunca doğrudan doğruya şahsi ceza sorumluluğunu gerekti-
ren ve devletler hukukunun doğrudan ihlali dolayısıyla suç teşkil eden
fiilleri ifade etmesi karşısında, her ne kadar bu suç tipi uluslararası
belgelerde yer alsada, göçmen kaçaklığı suçunun uluslararası bir suç
olmadığı ve bu nedenle kanun sistematığında doğru yerde bulunmadığı
savunulmaktadır¹¹. Gerçekten de uluslararası ceza hukuku eserlerine
bakıldığında soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suç-
larının uluslararası suç olarak nitelendirildiği görülmektedir¹².

11 Koray Doğan, **Göçmen Kaçaklığı Suçu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s. 91; Önok,,
YTCK’da, sınıraşan suç olarak değerlendirilebilecek olan ve uluslararası literatürde “çekirdek
uluslararası suçlar”dan sayılmayan, insan ticareti ve göçmen kaçaklığı gibi iki suç tipine de ulus-
lararası suçlar arasında yer verildiğini belirtmektedir. Murat Önok, **Uluslararası Ceza Divanını
Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönün-
den Uyumuna Dair Rapor**, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği,
Ankara, y.y., t.y., s. 21 (Çevrimiçi) http://www.ihop.org.tr/dosya/UCM_rapor.pdf, 7 Ocak 2014

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Cherif Bassiouni, **International Criminal Law- Multilateral and
Bilateral Enforcement and Mechanisms**, Vol. II., Third Edition., Leiden, Martinus Nijhoff Pub-
lishers, 2008 (Çevrimiçi) [http://www.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=8puncZgnATAC&oi=fn
d&pg=PR4&dq=international+criminal+law&ots=XfF1aojnNW&sig=1rW5nN703BruVvzG7TqJ_
kOWR7M&redir_esc=y#v=onepage&q=international%20criminal%20law&f=false](http://www.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=8puncZgnATAC&oi=fn
d&pg=PR4&dq=international+criminal+law&ots=XfF1aojnNW&sig=1rW5nN703BruVvzG7TqJ_
kOWR7M&redir_esc=y#v=onepage&q=international%20criminal%20law&f=false), 5 Ocak 2014.

B. Korunan Hukuki Değer

Göçmen kaçakçılığı suçunun işlenmesi sebebi ile ülkeye yasal olmayan yollardan girerek yakalanan göçmenlerin geri dönüşünün diplomatik açılardan sorunlara yol açması; göçmen kaçakçılarının yasadışı fiillerinin devletin ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik yetkisine bir saldırı niteliğinde olması; yasadışı göç eden ve bu sebeple sınır dışı edilmeleri gereken göçmenlerin ülkede barındırılmasının, tekrar ülkelerine gönderilmelerinin devlet bütçesine belirli bir mali yük getirmesi ve göçmenlerin kaçak işçi olarak kullanımı sonucunda haksız rekabetin oluşması gibi kamuya ait değerler ihlal edilmektedir. Bunun yanı sıra, bu suç tipinin gerçekleştirilmesi ile genellikle çaresiz durumda olan göçmenlerin çeşitli yönlerden sömürülmesi sonucunda da kişiye ait değerlerin de çığnendiği söylenebilecektir¹³.

İşaret etmiş olduğumuz hususlar dikkate alındığında, göçmen kaçakçılığı suçunda korunan hukuki değerler karma nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla göçmenlerin malvarlığı, vücut bütünlükleri, onurları gibi kişiye ait; öte taraftan kamu ekonomisi, kamu düzeni ve güvenliği, uluslararası toplum düzeni gibi kamuya ait değerler suçla korunan hukuki değeri teşkil etmektedir¹⁴.

C. Maddi Unsur

1. Fiil

5237 sayılı TCK kapsamında göçmen kaçakçılığı suçunun maddi unsurunu oluşturan fiiller;

- Bir yabancıya yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması,
- Bir yabancıya yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması,
- Bir Türk ya da yabancıya yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanmasıdır.

13 Doğan, **a.g.e.**, s. 97-101.

14 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, 86; Mustafa Artuç, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", **Terazi Dergisi**, Aralık 2007, s. 55; Köksal Bayraktar, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", **Prof. Dr. Duygun Yarsuvat'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, No: 2, 2012, s. 61; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 81.

Suçun oluşumu bakımından, kanuni düzenlemede birden fazla harekete yer verilmiştir. Bu hareketlerden birinin yapılması suçun tamamlanması için yeterlidir. Yani yasal olmayan yollardan ülkeye soktuğu yabancıların ülkede kalmasına imkan sağlayan fail, daha sonra bu kişilerin yasadışı yollardan yurt dışına çıkmalarına da yardımcı olsa tek bir göçmen kaçakçılığı suçundan sorumlu olacaktır¹⁵, ancak TCK'nın 61. maddesi kapsamında cezanın alt ya da üst sınırdan verilmesine karar verilebilecektir.

Göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan fiillerin hangi şekilde gerçekleştirileceği hususunda bir özelleştirme yapılmadığı için suç, serbest hareketli bir suç niteliğindedir.

Artuk- Gökçen- Yenidünya'ya göre, suç tipi icrai nitelik taşımakla beraber ihmalî hareket ile de işlenebilmektedir. Örneğin pasaportsuz olarak ülkeye girmek isteyen yabancılara maddî menfaat sağlamak için müdahale etmeyen gümrük görevlilerinin ihmal sureti ile göçmen kaçakçılığı suçunu işlediği kabul edilecektir¹⁶.

Tezcan- Erdem- Önok'a göre ise, 5237 sayılı TCK sisteminde ihmalî hareketin yalnızca bazı suçlara özgü olarak cezalandırılacağı belirtilmesi nedeni ile, göçmen kaçakçılığı suçu yalnızca icrai hareket ile işlenebilmektedir. Bununla beraber icrai bir suça ihmalî hareketle iştirak edilmesinin mümkün olması nedeni ile göçmenlerin yasadışı yollardan ülkeye girişi yapmalarına menfaat karşılığı göz yuman gümrük görevlilerinin bu suça yardım eden olarak cezalandırılmaları mümkündür¹⁷.

Ancak, bilindiği üzere, kişi belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunuyor ise; esasen icrai bir davranış ile işlenebilen bir suçun neticesinin oluşumuna kendisi neden olmasa bile, bunun oluşumunu engellemezse görünüşte ihmalî suçun oluştuğu kabul edilmektedir¹⁸. Bu durumda da pasaportsuz olarak ülkeye girmek isteyen yabancılara, maddî menfaat sağlamak

15 Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, "Göçmen Kaçakçılığı Suçu", **TBB Dergisi**, No: 82, 2009, s. 46.

16 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 81.

17 Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 89; Aynı yönde görüş için bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 120.

18 İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 218.

için müdahale etmeyen gümrük görevlisinin, yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeni ile göçmen kaçakçılığı suçunu işlediği sonucuna varılabilir.

a. Bir Yabancıyı Yasal Olmayan Yollardan Ülkeye Sokmak

TCK'nın 79/1- a maddesinde, “bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokan” kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

Bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak sureti ile göçmen kaçakçılığı suçunun işlenebileceğine ilişkin açıklamada bulunmadan önce, kimi kavramların izah edilmesinde fayda bulunmaktadır.

Bu kapsamda ilk olarak (a) bendi içerisinde geçen “yabancı” kavramından bahsedilmesi gerekmektedir. Yabancılar hukuku kapsamında, yabancı kişinin tarifinin vatandaşın kim olduğunun tespitine bağlı olarak yapıldığı görülmektedir. Bu itibarla devletler hukuku enstitüsüne göre, “*bir devletin ülkesinde bulunan ve o devletin vatandaşlığına iddiaya hakkı olmayan kimse*” yabancı olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Dolayısıyla yabancı, bir başka devletten olabildiği gibi, vatansız ya da mülteci de olabilmektedir²⁰.

765 sayılı TCK döneminde ise, yabancı kavramı yerine, “*yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunan veya vatansız olan veya Türkiye’de sürekli olarak oturmasına yetkili mercilerce izin verilmemiş bulunan kimse*ler” ifadesi kullanıldığı görülmektedir.

İzah edilmesi gereken bir diğer kavramı ise “ülke” teşkil etmektedir. Gerek iç hukuk gerek uluslararası hukukta yerleşmiş görüşe göre, bir devlet ülkesi, devlete ait kara, deniz ve hava bölümlerinden oluşmaktadır²¹.

Kara ülkesi toprak, toprağın altı, nehirler ve gölleri; deniz ülkesi denize kıyısı olan devletlerin iç sularını ve karasularını; hava ülkesi ise kara ülkesi ve deniz ülkesi tanımlarında adı geçen yerlerin üstündeki atmosfer tabakasını kapsamaktadır²².

19 Aktaran Çelikel, Gelgel, **a.g.e.**, s.17.

20 **A.g.e.**, s. 18, Çelikel, yabancı kişileri yabancı gerçek ve tüzel kişiler olmak üzere ikiye ayırmakta, yabancı gerçek kişileri vatansızlar, mülteciler, göçmenler ve azınlıklar; yabancı tüzel kişileri de yabancı ortaklıklar ile dernek ve vakıflar şeklinde kendi içerisinde ayırma tabi tutarak incelemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikel, Gelgel, a.g.e., 18-29.

21 Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 4. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s. 143

22 Pazarıcı, **A.g.e.**

Gerçek anlamda ülkeyi yukarıda açıkladığımız şekildeki kara, deniz ve hava sahaları oluştururken; farazi anlamda ülkeyi ise açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında bulunan deniz ve hava araçları, deniz ve hava savaş araçları, kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgelerde tesis edilmiş sabit platformlar oluşturmaktadır²³.

Bir görüşe göre, göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında ülke kavramından anlaşılması gereken gerçek anlamda ülke iken²⁴; bir başka görüşe göre ise farazi anlamda ülkede de göçmen kaçakçılığı suçunun gerçekleştirilmesi mümkündür²⁵.

Kanaatimizce de söz konusu suç tipi bakımından gerçek anlamda ülkenin esas alınması gerekmektedir. Aksi görüş, fiilin değerlendirilmesinde zorluklara yol açacaktır.

Ülke ve yabancı kavramlarını kısaca izah ettikten sonra, “bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak” fiiline değinecek olursak; bu seçimler hareketin konusunu, daha sonra da açıklayacağımız üzere, yabancının oluşturduğu açıktır. Bir diğer deyişle vatandaşın yasal olmayan yollardan ülkeye sokulması fiili göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmamaktadır²⁶. Vatandaşların yasadışı yollardan ülkeye sokulması halinde ancak Pasaport Kanununun ilgili hükümleri²⁷ uygulanacaktır.

23 TCK'nın 8/2- (b), (c) ve (d) bentlerinde suçun “b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla, c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla, d) Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı” işlenmesi halinde Türkiye'de işlenmiş sayılacağı belirtilerek, bir nevi farazi ülkeye ilişkin düzenlemeye getirilmiştir.

24 Doğan, **a.g.e.**, s. 122, Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s. 82 Bu hususta Doğan, göçmen kaçakçılığı suçunda ancak gerçek ülke sınırlarının geçilmesi ile suçun tamamlanacağı belirtmekte, dolayısıyla Türk bayrağını taşıyan bir gemiye göçmenlerin açık denizde başka bir gemiden nakli halinde suçun tamamlanamayacağını kabul etmektedir. Artuk- Gökçen- Yenidünya da Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik yetkilerine sahip olduğu yeryüzü parçasının ülke olduğunu ifade etmektedir.

25 Bayraktar, **a.g.e.**, s. 66.

26 “Yurt dışına çıkış için gerekli olan pasaportu bulunan ancak gideceği ülkeye giriş iznini içeren vizesi bulunmayan oğlu için vize almak isteyen müdabiliden vize işlemlerini yaptıracağı vadediyle para temin eden ve bu para karşılığı sabte vize düzenlenmesini sağlayan hükümlünün, kendisine bir yarar sağlamak amacıyla müdabili bileli davranışlarla aldatmak biçiminde gerçekleşen bu eyleminin 1.6.2005 günü yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun 157. maddesinde tanımlanan dolandırıcılık suçunu oluşturduğu; pasaportu bulunması nedeniyle yurt dışına çıkmasına bir engeli olmayan müdabilin oğluna sabte vize temin etmesinin “... yasal olmayan yollardan... Türk Vatandaşının yurt dışına çıkmasına imkan sağlamak...” biçimde, anılan Yasanın 79. maddesinde tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulması” bozmayı gerektirmiştir. Bkz. Yar. 8. CD, 2006/5015 E., 2006/7633 K., 18.10.2006 T. kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 30.10.2013.

27 Pasaport Kanunu m. 34'e göre “Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz ola-

Fiilin içerisinde geçen “ülkeye sokmak” ifadesinden ise, suçun konusunu oluşturan yabancıların failin refakatinde sınırlardan geçirilerek Türk ülkesine dahil edilmesinin anlaşılmasının gerektiği belirtilmektedir²⁸.

Ancak, doktrinde, “ülkeye sokmak” ifadesinin yerine Göçmen Kaçakçılığına Karşı Ek Protokolde yer alan “yasadışı girişin temini”²⁹ ifadesinin kullanımının daha doğru olduğu savunulmaktadır³⁰. Doğan, göçmen kaçakçısının neticenin gerçekleştiği anda olayın meydana geldiği yerde bulunmasının zorunlu olmadığını ifade etmektedir³¹.

Nitekim, Yargıtay 8. Ceza Dairesi 01.11.2004 tarihinde “*Meriç Nebri'nin ve yol güzergabının durumu hakkında diğer sanıklara bilgi verdikleri, göçmenleri taşıyan araçların geçişinden önce yolu kontrol ettikleri ve göçmenleri sınırdan geçiren kılavuz tabir edilen kişileri dönüşlerinde İstanbul veya Keşan'a götürdükleri, sanık Ü.G'nin de, göçmenlerin içine binerek gizlenip sınırı geçmeleri için maddi menfaat karşılığı tır temin ettiği, yine İpsala'ya taşımaları için araç bulunmasına yardım ettiği anlaşılmış bulunmasına göre; kanıtlanan eylemleri TCK'nın 201/a/2. madde ve fıkrasında tanımlanan göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturduğu halde, suç nitelendirmesinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde TCK'nın 313. maddesinden hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.*” yönünde vermiş olduğu karar ile, yasadışı girişin temini fiilini göçmen kaçakçılığı suçu kapsamında değerlendirmiştir³².

Kanaatimizce, bir yabancıya maddi menfaat karşılığında yasal olmayan yollardan giriş yapması için yol gösterilmesi ve araç temin edilmesi durumunda, bu fiillerin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğu yönündeki ayrıma dikkat edilmeli ve icra hareketi olması

rak girmiş olan 'vatandaşlara' bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir.”

28 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 82.

29 Ek Protokol'ün tanımlar başlığını taşıyan m. 3/1-(a)'ya göre “ ‘Göçmen kaçakçılığı’, doğrudan veya dolaylı olarak, mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek için, bir kişinin vatandaşlığını taşımadığı veya daimi ikametgah sabibi olmadığı bir Taraf Devlete yasadışı girişinin temini anlamına gelir.”

30 Doğan, **a.g.e.**, s. 123, Artuk, Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s. 82.

31 Doğan, **a.g.e.**, s. 123.

32 Yar. 8. CD. 2004/7796 E., 2004/8304 K., 01.11.2004 T. Aktaran, Kemalettin Erel, “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu, **TBB Dergisi**, No: 71, 2006., s. 278, dp 44.

halinde fail yabancıya refakat etmese dahi, göçmen kaçakçılığı suçunun işlediği kabul edilmelidir.

Bunun yanı sıra, suçun oluşumu için ülkeye sokmak fiilinin yasal olmayan yollardan³³ gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ülkeye sınır kapılarının dışından girmek, sahte belge kullanmak, yetkili kamu görevlilerini hata, tehdit, cebir, hile gibi vasıtalarla aldatmak şeklindeki hareketler yasal olmayan yol kabul edilmektedir³⁴.

Ülkeye girişin mevzuata uygun olması halinde ise, göçmen kaçakçılığı suçundan bahsedilemeyecektir. Nitekim, 5682 sayılı Pasaport Kanununa göre, ülkeye girişin yasal olabilmesi için, daha önceden belirlenmiş yasal kapıların kullanımı (m. 1)³⁵, pasaport veya pasaport yerine geçen bir belgenin gösterilmesi (m. 2)³⁶ gerekmektedir.

“Bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak” fiili bakımından suç yabancıya ülkeye girmesi ile tamamlanmaktadır. Dolayısıyla suç bu fiil bakımından ani suçtur³⁷.

33 Ek Protokol m. 3/1- b'de “*Yasadışı giriş; giriş yapılan devletin yasal giriş için gerekli şartlarına uymaksızın, sınırı geçmek anlamına gelir.*” şeklinde tanıma yer verilerek, taraf devletlerin yasal girişlere ilişkin düzenlemeyi kendi mevzuatlarına göre düzenlemeleri öngörülmüştür.

34 Bayraktar, **a.g.e.**, s. 65

35 Pasaport Kanunu m. 1'e göre “*GİRİŞ-ÇIKIŞ KAPILARI*

MADDE 1 - (Değişik: 3073 - 7.11.1984) Türk vatandaşları ve yabancılar İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca tayin olunan yolcu giriş-çıkış kapılarından Türkiye'ye girip çıkabilirler.

Gümrük kapılarının açılışında İçişleri Bakanlığının görüşü alınır.”

36 Pasaport Kanunu m.2'ye göre “*PASAPORT VEYA PASAPORT YERİNE GEÇERLİ VESİKA ZORUNLUĞU*

MADDE 2 - (Değişik: 3073 - 7.11.1984) Türk vatandaşları ile yabancılar Türkiye'ye girebilmek ve Türkiye'den çıkabilmek için yolcu giriş-çıkış kapılarındaki polis makamlarına usulüne uygun ve muteber pasaport veya pasaport yerine geçerli bir vesika ibraz etmeye mecburdurlar.

(*) Bu kanunun harçlara ilişkin hükümleri 25.2.1952 tarih ve 5887 sayılı (HARÇLAR KANUNU) nun 126. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Bu kanunda yer alan harç ve resimler için 492 sayılı (HARÇLAR KANUNU) nun pasaportla ilgili hükümleri uygulanır.

Gümrük ve diğer işlemlerin yapılabilmesi için polis makamlarınca giriş veya çıkış işlemlerinin bitirilmesi şarttır.

Kanunlar ve milletlerarası anlaşmalarla tespit edilenlerden başka, Türk vatandaşları ile yabancılar için, ne gibi belgelerin pasaport yerine geçerli kabul edilebileceği hususunda İçişleri ve Dışişleri bakanlıkları müştereken karar almaya yetkilidirler.”

37 Yeni TCK'ya hakim olan suç teorisinde, neticenin süreklilik arz etmesinin mütemadi suç oluşturacağı yönündeki görüş terk edilmiş olup; fiilin icrasının süreklilik arz ettiği görüşlere mütemadi suç olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple ani suç ve mütemadi suç kavramları fiil bölümünde incelenmektedir. Bkz. Özgenç, **a.g.e.**, s. 176.

b. Bir Yabancıнын Yasal Olmayan Yollardan Ülkede Kalmasına İmkan Sağlanması

5237 sayılı TCK'nın 79/1- (a) maddesinde yasal olmayan yollardan bir yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlamak cezalandırılan hareketler arasında sayılmıştır. Bu seçimlerlik hareketin konusunu da yabancılar oluşturmaktadır. Zira, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan kimseleerin Türkiye'de ikamet etmeleri herhangi bir izne bağılı değildir.

Yabancıların ülkede ikamet etmelerine dair temel kurallar 5683 sayılı Yabancıların İkamet ve Seyahatleri Hakkındaki Kanunda yer almakta olup; bunun yanı sıra 442 sayılı Köy Kanunu ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanununda yabancıların ikametlerine ilişkin de düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu kanunlara aykırı olarak ülkede kalan yabancıların durumu ise yasal değildir.

Yabancıların ülkede ikamet etmelerine yönelik hükümlerden yola çıktığımızda, usulüne uygun olarak ülkeye girmeyen yabancıların ülkede kalmaları için yapılan suça elverişli her eylem ülkede kalmaya imkan sağlama fiilini teşkil etmektedir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK kapsamında, ülkede kalmasına imkan sağlanan kişilerin ülkeye yasadışı yollardan girmeleri şartı aranmamıştır. Bu nedenle ülkeye mevzuata uygun olarak girmiş yabancıların, ülkede kalması için gerekli izinlerin alınmaması, çalışma veya ikamet tezkeresi bulunmaması sebebiyle sınır dışı edilmelerini önlemek yönündeki hareketler imkan sağlama fiilini oluşturur³⁸.

Bunun yanı sıra “Yabancıнын yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlamak” fiili bakımından suç mütemadi niteliktedir. Çünkü, yabancıнын ülkede kalmasına imkan sağlanması ile suçun icrası yabancıнын ülkede kaldığı sürece devam etmekte olup; temadi ise yabancıнын ülkede kalmaya imkan bulamaması ile sona ermektedir. Bununla beraber söz konusu suçun oluşumu için, fiilin en azından temadi oluşturacak, suç tipini ihlale yeterli bir ağırlığa ulaşması ve belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir³⁹.

38 Artuç, a.g.e., s. 58. Bu fiil Ek Protokol m. 6/1-(c)'de “İlgili devletin vatandaşı olmayan veya o devlette daimi ikametgahı bulunmayan bir kişinin, anılan devlette yasal olarak kalmak için gerekli şartlara uymaksızın orada kalmasına, yasadışı yollarla imkan sağlamak” şeklinde belirlenmiştir.

39 Artuk, Gökçen, Yenidünya, a.g.e., s. 84.

Nitekim, bu husus Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 02.04.2007 tarihli kararında belirtilmiş ve söz konusu karar kapsamında “*Sanığın, İstanbul’da çalışmak amacıyla yasadışı yollardan Türkiye’ye girmiş yabancı uyruklu göçmenleri evinde birkaç gece barındırması şeklindeki eyleminin, göçmenlerin nihai amacı ve sanığın evinde kalış süreleri de dikkate alındığında, ülkede kalmalarına imkan sağlamaya teşebbüs aşamasında kaldığı gözetilmeden suçun tamamlandığı kabul edilerek sanık hakkında fazla ceza tayini*” göçmen kaçakçılığı suçunun işlendiği yönünde verilen hükmün bozulmasına yol açmıştır⁴⁰.

c. Türk Vatandaşı veya Yabancı Yasal Olmayan Yollardan Yurt Dışına Çıkmasına İmkan Sağlamak

TCK'nın 79/1- (b) maddesine göre, Türk vatandaşı veya yabancı yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlanması göçmen kaçakçılığı suçunun seçicilik hareketlerinden bir diğerini teşkil etmektedir.

765 sayılı TCK döneminde, daha önce ülkeye sokulmuş veya girmiş kaçak göçmenlerin yasal olmayan yollardan ülke dışına çıkarılması göçmen kaçakçılığı suçunu oluştururken; 5237 sayılı TCK’da bu ayırım terk edilerek Türk vatandaşının ve mevzuata uygun bir şekilde ülkeye girmiş olan yabancı da suçun konusu olabileceği kabul edilmiştir.

Suçun konusu olan kişinin, Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından başka bir ülkenin egemenliği altındaki coğrafi alana girmesi “ülke dışına çıkmak” olarak kabul edilmektedir⁴¹. Bu itibarla, bir Türk veya yabancı, Pasaport Kanununa göre, çıkış belgesine sahip olmadan ya da ülkeden çıkış için kurulmuş olan kapıları kullanmadan ülke dışına çıkış imkanı sağlanması göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturacaktır⁴².

Bunun yanı sıra, Pasaport Kanununun 22. maddesinde yurt dışına çıkmaları, mahkemeler tarafından yasaklananlara, memleketten ayrılmalarında genel güvenlik bakımından mahzur bulunduğu İçişleri Bakanlığı tarafından tespit edilen kimselere pasaport ya da seyahat vesikası veri-

40 Yar. 8. CD. 2007/5743 E., 2007/2640 K., 02.04.2007 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 31 Ekim 2013.

41 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.**, s. 85.

42 Yenidünya, Alşahin, **a.g.e.**, s. 52.

lemeyeceği ve bu şekilde bu kişilerin yurtdışına çıkamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca, CMK'nın 109. maddesinde, şüpheli veya sanık hakkında yurt dışına çıkış yasağı konulabileceğine dair hüküm bulunmaktadır. İşte gerek Pasaport Kanununun 22. maddesine gerek CMK'nın 109. maddesine göre yurt dışına çıkış yapmaları engellenmiş kişilerin, yurtdışına çıkmaları için imkan sağlanması da göçmen kaçaklığı suçunu oluşturmaktadır⁴³.

Bayraktar, göçmen kaçaklığı suçunun son seçimlik hareketini teşkil eden Türk vatandaşı veya yabancıya yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkmasına imkan sağlama fiilinin, yurt dışına çıkmaya imkan sağlamak, yurda sokmak gibi yurttan çıkarmak şeklinde anlaşılırsa bu durumda ani suçun; ülkede kalmaya imkan sağlayıcı hareketlerin bütünü gibi anlaşılırsa mütemadi suçun kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve “yurt dışına çıkmaya imkan sağlamak” şeklindeki yan cümlecğin, ülkeye sokmanın karşıt kavramı olarak, yani kısaca ülkeden çıkarmak olarak anlamak gerektiğini ifade etmiştir⁴⁴.

Doğan da, bu seçimlik hareket bakımından Türk vatandaşının ya da yabancıya yurt dışına çıkmasının yani sınırı geçmesinin gerekli olmadığına, önemli olanın yurt dışına çıkmasına imkan sağlayıcı hareketlerin yapılması olduğuna işaret etmekte ve bu seçimlik hareket bakımından suçun ani suç olduğu sonucuna varmaktadır⁴⁵.

Madde lafzında bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak fiilinde olduğu gibi, “Türk vatandaşı veya yabancıya yasal olmayan yollardan yurt dışına çıkarmak” şeklinde bir düzenlemenin yer almadığı görülmektedir. Düzenleme yabancıya yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanması fiilinde olduğu gibi, “imkan sağlamak” şeklinde öngörülmüştür. Bu nedenle “imkan sağlamak” kavramı dikkate alınarak bu fiil bakımından suçun mütemadi nitelikte olduğu bir an için düşünülebilir ve tereddütlere yol açabilir. Bu nedenle, “yurtdışına yasadışı çıkışın temini” şeklinde bir ifade kullanılarak çözümlenmeye gidilmesi daha doğru olacaktır.

Kanaatimizce, bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak suçunda olduğu gibi, bir yabancıya ya da Türk vatandaşına maddi

43 **A.g.e.**

44 Bayraktar, **a.g.e.**, s. 67

45 Doğan, **a.g.e.**, s.136.

menfaat karşılığında yasal olmayan yollardan ülkeden çıkış yapması için yol gösterilmesi ve araç temin edilmesi durumunda, bu fiillerin hazırlık hareketi mi yoksa icra hareketi mi olduğu yönündeki ayrıma dikkat edilmeli ve icra hareketi olması halinde fail yabancıya ya da Türk Vatandaşına refakat etmese dahi, göçmen kaçakçılığı suçunun işlediği kabul edilmelidir. Ancak, burada şu hususa dikkat edilmelidir ki, bir yabancıyı yasal olmayan yollardan ülkeye sokmak fiilinin tamamlanması için yabancının ülkeye giriş yapmasını sağlamak gerekmekte iken; yabancı ya da Türk vatandaşının yasal olmayan yollardan yurtdışına çıkışını imkan sağlamak fiilinin tamamlanması için söz konusu kişilerin yurtdışına çıkış yapması gerekmemektedir.

2. Fail

TCK'nın 79. maddesinde faili belirtmek amacı ile "kişi" ifadesi kullanılmış ve belirli kişilerin bu suçu işleyebileceklerinden bahsedilmemiştir. Bu nedenle göçmen kaçakçılığı suçu herkes tarafından işlenebilen bir suçtur. Suç bir Türk tarafından ya da yabancı tarafından işlenebilir.

Ancak bu suçun kamu görevlisi tarafından, görevi nedeni ile kendisine verilmiş araçlarla işlenmesi hali TCK'nın 266. maddesi kapsamında daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlenmiştir⁴⁶.

Bunun yanı sıra TCK'nın 79/4. maddesi kapsamında, suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda tüzel kişiye ilişkin güvenlik tedbirine hükmolunacağı öngörülmüştür

3. Suçun Konusu

Göçmen kaçakçılığı suçunda yasal olmayan yollardan ülkeye sokulan yabancı, yasal olmayan yollardan ülkede kalmasına imkan sağlanan yabancı, yurt dışına çıkmasına yasal olmayan yollardan imkan sağlanan yabancı ya da Türk vatandaşı suçun konusunu teşkil etmektedir. Bunun yanı sıra, suçun konusu konumunda olan yabancı ya da Türk vatandaşlarının malvarlığı değerlerinin de suçun konusunu oluşturduğu savunulmaktadır⁴⁷.

46 TCK m. 266'ya göre "Görevi gereği olarak elinde bulundurduğu araç ve gereçleri bir suçun işlenmesi sırasında kullanan kamu görevlisi hakkında, ilgili suçun tanımında kamu görevlisi sıfatı esasen göz önünde bulundurulmamış ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır"

47 Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 86; Doğan, **a.g.e.**, s. 102.

Her ne kadar suç başlığı olarak ‐Göçmen kaçakçılığı‐ kavramı kullanılmış olsa da, madde lafzında da yer aldığı üzere suçun konusunu yabancılar ve fiile göre Türk vatandaşları oluşturmaktadır. Daha önce de bahsetmiş olduğumuz gibi, göçmen kaçakçılığı suçunun maddi konusunu oluşturan kişiler yabancılar hukuku bağlamında göçmen, sığınmacı, vatansız statüsünde de olabilmektedir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan yabancıların TCK'nın 79. maddesi kapsamında cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Nitekim, Ek Protokolün 5. maddesinde⁴⁸ de bu husus belirtilerek, göçmen kaçakçılığı eylemlerinin konusunu oluşturan göçmenlerin cezai kovuşturmayaya tabi tutulamayacağı belirtilmiştir.

Bununla beraber uygulamaya bakıldığında, söz konusu kişilerin Pasaport Kanunu hükümleri çerçevesinde sorumluluklarına gidildiğine dair kararlara rastlanmaktadır. Zira, Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 01.07.2010 tarihli kararında ‐İbbar üzerine T. Karayolunun 13. Kilometresinde sabil şeridinde kimliksiz ve pasaportsuz yakalanan sanıkların Türkiye'den Avrupa ülkelerine götürülmek üzere araçlara bindirilip Yunanistan'a getirildiklerinden bahisle T.'da indirilmeleri olayında göçmen kaçakçılığı suçunun mağdurları ise de; pasaport veya pasaport yerine geçen geçerli bir belgeleri olmadan yasadışı yollardan Türkiye'ye giriş yapmak suçundan açılan davada göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru olarak kabul edilemeyecekleri gözetilerek sanıkların savunmaları alınıp deliller toplandıktan sonra hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sanıkların savunmaları alınmadan beraatlarına karar verilmesi‐ yasaya aykırı bulunmuştur⁴⁹.

Aslında, yukarıda yer vermiş olduğumuz karar Pasaport Kanununun 34. maddesinin ilk halinin yürürlükte olduğu dönemde verilmiş bir karardır. Pasaport Kanununun 34. maddesinin ilk halinde ‐Türkiye Cumbu-

48 Ek Protokol m. 6'ya göre ‐Göçmenler, bu Protokol'un 6. maddesinde öngörülen eylemlerin konusu olmaktan dolayı bu Protokol'e göre, cezai kovuşturmayaya tabi tutulmayacaklardır.‐

49 Yar. 7. CD. 2008/9540 E., 2010/10830 K., 01.07.2010 T. Aynı yönde Karar için bkz. ‐Olay tarihinde Koyunbaba mevkiinde yurtdışına çıkış yapacağı belirlenen yabancı uyruklu 40 kişinin yakalandığı ve bu şahıslar hakkında 5682 Sayılı Pasaport Kanununa Mubalefet suçundan işlem yapıldığının anlaşılması karşısında, yabancı uyruklu şahıslar hakkında açılan dava dosyasının getirilerek delillerin birlikte değerlendirilmesiyle sanığın hukuki durumunun buna göre tayin edilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması‐ (Yar. 8. CD. 2005/2513 E., 2005/12505 K., 22.12.2005 T.) (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 3 Kasım 2013.

riyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girebilmiş olan vatandaşlar ve yabancılar 250 Liradan 1250 Liraya kadar ağır para veya 1 aydan 6 aya kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılır. Bu gibilerden yabancı olanlar cezalarını çektikten sonra sınır dışı edilirler.” şeklinde hüküm öngörülmüştü. 6217 sayılı “Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile birlikte 31.03.2011 tarihinde 34. maddede değişikliğe gidilerek, hüküm “*Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan vatandaşlar ve yabancılara bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir. Bunlardan yabancı olanlar sınır dışı edilirler.*” yönünde düzenlenmişti⁵⁰. 28.03.2013 tarihinde, 6458 sayılı “Yabancıların Korunması Kanunu” çerçevesinde değişiklik yapılarak madde “*Türkiye Cumhuriyeti sınırlarından her nasılsa pasaportsuz olarak girmiş olan “vatandaşlara” bin Türk Lirasından üçbin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*” şeklinde son halini aldı ve 6458 sayılı kanunun yürürlüğe ilişkin maddesinde bu maddenin yayım tarihinden bir yıl sonra yani 11.04.2014 tarihinden itibaren yürürlüğe gireceği belirtildi⁵¹. Bununla beraber, madde lafzında sadece “vatandaşlara” ibaresinin kullanımı nedeni ile, yabancıların ülkeye pasaportsuz girişinde ne şekilde bir yaptırım uygulanacağı açık değildir. Dolayısıyla, yabancıların ülkeye pasaportsuz olarak giriş yapmaları durumunda ne şekilde sorumluluğuna gidileceğine dair yeni bir düzenlemenin yapılması da gerekmektedir.

4. Mağdur

“Göçmen Kaçakçılığı” suçunun mağduru bakımından doktrinde farklı görüşler yer almaktadır.

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, suç ile korunmak istenen asıl hukuki yararın, kamu düzeni, devletin güvenliği olması dolayısıyla suçun mağdurunun toplumu oluşturan bireyler olduğu ileri sürülmekte olup⁵²; suçun uluslararası suçlar kısmında düzenlenmesi sebebi ile uluslararası toplum ve onu oluşturan devletlerin suçun gerçek mağduru olduğu savunulmaktadır⁵³.

50 RG. 14.04.2011 T., 27905 S.

51 RG. 11.04.2013 T., 28615 S.

52 Artuk- Gökçen- Yenidünya, **a.g.e.**, s. 87.

53 Doğan, **a.g.e.**, s. 115.

Bir kısım yazarlar tarafından ise; yabancıların yasadışı olarak ülkeye sokulmaları veya ülkede kalmasının sağlanması fiili bakımından yabancıların; yabancıların veya Türk Vatandaşlarının yurt dışına çıkmalarının sağlanması bakımından ise hem yabancıların hem de Türk vatandaşlarının suçun mağduru olabileceği belirtilmiştir⁵⁴.

Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.04.2006 tarihli kararı kapsamında ise “*Sosyal olarak suçtan zarar gören durumunda bulunan göçmenlerin göçmen kaçakçılığı suçunun yasal mağduru durumunda bulunmayıp suçun konusu oldukları, suçun yasal mağdurunun uluslararası toplum olduğu*” ifade edilmiştir⁵⁵.

Bununla beraber yukarıda göçmen kaçakçılığı suçunun konusunu oluşturan yabancıların ancak Pasaport Kanunu hükümleri uyarınca sorumluluklarına gidilebileceğine dair örnek verdiğimiz Yargıtay 7. Ceza Dairesinin 01.07.2010 tarih ve 2008/9540 E., 2010/10830 K. sayılı kararında suçun mağduru olarak yabancılar gösterilmektedir.

TCK'nın 79. maddesinin gerekçesine bakıldığında da, “... *Kaldı ki, bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır*” şeklinde ifadeye rastlanılmaktadır. Aynı zamanda, 22.07.2010 tarihinde maddenin ikinci fıkrasına getirilen “*suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde verilecek cezada artırım öngören*” düzenlemede de “mağdur” kavramına yer verildiği görülmektedir.

Şu halde, gerek doktrinde gerek Yargıtay kararlarında göçmen kaçakçılığı suçunun mağduru bakımından bir görüş birliği mevcut değildir. Hatta maddenin düzenlendiği yer, düzenleniş şekli ve gerekçe içerisinde yer alan ifadeler dahi suçun mağduruna dair tam bir belirlemeye gidememektedir.

Ancak şu hususa işaret etmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçu “Uluslar arası suçlar” kapsamında düzenlenmektedir. Düzenlendiği yer itibarıyla, suçla korunan hukuki değer dikkate alındığında suçun mağ-

54 Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bs. Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 110; Artuç, **a.g.e.**, s. 56; Tezcan, Erdem, Önok, **a.g.e.**, s. 87.

55 Yar. 8. CD. 2006/2028 E., 2006/3617 K. 25.04.2006 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 31.10.2013.

durunun uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler ile bu yapıları oluşturan bireyler olduğundan bahsedilebilir.

Madde lafzına baktığımızda seçimlik hareketler bakımından suçunun konusunu “yabancıların” ya da “Türk vatandaşlarının” oluşturduğu görülmektedir. Her ne kadar gerekçede “*Bu suçta asıl mağdurlar, çaresizlik ve yoksullukları nedeniyle kendilerine bir ekmek kapısı açmak için çırpınan insanlardır*” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olsa da, suçun konusunu oluşturan söz konusu kişiler sadece zor durumda kalıp ülkelerini terk eden, başka ülkeye geçiş yapan şahıslar değildir. Elbette göçmen kaçaklığı suçunun konusu oluşturan şahısların zor hayat şartları içerisinde olduğu yadsınamaz, bununla beraber zor hayat şartları haricindeki sebepler ile de söz konusu kişilerin suçun konusunu oluşturmaları mümkündür. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan “*suçun, mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması, onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde verilecek cezada artırım öngören*” hükmünde kullanılan “mağdur” ibaresi de bu durumu değiştirmeyecektir. Hatta, mağdurların yerine suçun konusunu oluşturan “yabancıların veya Türk vatandaşlarının” şeklinde bir ibarenin kullanılması da daha uygun olacaktır.

Kaldı ki, suçun konusunu oluşturan şahısların hayatları bakımından bir tehlikenin oluşması ya da onur kırıcı muameleye maruz kalmaları halinde, somut olaya göre, “kasten öldürme”, “kasten yaralama”, “işkence”, “eziyet” gibi suç tipleri gündeme gelebilecek ve suçun konusunu oluşturan kişilerin mağdur konumunda değerlendirilmesi mümkün olacaktır.

Bu itibarla, kanaatimizce suçun mağdurunu yabancılar ya da Türk vatandaşları değil; uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler ile bu yapılar içerisinde yer alan bireyler oluşturmaktadır.

Tartışma yaratan bu durum ise, ileride açıklayacağımız üzere, zincirleme suç bakımından çeşitli sorunlara da yol açabilecek niteliktedir.

5. Nitelikli Haller

22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile, TCK'nın 79/2. maddesine “*Suçun, mağdurların;*

a) Hayatı bakımından bir tehlike oluşturması,

b) Onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi,

bâlinde, verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar artırılır.” hükmü⁵⁶ getirilerek, göçmen kaçakçılığı suçunun, göçmen kaçakçılığı suçu mağdurlarının hayatı bakımından bir tehlike oluşturması halinde, verilecek cezanın yarısından üçte ikisine kadar arttırılacağı öngörülmüştür.

Gerekçede de, belirtildiği üzere, hükmün getirilmesi ile kaçak göçmenlerin kamyon kasalarında havasız olarak veya küçük kayıklarda kalabalık şekilde taşınması sırasında hayati tehlike oluşması veya ölümün gerçekleşmesi halinde verilecek cezanın arttırılması sağlanmıştır.

Burada şu hususun da ayrıca ifade edilmesi gerekir ki, söz konusu hüküm, yabancıların hayatı bakımından bir tehlike oluşturulması halini, yani özellikle tehlikeleri yaptırıma bağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, mağdurların taşınmaları ya da ölmeleri durumunda, artık tehlikeden değil, zarardan söz edileceği için, bu durumda failer göçmen kaçakçılığı suçunun yanı sıra TCK'da düzenlenen ilgili maddeler kapsamında da sorumlu tutulacaktır.

TCK'nın 79/3. maddesi gereği bir diğer nitelikli hali oluşturan durum ise, “Suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi” dir. Bu halde ise, verilecek cezanın yarı oranında arttırılacağı belirtilmiştir.

Bu kısımda örgüte de kısaca değinmek gerekirse ilk olarak örgütün oluşumunun, işlenmesi amaçlanan suçlar için sadece bir araç vasfında olduğu söylenebilecektir. Suç işlemek ya da terör faaliyetleri gerçekleştirmek için örgüt kurmak, toplumda hakim olan düzeni tehlikeye maruz bırakmaktadır. Bu sebeple de, kanun koyucu esas olarak hazırlık hareketi niteliğini taşıyan bu davranışları suç haline getirmiştir⁵⁷. 220. maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, bir suç örgütünün oluşumu için soyut bir birleşme olmamalı, hiyerarşik bir yapı bulunmalıdır. Bu hiyerarşi gevşek yapıda olsa dahi, örgüt mensupları üzerinde hakimiyet tesis eden bir güç kaynağı olmalıdır. Bunun yanı sıra örgütün varlığı için suç işlemek amacı etrafında birleşilmeli ve bu birleşme devamlılık arz etmelidir.

56 RG. 25.07.2010 T., 27652 S.

57 Örgüt konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, **Suç Örgütleri**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, 11-27.

Suç örgütü kurulması için her ne kadar en az üç kişinin belli amaç etrafında suç işlemek amacı ile devamlı bir surette fiilen birleşmesi gerekse de, kurulan örgüt güdülen amaç bakımından yapısı, üye sayısı, araç ve gereç itibarıyla elverişli olmalıdır.

Suç örgütlerinde kısaca, suç işlemek amaçlı olarak oluşturulmuş bir organize yapı ve belirsiz nitelikte süreklilik taşıyan bir suç programı bulunmalı, suç örgütü en az üç kişiden oluşmasının yanı sıra güdülen amaca ulaşılması bakımından da elverişlilik taşınmalıdır.

Göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin açıklamalara tekrardan dönecek olursa, TCK'nın 220/4. maddesine göre, örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı cezaya da hükmolunacağı için failler hem TCK'nın 79. maddesi kapsamında hem de 220. maddesi kapsamında sorumlu tutulacaktır.

Şu halde belirtmek gerekir ki, göçmen kaçakçılığı suçunu işleyen birden fazla kişi arasında örgütü oluşturan bir yapı bulunmamakta ise, failerin durumları TCK'nın 37. maddesi vd.'da düzenlenen genel iştirak kuralları kapsamında değerlendirilecektir.

D. Manevi Unsur

Göçmen kaçakçılığı suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Failin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan fiilleri “doğrudan doğruya veya dolaylı olarak maddi menfaat elde etmek maksadıyla” gerçekleştirmesi aranmaktadır. Yani göçmen kaçakçılığı suçunda fail hukuki anlamdaki, tipe uygun neticeyi hedeflerken, bu neticenin ötesinde kalan maddi menfaati elde etmek istemektedir, kanuni tarifin ötesinde olan bu durum da failin amacını oluşturur⁵⁸.

Göçmen kaçakçılığı suçunda elde edilmek istenen menfaatin maddi olması açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle manevi menfaat temini bu suçun kapsamına girmemektedir. Maddi menfaat bir alacak, bağışlama ya da malın çok düşük bir bedelle verilmesi gibi farklı hallerde karşı-

58 Amaç tanımı için bkz. Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C: II, 10. bs., Beta Basım, 1994, s. 224, no.933. Ayrıca Önder'e göre, amaç suç tipinin dışında bir olguyu gerçekleştirmek için failin tipi ihlal etmesidir. (bkz. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 305

mıza çıkabilir. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.10.2004 tarihli kararında⁵⁹ göçmenleri yurtdışına çıkarmak karşılığında cinsel ilişkiye girmeyi maddi menfaat kapsamında değerlendirilmediği görülmüştür.

Maddi menfaat göçmenden sağlanabileceği gibi, üçüncü bir şahıstan da alınabilir. Madde lafzından maddi menfaatin, göçmenden alınması gibi bir zorunluluk aranmadığı anlaşılmaktadır⁶⁰.

Bunun yanı sıra, maddi menfaatin haksız nitelikte olması hususundan da maddede bahsedilmemiştir. Dolayısıyla, ev sahibi evini rayiç bedelden, kaçak olduklarını bildiği göçmenlere kiraya vermiş olsa ve bu menfaat haksız olmasa dahi, suç işlenmiş kabul edilecektir⁶¹.

Yukarıda niteliklerine dair açıklamada bulunmuş olduğumuz maddi menfaatin elde edilmesi suçun oluşması için gerekli değildir, maddi menfaat elde etme maksadının varlığı yeterlidir⁶².

Göçmen kaçakçılığı suçunda failin kastı haricinde belirli bir amaç ile hareket etmesi de arandığından, suçun olası kastla işlenmesi mümkün değildir.

Göçmen kaçakçılığı suçunun taksirle işlenebileceği, kanunda açıkça öngörülmediğinden suçun taksirle işlenmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle, örneğin, sınır kapısında giriş için sıra bekleyen tır şoförünün vagon kısmının kapağını açık unutmaması sebebi ile, bir kısım yabancıların tıra binmesi ve gümrükten geçerken yakalanmaları sonucunda, tır şoförünün göçmen kaçakçılığı suçunu işlediğinden bahsedilemeyecektir⁶³.

Tüm bu hususların yanı sıra, maddi yarar elde etme maksadının göçmen kaçakçılığı suçunu insan ticareti suçundan ayıran önemli unsurlardan birini oluşturduğunu ifade etmek gerekmektedir. Zira, kişileri zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, esarete tabi kılmak veya vücut organlarının verilmesini sağlamak, fuhşa sürüklemek sureti ile ülkeye sokma fiilinin gerçekleştirilmesi halinde, göçmen kaçakçılığı suçu değil, insan ticareti suçu tartışması yapılabilir.

59 Yar. 8. CD. 2004/6004 E., 2004/8050, 25.10.2004 T., Aktaran Erel, **a.g.e.** s.281.

60 Bayraktar, **a.g.e.**, s. 71

61 Doğan, **a.g.e.**, s. 141

62 Artuk, Gökçen, Yenidünya, **a.g.e.** s. 90.

63 Örnek için bkz. Artuç, **a.g.e.**, s. 59.

E. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bilindiği üzere, hukuka aykırılık unsurlarını hakkın kullanımı, görevin yerine getirilmesi, meşru savunma ve ilgilinin rızası oluşturmakta olup bu kavramlar arasında göçmen kaçakçılığı suçu bakımından tartışılacak mahiyette olan ise ilgilinin rızasıdır. Ancak, göçmen kaçakçılığı suçunun, zaten suçun konusunu oluşturan yabancıya ya da Türk vatandaşının rızası dahilinde gerçekleşmesinin mümkün olması nedeni ile bu suçta ilgilinin rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğinden söz edilemez.

F. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

1. Teşebbüs

22.07.2010 tarih ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile, TCK'nın 79. maddesine “*Suç, teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi, tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.*” düzenlemesi getirilmiş ve suçun teşebbüs aşamasında kalması durumunda, failin suç tamamlanmış gibi cezalandırılması öngörülmüştür. Bu sebeple göçmen kaçakçılığı suçunun kalkışma ya da bir diğer deyişle teşebbüs suçu olduğundan bahsedilebilir.

Suç kapsamında düzenlenen yasadışı yollardan yabancıya ülkeye sokulması, yabancıya veya Türk vatandaşının ülkeden çıkmasına imkan sağlanması ve yasadışı yollardan ülkeye giren ya da yasal yollardan girmesine rağmen ülkede kalması yasadışı olan yabancıya ülkede kalmasına imkan sağlaması olmak üzere üç seçimsiz harekete bakıldığında, tüm hareketler açısından teşebbüsün gerçekleşmesinin mümkün olduğu görülmektedir. Ancak yukarıda yer verdiğimiz hüküm gereği, bu fiiller teşebbüs aşamasında kalsa dahi tamamlanmış gibi cezalandırılacaktır.

Madde gerekçesinde bu yönde bir düzenleme yapılmasının nedeni olarak, göçmen kaçakçılığı suçunun ülke içerisinde veya kara suları kapsamında işlenmesi durumunda, mahkemelerce suçun teşebbüs aşamasında kaldığının kabul edilmesi ve ceza indirimi yapılması; bu nedenle, yakalanan şüphelilerin çoğunlukla tutuksuz yargılanmaları ve kısa süre içerisinde aynı suçu işlemekten yakalanmaları gösterilmiştir.

2. İştirak

Göçmen kaçakçılığı suçu, iştirak açısından farklılık taşımamaktadır. Bu suçta TCK'nın 37. maddesi vd.'da yer alan iştirakin her şekli gerçekleşebilecektir.

3. İçtima

Ceza hukukunda “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır kuralı*” geçerlidir. Bu kural da suçların içtimalı ve cezaların içtimalı kavramlarını karşımıza çıkarmaktadır.

Suçların içtimalı birden çok suçun bulunmasına ve dolayısıyla faile birden çok ceza verilmesi gerekmesine rağmen, faile tek ceza verilmesini öngören bir kurum olarak kabul edilmektedir⁶⁴. Bu kurum TCK'nın 42 – 44. maddeleri arasında bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima başlıkları altında düzenlenmiştir.

Bu kurumlar arasında göçmen kaçakçılığı suçu bakımından tartışılması gereken ilk başlığı zincirleme suç oluşturmaktadır. Özellikle mağdurun yabancı ya da Türk vatandaşı olarak kabul edilmesi veya mağdurun toplum olduğunun kabul edilmesi hallerinde doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır.

Nitekim, Doğan, suçun mağdurunun uluslararası toplum olması nedeni ile bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmektedir⁶⁵. Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.04.2006 tarihli kararına bakıldığında da bu suç bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmadığı bununla beraber cezanın TCK'nın 61. maddesi kapsamında belirlendiği görülmektedir⁶⁶.

Bununla beraber, Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 05.10.2006 tarihli kararında “...*Sanık M.'un kısa aralıklarla ve bir suç işleme kararı ile büyük kısmı aynı kişilerden oluşan kişileri maddi menfaat karşılığında ülke dışına çıkarma eyleminin zincirleme tek suç oluşturduğu ve bakımında 5237 sayılı TCK'nın 43. maddesinin uygulanması gerekece-*

64 Mahmut Koca, İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 433.

65 Doğan, **a.g.e.**, s. 152.

66 Yar. 8. CD. 2006/2028 E., 2006/3617, 25.04.2006 T. (Çevrimiçi), www.kazanci.com, 5 Ocak 2014

ği gözetilmeden, iki ayrı suç kabulüyle hakkında iki kez mahkumiyet hükmü kurulması...” bozma sebebi sayılarak göçmen kaçakçılığı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmıştır⁶⁷.

Arslan'a göre ise, topluma ait kamu düzeni ile kamu güveninin korunmasının yanında, maddi ve manevi varlığı ile objektif ve genel malvarlığı zarar gören göçmenler de korunmakta olup; bu durumda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür⁶⁸.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, suçun mağdurunu, kanaatimizce uluslararası toplum ve onu oluşturan devletler ile bu yapılar içerisinde yer alan bireylerin teşkil etmesi nedeniyle örneğin birden fazla yabancıнын feribot ile ülkeye yasal olmayan yollardan girişinin sağlanması halinde zincirleme suç hükümleri kapsamında cezada artırım öngörülemez, bunun yerine TCK'nın 61. maddesi kapsamında cezanın belirlenmesine gidilecektir. Bununla beraber, bir grup yabancıнын, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, kısım kısım ülkeye yasal olmayan yollardan sokulması halinde ise, TCK'nın 43/1, son cümlesi gereğince zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Bir diğer tartışma konusunu ise fikri içtima oluşturmaktadır. Peşinen belirtmek gerekir ki, failin göçmen kaçakçılığı suçunu oluşturan fiili ile birden fazla suçun oluşumuna sebebiyet vermesi söz konusu olabilir. Bu durum da TCK'nın farklı neviden fikri içtima düzenleyen 44. maddesi gereği kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suç kapsamında cezalandırılacaktır.

Bununla beraber, tek başına sadece bu şekilde genel bir ifade ile konuyu açıklamak yeterli değildir. Zira, kimi zaman karşımıza tartışılması gereken farklı durumlar çıkabilecektir.

Örneğin, bir yabancıyı yasal olmayan yollarla ülkeye sokmak için sınır görevlisine rüşvet veren kimsenin fiili ile rüşvet alan sınır görevlisinin fiilinin ne şekilde değerlendirileceği tartışmaya yol açacak mahiyettedir.

67 Y 8. CD. 2006/6027 E., 2006/7344 K., 5.10.2006 T. Aktaran, Erel, **a.g.e.**, s. 291, dp 91.

68 Çetin Arslan, “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, No: 1, s.133-134.

Bilindiği üzere, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak burada “fiil” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir.

İfade etmek gerekir ki, içtima öğretisinde fiil yalnızca hareket olarak anlaşılır iken; netice fiilin bir unsuru değil suçun yasal tanımından verilen hallerde fiilden bağımsız olarak suçun unsuru kabul edilmektedir⁶⁹. Bu bağlamda fikri içtimanın en önemli şartını fiil teklifi oluşturmakta olup; fiil teklifinden de hareket teklifi anlaşılmalıdır.

Yukarıda değerlendirilmesi için vermiş olduğumuz örneğe döndüğümüzde, gerek kişinin sınır görevlisine rüşvet vererek yabancıları yasal olmayan yollardan ülkeye sokması gerekse sınır görevlisinin rüşveti kabul ederek yükümlülüğüne aykırı bir şekilde ihmal sureti ile yabancıların sınırdan geçmesine göz yumarak ülkeye girmesine cevaz vermesi her bir fail için iki ayrı hareket olarak kabul edilecektir. Bu nedenle kanaatimizce fikri içtimanın aradığı tek fiil değil iki ayrı fiil olduğu için sınır görevlisi de yabancıları ülkeye sokan kişi de hem göçmen kaçakçılığı suçundan hem de rüşvet suçundan sorumlu tutulacaktır.

G. Yaptırım Usulü

Re’sen soruşturulan Göçmen Kaçakçılığı suçunun yaptırımı, “*üç yıldan sekiz yıla kadar hapis ve on bin güne kadar para cezasıdır.*”

Suçun mağdurların hayatı bakımından bir tehlike oluşturması; onur kırıcı bir muameleye maruz bırakılarak işlenmesi halinde verilecek ceza yarısından üçte ikisine kadar arttırılacaktır. Suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek cezalar da yarı oranında arttırılacaktır.

TCK’nın 79/4. maddesinde bu suçun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir.

Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 11. maddesine göre, göçmen kaçakçılığı suç tipine dair yargılama, asliye ceza mahkemesinin görevidir.

69 Neslihan Coşkun, **Fikri İçtima**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tez, Ankara, 2009, s. 39.

KAYNAKÇA

A. Kitaplar

- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet, YENİDÜNYA, Caner : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012
- ARTUK, Mehmet Emin, GÖKÇEN, Ahmet YENİDÜNYA: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2012
- BASSIOUNI, M. Cherif: **International Criminal Law- Multilateral and Bilateral Enforcement and Mechanisms**, Vol. II., Third Edition., Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008 (Çevrimiçi) http://www.google.com.tr/books?hl=tr&lr=&id=8puncZgnATAC&oi=fnd&pg=PR4&dq=international+criminal+law&ots=XfF1aojnNW&sig=1rW5nN703BruVvzG7TqJ_kOWR7M&redir_esc=y#v=onepage&q=international%20criminal%20law&f=false , 5 Ocak 2014.
- COŞKUN Neslihan: **Fikri İctima**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tez, Ankara, 2009
- ÇELİKEL, Aysel, GELGEL, Günseli Öztekin: **Yabancılar Hukuku**, 14. bs., İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 22.
- DOĞAN, Koray: **Göçmen Kaçaklığı Suçu**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008
- DÖNMEZER, Sulhi, ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C: II, 10. bs., Beta Basım, 1994
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992
- ÖNOK, Murat: **Uluslar arası Ceza Divanını Kuran Roma Statüsü ile Türk Ulusal Mevzuatının Maddi Ceza Hukuku Kuralları Yönünden Uyumuna Dair Rapor**, Uluslararası Ceza Mahkemesi Koalisyonu, Almanya Büyükelçiliği, Ankara, y.y., t.y., s. 21 (Çevrimiçi) http://www.ihop.org.tr/dosya/UCM_rapor.pdf , 7 Ocak 2014
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009
- ÖZGENÇ, İzzet: **Suç Örgütleri**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012
- PAZARCI, Hüseyin: **Uluslararası Hukuk**, 4. Bs., Ankara, Turhan Kitabevi, 2006
- SOYASLAN, Doğan: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 8. bs. Ankara, Yetkin Yayınları, 2010
- TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 5. bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007

B. Makaleler

- ARSLAN, Çetin: “Göçmen Kaçakçılığı Suçları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, No: 1, s. 113 - 145
- ARTUÇ, Mustafa: “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **Terazi Dergisi**, Aralık 2007, s. 53- 68
- BAYRAKTAR, Köksal: “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **Prof. Dr. Duygun Yarsuvat’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, No: 2, 2012, 57-73
- EREL, Kemalettin: “Yargıtay Kararları Işığında Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **TBB Dergisi**, No: 71, 2006, S. 264- 299
- YENİDÜNYA, Caner ALŞAHİN, Mehmet Emin: “Göçmen Kaçakçılığı Suçu”, **TBB Dergisi**, No: 82, 2009, S. 1-50

C. İnternet Siteleri

- www.tdk.gov.tr (Çevrimiçi: 04.11.2013).
- <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-e.pdf> (Çevrimiçi: 29.10.2013)
- www.kazanci.com

D. Resmi Gazeteler

- R.G. 26.09.2006 T., 26301 S.
- R.G. 09.08.2002 T., 2481 S.
- R.G. 04.02.2003 T., 25014 S.
- R.G. 25.07.2010 T., 27652 S.
- RG. 14.04.2011 T., 27905 S.
- RG. 11.04.2013 T., 28615 S.
- RG. 25.07.2010 T., 27652 S.

E. Yargıtay Kararları

- Yar. 8. CD. 2000/20128 E., 2000/20516 K., 07.12.2000 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 29 Ekim 2013
- Yar. 8. CD, 2006/5015 E., 2006/7633 K., 18.10.2006 T. kararı (Çevrimiçi) www.kazanci.com , 30 Ekim 2013
- Yar. 8. CD. 2007/5743 E., 2007/2640 K., 02.04.2007 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 31 Ekim 2013
- Yar. 7. CD. 2008/9540 E., 2010/10830 K., 01.07.2010 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 3 Kasım 2013.
- Yar. 8. CD. 2005/2513 E., 2005/12505 K., 22.12.2005 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 3 Kasım 2013.
- Yar. 8. CD. 2006/2028 E., 2006/3617 K. 25.04.2006 T. (Çevrimiçi) www.kazanci.com, 5 Ocak 2014.

CİNSEL SALDIRI SUÇU

Gökçen DOĞAN*

GİRİŞ

Bu çalışmamda 5237 sayılı TCK'nın 18 Haziran 2014 tarihli 6545 sayılı Kanunu ile değişen Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar'dan Cinsel Saldırı'yı (TCK m. 102) Alman Ceza Kanunundaki düzenlemelerle karşılaştırarak inceleyeceğim.

Bu incelemede öncelikle TCK da yer alan cinsel suçların tanımına ve doktrindeki tartışmalara değineceğim. Daha sonra son değişikliği ele alıp, TCK'nın düzenlemesini Alman Ceza Kanunu'nda (Strafgesetzbuch) yer alan cinsel saldırı düzenlemesiyle karşılaştırıp çalışmamı bitireceğim.

Genel Bakış

765 sayılı TCK zamanında Cinsel Suçlar, Sekizinci Bap altında Adabı Umumiye Ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler adı altında bulunuyordu. Bu çerçevede ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık ve söz atma suçlarına yer verilmişti. Buna karşılık şu anda yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'da Kişilere Karşı Suçlar Kısmı'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar Başlığı altında "Cinsel Saldırı" (m.102), Cinsel İstisma (m. 103) Reşit Olmayanla Cinsel İlişki (m. 104) ve Cinsel Taciz (m. 105) olarak düzenlenmiştir. Bu durum TCK'nın cinselliğin bir genel ahlak değil kişinin cinsel özgürlüğü ile ilgili bir sorun olduğu anlayışını benimsediğini göstermektedir. 765 sayılı Kanunda cinsel suçların koruduğu hukuksal değer aile ve ahlak olduğu kabul edilmekte, bu suçun mağduru adeta bu mantıkla aile veya toplum kabul edilmekteydi. Bu suçun gerçek mağdurları adeta görmezden geliniyor; korunan hukuki değer olan şeref toplum nezdinde zedelendiğinden, topluma karşı işlenmiş bir suç olarak görülüyordu.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. Sınıf Öğrencisi

Bu görüşten ayrılarak 5237 sayılı Kanun cinsel suçlarda bireyüstü ve aileye veya topluma ait bir hukuksal değer değil, bireysel bir yararın ve hatta bireyin bizzat kendisinin korunduğu, burada korunan değer bireyin cinsel özgürlüğü olduğu görüşünü benimsemiştir. Böylece korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu anlayışı yasal bir dayanak da kazanmıştır.¹

Belirtmek isterim ki bu modern bir görüştür. Giderek daha fazla özgürleşmenin talep edildiği ve birey olma duygusunun önem kazandığı günümüz toplumunda kişinin cinsel özgürlüğünü topluma mal etmek modern toplum anlayışıyla bağdaşmamaktadır.

Hazırladığım bu metinde 5237 sayılı Kanun'a 18 Haziran 2014'te yapılan değişikliklerle ilgili bilgi vermek istiyorum.

1-) Cinsel suçlar için öngörülen cezalar genel olarak artırıldı.

2-)765 sayılı TCK'da yer alan fakat 5237 sayılı Kanuna konulmayan "Sarkıntılık" kavramı değişiklikle beraber kanunumuza tekrardan girdi. Burada kastedilen fiili sarkıntılık olup cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları başlığı altında yer almakta, sözle yapılan sarkıntılık eylemleri 5237 sayılı Kanun'un mantığına göre cinsel taciz suçunu oluşturmaktadır.

3-) Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarında olan "*İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle*" fiilin işlenmesi fiil sebebiyle cezayı ağırlaştıran yeni bir nitelikli hal olarak öngörüldü.

4-) Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olan "Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu" kanundan çıkarıldı.

5-) Cinsel istismar suçunda 15-18 yaş arasında maruz kaldığı fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş çocuklara karşı işlenen fiillerin silahla işlenmesi cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak kabul edildi.

6-) Reşit olmayanla Cinsel İlişki Suçu' nda bu suçun a) mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi arasında işlenmiş olması hali ve

1 ÖZBEK Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C.I, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, S.612

b) evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâli, cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

7-)Cinsel tacizin mağdurunun çocuk olması durumu cezayı ağırlaştırıcı bir nitelikli hal olarak düzenlenerek doktrinde yer alan “Çocuklara karşı Cinsel Taciz olur mu” tartışmasına son verilmiştir. Bunun yanında cinsel taciz suçunun “Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle” ve “Teşhir” suretiyle işlenmesi cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak kabul edilmiştir.

Aşağıdaki metinde 5237 sayılı Kanun’a 18 Haziran 2014’te yapılan bu değişikliklere yeri geldikçe tüm ayrıntılarıyla değinilecek ve TCK’da yer alan “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” düzenlemesi Alman Ceza Kanununun bu konudaki düzenlemesiyle karşılaştırılacaktır.

6545 sayılı değişiklikten önce 5237 sayılı TCK’daki Cinsel Saldırı Suçu Düzenlemesi

Cinsel Saldırı

MADDE 102_ (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmlenir. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

6545 sayılı değişiklikten sonra Cinsel Saldırı Suçu Düzenlemesi

MADDE 102- (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel saldırı için başvuru alan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

I. Korunan Hukuksal Değer

Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar' da korunan hukuksal değer genel olarak bireyin cinsel özgürlüğüdür. Cinsel saldırı suçunda bireyin cinsel özgürlük alanına onun vücut dokunulmazlığını ihlal etmek suretiyle müdahale edildiği için burada aynı zamanda (ikincil olarak) vücut bütünlüğünün de korunduğunu söyleyebiliriz.

II. Suçun Temel Unsurları

1. Suçun Maddi Unsurları

A. Fail

Bu suçun gerek temel biçimi gerek nitelikli hali bakımından fail herkes olabilir.

Burada eşlerin birbirine yönelik cinsel saldırılarının bu suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışmalıdır. TCK 102/2'de *"fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır"* denilmektedir. Bu ifadeden dolayı doktrinde bazı yazarlar² cinsel suçların temel biçimi açısından eşlerin suçun faili olmayacağını savunmaktadırlar. Bu savlarını da TCK 102'nin gerekçesinde yer alan *"Evlilik birliği, eşlere sadakat yükümlülüğünün yanı sıra, karşılıklı olarak birbirlerinin cinsel arzularını tatmin yükümlülüğü de yüklemektedir. Buna karşılık evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu muhakkaktır. Bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışlar ceza*

2 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan /ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Bastı, 2014, s.325

yaptırımını gerekli kılmaktadır” ifadesine dayandırmaktadırlar. Ancak gerekçenin kanunun yorumlanmasında bağlayıcı olmadığı unutulmamalıdır.³

Bu suçla korunan hukuksal yararın cinsel özgürlük olduğu düşünüldüğünde ve kanun maddesinin ikinci fıkrasının sadece ailenin özel hayatına gereksiz müdahaleleri önlemek amacıyla şikâyete tabi tuttuğu göz önünde bulundurulursa suçun mağdurunun failin eşi olmasının da suçun oluşması bakımından bir etkisinin bulunmaması gerekir. Çünkü evlilik bir eşe diğerinden cinsel bir davranış talep etme ya da onun buna katlanmasını bekleme hakkı bahşetmez.⁴

B. Mağdur

Mağdur yaşayan herkes olabilir. Ölülere yönelik cinsel saldırılar bu suçta değil TCK m. 130 ‘da yer alan Ölünün Hatırasına Hakaret Suçu’nu oluşturur.

Mağdurun sıfatı suçun oluşması bakımından herhangi bir öneme sahip değildir. Ancak mağdur ile fail arasındaki ilişki cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli bir hal olabilir. Nitelikli haller ayrı bir başlıkta inceleneceğinden daha sonra ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’un sistematüğinde mağdurun çocuk⁵ olup olmamasına göre suçun niteliği değişmektedir. Çocuklara karşı işlenen her türlü cinsel davranış ayrı bir suç olan “Cinsel İstismar Suçu” kapsamında değerlendirilmelidir.

C. Fail

Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut bütünlüğünün ihlal edilmesidir.

Vücut dokunulmazlığını ihlal şartının yerine getirilmesi için failin

3 KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2013, s.47

4 MALKOÇ İsmail, Türk Ceza kanunu uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, 2009, s.20; YAŞAR Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, Ankara 2010, s. 3223.

5 TCK m.6’nın 1. fıkrasının b bendine göre: “Çocuk deyiminden, 18 yaşını doldurmamış kişi anlaşılır”.

mağdurla bedensel teması şarttır.⁶ Gerçekten de hem TCK uygulaması açısından da Yargıtay'ımız tarafından bedensel temas ölçütü esas alınmaktadır.⁷

Yeni yapılan değişiklikle “sarkıntılık” kavramı eklenmiştir. Bu kavramın eklenmesinin pratik bir amacı vardır. Toplumda sayısı çok fazla artan⁸ cinsel suçların önlenmesi için öngörülen cezalar arttırılarak cezaların caydırıcı olmasının sağlanması istenmektedir. Bu sebeple basit cinsel saldırının cezası eskiden 2 yıldan 7 yıla kadar iken 6545 sayılı Kanun ile alt sınırı 5 üst sınırı ise 10 yıla çıkarılmıştır. Ancak bu durum da herhangi bir basit cinsel amaçlı temas halinde dahi kişinin 5 yıldan başlayan hapis cezası almasına yol açacağı için vicdanları rahatsız etmekte suç ve cezanın orantılı olması ilkesine⁹ uygun düşmemektedir. Tasarıda da bu şöyle ifade edilmektedir: *Burada söz konusu olan sarkıntılık 765 sayılı Kanun’ da yer alan sarkıntılık kavramından farklıdır. Çünkü 765 sayılı Kanun’da sarkıntılık, hem fiili hem de sözlü davranışları kapsamakta iken yürürlükteki 5237 sayılı Kanun’da sözlü sarkıntılık TCK m. 105’ te yer alan “Cinsel Taciz” suçu kapsamında değerlendirilecek, sadece filli sarkıntılık TCK m. 102’ de yer alan Cinsel Saldırı Suçu (ve mağdurunun çocuk olması durumunda TCK madde 103’te yer alan Cinsel İstismar veya madde 104’te yer alan Reşit Olmayanla Cinsel İlişki kapsamında ele alınacaktır.*¹⁰

6 TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan /ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel hukuku Seçkin Hukuk İstanbul/İzmir, 2012 10. Baskı, s.335

7 Yargıtay 5. CD E. 2010/11025 K. 2011/1953 T. 14.3.2011, 5. CD E. 2004/4185 K. 2005/22987 T. 14.12.2005

8 <http://www.gazetevatan.com/cinsel-suclarda-buyuk-artist--492021-yasam/>

9 KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2013, s.42

10 <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0918.pdf> TCK ile bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı: [...] maddede tanımlanan suçların temel şekilden dolayı ceza arttırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliğine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şekilden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki cezanın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla “sarkıntılık” ibaresinin yerine “suçun ani hareketlerle işlenmesi” ibaresi tercih edilmiştir. Ancak daha sonraki Komisyon görüşmelerine yapılan bir önerge ile ani hareket kavramının tıbbi olarak muğlak olması ve değerlendirilmesinin çok güç olması nedeniyle onu yerine sarkıntılık kavramı tekrar kabul edilmiştir.

Bunu bir örnekle somutlaştırırsak, 765 sayılı Kanun zamanında sarkıntılık suçu bir şahsa karşı onun rızası hilafına olarak şehvet maksadıyla söz, fiil ve hareketle edep ve iffete tecavüz edecek surette ve fakat ırza tasaddi cürümlerine veya bunların teşebbüsüne varmayacak şekilde yönelen tecavüzler olarak tanımlanmıştır.¹¹ Bu tanımdan anlaşılacağı üzere örneğin bir kimsenin pencere camını tıkırdatıp gel güzelim seni de öpeyim demesi¹² veya yanaktan veya dudaktan devamlılık göstermeyecek şekilde şehvi amaçlarla öpmesi¹³ 765 sayılı Kanun Dönemi'nde Sarkıntılık suçu olarak görülüyordu. Ancak 5237 sayılı Kanun'un cinsel saldırı suçunda vücut bütünlüğünün bozulması kistasını benimsediği için sözlü sarkıntılık olarak tabir edilen laf atma gibi durumlar şu anda yürürlükte bulunan 5237 sayılı Kanuna göre cinsel taciz olarak kabul edilecektir. Yani 102. maddede kastedilen sarkıntılık ifadesi sadece ani şekilde gerçekleşen ve vücut bütünlüğünü bozan fiiller için kullanılmaktadır.¹⁴

Belirtmek isterim ki bu değişiklikten önce yani sarkıntılık kavramı 5237 sayılı TCK'da yer almadan önce doktrinde bazı yazarlar 765 sayılı Kanun uygulamasından da esinlenerek bedensel temas içerse dahi ani ve kesiklik gösteren hareketlerin bu suçu oluşturmayacağını m. 102 'deki cinsel saldırı suçunun oluşabilmesi için hareketlerin çokluğunun ve belli bir devamlılığının aranması gerektiğini ileri sürmekteydi. Bu düşünce TCK'nın yapısına uymamakla beraber yalnızca suçu oluşturan fiilin ağırlığı ve ceza ilişkisi göz önüne alındığında vicdanları tatmin etmek için savunulan bir düşünceydi. Yeni düzenleme ile artık buna gerek kalmamıştır. Çünkü cinsel saldırı boyutuna varmayan ancak bedensel temas içeren hareketler için "sarkıntılık" adı altında ayrı bir tanımlamaya gidilerek daha "hafif" bir ceza öngörülmüştür.

Sarkıntılık bu haliyle çok da net olmayan bir kavramdır. Bu sebeple getirilmesinin pratik amacı anlaşılabilse de doktrinde net bir tanımının olmaması kafa karışıklığına yol açabilecektir.

11 DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler, 1983, s.190

12 Yargıtay 5. CD 7.2.1984 tarihli E. 1984/401 K.1984/365 sayılı kararı

13 Yargıtay 5. CD 5.2.1986 tarihli E.1986/597 K.1986/345 sayılı kararı

14 TBMM Adalet Komisyonu 29.5.2014 tarihli Tutanak Sayfa:44 *Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç: [...] 102/1 ile ilgili kurgu, geçmişteki tasaddi düzeyindeki eylemler 1. Fıkırada, sarkıntılık 1. Fıkranın 1. Cümlesine ve söz atma dediğimiz eylemler de 105. Maddeye taşınmak suretiyle [...]*

O halde özetlemek gerekirse 102. maddede 3 farklı fiilden bahsedilebilir:

1-) vücut dokunulmazlığını ihlal ani bir hareketle yapılmışsa örneğin popoya şaplak atılması, saçların okşanması vs. gibi bu durumda basit cinsel saldırı değil sarkıntılık gündeme gelecek daha hafif bir ceza verilecektir. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.

2-) Vücut dokunulmazlığını ihlal sarkıntılık boyutunu aşmış ve fakat vücuda organ veya sair bir cisim sokulmamışsa bu durumda cinsel saldırının basit hali oluşacak ve fail beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

3-) Vücut dokunulmazlığını ihlal mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleşmişse bu durumda nitelikli cinsel saldırı söz konusu olacak ve fail hakkında on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacaktır.

Cinsel saldırı suçunun temel biçimi bakımından cinsel davranışlarla vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesinden söz edilmekte ancak cinsel davranıştan neyin anlaşılması gerektiği belirtilmemektedir. Buna karşılık gerekçede kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen cinsel arzularını tatmin amacına yönelik ve cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlar olarak belirlenmiştir. Davranışın cinsel olması fiilin niteliğinde olması gereken bir özelliktir. Fiili oluşturan hareketlerin suç tipinde yer alan cinsel davranışla vücut dokunulmazlığını ihlal edip etmediğine ise somut olayın koşulları değerlendirilerek karar verilir. ¹⁵Cinsel davranış değil de örneğin dostça duygularla bir kişinin omzunun sıvazlanması durumunda cinsel saldırı suçundan bahsedilemeyecekken bir kimsenin omzuna cinsel davranışlarla dokunulması durumunda bu suç tipindeki fiil icra edilmiş sayılacaktır.

TCK bir önceki fiile öngörülen ceza üst sınırını bir sonraki daha ağır fiil için üst sınır yaparak bu fiiller arasında bir derecelendirme yapmıştır. Ayrıca bu durum somut olayda hangisinin olduğu konusunda şüpheye düşüldüğü durumlarda hâkimin işini kolaylaştırmaktadır. Çünkü örneğin cinsel saldırının nitelikli halinin gerçekleşip gerçekleş-

15 Arş. Gör. KORKUSUZ, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu, İÜHFİM C LXXI, S. 1, 2013, s. 815-854

mediği şüphesi bulunan durumlarda hâkimin kanısı nitelikli halin gerçekleştiği yönünde ve fakat kişinin bunu yaptığı konusunda şüphe yüzde yüz olarak giderilemiyorsa bu durumda kişiye 12 yıla yaklaştırılarak basit cinsel saldırı suçundan ceza verilecektir. Cinsel saldırıda bu suçu oluşturan fiiller mağdurun rızası dışında gerçekleştirilmektedir. Bu durum gerekçede de ifade edilmiştir. “Mağdura karşı cebir veya tehdit veya hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincin yitirilmesi veya uyku hali dolayısıyla bilincin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Burada önemli olan husus fail tarafından mağdurun iradesinin ortadan kaldırılmış olmasıdır. Saldırı kelimesinin anlamında da rızaya aykırı olma durumu vardır. Saldırı kelimesi *kötülük yapmak, yıpratmak amacıyla, bir kimseye karşı doğrudan doğruya silahlı veya silabsız bir eylemde bulunma, hücum, taarruz, tecavüz anlamına gelmektedir*¹⁶.

Cinsel saldırıda suç olarak düzenlenen fiil cinsel ilişki değil, cinsel dokunulmazlığın ihlalidir ve bu nedenle rızaya aykırı olarak gerçekleştirilen ihlal ile zaten suç oluşturan fiil işlenmiş olduğundan rıza suçun tipikliğine ilişkin bir unsurdur.¹⁷

Ceza Hukukunda iki çeşit rıza vardır. İlki maddi unsurda yani suç tipinde yer alan ikincisi de hukuka uygunluk nedeni olan bir başka deyişle tipikliği kaldıran rızadır. Maddi unsurda yer alan rıza fiilin özelliği olup bunun varlığı/yokluğu durumunda suç teşkil eden fiilin gerçekleştiğinden bahsedilemez. Buna en tipik örnek hırsızlık (TCK m.141) suçudur. Malın zilyedinin rızası olması durumunda malı alan kişi hırsızlık suçunun maddi unsurları oluşmayacağından fail olmaz.

Cinsel saldırı suçunun kanuni tanımına baktığımızda rızanın yokluğuna ilişkin bir ifade madde metninde yer almamaktadır. Bir görüşe göre eğer suçun kanuni tanımında “rıza” ya yer verilmiyorsa bu durumda eğer bir rıza söz konusuysa bu rıza ancak hukuka uygunluk nedeni olacaktır.¹⁸ Bu görüşe göre tarafların bu fiillerin işlenmesi konu-

16 TDKBüyükTürkçeSözlük(http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.542071b63b1434.25166117)

17 Arş. Gör. KORKUSUZ, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu, İÜHF C. LXXI, S.1,2013, s. 815-854

18 KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2013, s.47, ÖZBEK, Veli Özer /KAMBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAŞIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları,3. Baskı, 2012 s. 329, Yenidünya s.3289

sunda birbirlerine gösterecekleri rıza fiilin hukuka aykırılığını kaldıracaktır.

Ancak bir başka görüşe göre ise cinsel saldırı olması için vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi gerektiğinden, bu suçun oluşabilmesi için mağdurun rızasının mevcut olmaması, mağdurun rızasına aykırı olarak veya rızasına dayalı olmayarak fiilin icra edilmesi gerekmektedir. Çünkü suç tipinde yasaklanmış bulunan fiil cinsel davranış değil, cinsel dokunulmazlığın cinsel davranışla ihlalidir.

Rızanın yokluğu, cinsel davranışın ihlal niteliğinde olmasını sağlayan bir etkidir. İhlalin özünde rızaya aykırılık vardır. Her ne kadar TCK m. 102’de suçta kullanılan araç olarak cebir, tehdit veya mağdurun fiile direnemeyeceği durumdan açıkça söz edilmemiş ise de; ilgili madde gerekçesinde “*Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabileceği gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler*” şeklinde belirtilmiştir.

Ayrıca burada vurgulamak gerekir ki mağdurun iradesini gösteremeyeceği bir duruma sokulması ve bundan yararlanarak cinsel saldırı fiilinin yapılması da bu suçu oluşturacaktır.

Öğretide evlenme vaadinin bu suç için başvuru hileli bir davranış türü olduğu belirtilmiştir. Bu görüşün savunucularına göre cinsel davranışa mağdurun rıza göstermesini sağlamak için başvuru her türlü aldatıcı davranış ve bu arada evlenme vaadine inanarak gösterilen rıza geçerli olmayacağı için cinsel saldırı suçu oluşacaktır.¹⁹ Doktrinde bir diğer görüş ise tek başına evlenme vaadinin cinsel saldırı suçunu oluşturacak nitelikte hile olarak kabul edilmeyeceğini savunmaktadır²⁰. Çünkü bu fiilin mağduru olabilecek kişi 18 yaşın üzerindedir ve yaşının getirmiş olduğu olgunlukla bu hususlarda serbestçe karar verme yeteneğine sahiptir. Burada sonuçta kişi evlenme vaadine kan-

19 TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan /ÖNOK R. Murat Durmuş, Teorik ve Pratik Ceza Özel hukuku Seçkin Hukuk İstanbul/İzmir, 2012, 10. Baskı, s. 331

20 ÖZBEK, Veli Özer, KAMBUR, M. Nihat, DOĞAN, Koray, BACAŞIZ, Pınar, TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları,3. Baskı, 2012 s. 316vd.

maktadır ve aslında cinsel ilişkiye girmeme konusunda bir rızasızlığı söz konusu değildir. Kaldı ki kişi bu kadar önem veriyorsa evlenme vaadine rağmen cinsel ilişki veya diğer cinsel içerik arz eden hareketleri yapmama yönündeki tutumunu devam ettirebilir. Bu durum mağdurun fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Evlenme vaadi hile olarak yorumlanmamalıdır. Hile daha dar yorumlanmalıdır ve direk cinsel davranışlar karşısındaki rızanın fesada uğratılmasına sebep olmalıdır.

2. Suçun Manevi Unsurları

Cinsel saldırı suçu kasten işlenebilir. Kastın tüm maddi unsurları kapsamı gerekmektedir. Suçun temel şekli bakımından failin kastının mağdurun cinsel bütünlüğünü bozmaya yönelik olması gerekir.

Bu suçta özel kast bir başka deyişle failin bir saikle hareket etmiş olması aranmamaktadır. Maddenin gerekçesinde de yer aldığı üzere “Gerçekleştirilen bu hareketlerin objektif olarak şehevi nitelikte bulunmaları yeterlidir. Failin şehevi arzularının fiilen tatmin edilmiş olması gerekmez.”

Bu kısımda maddi unsur hatasına değinmek gerekir. TCK madde 30/1 de: “*Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluğu saklıdır.*” yer almaktadır.

Bir örnekle maddi unsur hatasını somutlaştıracak olursak, *A kişisi 15 yaşında olduğunu düşündüğü 14 yaşında olan B kişisiyle B'nin rızasıyla cinsel ilişkiye girmektedir.*

Bu durumda A'nın ceza sorumluluğu nasıl değerlendirilecektir?

Somut olay, cinsel istismar, cinsel saldırı ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçları bakımından tartışılmalıdır.

Söz konusu olayda B gerçekte 14 yaşında olduğu için reşit olmayanla cinsel ilişki suçu gündeme gelmeyecektir. Çünkü söz konusu suçun maddi unsurunda mağdur 15-18 yaş arasındaki kişidir. B gerçekte 14 yaşındadır. Bu sebeple çocukların cinsel istismarı suçu doğrudan akla gelse de bu suç kasten işlenebilen bir suçtur. Kastın suçun maddi tüm unsurlarına yönelik olması gerekmektedir. 15 yaşından küçük ve

15 yaşını tamamlamış ancak kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturur. Ancak fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş 15 yaşından büyük çocukların rızasına kanun belli bir dereceye kadar değer atfetmektedir. Bu III. grup çocukların rızalarının varlığında cinsel saldırı suçunun basit halinin oluşmayacağı ancak cinsel ilişki boyutuna varan durumlarda kanun bu rızaya bir değer atfetmemekte ve reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşmaktadır. Burada hiçbir suçun oluşması gibi bir durumla karşı karşıyayız.

III. Suçun Nitelikli Halleri

a. Cinsel Saldırı Suçunun Vücuda Organ veya Sair Bir Cisim Sokulması Suretiyle İşlenmesi (102/2)

Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinde kanun koyucunun yasakladığı fiil; vücuda organ veya sair cisim sokulmasıdır. Sair cisim katı bir madde olabileceği gibi, sıvı da olabilir. Çünkü bu suçla mağdurun maddi bir acı hissetmesi aranmadığından, cinsel dokunulmazlığın ihlali sonucunu doğuran her türlü cismin vücuda ithali suçu oluşturur.²¹ Ayrıca belirtmelidir ki yasada “cinsel organ” değil “organ” tabiri kullanıldığından, vücuda cinsel organ dışında girme özelliği olan diğer organların dâhil edilmesi de cinsel saldırı suçunun nitelikli hali olarak değerlendirilecektir.

Vücuda organ veya sair cismin sokulması fail tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, üzerinde cebir ve tehdit kullanılarak bizzat mağdura da yaptırılabilir.

Cinsel saldırı suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsuru eşe karşı da işlenebilir. Buradan cinsel suçunun basit halinin eşe karşı işlenemeyeceği gibi bir anlam çıkmamaktadır. Yalnızca nitelikli cinsel saldırı suçunun evlilik içinde işlenmesi durumunda suçun kovuşturulmasının aile birliğine gereksiz müdahaleleri engellemek amacıyla şikâyete tabi olduğundan hareketle suçun basit halinin gerçekleşmesi durumunda da kovuşturmasının şikâyete tabi olacağı anlamı çıkmaktadır.

21 MALKOÇ İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, 2009, s. 44, 45

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, (mağdur)

b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından, (fail mağdur ilişkisi nitelikli hal)

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

işlenmesi hâlinde, suçun temel haline göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

Buradaki nitelikli hallerde 6545 sayılı Kanun ile herhangi bir değişikliğe gidilmediğinden ve Kanun'un lafzı bu nitelikli haller bakımından açık olduğu için burada ayrıca açıklanmasına gerek duyulmamıştır.

6545 sayılı değişiklikle insanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır denmektedir. Bu değişiklikle birlikte toplu yaşamın getirdiği zorunlu olarak bir arada bulunma durumunun suçun fail için işlenişini kolaylaştırması, bir başka deyişle bu durumun kötüye kullanılması cezayı arttıran bir nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

IV. Suçun Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Hali

6545 sayılı Kanun ile gelen değişiklikten önce 5237 sayılı Kanun'da bulunan “*Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükümlenir*” şeklindeki düzenleme kaldırılmıştır. Bu durumun bir nedeni yeni değişiklikle birlikte zaten cinsel suçlarda öngörülen cezaların artırılması, bir diğer nedeni de aslında cinsel saldırı suçu sonucunda her durumda şiddeti değişmekle beraber mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulmasıdır. Bunun tespiti de ayrıca mağdura yaşadığı olayları tekrar hatırlatmakta, adeta ona yapılan psikolojik bir işkenceye dönüş-

mektedir. Bütün bu nedenler göz önünde tutulduğunda yeni düzenlemenin yerinde olduğu görülmektedir.

V. Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık unsurunda özel bir durum olmayıp, bu suçta herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamaktadır. İlgilinin rızası durumunda zaten gerçekleştirilen fiil saldırı niteliğinde olmayacağından bu suç için verilen rıza maddi unsur olan fiilin yokluğuna sebep olacak suç maddi unsur yokluğundan oluşmayacaktır.

VI. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

Bu suça teşebbüs, icra hareketleri kısımlara bölünebileceğinden mümkündür. TCK m. 35/1'e göre; kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur. Doğrudan doğruya icraya başlama ölçütü kabul edildiğinden işlenmek istenen cinsel saldırı suçuyla belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış sayılacaktır. Ayrıca yapılan hareketlerin de bu suçu işlemek için uygun hareketler olması gerekmektedir.

Cinsel saldırı suçunda teşebbüs ile ilgili olarak doktrinde tartışılan husus, bu suçun nitelikli haline teşebbüsün mümkün olup olmayacağıdır.

Failin mağdura fiziksel temasta bulunmakla birlikte, hedefinin nitelikli cinsel saldırı olduğu açıkça anlaşılıyorsa dahi vücuda herhangi bir şekilde organ veya cisim sokulmamışsa yani nitelikli cinsel saldırı suçunun fiil unsuru gerçekleşmemişse bu durumda teşebbüsten bahsedilemez. Çünkü kanuni düzenlemede nitelikli halin gerçekleşmediği durumlar, suçun temel şekli olarak tayin ve tespit edilmiştir. TCK m. 102'nin ikinci fıkrasında birinci fıkrada düzenlenen basit cinsel saldırı suçunun nitelikli hali düzenlenmiştir. Burada birinci fıkradan ayrı ve bağımsız bir suç tanımı bulunmayıp, suçun temel şekline nazaran daha fazla cezayı gerektiren nitelikli unsuruna yer verilmiştir. Bu durumda nitelikli hale teşebbüsten bahsedilemez. Ancak Yargıtay'ın TCK m.

102/2 de yer alan cinsel saldırının nitelikli haline teşebbüsün mümkün olacağını öngören kararları mevcuttur.²² Bu yöndeki kararlarında Yargıtay sanığın hareketlerinin nitelikli cinsel saldırının icra hareketlerinden olduğunu ve meydana geldiği yer, zaman, sanığın olay sırasındaki söylem ve eylemlerinin nitelikli cinsel saldırıyı gerçekleştirme kastını açığa çıkarttığı, ancak elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketlerini tamamlayamadığı eyleminin nitelikli cinsel saldırıya teşebbüs niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

b. İctima

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun ilk halinde m. 43/3'e göre, cinsel saldırı suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanamayacağı hükmü yer almaktaydı. Madde 43 bir başka deyişle, cinsel saldırı suçunun, bu suçu işleme kararı kapsamında aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilmeyip, bu suçların her birinden dolayı ayrı ayrı ceza verilecektir demekteydi. Ancak daha sonra bu hüküm kaldırılarak cinsel suçlara da zincirleme suç hükümleri uygulanacağı öngörülmüş oldu. Kanımca, eylem her gerçekleştiğinde kişinin cinsel dokunulmazlığı zarar görecektir ve her eylem mağdurun maruz kaldığı psikolojik travmayı arttıracığı için, her cinsel saldırı eyleminin ayrı değerlendirilmesi isabetliydi.

Cinsel saldırı suçu birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenirse, TCK'nın 43. maddesinin 2 ve 3. fıkraları gereği, her bir mağdur bakımından ayrı cinsel saldırı suçları oluşur. Bir başka deyişle her mağdura karşı yapılan hareket bağımsız bir suç olma özelliğini korur ve cezaların içtimalı hükümleri uygulanır. Örneğin; kalabalık bir yerde cinsel amaçlı olarak birine sürtünmeye çalışan kişi, aynı anda iki kişiye sürtünse iki ayrı cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulacaktır.

TCK m. 43/1'e göre, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri aynı suç sayıldığından, kişi aynı

22 YARGITAY 5. CD. E. 2007/4859 K. 2007/4921 T. 18.6.2007, YARGITAY 5. CD. E. 2006/9322 K. 2006/9243 T. 20.11.2006 sayılı kararında; “[...]sanığın nitelikli cinsel istismarda bulunma amacıyla olduğunu önce sözle ortaya koyduktan sonra bunu gerçekleştirmek için zorla soyunmasını sağlamak suretiyle icra hareketlerine başladığı ve mağdurun kaçması nedeniyle suçu tamamlayamadığı nazara alınarak nitelikli cinsel istismara teşebbüs suçundan cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir...]”.

suç işleme kararıyla bir kişiye karşı önce m. 102/1 anlamında cinsel saldırı suçunun temel şeklini işler, daha sonra m. 102/2 anlamında cinsel saldırının nitelikli hali olan vücuda organ veya sair bir cismin sokulması suretiyle cinsel saldırı suçunu işlerse, aslında bu durum zincirleme suçun kabulüne engel değildir. Bir başka deyişle fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında bir kişiye karşı değişik zamanlarda hem TCK m. 102/1'deki hem de 102/2'deki eylemi gerçekleştirirse, zincirleme suç hükümlerinden yararlanacak, yalnızca nitelikli cinsel saldırı eyleminden cezalandırılacaktır.

c. İştirak

Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37). Suçun kanuni tanımında öngörülen cinsel davranışlarla bir başkasının vücut dokunulmazlığın ihlal eylemini gerçekleştiren kişi fail olup; suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişilerin her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsünde olup, ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Örneğin; cinsel saldırı suçunu işlemek isteyen suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanarak mağdurun direncini kırdığında, diğerinin de kişiye cinsel saldırı suçunda bulunması halinde, her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurduğu için, suçun faili olarak cezalandırılacaktır.

Bu suçta dolaylı faillik de mümkündür. Kişi cinsel saldırı suçunu kusur yeteneğine sahip olmayan bir kimseyi araç olarak kullanmak suretiyle gerçekleştirebilir. (TCK 37/2).

Bu suçta iştirakin şekilleri olan azmettirme ve yardım etme mümkündür. Suç ortaklarının azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluğu için iştirakte bağlılık kuralı gereği, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir (TCK m. 40/3). Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, failin cinsel

saldırı suçunu işlenmesine başlamadan önce, örneğin mağdurun içkisine ilaç katarak yardım eden kişinin bu fiili failin kastı kapsamında olmadığı için bağlılık kuralı gerçekleşmediğinden yardım eden olarak değerlendirilemez.

V. Kusur

Kusur bakımından cinsel saldırı suçu bakımından bir özellik bulunmamaktadır.

Alman Ceza Kanunu'ndaki Cinsel Saldırı Düzenlemesi

Cinsel suçlar Alman Ceza Kanunu'nun 13. Bölümünde "Kendi Cinsel Davranışını Tayin Hakkına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir.²³ Bu başlık, Alman Ceza Kanunu'nun da cinsel suçlarda toplumu değil bireyi temel alan modern anlayışı benimsediğini göstermektedir.

Alman Ceza Kanunu İlgili Maddeleri²⁴

Madde 177 Cinsel Davranışlara Zorlama; Zorla Irza Geçme (nitelikli cinsel saldırı)

Her kim başka kimseyi,

1. Cebir kullanarak,
2. Vücut veya hayat için hâlihazırda bir tehlike ile tehdit ederek veya
3. Mağdurun failin etkisine karşı mukavemet edemeyeceği bir durumu kötüye kullanarak,

Failin veya başka birisinin kendi üzerinde yaptığı cinsel davranışlara katlanmaya veya failin veya başka birisinin üzerinde cinsel davranışlarda bulunmaya zorlarsa, bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır.

(2) Çok ağır hallerde 2 yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırılır. Eğer, fail mağdurla cinsel ilişkide bulunur veya mağdur

23 YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN Gotfried, Strafgesetzbuch Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 2009, s. 240

24 YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN Gotfried, Strafgesetzbuch Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 2009, s. 241 vd.

üzerinde benzer nitelikte ve mağduru özel bir şekilde küçük düşüren, bilhassa vücuda bir şey sokulması (zorla ırza geçme) suretiyle işlenen cinsel davranışlarda bulunur veya fail benzer cinsel davranışların mağdur tarafından, kendisi üzerinde yapılmasını sağlarsa veya fiil birden fazla kişi tarafından, birlikte işlenirse, kural olarak, suçun çok ağır hali gerçekleşmiş sayılır.

(3) Fail,

1. yanında bir silah sair bir tehlikeli alet bulundurur,
2. cebir uygulamak veya cebir tehdidi ile başka bir insanın mukavemette bulunmasını önlemek veya mukavemetini kırmak için, yanında sair bir alet veya araç bulundurur veya
3. işlediği fiil neticesinde mağdurun sağlık durumunda ağır bir bozulma tehlikesi meydana getirirse,

Üç yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(4) Fail,

1. fiilin işlenmesi sırasında bir silah veya başka bir tehlikeli alet kullanır,
2. mağduru
 - a) fiilin işlenmesi sırasında ağır surette bedeni olarak kötü muameleye maruz bırakır veya
 - b) işlenen fiil ile ölüm tehlikesine düşürürse,

5 yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(5) 1'inci fıkranın hafif hallerinde altı aydan beş yıla kadar, 3'üncü ve 4'üncü fıkranın hafif hallerinde ise, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

Madde 178- Cinsel Davranışa zorlamanın ve zorla ırza geçmenin ölümle sonuçlanması

Fail cinsel zorlama veya zorla ırza geçme neticesinde, en az ağır dikkatsizlik veya ilgisizlik nedeniyle mağdurun ölümüne sebebiyet verirse, müebbet hapis cezası veya on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır.

Madde 179- Kendisini savunamayacak bir halde bulunan kişilerin cinsel yönden istismarı

(1) Her kim,

1. Bağımlılıktan doğan bir hastalığı veya ağır bir şuur bozukluğu dâhil olmak üzere, zihinsel veya ruhi bir hastalığı veya özürlü olması nedeniyle veya

2. Bedenen kendisini savunamayacak bir halde bulunan diğer bir kişiyi, onun içinde bulunduğu, direnme yeteneğine sahip olmama durumunu kötüye kullanarak, o kişi üzerinde cinsel davranışlarda bulunarak veya ona kendisi üzerinde bu tür hareketler yaptırarak, istismar ederse, altı aydan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Her kim, kendisini savunamayacak halde bulunan bir kişiyi (fıkra 1), içinde bulunduğu, direnme yeteneğine sahip olmama durumunu kötüye kullanarak, onu üçüncü bir kişi üzerinde veya üçüncü kişiyi bu şahıs üzerinde cinsel davranışta bulunmaya sevk ederek, istismar ederse, aynı şekilde cezalandırılır.

(3) Çok ağır hallerde bir yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(4) Bu suça teşebbüs cezalandırılır.

(5) Aşağıdaki hallerde hükmedilecek ceza 2 yıldan az olamaz; eğer

1. Fail mağdur ile cinsel ilişkide bulunur veya vücuda bir şey sokulması ile bağlantılı olmak üzere, benzer cinsel davranışları onun üzerinde gerçekleştirir veya onun bunları kendisi üzerinde gerçekleştirmesini sağlarsa,

2. Fiil birkaç kişi tarafından birlikte işlenirse veya

3. Fail, işlediği fiil neticesinde, mağdurun sağlığının veya bedensel veya ruhsal gelişiminin ağır bir surette bozulma tehlikesi meydana getirirse,

(6) 5'nci fıkranın hafif hallerinde, bir yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmedilir.

(7) 177'nci maddenin 4'üncü fıkrasının 2 numaralı bendi ve 178'nci madde kıyasen uygulanır.

Alman Ceza Kanunu'nun Cinsel Suçlar düzenlemesinde 5237 sayılı TCK'dan ayrıldığı en büyük nokta cinsel istismar ve cinsel saldırı arasındaki farkı sadece yaşa göre yapmaması, bu ayrımı failin, mağdurun herhangi bir sebeple direnme gücünün olmadığı durumlardan yararlanarak gerçekleştirdiği cinsel davranışlara göre yapmasıdır. Başka bir deyişle Alman Ceza Kanunu failin yaşına bakmaksızın, failin mağdurun cinsel davranışa karşı koyamama halinden yararlandığı durumları da istismar olarak nitelendirmektedir. Bu sebeple bizim hukukumuzda cinsel saldırının cezayı arttıran nitelikli halleri olarak düzenlenen TCK Madde 102'nin 3. fıkrasının a, b, e bendinde yer alan haller, Alman Ceza Kanunu'na göre cinsel istismar kapsamına girmektedir. Alman Ceza Kanunu'nun (StGB) 174. maddesi'nin başlığı "*Himayesine verilen İnsanın Cinsel İstismarı*" olup, bu maddenin alt başlıkları da "*174a Mabpusların Bir Makamın Kararı İle Muhafaza Altında Veya Kurumlarda Bulunan Hasta veya Yardıma Muhtaç Olan Kişilerin Cinsel İstismarı*", "*174b Kamu Görevlisinin Mevkiini Kötüye Kullanarak Cinsel İstismarı*", "*174c Danışma, Tedavi ve Yönlendirme İlişisini Kötüye Kullanarak Cinsel İstismar*" şeklindedir. Buradan çıkan sonuç Alman Ceza Kanunu'nun istismar kavramını sadece yaşa göre belirlemediği, daha geniş kapsamlı ele alarak kişinin ergin durumda olmasına rağmen, içinde bulunduğu durum gereği karşı koyma iradesini oluşturmasının mümkün olmadığı durumları da istismar olarak düzenlediğidir.

Alman Ceza Kanunu'nun "Cinsel Davranışlara Zorlama, Zorla Irza Geçme Suçu" başlıklı 177. maddesi incelendiğinde temel olarak bizim düzenlememize paralel bir cinsel saldırı düzenlemesi görülmektedir. Fail ve mağdur herkes olabilir, bunun yanında bu suç aynı cinsiyetteki iki kişi arasında da işlenebilir. Fiil unsurunu yakından incelediğimizde kanuni düzenlemede TCK'dan daha ayrıntılı bir düzenleme olduğu göze çarpmaktadır. TCK'da cinsel saldırı suçunun fiil unsuru "cinsel davranışlarla bir kişinin vücut bütünlüğünü ihlal etmek olarak" düzenlenirken Alman hukuku cinsel saldırı suçu düzenlemesinde suç tipindeki fiil unsurunu tanımlamıştır. Buna göre cinsel saldırı suçu, cebir kullanılarak ya da vücut veya hayat için hali hazırda bir tehlike ile tehdit edilerek ya da mağdur failin etkisine karşı mukavemet edemeyeceği bir durumu kullanarak bir kimsenin, kendi üzerindeki cinsel davranışlara katılmaya veya kendisinin veya üçüncü bir kişinin üzerinde

cinsel davranışlar gerçekleştirmeye zorlanmasıdır. Kanun metninde yer almadığı halde Türk Hukuk doktrini tarafından kabul edildiği üzere, mağdurun failin cinsel davranışlarına tepki gösteremeyeceği bir durumda, mağdur karşı koymasa dahi fail mağdurun bu durumunu kullanıyorsa, bir başka deyişle mağdur karşı koyamayacak bir haldeyse bu durum da saldırı olarak görülmektedir. Mağdurun ters yöndeki iradesini ortadan kaldıracak biçimde, eylemin sinsi ve hızlı bir biçimde gerçekleştirilmesi durumunda rızanın varlığından söz edilemez.²⁵ Mağdurun görmeyeceği bir şekilde arkasından gelmekte olan failin hızlı bir biçimde mağdura dokunması olayında olduğu gibi, cebir, hile, tehdit olmadan ve hatta mağdurun fiil konusunda rızasının olup olmadığını beyan etme/gösterme fırsatı olmadan da bu suç işlenebilir. Ayrıca Alman Kanunu'nda bir kimsenin yalnızca kendisi üzerindeki cinsel davranışlara katlanmak zorunda olması durumunda değil, onun başkası üzerinde cinsel davranış gerçekleştirmeye zorlanması durumunda da bu suçun gerçekleşeceği ve kişinin bu suçun mağduru olacağı belirtilmiştir. Bu husus TCK madde 102'nin metninde yer almamakla birlikte doktrin tarafından da tartışmasız bu şekilde kabul edilmektedir ve uygulamada bu yöndedir.

Hukukumuzda cinsel saldırı suçunun faili bakımından kadın-erkek ayrımı bulunmamakla birlikte pratikte nitelikli cinsel saldırı suçunun failinin kadın olabilmesi kanun metninde söz konusu fiil "vücuda organ veya sair bir cisim sokmak olarak tanımlandığı için söz konusu olmamaktadır. Bu durumu göz önünde bulunduran Alman Ceza Kanunu zorla ırza geçme olarak tanımladığı bu ağır hali için *"Eğer, fail mağdurla cinsel ilişkide bulunur veya mağdur üzerinde benzer nitelikte ve mağduru özel bir şekilde küçük düşüren, bilhassa vücuda bir şey sokulması şeklinde işlenen cinsel davranışlarda bulunur"* şeklinde düzenleyerek bu karışıklığı önlemiştir. Cinsel davranışın ağırlığına göre yalnızca cinsel ilişki değil benzer nitelikte ve mağduru küçük düşüren davranışlar da cinsel davranışlara zorlama fiilinin ağır hali olacağından kadınların bu suçun faili olması kanunun lafzıyla pratik olarak da mümkün kılınmıştır.

25 TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, ÖNOK Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 290

SONUÇ

5237 sayılı TCK'ya 6545 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle birlikte öngörülen cezalar artmış olup, sarkıntılık kavramı kanunumuza girmiştir. İnsanların toplu olarak yaşamasından yararlanarak gerçekleştirilen cinsel saldırı fiilleri nitelikli hal olarak öngörülmüş ve verilecek cezada artırımı gidilmiştir. Cinsel saldırı ve cinsel istismar suçlarının neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olan “Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu” kanundan çıkarılmıştır.

Alman Ceza Kanunu ile karşılaştırdığımızda kanunumuzda cinsel saldırının nitelikli hali olarak düzenlenen durumların Alman Ceza Kanunu'nda cinsel istismar olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Kanunumuzda nitelikli cinsel saldırı düzenlemesinin cinsel saldırı fiilinin teorikte failinin herkesin olabileceğın tartışmasıdır. Ancak kanunun lafzından pratikte failinin kadın olamayacağı şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Alman Ceza Kanunu bizdeki nitelikli cinsel saldırı suçunu oluşturan fiilleri tahdidi olarak saymayıp suçu oluşturan fiilleri saydıktan sonra “bilhassa vücuda bir şey sokulması” şeklinde işlenen davranışlar diyerek bu durumu daha açık bir şekilde düzenlemiştir.

KAYNAKÇA

- ÖZBEK Veli Özer, Türk Ceza Kanununun Anlamı, TCK İzmir Şerhi, C.I, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2010
- YENİSEY, Feridun, PLAGEMANN Gotfried, Strafgesetzbuch Alman Ceza Kanunu, Beta Yayınları, 2009
- ÖZBEK, Veli Özer /KAMBUR, M. Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınları,3. Baskı, 2012 s. 329
- TEZCAN Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan /ÖNOK R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Bası, 2014
- KOCA, Mahmut, ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınları, 6. Baskı, 2013
- MALKOÇ İsmail, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, Malkoç Kitabevi, 2009
- YAŞAR Osman, GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 3, Ankara 2010
- Arş. Gör. KORKUSUZ, Gülşah, Cinsel Saldırı Suçu, İÜHFM C LXXI, S. 1, 2013

HALKI KİN VE DÜŞMANLIĞA TAHRIK SUÇU

Dinç ERKMEN*

I. SUÇ TİPİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama

Madde 216-(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Gerekçe

Birinci fıkrada tanımlanan “Halkı kin ve düşmanlığa tahrik” suçu, hukuk devleti olma standardı yüksek olan birçok ülkenin ceza kanunlarında yer almaktadır. Hiçbir devlet, vatandaşları arasında, muayyen özelliklere sahip bir kesiminin diğer kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa, öç almayı gerektirecek şiddetli nefrete yönlendirilmesine seyirci kalamaz.

Öte yandan çağdaş dünyada, gelişmenin temel dinamiği olarak düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kabul edilmektedir. Bu bağlamda; kişilerin düşündüklerini hür bir ortamda söyleyebilmeleri, demokratik

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 4. Sınıf Öğrencisi

toplumun varlığı için zaruri sayılan unsurlardandır. Söz konusu suç tanımını, bu düşünceler dikkate alınarak yapılmıştır.

Suçu oluşturan “tahrik”, soyut saygısızlık ve reddin ötesinde, bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesini sağlamaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Fail sübjektif olarak da bu amacı gütmeli, halk kesimini kin ve nefrete tahrik etmelidir. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde, ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.

Kin, “öç almayı gerektirecek şiddetli düşmanlık hareketlerin zemini oluşturulan psikolojik bir hâl”; düşmanlık ise, “husumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu” olarak da tanımlanabilir. Şu hâlde kin ve düşmanlık; “husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zemini oluşturulan psikolojik bir hâl” olarak açıklanabilir.

Fıkra metninde; fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; soyut tehlike suçu olmaktan çıkarılmış, somut tehlike suçu hâline getirilmiştir. Bu suretle, çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Bu düzenleme sayesinde “kin ve düşmanlık” ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece “şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler” madde kapsamında değerlendirilebilecektir.

Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu tehlike, somut bir tehlikedir. Bu somut tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlerken failin söz ve davranışlarının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Hâkim, kullanılan ifadeler dolayısıyla bu tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini, dayanak noktalarını göstermek suretiyle belirleyecektir. Bu kapsamda, kişinin söz ve davranışları-

nın kamu güvenliğini bozma açısından yakın bir tehlike oluşturduğunun tespit edilmesi gerekir. Kişinin söz ve davranışlarının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılabacak bir etki oluşturması gerekir. İfade özgürlüğü ile bu tip tehlike suçları arasında “açık ve mevcut tehlike” kriterinin var olması gerekir. Buna göre, yapılan konuşma veya öne sürülen düşünceler toplum açısından açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğu takdirde yasaklanabilmekte, keza böyle bir tehlikenin varlığı somut olarak, açıkça tespit edilmedikçe söz konusu suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemez.

Maddenin ikinci fıkrasında; halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge bakımından farklı bir kesiminin alenen aşağılanması suç sayılmıştır. Suçun oluşması için fıkarda belirtilen özelliklere sahip ve halkın bir kesimini oluşturan gayrimuayyen sayıdaki kişilerin aşağılanması, tahkir edilmesi gerekir. Bu fıkarda, kamu barışını korumak amacıyla halk kesimlerinin alenen aşağılanması, suç olarak tanımlanmıştır.

Maddenin üçüncü fıkrasında; bir halk kesiminin benimsediği dinî değerlerin alenen aşağılanması, suç hâline getirilmiştir. Fiilin cezalandırılabilmesi için, “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekir.

II. 765 Sayılı TCK'deki Gelişim

765 sayılı TCK'nin kabulüyle TCK'nin 312.maddesinde düzenlenen suç, üç defa değişikliğe uğramıştır. TCK'nin 312.maddesi, ilk hâliyle kaynağını aldığı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 247.maddesinin karşılığını oluşturmaktadır.¹ Bu maddede, 1953'te 6123 sayılı kanun, 1981 yılında 2370 sayılı kanun ve 2002 yılında 4744 sayılı “*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile değişiklikler yaşanmıştır.

Kanunun yürürlüğe girdiği ilk dönemde “*Halkı Düşmanlığa veya*

1 1889 İtalyan Ceza Kanunu'nun 247.maddesi: “Her kim; kanunun cürüm addettiği bir fiili alenen medh ve istihsan eder veya halkı kanuna itaatsizliğe tahrik veyahut cemiyetin muhtelif sınıflarını emniyeti umumiyeye için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete teşvik eylerse üç aydan bir seneye kadar hapis ve... para cezası ile cezalandırılır.” Bkz: Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürmü, Sayfa 6

Kin Beslemeye Tabrik Suçu” kapsamında içinde “*alenen kanunun cürüm saydığı fiilin methedilmesi*”, “*balkı kanuna itaatsizlik*” ve “*cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tabrik*” suçları tek fıkra hâlinde hükme bağlanmıştır.

İlk değişiklik; 1953 yılında gerçekleşmiş, yapılan bu değişiklik sonucu her ne kadar suç tipine dokunulmamış olsa da madde metnindeki “*ve*” bağlaçları “*veya*” şekline getirilmiş, dil sadeleştirilmiş, “*alenen*” kelimesi yerine “*açıkça*” kelimesinin kullanımı benimsenmiş ve cezalar arttırılmıştır.²

İkinci değişiklik sonucu 1981 yılında yapılan düzenlemenin öncelikle düşünce hürriyeti aleyhine bir düzenleme olduğu belirtilmelidir.³ Bu düzenleme ile getirilen en büyük farklılık, yapılan değişiklikle cürmün orijinal kalıbının bozularak 312.maddenin birinci fıkrasındaki diğer suçlardan ayrılmasıdır. Değişikliğe kadar “*sosyal sınıfları düşmanlığa tabrik suçu*” olarak isimlendirilen fiil, “*balkı kin ve düşmanlığa açıkça tabrik cürmü*” olarak adlandırılmaya başlanmış, madde metni, değişiklik gerçekleşene dek “*cemiyetin muhtelif sınıflarını umumun emniyeti için tehlikeli bir tarzda kin ve adavete tabrik eyleyen kimse... mahkûm olur*” şeklindeki; düzenleme ile “*balkı sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tabrik eden kimse... cezalandırılır. Bu tabrik umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek şekilde yapıldığı takdirde faile verilecek ceza üçte birden yarıya kadar arttırılır*” hâline getirilmiştir. Bu noktada tahrikin umumun emniyeti için tehlikeli olabilecek bir tarzda icrasının, ağırlatıcı bir sebep teşkil ettiği de dikkat çeken bir husustur.⁴

Üçüncü değişiklik ise, 19.02.2002 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun*” ile yürürlüğe girmiş, maddenin yeni hâli, “*Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak, halkı birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tabrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde olmuştur.⁵

2 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa.6

3 Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler-2, Sayfa.2358

4 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 725

5 A.g.e. Sayfa 725

Özetle 765 sayılı Kanun'un son hâli şu şekildedir: Madde 312-(1) Bir cürmü alenen öven veya iyi gördüğünü söyleyen veya halkı kanuna uymamaya tahrik eden kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir. (2) Sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılığına dayanarak halk birbirine karşı kamu düzeni için tehlikeli olabilecek bir şekilde düşmanlığa veya kin beslemeye alenen tahrik eden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. (3) Halın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyici bir şekilde tahkir eden kimseye de birinci fıkradaki ceza verilir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı oranında artırılır.

III. 5237 Sayılı TCK'de Yer Alan Düzenleme ile Alman ve Avusturya Ceza Kanunları'nda Yer Alan Düzenlemeler

A. 765 ve 5237 sayılı TCK'deki Düzenleme

TCK'nin 216.maddesinde üç fıkrada üç ayrı suça yer verilmiştir. Birinci fıkrada halkın belli bir özelliğe sahip bir kesiminin diğer bir kesimi aleyhine, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturarak alenen tahrik etmesi; ikinci fıkrada halkın bir kesiminin belli farklara dayanarak alenen aşağılanması, üçüncü fıkrada ise halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması düzenlenmiştir.

TCK 312'de de tıpkı TCK'nin 216.maddesinde olduğu gibi üç fıkraya yer verilmiştir. Birinci fıkrada, "*cürmü alenen övme veya halkı kanunlara uymamaya tabrik etme*"; ikinci fıkrada, "*halkı belli özelliklerdeki farklılıklara dayanarak kamu düzeni için tehlikeli olabilecek biçimde düşmanlığa veya kin beslemeye tabrik etme*"; üçüncü fıkrada ise, "*halkın bir kısmını aşağılayıcı ve insan onurunu zedeleyecek bir şekilde tahkir eden kimseye verilecek ceza*" düzenlenmiştir.

TCK 216'nın birinci fıkrasındaki düzenleme, 765 sayılı Kanun'daki 312.maddenin ikinci fıkrasına benzemektedir. 765 sayılı Kanun'a göre suç isnadında bulunulabilmesi için, tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olması; 5237 sayılı Kanun'da ise, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gereklidir. Buna göre 765 sayılı Kanun'da, kişi hakkında suç isnadında bulunabilmek daha kolaydır; çünkü kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya

çıkması, her iki düzenleme kıyaslandığında tahrikin kamu düzeni için tehlikeli olmasına göre daha muğlak, kişinin suçlanmasına daha elverişli bir düzenlemenin oluşumunu engeller, başka bir deyişle kişinin neyle suçlandığının daha belirgin bir biçimde açığa çıkmasına yardımcı olur. Bu bakımdan günümüzde kişilere bu suç isnadının gerçekleştirilmesinin daha zor olduğu ve buna bağlı olarak kişilerin düşüncelerinden ötürü bu suç isnadıyla karşı karşıya kalmalarının zorlaştırıldığı söylenebilir.

İkinci olarak belirtilmesi gereken husus, 2002 yılında yapılan değişiklikle ortaya çıkan “...*düşmanlığa veya kin beslemeye...*” şeklindeki kalıp, kin ve düşmanlığın seçimlik unsurlar olarak görülmesine neden olmuştur. Yani alenen tahrikin kin besleme veyahut düşmanlığa yol açma ihtimallerinden bir tanesine neden olması durumunda, netice, madde metninde belirtilen diğer şartların da gerçekleştiğinin kabulüyle gerçekleşir; ancak 5237 sayılı Kanun’da kin ve düşmanlığın bir arada bulunması zorunluluğu getirilerek, suçun işlenmesi zorlaştırılmış, suçun uygulama alanı, doktrindeki eleştirileri dikkate alan şekilde daraltılmıştır.⁶

5237 sayılı Kanun’un ikinci fıkrası, eski kanunun üçüncü fıkrasına benzemektedir. Bununla beraber iki madde arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Öncelikle 312.madede suçun oluşması için halkın bir kısmının aşağılanması hangi nedenle söz konusu olması gerektiği belirtilmemiş, aşağılanmanın vuku bulması, yeterli kabul edilmiştir. Bununla beraber 5237 sayılı Kanun’da halkın bir kesiminin hangi unsurlara dayalı olarak aşağılanması gerektiği belirtilmiş, kanunda belirtilen kriterler dışındaki bir aşağılamanın söz konusu olduğu durumlar, kanunun lafzından yola çıkılarak dikkate alınmamıştır.⁷

İkinci önemli farklılık ise, yeni kanunun ikinci fıkrasında, aşağılanmanın alenen olmasının belirtilmiş olmasına karşın; eski kanunda böyle bir hususun bulunmamasıdır. Son olarak eski kanunun üçüncü maddesinde “*insan onurunu zedeleyecek biçimde*” ibaresinin bulunmasına karşın; şimdiki kanunda böyle bir ibare bulunmamaktadır.

6 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6059

7 A.g.e, Sayfa 6059

B. Almanya ve Avusturya Ceza Kanunu'ndaki Düzenleme

Bu suç, Alman Ceza Kanunu'nda özel hükümlerin düzenlendiği bölümün yedinci kısmında “*Kamu Düzeni Aleyhine Cürümler*” bahsinde, 130.paragrafta yer almaktadır. Suç, madde metninde şu şekilde belirtilmiştir: (1) Her kim, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, 1.Halkı, halkın diğer bazı kesimleri aleyhine kine tahrik eder veya halka bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunur veya 2. Halkın bazı kesimlerine sövmek suretiyle onları kötü maksatla küçük düşürerek veya iftirada bulunarak başkalarının insanlık onuruna saldırıda bulunursa, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, 1. Halk kesimleri aleyhine veya ulusal, ırki, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruplardan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları a) Dağıtır b) Alenen sergiler, duvara asar, gösterir veya sair suretle ulaşılabilesini sağlar c) On sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunar, ona bırakır veya bunlara bu kişinin ulaşabilmesini sağlar d) Bunları veya bunlardan elde edilen parçaları, a ile c harfli bentler anlamında kullanmak veya başkasının bu şekilde kullanmasını mümkün kılmak amacıyla üretir, başka birinin vasıtasıyla alır, teslim eder, metheder, ithal veya ihraç etmeye girişir veya 2. 1 numaralı bentte tanımlanan muhtevayı içeren bir sunumu radyo, medya veya telekomünikasyon ağ hizmetleri yoluyla yayarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (3) Nasyonal sosyalist iktidar altında işlenen ve Devletler Ceza Kanunu'nun altıncı maddesinin birinci fıkrasında tanımlanan bir fiili, kamu barışını bozmaya elverişli bir şekilde, alenen veya bir toplantı sırasında onaylayan, inkâr eden veya zararsız gibi gösteren kişi, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (4) Her kim, aleni olarak veya bir toplantı sırasında cebir ve keyfiliğe dayanan nasyonal sosyalist iktidarı onaylayarak, yücelterek veya hukuka uygun gibi göstererek, mağdurların onurunu ihlâl edecek biçimde kamu barışını bozarsa, üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (5) Fıkra 2, üçüncü ve dördüncü fıkralarda tanımlanan muhtevayı içeren yazılar hakkında da uygulanır. (6) Fıkra 2 ye giren hâllerde, beşinci fıkra ile de bağlantı-

lı olarak ve üçüncü ve dördüncü fıkralara giren hâllerde, 86. maddenin üçüncü fıkrası kıyasen uygulanır.

Avusturya Ceza Kanunu'nun Özel Hükümler kısmında yer alan 283. paragraftaki düzenleme ise şöyledir: Kışkırtma suçu; (1) Her kim, kamu barışını tehlikeye sokmaya elverişli bir biçimde, ülkede mevcut kilise veya dini topluluklara karşı veya kilise veya dini topluluklara, ırka, halka, aşirete veya devlete ait bir gruba mensubiyet dolayısıyla düşmanca hareketlere tahrik veya teşvik ederse, iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Her kim birinci fıkrada belirtilen gruplara karşı alenen tahrik eder ya da bunlara insan haysiyetini zedeler mahiyette söverse ya da tahkir etmeye teşebbüs ederse, aynı şekilde cezalandırılır.

C. Korunan Hukuki Yarar

Yukarıda da belirtildiği gibi, TCK'nin 216.maddesinde belirtilen bu suç, TCK'nin üçüncü kısmının beşinci bölümünde "*Kamu Barışına Karşı Suçlar*" başlığı altında düzenlenmiştir. 765 sayılı Kanun'da da bu suçun içinde bulunduğu babın başlığı "*Ammenin Nizamı Aleyhine Cürümler*"dir. Bu iki tespitten yola çıkıldığında 5237 sayılı Kanun'da kamu barışının; 765 sayılı Kanun'da amme nizamının, başka bir deyişle kamu düzeninin korunmak istendiği söylenebilir. Halkın kanun maddesinde belirtilen özelliklere sahip kesimlerinin diğer bir kesim tarafından kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması biçiminde kin ve düşmanlığa alenen tahriki, belli özelliklere sahip bir kesiminin aşağılanması ya da bir kesiminin benimsediği dini değerlerin aşağılanması; toplumda kargaşanın çıkmasına, insanların birbirine düşmanca tavır almasına neden olur. Bu durumun da kamu barışı açısından ister istemez bir tehdit oluşturduğu söylenebilir.

Burada ilk etapta kamu kavramının tanımlanması gerekmektedir. Kamu, sözlüğe bakıldığında, "*halk hizmeti gören devlet organlarının tümü*", "*bir ülkedeki halkın bütünü, amme*", "*hep, bütün*" şekillerinde tanımlanmıştır.⁸ Barış, uyum, karşılıklı anlayış ve hoşgörü ile oluşturulan ortam, barışma işi, savaşın bittiğinin bir antlaşmayla belirtilmesin-

8 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e0dd0997edd4.17507780

den sonraki durum, sulh, hazar, böyle bir antlaşmadan sonra insanlık tarihindeki süreç gibi anlamlara sahiptir.⁹ Düzen ise; Türk Dil Kurumu'na göre belli yöntem, ilke veya yasalara göre kurulmuş olan durum, uyum, nizam, sistem demektir.¹⁰ Bayraktar ise düzene felsefi bir yaklaşımla yokluğa, karmaşıklığa karşı direnme şartlarının birleşimi, gelişim, mükemmelleşmenin ve devamlılığın en önemli unsuru olduğuna ilişkin bir tanım getirmiştir.¹¹ Görüldüğü gibi hem “kamu” hem “düzen” hem de “barış” kavramına farklı tanımlamalar getirilebilmektedir. Bu nedenle bu kavramların bir araya gelerek oluşturulan “kamu düzeni” ve “kamu barışı” kavramlarından özellikle kamu düzeni farklı kimseler bakımından farklı yaklaşımlarla ele alınmıştır.

Bir görüş, bu kavramla kamunun huzuru, güvenliği ve sağlığının korunmasının kastedildiğini belirtmektedir.¹² Yani kamu düzeni; kamu huzuru, kamu güvenliği ve kamu sağlığının bir araya gelerek oluşturduğu bir üst kavramdır. O hâlde verilen bu tanımdan hareket edildiğinde, kamu düzeni kavramının daha iyi anlaşılabilmesi için kavramı oluşturan unsurların da tanımlanması gerekmektedir. Kamu huzuru, toplu hâlde yaşamının neden olabileceği sakıncaları aşan ölçüde ortaya çıkan rahatsız edici durumun ortadan kaldırılmasını ifade eder.¹³ Kamu güvenliği, toplulukların yaşantılarına zarar verebilecek her türlü tehlikeye karşı korunma olarak nitelendirilebilecekken¹⁴; kamu sağlığı ise halkın sağlığının koruyucu hekimlik kurallarının da uygulanması sonucu ortadan kaldırılması olarak açıklanır.¹⁵

Başka bir görüşe göre kamu düzeninden anlaşılması gereken, toplumun gelişimidir. Bu tanımdan yola çıkan görüşe göre; siyasi, iktisadi, manevi, ahlâki ve sanat düzeninin sağlanması da kamu düzeninin sağ-

9 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e8631469bee7.74771359

10 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.53e8630ff1a975.82012673

11 Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler, Sayfa 89

12 Bkz: Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürümü, Sayfa 91, Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Sayfa 138

13 A.g.e., Sayfa 138

14 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 64

15 Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler, Sayfa 92, Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, Sayfa 138

lanması bakımından tıpkı kamu huzuru, kamu sağlığı ve kamu güvenliğinin temin edilmesi kadar gereklidir.¹⁶

Bir diğer görüş ise, kamu düzeninin toplumun hayatı ve vazgeçilmez yararı olan kamu yararı şeklinde ifade eder. Bu görüş, kavramın oldukça geniş kapsamlı olmasından ötürü eleştirilmiştir. Kamu yararı, kanunların tamamının ortak gayesini, hedefini belirlerken; kamu düzeni toplumun fiziksel açıdan düzenini korunmasını teşkil eder. Bu bakımdan iki kavram birbirinden farklıdır; ancak kamu yararının sağlanmasının kamu düzeninin korunmasını tetiklediği açıktır.¹⁷

Öte yandan kamu düzeni ile hukuk düzenini eş anlamda kabul eden görüşler de vardır. Kamu düzeninin sağlanması, hukuk kurallarının tam anlamıyla uygulanabilmesiyle mümkündür ve bu çerçeveden bakıldığında özellikle ceza kanununda ortaya konulan normlara uyulmasının kamu düzeninin temin edilmesini sağladığı belirtilmektedir.¹⁸

Konuyu özel hukuk bakımından inceleyen yazarlara göre de kamu düzeni niteliği taşıyan normlar; Anayasa Hukuku, Ceza Hukuku ve Aile Hukuku'ndaki hükümler, ahlâki inanış ve uygulamaları belirleyen kurallar ve geleneklerdir. Başka bir deyişle, devlet yönetimi ve düzeni ile ilgili kurallar ve Medeni Hukuk'taki emredici hükümler, kamu düzenini oluşturmaktadır.¹⁹

Anayasa Mahkemesi, kamu düzeni kavramını: “*toplumun buzur ve sükûnunun sağlanması*” şeklinde ifade ederken;²⁰ Yargıtay ise kavramı: “*Amme nizam, toplum hayatının buzur ve güvenlik içinde yürümesini sağlayan düzenin bütünüdür. Başka bir deyimle, kamu düze-*

16 Bkz: Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrir Cürümü, Sayfa 93, Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler, Sayfa 593

17 Bkz: Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrir Cürümü, Sayfa 93

18 Bkz: Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrir Cürümü Sayfa 95, Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Sayfa 350

19 Bkz: Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrir Cürümü, Sayfa 96; Ökçün, Gündüz, Devlet Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Sayfa 13; Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Sayfa 143; Ekşi, Nuray, Akitten Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu, Sayfa 75

20 Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.1964 tarih ve 1963/128 E. 1964/9 K. Sayılı ilamı. Karar için Bkz: AKMD, Sayfa.2, Ankara 1965, Bayraktar, Sayfa 92. Ayrıca bkz: Gözübüyük, Abdullah Pulat, Amme Nizamına Karşı Cürümler, Sayfa 62

nine karşı işlenen cürümler, kamu huzur ve güvenliğini tehlikeye koyabilen suçlardandır.” şeklinde ifade etmiştir.²¹

Kamu barışından ise anlaşılması gereken kişiler arasındaki ilişkilerde, hukukun hüküm sürdüğü toplum düzenidir. Bu tanımdan yola çıkıldığında kamu barışının kamu düzeninden daha dar bir manaya sahip olduğu görülür.²² Kanaatimce, 5237 sayılı Kanun’un 216.maddesinin ortaya çıkışıyla korunan hukuki değerın anlamının daraltılması, suçun kapsadığı alanı daraltarak ve buna bağlı olarak suçun oluşumunu zorlaştırarak, düşünce özgürlüğünün sınırlarını genişleten yapıya bürünmüş, doğru bir değişikliklin vuku bulması sağlanmıştır.

Alman Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeye bakıldığında, korunan hukuki yararın “*kamu barışı*” olduğu söylenebilir. Bu husus madde metninde “*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören...*” denilerek dile getirilmiştir. Yani suçun oluşumu için ön şart, kamu barışının bozulmasının elverişliliğidir.

Avusturya Ceza Kanunu’nda da korunan hukuki yarar, kamu barışıdır. Bu durum, madde metninin başlangıcı olan “*Wer öffentlich auf eine Weise, die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu gefährden...*” ifadesiyle karşılığını bulmuştur.

D. Suçun Maddi Unsurları

1. Fiil

a) Genel Olarak

TCK’nin 216.maddesinin birinci fıkrası uyarınca, halkın belli özelliklere sahip kesimlerini farklı özelliklere diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimseler, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması şartının da gerçekleşmesiyle cezalandırılırlar. Bu cümleden yola çıkıldığında madde metnine göre cezalandırılabilmenin şartları şunlardır: 1) Halkın belli özelliklere sahip kesimlerinin farklı özelliklere sahip diğer kesimlerinin aleyhine tahrik

21 Bkz: Yargıtay 8.CD, 18.06.1974 tarih ve 1974/2-2 sayılı karar. Karar için bkz: Savaş-Mollamahmutoglu, Cilt.2, 2786 vd.

22 Artuk, Mehmet Emin; Gökcen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler Sayfa 726

edilmesi gerekir. 2) Tahrikin kin ve düşmanlık yaratması gerekir. Kin ve düşmanlık, eski kanun metninin aksine seçimlik değil; bir arada gerçekleşmesi gereken şartlardır. 3) Aleni tahrikin söz konusu olması gerekir. 4) Kin ve düşmanlığa yol açan bu aleni tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturması gerekir.

Madde, ayrıntılı olarak incelendiğinde sadece Türkiye’de daimi yaşayan halk kesiminin bir kısmının Türkiye’de yaşayan bir başka halk kesimine karşı kışkırtılması gerektiği gibi görüşler söz konusu olsa da, kanaatimize göre “yaşayan” kelimesi, daimi bir ikamet algısı yaratmalıdır. Kanunun yürürlükte olduğu topraklarda herhangi bir nedenle bulunan ve kanun maddesinde sınırlı olarak sayılan özelliklere sahip olan halk kesimlerinin yine kanunun yürürlükte olduğu topraklarda bulunan ve kanun maddesinde belirtilen nitelikleri ilk kesime göre farklı şekilde haiz olan diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa tahriki, aleniyet ve kamu güvenliği açısından açık ve yakın tehlike şartları da sağlandığı takdirde söz konusu olacaktır. Ayrıca kışkırtılması gereken halk kesiminin sadece Türk halkı olması gerekli değildir. Zira madde metnine bakıldığında “Türk halkı” gibi bir ifade bulunmamaktadır. Bu nedenle gerekli şartlar bir araya getirildiğinde, Türkiye’de bulunan herhangi bir halk kesiminin tatil amaçlı gelen Alman turistlere karşı kışkırtılmasının mümkün olduğu görülecektir.

İkinci fıkrada belirtilen suçun cezalandırılabilmesi için, halkın bir kesiminin; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanması gerekir. Aşağılanma; tahkir etmek, küçük görmek, onur kırmak anlamlarına gelir.²³ Burada belirtilen unsurlar çerçevesinde alenen aşağılanma yeterli olup, ayrıca halkın bir kesiminin şikâyeti ya da kamu barışının bozulması, gerekli değildir.²⁴

Dikkat edildiğinde ikinci fıkrada birinci fıkradan farklı olarak belirtilen nitelik, cinsiyettir. Kanaatimizce cinsiyetin geniş yorumlanması, sadece kadın ya da erkeğin değil; aynı zamanda “gay” ya da “lezbiyen”lerin de birer cinsiyet olmamasına rağmen cinsel tercih olduklarından nazara alınmaları gerekmektedir.

23 TDK Türkçe Sözlük, 10.Bası (2005), Sayfa 1884

24 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6074

Son olarak maddenin bu fıkrasının, 125.maddedeki “*bakaret*” suçuyla benzeştiği; ancak hakarete mağdurun “*belirli ya da belirlenebilir bir kimse*” olması hasebiyle suçların birbirinden ayrıldığı söylenebilir.²⁵

Üçüncü fıkraya bakıldığında, fiil; halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri kamu barışını bozmaya elverişli biçimde alenen aşağılamaktır. 765 sayılı TCK’nin 175.maddesinin üçüncü fıkrasında da benzer bir suç ihdas edilmiş olmakla birlikte, 765 sayılı TCK’de dini değer kavramından anlaşılanlar “*Allah*”, “*dinlerin peygamberleri*” ve “*kutsal kitaplar*” olarak sayılmıştır. Yeni kanunla dini değerler kavramı daha geniş bir çerçeveye oturtulmuş, “*dini büyükler*”, “*inanç sistemi*”, “*ibadet yer ve şekilleri*” vb. kavramlar da dini değerler kavramının kapsamı içinde kabul edilmiştir.²⁶ Ayrıca kanaatimizce kişinin herhangi bir dini değeri benimsememesi ve bu nedenle aşağılanması da bu maddenin kapsamı içinde değerlendirilmelidir. Zira dine ve dini değerlere inanmamak da bir bireysel tercih olup maddenin geniş yorumlanması elzemdir.

Bu maddeyle ilgili en önemli husus ise, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin alenen aşağılanmasının yeterli olmayıp, aynı zamanda kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde olmasının gerekliliğidir. Kamu barışını bozmaya elverişli olma, aşağılama eyleminin bireylerin sahip oldukları, barış esasına dayanan bir hukuk toplumunda yaşadıklarına dair duygunun zedelenmesi veya zedelenme ihtimalinin somut biçimde ortaya konmasıyla gerçekleşir.²⁷ Bu suç, dini değerlerden çok kişi hedef alınarak, kişinin dini değerlerine hakaret edilmesi suretiyle cereyan ederse, hakaret suçu oluşur.²⁸ TCK’de kişinin dini değerlerine hakaret edilmesinin cezasının alt sınırının bir yıl olduğu belirtilmiştir.

b) Kin ve Düşmanlık

Yukarıda belirtildiği gibi TCK’nin 216.maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suçun oluşması için halkın bir kesiminin bir diğer kesimi

25 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6075

26 A.g.e, Sayfa 6075

27 Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 2007, Sayfa 1603

28 Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6076

aleyhine kin ve düşmanlığa tahrik edilmesi gereklidir. “Ve” bağlacı kullanıldığından, kin ve düşmanlığın bir arada bulunması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Kin, *bir kimseye veya bir şeye karşı duyulan ve öç almayı gerektiren şiddetli düşmanlık, garez* anlamına gelir.²⁹ Önder’e göre kin, *düşmanca yapılacak hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik durumdur*.³⁰ Düşman, *birinin kötülüğünü isteyen, ondan nefret eden, ona zarar vermeye çalışan kimse anlamına gelmektedir*.³¹ Düşmanlık ise, *busumet beslenen konuya karşı düşünerek, tasarlayarak zarar vermeye, onu mağlup etmeye yönelmiş kin duygusu demektir*.³² Yargıtay 8.Ceza Dairesi ise düşmanlığı verdiği bir kararında düşmanlığı *kin ve nefret duygusu saçmak, yaymak, telkin eylemek* olarak tanımlamıştır.³³ Yukarıdaki kin, düşman ve düşmanlık tanımlarından yola çıkarak Gökçen, kin ve düşmanlığa tahriki, *busumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl* olarak tanımlamıştır.³⁴

c) Tahrik

Tahrik; *kışkırtma, harekete geçirme, sevk etme, akılda olan veya olmayan bir hususun fiiliyata dökülmesi için uyarma* anlamına gelmektedir.³⁵ Sözlükte ise tahrik; *kişileri sert harekete, isyana, misillemeye veya intikam almaya sürüklenme, kışkırtma* olarak gözükmektedir. Bayraktar’a göre tahrik, *bir hususun gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi ya da var olan bir durumun kişi veya kişilerin iradesi üzerinde etki yapması, iradenin harekete geçirilmesi, belirli bir yöne itilmesini* ifade eder.³⁶ Yargıtay ise tahriki, *başkalarına belirli yönde hareket etmeleri için, açık bir psikolojik baskı* olarak tanımlamıştır. *Kişiyi*

29 Bkz.Meydan Larousse, Cilt 11, Sayfa 306; Hayat Büyük Türk Sözlüğü, Sayfa 731

30 Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Bası, (1994), Sayfa 414

31 Bkz. Meydan Larousse, Cilt 6, Sayfa 20

32 Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, Cilt 4, 2009, Sayfa 4380

33 Yargıtay 8.Ceza Dairesi, 18.06.1974-2/2, Bkz: Savaş, Vural; Mollamahmutoğlu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt 2, 3.Baskı, Sayfa 3018

34 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 128

35 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6069

36 Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürümü, Sayfa 4

harekete getirici, iradesi üzerine doğrudan doğruya psikolojik etki yapmaya yönelik bir davranış olarak niteleyerek de tanımlamayı bu şekilde genişletmiştir.³⁷

Tahrir fiilinin icrası çeşitli şekillerde mümkündür. Tahrir hem sözle hem de yazıyla icra edilebilir.³⁸

Suçun oluşması için, tahrikin itici bir özelliğe sahip bulunması, dolayısıyla kişileri etkileyen, inandıran bir çağrının vuku bulunması gereklidir. Tahrir vasfı bulunan fiil, tahrir edilen kimselerin madde metninde bulunan özellikleri haiz halk kesiminin birbirine karşı kin ve düşmanlık beslemelerine neden olur; ancak suçun oluşumu için tahrir neticesinde grupların karşı karşıya gelmeleri, suçun oluşması için şart değildir. Bununla beraber hem objektif hem de sübjektif olarak “*kitle-sel düşmanlık*”tan söz edilebilir.³⁹

Tahrir fiilinin hukuki niteliğini belirleyen dört görüş vardır: 1) Tahriri hazırlık hareketi olarak niteleyen görüş 2) Tahriri teşebbüs şeklinde niteleyen görüş 3) Tahriri iştirak şeklinde niteleyen görüş 4) Tahriri bağımsız bir suç şeklinde niteleyen görüş

Kin ve düşmanlığın tahrir boyutu aşıp, Türk halkı birbirini öldürmeye kışkırtılırsa, diğer unsurların da bulunması şartıyla TCK'nin 214. maddesi uygulama alanı bulur.⁴⁰

d) Aleniyet

Aleniyet, çeşitli anlamlara sahip olan bir kelimedir. Sözlük anlamlarına bakıldığında, *bir şeyin zabir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması ya da her şeyin zabir bâli, dış görünüşü* gibi çeşitli anlamları haizdir.⁴¹ Erman'a göre aleniyet, *kalabalık sayıda kimselerin fiili öğrenmelerini mümkün kılabilen, herhangi bir vasıta ile*

37 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6068

38 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6069

39 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6069; Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrir Cürümü, Sayfa 182

40 Erem, Faruk, Suç İşlemeğe Tahrir, AD, Sayfa 12

41 Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, Sayfa 28

*eylemin işlenmesidir.*⁴² Avusturya Ceza Kanunu'na göre aleniyet, *doğrudan doğruya geniş bir şabis kitlesi tarafından algılanabilecek hareketlerdir.*⁴³ Alman Ceza Kanunu'nda ise aleniyetin bir tanımı yapılmamıştır. Alman doktrininde Tanner ve Volkhard, aleniyetin tanımının yapılmamasını isabetli olarak değerlendirmişlerdir. Tanner, aleniyetin çeşitli durumlara bağlı ve çok sayıda anlama matuf olan bir kavram olduğu belirtirken; Volkhard, aleniyetin iki yönlü tarif etmiş, pozitif tarifi “*şabis ve adet olarak belirsiz insanlar tarafından algılanabilen hareketin alenen yapılmış sayılması*”; negatif tarifi ise “*bareketin sadece muayyen kimselerin algılamasının öngörülerek yapılması ve sadece bu şabislar tarafından algılanmasının söz konusu olduğu durumlarda aleniyetin olmaması*” olarak ifade etmiştir.⁴⁴ Hem Alman Ceza Kanunu hem de Avusturya Ceza Kanunu, aleniyetin gerçekleştiği yer bakımından bir özellik belirtmeyerek aleniyetin varlığını yeterli saymışlardır. Önder de *bareketin yapıldığı yerin aleniyetin belirlenmesinde öneminin bulunmadığını* düşünmektedir.⁴⁵

Aleniyetin hukuki niteliği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Aleniyetin *objektif cezalandırılabilme şartı* olduğunu ifade edenlere göre, suç bütün unsurları ile tamam olduğunda faile ceza verilebilmektedir. Suçun unsurları gerçekleşmiş olmasına rağmen kanuna göre objektif bir ek şart aranmaktaysa, bu şart gerçekleşmeden failin cezalandırılabilmesi mümkün değildir.⁴⁶ Doktrinde aleniyeti objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul eden görüşlere göre, yalnızca aleniyetin varlığı hâlinde kamu düzeninin ihlâl edilir. Burada aleniyet, suça yabancı bir unsurdur.⁴⁷ Objektif cezalandırılabilme şartının somut olayda varlığı hâlinde, failin kastının, yani maddi unsurları bilme ve istemesinin tartışılmayacağını belirtmesi gerekir.

Aleniyeti *unsur* olarak gören görüşe göre ise, suçun oluşabilmesi için failin doğrudan kast ya da olası kast ile hareket etmesine ihtiyaç

42 Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989, Sayfa 207

43 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 731

44 Tanner, Alfred, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht, Sayfa 13 vd; Volkhard, Georg, Die Strafbaren Öffentlichen Aufforderung, Nürnberg, 1908, Sayfa 36

45 Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 376

46 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 194

47 A.g.e. Sayfa 195

vardır. Doğrudan kast için failin bilme ve isteme unsurlarının tam olması; olası kast için ise, failin sonucu öngörmesi ve buna rağmen fiili gerçekleştirmesi, yani icra edilen fiille sonucun gerçekleşeceğini kabul etmesi gerekir.

Kanaatimce aleniyet, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmeli, suçun unsurları gerçekleştiği hâlde suçun oluşumu için aşağıda başlığında detaylı olarak anlatılacak olan kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike de söz konusu olmalıdır.

e) Kamu Güvenliği Açısından Açık ve Yakın Bir Tehlike

Yukarıda da belirtildiği gibi bu suçun cezalandırılabilmesi için failin, halkın bir kesimini diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlık yaratacak şekilde alenen tahrik etmesi zorunludur; ancak bu suçun cezalandırılabilmesi için gerekli bir diğer unsur da failin bu eyleminin sonucunda kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin doğmuş olmasıdır. Kamu güvenliği için açık ve yakın bir tehlike şartı, bu suçu bir zarar suçu olmaktan çıkartarak tehlike suçu hâline getirir. Kavramın daha rahat analiz edilebilmesi açısından “açık” ve “yakın” kavramlarının tanımlanması gerekmektedir. Açıklık, tehlikenin kuşku yaratmayacak derece ortaya çıkışını, yakınlık ise fikir beyanında kullanılan sözcüklerin somut bir tehlike, yani zarar yaratma olasılığının gücünü anlatır.⁴⁸ Hakim, kullanılan sözcükler, icra edilen fiil nedeniyle tehlikenin gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden belirlemek durumundadır. İşlenen fiil neticesinde halk kesiminin çeşitli noktalarda toplandığı ya da halk kesimleri arasında bir infial meydana geldiğinde⁴⁹ hakim vereceği kararı zorlaştıran bir durum söz konusu değildir; ancak gerçekten kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıktığı, her zaman kolay bir şekilde tespit edilememektedir. Hakim tespitinin kolaylaşabilmesi için, Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 765 sayılı Kanun’un 312.maddesi bakımından (5237 sayılı kanun bakımından da bu karar emsal teşkil etse de korunan hukuki değer farkından ötürü kararın biraz daha dar yorumlanması yerinde olacaktır.)⁵⁰

48 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6070

49 A.g.e. Sayfa 6071

50 A.g.e. Sayfa 6072

emsal nitelikte bir kararı söz konusudur. Hakim karar verirken, dayanması gereken noktalar: 1) Eylemin aleni olması 2) Kışkırtmanın; sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi 3) Suç ve cezada yasallık ilkesi nedeniyle aynı sosyal sınıf, aynı ırk, aynı din, aynı mezhep ya da aynı bölgeye mensup olup da farklı görüş veya düşünceye sahip olanların yekdiğerine karşı kışkırtılması hâlinde anılan suçun oluşmayacağıının tam bir netlikle bilinmesi ve gözetilmesi 4) Kışkırtmanın, anılan farklı halk topluluklarını birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk etmesi ve fakat bu hâlin “kamu düzeni” için tehlikeli olabilecek bir şekilde ve sonucu gerçekleştirmeye yetecek düzey ve etkinlikte olması, AİHM’in ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu ile 8.Ceza Dairesi’nin birçok kararına isabetle yansıtıldığı üzere, kışkırtmanın şiddet çağrısını içermesi ve bu çağrının etkin düzeyde gerçekleşmesi 5) 4744 sayılı Yasa gerekçesinde de açıklandığı üzere, tanımlanan teblikenin soyut olmayıp somut ve yakın tehlike olduğunun kitlelerdeki yorum, etkileşim ve hareketler de izlenerek değerlendirilmeye tabi tutulması 6) Ne var ki, ilk bakışta açıkça saptanamasa dabil, muhatabı kitlenin algılayabileceği maharetli bir gizlilik altında yapılan düşmanlığa veya kin beslemeye elverişli şiddet çağrılarının, yakın tehlike yaratıp kamu düzenini tehlikeye sokacak somutluğa ulaşması hâllerinde, suçun oluşacağıının kabul edilmesi 7) Tek başına yeterlilik arz etmeyen; ancak önceden veya sonradan yapılanlarla birlikte değerlendirildiğinde, aynı okuyucu veya dinleyici kitlesine hitap ediyor oluşu nedeniyle, kitlelerde kin ve düşmanlık birikimi yaratacağında kuşku bulunmayan eylemlerin, anılan suçu oluşturabileceğinin, ancak bunun için bütünün parçalarının ayrı hükümlere konu edilmeyerek toplu şekilde yargılanmasının gerekli olacağıının bilinmesi 8) Öngörülen suç unsurlarından herhangi birinin eksikliği veya yeterlik ölçüsünün bulunmayışı durumunda tanımlanan cürümün oluşmayacağı 9) Ceza yasası uygulamalarında, genişletilen ve kıyas düzeyine varan yorumlarla suçun varlığına hükmedilemeyeceği, bu itibarla yasal sınırlılıkla belirlenen farklılıkları tabrike yönelmeyen, şiddet çağrısını içermeye, somut ve yakın tehlike düzeyine de ulaşmamış kışkırtmalara, dolaylı ve zorlayıcı soyutlukla anılan unsurları yakıştıarak, TCY’nin 312/2. maddesindeki suçun oluştuğunu kabullenmenin olanaklı bulunmadığı, ceza yargısında kıyas yoluyla suç oluşturma-

nın kabul edilemeyeceğinin asla göz ardı edilmemesi gerektiği 10) “Kuşkunun lebe yorumlanacağı” temel ilkesi gereği; aleniyetin varlığında tabrikin yasada açıklanan farklılaşmalara dayalı olup olmadığında, anılan farklılıklara dayalı balk kesimlerinin birbirine karşı düşmanlığa veya kin beslemeye sevk edilip edilmediğinde ya da sevk ediliyorsa, eylemin bu sonucu yaratmaya yeterli bulunup bulunmadığında, “farklılıklarına birlikteliğine dayalı kamu düzeni”ni bozabilecek etkinliğe ulaşıp ulaşmadığında, soyutluktan kurtulup somut ve yakın bir tehlike hâlinde dönüşüp dönüşmediğinde ve nihayet şiddet çağrısını taşıyıp taşımadığında, kuşku hâli doğduğunda; öncelikle bu kuşkunun aşılması gerektiğinin ve aşılamıyorsa, yorumun sanık yararına olması ve ifade özgürlüğünün genişletilmesi doğrultusunda yapılması icap edeceğinin göz önünde tutulması⁵¹

2. Netice

Netice, hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişikliktir.⁵² Suç tipleri, netice bakımından, ani suç-kesintisiz suç, şekli suç-maddi suç, zarar suçu-tehlike suçu gibi ayrımlara tabi tutulurlar. Cihan’a göre bu suç, şekli bir suç ve tehlike suçudur. Bu nedenle herhangi bir maddi neticenin gerçekleşmesine gerek kalmadan suç doğar. Tehlike suçlarında zararın gerçekleşmesinin aranmaması, yalnızca tehlikenin varlığının yetmesi ve şekli suç kavramında suçun şeklen varlığının maddi bir netice olmaksızın yeterli olması, suçu neticeli bir suç olmaktan çıkartır. Suçun oluşumu için algılanmış olması gerekmeyen; ancak algılanabilen bir tehlikenin ortaya çıkması yeterlidir. Suçta hareketle beraber harekete ek olarak netice doğmuşsa, failin duruma göre iki suçtan ötürü sorumluluğu söz konusu olabilir.⁵³ Bayraktar’a göre ise netice tahrik ile meydana gelir. Suçun oluşumu için tahrik edilenlerin hareketi algılanmış olmasına gerek bulunmamaktadır. Tahrik hareketi, neticenin oluşumu için yeterlidir.⁵⁴

Bu suçun neticeli bir suç olup olmadığının anlaşılabilmesi için, tahrikin karşı taraf bakımından algılanmasının gerekli olup olmadığı soru-

51 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6072, 6073

52 Koca Mahmut; Üzülmüş, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Sayfa 116

53 Cihan, Erol, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu, Sayfa 124

54 Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürümü, Sayfa 185

sunu cevap bulunmalıdır. Suçta korunan hukuki değer, kamu barışı olarak belirtildiğine kamu barışı için açık ve yakın bir tehlikenin varlığı, suçun oluşumu için yeterlidir. Suçun, karşı taraf tarafından algılanmış olması gibi bir şart söz konusu değildir. Karşı taraf tarafından algılanmayan ve buna rağmen algılanabilecek bir tahrik de bu suçun kapsamı içinde değerlendirilir. Başka bir deyişle bu suç, karşı tarafın algılamasına gerek olmadan açık ve yakın bir tehlike söz konusu olduğunda vuku bulabildiği için neticeli bir suç değildir.

Alman Ceza Kanunu'nun ve Avusturya Ceza Kanunu'nun ilgili maddesine bakıldığında, Türk Hukuku'nun aksine "*açık ve yakın bir tehlike*" şartı yer almamaktadır. Bu durum, Almanya ve Avusturya Ceza Kanunları'nda suçu *zarar suçuna* yaklaştırmaktadır. Zarar suçlarında, hareketin dış dünyada meydana getirdiği netice ile suç olduğundan, Alman Ceza Hukuku'nda suçun oluşumu için kamu barışının bozulmasına elverişli bir şekilde halk kesimlerinin kin ve düşmanlığa kışkırtılması veya kuvvet kullanılmaya veya keyfi muameleye tahrikinin icrası gerekiyken; Avusturya Ceza Kanunu'na göre de netice, kamu barışının tehlike sokulmasına elverişli bir şekilde belli gruplara mensubiyet dolayısıyla düşmanca harekete tahrik veya teşvikle gerçekleşir.

3. Fail

Öncelikle bir suçun faili gerçek kişi olabilir; çünkü belirli bir amaca yönelik irade ile hareket edebilme, sadece insanlara özgü bir yetenektir. Ceza Hukuku'nda tüzel kişiler, suçun faili olamazlar; çünkü tüzel kişilerin hareket yeteneği yoktur. Bu nedenle tüzel kişilerin aynı zamanda kusur yetenekleri de yoktur.⁵⁵ Failin kanuni tarifte aranım niteliklerine göre suçlar, *genel suçlar* ve *özgü suçlar* olmak üzere ikiye ayrılır. Suçun düzenlendiği fıkıradaki fail; *sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tabrik eden kimse* olarak gösterilmiştir. Burada faile yönelik herhangi bir özel nitelik aranmadığından, bu suç, özgü suç değildir. Yani bu suçun faili her gerçek kişi olabilir.

Alman Hukuku'nda bu suçun faili, *kamu barışını bozmaya elverişli biçimde halkı halkın diğer bazı kesimleri aleyhine kine tabrik eden*

55 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 5 Baskı, Sayfa 180

veya halka bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapılması için çağrıda bulunan, halkın bazı kesimlerine sövmek suretiyle onları kötü maksatla küçük düşüren veya iftirada bulunarak başkalarının insanlık onuruna saldırıda bulunan, halk kesimleri aleyhine veya ulusal, irki, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tabrik eden, bunlara karşı cebri veya keyfi muameleler yapmaya çağrıda bulunan veya halk kesimlerine veya yukarıda belirtilen gruplardan birine sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek veya ona iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları dağıtan vs. kimsedir.

Avusturya Hukuku'nda ise suçun faili, *kamu barışını bozmaya elverişli biçimde mevcut kilise veya dini topluluklara, ırka, halka, aşirete veya devlete ait bir gruba mensubiyet dolayısıyla düşmanca hareketlere tabrik eden kimsedir.*

4. Suçun Konusu

Suç teşkil eden her hareketin bir konusu vardır. Suçun konusu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Suçun konusu hakkında, *üzerinde suçun meydana geldiği insan veya şey*⁵⁶, *suç failinin hareketinin yöneldiği kişi ya da şey*⁵⁷, *eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı*⁵⁸ ve *eylemin üzerinde icra edildiği insan veya eşya*⁵⁹ gibi çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bu suçun konusu, kamunun barışıdır. Aynı şekilde Alman Hukuku ve Avusturya Hukuku'nda da madde metinlerine bakıldığı zaman, (Alman Hukuku'nda “*Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören...*” ve Avusturya Hukuku'nda “*Wer öffentlich auf eine Weise, die geeignet ist, die öffentliche Ordnung zu gefährden...*” ifadeleri) suçun konusunun kamu barışı olduğu görülür.

Suçlar bakımından yapılan ayrımlardan birisi *zarar suçu-tehlike suçu* ayrımıdır. Zarar suçlarında, suçun işlenmesi konuya zarar verir-

56 Erem, Faruk; Danişman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Sayfa 236

57 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Sayfa 303

58 Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 5.Baskı, Sayfa 193

59 Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Sayfa 130,131,142

ken; tehlike suçlarında konuyu tehlikeye uğratar. Kamu barışı için açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkmasının suçun oluşumu için gerekliliği, bu suçun tehlike suçu olarak kabul edilmesini sonuçlar. Bu tespit, “kin ve düşmanlık” ile beraber değerlendirildiğinde, “şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tabrikler” madde kapsamı için değerlendirilecektir.⁶⁰ Ceza Hukuku’nda bazen yalnızca toplum açısından değer taşıyan bazı hukuki değerlerin daha etkin koruma altına girebilmesi için suçun konusunu tehlikeye sokan durumların da cezalandırılması gerekmektedir. Daragenli’ye göre kamu düzeninin korunmasını⁶¹ amaçlayan bu durum, kanaatimce şu anki kanuni düzenleme çerçevesinde kamu barışını korumayı amaçlamıştır.

Tehlike suçları, somut tehlike suçu ve soyut tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılır. Somut tehlike suçlarında hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı, hâkim tarafından kendiliğinden araştırılır.⁶² Yani hakim, işlenen fiil neticesinde çeşitli halk kesimlerinin belirli yerlerde toplanması ve bu halk kesimleri anlamda bir infialin ortaya çıkması gibi durumlarda, suçu işleyenler bakımından ceza sorumluluğuna gidebilecektir. Bu nedenle korunan konu bakımından objektif bir tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığının anlaşılması gereklidir. Bu nedenle failin eylemi ile ortaya çıkan tehlike arasında bir nedensellik bağının kurulması gerekmektedir.⁶³

Soyut tehlike suçlarında ise hareketin suç konusu üzerinde tehlike yaratıp yaratmadığı araştırılmamakta, suç tipindeki icrai ya da ihmali hareketin icrasıyla suçun gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu tür suçlarda konu üzerinde bir tehlikenin bulunduğu varsayımı hâkimdir.⁶⁴

Kanaatimce korunan konu bakımından objektif bir tehlikenin çıkmasının beklenmesinin gerekliliğinden, bu suçun somut tehlike suçu olduğu söylenebilir.

60 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 744

61 Daragenli, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Sayfa 164

62 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 743

63 A.g.e, Sayfa 743

64 A.g.e, Sayfa 743

5. Mağdur

Bu suçun mağduru; öncelikle, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, bölge bakımından farklı özellikleri bulunan ve bu özelliklerinden dolayı kin ve düşmanlık vesilesiyle tahrik edilen topluluk, halk kesimidir. Kanaatimce, madde metninde mağdurun hangi özellikleri bakımından kin ve düşmanlığa tahrik edilebildiği açıkça sayılmış olsa da, maddenin geniş yorumuna ihtiyacı olduğu açıktır. Din kavramının içine dinsizliğin de sokulabilmesi ya da muayyen bir sloganla kendisini tanımlayan sol görüşlü kimselerin oluşturduğu bir topluluk da halk kesimi olarak kabul edilmelidir.

Alman Ceza Kanunu'nun 130.maddesi incelenip birinci fıkraya bakıldığında halkın bazı kesimlerinin mağdur olduğu görülmektedir. Burada Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak mağdura dair özellikle verilmemiştir. İkinci fıkrada ise halk kesimleri ifadesi yinelenmekle beraber ulusal, ırki, dini ya da kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine kin beslemeye tahrik etme ve belirtilen kimselere yönelik işlenen birtakım fiiller cezalandırılmıştır. Kanaatimce ikinci fıkrada mağdurun birtakım özellikleri belirtilmiş olsa da tıpkı Türk Ceza Kanunu'nun 216.maddesinin birinci fıkrasındaki mağdur yorumunda olduğu gibi bu maddenin de geniş yorumlanmaya ihtiyacı vardır. Burada maddenin yalnızca lafzından hareket etmek, doğru bir yöntem olmayacaktır.

Avusturya Ceza Kanunu'nda da mağdur gruplar belirlenmiştir. Buna göre *mevcut kilise veya dini topluluklara karşı veya kilise veya dini topluluklara, ırka, halka, aşirete veya devlete ait bir gruba mensubiyet dolayısıyla düşmanca hareketlere tahrik veya teşvik edilen kişiler*, suçun mağdurlarıdır.

a) Halk

Halk; sözlükte: (1) Yaratma, yaratış (2) İcat, uydurma, kurma (3) İnsanlar, herkes, insan cemiyeti, umum (4) Cemaat, güruh, kalabalık anlamlarına gelir.⁶⁵ Cihan'a göre halk, bir ülkede yaşayan, yurttaş olan veya olmayan kimse, tüm toplum demektir.⁶⁶ Başka bir açıklamaya

⁶⁵ Meydan Larousse, Cilt 8, Sayfa 359

⁶⁶ Cihan, Erol, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu, Sayfa 126

göre halk, belli bir anda, belirli bir yerde oturan, ortak menfaatleri bulunan büyük gruptur.⁶⁷

Halk kelimesi, yukarıda da belirtildiği gibi 07.01.1981'de yapılan değişiklikten önce cemiyet olarak kullanılmıştır. ("*Cemiyetin muhtelif sınıflarını... kin ve adavete tahrik eden kimse...*") Cemiyet kelimesinden halk kelimesine geçiş, anlamsal açıdan bir farklılık yaratmamıştır.⁶⁸ Halk kesimi sayılan grubun cüzi sayıdan ibaret insan olmaması, halkın yaşantısı içerisinde belirli bir anlamı, önemi bulunması gerektiği ifade edilse de⁶⁹ bu önemi kim ve nasıl belirleyecektir? Ayrıca çoğulcu, demokratik bir düşünceyi haiz kişi veya kişi grubu, halk kesimi sayılan grubun cüzi miktarda olup olmadığına bakmadan kin ve düşmanlığa tahrik edilmemesi için uğraş gösterir. Bu nedenle hiçbir halk grubunun, cüzi sayıda olsun ya da olmasın, kin ve düşmanlığa tahriki kabul edilemez.

Alman Ceza Kanunu'nda, "*halkın bir kesimine karşı*" ibaresi kullanılmaktadır. Bu ibareden anlaşılması gereken, Alman Ceza Kanunu'na göre halkın kışkırtılması suçunun oluşabilmesi için, fiilin halkın belirli bir kesimi hedef almasının gereklidir. Şahsi özellikleri itibarıyla belirli bir kişiye yönelen saldırı, suçun oluşumu için yeterli değildir.

b) Sınıf

Yaşayan her insanın belirli aidiyetleri vardır. Bu aidiyetlerden biri de insanın içerisinde bulunduğu sınıftır. Günümüz toplumunda her ne kadar sınıflar iç içe geçmiş bulunsalar da yine de göze çarpan birtakım sınıflar söz konusudur. Sosyal sınıflar arasında kamu barışının hâkimiyeti, her toplum için gereklidir. Sosyal sınıflar bakımından iki kabûl söz konusudur: 1) Sosyal sınıf kavramını genel ve geniş anlamda kabul eden görüş: Bu görüşe göre, ekonomik sebeplerin dışında ortaya çıkan gruplaşmalar da sınıf olarak kabul edilir. Başka bir deyişle, inorganik bir şekilde kendiliğinden ortaya çıkan, tarihi ve teknik bir biçimde, ekonomik ve ahlâki sebeplerle bir araya gelen, süreklilik özelliği gösteren her grup, sınıf olarak nitelenebilir. 2) Sosyal sınıf, eko-

67 Şerh, Sayfa 6059

68 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü Sayfa 77

69 A.g.e, Sayfa 79

nomik ilişkiler yönünden ortaya çıkabilir. Bu görüşün de ikiye ayrıldığı söylenebilir. Bir görüşe göre sosyal sınıf, milli zenginliğin paylaşılmasında pay miktarı ve paya sahip oluş yollarıyla belirginleşir. Diğer bir görüşe göre ise, gelir farklılıkları, dikkate alınır.⁷⁰ Çağdaş toplumlarda sosyal sınıflar; işçi sınıfı, idare edenler (sermaye) sınıfı, orta sınıf ve köylü sınıfı olmak üzere dörde ayrılır.⁷¹

aa) İşçi Sınıfı

İşçi sınıfı, ondokuzuncu yüzyılda sanayi devrimi ve iktisadi değişimlerden meydana çıkmıştır. İşçi sınıfına ait bulunanlar, işverenlerin emirleri doğrultusunda çalışırlar. Bu bakımdan işçi ile işveren ilişkisi, işçinin işverene bilhassa ekonomik açıdan bağlı olduğu bir ilişkidir. İşçilerin çalıştıkları gün karşılığında ücret almaları, işçiler bakımından bir güvensizlik oluşturmakta, tavır ve tutumları bu durumdan etkilenmektedir.⁷²

bb) İdare Edenler (Sermaye) Sınıfı

Bu sınıf, siyasette ve ekonomide yönetici rolü oynayan sınıftır. Belirli ölçüde kapalı ve yeterli derecede homojen toplumlarda, sermaye sınıfından da sosyal grup olarak söz edilebilir ve bu sınıf, sosyal gruplar hiyerarşisinde en üst sırada yer alır.⁷³ Diğer sınıflarla karşılaştırıldığında daha eğitilmiş ve gelir düzeyi daha yüksek bir gruptur. Geçmişte kast sistemi gibi herkesin toplumdaki yerinin belirgin olduğu sistemlerde, sınıflar arası geçişler söz konusu olamamıştır. Günümüzde ise sınıflar arası geçişler hızlanmış, bir kimsenin hangi sınıfa ait olduğunun belirlenmesi daha komplike hâle gelmiştir. Bu nedenle bir kimsenin sonradan idare edenler sınıfına dahil olması söz konusu olabilir.

cc) Orta Sınıf

Orta sınıf çok sayıda sosyal gruptan oluşan, işçi sınıfından ve ser-

70 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 83

71 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 734

72 Dönmezer, Sulhi, Toplum Bilim, Sayfa 238; Laroque, Pierre, Sosyal Sınıflar, Sayfa 44

73 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 735

maye sınıfından esintiler taşıyan bir gruptur. İşçi sınıfından ayrılan yönü, güvensizlik duygusunun, maddi ve manevi varlıkların mevcudiyeti sebebiyle bulunmamasıdır. İdare eden sınıftan ayrılan yönü ise; iktisadi, idari ve fikri bakımlardan yönetime katılmamalarıdır. İleri derecede bireysellik barındıran bu grubun bu durumun sonucu olarak özel mülkiyete bağlı olduğu söylenebilir.⁷⁴

dd) Köylü Sınıfı

Bilindiği üzere köylü sınıfı, tarım yapan kişilerden oluşur. Entansif yani başka bir deyişle modern yöntemlerle tarım yapan ülkelerde çalışan toprak işçileri, işçi sınıfına mensup olarak kabul edilirler. (Modern yöntemlerle yapılmayan, kuru tanıma ekstansif tarım denir.) Köylü sınıfının bulunduğu yerde, gerçek anlamda bir işbölümü söz konusu olmayıp, aile üyelerinin tamamı işe iştirak ederler.⁷⁵ Köy hayatında, hayat küçük bir çevrede cereyan ettiği için, herkesin rolleri ve rutini belirgindir.

c) Irk

Irk, Arapça asıllı bir kelimedir ve sözlükte; kök, asıl olarak tarif edilmiştir.⁷⁶ Irkın çeşitli açılardan tanımı yapılmıştır. Irkın antropolojik tanımı, *aynı anatomik/fiziksel özellikleri gösteren insanlar topluluğudur.*⁷⁷ Irk için bir başka tanım da, *bir ailenin, bir halkın, soy, kökünü aldığı kendinden önceki nesillerle kendinden çıkan sonraki nesillerin tamamı, zürriyet, sülaledir.*⁷⁸ Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bir kararında ırkı, *genetik açıdan koşullandırılmış, kuşaktan kuşağa geçen bedensel özelliklere sahip birey toplulukları* olarak tanımlamış, bu kararında şu ifadelerle yer vermiştir: *“...Halkı sınıf, bölge, ırk, din ve mezhep farklılığı gözeterek kin ve düşmanlığa tabrik etme doğrultusunda açıklamalar düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. İnceleme konusu somut olayda, sanığın konuşması bir bütün olarak ele alınıp değerlendirildiğinde, bölücü ve silahlı terör örgütü PKK'ye karşı yapılan*

74 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 87

75 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 735

76 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 93

77 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6062

78 A.g.e. Sayfa 6062

mücadelenin kirliliği, örgütün ülke bütünlüğüne karşı suç işleyen mensuplarının ise gerilla olarak nitelendirildiği, ülke bütünlüğünü sağlama amacıyla çeteye karşı sürdürülen mücadelenin Kürt halkına karşı yürütüldüğü belirtildiği, kendi kimliği ile yaşamak isteyen Kürtlere karşı zulüm yapıldığı, bu kişilere karşı sistematik olarak işkence uygulandığı, Kürt sorununun aynı zamanda Türkiye işçi sınıfının emekçilerinin sorununa dönüştüğü şeklindeki konuşmada halk bölge veya ırk farklılığı gözetilerek açıkça kin ve düşmanlığa tabrik edilmiştir. Bu nedenle konuşma; (...) suçun yasal unsurlarını kapsar ve bu suçu oluşturur.”⁷⁹

Bazen alt ırk grupları için (uluslar) de ırk terimi kullanılabilir. (Örnek: Beyaz ırk grubuna dahil olan Türk milleti için Türk ırkı tanımlaması kullanılması)⁸⁰ Ne var ki, Gökçen’e göre; ırk teriminin millet, halk, kavim ve hatta dil ailesi yerine kullanılması doğru değildir.⁸¹ Bu açıdan *bir ırkın başka ırklar üzerinde üstünlük tanınması* anlamına gelen ırkçılığın⁸² uluslar için kullanılması ki siyasi veya gündelik sohbetlerde Musevi düşmanlığı ve saf ırk siyaseti yürütmeye çalışan Hitler’in kavrama güzel bir örnek teşkil ettiği kabul edilir, yukarıdaki tespitler de dikkate alındığında, doğru bir önerme değildir; çünkü Hitler, aşağıda da verilecek olan ırk tiplerinden herhangi birisini diğerlerinden üstün tutmak yerine, sağlıklı, güçlü bir Alman ulusu inşa etmek istemiştir.

Günümüzde biyologlar, ırklar arasındaki genetik farklılıklarla ki bu farklılıklara örnek olarak kan grubunun incelenmesi gösterilebilir, fiziksel özelliklere nazaran daha çok ilgilenmektedirler. Irklar hakkındaki ilk sınıflandırmayı Linne yapmıştır. Yazar, Homo Sapiensi (Homo Sapiens, primatlardan bugünkü insan türüne verilen isimdir.) Amerika, Avrupa, Asya ve Afrika ırkı olmak üzere dört gruba ayırmaktadır.⁸³ Irk-

79 Ceza Genel Kurulu’nun 27.10.1998 tarihli ve 8-247/335 sayılı kararı

80 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6062

81 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 95

82 A.g.e, Sayfa 102

83 Linne, Carl von (1707-1778). İsveçli hekim ve tabiat bilginidir. 25 yaşından itibaren bitkilerin tasnifine başlamıştır. Büyük başarı kazanan sınıflandırma sistemini erkek ve dişi organların özelliklerine dayanarak yapmıştır. Uzun yıllar Hollanda’da yaşayan Linne, en verimli eserlerini burada vermiştir. Bkz: Vallios, Henri-V. İnsan Irkları, Sayfa 7; Meydan Larousse, Cilt 12, Sayfa 376

lar hakkındaki sınıflandırmalardan birini de Johan Friedrich Blumenbach yapmış, kafatası ölçümlerine dayandırdığı insan türünü beş gruba ayırmıştır: Kafkasyalı, Moğol, Etiyopyalı, Amerika Yerlisi ve Malayalı. Sonrasında İsveçli biyolog Carolus Linnaeus, deri rengine göre ayrımlarda bulunmuş, başka biyologlar da fiziksel özellikleri dikkate alan sınıflamalarda bulunmuşlardır. Bununla fiziksel özelliklerin temel alınarak sınıflandırmanın yapılmaması gerektiği sonradan anlaşılmıştır.⁸⁴

İnsan türünün günümüzde dört büyük ırk grubundan oluştuğu tespit edilmiştir. Bu ırk grupları; kara deri, sarı deri, beyaz deri ve ilkelidir.⁸⁵ Kara ırk grubunun özellikleri; deride, iriste ve tüylerde koyu melanine bağlı pigmentasyon ile belirli olması, tüylülüğün az olması, dudakların kalın ve kulakların küçük olmasıdır. Kara Afrikalı ırk, Sudanlı, Nilli, Kongolu vs. bu gruba ait bireylere örnek teşkil eder.⁸⁶

Sarı ırk grubunda gelişim ileri düzeydedir. Tiroit bezlerinin yavaş çalıştığı bu grubun yüzde ve diş kemiklerinde kısılma ve genişleme, elmacık kemiklerinde gelişme, gözlerde ve tüylerde koyu renklilik, iri ve dik saçlar, B kan grubu çokluğu gibi fiziksel özellikler göze çarpar. Sibiryalı, Kuzey Moğolistanlı, Orta Moğolistanlı vb. kimseler bu ırk grubuna mensuptur.⁸⁷

Beyaz ırk grubu, Afrika, Amerika ve Asya'yı da etkisi altına alarak Avrupa'nın tamamında etkilidir. Beyaz ırk grubu bakımından; beden yapısı, beden ölçüsü, kafatası belirtileri, yüz belirtileri, deri pigmentasyonu gibi benzeri özellikler dikkate alındığında, birçok değişik özellik söz konusudur. Saçlar düz, kıvrıkcık veya dalgalıdır; ancak kıvrıkcılık aşırı değildir.⁸⁸

d) Din

Sözlüğe bakıldığında din; *tanrıya, doğaüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren, toplumsal kurum, di-*

84 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6063

85 Gökcan, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 98

86 Artuk, Mehmet Emin; Gökcan, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 738

87 A.g.e, Sayfa 738

88 A.g.e, Sayfa 738

yanet anlamına gelmektedir.⁸⁹ Sözlükteki son anlamına bakıldığında-
sa, din; *inanılıp çok bağlanılan düşünce, inanç veya ülkü, kült* anla-
mına da gelmektedir.⁹⁰ Din; inanılıp çok bağlanılan düşünce, inanç,
ülkü, kült gibi anlamları haiz ise, maddenin sadece lafzına bakılmayıp
madde geniş yorumlandığında her ne kadar Gökçen'e göre, suçun olu-
şumu için sadece farklı dinlere mensup insanların tahrik edilmesi ge-
reклиyse ve farklı inanç ya da düşüncelere sahip kitlelerin tahrik edil-
mesi suçun oluşumu için yeterli değilse de;⁹¹ madde geniş yorumlandı-
ğında, bu maddede belirtilen suçun oluşumu için her türlü inanç,
inançsızlık, dünya görüşü gibi çeşitli unsurların da suçun oluşumu için
nazara alınması gerekir. Kısacası kişilerin aidiyetini etkileyen her türlü
tahrikin, maddede belirtilen diğer şartlara da uygunluğun söz konusu
olması takdirde, madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Din ve vicdan özgürlüğü, temel hak ve hürriyetlerdendir. AİHS, çe-
şitli anayasalar ve ceza kanunlarında düzenlenmiştir. TCK'nin 115.mad-
desinde de *inanç, düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını en-
gelleme* suçu bulunmaktadır.⁹²

e) Mezhep

Mezhep, sözlüğe bakıldığında, *gidilen yol* anlamına gelmektedir.⁹³
Başka bir tanıma göre mezhep, *bir dinin birbirinden farklı görüşlere
sahip her bir koluna verilen isimdir.*⁹⁴ Mezhepler, dinlere bağlı olarak
ortaya çıkarlar. Müslümanlığın Hanefi, Maliki, Şafi, Hanbeli, Alevilik,
Sünnilik, Şia, Haricilik, Mutezile vb.; Hristiyanlığın, Katolik, Ortodoks-
luk, Protestanlık gibi mezhepleri vardır.

89 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.541d6f18d48329.52437063

90 http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.541d6f18d48329.52437063

91 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 740

92 TCK 115: (1) Cebir veya tehdit kullanarak, bir kimseyi dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan ya da bunları açıklamaktan, yaymaktan men eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Dini ibadet ve ayinlerin toplu olarak yapılmasının cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla engellenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkraya göre ceza verilir.

93 Meydan Larousse, Cilt 13, Sayfa 489

94 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6066

f) Bölge

Bölge, *toplumsal bilimlerde, seçilmiş tanımlayıcı ölçütler bakımından türdeşlik ve bütünlük taşıyan, çevresindeki alanlardan bu ölçütlerle ayırt edilen alandır*.⁹⁵ Bölge kavramını tanımlayan veya bölge kavramına atıf yapan çeşitli Yargıtay kararları da mevcuttur. Bölgeyi tanımlayan kararlardan biri, *idari veya ekonomik birlik, toprak veya iklim koşullarına göre belirlenen toprak parçası iken*⁹⁶; kavrama atıf yapan kararlardan biri de: “... *Sanıkların... etnik bir görüşle ayrı ırklardan oluşan ve ayrı bölgelerde oturan halklar bulunduğu ve bunlardan bir bölümünün ezilip yok edilmek istendiği...*” şeklindeki tespitin ırk ve bölge farklılığının gözetilmesi suretiyle kin ve düşmanlığa tahrik suçunu oluşturduğu şeklindedir.

Bir bölge, diğer bir bölgeden çeşitli şekillerde ayırt edilebilir. İklim koşulları, yerleşim özellikleri (Toplu yerleşme-dağınık yerleşme), etnik, kültürel, dilsel özellikler vb. faktörler ayırmada etkilidir. Kanaatimce bölgenin ayırt edici özelliklerinden birinin tahrik edilmesi madde metninde belirtilen diğer şartların sağlanmasıyla bu suçun oluşmasını sonuçlar. Dilsel özellikler ya da başka bir deyişle şive veya lehçe buna güzel bir örnek oluşturmaktadır.

6. Nitelikli Unsurlar

5237 sayılı kanunda Kamu Barışına Karşı Suçlar bölümünde ve Ortak Hüküm başlığında düzenlenen 218.madde, başlıkta yer alan diğer tüm maddeleri kapsayıcı niteliktedir. Madde aynen şu şekildedir: *Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Ancak haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*

765 sayılı TCK'de ise 312.maddede şu cümleye yer verilmiştir: Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçlar 311 inci maddenin ikinci fıkrasında belirtilen araçlar veya şekillerle işlendiğinde verilecek cezalar bir katı

95 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6066

96 Bkz: Ceza Genel Kurulu'nun 27.10.1998 tarih ve 8-247/335 sayılı kararı (Savaş Mollamahmutoğlu, Cilt 2, Sayfa 2999 vd.)

oranında artırılır. 311.maddenin ikinci fıkrasında belirtilen suçlar veya şekiller şöyledir: *Tabrik, her türlü kitle haberleşme araçları, ses kayıt bantları, plak, film, gazete, mecmua ile veya sair basın aletleriyle veya elle yazılıp çoğaltılarak yayımlanan veya dağıtılan yazılar ile ya da umumi yerlerde levha ve ilan asmak suretiyle olursa, yukarıdaki bentler uyarınca suçlu hakkında tayin olunacak ağır hapis ve hapis cezaları bir misli artırılır. Para cezası hükmolunacak hallerde bu ceza suçun nevine göre ikibinbeşyüz liradan onbin liraya kadar ağır para cezası olmak üzere tayin olunur.*

Alman Hukuku'nda bu suçun nitelikli hâli, ikinci fıkrada düzenlenmiştir. İlk fıkradan farklı olarak halk kesimlerinin ulusal, ırki, dini veya kültürel özelliklerine göre belirlenmiş bir grup aleyhine tahriki, bu suçun nitelikli hâlidir. Belirtilen gruplara sövmek, kötü niyetle küçük düşürmek, iftira etmek suretiyle başkalarının insanlık onuruna saldıran yazıları dağıtmak, alenen sergilemek, on sekiz yaşını tamamlamamış bir kişiye sunmak vb. suçlarda cezanın alt sınırı yükseltilerek üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması sağlanmıştır.

Avusturya Hukuku'nda ise herhangi bir nitelikli hâl bulunmamaktadır.

E. Suçun Manevi Unsurları

Bu suç yalnızca kasten işlenebilir. Madde metninde bir belirleme bulunmadığı için, suçun adi taksir ya da bilinçli taksirle işlenmesi cezalandırılmaz. Madde metninde “*bilerek*”, “*bildiği hâlde*” gibi ifadeler yer almadığı için, bu suç, hem doğrudan kast hem de olası kast ile işlenebilir. Buna göre suç, doğrudan kast ile işlenmişse, maddi unsurların bilerek ve istenerek icrasıyla suç, tamamlanır. Olası kastta ise kişi, neticeyi öngörmesine rağmen fiili işlemekte, başka bir deyişle fail, neticenin meydana gelmesini kabullenmektedir.⁹⁷ Bu suç bakımından failin belirli bir saik veya amaç güdere hareket etmesi gerekli değildir, yani başka bir deyişle failin özel kastının varlığı aranmaz.⁹⁸

97 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 746

98 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6076

216.maddenin birinci fıkrasındaki genel kast, halkın belli özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike ortaya çıkacak şekilde, kin ve düşmanlığa alenen tahrikidir. İkinci fıkrasındaki genel kast, halkın bir kesiminin madde metninde belirtilen özelliklere dayanarak alenen aşağılanması; üçüncü fıkradaki genel kast, halkın bir kesiminin benimsediği dini değerlerin kamu barışını bozmaya elverişli bir biçimde aşağılanmasıdır.

Alman ve Avusturya Hukuk sistemlerinde de bu suç yalnızca kasten işlenebilir. Bu suçun taksirle işlenebileceği, her iki kanunda da düzenlenmemiştir. Tıpkı Türk Hukuku'nda olduğu gibi her iki hukuk sisteminde de kanun, özel bir kast aramamıştır.

F. Hukuka Aykırılık Unsuru

1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, *bukuka karşı gelme, bukukla çatışma hâlinde olma* anlamına gelir.⁹⁹ Hukuka aykırılığı, görevin ifası, meşru savunma, ilgilinin rızası, hakkın kullanılması gibi sebepler ortadan kaldırır. İncelenen suç bakımından ise, düşünce hürriyetinin, yani hakkın icrasının hukuka uygunluk sebebi yaratıp yaratmadığı analiz edilmelidir. Alacakaptan'ın sorusu bu meselenin özünü oluşturur ve şöyledir: Bir hareket, ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman bir vaziyet alışın, bir hakkın savunması ya da haksızlığın enerjik biçimde dile getirilmesi veya sert bir eleştiridir? ¹⁰⁰ Bu sorunun cevaplandırılabilmesi için düşünmek fiili ve düşünce kelimelerinin tanımları yapılmalı, düşünce özgürlüğü kavramı ve düşünce özgürlüğünün sınırı bakımından mevzuatta bulunan düzenlemeler ayrıntılı incelenmelidir.

2. Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Hakkın İcrası Kapsamında Düşünce Hürriyetinin Kavramı, Kapsamı, Sınırlandırılması ve Sınırlandırılmasının Sebepleri

99 Heinrich, Bernd, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Sayfa 305

100 Alacakaptan, Uğur, Bilimsel Hukuk Araştırması, in: RTE, Sayfa 88

Düşünce, düşünme işi, düşünme melekesi anlamına gelir.¹⁰¹ Düşünme; insan beyninin bir fonksiyonu, faaliyetidir.¹⁰² Düşünce özgürlüğü ise, insanın karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği cevapları bizzat seçebilmesi, kişisel ve toplumsal davranışlarını da bu cevaplara uydu-rabilmesi olanağıdır.¹⁰³

Düşünce özgürlüğü ve düşünce özgürlüğünün sınırları ile ilgili yapılan düzenlemelerden bazıları şöyledir: 1) 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19.maddesi: *"Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü kapsar.* 2) 16 Aralık 1966 tarihli Birleşmiş Milletler, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 19.maddesi: *Herkesin söz özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak gerek sözlü, yazılı ya da basılı veya sanat eseri şeklinde, gerekse seçilen diğer herhangi bir yoldan, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, her türlü haber ve düşünceyi araştırma, alma ve verme özgürlüğünü içerir.* 3) 4 Aralık 1950 tarihli İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına ilişkin sözleşmenin 10.maddesinin birinci fıkrası: *Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir.* 4) 13 Ekim 2004 tarihli Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma'nın 71.maddesinin birinci fıkrası: *Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, bir görüş sahibi olma ve haberlerle fikirleri, kamu yetkililerinin herhangi bir müdahalesiyle karşılaşmadan ve sınırlardan bağımsız olarak alma ve bildirme özgürlüklerini de içine alır.* 5) Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13.maddesi: *Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaz.* 6) Anayasa'nın 14. maddesi: *Anayasa'da yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez*

101 Meydan Larousse, Cilt 6, Sayfa 22

102 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 217

103 Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 103

*bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbirini, devlete veya kişilere Anayasa ile tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa'da belirtilenden daha geniş sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz. Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir. 7) Anayasa'nın 25.maddesi: Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun, kimse; düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz. 8) Anayasa'nın 26.maddesi: Herkes; düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükümü; radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması; milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yabut kanununun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunda düzenlenir. Bahsi geçen düzenlemelerden yapılacak çıkarım, ifade özgürlüğünün geniş bir biçimde bulunduğu, düşünce özgürlüğünün sınırlarının iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici sözler, müstehcen içerikli söz, savaş kışkırtıcılığı gibi, nefret, ayrımcılık, kavga, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan beyan vb. durumlarda sınırlandırılmıştır.¹⁰⁴ İHAS'ın 10.maddesinde sınırlandırma sebepleri tek tek belirlenmiştir. Buna göre, *milli gü-**

104 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6079

venlik, toprak bütünlüğünün korunması, kamu emniyeti ve suçun önlenmesi, kamu düzeninin korunması, genel sağlık, genel ablâk, başkalarının şöbret ve baklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına engel olunması, adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması gibi amaçlarla düşünce hürriyetinin sınırlandırılabilmesi mümkündür. Sınırlama için gerekli şartlar ise şöyledir: 1) Kanuni bir düzenleme söz konusu olmalıdır. 2) Sınırlamanın meşru bir amacı bulunmalıdır. Yani yukarıda belirtilen sınırlama sebeplerinin varlığı nedeniyle kısıtlama yoluna gidilmiş olmalıdır. 3) Sınırlama, demokratik bir toplum için elzem olmalıdır. 4) Kanunilik ilkesine uygun olarak verilen ceza, izlenen meşru amaçla doğru bir orantı içinde bulunmalıdır.¹⁰⁵

Düşünce özgürlüğü kısıtlamalarının sınırlarının genişlediği bir yerde, gerçek, katılımcı, çoğulcu bir demokrasiden söz etmek mümkün değildir. Kişilerin düşüncelerini hür bir ortamda açıklayamamalarının toplumsal gelişimi durdurucu bir etkisi bulunmaktadır. Düşünce özgürlüğünün üç temel unsuru vardır. Aşağıda bu üç unsur açıklanacaktır.

a) Haber Alma ve Öğrenme Hürriyeti

Haber alma ve öğrenme hürriyetinin varlığı, kişilerin bilgi kaynaklarına hür bir şekilde ulaşabilmesini, seçim yapabilmesini ve kişinin istediği sonuçlara ulaşabilmesini sağlar.¹⁰⁶ Haber alma ve öğrenme hürriyeti, kişinin veri toplamasını ve bu sayede veriler ışığında düşünebilmesini sağlar. Fikir geliştirmede hata payının azaltılması için, kişinin elinde olabildiğince çok verinin olması, kişinin yanlış düşüncelere kapılmasını engeller. Bu nedenle haber alma özgürlüğünün rahat bir şekilde kullanılabilmesi ile düşünce hürriyeti veya diğer bir deyişle ifade hürriyeti arasında doğru bir orantı söz konusudur. Bu hürriyet, Anayasa'nın 26.maddesinde de şu cümlelerle karşılık bulmuştur: *Bu hürriyet, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü; radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*

105 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 755

106 Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, Sayfa 204

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de haber alma ve öğrenme hürriyetinin önemine çeşitli defalar vurguda bulunmuştur. Bu kararlardan biri de Oberschlick/Avusturya davasında verilen karardır: “...*Basın, her ne kadar başkalarının onurunu korumak amacıyla konmuş bulunan sınırları aşmamak zorunda ise de politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren öteki konulara ilişkin haber ve düşünceleri iletmekle de görevlidir... Basın özgürlüğü, kamuoyuna, yöneticilerin fikir ve davranışlarını öğrenme ve değerlendirmede kullanılacak en uygun araçlardan birini sağlamaktadır. 10. madde, bu husus kamunun bilgi ve haber alma hakkına sahip bulunduğunu belirtmek suretiyle ifade etmiştir...*”¹⁰⁷

Öte yandan Kamu Barışına Karşı Suçlar başlığında nitelikli unsur olarak belirlenen 218.madde de haber alma ve öğrenme hürriyetinin doğru bir çerçevede kullanılacağıın güvencesi niteliğindedir. Madde de şu tespite yer verilmektedir: *Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında arttırılır. Ancak haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.*

b) Kanaat Hürriyeti

Kanaat özgürlüğü, haber alma ve öğrenme özgürlüğünün güvence altına alındığı bir ortamda oluşan, kişilerin edindiği bilgiler arasından doğru olduğunu düşündüğü görüşleri tercih etmesini ve görüşlerinden dolayı kınanmamasını ifade etmektedir. Kişiler; haber alma ve öğrenme özgürlüklerinin güvence altına alındığı bir ortamda, din ve ahlâk alanlarında doğru olduğunu düşündükleri görüşleri tercih edebildiğinde, din ve vicdan hürriyetinden bahsedilir. Kişinin kanaat hürriyetinin mevcudiyeti, belirli bir düşünceye sahip olmanın sonuçlarına karşı kanaatin açıklanması öncesi kişiye koruma sağlar.¹⁰⁸

Kanaat hürriyetinin mevcudiyeti, Anayasa'nın 24.maddesinin 3. fıkrası ve 25.maddesinde belirgindir. Anayasa'nın 24.maddesinin 3.fıkrası “*Kimse; ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kana-*

107 Bkz: Lingens/Avusturya 08.07.1986 & 41-42; Castels/İspanya 23.04.1992 &43. Kararlar için bkz:

Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürümü, Sayfa 224

108 Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrir Cürümü, Sayfa 225

atlerini açıklamaya zorlanamaz, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.” şeklindeyken; Anayasa'nın 25.maddesi: “Herkes düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun, kimse; düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” şeklindedir.

c) Düşünceyi Açıklama Hürriyeti

Düşünce özgürlüğünün üçüncü unsuru ise düşünceyi açıklama hürriyetidir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü, düşüncenin dışarıya aksettirilmesidir. Yukarıda anlatılan haber alma ve öğrenme hürriyeti ve kanaat hürriyeti anlamlandıran, düşünceyi açıklama hürriyetidir. Düşünceyi açıklama hürriyetine ilişkin en kapsamlı açıklama Handyside/İngiltere kararında kendine yer bulmuştur. Mahkeme, düşünce özgürlüğünü “... demokratik toplumun başlıca temel taşlarından, kişinin ilerleyip gelişmesinin asal koşullarından birini teşkil eder. İkinci fıkra hükümü saklı kalmak kaydıyla, bu özgürlük sadece itibar gören veya zararlısız yabut önemsiz sayılan haberler veya fikirler bakımından değil; aynı zamanda devlet yabut halkın bir bölümü için aykırı, kural dışı, şaşırtıcı veya endişe verici cinsten olanlar için de geçerlidir... Demokratik toplumun vazgeçemeyeceği çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin gereği budur...” cümleleriyle değerlendirmiştir.¹⁰⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, düşünce özgürlüğü “halkın seçilmiş temsilcileri” için daha büyük bir önem taşır; çünkü temsilcilerin temsil ettiği bir halk kitlesi vardır. Bu nedenle bir muhalefet milletvekilinin ifade özgürlüğü, bir vatandaşa göre mahkemede daha dikkatli incelenmelidir.¹¹⁰

Alman ve Avusturya Hukuku'nda da düşünce hürriyeti dışında herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmamaktadır.

Yukarıda anlatılanlardan çıkarılması gereken en önemli sonuç, öz-

109 Handyside/İngiltere, 07.12.1976 Paragraf 49, Lingens/Avusturya, 08.07.1986 Paragraf 41. Bkz: Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 751

110 Castells-İspanya, İHKAD, Cilt 2, Sayfa 51. Bkz: Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 752

gürlüğün kural; sınırlamanın istisnai olduğudur. O hâlde kişilerin düşünce özgürlüğünün sağlanması birincil amaç olmalıdır.

G. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

1. Teşebbüs

Bu suçun teşebbüse elverişli olup olmadığına yönelik iki görüş söz konusudur. Suçun teşebbüs elverişli olup olmadığına anlaşılabilmesi için öncelikle aleniyetin unsur veya objektif cezalandırılabilme şartlarından hangisine göre kabul edildiğine bağlıdır.

Aleniyetin objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul edenlere göre, bu suçun cezalandırılabilmesi için tahrik sonrası kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması, suçun cezalandırılabilmesi için gerekli şarttır. Yani tehlike ortaya çıkmadan bu suç cezalandırılmaz. Bu nedenle bu suç, teşebbüse elverişli değildir.¹¹¹

Aleniyeti suçta unsur olarak kabul edenlere göre, suçun oluşma anı, aleniyete yüklenecek anlama göre belirlenecektir. Suç, basın yoluyla icra edildiği takdirde, yayının gerçekleştiği; diğer şekillerde icra edildiği takdirde ise, tahrik edenlerin tahriki algıladıkları anda oluşur.¹¹²

Aleniyeti bir unsur olarak kabul eden görüşe göre, karşı tarafın tahriki algılaması suçun oluşumu için yeterlidir. Tahrik hareketi gerçekleşmiş ve karşı taraf buna rağmen bu hareketi algılamamışsa, suçun teşebbüs aşamasında kalması söz konusu olur.

İcra hareketi kısımlara bölünebiliyorsa ve suça engel olan neden, icra hareketleri henüz bitmeden ortaya çıkmışsa da eksik teşebbüs gerçekleşir. Kin ve düşmanlığa tahrik içeren ilanının yer aldığı gazetenin satılması için gazete, bayilere götürülmüş ya da bayiye götürülmüş ve buna rağmen henüz satışa sunulmamışsa, fiil teşebbüs aşamasında kalır.¹¹³

216.maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenen suçlar bakımından da söylenmesi gereken, bu suçların sırf hareket suçu olması

111 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6084

112 Artuk, Mehmet Emin; Gökcan, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 757,758

113 Gökcan, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Sayfa 300

neticesinde, hareketin kısımlara bölünebilmesinin mümkün olması durumunda, suçta teşebbüse olanak bulunduğu, bunun dışında bu suçların teşebbüse elverişli bulunmadığıdır.

Kanaatimce bu suç yukarıda da belirtildiği gibi neticeli bir suç değildir. Suçun söz konusu olabilmesi için tahrikin gerçekleşmesi yetmemekte; aynı zamanda açık ve yakın bir tehlikenin de ortaya çıkmış olması gerekmektedir. Bu nedenle bu suçun teşebbüse elverişli olmadığı belirtilmelidir

Alman ve Avusturya Ceza Kanunu'nda ise, açık ve yakın bir tehlike gibi bir şarttan söz edilmediği için, kamu barışını bozacak tahrikin karşı taraf tarafından algılanmaması veya icra hareketinin kısımlara bölünebilip suçta engel olan nedenin icra hareketinin tamamlanmasından önce ortaya çıktığı durumlarda, bu suçun teşebbüse elverişli olduğu söylenebilir.

2. İştirak

Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, tek bir kişi tarafından işlenebileceği gibi, birden fazla kimse tarafından da işlenebilir. Bu durumda suçta iştirak ile ilgili herhangi bir özellik arz etmez.¹¹⁴ Alman ve Avusturya Ceza Kanunu'nda da iştirak ile bahse değen herhangi bir açıklama söz konusu değildir.

3. İctima

Zincirleme suç, bir suç işleme kararı çerçevesinde, aynı suçun aynı kişiye karşı değişik zamanlarda birden fazla işlenmesi anlamına gelir.¹¹⁵ Halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu bakımından da zincirleme suç hükümlerinin somut olayın şartlarına göre tatbiki söz konusu olabilir. Kişi halkı kin ve düşmanlığa tahrik eden ya da halkın dini değerlerini aşağılayan bir yayını neşrettiğinde, yayının bölümler hâlinde yayımlanması, failin zincirleme suç hükümlerinden cezalandırılmasına neden olur.¹¹⁶

114 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6085

115 Koca, Mahmut; Üzülmöz, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Sayfa 446

116 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu,

Fikri içtima, failin bir fiile farklı suçları veya aynı suçu birden çok defa işlemesi demektir. Verilen tanıma göre fikri içtimanın iki şartı vardır: 1) Fiil tek olmalıdır. 2) Tek fiille birden çok suç işlenmelidir. Birden çok suç, farklı suçlar olabileceği (farklı neviden fikri içtima) gibi aynı suçlar (aynı neviden fikri içtima) da olabilir.¹¹⁷ Failin camı kırmak için attığı taşla bir kişiyi yaralaması, mala zarar verme ve yaralama suçuna vücut verdiğinden farklı neviden fikri içtimadan; silahla yapılan tek atışta birden çok kişinin yaralanmasına veya ölümüne sebebiyet verildiği durumda ise aynı neviden fikri içtimadan bahsedilir. Buna göre fail, kin ve düşmanlık içeren fiili ile aynı zamanda suç işlemeye tahrikte bulunmuşsa fikri içtima kuralları çerçevesinde cezası daha ağır olan maddeden sorumlu tutulması gerekir.¹¹⁸ Aynı durum kişinin kin ve düşmanlığa tahrikiyle beraber hakaret etmesi durumunda da söz konusu olacaktır.¹¹⁹

Fail, bir kimsenin dini değerlerine hakaret ederse, burada 216/3 ten değil; 125.maddenin 2.fıkrasındaki suçtan (*“Hakaret suçunun...Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.”*)

H. Yaptırım, Soruşturma ve Kovuşturma Usulü, Görevli ve Yetkili Mahkeme

TCK'nin 216. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen suç işlendiğinden bir yıldan üç yıla kadar bir cezalandırma söz konusudur. İkinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenen suçu işleyen kişiler ise 6 aydan 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Nitelikli unsur olan 218.madde uygulama alanı bulduğunda, cezanın yarı oranında arttırılması söz konusu olacaktır. 216. maddenin fıkralarının tamamında düzenlenen suçlar şikâyete bağlı değildir, suçların re'sen takibi gerekir. Suçun sivil şahıslar veya görevle ilgili olmaksızın kamu görevlisi tarafından işlenmesi olasılığında, soruşturma ve kovuşturmanın re'sen yapılacağı; görev se-

Cilt 4, Sayfa 6085

117 Koca, Mahmut; Üzülmez, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Sayfa 446

118 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6085

119 Artuk, Mehmet Emin; Gökcan, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 759

bebiyle kamu görevlisi tarafından işlendiği takdirde ise, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri gereğince yapılacağı belirtilmelidir.¹²⁰ Maddenin birinci fıkrasında düzenlenen suç bakımından görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi iken; ikinci ve üçüncü fıkralarda düzenlenen suçlardan ötürü görevli mahkeme Sulh Ceza Mahkemesi'dir. 218.maddede bahsi geçen suçun basın-yayın yoluyla işlenmesi bakımından da görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi'dir. Yetkili mahkeme ise, tahrik eyleminin icra edildiği yer mahkemesidir.¹²¹

Alman Hukuku'nda birinci fıkra için üç aydan beş yıla kadar, ikinci, üçüncü, dördüncü fıkra için üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası uygun görülmüştür. Avusturya Hukuku'nda ise her iki fıkradaki suç bakımından iki yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza uygun görülmüştür.

Sonuç

Bu çalışmada halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçuna ayrıntılı bir biçimde değinilmiştir. Bu çalışmaya başta 5237 sayılı Kanun'un 216, maddesi, 765 sayılı Kanun'un 312. maddesi, Alman Ceza Kanunu'nun "Volksverhetzung" başlıklı 130. maddesi ve Avusturya Ceza Kanunu'nun "Verhetzung" başlıklı 283. Maddesi olmak üzere çeşitli eserler katkı sunmuştur. Çalışmada öncelikle Türk-Alman ve Avusturya hukuklarındaki kanuni düzenlemeler ve suçun Türk Hukuku'ndaki tarihsel gelişimine değinilmiştir. Daha sonra suç sistematığı içerisinde sırasıyla korunan hukuki yarar, suçun maddi unsurları (Fiil, netice, fail, suçun konusu, mağdur, nitelikli unsurlar), suçun manevi unsuru, hukuka aykırılık unsuru, suçun özel görünüş şekilleri (Teşebbüs, iştirak, içtima), soruşturma, kovuşturma usulleri, görevli ve yetkili mahkeme incelenmiştir. Bu başlıkların Türk Hukuku'na göre tek tek değerlendirilmesinin akabinde Alman ve Avusturya Hukuku bakımlarından da tespitlerde bulunularak maddelerin karşılaştırılması imkânı bulunmuştur. Çalışma boyunca suç sistematığı bakımından Özgenç ekolü takip edilmiştir. Oku-

120 Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet, Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Sayfa 759

121 Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Sayfa 6085

yucu, gerek ulusal gerek uluslararası mevzuat yardımıyla konuyu daha iyi kavrama olanağı bulmuş, konu okuyucuda berraklaşmıştır.

Bu suç hakkında okuyucunun edinmesi gereken en temel bilgi, kişinin bu suçtan hangi şartlar altında cezalandırılıp cezalandırılmayacağıdır. Buna göre bu suçtan cezalandırılabilmek için: 1) Halkın belli özelliklere sahip kesimlerinin farklı özelliklere sahip diğer kesimlerinin aleyhine tahrik edilmesi gerekir. 2) Tahrikin kin ve düşmanlık yaratması gerekir. Kin ve düşmanlık, eski kanun metninin aksine seçimlik değil; bir arada gerçekleşmesi gereken şartlardır. 3) Aleni tahrikin söz konusu olması gerekir. 4) Kin ve düşmanlığa yol açan bu aleni tahrikin, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturması gerekir.

Bu suç bakımından düşünce özgürlüğü hakkın icrası kapsamında hukuka uygunluk sebebi teşkil eder. Alacakaptan'ın sorusunu bu noktada bir kez daha sormak uygun düşer. Buna göre: Bir hareket, ne zaman kin ve düşmanlığa tahrik, ne zaman bir vaziyet alışın, bir hakkın savunması ya da haksızlığın enerjik biçimde dile getirilmesi veya sert bir eleştiridir? Milli güvenlik, toprak bütünlüğünün korunması, kamu emniyeti ve suçun önlenmesi, kamu düzeninin korunması, genel sağlık, genel ahlâk, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli haberlerin ifşasına engel olunması, adalet kuvvetinin üstünlüğünün ve tarafsızlığının sağlanması gibi amaçlarla düşünce hürriyetinin sınırlandırılabilmesi mümkünken, iftira, küfür, onur, şeref ve saygınlığı zedeleyici sözler, müstehcen içerikli söz, savaş kışkırtıcılığı gibi, nefret, ayrımcılık, kavga, düşmanlık ve şiddet yaratmaya yönelik bulunan beyan vb. durumlarda düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilemezken; buna rağmen düşünce özgürlüğünün kural; sınırlamanın ise istisnai olduğu unutulmamalıdır.

Bu yazıyı tamamen okuyup bu iki mesajı alan okurlar, bu yazıdaki en önemli iletiyi zihinlerine nakşetmeyi başarmışlardır Kendi adıma yazıyı okuyan herkesin keyif aldığını, yazının okuyan herkese birikim katıp keyif verdiğini umuyor, yazımı tüm iyi dileklerle sonlandırıyorum. Yazıda katkısı olan herkese bir kere daha teşekkürlerimle.

KAYNAKÇA**a) Kitaplar ve Makaleler**

- Alacakaptan, Uğur, Bilimsel Hukuk Araştırması, in: Recep Tayyip Erdoğan Davası, (Hazırlayan: Işık, Faik), İstanbul, 1998 (Bu kitap için kısaltma olarak RTE kullanılmıştır.)
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2004, 4. Baskı
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2013, 13.Baskı
- Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, Cilt 4, 2009
- Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürümü, İstanbul, 1977
- Bayraktar, Köksal, Türk Ceza Kanununda Kamu Düzeni, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine İşlenen Cürümler, in: Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nin 50 Yılı ve Geleceği İstanbul, 1977
- Cihan, Erol, Sosyal Sınıfları Düşmanlığa Tahrik Suçu (TCK.m.312) İHFM, Cilt XL
- Çeçen, Anıl, İnsan Hakları, 2.Basım, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1995
- Daragenli, Vesile Sonay, Tehlike Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998
- Dönmezer, Sulhi, Toplum Bilim, Yenilenmiş 11.Bası, İstanbul, 1994
- Ekşi, Nuray, Akitten Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul, 1989
- Erem, Faruk; Danışman, Ahmet; Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, 1997
- Erem, Faruk , Suç İşlemeğe Tahrik, AD, 1955, Sayfa 12
- Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989
- Gökçen, Ahmet, Halkı Kin ve Düşmanlığa Açıkça Tahrik Cürümü, Ankara, 2001
- Gözübüyük, Abdullah Pulat, Amme Nizamına Karşı Cürümler, AD, Sayfa 10, Ekim 1971
- Heinrich, Bernd, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Stuttgart, 2005
- Koca Mahmut; Üzülmez, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012
- Laroque, Pierre, (Çeviri: Gürbüz, Yaşar) Sosyal Sınıflar, İstanbul, 1969

Malkoç, İsmail- Güler, Mahmut (Uygulamada) Türk Ceza Kanunu, Özel Hükümler-2, Ankara, 1996

Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul, 1998, 10.Baskı

Ökçün, Gündüz, Devlet Hususi Hukukunun Kaynakları ve Kamu Düzeni, Ankara, 1967

Önder, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4.Basım, İstanbul, 1994

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku, 5 Baskı, Eylül 2010

Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt 2, 2007

Savaş, Vural; Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu Cilt 2, (Madde 95-315) 3.Baskı, Ankara, 1999

Tanner, Alfred, Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht, Diss. Zurich 1949

Tanör, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul, 1969

Toroslu, Nevzat, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara, 1970

Ünver, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003

Vallios, Henri-V. (Çeviri: Tunakan, Seniha), İnsan Irkları, Ankara, 1975

Volkhard, Georg, Die Strafbaren Öffentlichen Aufforderung, Nürnberg, 1908

Yaşar, Osman; Gökcan, Hasan Tahsin; Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt 4, Adalet Yayınevi, Ankara 2010

b) Mevzuat

Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.1964 tarih ve 1963/128 E. 1964/9 K. Sayılı ilamı.
Karar için Bkz: AKMD, Sayfa 2 Ankara 1965

Yargıtay 8.CD, 18.06.1974 tarih ve 1974/2-2 sayılı karar. Karar için bkz: Savaş-Mollamahmutoglu, Cilt.2, 2786 vd.

Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin 09.11.1995 tarih ve 6119/5720 sayılı kararı.

Ceza Genel Kurulu'nun 27.10.1998 tarihli ve 8-247/335 sayılı kararı

Handyside/İngiltere, 07.12.1976 Paragraf 49, Lingens/Avusturya, 08.07.1986 Paragraf 41.

Lingens/Avusturya 08.07.1986 & 41-42; Castels/İspanya 23.04.1992 &43.

c) Ansiklopedi ve Sözlükler

Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca Türkçe Ansiklopedik Lügat, 11.Baskı, Ankara, 1993

Hayat Büyük Türk Sözlüğü

Meydan Larousse, Cilt 6

Meydan Larousse, Cilt 8

Meydan Larousse, Cilt 11

Meydan Larousse, Cilt 12

Meydan Larousse, Cilt 13

TDK Türkçe Sözlük, 10.Bası (2005), Sayfa 1884

d) Internet Kaynakları

www.kazanci.com

www.tdk.gov.tr

GİZLİ SORUŞTURMACI GÖREVLENDİRİLMESİ

Av. Elif ARAYAN*

Terörizm ve organize suçluluğun artış göstermesi karşısında, bunlarla mücadele için bir takım tedbirlere ihtiyaç duyulmuştur. İşte gizli soruşturmacı da, bunların önlenmesine yönelik ortaya çıkan tedbirlerden biridir. Çalışmamızda bu tedbir, ayrıntılarıyla incelenecektir.

I. GİZLİ SORUŞTURMACI KAVRAMI

Ülkemiz mevzuatına baktığımızda, bu kavrama yönelik ilk düzenlemeye, mülga 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'nda yer verildiği görülmektedir. Ancak anılan yasada "gizli soruşturmacı" yerine, "gizli görevli" teriminin tercih edildiği anlaşılmaktadır. Yine 26 Ocak 2001 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununa İlişkin Yönetmelikte de, mülga yasadaki gibi "gizli görevli" kavramı kullanılmaktadır.

Mülga 4422 Sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununa İlişkin yönetmeliğin 4. maddesinde gizli görevli, "gerektiğinde örgüt içine sızarak gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi" olarak tanımlanmıştır.

Bu kanun ve yönetmeliğin kaldırılmasının ardından, şu anda ise, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun birinci kitabındaki genel hükümlerde yer alan koruma tedbirlerinden biri olarak¹, 139. maddede

* İstanbul Barosu'na kayıtlı Avukat

1 CENTEL-ZAFER ve NUHOĞLU'na göre; gizli soruşturmacı görevlendirme, koruma tedbiri değil, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtasıdır. CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008, s.426, NUHOĞLU Ayşe, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, 2008, s.1057,1058

“gizli soruşturmacı görevlendirilmesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Ayrıca 14.07.2007 tarih ve 26434 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’te de hüküm altına alınmıştır.

Belirtmeliyiz ki, CMK 139. Maddede gizli soruşturmacı tanımına yer verilmemiştir. Buna karşılık Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin, “kavramlar” başlıklı 4/1-ç. Maddesinde “gerektiğinde örgüt içine sızmak, gözetlemek, izlemek, örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve örgütün işlediği suçlarla ilgili iz, eser, emare ve delilleri toplamak ve muhafaza altına almakla görevlendirilen kamu görevlisi” olarak tanımlanmıştır.

II. BENZER KAVRAMLAR

A. Bilgi Veren (Informant)

Bilgi veren kovuşturma makamlarınca belirli suçların işlendiği bilinen veya tahmin edilen yerlerde bulunup da, kural olarak belirli bir menfaat karşılığında işlendiği ileri sürülen suçlarla ilgili olarak kovuşturma makamlarına bilgi veren kişidir². Seyyar satıcı, ayakkabı boyacısı, garson veya herhangi bir mesleği bulunmayan ve sokaklarda yaşayan biri bilgi veren olabilir³.

B. Güvenilir Kişi

Güvenilir kişi, bir örgüt içinde bulunan ve belirli bir menfaat karşılığında, kovuşturma makamlarına düzenli bilgi aktararak, örgütün işlediği veya işleyeceği suçların açığa çıkmasını, hatta örgütün dağıtılmasını sağlamaya çalışan kişidir⁴. Kamu görevlisi değildir. Sadece polisle işbir-

2 ŞEN Ersan, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir, Ankara, 2008, s.239

3 ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2014, s.467, TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2014, s.467

4 ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, s.468,469, TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.276,277

liği içinde olan suçlu çevreye ait kimselerdir⁵. Örgütlü suçlulukta bu kişilerden yararlanılmasına rağmen, CMK'da düzenlenmemiştir.

Güvenilir adamın, her zaman örgüt içerisinde olması gerekmez⁶. Kimi zaman dışarıdan bir kişi olup, sonradan örgüt bünyesine de girebilir. Bilgi verenden farklı şekilde, bunda yalnızca bir konu bakımından değil, sürekli olarak bilgisine başvurulmaktadır.

Ayrıca, güvenilir adam, sadece gözlem yapmaz, ihtiyaç olduğunda polisiye bazı görevlerin icrasına, önleme ve ceza tatbikatına da katılır⁷. Fakat böyle bir durumda kendi başına değil, bağlı olduğu polis memurunun etkin yönlendirmeleriyle hareket eder.

C. Kışkırtıcı Ajan (Ajan Provokatör)

Kışkırtıcı ajan, diğer adıyla ajan provokatör ise, “bir kişiyi suçüstü yakalatmak veya o kişinin cezalandırılmasını sağlamak amacıyla kışkırtılan kişiyi bir suç işlemeye yönelten, suç işlemesine yardım eden veya suç işlemesi bakımından fırsat yaratan kimsedir⁸.”

III. CEZA MUHALEMESİNE EGEMEN OLAN BAZI İLKELER BAĞLAMINDA TEDBİRİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Nemo Tenatur İlkesi Bağlamında

Bilindiği üzere Nemo Tenatur, kişinin, kendisini veya yanında gösterilen derecede yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya delil göstermeye zorlanamayacağıdır (Anayasa m.38)⁹. Bu tanım doğrultusunda, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine baktığımızda, soruşturmacı, uydurma bir kimlikle hareket ederek, bilgi topladığından, tedbirin uygulanmasıyla, şüphelinin, dolaylı olarak kendi suçunu ispata zorlanıp zorlanmadığı sorusu akla gelmektedir. Doktrinde bu soru,

5 ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SIRMA Özge, SAYGILAR Yasemin F, ALAN Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s.478, ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ISSN:2148-6646, Cilt:2, Yıl:2014, Sayı:1-2, s.138,139

6 ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, s.468

7 ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAKSIZ-TEPE, s.469

8 TAŞKIN Ozan Ercan, Kışkırtıcı Ajan, Ankara, 2011, s.23

9 ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s.76-78

ilkenin geniş ve dar şekilde yorumlanması ile iki farklı biçimde cevaplandırılmıştır¹⁰.

İlkeyi geniş biçimde yorumlayan ilk görüşe göre; “şüphelinin, kişisel sorumluluğa dayalı ve kendisi tarafından belirlenen bir kararın sonucu olarak, kendisi aleyhinde beyanda bulunması yasaktır”. Bu nedenle de gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, nemo tenatur ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

İlkeyi dar biçimde yorumlayan, bizim de katıldığımız ikinci görüşe göre ise; şüphelinin açıklamada bulunduğu kişinin kim olduğunu bilmemesi veya açıklamayı hangi niyetle yaptığı, ilkeye yönelik bir aykırılık olup olmadığını belirlemede önem taşımamaktadır. Çünkü şüpheli, dış dünyaya yaydığı şeyin bilincindedir. Kendi özgür iradesi ile hareket etmektedir. Üçüncü kişinin şüphelinin yaptığı açıklamaları, kovuşturma makamlarına bildirme niyetinde olması, durumu değiştirmez. Bu nedenle gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde, şüphelinin, bilerek kendisini suçlamaya yönelik açıklamada bulunması, ilkeye aykırılık oluşturmaz.

B. Adil Yargılama İlkesinin Güvence Altına Aldığı Haklardan Biri Olan Silahların Eşitliği İlkesi Bağlamında

Adil yargılama ilkesi ise, ceza muhakemesi işlemlerinin, irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapmaksızın, gerek maddi, gerekse şekli açıdan öngörülen usul kurallarına uygun biçimde yapılmasıdır¹¹. Bu ilke bünyesinde, birçok hakkı, güvence altına almıştır¹². Güvence altına alınan haklardan biri de silahların eşitliği- dir. Kısaca açıklayacak olursak, silahların eşitliği, şüpheli veya sanığın haklarının belirli bir denge içerisinde olması gerekliliğini ifade eder.

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin, adil yargılama hakkı ile güvence altına alınan, bu ilke bağlamında ayrıca irdelenmesi

10 Görüşlerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, 2001, s.265-271

11 ÜNVER-HAKERİ, s.16-22

12 Bu ilke bünyesinde güvence altına alınan haklar; Silahların eşitliği, dürüst işlem, hukuki dinlenilme, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, kanuni hâkim tarafından yargılanma, makul süre içerisinde yargılanma, halka açıklık, muhakemenin sonuna kadar masum sayılma, şüpheden sanık yararlanır, suçlamayı öğrenme, savunma, müdafii yardımından yararlanma, muhakemeye yön verme, tercüman yardımından yararlanma hakkıdır.

gerekmektedir¹³. Çünkü silahların eşitliği ilkesi gereği şüpheliye, soruşturma evresinde hakkında başvurulmuş tedbirlere yönelik bilgi verilirken, gizli soruşturmacı görevlendirilmesinde, şüpheli, kendisine böyle bir tedbir uygulandığından haberdar değildir.

Bu çelişki bakımından önemle vurgulamalıyız ki, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin devlet tarafından araştırılma zorunluluğu, devlet ile şüpheli arasındaki eşitliğin mutlak olmasını engellemektedir. Bundan dolayı da, devletin başvurabileceği vasıtaların hepsine, şüphelinin de başvurabilmesi beklenemez. Aynı şekilde bazı hallerde de sanığın başvurabileceği yolları, devletin kullanması olanaklı değildir. Söz gelimi, sanığın işbirliğinden kaçınabilmesi, susması ve hatta kimi zaman yalan söylemesi olasılık dâhilindeyse de, hukuka ve kanunlara uygun hareket eden bir devletin bu vasıtalara başvurma imkânı yoktur.

Bu nedenlerden ötürü de, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin adil yargılanma ilkesinin güvence altına aldığı haklardan biri olan silahların eşitliği ilkesine ters düştüğü söylenemez.

IV. TEDBİRİN AMACI

CMK 139/4. Madde uyarınca soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle¹⁴ görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak¹⁵ ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür. Söz konusu düzenlemede geçen, *“örgüte ilişkin araştırmalarda bulunmak ve delilleri toplamak”* ibaresinden de anlaşılacağı gibi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesine, yalnızca örgütlü suçlarda başvurulabilir. Bu suretle de burada güdülen genel amacın, örgütlü suçluluk kapsamındaki suç ve suç faillerini ortaya çıkarmak olduğu söylenmelidir¹⁶.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz; ERDEM, s.271-279

14 “İzlemek teriminden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. İzlemek sadece örgütün dışarıdan takip edilmesi değil, esas itibarıyla örgüt içine sızılması şeklinde anlaşılmalıdır. Zira gizli soruşturmacı görevlendirilmesini diğer gizli soruşturma tedbirlerinden ayıran da budur.” ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ- TEPE, s.477

15 “Her türlü araştırmadan söz edildiğine göre gizli soruşturmacı görevlendirmenin aslında iç içe geçmiş tedbirlerden oluştuğu söylenmelidir. Dolayısıyla gizli soruşturmacı telefon dinleyebilir, teknik araçlarla izleme yapabilir.” ÖZBEK-KANBUR-DOĞAN-BACAĞSIZ-TEPE, s.477

16 SOYARSLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010, s. 276

Ayrıca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, ancak bir soruşturma çerçevesinde söz konusu olabilir. Daha açık bir deyişle, önleyici nitelikteki soruşturmalarda bu tedbire başvurulamaz. Zira 03.07.2005 tarih ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na yapılan eklerde de, önleyici amaçlı gizli görevli kullanılabileceğine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

V. TEDBİRİN UYGULANABİLMESİNİN KOŞULLARI

CMK 139. Madde terminolojisinden, gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için aşağıda sıralanmış olduğumuz koşulların bir arada gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bu koşullar şunlardır;

A. CMK Madde 139/7'de Sayılan Suçlardan Biri Olmalıdır

Anılan tedbire başvurabilmenin ilk şartı, soruşturmanın, şu suçlardan dolayı yürütülüyor olmasıdır;

a. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan,

- 1.** Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (TCK m. 188),
- 2.** Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç TCK m. 220),
- 3.** Silahlı örgüt (TCK m. 314) veya bu örgütlere silah sağlama (TCK m. 315) suçları,

b. Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda, tanımlanan, silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,

c. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun, 68. ve 74. Maddelerinde tanımlanan suçlardır.

Özellikle vurgulanmalıdır ki, yukarıda sıraladığımız tüm katalog suçların da bir örgüt bünyesinde işlenmiş olması gereklidir¹⁷.

17 Aksi görüşteki NUHOĞLU ise; gizli soruşturmacı görevlendirilecek suçun mutlaka örgütlü olmasına gerek olmadığını söylemektedir. Bu görüşüne dayanak olarak da, maddede yer verilen katalog suçlardan olan, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan

Dikkat edilecek olursa, sayılan katalog suçlardan, TCK 220. Madde düzenlenen, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu” bakımından, iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç tutulmuştur. Fakat 14.07.2007 tarih ve 26434 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik’in 26. Maddesi’nde, TCK 220. Maddenin iki, yedi ve sekizinci fıkralarında yer alan suçların bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi halinde bu istisnanın uygulanmayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Böylelikle Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren örgütlü bir suç söz konusu olduğunda da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurma imkânı sağlanmıştır. Bizce bu önemli detaya, yönetmelik yerine kanunda açıkça yer verilmesi, daha doğru olurdu¹⁸.

B. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebepleri Bulunmalıdır

Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirinin uygulanabilmesi için, yukarıda sıraladığımız katalog suçların soruşturulmasına başlanılmasının yanı sıra, bunların işlendiği hususunda *“kuvvetli şüphe sebebi nin”* varlığına da ihtiyaç bulunmaktadır (CMK m.139/1).

Dikkat edilecek olursa kanun koyucu burada; Tutuklamadaki (CMK m.100) gibi “kuvvetli suç şüphesi” değil, “kuvvetli şüphe sebebi” ibaresini kullanmıştır. Aynı kavrama, Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma (CMK m.128), Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m.133), Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama

silah kaçakçılığı (madde 12) suçları ile Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74. Maddelerinde tanımlanan suçların örgütlü olarak işlenebilecekleri gibi bireysel olarak da işlenebileceğini ileri sürmektedir. Ayrıca bir başka gerekçe olarak da, 14.02.2007 tarihli Yönetmeliğin 24. Maddesinin 1. Fikrasının ç bendinde geçen, “gizli soruşturmacının araştırmada bulunacağı örgüt veya kişilerle ilgili bilgiler” ibaresine dikkat çekmektedir. NUHOĞLU, s.1059

18 Aynı hususa aslında Terörle Mücadele Kanununun 6.3.2014 tarih ve 28933 sayılı mükerrer R.G.’de yayımlanan, 21.2.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanununun 19/b. maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılan 10. Maddesinde yer veriliyordu. Kaldırılan bu maddede de; Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar yönünden, CMK 139. Maddede öngörülen bu istisnanın uygulanmayacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmişti. Böylelikle Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren örgütlü bir suç söz konusu olduğunda da gizli soruşturmacı görevlendirilmesi tedbirine başvurma imkânı sağlanmıştı.

ve Elkoyma(CMK m.134), İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması(CMK135), Teknik Araçlarla İzleme(CMK m.140) tedbirlerinde de rastlanılmaktadır. Durum böyle olunca iki tabirin birbirinden farklı manaya geldiği ortadadır. Ancak kanundan, yönetmelikten, “kuvvetli şüphe sebebi” ile ne kastedildiği anlaşılamamaktadır.

Bilindiği üzere; **kuvvetli suç şüphesi**, “*eldeki delillere göre, duruşma sonunda sanığın mahkûmiyetinin kuvvetle muhtemel olması*¹⁹” demektir. Kuvvetli suç şüphesi kavramı böyle olunca, “*kuvvetli şüphe sebebinin*” ondan biraz daha düşük, ancak başlangıç şüphesinden de daha yoğun bir şüphe derecesi olduğu kanaatini taşımaktayız.

Yargıtay 5. CD.nin, 17.01.2014 tarih, 2013/16791 E., 2014/516 K. numaralı kararında da aynı konuya işaret edilerek; “*kanun koyucunun CMK’nın 135 ve 140. maddelerindeki “kuvvetli şüphe sebepleri” nden muradının ne olduğu hususu öğretilerde oldukça tartışma konusu olmakla birlikte, burada kanun koyucunun söz konusu tedbirlerin aşırı biçimde ve sıklıkla kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla kuvvetli suç şüphesi şartını aradığı, ancak bu tedbirlere başvurulması için şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin mevcut olması şeklinde anlaşılabilir derece ve zorlukta bir koşul öngörmediği, aksi-ni kabul halinde bu tedbirlere başvurulmasının neredeyse imkansız ve anlamsız hale geleceği, kaldı ki maddelerdeki kuvvetli şüphe sebepleri terimi, şüpheli veya sanığın mahkum edilmesi ihtimalinin yüksek olduğu biçimde anlaşıldığı takdirde, bu aşamada söz konusu tedbirlere başvurmanın orantılılık ilkesi açısından da yerinde olmayacağı zira, şüpheli veya sanık hakkında, onun büyük ihtimalle mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığına göre, artık bu tedbire başvurma gereğinin bulunmayacağı, yine bu tedbirlere başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe şartının aranmasının tedbirlere başvuru koşullarından olan, başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması biçimindeki ikincillik ilkesi ile de bağdaşmayacağını kabul etmek gerektiği” vurgulanmış ve “**kuvvetli şüphe sebebinin**”, **sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimaline göre daha yüksek olduğu kuvvetli şüphe anlamına gelmediği söylenmiştir.***

19 TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.198

Tüm bunların yanı sıra 5271 sayılı CMK’nda, 21.02.2014 tarihinde, 6526 sayılı yasanın 13. Maddesiyle yapılan değişiklikle, 139. Maddedeki “*kuvvetli suç şüphesinin*” yanına ayrıca, “*somut delillere dayanan*” ibaresi de eklenmiştir. Bundan dolayı da artık tedbirin uygulanabilmesi için “*somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi*” olması gerekmektedir.

Aslında kuvvetli şüphe sebebinden bahsedilirken, bir de bunun somut delillere dayandırılmasını istemek çok da anlamlı gözükmemektedir. Çünkü kuvvetli şüphe sebebi için zaten somut delillere ihtiyaç vardır. Biz kanun koyucunun burada tatbikatın kötü olması nedeniyle, ilave bir güvence arayışı içerisinde girdiği düşüncesindeyiz.

C. Başka Türü Delil Elde Etme İmkânı Bulunmamalıdır

Söz konusu tedbire başvurulabilmenin diğer bir koşulu ise, başka türlü delil elde etme imkânının bulunmamasıdır. Aslında bir tedbirin uygulanması bakımından, bir yandan kuvvetli şüphe sebebinin varlığını, diğer yandan ise başka türlü delil elde etmenin imkânsız olduğunu aynı anda söylemek çelişkilidir²⁰. Ancak kanun koyucu, yine de, gizli soruşturmacı görevlendirilebilmesi için bu iki unsuru bir arada aramaktadır. Diğer koruma tedbirleri ile sonuç elde edilemeyecek ise, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yoluna gidilmesini uygun görmektedir. Bu suretle de gizli soruşturmacı tedbirine başvurulması ikincil niteliktedir²¹.

Özellikle dikkat çekmek isteriz ki, kanun koyucu yalnızca gizli soruşturmacı görevlendirilmesi bakımından böyle bir koşulu öngörmemiştir. Bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma(CMK 134.m.), iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması(CMK 135.m.) ve teknik araçlarla izleme(CMK 140.m) gibi tedbirlerin uygulanması için de, aynı şartı koşmuştur. Fakat gizli soruşturmacı görevlendirilmesi ile bu tedbirlerden birinin tüm unsurlarının aynı anda gerçekleşmesi halinde, hangisinin uygulanacağı sorusunun cevabı yasada bulunmamaktadır. Bizce böyle bir durumla karşı-

20 CENTEL-ZAFER, s. 427

21 KUNTER Nürullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, İkinci Kitap, İstanbul, 2010, s.81, ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara, 2007, s.274

laşıldığında, daha özel nitelikte bir tedbir olan gizli soruşturmacı görevlendirilmesi yerine, öncelikle diğer tedbirin uygulanması yoluna gidilmelidir. Uygulanan bu tedbirlerden de sonuç alınamıyorsa, artık en son çare olarak gizli soruşturmacı görevlendirilmelidir. Eğer ihtiyaç varsa diğer tedbirlerle aynı anda da başvurulabilmelidir²².

D.Yapılacak Görevlendirmeye Ağır Ceza Mahkemesi Oy Birliği ile Karar Verir

5271 sayılı CMK'nda, 21.02.2014 tarihinde, 6526 sayılı yasanın 13. Maddesiyle yapılan değişiklikten önce gizli soruşturmacı görevlendirilmesine kural olarak hâkim, gecikmede sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verirdi. Cumhuriyet savcısının ise kararını sulh ceza hâkiminin onayına sunması gerekli değildi²³.

6526 sayılı yasanın 13. Maddesiyle yapılan değişiklik sonrasında, gizli soruşturmacı görevlendirmeye, şu an yalnızca ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilebilmektedir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranmaktadır. Görüldüğü üzere yeni düzenlemeyle, Cumhuriyet savcısı tarafından tedbire karar verilebilmesi olanağı kaldırılmıştır.

E. Görevlendirilecek Kişi Kamu Görevlisi Olmalıdır

Yalnızca kamu görevlileri gizli soruşturmacı olabilir²⁴. Bilindiği

-
- 22 MAHMUTOĞLU Fatih Selami, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi(MUYEP) Tebliğleri-II, 23-28 Ekim 2007,SBN:975-585-864-7, EGM Yayın Katalog No:444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No:43, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", Ankara, 2008, s.413,414
- 23 Bu husus bazı yazarlar tarafından eleştirilmiştir; "Kanun koyucu gizli soruşturma faaliyetinin kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil etmeyeceğinden hareket etmiş olabilir. Ancak her zaman bu sonuca varmak doğru değildir. Gizli soruşturmacının kişilerin konutuna girme gibi bazı faaliyetleri kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale teşkil edebilir. Bu nedenle, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen gizli soruşturmacı görevlendirme kararının hâkim onayına tabi tutulması gerekirdi". TURHAN, s. 275, Ayrıca aynı görüş için bkz; ÖZBEK, İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, 2005, s.606
- 24 ÜNVER-HAKERİ bu kuralı şu şekilde eleştirmektedir; "Olması gereken hukuk açısından bu kimse, sivil bir kimse de olabilmeliydi. Gizli soruşturmacı olarak tayin edilen kişi eğer o an TCK 6/1,c hükmü anlamında "kamu görevlisi" olma niteliğini haiz değilse, hem gizli soruşturmacının tayini usulü hem de gizli soruşturmacının elde ettiği, elde edilmesine aracılıkta bulunduğu deliller hukuka aykırılık vasfını taşıyacaktır. Bu deliller, 1982 Anayasası'nın 38 maddesinin altıncı fıkrası ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 217 maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dikkate alınmayacak ve kovuşturmada kullanılmayacaktır." ÜNVER –HAKERİ, s.465

üzere kamu görevlisi TCK m.6'da: *“kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi”* biçiminde tanımlanmaktadır.

Uygulamada genellikle polislere gizli soruşturmacı olma görevi verilmektedir. Ancak belirtmeliyiz ki, sadece polislerin değil²⁵, MİT, Jandarma, vergi ve gümrük memuru²⁶ veya diğer herhangi bir kamu görevlisinin de gizli soruşturmacı olması mümkündür.

Bu başlık bakımından, yabancı bir polis veya kamu görevlisinin ülkemizde gizli soruşturmacı olarak görevlendirilip görevlendirilemeyeceğine de değinmek isteriz. Ülkemiz ve yabancı kamu görevlisinin mensubu bulunduğu ülke arasında imzalanacak sözleşme hükümleri olarak tanırrsa, yabancı bir kamu görevlisi de ülkemizde gizli soruşturmacı olarak görevlendirilebilir²⁷.

VI. SÜRESİ

Tedbir kararının uygulanmasına yönelik kanunda, herhangi bir süre öngörülmemiştir²⁸. Bu suretle de koruma tedbirlerinin temel özelliklerinden biri olan geçicilik, hükme yansıtılmamıştır²⁹. Ancak buna rağmen gizli soruşturmacının görevinin, gizlilik ilkesinin geçerli olduğu soruşturma evresince devam edebileceği söylenmelidir³⁰. Artık gereksinim kalmadığı hallerde ise, tedbire derhal son verilmelidir³¹. Tedbirin amacı dikkate alındığında bizce de bir süreye tabi kılınmamış olması isabetlidir³².

25 ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR-ALAN, s.478, ŞAHİN, s.274

26 ÖZBEK Veli Özer, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C:2, Yıl:2014, Sayı:1-2, s.138

27 ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, s.149-150

28 Mülga 4422 sayılı ÇASÖMK'da ise şu anki düzenlemeden farklı olarak, madde 8'in, madde 2'ye yaptığı atıfla, gizli görevli ile ilgili bir süre sınırlaması getirilmiştir. Buna göre gizli görevli kullanılmasına ilişkin kararlar *“en çok üç ay için verilebilir; bu süre en çok iki defa üçer aydan fazla olmamak üzere uzatılabilir.”*

29 ÜNVER-HAKERİ, s.465

30 CENTEL-ZAFER, s.428

31 ÜNVER-HAKERİ, s.415

32 Aynı yönde görüş için bkz; ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, s.148

VII. GİZLİ SORUŞTURMACININ GÖREVİ SIRASINDA SUÇ İŞLEYİP İŞLEYEMEYECEĞİ SORUNU

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, gizli soruşturmacı, faaliyetlerini izlemekle görevlendirildiği örgüte ilişkin her türlü araştırmada bulunmak ve bu örgütün faaliyetleri çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili delilleri toplamakla yükümlüdür(CMK 139/4). Bu görevini yerine getirirken, suç işleyip işleyemeyeceği, sorunu önem taşımaktadır³³. Çünkü bilgi toplamak için bir örgüte sızan ve orada bir süre kalmak zorunda olan gizli soruşturmacının, örgüt tarafından işlenen suçlara katılmaması, kim olduğunun ortaya çıkmasına yol açacağından, hem kendi can güvenliğini, hem de görevlendirildiği soruşturma konusunu, tehlikeye düşürmüş olacaktır. Soruşturmacının sadece daha basit nitelikteki suçları işleyebilmesine imkân tanınması ise, örgüte dâhil edilmesini güçleştirecektir. Nitekim güvenilirliğinin tespiti için örgüt, kendisinden daha ağır nitelikteki suçları işleyebilmesini bekleyecektir. Ancak bu da bir kısır döngüdür. Daha açık bir deyişle, gizli soruşturmacı suç işledikçe, örgüt, kendisinden daha fazlasını isteyebilir. Bunun meşru sayılması, devlet tanımıyla bağdaşmayacağı gibi, vatandaşların, aslında bizzat suç işleyecek olan, devlete karşı güvenini de zedeleyecektir.

İşte Ceza Muhakemesi Kanunumuz 139. Maddede de; gizli soruşturmacının, görevini yerine getirirken suç işleyemeyeceğini ve görevlendirildiği örgütün işlemekte olduğu suçlardan sorumlu tutulamayacağını düzenlemiştir. Fakat bu kuralın geçerliliği için gizli soruşturmacının, örgüt üyelerini suça azmettirmemiş olması gerekmektedir³⁴.

Diğer taraftan yine aynı maddede eğer örgüt içerisindeki güvenilirliğini kontrol etmek için suç işlemesi istenirse de, soruşturmacının faaliyetlerine hemen son verip, örgütten ayrılması gerektiği belirtilmiştir³⁵.

Bize göre; somut olayda öyle bir durumla karşılaşılabilir ki, gizli soruşturmacının bazı suçları işlemesi kaçınılmaz hale gelebilir. Bu ihtimalde, kendi can güvenliğini de tehlikeye atmamak koşuluyla mümkünse, yine de suçun işlenmemesi yönünde çaba harcanmalıdır. Buna rağmen kaçınılmaz bir sonuç ortaya çıkarsa, gizli soruşturmacı, söz

33 Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; ÖZBEK Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara, 2003

34 TURHAN, s.416, SOYARSLAN, s.278, ÜNVER-HAKERİ, s.416

35 TURHAN, s.278,279, ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR-ALAN, s.480

gelimi bildiri dağıtmak, sahte para basma ve evrakta sahtecilik gibi suçları işleyebilir. Bunun dışında örgüt içindeki güvenilirliğini kontrol etmek açısından, birisini öldürmesi gibi daha ağır nitelikte bir suçu işlemesi istendiğinde ise gizli soruşturmacı, faaliyetlerine hemen son verip örgütten ayrılmalıdır. Fakat bulunduğu ortam buna olanak tanıyacak durumda değilse, daha açık bir deyişle, örgütün istediği kişiyi öldürmezse gizli soruşturmacının can güvenliği tehlikeye düşecekse, TCK 28. Maddede düzenlenen cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit hali çerçevesinde işlenmiş bir suçun varlığı tartışma konusu olacaktır.

Bu başlık bakımından özellikle tartışılması gereken bir diğer konu da, gizli soruşturmacının, gerçek kimliğini gizlemek suretiyle elde ettiği rızaya dayanarak, girdiği konutun sahibine yönelik, konut dokunulmazlığını ihlal etmiş olup olmayacağıdır³⁶.

Söz konusu tartışma bakımından önem teşkil eden nokta, gizli soruşturmacının evine girdiği kimseye, kimliğini doğru açıklamayıp, kendisini farklı biri olarak tanıtmasıdır. Böylelikle ev sahibi, aslında devletin içeride araştırma yapacağından habersizce, evine girilmesi konusunda rıza göstermektedir. Oysaki Anayasanın 21. Maddesinde, konut dokunulmazlığı ayrıca güvence altına alınmıştır ve bu madde gereğince, konuta yapılacak müdahalelerde, özellikle hâkim kararı aranmaktadır. Bu suretle de doktrinde gizli soruşturmacının, kimliğini gizleyerek aldığı rızaya dayanarak bir konuta girmesinin, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliindeki konut dokunulmazlığına aykırı olacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır.

Bizce burada bahsi geçen, tüm örgüt mensuplarının rahatlıkla girip çıkabildiği bir örgüt evi veya örgüt mensuplarından birinin evi ise, gizli soruşturmacının bu alanlara girebilmesinin doğal olabileceği ve bunun konut dokunulmazlığına aykırılık teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü örgüte yönelik işletilen bu tedbirin doğasında zaten yanıltılmak vardır. Ancak gizli soruşturmacının girdiği, örgütle hiçbir ilgisi olmayan birinin evi ise, biz de doktrindeki yukarıdaki görüşte yer alan gerekçelerle, bunun konut dokunulmazlığının ihlali şeklinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu bağlamda doktrinde ayrıca, gizli soruşturmacının, şüphelinin bulunduğu nezarethane ortamına girmesinin, Anayasanın 21. Maddesinin

36 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz; ERDEM, s.127-143

deki korumadan yararlanıp yararlanmayacağı da tartışılmıştır³⁷. Bir görüş; “çok yönlü denetime tabi bu yerde zaten kişinin geniş anlamda tasarruf yetkisi kısıtlanacağından, şüpheli ile nezarethane ortamında gerçekleştirilecek bu tarz bir ilişkinin, Anayasa’nın 21. Maddesine aykırılık teşkil etmeyeceğini” söylemektedir

Bizim de katıldığımız ikinci görüş ise; şüpheli ile nezarethane ortamında gerçekleştirilecek bu tarz bir ilişkinin, kamu gücünün zorlamasından kaynaklandığını belirterek, burada Anayasa’nın 21. Maddesinin ihlal edileceğini düşünmektedir.

VIII. ELDE EDİLEN BİLGİLERİN KULLANILMASI

CMK 139/6 hükmünce, soruşturmacı görevlendirilebilmesi suretiyle elde edilen “kişisel bilgiler”, görevlendirildiği ceza soruşturması ve kovuşturması dışında kullanılamaz.

Bu kural doktrinde iki farklı şekilde yorumlanmıştır. **Bir görüş**, soruşturmacı görevlendirilmesi sonucunda elde edilen “kişisel nitelikte” olmayan bilgilerin başka soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilceğini savunmaktadır³⁸. **Diğer görüş ise**, “bilgi kişisel değil ise, başka suçun soruşturma ve kovuşturulmasında kullanılabilceği sonucu çıksa da, böyle bir yorumun, gizli soruşturmacının, yalnızca CMK 139/7’de öngörülen katalog suçların aydınlatılması amacıyla görevlendirilebileceği sınırlamasıyla bağdaşmayacağını” söylemektedir³⁹. Bizce de katalog suçları esas alan ikinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Bu suretle de anılan tedbir sonucu elde edilen bilgilerden kişisel nitelikte olmayanlar, yalnızca CMK 139/7. maddede öngörülen katalog suçlarda tatbik imkânı bulmalıdır

Ana kural ve yorumu böyle olmakla birlikte, bu başlık kapsamında karşımıza iki sorunlu alan daha çıkmaktadır. Bunlardan ilki iletişimin dinlenmesi tedbirinde olduğu gibi, burada da tesadüfen elde edilen bir delille karşılaşıldığında nasıl değerlendirileceğidir. Yasa bu sorunun cevabını vermemektedir. Ancak Yönetmeliğin 30. Maddesinde bu konu, “tesadüfen elde edilen deliller ve kişisel bilgiler” başlığıyla; *“yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak*

37 Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi ve görüşler için bkz; ERDEM, s.135,136

38 ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara, 2007, s.275, BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011, s. 679

39 ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR-ALAN, s.481, NUHOĞLU, s.1066

*yukarıda yer verdiğimiz suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandı-
rabilecek bir delil elde edilirse, bu delil muhafaza altına alınır ve
durum derhal Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir” şeklinde düzen-
lenmiştir.*

İkinci sorunlu alan ise elde edilen gereksiz bilgilerin yok edilip edilmeyeceğidir. Buna ilişkin 5271 sayılı CMK’nda, 21.02.2014 tarihinde, 6526 sayılı yasanın 13. maddesiyle yapılan değişiklikten sonra, CMK 139. Maddenin 6. Fıkrasına; *“suçla bağlantılı olmayan kişisel bilgiler derhal yok edilir.”* cümlesi eklenmiştir. Yasa değişikliğinden önce kanunda böyle bir düzenleme bulunmamaktaydı. Kanun dışında Yönetmelik 29. Maddede de; *“gizli soruşturmacı tedbirinin kullanılması sonucunda suç işlendiğine ilişkin bilgi elde edilmemişse, elde edilen tüm veriler, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesinden sonra Cumhuriyet savcısı ve sorumlu kolluk görevlisi tarafından, toplam süre 10 günü geçmemek kaydıyla imha edilir. İmha işlemi yönetmeliğin ekinde yer alan EK-2 sayılı İmha Tutanağı'na kaydedilmek suretiyle belirlenir”* denilmektedir.

IX. GİZLİ SORUŞTURMACININ KORUNMASI

Görevini güvenle yapabilmesi için gizli soruşturmacının, kimliği değiştirilebilir⁴⁰. Değiştirme kimliğinin içerdiği bilgilere, uyuğa, adrese, ailevi ve kişisel durumlara, meslek ve fonksiyona dair olabilir⁴¹. Değiştirilen bu kimlikle soruşturmacı hukuki işlemler yapabilir. Dava açabilir, ticaretle uğraşabilir. Kimliğin oluşturulması ve devam ettirilmesi için zorunlu olması halinde gerekli belgeler hazırlanabilir, değiştirilebilir ve kullanılabilir. Bu suretle de burada belgede sahtecilik suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin olduğu söylenmelidir. Çünkü TCK 24. Madde uyarınca, kanunun emrini yerine getiren kimseye ceza verilmeyecektir. Burada da aslında yasanın izin verdiği ölçüde bir belgede sahtecilik fiili mevcuttur. Elbette ki bu hukuka uygunluk hem gizli soruşturmacı, hem de anılan belgeleri düzenleyen makamlar için geçerlidir⁴².

Yine gizli soruşturmacının korunması amacıyla, soruşturmacı görevlendirilmesine ilişkin karar ve diğer belgeler ilgili Cumhuriyet

40 Mülga 4422 sayılı ÇASÖMK’da ise gizli görevlinin kimliğinin değiştirilebileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişti.

41 ÖZTÜRK-TEZCAN-ERDEM-SIRMA-SAYGILAR-ALAN, s.479

42 ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, s.149

Başsavcılığı'nda muhafaza edilir. Soruşturmacının kimliği görevinin sona ermesinden sonra da gizli tutulur. Ancak evraklar Savcılıkta olduğundan, gizli soruşturmacının kimliğinin hâkim veya savcıdan gizlemesi mümkün değildir.

Belirtmeliyiz ki gizli soruşturmacının elde ettiği bilgilerin yargılama da kullanılabilmesi için kendisinin duruşmada tanık olarak dinlenmesi gerekli değildir⁴³. Çünkü suç örgütü içerisine giren ve örgüt üyelerinin güvenini elde eden gizli soruşturmacının, herhangi bir tanık gibi doğrudan duruşmada dinlenmesi, hem onun daha sonraki işlerde kullanılması olanağını ortadan kaldırmış, hem de yaşamı ve güvenliğini tehlikeye düşürmüş olacaktır. Bundan dolayı, burada, CMK 211/1-b maddesi uygulanmalıdır. Şöyle ki, bu madde uyarınca; *tanığın duruşmada bazır bulunması, hastalık malullük veya giderilmesi olanağı bulunmayan başka bir nedenle belli olmayan bir süre için olanaklı değilse, bu kişilerin dinlenmesi yerine, daha önce yapılan dinleme sırasında tutulan tutanaklar ile kendilerinin yazmış oldukları belgeler okunabilir.* Gizli soruşturmacının tanık olarak dinlenmesinde de, “hayati tehlike” ve “başka soruşturmada yeniden kullanılma olasılığının ortadan kalkması” gibi durumlar, CMK 211/1-b deki “giderilmesi olanağı bulunmayan” nedenlerden sayılmalıdır. Bu bakımdan da, gizli soruşturmacının hazırladığı tutanakların duruşmada okunması ile yetinilmelidir⁴⁴.

Ancak tüm bunlara rağmen yine de dinletilmesi zorunlu ise, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 22/1. Maddesinin yaptığı “*Tanık koruma biriminde görev yapan personel, bu Kanun kapsamına giren suçlara ait istihbaratta, soruşturmada veya kovuşturmada görev alan kolluk amir ve memurları ile diğer kamu görevlileri, bu suçlarda kullanılan gizli soruşturmacı, bu Kanun kapsamına giren suçların ortaya çıkartılmasında yardımcı olan muhbirler ile bunların yakınları bakımında bu Kanun hükümleri uygulanır.*” biçimindeki atıfla, tanıkların korunmasına dair hükümler, gizli soruşturmacı bakımından da uygulanmalıdır⁴⁵.

43 ŞAHİN, 275

44 Aynı görüş için bkz; ŞAHİN, s.275, BIÇAK, s.679

45 ŞAHİN; “Gizli soruşturmacının bizzat dinlenmesinin zorunlu görüldüğü hallerde ise, CMK'nın 125. Maddesi hükmü kıyasen uygulanarak, gizli soruşturmacı sadece mahkeme başkanı veya heyeti tarafından dinlenebilir” demektedir. ŞAHİN, s.275

KAYNAKÇA

- BIÇAK Vahit, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2008
- ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Muhakemesinde Organize Suçlulukla Mücadelede Gizli Soruşturma Tedbirleri, Ankara, 2001
- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi, İkinci Kitap, İstanbul, 2010
- MAHMUTOĞLU Fatih Selami, İçişleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü, Polise Görev, Yetki ve Sorumluluk Veren Mevzuat Uygulamaları Eğitim Projesi(MUYEP) Tebliği-II, 23-28 Ekim 2007,SBN:975-585-864-7, EGM Yayın Katalog No:444, Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın No:43, “Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi”, Ankara, 2008
- NUHOĞLU Ayşe, Gizli Soruşturmacı Görevlendirilmesi, Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer Armağanı, Cilt II, Ankara, 2008
- ÖZBEK, Türk Hukukunda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, ISSN:2148-6646, Cilt:2, Yıl:2014, Sayı:1-2
- ÖZBEK, İzmir Şerhi, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, Ankara, 2005
- ÖZBEK Veli Özer, Organize Suçlulukla Mücadelede Kullanılan Gizli Görevlinin Görevinin Gerektirdiği Suçlar Bakımından Cezalandırılabilirliği, Ankara, 2003
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Mehmet Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2014
- ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM Mustafa Ruhan, SIRMA Özge, SAYGILAR Yasemin F, ALAN Esra, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010
- SOYARSLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2010
- ŞAHİN Cumhuriyet, Ceza Muhakemesi Hukuku-I, Ankara, 2007
- ŞEN Ersan, Türk Hukuku'nda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbiri, Ankara, 2008
- TAŞKIN Ozan Ercan, Kışkırtıcı Ajan, Ankara, 2011
- TURHAN Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006
- ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2011

YARGI KARARLARI IŞIĞINDA CEZA VE HUKUK MAHKEMELERİNİN HUKUKA AYKIRI YÖNTEMLERLE ELDE EDİLEN DELİLLERE YAKLAŞIMI

Prof. Dr. Fatih Selami MAHMUTOĞLU*

GİRİŞ

Son dönem içerisinde ülkemizde yaşanan gelişmeler nedeniyle, hukuka aykırı delillere dair tartışmalar sıklıkla gündeme gelmektedir. Tartışmaların özellikle ceza mahkemelerinin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere ilişkin yaklaşımlarına odaklandığı görülmektedir. Bununla beraber, sadece ceza mahkemelerinde değil, hukuk mahkemelerinde de ihtilaf konuları hakkında hukuka aykırı deliller ileri sürülmekte ve bu hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin farklı eğilimler ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızın konusunu da, ceza ve hukuk mahkemelerinin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere ilişkin yaklaşımları teşkil etmektedir. Ancak, bu yaklaşımlar ortaya konulur iken ağırlıklı olarak Yargıtay kararlarından yararlanılmış ve bu nedenle de çalışmanın başlığı “Yargı Kararları Işığında Ceza ve Hukuk Mahkemelerinin Hukuka Aykırı Yöntemlerle Elde Edilen Delillere Yaklaşımı” şeklinde tercih edilmiştir.

Makalemizin içeriğinden kısa bir şekilde bahsedecek olursak;

Makalemiz ceza ve hukuk mahkemelerinin hukuka aykırı delillere dair yaklaşımını ortaya koymak adına “Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller” ve “Yargıtay Kararları Işığında Hukuk Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller” başlıklı iki ana bölümden oluşmaktadır. Her iki bölüm içerisinde de mümkün olduğunca doktrindeki farklı görüşlere ve farklı Yargıtay Kararlarına yer verilmiştir.

* Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

“Yargıtay Kararları Işığında Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller” bölümü kapsamında öncelikle delil ve hukuka aykırılık kavramlarından söz edilecektir. Sonrasında hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin görüşlerden ve bunun uygulamaya yansımalarından; yasak ifade ve sorgu yöntemleri, hukuka aykırı şekilde yerine getirilen koruma tedbirleri sonucunda elde edilen deliller ile tesadüfi delil, özel kişiler tarafından elde edilen deliller, delillerin uzak etkisi ayrımları çerçevesinde verilmiş olan Yargıtay Ceza Daireleri ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun farklı kararlarından bahsedilecektir.

“Yargıtay Kararları Işığında Hukuk Yargılamasında Hukuka Aykırı Deliller” bölümü içerisinde ise ilk olarak hukuk yargılamasında yer alan ispat hakkı ilkesine, bu ilkenin sınırlamasını teşkil eden ispat yasaklarına dair kısa açıklama yapılacaktır. Devamında, hukuka aykırı deliller ile ilgili medeni usul hukuku doktrininde ileri sürülen görüşlere yer verilecek; hukuk yargılamasında iletişimin tespiti ve ceza yargılamasında uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri sonucu elde edilen kayıtların hukuk mahkemelerinde kullanımı sorununa, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi meselesine değinilecektir. Son olarak da, hukuka aykırı delillerin Yargıtay Hukuk Daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararlarında ne şekilde takdir edildiğinden söz edilecektir.

Çalışmamızın sonuç kısmında da gerek ceza yargılamasında gerek hukuk yargılamasında söz konusu kararlarla ilgili saptamalarımıza yer verilerek, hukuka aykırı delillerin her iki yargılama çerçevesinde ne şekilde değerlendirilmesi gerektiğine dair görüşümüz belirtilecektir.

I- YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA CEZA YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

A. CEZA YARGILAMASINDA DELİL KAVRAMI

1. Ceza Yargılamasında Delilin Özellikleri

Ceza yargılaması, yaşandığı iddia edilen somut bir olayın oluşup oluşmadığını, oluştu ise, ne şekilde ve kim tarafından meydana getirildiğini ortaya çıkarmak ve bu olayın hukuk normları karşısındaki duru-

munu tespit etmek amacı ile gerçekleştirilmektedir. Ceza yargılamasının konusunu oluşturan olayın açıklığa kavuşturulması, maddi gerçeğe ulaşılması gayesiyle kullanılan araçlar da delil olarak tanımlanmaktadır. Bir diğer deyişle, delil, ceza uyumsuzluğunun konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır¹.

Yargıtay CGK'nın 19.04.2003 tarihinde vermiş olduğu kararda da *“Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek, akla uygun ve realist, olayın bütünü veya parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır; yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır.”* ifadesi kullanılarak delilin ceza muhakemesindeki işlevi açıklanmıştır².

Bu itibarla, ceza yargılamasının amacından, delilin tanımından ve Yargıtay'ın ifadesinden yola çıkıldığında; hâkimin hükme varışını sağlayan delillerin gerçekçi, akılcı, olayları temsil edici niteliklere sahip bulunması, ispat bakımından önemli olması ve hukuka aykırı olmaması gerektiği anlaşılmaktadır³.

1 Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 211.

2 Yar. CGK., 1993/6-79 E., 1993/108 K., 19.04.1993 T.

3 Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Kasım 2009, s. 612. Örneğin bir Yüksek Mahkeme kararında, *“Görüldüğü gibi, itibar edilip mabkûmiyet hükmüne dayanarak yapılan sanığın ikrarı oluşa ve açıklanan delillere ters düşmektedir. Kaldı ki mahkeme sanığın ikrarını bölerek bir kısmına itibar edip bir kısmına itibar etmemekle çelişkiye düşmüş ve bu çelişki nedeniyle öldürme nedenini dabi açıklayamamıştır. Bu nedenle, yüklenilen suçta işlediğine ilişkin bakkında inandırıcı deliller bulunmayan sanığın aksi kanıtlanamayan inkâra yönelik savunmalarına itibar edilmesi gerekirken oluşa ve fenni delillere ters düşen... ve bazı varsayımlara dayanılarak mabkûmiyetine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”* denilerek, oluşa ve açıklanan delillere uygun düşmeyen delile itibar edilmemesi gerektiği ortaya konulmuştur.(Yar. CGK., 1991/1-131 E., 1991/166 K., 20.05.1991 T.) Bir başka mahkeme kararında; *“CMK'nın 217/2. maddesi gereğince, sanığa yüklenen suçun, hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispatının mümkün olduğu ceza yargılamasında, bir delilin reddedilmesi için CMK'nın 206/2. maddesinde sayılan durumların dışında delilin, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, bayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için baklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu gözetilmeden... karar verilmesi... kanuna aykırı”*dır. denilmiştir. (Yar. 4. CD., 2011/23710 E., 2013/13658 K., 7.5.2013 T.)

2. Delilin Bir Özelliği Olarak Hukuka Aykırı Olmayan Delil

Hukuka aykırı delilin ne olduğunu ortaya koyabilmek için maddi ceza hukukundaki hukuka aykırılık kavramı üzerinde durulması ve bunun muhakeme hukukundaki hukuka aykırılıktan farkının ortaya konulması gerekir.

Şüphesiz, gerçekleştirilen fiilin hukuk düzeni ile bağdaşmaması halinde, hukuka aykırı bir fiilin varlığından bahsedilecektir. Maddi ceza hukukundaki hukuka aykırılık, suçun kanuni tanımındaki eylemi gerçekleştirerek hukuk düzeniyle çatışmak şeklinde vücut bulmaktadır. Bununla birlikte ceza muhakemesindeki hukuka aykırılığın ise iki şekilde ortaya çıkabileceğini söylemek mümkündür. İlk olarak, maddi ceza hukukundaki şekliyle, suç teşkil eden yöntemlerle delil elde edilerek hukuka aykırılık meydana gelebileceği gibi, muhakeme hukuku normlarına aykırı davranışlarla delil elde edilmesi durumunda da hukuka aykırılık vuku bulabilir. Son halde belirtilen hukuka aykırılığın da iki farklı şekilde tezahürü mümkündür. Birincisi, norma aykırı davranıldığı takdirde elde edilen delilin kullanılmasının mutlak suretle yasaklandığı haller olabilir. Yasak sorgu metotları kullanılarak delil elde edilmesi durumu bu hallere örnek olarak verilebilir. İkincisi, muhakeme normlarına aykırı hareket ederek delil elde edilmesi durumunda bu delilin kullanılması mutlak yasak olarak düzenlenmemiş olabilir. Bu halde, muhakeme normlarına aykırı olan davranışa kasten veya taksirle sebebiyet verilebileceği gibi bu davranış zorunluluktan da kaynaklanabilir.

İfade etmek isteriz ki, muhakeme kurallarına kasten aykırı davranışlar delil elde edilmesi durumunda, bu delilin de mutlak yasak çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, kolluk kuvvetleri, gündüz arama yapılmasını gerektiren durumlarda kasten, tamamen keyfi nedenlerle gece araması yapıyorsa, aramadan elde edilen delil ceza yargılamasında kullanılamamalıdır. Diğer iki olasılıkta ise, maddi gerçeğin ortaya çıkartılmasının önemi de dikkate alınarak nispi bir değerlendirmeyle elde edilen veriler kullanılabilir. Bu kullanım teknik anlamda muhakeme hukukunda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin varlığına işaret etmese de, başka bir anlatımla delilin hukuka aykırı olma vasfını ortadan kaldırmasa da, verilen izin ile göz ardı edilebilirlik sıfatı kazanmaktadır. Maddi ceza hukukunda kusurluluğu ortadan kaldıran hallerde ulaşılan kınanamazlık sonucu ne ise, buna da aynı anlamı yükleyebiliriz.

B. CEZA YARGILAMASINDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE DELİL YASAKLARI

Ceza yargılamasında maddi gerçeğin araştırılması sebebi ile her şey delil niteliğini haiz olabilir ve bu bakımdan delillerin serbestliği ilkesi geçerlidir⁴. Ceza yargılamasında karar verme yetkisine sahip olan yetkililerin⁵, toplanan delillerden sonuç çıkarıp, sonucu kararlarında kullanmalarına ise delillerin değerlendirilmesi denmektedir⁶.

Söz konusu husus, “Delilleri takdir yetkisi” başlığını taşıyan CMK’nın 217/1. maddesinde düzenlenmiş olup; “*Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller bakımın vicdani kanaati ile serbestçe değerlendirilebilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Maddeye göre, bir olguyu kanıtlamak üzere duruşmada bir delil ortaya konulduktan sonra⁷, hakimin vicdanında o delil serbestçe değerlendirilecek ve hakim delilin olaya uygunluğuna kanaat getirerek karar verecektir. Bu durum ise delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi olarak kabul edilmektedir.

Ancak, günümüzde, maddi gerçeğin sınırsız bir şekilde araştırılmasının kişisel ve toplumsal değerlere zarar vereceği kabul edildiğinden, maddi gerçeğin araştırılması ilkesine mutlak bir değer atfedilmemekte-

4 “*Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, “delil serbestisi” prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey kanıt olarak kabul edilebilmektedir.*” (Yar. CGK., 2009/7-160 E., 2009/264 K., 17.11.2009 T.)

5 Cumhuriyet savcısının delilleri değerlendirme yetkisinin olup olmadığı son dönemde kamuoyunda da tartışma yaratan bir husus olarak gündeme gelmiştir. Örneğin bir delilin hukuka aykırı olup olmadığı hususunu savcılık makamı değerlendirebilir mi? Bu kapsamda yeterli şüphe oluşturan delillerin açıkça hukuka aykırı olduğunu düşünen Cumhuriyet savcısı bu sebeple kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilir mi? Kanaatimizce hukuk adamı kimliği bulunan ve takipsizlik kararı vermeye yetkili olan Cumhuriyet savcısının yeterli şüphe oluşturan delillerin açıkça hukuka aykırılıklar taşınması halinde bu hukuki değerlendirmeyi yapabilmesi gerekir. Söz gelimi, işkence suretiyle elde edildiği adli tıp raporuyla saptanmış olan ve hukuka aykırı olduğu tartışmasız olan delile dayanarak savcılık makamının iddianame düzenlenmesi mi gerekir? Bununla birlikte, yeterli şüphe oluşturan delillerin hukuka aykırı olup olmadığı hususunda bir açıklık bulunmadığı takdirde, savcılık makamı bu takdirde mahkemeye bırakarak iddianame tanzim etmelidir. Bu halde hukuka aykırılığı hususunda tartışma bulunan delilin duruşmada tartışılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

6 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Özge Sırma, F. Yasemin Saygılar, Esra Alan, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 353.

7 Bir hususun, delil niteliğine sahip olabilmesi için duruşmaya getirilmesi ve duruşmada tartışılması gerekmektedir. Burada da karşımıza hakimin delille doğrudan temasa geçerek karar vermesi anlamına gelen vasıtasızlık ilkesi çıkmaktadır.

dir⁸. Dolayısıyla, delillerin serbestliği ilkesi ile delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ceza muhakemesinde delil olarak her şeyin kullanılabileceği şeklinde anlaşılmalıdır. Bu itibarla, hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalar, delil yasakları olarak ifade edilmektedir⁹. Başka bir ifade ile yargılama kapsamında maddi gerçeğe ulaşabilmek amacı ile ileri sürülen delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmeleri gerekmektedir.

Delil yasakları hem hukuka aykırı delil elde etme hem de hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilleri değerlendirme yasağını kapsamaktadır ve hakim, mağdur, müdafii de dahil olmak üzere tüm ceza yargılaması süjeleri için öngörülmüştür.

Delil yasakları ile gerçeğin bulunmasına, özel hayatın gizliliğinin korunmasına, meşru bir cezanın verilmesine ve soruşturma ile kovuşturma makamlarının disipline edilmesine hizmet edilmektedir¹⁰. Delil yasakları ile aynı zamanda, hukukun önem atfetmediği gerçeğin ortaya çıkarılmasına da neden olunabilir. Örneğin, işkence suretiyle elde edilen deliller ile gerçeğe ulaşılmakla birlikte, bu gerçek hukukun önem atfettiği bir gerçek değildir.

C. CEZA MUHALEMESİ KANUNUNDA YER ALAN DELİL YASAKLARINA İLİŞKİN NÖRLMALAR

Delil yasaklarına ve dolayısıyla hukuka aykırı delillere ilişkin temel düzenleme Anayasa'nın, "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlığını taşıyan 38/6. maddesinde yer almaktadır. Anayasa'ya 2001 değişikliği ile getirilen bu hüküm ile "*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.*" düzenlemesi öngörülmüştür.

CMK kapsamındaki delil yasaklarına ilişkin normlar arasında esas düzenlemeyi ise 217/2. madde teşkil etmektedir. Bu hükme göre "*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat*

8 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 363.

9 **A.g.e.**, s. 363.

10 Veli Ö. Özbek, M. Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Eylül 2012, s. 677.

edilebilir."¹¹ Maddenin lafzından da anlaşılacağı üzere, suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmemiş hiçbir delille ispat edilemez ve hukuka aykırı deliller, bir olayın ispatında vicdani kanaate esas alınmaz.

CMK çerçevesinde delil yasakları bakımından dikkate alınacak diğer normları ise delillerin ortaya konulması ve reddini düzenleyen 206. madde ile temyiz aşamasında hukuka kesin aykırılık hallerine yer veren 289. madde oluşturmaktadır. CMK'nın 206/2. maddesinde ortaya konulması istenen delilin kanuna aykırı olması halinde reddolunacağı; 289/1-e maddesinde ise hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması halinde, temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmemiş olsa dahi hukuka kesin aykırılık halinin varsayılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 38/6. maddesine ve CMK'nın farklı hükümlerine bakıldığında ilk olarak, Anayasa'nın 38/6. maddesinde, kanuna aykırı elde edilmiş bulgudan bahsedildiği, hüküm içerisinde delil sözcüğü geçmediği görülmektedir. Bu bakımdan her türlü iz, eser ve belirti için delil yasağının söz konusu olabileceği söylenebilecektir.

Bunun yanı sıra, yer verdiğimiz hükümlerin bir kısmında "hukuka aykırılık", bir kısmında "kanuna aykırılık" ifadesine yer verildiği anlaşılmaktadır. Bu farklılık da hangi ifadenin daha kapsamlı olduğu ve dikkate alınması gerektiği tartışmalarını beraberinde getirmiştir.

Bir görüşe göre, Anayasa Mahkemesi¹² ve Yargıtay kararlarında da¹³ görüldüğü üzere, pozitif hukuk metinlerine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin evrensel hukuk ilkelerine aykırılık halinde hukuka aykırılıktan söz edilecek olup; bu bakımdan hukuka aykırılık yasadışılıktan daha geniş bir içeriğe sahiptir ve "hukuka aykırılık" kavramı dikkate alınmalıdır¹⁴.

11 Türk hukukunda, 1412 sayılı CMUK'da 1992 yılında yapılan değişikliklerle değerlendirme yasağı hukukumuzda girmiş; CMUK m. 254/2'de "*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas almaz.*" hükmüne yer verilmiştir. Bununla birlikte, delil yasaklarının sadece hükümde değil, aynı zamanda, koruma tedbirleri dahil olmak üzere hem soruşturma hem de kovuşturma aşamasındaki tüm muhakeme işlemlerinde dikkate alınmaması gerektiği fikri ileri sürülmüştür. Bkz; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 673, dp. 857.

12 AYM, 22.06.2001T., 1992/2 E., 2001/2 K.

13 Yar. CGK. 2005/7-144 E., 2005/150 K., 29.11.2005 T.

14 Centel, Zafer, s. 691. Aynı yönde görüş için bkz. Yener Ünver, Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayinevi, Ankara 2011, s. 635.

Diğer bir görüşe göre ise, CMK'nın daha sonra yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, Anayasa'daki kanuna aykırılık ifadesi yerine, hukuka aykırılık ifadesine yer vermiş olması anlaşılabilir olarak nitelendirilmiş ve Anayasa'nın ifadesinin üstün tutulması gerektiği belirtilmiştir. Şöyle ki, temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediğine bakılmaksızın yasaya aykırı delil muhakemede kullanılamayacaktır¹⁵.

Kanaatimizce, “hukuka aykırılık” ve “kanuna aykırılık” ifadeleri arasında daha kapsayıcı olması sebebi ile hukuka aykırılık ifadesine üstünlük verilmelidir. Zira bu şekilde delillerin değerlendirilmesi bakımından kanuni düzenlemeler, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ve evrensel hukukunun temel ilkeleri de dikkate alınacak; böylece bireylere daha geniş bir koruma sağlanacaktır.

Tüm bu hususların yanı sıra, asıl tartışmayı ise hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı konusu oluşturmaktadır. Bu kapsamda da farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.

D. HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ HUSUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Ceza yargılamasında her ne kadar amaç maddi gerçeğe ulaşmak olarak görülmüş ve her şeyin delil olabileceği kabul edilmişse de; bu durumun modern ceza hukukunda hukuka aykırı deliller için de geçerli olduğundan bahsedilemez. Daha açık bir ifadeyle modern ceza hukukunda her ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşma yöntemi reddedilmiştir. Bununla beraber bir delilin hukuka aykırılığının belirlenmesi kimi zaman göreceli olmakta ve ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı tartışma konusu oluşturmaktadır. Bu konuda da çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir.

1. Mutlak Değerlendirme Yasağı Görüşü

Mutlak değerlendirme yasağı görüşüne göre, yasa hükmünün de bir hukuk kuralı olması nedeni ile yasaya aykırılık da bir hukuka aykırılık-

15 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 673.

tır ve az ya da çok hukuka aykırılıktan bahsedilemez. Bu itibarla delil toplama kurallarına aykırılık mutlak bir aykırılık olarak kabul edilmeli ve sonuca etkili olup olmamasına dahi bakılmadan, soruşturma ve kovuşturma aşamasında kullanılmamalıdır¹⁶.

Anglo-Amerikan ceza adalet sisteminde kabul gören mutlak değerlendirme yasağının amacı sanığın haklarını korumanın yanı sıra kolluk teşkilatını disipline etmektir. Dolayısıyla bu görüş kapsamında delil elde edilirken yapılan hukuka aykırılığın, sanığın haklarını ne derece ihlal ettiğine ilgi gösterilmez ve önemsiz sayılabilecek bir hukuka aykırılık halinde dahi, elde edilen delil hüküm kurulurken değerlendirilmez¹⁷.

Türk mevzuatında, CMK çerçevesindeki normlara bakıldığında ise, “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlığını taşıyan 148. maddenin üç ve dördüncü fıkralarında “Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez” ve “Müdafi hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz.” yönünde düzenlemelere yer verildiği ve bu şekilde doğrudan değerlendirme yasağının kabul edildiği görülmektedir¹⁸. Benzer şekilde CMK 206/2-a’da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin reddolunacağı düzenlenerek, bu konuda hukuka aykırılığın önemli veya önemsiz nitelikte olmasına değinilmemiştir. CMK 217’de de yüklenen suçun hukuka uygun yollardan elde edilen her türlü delille ispat edileceği hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden, kanun koyucunun hukuka aykırılığı mutlak aykırılık olarak değerlendirdiği ve hukuka aykırı delilin sonuca etkili olup olmamasına herhangi bir önem atfetmediği sonucu çıkarılabilir. Bu bakımdan kanun koyucunun iradesinin mutlak değerlendirme yasağı çerçevesinde olduğunu söylemekte bir hata bulunmamaktadır.

16 Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 101, Yıl: 2012, s. 66; Benzer yönde; Ersan Şen, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012, s. 31 vd.

17 Centel,Zafer, s. 692 vd.

18 Aynı husus CMUK’un yasak ifade ve sorgu yöntemleri başlığını taşıyan m. 135/a maddesinde de düzenlenmekteydi.

2. Nispi Değerlendirme Yasası Görüşü

Nispi değerlendirme yasası görüşüne göre, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde ya da değerlendirilmemesinde olaya göre değişen nispi ölçütler benimsenmektedir. Bu görüş kapsamında, yargılama aşamasında somut olaya göre değerlendirme yapılmakta ve bu değerlendirme sonucunda, delil yasasına ulaşılmaktadır.

Kara Avrupası ceza adalet sisteminde kabul gören nispi değerlendirme yasası ile bireysel hakların korunması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla, söz konusu görüş çerçevesinde, sanığın haklarını koruma altına almayan düzenlemelere aykırı yollarla ya da sanığın haklarını önemli ölçüde zedelemeyen elde edilen delilleri kullanma olanağı bulunmaktadır¹⁹.

Bu görüş kapsamında ileri sürülen teorilerden birini teşkil eden ve Alman Federal Mahkemesi tarafından geliştirilen²⁰ “sanığın hakları teorisi – Rechtskreistheorie”ne göre, yasada gösterilen yasaklanma halleri dışında²¹, delilin elde edilmesi ile gerçekleşen hukuka aykırılığın sanığın haklarını ne ölçüde ihlal ettiğine bakılmalı ve sanığın hakları önemli bir şekilde ihlal edilmiş ise hukuka aykırı delil kullanılmamalıdır. Fakat ihlal ikinci derecede kalmakta ya da sanığın hakları açısından önem taşımamakta ise hukuka aykırı delil hüküm verilirken dikkate alınmalıdır²².

19 Centel,Zafer, s. 692 vd.

20 Sanığın haklarını dikkate alan bu teori Federal Mahkemesinin özellikle BHG StGrS. 11, 213, 215 kararında genel bir çözüm yolu olarak açıklanmıştır. Kayıhan İçel, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998, s. 125.

21 Örneğin CMK 148’in karşılığı olan 136a paragrafı.

22 Claus Roxin, “*İspat Hukukunun Esasları*” (Çeviren: Yener Ünver), **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2, s. 274; Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 17. Bastı, Beta Yayınevi, İstanbul, Nisan 2010, s. 409; Mahmut Koca, “*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Yıl:2000, s. 121. Bu çerçevede Alman Yargıtay’ı, sanığın polis tarafından ifadesi alınırken hakları konusunda aydınlatılmasını öngören 136. maddenin ihlalinin bir değerlendirme yasası oluşturmayacağını ve bunun bir bozma nedeni sayılmayacağını kabul etmişti. Mahkeme bu kararında, 136. maddenin düzenleyici bir hüküm olduğunu ve bu tür hükümlere uyulmamasının yapılan işlemlerin geçersizliğine yol açmayacağını ve dolayısıyla polis tarafından hakları öğretilmeden alınan ifadenin sanığın haklarını önemli derecede ihlal etmediği sonucuna varmıştı (BGH St 22, 170). Bir başka kararında mahkeme, aydınlatma yükümlülüğünün ihlalinin 136a maddesi

Sanığın hakları teorisi, sanığın usulüne uygun bir ceza muhakemesi yapılmasını isteme hakkına da sahip olduğu, bu bakımdan delil yasağının sadece Anayasal hakların korunmasına ilişkin hükümlerde değil, muhakeme hukukuna dair hakların ihlalinde de söz konusu olması gerektiği ileri sürülerek Alman doktrininde eleştirilmiştir²³. Zira sanık sadece kendisinin korunmasına ilişkin belirli hükümlerin dikkate alınması hakkına sahip olmayıp, bunun yanında muhakemenin genel hukuksal şekilciliğinin de korunması hakkına sahiptir²⁴.

Bu hususta ileri sürülen diğer bir teori ise, hakların dengelenmesi teorisidir. Hakların dengelenmesi teorisinde ise, gerçeğe ulaşmadaki toplumsal çıkar ve etkili bir adli teşkilata duyulan ihtiyaç ile dava konusu suç ve isnadın ağırlığı dikkate alınarak; ya da sanığın ihlal ettiği kural ile ihlal edilen muhakeme kuralı göz önünde bulundurularak somut olaya göre değerlendirme yapılmaktadır²⁵. Sanığın hakları teorisi dengeleme teorisi ile tamamlanmıştır²⁶.

Yukarıdaki görüşlerde temel sorun, delil elde etme süreçlerinde ortaya çıkan hukuka aykırılığın hangi koşullarda değerlendirme yasağına sebebiyet vereceğine çözüm aramaktadır. Objektif isnadiyet teorisi ile delil değerlendirme yasakları arasında büyük bir paralelliğin olduğundan yola çıkan görüş ise, yukarıda belirtilen soruna objektif isnadiyet çerçevesinde çözüm bulmaya çalışmaktadır. Bu düşünce, delil değerlendirme yasaklarına ilişkin sorunlarda somut olaya özgü karar vermenin kaçınılmazlığını belirterek, bu konuda yine de sistematik bir kural getirmeye uğraş vermektedir. Buna göre, nasıl ki, zarar neticesi bakımından nedensel olan hareketin varlığına rağmen neticenin objektif

anlamında bir "aldatma" oluşturması halinde değerlendirme yasağının söz konusu olabileceğini, ancak bunun için hakların öğretilmesinin dikkatsizlik sonucu değil, kasten gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. **A.g.m.**, s. 121.

23 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 409.

24 Roxin, (Çev. Ünver), s. 275. Nitekim Alman Yargıtay'ı bu eleştirilerin etkisiyle, 1992 yılında vermiş olduğu bir kararla, sanığın poliste ifadesi alınırken haklarının öğretilmemesini önemli bir temel hak ihlali olarak kabul etmiş ve böyle bir ifadenin değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır(BGH. Beschluss v. 27.2.1992-5 StR 190/191; JZ 18/1992, 918). İçel, s. 126, Koca, s. 121 Karar için bkz. Keskin, s. 180 dp. 593.

25 Centel, Zafer, s. 692 vd.

26 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 409.

olarak isnad edilemeyeceği hususu pozitif gerekçelerle ortaya konulduğunda maddi hukuk açısından söz konusu yaptırımların istisnai bir şekilde devre dışı kalması mümkün ise, ceza muhakemesinde delil elde etme süreçlerindeki bir hataya rağmen de söz konusu delilin istisnai olarak değerlendirilebilmesi mümkün olmalıdır²⁷. Başka bir deyişle, kural ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak ve hukuka aykırı delillerin kullanılmaması olmakla birlikte, istisna olarak pozitif bir gerekçeyle ortaya konulması şartıyla objektif isnadiyet teorisinden yararlanmak suretiyle delilin değerlendirilebilmesine izin verilebilmelidir. Maddi ceza hukukunda objektif isnadiyete ilişkin üst formülün kural olarak; yükümlülüğe aykırı bir tehlikeye sebep olunması gerekliliği, bu tehlikenin ortaya çıkan neticede gerçekleşmesi, ihlal edilen normun koruma amacıyla ilişkilendirilebilirlik şeklinde üç bileşen ekseninde şekillendiğini belirten bu görüş, örneğin tehlikeye sebebiyet vermeme koşulunun yokluğunda delilin değerlendirilebileceğini ifade eder²⁸. Söz gelimi, lehe olan delil, şüphelinin hukuki durumuna zarar verici nitelik taşımaz, aksine şüphelinin hukuki durumunun güçlenmesine sebebiyet verir. Bundan dolayı, herhangi bir tehlikeye sebebiyet vermeyen lehe olan hukuka aykırı delil, şüpheli yararına değerlendirilebilmelidir.

Türk doktrininde Ünver/Hakeri'ye göre, ölçütlerinin belli olmaması nedeni ile basit- ağır- önemli hukuka aykırılık ayrımı yapılamayacaktır. Bununla beraber, delil elde etmeyi hukuka aykırı hale getirmeyen, zorunlu bir koşul taşımayan; bir koruma tedbirinde kuşkuları gidermek, tanık delili oluşturmak, ileride delilin hukuka aykırılığını iddia edecek kimsenin bu iddiasını karşılamak gibi amaçlarla kabul edilen ve hukuka aykırılıkla ilgisi olmayan şekli bir usule uyulmaması halinde o delil yargılamada kullanılabilir²⁹.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre de, Anayasa'daki kuralların bir bütün olarak uygulanması, delil yasaklarının adil yargılanma hakkı ile birlikte mütalaa edilmesi gerekir. Bu nedenle basit hukuka aykırılıklar-

27 Hans Kudlich, "Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtama Yükünün Dağıtımı İçin Bir Model Olarak Objektif Isnadiyet Teorisi" (Çeviren: İlker Tepe), Editör: Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat**, Seçkin Yayınevi, Ekim 2014, Ankara, s. 339.

28 **A.g.m.**, s. 341.

29 Ünver, Hakeri, s. 658 vd.

da, yani temel hakları ihlal etmeyen hukuka aykırılıklarda delilin etkilenmemesi, temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda ise, ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmaması, fakat ağır suçlarda istisnai olarak bunların da, “sanık hakları teorisi” çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınması gerekir. Bununla birlikte yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen ikrar delilinin ise hiçbir koşul altında delil olarak kullanılmaması gerekir³⁰.

Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma/Saygılar/Alan’a göre de, hak ihlali kriterine yer vermeyen bir değerlendirme, herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da bozma sebebi sayılmasını gerektireceğinden uzun vadede ağır sonuçların doğmasına yol açabilir. Burada her şekli aykırılık aynı zamanda hak ihlaline yol açar şeklinde toptancı bir iddianın da ileri sürülmesi de gerçeğe bağdaşmamaktadır. Zira gündüz yapılması gereken aramanın gece yapılması halinde veya hâkim, savcı hazır olmaksızın yapılan aramada mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki değil de bir kişi bulundurulması halinde herhangi bir hakkın ihlal edildiğinden bahsedilemez. Bu gibi durumlarda sadece şekli ihlal söz konusudur³¹.

3. Delilin Hukuka Uygun Elde Edilebilirliği Görüşü

İsviçre kaynaklı bu görüşe göre, özellikle ağır suçlarda, hukuka aykırı biçimde elde edilen bir delil, gerçekte hukuka uygun olarak da elde edilebilecekse değerlendirme dışında tutulamayacaktır³². Söz konusu görüşü Türk öğretisinde de kabul edenler görülmekte olup, bu görüşü savunanlara göre yargıç kararı gereken işlemlerde bu kararın alınmamış olması yargıcın yetkisinin alınması anlamına gelmeyip karar alınmış olsaydı dahi neler yapılacaksa aynı eylemlerin gerçekleştiği hallerde delilin hukuka aykırı olmadığı belirtilmiştir³³.

Kanaatimizce son görüş isabetli değildir. Örneğin yargılama sonucunda karar verecek olan makam, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin etkisiyle mahkûmiyet hükmü verecekse, başlangıçtaki koşul-

30 Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 420.

31 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 374

32 Akyürek, s. 71.

33 **A.g.m.**, s. 71.

ların (iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı vs.) yasal alanda mevcut olduğu yönünde bir yaklaşım içerisine rahatlıkla girebilir. Hâlbuki önemli olan soruşturma başlangıcındaki koşulların uygun olup olmadığıdır. Dolayısıyla sonradan yapılan saptamalar sübjektif değerlendirmelerin önünü açacaktır. Ayrıca bu yaklaşım özellikle hâkim kararının arandığı tedbirlerin aşılması için kullanıldığında hem temel bir güvence bertaraf edilmiş olacak hem de devamlı nispi bir değerlendirme tartışması içinde kalınacaktır. Kaldı ki hâkim kararının arandığı durum bile tartışmaya açılıyor iken, bu görüş kabul edildiği takdirde mevzuattaki bazı istisnalar dışında her değerlendirmenin bu kapsamda ele alınabileceğini, bu durumun ise sonunun gelmeyeceğini ifade etmek isteriz.

Temel hakları ihlal eden hukuka aykırılıklarda, ilke olarak bu delilin hüküm verilirken kullanılmaması, fakat ağır suçlarda istisnai olarak bunların da sanık hakları teorisi çerçevesinde değerlendirme kapsamına alınmasına ilişkin yaklaşım ise tartışmaya son derece açıktır. Örneğin, şüpheliye, kolluk tarafından ifadesinin alınması sırasında kasten hakları hatırlatılmadıysa ve ağır bir suç söz konusu ise, hukuka aykırı ifadeden elde edilen deliller değerlendirilebilecektir.

Türk ceza yargılamasının tarihsel özgeçmişi dikkate alındığında mutlak değerlendirme yasağının daha isabetli bir yaklaşım olduğunu belirtmek gerekir. Şüphesiz bu görüşün toplumdaki adalet duygusunu da karşılamayan sonuçlara neden olabileceğini görüyoruz. Çok sayıda hukukçu gibi bizim de ikilem içinde kalmamız olağandır. Bu nedenle ara bir çözüm yolu olarak, hukuka aykırılıkların kasten mi yoksa takirle mi ya da bir zorunluluktan mı kaynaklandığının her olayda ayrıca irdelenmesi daha isabetli bir yaklaşım olacaktır. Kasten böyle bir ihlale sebebiyet verildiği takdirde, delil değerlendirilmemelidir.

4. Yargıtay İçtihatları Kapsamında Kabul Edilen Görüş

Yukarıda yer vermiş olduğumuz görüşler kapsamında Yargıtay kararlarına bakıldığında, kararların bu hususta farklılık arz ettiği görülmektedir. Yargıtay bir kısım kararlarında mutlak değerlendirme yasağı görüşünü; bir kısım kararlarında ise nispi değerlendirme yasağı görüşünü dikkate almaktadır.

Nitekim Yargıtay 7. CD 20.06.2005 tarihinde “*Sanığın evinde ibbar üzerine yapılan aramada bakım kararı alınmamıştır. Hakim kararı alınmasını engelleyecek gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını*

gösteren bir tespit, bilgi ve belge'de bulunmamaktadır. Dolayısıyla bakım kararı olmaksızın arama yapmayı yasal kılan gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığı da söz konusu değildir. Böyle bir halin varlığı kabul edilse dahi arama Anayasanın 21, Polis Vazife ve Selahiyetleri Kanununun 2 ve 9, 1412 sayılı CMUK'nun 97.maddelerine uygun değildir. Arama yapılabilmesi için yetkili merciin yazılı veya sözlü arama emri olmadığı gibi arama sırasında CMUK. 97/2.maddesi hükmüne aykırı olarak ihtiyar heyetinden veya komşularından hiç kimse de bulundurulmamıştır. Bu suretle, delil hukuka aykırı olarak yapılan arama sonucu elde edildiğinden dosyadan çıkartılması gereken yasak delile dayanılarak, başkaca da yasal delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi, yasaya aykırıdır.” yönünde hüküm vererek mutlak değerlendirme yasağı görüşüne göre hareket etmiştir³⁴.

Yargıtay CGK'nın 13.3.2012 tarihli kararında³⁵ ise Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya komşulardan iki kişi olmadan yapılan aramaya ilişkin olarak *“Bu nedenle, sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşulun ihlal edilmesine dayanılarak aramanın hukuka aykırı sayılmayacağı ve ele geçirilen delillerin “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelenemeyeceğinin kabulü gerekmektedir. ...Her şekle aykırılığın aynı zamanda bir hak ihlaline de yol açacağı şeklindeki bir kabul isabetli olmayacağından, olayımızda olduğu gibi “Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu” bulunmadan yapılan bir aramada, CYY'nin 119. maddesine şekli bir aykırılık söz konusu ise de, herhangi bir hakkın ihlal edildiği söylenemeyecektir.”* şeklinde hüküm verilmiş ve nispi değerlendirme yasağına göre karara varılmıştır.³⁶

34 Yar. 7. CD. 2003/13539 E., 2005/8098 K., 20.06.2005 T.

35 Yar. CGK. 2011/8-278 E., 2012/96 K., 13.3.2012 T. Benzer yönde; Yar. CGK. 2007/7-147 E., 2007/159 K., 26.06.2007 T.

36 Ancak belirtmek isteriz ki söz konusu karar oy çokluğu ile alınmış bir karardır. Karara muhalif kalan genel kurul üyesi; *“Açık, somut bir hukuk normuna aykırı bir arama bizzatibi öngörülen, sanığa tanınan hakkın ihlalidir. Hukukta şekli ihlal ya da nisbi ihlal/mutlak ihlal gibi bir ayrırma yer verilmemelidir. ... Hukuk devletinde her suç aydınlatılmalıdır. Ancak, her suç, hukuka uygun olarak elde edilmiş delillerle aydınlatılmalıdır. “Delillere kıymayalım” yorumuyla basit ihlal/mutlak ihlal, “usule değil esasa bakılmalı” biçimindeki yaklaşım hukuk devleti ilkesini de gereksiz kılan sonuca götürür. ...Aramanın CMK 119/4 madde fıkrasına açık aykırılık basit ihlal olarak nitelendirilemeyeceğinden ve yukarıda yazdığım gerekçelerle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.”* görüşündedir.

Söz konusu kararın tamamına bakıldığında kurul tarafından, illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan değerlendirilmenin “*herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi sayılmasını*” gerektireceğinin ve böyle bir yaklaşımın uzun vadede ağır sonuçları da beraberinde getireceğinin belirtildiği, bu nedenle yapılan aramanın hukuka aykırı kabul edilmediği görülmektedir³⁷.

E. YARGITAY CEZA GENEL KURULU VE CEZA DAİRELERİNİN HUKUKA AYKIRI DELİLLERE İLİŞKİN YAKLAŞIMI

Yukarıda izah ettiğimiz üzere, Yargıtay Ceza Dairelerinin ve Ceza Genel Kurulu’nun delillerin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve bu delillerin yargılamada dikkate alınıp alınmayacağı hususundaki kararları farklılık arz etmektedir. Bu bakımdan, daha sistemli açıklama yapmak amacı ile Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun ve farklı Ceza Dairelerinin yasak ifade alma ve sorgu yöntemi ile hukuka aykırı arama ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen deliller hakkında ne yönde karar verdiğine ilişkin ayrıma gidilecektir. Daha sonrasında ise tesadüfen elde edilen delillere, özel kişilerce elde edilen delillere ve delillerin uzak etkisine ilişkin verilen kararlara değinilecektir.

Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru imkânının getirilmesinden itibaren, çok sayıda gerek cezai gerekse de hukuki uyumsuzlukların Yüksek Mahkeme kararlarına konu olduğunu belirtmek gerekir. Bu kapsamda bir delilin hukuka aykırılığının belirlenmesi ve hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda Anayasa Mahkemesi’nin de görüşünü belirlemede fayda bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme bu konuda vermiş olduğu 2013/6183 başvuru numaralı 19/11/2014 tarihli kararında³⁸, Ceza Genel Kurulu’ndan farklı olarak, iki ihtiyar heyeti üyesi veya komşulardan iki kişi olmadan yapılan aramadan elde edilen delil-

37 Yar. 5. Ceza Dairesi’nin de nispi değerlendirme yasağı görüşü çerçevesinde vermiş olduğu karar bulunmaktadır. Yasa gereği tanıkların ayrı ayrı dinlenmesi gerekirken buna uymayan mahkemenin verdiği kararı, Yüksek Mahkeme sonuca etkili olmadığı gerekçesiyle bozmamış ve onamıştır. (Yar. 5. CD. 1992/174 E., 1992/465 K., 12.12.1992 Tarih.) Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 409, dp. 7.

38 Bkz.7 Mart 2015 Tarihli ve 29288 Sayılı Resmî Gazete.

lerin hukuka aykırı delil sıfatı taşıyacağını, bu delillerin tek başına mahkûmiyete esas teşkil etmesi durumunda ise adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini ortaya koymuştur. Nitekim kararda; “*Olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun’un 97. maddesine göre bâkim veya Cumburiyet savcısı hazır olmaksızın süknada veya iş görmeğe mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunabilmek için o mahal ihtiyar beyetinden veya komşulardan kimse hazır bulundurulmadan yapılan aramanın, o tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Kanun’un 97. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğu görülmektedir.* ...Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki **arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi** ile elde edilen delillerin tek ve belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır” denilmesi karşısında, Yüksek Mahkeme’nin, işlemin icrasındaki kanuna aykırılığın, işlemi hukuka aykırı hale getireceği ve bu delillerin tek başına mahkûmiyete esas teşkil etmesi durumunda ise adil yargılanma hakkının ihlal edileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır.

1. İfade ve Sorgu Usulüne Aykırılık Halinde Elde Edilen Delillere İlişkin Kararlar

a. Aydınlatma Yükümlülüğü İhlal Edilerek Elde Edilen Delillerin Akıbeti

CMK’nın, “İfade ve sorgunun tarzı” başlıklı 147. maddesinin birinci fıkrasında ifade ve sorgu işleminin ne şekilde gerçekleştirileceğine dair düzenlemeye yer verilmiş ve bu işlemler için aydınlatma yükümlülüğü öngörülmüştür³⁹. İfade ve sorgu işlemleri sırasında insan hakları ihlallerine sebebiyet vermemek için, söz konusu hüküm bir yönetmelik gibi ayrıntılı düzenlenmiş ve müdafinin imzası sorgu tutanağının sıhhati bakımından şart sayılmıştır⁴⁰.

39 Benzer düzenleme CMUK döneminde m. 135’te yer almaktaydı.

40 Bahri Öztürk, “Yeni CMK’da Delil Yasakları”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 603.

Yukarıda da belirtildiği üzere CMK m. 147'ye göre, şüpheli veya sanığa ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesi sırasında yüklenen suç anlatılır⁴¹, müdafii yardımından yararlanabileceği bildirilir, yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.

Düzenlemede hakları bilmesi gereken kişiler ile gerekmeyen kişiler bakımından bir ayırım yapılmadığından dolayı, bu hakların herkese bildirilmesi gerekir. Bundan dolayı 147. maddedeki hakların, şüpheli ve sanık olan hukukçulara da hatırlatılması gerekir⁴². Yargıtay da CMUK döneminde bir kararında; “Öte yandan; sanığın sosyal ve kültürel durumu, tahsili, koşulları göz önüne alınarak; sanık CYUY.nın 135. maddesindeki haklardan bilgi sahibidir bu nedenle ona hatırlatılmasına gerek yoktur biçimindeki bir yaklaşımın bukuksal olmayacağı gibi, bukuk uygulamasında eşitlik ve istikrar da aykırıdır.” şeklinde ifade kullanarak bu hususa vurgu yapmıştır⁴³.

İfade alma sırasında şüpheliye, hakları usulüne uygun olarak bildirildikten sonra, ifade almanın devam eden oturumlarında şüpheliye yeniden hak bildiriminde bulunulmasının gerekip gerekmediği öğretide tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, şüpheliye ifade almanın devam eden oturumlarında haklarının tekrar hatırlatılması gerekir⁴⁴. Buna karşılık diğer görüşe göre, aynı görevliler tarafından başlayan ve aralıklarla devam eden ifade almada, bu ifade alma birkaç gün sürse dahi, şüpheliye haklarının kapsamlı bir şekilde tekrar anlatılmasına gerek yoktur⁴⁵.

Yine şüpheli veya sanığın soruşturma aşamasında ifadesinin alınması veya sorgusu esnasında hakları hatırlatılmış olsa bile daha sonra duruşmada yapılan sorgu esnasında haklarının tekrar hatırlatılması gere-

41 Kaymaz'a göre maddede “anlatılır” ibaresine yer verildiği için şüpheli veya sanığa yalnızca haklarının bildirilmesi yeterli değildir. Seydi Kaymaz, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

42 **A.g.e.**, s. 41 Öğretme görevi, bu hakların varlığı konusunda önceden bilgi sahibi olan şüpheliler için de söz konusudur. Timur Demirbaş, **Şüphelinin İfadesinin Alınması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 114.

43 YCGK, 24.10.1995 Tarih 1995/165 E. 1995/302 K.

44 Kayıhan İçel, “Sorgulamada Hukuka Aykırılık ve Sonuçları”, Yargıtay’ın 127. Kuruluş Yıldönümü Dolayısıyla Düzenlenen, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Kanıtlar Sempozyumu”, Ankara, 28.4.1995, 772, Aktaran; Aysun Altunkaş, **Hukuka Aykırı Delil Teorisinde İfade ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 136.

45 Timur Demirbaş, Sanığın İfadesinin Alınması, s. 97’den aktaran; Altunkaş, s. 136.

kir⁴⁶. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da CMUK döneminde vermiş olduğu bir kararında⁴⁷; “*Jandarmada, savcılıkta, ifadesi alınırken, Sulh Ceza-da hâkim tarafından sorguya çekilirken yasadaki yönetime göre sanığa haklarının hatırlatılmış olması nedeniyle, duruşmada sanık vekili de hazır olduğuna göre, artık 135. maddedeki haklarının yeniden hatırlatılmasına gerek yoktur şeklindeki bir düşünce kabul edilemez*” diyerek bu hususa vurgu yapmıştır.

Konuyla ilgili olarak farklı bir görüşe göre ise, sanığa haklarının bildirilmemesinin m. 135a (CMK 148) çerçevesinde bir aldatmaya yol açıp açmadığı araştırılarak sonuca varılmalıdır. Buna göre, daha önce kolluk, savcı, hâkim tarafından ifadesi alındığında veya sorgulandığında hakları bildirilmiş olan sanığın duruşmadaki ifadesi, sırf bu haklar tekrar hatırlatılmadığı için geçersiz sayılmamalıdır. Çünkü bu durumda sanığın, irade hürriyeti engellenecek nitelikte aldatıldığı söylenemeyecektir. Buna karşılık haklarını bilmeyen sanığa haklarının hatırlatılmaması aldatma kapsamında değerlendirilerek yasak sorgu sonucu elde edilen deliller kullanılmayacaktır. Bu düşünceye göre burada önemli ve belirleyici olan, ortaya çıkan durum sonucunda sorgulananın iradesinin etkilenip etkilenmediği olduğundan sorgulananın, kasıtlı olarak aldatılması ya da dikkatsizlik sonucu haklarının hatırlatılmamasının unutulmuş olması arasında bir ayırım yapılmamalıdır⁴⁸.

Soruşturma ve kovuşturma makamlarına aydınlatma yükümlülüğü yüklenmekle birlikte maddede, CMK m. 148’den farklı olarak, CMK m. 147’e uygun davranmamanın sonuçları belirtilmiş değildir. Bu durumda, belirtelim ki, CMK m. 147’nin CMK m. 217/2 ile birlikte ele alınarak değerlendirme yapılması ve CMK m. 147’e aykırı olarak yapılan ifade ve sorgu neticesinde elde edilen delillerin delil yasağı olarak değerlendirilmesi ve hükme esas alınmaması gerekir⁴⁹. Bu halde, ifade ve sorgu tutanağı, hukuka aykırı delil sayılacağından hükme esas alınması mümkün olmamakla birlikte, ifade veya sorguyu gerçekleştiren yetkililerin tanık olarak dinlenebileceği ileri sürülebilirse de, bu durum açıkça kana karşı hile teşkil edeceğinden kabul edilmesi mümkün değildir.

46 Kaymaz, s. 41.

47 YCGK. 1.5.1995, E. 1995/1-72, K. 1195/148. Karar için bkz. Kaymaz, s. 77.

48 Cumhuriyet Şahin, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Ve Değerlendirme Sorunu*”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul 1998, s. 351.

49 Öztürk, s. 603; Demirbaş, s. 281; Veli Özbek, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 243; Serap Keskin, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınevi, İstanbul 1997, s. 176.

Bu konuyla ilgili olarak Yar. 1. CD.'nin 10.03.2008 tarih, 2007/6461 E., 2008/1790 K. numaralı kararından bahsetmekte fayda görüyoruz. Karara konu olayda, sanık ile maktule İ.'nin önceden tanışıp, uzun süre birlikte oldukları, olay tarihinde geceleyin maktule İ. ve sanığın türkü bara giderek eğlendikleri ve alkol aldıkları, daha sonra maktule İ.'nin kullandığı araçla bu yerden ayrıldıkları, yolda tespit edilemeyen bir sebepten dolayı İ.'nin öldüğü sanığın yaralandığı tespit edilmiştir. Yerel Mahkemece, sanığın, İ'yi kasten öldürmekten cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yüksek Mahkemece ise, “*Sanığa ait tüm tıbbi evraklar getirtilerek dosya ile birlikte Adli Tıp Kurumu ilgili ibtidas kurumuna gönderilerek; 1- Sanığın olay sırasında aldığı yara durumuna göre şuurlu bir şekilde ifade verip veremeyeceği, 2- Otopsi raporunda belirtilen ve maktulenin ölümüne sebep olan yara vuku bulduktan sonra, maktulenin sanığa ateş edip edemeyeceği, sanıktaki bu yaraları oluşturup oluşturamayacağı, ayrıca sanıktaki yaraların yer ve konumları dikkate alınarak, sanığın kendisindeki bu yaraları kendi eylemi ile meydana getirip getiremeyeceği, kendisini yaraladıktan sonra maktuleye ateş edip edemeyeceği, yara durumu ve trajesine göre sanık tarafından bu yaranın ika edilip edilemeyeceği, 3- Yaranın yeri, vuruş şekli ve isabet bölgesi dikkate alınarak maktulenin araç kullanırken kendisinde ve sanıkta bu yaraları meydana getirip getiremeyeceği, Adli Tıp Kurumundan sorularak, verilen cevaba göre sübutun takdiri gerekirken yazılı şekilde eksik soruşturma ile hüküm kurulması,*” bozmayı gerektirmiş gerekçesiyle, yerel mahkeme kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Buna karşılık, kararın bozulmasını uygun bulan, ancak değişik gerekçe ileri süren muhalif üye ise; “*Sanık M.T. Bakırköy 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 20.09.2006 tarihli, 2005/369 ve 2006/207 sayılı kararıyla İ.Y. adlı kişiyi öldürmek suçundan 5237 sayılı TCK'nın 81, 62. maddeleri uyarınca 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Sanık M.'in ölen İ. ile birlikte yaşadıkları, olay günü bir barda eğlenerek alkol aldıkları, buradan ölenin kullandığı araçla ayrıldıkları, bir süre sonra İ.'nin araç içinde silabla vurulmuş şekilde ölü olarak bulunduğu, sanığın ise yaralı olarak hastaneye götürüldüğü olayda: Sanığın yaralı olarak getirildiği Çapa Tıp Fakültesi Acil Servisinde, kolluk görevlileri T.K., Z.K. ve G.Ş. tarafından saat 04.40 sıralarında olayla ilgili bilgisine başvurularak 29.09.2005 tarihli tutanak düzenlenmiştir. Bu tutanağın içeriğine göre sanığın “... olayı kendisinin gerçekleştirdiğini, ilk önce kendi kafasına sıkmak isterken yanında bulunan İ.Y. müdabale ettiğinden kurşun alınandan sıyırdığı, bunun üzerine*

İ.'ye sıkarak onu öldürdükten sonra kendisine sığığını, ancak kaç tane sığığını bilemediğini, bu olaydan kimsenin ilgisi ve alakası olmadığını, tamamen kendisinin gerçekleştirdiğini" söylemiştir. **Sanığın açıklamalarıyla kendisini suçladığı, bu bağlamda yapılan işlemin ifade alma niteliğinde olduğu, ancak bu sırada sanığa bakları öğretilmediği anlaşılmaktadır. Yerel mahkeme, düzenleyici kolluk görevlilerini tanık olarak dinleyerek tutanağın içeriğini doğrulayıp cezalandırma kararına esas almıştır.** Uyuşmazlık konusu sorun, çoğunluk görüşü sanığın olay sırasında aldığı yaraların niteliğine göre bilinçli bir şekilde ifade verip veremeyeceğinin Adli Tıp Kurumundan sorulmasına karar vermiştir. Raporda olumlu bir görüş yer alması durumunda doğal olarak tutanakta yer alan açıklamayı suçun kanıtı saymak gerekecektir. **...Yukarıda da açıklandığı gibi olayı öğrenen kolluk görevlileri, sanığa usul hukukunun öngördüğü bakları öğretmeden kendisini suçlayan açıklamasını tutanağa geçirerek bu tutanağı mahkemeye kanıt olarak sunulmasını sağlamışlardır. Ayrıca mahkemede tanıklık yaparak tutanağın içeriğinin doğru olduğunu söylemişlerdir.** Bu bağlamda, sorgulama işleminin çerçevesi ayrıca belirlenmelidir. Soruşturma veya kovuşturma makamlarının şüpheliye veya sanığa işlenen suçla ilgili bir soru yöneltilerek sözlü açıklamada bulunmasını sağlamak hukuksal anlamda sorgulamadır. Tutanak düzenleyen ve mahkemeye ifadelerine başvurulacak kolluk görevlilerinin bilgi edinen tanıklar olarak anlatımlarının kanıt değeri, tartışılması gereken bir sorundur. Ulusal hukukumuzda, dolaylı bilgisi bulunan tanık açıklamalarını önleyen bir düzenleme yoktur. Duyduklarını söyleyen tanıkların duruşmada dinlenmelerinde doğrudanlık ilkesinin gereğidir. Yargıç, hukuka uygun elde edilmiş, duruşmada tartışılmış kanıtlara dayanarak vicdani kanısına göre değerlendirecektir; (CMK. m. 217/1). Ancak, yargılama konusu somut olayda duyduklarını anlatan dolaylı tanıklık durumu da yoktur. **Suçtu ihbar alan kolluk görevlileri şüpheli görülen kişiye yönelik bakları öğretilmediği için hukuka aykırı sordukları sorular sonucunda sanığın açıklamalarını tutanağa geçirmişler ve bu tutanağı duruşmada doğrulamışlardır. Böylece hukuka aykırı bir yöntemle düzenlenen bu tutanak tek kanıt olarak sanığın cezalandırılmasına ilişkin karara esas alınmıştır. Hukuka aykırı olarak elde edilen bir kanıt elde edenlerin tanıklıklarıyla hukuka uygun duruma getirilemez ve cezalandırılmaya esas alınamaz. Temyiz incelemesi sırasında, ço-**

ğunluk görüşüne göre bu işlem yöntem olarak hukuka uygun kabul edilmekle birlikte, şüphelinin yara durumuna göre bilinçli ifade verip veremeyeceğinin yerel mahkemece araştırılmamış olması bozma nedeni yapılmıştır. **Şüphelinin içinde bulunduğu durum itibarıyla anlatımlarının güvenilirliği bir yana, yapılan işlemin özelliği, ifade atma ve yöntem bakımından mutlak yasak kanıt toplama niteliğinde olduğundan, sonradan yapılan kimi araştırmalar yoluyla hükme esas alınabilir değerde bir kanıt konuma getirilemez.** Bu nedenle eksik incelemeye dayalı bozma nedenine katılmak olanaksızdır” düşüncesiyle karşı oy kullanmıştır.

Muhalif üyenin anlatımlarına göre, yerel mahkeme, yasal hakları hatırlatılmadan, ifadesi alınan sanığın, ifade tutanağındaki, suçu kendisinin işlediğine ilişkin anlatımlarının, kolluk kuvvetlerince tanık olarak dinlenmesi ve böylece tutanaktaki anlatımların doğrulanması neticesinde, bu hususu, sanığın cezalandırmasına ilişkin tek kanıt olarak esas almıştır. Yine muhalif üyenin aktarımına göre, yasal hakları hatırlatılmaksızın ifadesi alınan sanığın, bu anlatımlarını doğrulayan kolluk kuvvetlerinin tanık olarak dinlenmesi Yüksek Mahkemece hukuka uygun bir yöntem olarak kabul edilmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, şüpheli veya sanığa yasal hakları hatırlatılmaksızın yapılan ifade alma veya sorgu işlemi hukuka aykırı olup, bu işlemin bir neticesi olan ifade ve sorgu tutanağının da hükme esas alınması mümkün değildir. Bu durumda hukuka aykırı ifade veya sorgu işlemini gerçekleştiren yetkililerin de tanık olarak dinlenmesi açıkça kanuna karşı hile teşkil edip, bu şekilde elde edilen delillerin de kullanılması mümkün değildir. Muhalif üyenin anlatımlarına göre ise, Yüksek Mahkeme tarafından bu yöntem hukuka uygun bir işlem olarak kabul edilmiştir.

CMUK döneminde Yargıtay’ın aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edilmesini emredici hukuk kuralının ihlali olarak nitelendirdiği ve hükme etkili olup olmamasını dikkate almaksızın mutlak bozma nedeni yaptığı kararları bulunmaktadır. Örnek olarak Yargıtay bir kararında⁵⁰; “Sanığın sorgusu CMUK’nun 135. maddesinde belirtilen şekilde yapılmalıdır. Maddede kabul edilen hakların sanığa hatırlatılmaması, mutlak bozma nedenlerindedir. ... Usulüne uygun şekilde ve maddede belirtilen kurallara uygun olarak yapılacak sorgu sırasında sanığın hangi haklarını kullanacağı ve lehine hangi delilleri ibraz edeceği, savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin hüküm

50 YCGK, 19.12.1994-6-322/343.

öncelikle CMUK'nun 135. maddesine aykırı davranılması nedeniyle bozulmalıdır. *CMUK'nun 135. maddesinde yer alan güvencelerin sanığa hatırlatılması halinde, sanığın ikrarda bulunması ve bu beyanı ile elde edilecek delilin göz ardı edilemeyeceği nazara alınarak öncelikle adı geçen maddenin uygulanması, yasal hakların sanığa hatırlatılması zorunludur.* Şu aşamada ikrar etmemiş ise, bunun 135. maddenin getirdiği güvencelerden yoksun olmasından kaynaklanması da mümkündür. *Ayrıca, kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu hüküm olan CMK'nun 135. maddesine uyulmadığının saptanmasına rağmen dosyanın esasının incelenmesi, diğer usulü hataların da göz ardı edilmesi ve dosyanın esasına girilmesi sonucunu doğuracaktır.*" denilmektedir.

Hatta Yargıtay bir kararında, duruşmada sanığın sorgusu esnasında mahkeme tarafından haklarının hatırlatılmayarak yargılamaya devam olunmasını ve sonunda beraat kararı verilmesini dahi CMUK'un emredici usul kuralı olan 135. madde hükmüne (CMK m. 147) aykırı bularak yerel mahkemenin kararını bozmuştur⁵¹. Söz konusu kararda Yük-

51 **KARAR** : Sanığın, sahte evraki bilerek kullanmak ve dolandırıcılık suçlarından beraatine karar verilen olayda, **Özel Daire ile Yerel Mahkeme arasındaki uyumsuzluk, beraat kararı verilmesi halinde de CMUY.nın 135. maddesindeki haklarının sanığa hatırlatılmasına gerek olup olmadığına ilişkindir.** ... İncelenen dosyada, sahte evraki bilerek kullanmak ve dolandırıcılık suçlarından sanığın beraatine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından sanık aleyhine temyiz edilmiştir. Katılan vekilinin temyiz davası açması üzerine öncelikle, emredici usul kurallarının uygulanıp uygulanmadığı, usulî bir bata olup olmadığı incelenmeli, olmadığı takdirde dosyanın esasına girilmelidir. Usulî hükümlerin, emredici kurallarının bir tarafa bırakılarak önce işin esasının incelenmesi, sübut olmadığı takdirde hükmün onanması, sübutun varlığında ise bu usulî eksiklik nedeniyle hükmün bozulması, ikili uygulamaya ve yanlış anlamalara neden olacaktır. Bu şekilde yani önemli usulî eksikliğe rağmen esasa ilişkin bir inceleme yapılarak bozma kararı verilmesi durumunda sübutun varlığı kabul edilmiş olacağından; artık bundan sonra CMUY.nın 135. maddesi hükmünün uygulanmasının mantıki ve hukuki bir anlamı kalmayacaktır. Çünkü, suçun olduğu Yargıtay'ca peşinen kabul edilmiş ve üst mahkemenin görüşü belli olmuştur. Ayrıca bu durum "oy'un açıklanması" niteliğinde olduğu gibi, böyle bir bozma sadece yasa hükmünü şeklen yerine getirmeye yönelik biçbir yararı bulunmayan anlamsız bir bozma olacak ve maddenin, amacı ile bağdaşmayacaktır.

Usulüne uygun ve maddede belirtildiği şekilde yapılacak sorgu sırasında, sanığın hangi haklarını kullanacağı ve hangi delilleri sunacağı; savunmasında neler getireceği önceden bilinemeyeceğinden, esasa girilmeksizin hükmün öncelikle ve sair yönleri incelenmeksizin usulî bir nedenle bozulmasına karar verilmelidir.

Öte yandan, CMUY.nın 135. maddesinde yer alan güvencelerin sanığa hatırlatılması halinde, sanığın ikrarda bulunması ve bu beyanı ile elde edilecek delillerin gözardı edilemeyeceği, sunacağı delillerle suçun eski tarifte işlenmiş ve zamanaşımına uğramış olduğunu ya da suç vasfının farklı olduğunu ileri sürmesinin mümkün bulunduğu nazara alındığında, sözü edilen hükmün bu nedenle de uygulanması zorunludur. Belki de sanık,135. maddenin getirdiği güvencelerden yoksun olduğu için ikrarda bulunacakken, bulunmamaktadır.

sek Mahkeme bahsi geçen hükmün sadece sanık lehine konulmuş bir hüküm olmadığını, maddi gerçeği bulmak için konulmuş ve kamusal niteliği de oldukça ağır basan bir hüküm olduğunu belirterek sanık hakkında beraat kararı veren yerel mahkeme hükmünü sanığa haklarını hatırlatmadığı için bozmuştur.⁵²

Sorgu; sadece (sırf) sanık lehine konulmuş bir usul kurumu değildir. Maddi gerçeği bulmak için konulmuş, kamusal niteliği de oldukça ağır basan bir usul kuralıdır. Öyleki, çok ağır ceza gerektiren birçok olayda, örneğin ıssız yerlerde işlenen adam öldürme olaylarında tek kanıt sanığın ikrarı olabilmektedir. Bu ikrarın ise yasanın öngördüğü tüm koşulları içeren bir sorgu ile saptanmış olması kesinlikle gerekir. Çünkü CMUY.nun 321/2. maddesi gereğince, “bükümün bozulmasına sebep olan kanuna muhalefet keyfiyeti bu bükme esas olarak tesbit edilen VAKIALARDA olmuş ise bu muameleler dabi aynı zamanda bozulacaktır.”

Ayrıca kamu düzeni ile ilgili ve buyurucu hüküm olan CMUY.nun 135. maddesine uyulmadığının saptanmasına rağmen dosyanın esasının incelenmesi, diğer usuli hataların da gözardı edilmesi ve dosyanın esasına girilmesi sonucunu doğuracaktır. Örneğin, bükme dayanak yapılan bilirkişi raporunu düzenleyen bilirkişiye, otopsiye katılan doktor bilirkişiye yemin verdirilmemesi, esaslı işlemlerin yapıldığı sanık ve tanıkların dinlendiği oturuma ilişkin duruşma tutanaklarının imzasız bulunması ballerinde de, esasa girilmesi; sübutun varlığında bu nedenlerle hükmün bozulması, aksi halde kararın onanması gerekecektir. Halbuki sübutun varlığı, bu delillerle saptanacaktır. Yeminsiz dinlenen bilirkişi raporu, otopsi tutanağı veya imzasız olması nedeniyle gerçek olup olmadığı bilinmeyen duruşma tutanakları esas alınmak suretiyle hüküm kurulması olanaksızdır.

Yerel Mahkemece sanık hakkında kurulan beraat hükmünün, Yargıtay C. Başsavcılığınca düzenlenen tebliğnamede “onanmasının istenmesi” hususuna dayanılarak, CMUY.nun 135. maddesindeki haklarının sanığa hatırlatılmasına gerek olmadığı yönündeki düşünceye de katılmak mümkün değildir. Zira birçok Özel Daire ve Ceza Genel Kurulu kararının, tebliğnamedeki isteme aykırı olarak verildiği bilinen bir gerçektir. Bu itibarla tebliğnamede dosyanın esasını incelenerek kararın onanması talep edile bile, sair yönleri incelenmeksizin hükmün öncelikle bu usuli sebepten dolayı bozulmasına karar verilmelidir.

Direnme konusu olayda 1.12.1992 günlü Resmi Gazete’de yayımlanan ve yürürlüğe giren 3842 sayılı Yasa ile CMUY.nun 135. maddesi değiştirilmeden önce 4.11.1992 günlü iddianame ile sanık hakkında dava açılmış ve yargılamanın hiçbir aşamasında sanığa CMUY.nun 135. maddesinde yer alan hakları hatırlanmamıştır.

Kaldı ki, poliste, savcılıkta ifadesi alınırken, Sulh Ceza Mahkemesinde hakim tarafından sorguya çekilirken CMUY.nun 135. maddesindeki hakları hatırlatılan sanığa, duruşmada vekili hazır olsa bile yasal haklarının yeniden hatırlatılması gerektiği, zira madde ile sanığa tanınan hakların sadece müdafî tayininden ibaret olmadığı, 135. maddenin diğer bentlerindeki hususların da aynı derecede önemi haiz ve savunma hakkına ilişkin olduğu Ceza Genel Kurulu’nun 1.5.1995 gün, 71/147; 1.5.1995 gün, 72/148 sayılı kararları ile kabul edilmiştir.

Bu itibarla, usul ve yasaya uygun bulunan, Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi isabetsiz olup, Yerel Mahkeme direnme hükmü bozulmalıdır.” 24.10.1995 Tarih E. 1995/6-238, K. 1995/305.

- 52 Karara muhalif kalan bir üyenin görüşünde ise; “CMUK.nun 309. maddesine göre, sanık lehine olan hukuki kaidelere muhalefet nedeniyle sanığın aleyhine hükmün bozulmasını gerektirmediğinden açıklanan davada duruşmada da sanığa susma hakkının hatırlanmaması şeklindeki usule muhalefet nedeniyle, beraat etmiş sanık aleyhine hükmün bozulmasını gerektirmemektedir. ...Sonuç olarak; yukarıda açıklandığı üzere kollukta, Cumburiyet Savcılığında ve Sulh Cezadaki

Buna karşın yine CMUK döneminde Yargıtay 4. Ceza Dairesi ise bir kararında, hakları hatırlatılmamış sanığın ikrar ve kabul içermeyen savunmasına dayanmaksızın başkaca delillerle sanığı mahkûm eden yerel mahkeme kararını onamıştır. Söz konusu kararda daire sanığa haklarının hatırlatılmayarak yapılan sorgunun hukuka aykırı bir sorgu olduğuna karar vermekle birlikte, hükümde bu delile dayanılmaması nedeni ile bu aykırılığı sonuca etkili saymayarak yerel mahkeme kararını onamıştır⁵³.

CMUK döneminde, Yargıtay'ın aydınlatma yükümlülüğüne aykırı elde edilen beyanların değerlendirilmemesi için hukuka aykırı işlemle delil arasında nedensellik bağı aradığı ve kanuna aykırılığın hükmü etkilemesi gerektiğini belirttiği kararlarına⁵⁴ rastlandığı gibi; sorgudan önce hakların hatırlatılmasına ilişkin kuralın emredici olduğu ifade edilerek, bu yönde hareket edilmemesinin hukuka aykırı olduğunu ifade ettiği kararları⁵⁵ da görülmektedir.

CMK döneminde de Yargıtay'ın farklı daireleri tarafından verilen

sorgulamalarında CY. Yasasının 135. maddesi gereğince üç kez hakları anımsatılan, bu nedenle haklarını bildiğinde kuşku bulunmayan ve son soruşturmada müdafii yanında sorgulanan sanık için söz konusu hukuka aykırı işlemin kurulan hüküm açısından nedensellik bağı ve CY.Yasasının 308. maddesindeki mutlak hukuka aykırılığı bulunmamaktadır. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmamaktayız” şeklinde gerekçeyle karşı oy kullanmıştır. Muhafif görüşe benzer düşüncede, Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 342

53 4.10.1994 Tarih E. 1994/7351, K. 1994/7693 Kararı eleştiren **Yurtcan**'a göre; bir yargılama kuralı, yargılamada gerçeği bulmak için delil toplama kuralı niteliği taşıyorsa, bu kurala aykırılık mutlak bir aykırılıktır. Bu kural, sonuca etkili olmak ya da etkili olmamak tartışmasına kapalıdır. Erdener Yurtcan, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı*”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, İstanbul 1998, s. 520. Benzer yönde, Keskin, s. 178. Karşı görüş; İçel, s. 126. İçel'e göre, soruşturma ve kovuşturmanın hangi aşamasında olursa olsun sanığa hakları hatırlatılmadan alınan ifadesi hukuka aykırı sayılacak hükme esas alınmayacaktır. Ancak bu hatalı işlemin değerlendirme yasağının kapsamına sokulması ve değerlendirme dışı bırakılması yükümlülüğü ile buna uymayan mahkeme hükmünün kanuna aykırılığı arasında tam bir paralellik kurmak mümkün değildir. Zira bildiği üzere, CMUK 308. maddedeki mutlak temyiz sebepleri dışında kalan nispi temyiz sebeplerinde hukuka aykırı işlemle hüküm arasında nedensellik bağlantısının kurulabilmesi gerekir. Böyle bir nedenselliğin bulunmadığı, yani hukuka aykırı işlemin hükmü etkilemediği durumlarda hükmün bozulması yoluna gidilemez. Örneğin, önceki tüm aşamalarda hakları kendisine hatırlatılarak ifadesi alınan sanığın tüm ifadeleri aynı olduğu halde sırf son soruşturmada bir defa daha hakları anlatılmadı diye hükmün bozulması yoluna gidilmemelidir. Zira sözü geçen işlemdeki hata hükmü etkileyici bir hukuka aykırılık olmayıp, hükümle arasında nedensellik bağlantısı yoktur. İçel, s. 127

54 Bkz. Yar. 4. CD. 1994/7351 E., 1994/7693 K., 04.10.1994 T.

55 Bkz. Yar. CGK. 1995/6-238 E., 1995/305 K., 24.10.1995 T. YCGK, 19.12.1994-6-322/343. 24.10.1995 Tarih E. 1995/7-165 K. 1995/302.

kararlarda, sorguya çekilecek sanıklara hakları hatırlatılmadan ve bu husus tutanağa geçirilmeden hükümlülüğe karar verilmesi, iddianame okunup yüklenen suçtan dolayı sorguya çekilmesi gereken sanığın iddianame okunmadan savunmasının alınması yasaya aykırı görülmüş ve bu sebeplerle yerel mahkemelerin vermiş olduğu kararlara ilişkin olarak bozma yoluna gidilmiştir⁵⁶.

Bu hususla ilgili Yüksek Mahkeme tarafından verilmiş üç farklı karara da değinmek isteriz. Yar. CGK'nın 04.07.2006 tarihli kararında⁵⁷ “*Hükme doğrudan etkili ve kesin hüküm otoritesinin yasa yararına bozma kurumu ile ortadan kaldırılmasını gerektirecek nitelikte olduğu*” gerekçesi ile iddianame okunmaması, yüklenen suçun açıklanmaması ve yasal hakların hatırlatılmaması yasaya aykırı bulunurken; Yar. 12. CD tarafından 09.10.2012 tarihinde verilen kararda⁵⁸ ise “*sanığın hakkında düzenlenen iddianame ve içeriği ile atılı suçtan haberdar olarak savunma yaptığı ve savunma hakkının kısıtlanmadığı*” gerekçesi ile iddianamenin okunmamasını yasaya aykırı ve hükmün bozulması sebebi olarak görülmediği dikkat çekmektedir.

CGK'nın 05.02.2013 T., 2012/10-1295 E., 2013/36 K. numaralı kararına konu olayda ise, Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesince, sanığın, uyuşturucu madde ticareti suçundan cezalandırılmasına karar verilmiştir. Hükmün temyiz edilmesi üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay 10. Ceza Dairesi tarafından “23.03.2010 tarihli oturumda, sanığa iddianame okunmadan yasal hakları hatırlatılmadan sorgusu yapılmak suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 191/3-b ve 147. maddelerine aykırı davranılması” nedeniyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir. Yerel Mahkeme tarafından ise, “*Hakkında yakalama kararı verilen sanığın Adana 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/222 Değişik İş sayılı 27.02.2010 tarihli oturumunda yasal hakları hatırlatılarak ve mahkememizin talimat müzekkeresi ekindeki iddianame okunarak sorgusunun yapılmış olduğu bu nedenle CMK'nun 191/3-b ve 147. maddelerindeki usul gereğinin*

56 Bkz. Yar. 6. CD. 2004/11158 E. ve 2005/6736 K., 07.07.2005 T.; Yar. 6. CD. 2003-22183 E., 2006/896 K., 09.02.2006 T.; Yar. 11. CD. 2006/3062 E. ve 2006/4735 K., 21.09.2006 T.; Yar. 8. CD. 2011/2303 E. ve 2011/3128 K., 14.04.2011 T.; Yar. 6. CD. 2010/29236 E. ve 2011/22556 K., 05.07.2011 T.; Yar. 1. CD. 2009/6897 E. ve 2011/5118 K., 12.09.2011 T.; Yar. 6. CD. 2013/9046 E., 2013/3218 K., 24.09.2013 T.; Yar. 6. CD. 2013/12795 E., 2013/15217 K., 27.06.2013 T.

57 Yar. CGK. 2006/2-815 E., 2006/175 K., 04.07.2006 T.

58 Yar. 12. CD. 2012/1346 E., 2012/21126 K., 09.10.2012 T.

yerine getirilmiş olduğu, bu yönden herhangi bir eksiklik bulunmadığı” gerekçesiyle direnme yoluna gidilmiştir. CGK tarafından uyuşmazlığın “*sanığa iddianame okunup yasal bakları hatırlatılmadan sorgusu yapılmak suretiyle 5271 sayılı CMK’nun 191/3-b ve 147. maddelerine aykırı davranılıp davranılmadığının belirlenmesine ilişkin*” olduğu tespit edildikten sonra, “*Yerel mahkeme tarafından 23.03.2010 tarihli oturumda, sanığa iddianame okunup yasal bakları hatırlatılmadan sorgusu yapılmak suretiyle 5271 sayılı CMK’nun 191/3-b ve 147. maddelerine aykırı davranılmış ise de, hakkında tensip tutanağı ile CMK’nun 98. maddesi uyarınca yakalama kararı çıkarılmış olan sanığın, 27.02.2012 tarihinde yakalandığında nöbetçi mahkeme huzuruna çıkarılarak kendisine iddianame okunup, diğer yasal bakları hatırlatılmak suretiyle savunmasının alınması, bu savunmasında iddianamede anlatılan müsnet suçla ilişkin açıklamada bulunması, yakalandığında çıkarıldığı nöbetçi mahkemede kendisine iddianame tebliğ edilip, CMK’nun 176/4. maddesinde belirtilen bir haftalık süre geçtikten sonra 23.03.2010 tarihinde de iddianamedeki suçlama doğrultusunda mahkeme huzurunda savunma yapması, bozmadan sonra da müdafii huzurunda CMK’nun 147. maddesi gereğince kanuni bakları hatırlatılarak bozmaya karşı beyanlarının alınmış olması karşısında bu aykırılığın giderildiği, iddianamede atılı suçla ilgili olarak sanığa savunma yapabilmesi imkanının tanındığı anlaşıldığından savunma hakkının kısıtlanmadığının kabulü gerekir*” gerekçesiyle yerel mahkeme kararındaki gerekçenin isabetli olduğuna ve dosyanın esasının incelenmesi için Özel Daireye gönderilmesine karar verilmiştir. Buna karşılık çoğunluk görüşüne katılmayan Genel Kurul Başkanı ve sekiz genel kurul üyesi; “***Sanığa atfedilen suç nedeniyle talimat yoluyla savunmasının alınmasının usul hükümlerine aykırılık teşkil ettiğinden, nöbetçi mahkeme huzurundaki savunmanın yasal anlamda bir sorgu olmadığı, sanığın yerel mahkeme tarafından 5271 sayılı CMK’nun 191/3-b ve 147. maddelerine uygun olarak savunmasının alınmasının zorunlu olduğu ve bu nedenle isabetsiz olan yerel mahkeme direnme hükmünün bozulması gerektiği***” düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’nin 2012/1346 E., 2012/21126 K. ve CGK’nın 2012/10-1295E., 2013/36 K. numaralı kararları birlikte değer-

lendirildiğinde, Yüksek Mahkeme'nin, yerel mahkeme tarafından sanığa CMK'nın 191 inci maddesi gereğince iddianame okunmamasını veya 147 inci maddesi gereğince yasal haklarının hatırlatılmamasını mutlak bozma nedeni olarak kabul etmediğini söylemek mümkündür. Zira Yargıtay'ın yukarıda değinilen iki kararından anlaşıldığı kadarıyla, sanığa iddianame okunup yasal hakları hatırlatılmadan sorgusu yapılmak suretiyle CMK'nın 191/3-b ve 147. maddelerine aykırı davranılmış olsa bile, burada önemli olan, sanığın savunma hakkının kısıtlanıp kısıtlanmadığıdır. Eğer sanık iddianamedeki suçtan haberdar olarak savunma yapıyorsa ve savunma hakkı kısıtlanmıyorsa veya hakların hatırlatılmamasına ilişkin eksiklik daha sonradan bu haklar hatırlatılarak gideriliyorsa dolayısıyla iddianamedeki suçtan haberdar olarak savunma yapıyorsa bu halde, iddianame okunmaması ve sanığa yasal haklarının hatırlatılmaması mutlak bozma nedeni yapılmayacaktır.

b. Yasak İfade ve Sorgu Yöntemleriyle Elde Edilen Delillerin Akıbeti

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, “İfade alma ve sorguda yasak usuller” başlığını taşıyan CMK'nın 148. maddesinde de yer aldığı üzere şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bu sebeple de madde kapsamında ifade alma ve sorguda yasak olan usullere dair düzenlemelere yer verilmiş, yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olması halinde dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği belirtilmiş ve müdafii hazır bulunmadan kollukça alınan ifadenin hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağı öngörülmüştür⁵⁹.

Aslında, kolluk tarafından alınan ifadenin hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağına ilişkin düzenleme soruşturma evresinde kolluk tarafında alınan ifadenin delil değerini ortaya koymaktadır ve kolluğa duyulan güvensizliğin bir yansımasıdır⁶⁰. Bu itibarla kolluk, müdafii bulunmaksızın ifade almamaya zorlanmış, yasada yer almasa da her suç

59 CMK'nın 148. maddesinde yer alan bu düzenleme esasen, Anayasa'nın 38/5 maddesinde ifadesini bulan, “hiç kimsenin kendini suçlamaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanmama – Nemo Tenetur” ilkesinin zorunlu bir gereğidir.

60 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 252.

için bir bakıma mecburi müdafii sistemi yaratılmıştır⁶¹. Ancak düzenlemeyi yorumladığımızda, kolluk tarafından ifadenin alınması esnasında müdafinin bulunması halinde, alınan ifadenin hükme esas alınabileceği kabul edilebilecektir. Bununla birlikte uygulamada karşılaştığımız bir problem olarak ceza hukuku alanında çalışmayan avukatların müdafii sıfatıyla yer aldığı ifade işlemlerinde önemli problemler yaşandığını ifade etmek isteriz. Bu alanda ihtisaslaşmamış avukatların, temel hak ve özgürlükler bakımından son derece önem taşıyan bu gibi işlemlerde daha dikkatli olması gerektiğini düşünmekteyiz. Hatta bu dalda uzmanlaşmamış avukatların konunun öneminden dolayı bu alana biraz da mesafeli durması gerektiği rahatlıkla söylenebilir.

Bu hususa ilişkin olarak, Yar. 7. CD tarafından 1.11.2013 tarihinde madde lafzına uygun bir şekilde “*Sanığın savcılık ve mahkemedeki savunmalarında, suçlamayı reddettiği, bu savunmanın tüm aşamalarda diğer sanık tarafından doğrulandığı, kaçak akaryakıt varillerinin sanığın babasına ait bahçe ve diğer sanığın bahçesinin yakınında bulunması, sanığın kollukta müdafii olmaksızın alınan suçlamayı ikrarı yönelik beyanının sonraki aşamalarda doğrulanmaması karşısında hükme esas alınmayacağı ve bu kapsamda sanığın atılı suçu işlediğine dair mahkumiyetine yeterli kesin ve inandırıcı delil bulunmadığı gözetilmeden beraati yerine mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır*” yönünde karar verildiği görülmektedir⁶².

CMUK döneminde⁶³ de Yargıtay CGK ve farklı ceza daireleri tarafından yasak ifade ve sorgu yöntemi ile alınan beyanların delil olarak değerlendirilemeyeceğinin belirtildiği görülmektedir.

Yargıtay CGK'nın 15.10.2002 tarihli kararında da işkence veya yasak yöntem ile beyan elde edilmeye çalışılmasının insan hakları ihlali olduğu açıkça ifade edilmiştir⁶⁴. Bunun yanı sıra Yar. 1. CD tarafından

61 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 605.

62 Yar. 7. CD. 1.11.2013 T., 2012/28604 E., 2013/20892 K. Benzer yönde; Yar. 6. CD. 2010/30146 E. ve 2011/6501 K., 05.05.2011 T; Yar. 13. CD. 8.10.2013 T., 2012/17673 E., 2013/27945 K.

63 CMUK döneminde, CMUK m. 135/a'da da “*İfade verenin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma işkence, zorla ilaç verme, yorma, aldatma, bedensel cebir ve şiddette bulunma, bazı araçlar uygulama gibi iradeyi bozan bedeni ve rubi müdahaleler yapılamaz. Kanuna aykırı menfaat temin edilemez. Yukarıdaki fıkralarda belirtilen yasak yöntemlerle elde edilen ifadeler rıza olsa dahi delil olarak değerlendirilemez.*” şeklinde düzenleme yer almaktaydı.

64 Bkz. Yar. CGK. 2002/8-191 E., 2002/362 K., 15.10.2002 T.

16.02.2004 tarihinde verilen karar⁶⁵ önemli bir yer teşkil etmektedir. Zira, söz konusu karara konu olan olayda sanığın kollukta ifade vermeyeceğini belirtmesine rağmen Cumhuriyet Savcısı huzurunda hazır edilirken, bir polisin kendisi ile sohbet havasında yaptığı mülakatın habersiz olarak videoya kaydedilmesi suretiyle, sanık aldatılmış ve özgür iradesi ile savunma yapması engellenmiştir. Bu sebeple daire tarafından yasak sorgu yöntemleri ile elde edildiği anlaşılan video kasetin delil olarak hükme esas alınamayacağı belirtilmiş ve CMUK'nın 135/a ve 254/2 maddelerine muhalefet usule aykırı kabul edilmiştir.

2. Hukuka Aykırı Arama Sonucunda Elde Edilen Delillere İlişkin Kararlar

Her koruma tedbirinde olduğu gibi, aramanın da kanunda belirtilen usullere uygun olarak yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu usule uyulmadan yapılan işlemler ise, hukuka aykırılık tartışmasına neden olmaktadır.

Yargıtay Ceza Daireleri ile Ceza Genel Kurulu kimi zaman nispi değerlendirme yasağı görüşüne göre karar verirken, kimi zaman mutlak değerlendirme yasağı görüşüne göre karar vermektedir. Bu konudaki Yargıtay kararlarını incelemeyen önce, önemine binaen 2013/6183 başvuru numaralı 19/11/2014 tarihli Anayasa Mahkemesi kararından bahsetmekte fayda bulunmaktadır.

Yüksek Mahkeme kararına konu uyumsuzluğa göre; başvurucu hakkında, koruma altında bulunan hayvan ve tahnit (boynuz, deri vd.) bulundurduğu iddiası üzerine evleri, müstemilatları ve arazilerinde arama yapılabilmesi amacıyla Tuzla Sulh Ceza Mahkemesince 22/1/2003 tarihinde arama kararı verilmiştir. Başvurucuya ait olduğu iddia edilen taşınmazda yapılan aramada, bir kısmı Türkiye'de yaşamayan yaban hayvanlarına ait post vd. unsurlar bulunmuş, bu durumu tespit üzere tutanak düzenlenmiş ve bu tutanak sadece jandarma görevlileri ve Milli Parklar orman mühendisinde imzalanmıştır. Arama esnasında mahal ihtiyar heyetinden veya komşulardan kimse bulunmamıştır. Başvurucu aleyhine Orman Bakanlığı Marmara Bölge Müdürlüğü Av – Yaban Hayatı Başmüdürlüğü adına İstanbul Muhake-

65 Bkz. Yar. 2003/3819 E., 2004/299 K., 16.02.2004 T.

mat Müdürlüğüne, 1/3/2004 tarihinde, 23/1/2003 tarihli tutanak tespitleri dolayısıyla 5/5/1937 tarih ve 3167 sayılı mülga Kara Avcılığı Kanunu'na uymayarak verdiği zarar nedeniyle tazminat davası açılmıştır. Dava başta, derece mahkemesi tarafından husumet yokluğu nedeniyle reddedilmiş ise de, bu ret kararını bozan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin kararından sonra, bozmaya uyan derece mahkemesi 24/05/2011 tarihinde; *“toplanan delillere, bilirkişi raporları ile tüm dosya kapsamına göre 23/1/2003 tarihinde jandarma tarafından tutulan tutanakta post, trofe ve boynuzların davalıya ait köy mezrası üzerindeki evlerde bulunduğunu tespit edildiği, buna göre tutanak tutulduğu, bu belgenin resmi evrak niteliğinde olduğu, aksinin geçerli delillerle kanıtlanamadığı, bazine tarafından talep edilen tazminatın merkez av komisyonu kararlarına uygun olduğu”* gerekçesiyle davayı kabul etmiştir. Daha sonra, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 28/2/2012 tarih ve 2012/93 E., 2012/3040 K. sayılı ilamıyla da, yerel mahkeme kararı onanmış akabinde karar kesinleşmiştir. Kararından kesinleşmesinden sonra, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunan başvurucu, aleyhindeki davada delil olarak kullanılan eşyaların, ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin hazır bulundurulmadığı bir arama kararının icrası esnasından ele geçirildiği, aramanın 1412 sayılı Kanun'un 97. maddesine aykırı olarak icra edildiğini, bu nedenle ele geçen eşyaların yargılamada delil olarak kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararda, adil yargılanma hakkı bakımından, aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” bir bütün olarak yargılanmanın adil olup olmasına etkisinin incelenmesi gerektiğini vurgulayarak; *“Mahkeme kararından anlaşıldığına göre, yargılamanın esası ve belirleyici delili, aramada ele geçen post, trofe ve boynuzlardır. Dayanılan diğer deliller ise, aramada elde edilen eşyaların değer ve niteliğine ilişkin “bilirkişi raporları” ile kollukça tanzim edilmiş “tespit tutanağıdır”. Diğer bir anlatımla, hükmün esas ve belirleyici unsuru, gerçekleştirilen hukuka aykırı arama işlemi sonucunda elde edilen delillerdir. Bilirkişi raporları, aramada ele geçen delillerin değerlendirilmesine yönelik bir araçtır. Belirli bir davaya ilişkin olarak delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yürüten mahkemeye ait olmakla birlikte, somut olayda, koruma tedbiri niteliğindeki arama kararının icrasının hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilmesi ile elde edilen delillerin tek ve belirle-*

yici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargılamanın bakaniyetini zedelediği ve aramanın icrasındaki “kanuna aykırılığın” yargılamanın bütünü yönünden adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğu kanaatine varılmıştır.” şeklindeki gerekçeyle, iki ihtiyar heyeti üyesi veya komşulardan iki kişi olmadan yapılan aramadan elde edilen delillerin hukuka aykırı delil sıfatı taşıyacağını, bu delillerin tek başına mahkûmiyete esas teşkil etmesi durumunda ise adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini ortaya koymuştur.

Bu konudaki Yargıtay kararlarından ise ilk olarak Yar. CGK'nın 29.11.2005 tarihli kararına⁶⁶ değinmek gerekmektedir. Bu karara konu olayda, sanığın ikametgahında kenevir bitkisi olduğu ihbarı alınması üzerine il merkezinde, gecikmesinde ne gibi sakınca olduğu belirtilmeden, hâkim kararı ve yetkili amir tarafından verilen sözlü emir de alınmadan ve sanığın aramaya muvafakat ettiği de belirtilmeden yapılan aramada, evin damında 50 kök kenevir bitkisi tespit edilmiş, bu şekilde arama sonucu elde edilen delille sanığın yerel mahkemece mahkumiyetine karar verilmiştir. 7. Ceza Dairesi tarafından ise hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen delile dayanılarak, başkaca delille desteklenmeyen mücerret ikrarın mahkumiyete esas teşkil etmeyeceği belirtilmiş ve yerel mahkemenin hükmü bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ise sanığın her aşamada ikrarının bulunması nedeni ile dairenin bozma kararının iptali talep edilmiştir. Ceza Genel Kurulu da söz konusu talep üzerine yapmış olduğu incelemede ortada bir hukuka aykırı delil olsa dahi sanığın özgür ve samimi ikrarı karşısında suçun sübuta erdiğini kabul etmiştir. Söz konusu karar delillerin uzak etkisi bakımından önem taşıdığı için ileriki bölümde daha ayrıntılı izah edilecektir.

Bunun yanı sıra hukuka aykırı arama sonucu elde edilen delillerin değerlendirilmesine ilişkin Yar. CGK'nın 26.06.2007 tarih, 2007/7-147 E. ve 2007/159 K. sayılı kararına da değinmek gerekir. Söz konusu karara konu olan olayda, sanığın işyerinde yapılan arama sonucunda başka bir şirketin tescilli tasarımı olduğu iddia edilen 6 adet bornoz zaptedilmiş ve sanık hakkında tescilli desenleri taşıyan taklit bornozları satışı arz ettiği iddiası ile gerçekleştirilen yargılamada yerel mahkeme

66 Bkz. Yar. CGK. 2005/7-144 E., 2005/150 K., 29.11.2005 T.

tarafından sanık hakkında desenlerin tescilli olup olmadığını kavrayabilecek ehliyete sahip olmadığı, bu itibarla suç kastının olmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmiştir. Yargıtay 7. CD, CMUK gereğince hâkim ve Cumhuriyet savcısı hazır bulunmaksızın yapılan aramada ihtiyar heyeti azalarından veya komşulardan iki kişinin bulundurulması gerekirken bu hususa riayet edilmeden hukuka aykırı olarak yapılmış arama sonucu elde edilen delillerin geçerli kabul edilemeyecek olması sebebi ile, sanık hakkında mahkumiyeti gerektirecek başka da yasal delil olmadığından beraat kararı verilmesi gerekirken; sanığın kastı bulunmadığı gerekçesi ile beraat kararı verilmesi doğru değilse de, beraat kararını onamıştır. Dairenin bu kararı üzerine, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca hukuka aykırı elde edilen delilin, sanığın ikrarı, ürünlerin raflarda satışa hazır yakalanması ve bilirkişi raporu ile desteklendiği gerekçesi ile onama kararının kaldırılması ve yerel mahkeme kararının esastan bozulması talep edilmiştir. Yar. CGK tarafından incelenen somut olayda ilk olarak; usulüne göre alınmış bir arama kararının bulunduğu, bu karara ve kararın infazı sırasında yapılan işlemlere yönelik bir itirazın bulunmadığı, hatta sanığın ‘arama sonucunda ele geçen bornozların, kendi işyerinde ele geçirildiğine ilişkin’ açık ikrarının mevcut olduğu, arama işlemine ve arama işleminin hukuka aykırı olduğuna ilişkin sanıktan herhangi bir yakınmanın gelmediğine işaret edilmiştir. Bu itibarla CGK tarafından sırf arama sırasında şekle ilişkin bir koşul ihlal edildi diye aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı bu bağlamda; illiyet bağı, etkileme gücü ve hak ihlali kriterlerine yer vermeden yapılan bir değerlendirmenin “*herhangi bir hakkın ihlal edilmediği her türlü basit şekli aykırılıkların da mutlak bozma sebebi*” sayılmasının ağır sonuçlara yol açabileceği belirtilmiştir⁶⁷. Sonuç olarak

67 Genel Kurul üyelerinden M. Tatar ve S. Saka; “... Yüksek Ceza Genel Kurulu, ön sorun olarak olay tarihinde yürürlükte bulunan CMUK 97/2. maddesine uyulmadan yapılan arama sonucunda elde edilen kanıtın hukuka aykırı kanıt olup olmadığı, başka bir anlatımla CMUK madde 97/2’de yazılı “*hakim veya Cumhuriyet Müddeiumumisi hazır olmaksızın süknada veya iş görmeye mahsus mahaller ile kapalı yerlerde aramada bulunulabilmek için o mahal ihtiyar beyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur*” biçimindeki koşula uymamanın o aramayı ve elde edilen kanıtı hukuka aykırı hale getirip getirmeyeceğini tartışmış ve anılan maddede sözü edilen iki kişi bulundurulmadan yapılan aramanın yasaya “*nisbi aykırılık*” oluşturduğu ve bu aykırılığın aramayı sakatlamayacağı ve dolayısıyla bu şekilde elde edilen kanıtın ceza yargılamasında kullanılabilirdiği sonucuna vararak itirazı değişik gerekçeyle kabul edip Yedinci Ceza Dairesi kararını bozmuş ve dosyanın esastan incelenmek üzere dairemize gönderilmesine karar verilmiştir. Kanunımızca, bu karar; CMUK.nun 97/2. maddesinde yazılı koşulları taşımayan bir arama işleminin hukuka uygunluğunu kabul sonucunu doğurması yönüyle yasaya aykırı ve itirazın asıl

CGK, usulüne göre alınmış arama kararına istinaden herhangi bir hak

konusunu oluşturan yasaya aykırı kanıtın uzak etkisini ve sanık ifadelerinin ikrar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tartışmadığı için de eksiktir.

Karşı oyumuzun gerekçelerine gelince;

Somut olaydaki yasaya aykırılığın arama işlemini sakatlayıp sakatlamayacağı ve elde edilen kanıtın yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı sorununun çözümüne geçmeden önce genel olarak "hukuka aykırı kanıtların ceza yargılamasındaki yeri" konusundaki düşüncelerimizin açıklanmasında yarar görülmektedir.

Soruna bakış açımız kıymetli hocamız Prof. Dr.Nevzat TOROSLU'nun şu veciz ifadeleriyle aynen örtüşmektedir. Sayın Toroslu Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No 498, Ankara 1995, "Prof.Dr.Hamide TOPÇUOĞLU'na armağan" da yayımlanan "Hukuka Aykırı Deliller Sorunu" başlıklı makalesinde şöyle demektedir:

"Hukuka aykırı veya yasadik deliller konusunda sorulması gereken ilk soru, nasıl bir Ceza Mubakemesi istediğimiz sorusudur. Ne pahasına olursa olsun bütün suçluları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza mubakemesi mi, yoksa hukuki yollarla elde edilen delillerle suçlu bulunanları cezalandırmayı amaçlayan bir ceza mubakemesi mi istiyoruz? Bir başka deyişle de, eski mutlakiyetçi rejimlere özgü olan ve günümüzde de daha az mutlakiyetçi olmayan baskıcı rejimlerde benimsenen ve sanığı peşinen suçlu kabul eden, ceza mubakemesinin amacını sadece mabkumiyeti bakli gösterecek delilleri elde etmek olarak anlayan, bunun için de, işkence de dahil, her yolu meşru gören baskıcı bir ceza mubakemesi mi, yoksa özgürlükçü toplumlarda benimsenen ve suçlulukla mücadele konusunda çatışır gibi gözükken toplumsal menfaat ile bireysel menfaat arasında bir paralellik bulunduğunu kabul eden, böylece suçluların ortaya çıkarılmasını ve cezalandırılmasını olduğu kadar suçlu olmayanların cezalandırılmamasını da amaçlayan bir ceza mubakemesi mi istiyoruz?"

Günümüz özgürlükçü toplumlarında suçluların cezalandırılması amacı mutlak bir değer taşımamaktadır. Zira bu amaca ulaşmak için ola bile aşılması kabul edilmeyen bazı sınırlar öngörülmüştür. Bunlar a)İnsan onuruna ve haklarına saygı gösterilmesi ve b)masumların cezalandırılmamasıdır."

Gerçekten de düşüncemize göre, çağımızda artık geçerliliğini yitirmiş "neye mal olursa olsun gerçeği bulup suçluyu cezalandırma" amacı yerine, "suç ve suçluyu bulmada hukuk içinde kalarak ve kişi hak ve özgürlüklerini ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak ve hakların özüne de dokunmadan ölçülü ve amaca uygun biçimde ve mutlaka yasayla sınırlayarak (Anayasa M.13) elde edilebilecek kanıtların kullanılması koşuluna bağlı bir ceza yargılaması sisteminden yana olmak", çağdaş hukukçunun amacı olmalıdır. Böyle bir ceza yargılama hukuku, birey haklarını öne çıkarır ve onlara öncelik verir gibi görünsün de, toplum bireylerden oluştuğuna göre birey haklarının zedelenmesini önlemek, aslında toplumun çıkarlarını korumak anlamını taşıyacaktır. Yasaya uygunluğun öne çıkarıldığı bir Ceza Mubakemesi Hukuku suçludan değil yasaya aykırı kanıtlarla olası baksız mabkumiyetleri önlemekle aslında masumlardan yana bir hukuk dalı olarak işlevini yerine getirebilecektir.

Türk ceza siyaseti de tercihini sözünü ettiğimiz çağdaş sistemden yana kullanmış ve 18.11.1992 gün ve 3842 sayılı yasa ile CMUK.umuzun 135/A ve 254/2.maddelerine getirdiği düzenlemeler ile yasadik sorgu yöntemleriyle elde edilen kanıtların kullanılmayacağını belirttikten sonra konumuzu doğrudan ilgilendiren CMUK. 254/2.maddesi ile getirdiği "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller bükme esas alınmaz" bükümüyle, kimilerinin eleştirilse de kanımızca ceza yargılamasında bir çığır açmıştır. Amacı, kolluk gücünü disipline etmek, onların olası keyfi davranışlarını önleyerek hukuk içerisine çekmek ve böylece bireylerin hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önlemek olan bu büküm, yürürlüğe girdiği 1992 yılından itibaren biçbir istisna tanmadan, hukuka aykırılık varsa --- ki hukuka aykırılık; Anayasa Mabkemesi'nin 22.06.2001 gün ve 2-2 sayılı kararında da vurgulandığı gibi en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslar arası sözleşmelere, kanunlara, kanun bükümünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve

ihlaline neden olunmadan yapılan arama sonunda ele geçen delillerin,

teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümünü ve ayrıca hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kurallara da aykırılık olarak tanımlanmaktadır. --- yasak delil vardır ve bu yasak delil bükme biçiminde esas alınmaz demektir; emredicidir.

Hukuk sistemimiz bununla da yetinmemiş, aynı nitelikteki kuralı dünya devletlerinin anayasalarında rastlamadığımız şekilde anayasamızın 38.maddesine de monte etmiştir. 4709 sayılı kanunla getirilen düzenleme aynen şöyledir:

(Ek: 3.10.2001-4709/15 md.) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular; delil olarak kabul edilemez.

Bilindiği gibi bu ilkeler 5271 sayılı yeni CMK.nun 206/2 ve 217.maddelerinde de aynı anlama gelecek biçimde yinelenmektedir.

Tüm bu yasal düzenlemeler kanımızca Türk yargısı tarafından tam anlamıyla oldukça geç algılanmış, yasak yöntemlerle elde edilmiş kanıtların yargılamada kullanılmayacağı ilkesi birkaç bozma kararında destek norm olarak kullanılmış, ancak gerçek yerini Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 29.11.2005 gün ve esas 2005/7-144, karar 2005/150 sayılı kararında bulabilmiştir. Anılan kararda, yasak delilin kullanılmayacağı açık ve kesin bir dille anlatılarak ilkenin anlam, kapsam ve önemi vurgulanmıştır. Bu yapılırken de bahlı olarak yasaya aykırılığın "mutlak" ya da "nispi" olabileceği biçiminde bir ayırımı yer verilmemiştir.

Gerçekten de CMUK'muzun getirdiği sistem, yasaya aykırılığın nispi olması halini, gerektiğinde gözetilmeyecek bir aykırılık olarak düzenlememiştir. Yasamızın kesin ve emredici kurallarının böyle bir yoruma açık olmadığı da görülmektedir. Yasa koyucu böyle bir hali öngörseydi, hakimnin taktirine göre, nispi aykırılıkta, elde edilen kanıtın kullanılabilirliğini açıkça belirtirdi. Oysa yasa tam aksine ve kesin bir biçimde yasak delil kullanılmaz, bükme esas alınmaz demekte ve 3842 sayılı yasadaki önce yapılabilecek bu şekildeki yorumların önünü kesmektedir:

"Mutlak aykırılık", "Nispi aykırılık" ayırımını, başka bir anlatımla "Değerlerin tartımı" ilkesini, giderek "Birey ve toplum çıkarlarının dengelenmesi" amacını da gözetmemiz, ceza yargılaması kanunumuz karşısında olanaklı değildir. Tekrar vurgulayalım ki, sistemimiz delile değil hukuka üstünlük tanımakta, neye mal olursa olsun suçluyu bulma ve cezalandırma sisteminden vazgeçmiş bulunmaktadır.

Bilindiği gibi CMUK.nun 254/2.maddesindeki kural kıta avrupası devletlerinin çoğunun yasalarında yer almamaktadır. Tam aksine "değerlerin tartımı" ilkesinin uygulanmasını engellemeyen yargılama yasalarına sahip ülkeler vardır ve bunların uygulamalarının örnek gösterilmesinin ve benzer biçimde Anglo Amerikan hukukundan örnekler vermenin de ceza yargılaması yasamız karşısında doğru olmayacağı düşünülmektedir:

Özetle; yasaya aykırılık varsa, bu aykırılığın "mutlak" ya da "nispi" olmasına bakılmaz ve bu şekilde elde edilen kanıtlar Türk ceza yargılaması sisteminde kullanılmaz. Prof. Dr. Erdener Yurtcan bu konuda aynen katıldığımız şu değerlendirmeleri yapmaktadır:

"Türk ceza yargılaması sistemi bugün tercihini belirlemiştir. Yargılamada maddi gerçek aranacaktır. Fakat bu sonuca ulaşılırken bireye tanınan yargılama hakları ve güvencelerine mutlak uyulacaktır. Delil toplama, savunma bakımından yararlanma kuralına uyulacak, bunlara aykırılık halinde yargılama hukuka aykırı sayılacaktır. Yasamızın 254/2.maddesinin anlattığı ve hukukumuzda getirdiği sonuç budur. Bu hüküm bugün batının yasalarında olmayan bir ilkedir. Bu nedenle bu konuda değerlendirme yaparken yasamızın 254/2.maddesi olmayan ülkelerin doktrinlerinin değerlendirilmesinin örnek alınması yanlıştır. Sular tersine akıtılmaz. (Bkz. Prof. Nurullah Kuntere Armağan İ.Ü.H.F. Eğ. Öğr. ve Yardımlaşma Vakfı Yayını No: 716 İst.1998- 'Yargıtay Kararlarının Işığında Hukuka Aykırı Delile Dayanma Yasası')

Bu düşüncelerle somut olaya baktığımızda:

1-Hakim kararına dayalı olarak ancak hakim veya savcı katılmaksızın CMUK.nun 97/2.maddesinde belirtilen kişiler de bulundurulmadan yapılan arama yasaya aykırıdır ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen ürünler ve bunlarla ilgili bilirkişi raporu yargılamada kanıt olarak kullanılmaz.

sırf arama sırasında bulunması gereken kişilerin orada bulundurulması suretiyle şekle aykırı hareket edildiğinden bahisle “hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil” sayılmalarını ve hükme dayanak teşkil etmelerini kabul etmemiş, sanığın kastı olup olmadığı hususunu tartışmamış ve dosyayı delillerin yeniden değerlendirilmesi amacı ile 7. CD’ye göndermiştir⁶⁸.

Bu yöndeki bir kararı da Yar. CGK’nın 17.11.2009 tarihli kararı⁶⁹ oluşturmaktadır. Söz konusu karara konu olayda sanık izinsiz alkollü içki ürettiği iddiası ile ihbar edilmiş; ihbara konu adreste yapılan arama sonrasında elde edilen delillere, yapılan ihbara ve ikrara dayanarak Yerel Mahkemece 4733 sayılı kanununun 8/1. maddesine göre sanığın

2-Yasaya aykırılık nispi de olsa kullanılabilir. Kaldı ki, yasaya mutlak aykırılık vardır. Çünkü, yasanın aramada ibtiyar beyeti veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğunu araması aslında kişinin özel hayatının dokunulmazlığına yasa ile getirilmiş bir sınırlama olan “arama” işleminin yapılması sırasındaki yöntemi belirtmesi ve bu haliyle getirilen sınırlamanın sınırmı çizmesi açısından çok önemli amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır;

a-Kolluğun olası keyfi davranışlarını önleyici etkisi ile hak ihlallerini ortadan kaldırmak,

b-Arama sonrasında, aramanın yönetime aykırı olarak yapıldığı savıyla bireyler tarafından kolluğa yöneltilebilecek baksız suçlamaları önlemek.

Böyle olunca da kurala uyulmaması kanımızca yasaya mutlak aykırılık olarak değerlendirilmelidir.

3-Amılan düzenlemeye aykırılığı “nispi aykırılık” kabul edip bu şekildeki arama sonucu elde edilen kanıtları değerlendirilebilir olarak gören karar, örnek oluşturacak ve kolluğun disipline edilmesi amacının aracı olan bu kuralın bir daha biç gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır.

4-Halbuki bu eksikliğin hukuka aykırılığının vurgulanması kolluğun kendisini de güvence altına alabilecek ve uygulanması büyük bir külfet ve zorluk oluşturmayacak bu kuralın her zaman ve her koşulda gözetilmesi zorunluluğunu getirecekti.

5-Şüphelinin yapılan aramaya ve arama sırasında gerçekleşen bu yasaya aykırılığa itiraz etmemesi, karşı çıkmaması da yasaya aykırılığın giderildiği ve gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır. Çünkü, değil icazetin, başlangıçta aramaya gösterilen muvafakatin bile yasaya aykırı aramayı hukuka uygun hale getirmeyeceği düşünülmektedir. Kanımızca, arama işlemi kişinin özel hayatının dokunulmazlığına getirilmiş bir sınırlamadır ve bunun koşullarının ve sınırlarının yasada açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir. Türk özgürlükler hukukunda özgürlüklerin sınırlanması ancak ve ancak yasayla olanaklıdır. Anayasamızın 13.maddesinin buyruğu budur. Yasada muvafakat, aramanın yapılabilmesinin koşulu olarak belirtilmediği için aynı anlama gelen “icazet”de yasaya aykırılığı giderici bir olgu olarak görülemez.

Açıkladığımız gerekçelerle itirazın reddi görüşünde olduğumuzdan aksine oluşan sayın çoğunluğun düşüncelerine katılmadığımızı belirtirken sayın Toroslu’nun sözü ile başladığımız karşı oyumuzu yine onun yukarıda belirttiğimiz makalesindeki şu sözleriyle bitirmek istiyoruz:

“Çok yaygın bir özdeyişimiz vardır: ‘Ateş düşüğü yeri yakar’. ‘Eli yanmadıkça ateşin yakıcı olduğunu anlayamayanlara’ ve hukuka katkı amacıyla oluşturduğumuz dairemiz kararını ‘ayakları üzerinde değil de elleri üzerinde yürümek’ olarak niteleyenlere söyleyecek sözüümüz bulunmamaktadır” şeklindeki gerekçeyle karşı oy kullanmışlardır.

68 Benzer yönde; Yar. CGK. 2011/8-278 E., 2012/96 K., 13.3.2012 T.

69 Bkz. Yar. CGK. 2009/7-160 E. ve 2009/264 K. 17.11.2009 T.

cezalandırılmasına karar verilmiştir. Yerel mahkemenin vermiş olduğu bu hüküm Yar. 7. CD tarafından aramanın o dönemde yürürlükte bulunan CMUK hükümlerine aykırı olarak, gecikmesinde ne gibi bir sakınca olduğu belirtilmeden hakim kararı olmaksızın yapılması sebebi ile bozulmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından ise arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonunda ele geçirilen kanıtın hükme esas alınamayacağı belirtilmekle birlikte; sanığın özgür iradesine dayalı tevilli ikrarının bulunması, sanığın daha önce sahte rakı imalinden mahkûmiyetinin bulunması, depoya kendi anahtarı ile girmesi, zili çalan polisler kapıyı kendi açması gibi hususların delil değeri taşıdığı ve bu sebeple yerel mahkeme hükmünün onanması talep edilmiştir. Yar. CGK da çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkûmiyet için yeterli olup olmadığına ilişkin olduğunu belirterek bu yönde bir inceleme yapmıştır. CGK yapmış olduğu incelemede ilk olarak somut olay kapsamındaki aramanın o dönemdeki CMUK'a aykırı olarak gecikmesinde ne gibi bir sakınca olduğu belirtilmeden hakim kararı olmaksızın yapılması sebebi ile hukuka aykırı olduğuna işaret etmiştir. Daha sonrasında ise hukuka aykırı şekilde elde edilen kanıtın ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı sorununu tartışmış ve her ne kadar ceza yargılamasında delil serbestisi olsa da hukuka aykırı delillerin bu kapsamda yer almayacağını belirtmiştir. Sonuç olarak CGK tarafından sanığın tevilli ikrarı, ikrar olarak kabul edilmemiş ve sanığın ifadesi ikrar olarak kabul edilse dahi dosya kapsamında hukuka aykırı delil dışında maddi kanıt olmaması sebebi ile bu ikrara da dayanılamayacağı belirtilmiştir⁷⁰.

70 Buna karşılık çoğunluk görüşüne muhalif kalan Kurul üyelerinden Orhan Koçak; "Arama kararının usulüne uygun olmadığı tarafımızdan da kabul edilmektedir. Ancak; Anayasa'nın 90/son fıkrası "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin Milletlerarası Antlaşmalarda kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda Milletlerarası Antlaşma hükümleri esas alınır" hükmünü içermesi karşısında yasalarda hukuka aykırı delillerin nazara alınmayacağı öngörülmüş olsa da İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında görüleceği üzere ölçülülük kriteri nazara alınmalıdır. Ölçülülük (denge) kriterine göre hukuka aykırı delilin dikkate alınması halinde sanığın kişisel hakkı mı, yoksa toplum mu daha çok zarar görecektir; karşılaştırması yapılmalı, hukuka aykırı delilin dikkate alınması halinde sanığın topluma verdiği zarar daha fazla ise yargılamada kullanılmamalı, aksi takdirde değerlendirme dışında tutulmalıdır. Kaçak rakıdan dolayı kaç kişinin öldüğü herkesin malumudur. "CEZASI KALAN SUÇLULARIN YENİ SUÇLULAR YARATACAĞI HUSUSU HUKUKUN TEMEL İLKELE-

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Daireleri'nin de mutlak değerlendirmesi

RİNDENDİR. " İnsan haklarının korunması amacıyla konulan yasa hükümleri "HUKUK DEVLETİ İLKESİNİN DİĞER İKİ UNSURU OLAN ADALETİ VE HUKUKİ GÜVENLİĞİ GERÇEKLEŞTİRMEYİ ENGELLEMEMELİDİR." Düşünün ki, usulsüz arama sonucu sanığın evinde ceset bulunup bunu delil değerlendirmesinde dikkate almayarak sanığın beraatine karar verildiğinde nasıl adalet sağlanacaktır. ... İzah edilen sakıncaların giderilmesinin çözümü için hukuka aykırı delilin kullanılmasında İnsan Hakları Mahkemesi'nin benimsediği ölçülülük kriterini benimsemek ve yasa koyucuları tarafından da hukuka aykırı işlem yapanlar için ağır cezalar getirmek gerektiği düşüncesindeyim" şeklindeki gerekçeyle karşı oy kullanmış ve delil değerlendirmesinde ölçülülük ilkesinin benimsenmesi gerektiği ifade etmiştir. Yine Kurul üyelerinden M. Nihat Ömeroğlu; "IV. 1. Bu açıklamaların ışığında davamıza gelecek olursak, polis kaçak rakı imal eden sanıkla ilgili ibbar almıştır. Polis, bu ibbarı art niyeti olmadan makul şüphe sebebi göerek olay yerine gitmiştir. Burada ibbar edenin polisçe güvenilir biri olması, şüphe sebeplerinin kuvvetli olması aranılabirirse de sonuçta ibbar doğru çıkmıştır. Aksi halde adli yönden sorumluluğu gündeme gelecekti. Sonuçta polis, görevi gereği suçu önleme, delilleri toplamakla görevlidir. Sanığı izlemeye alır ve bekler. İstanbul gibi metropolde yasa hükümlerini yerine getirmek için yeterli zaman her zaman mümkün değildir. Sanık kaçabilir ve suç delillerini karartabilir.

Suçüstü ballerini bu anlamda geniş yorumlamak mümkündür: Gizli işlenen suçlarda kaçma şüphesi yoğunur. Suçüstü balleri bu gibi durumlarda geniş yorumlanabilir. (Bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoglu, age. sh. 780)

Nitekim hakim kararı veya yetkili amirin emri olmadan yapılan aramada (kanuna aykırı) sanık ve suç delilleri ele geçmiştir. Yani şüpheli bir nevi suçüstü yakalanmıştır. CGK 15.03.2005/15-29 sayılı kararında "...somut olaydaki arama işleminin esasen hakkında arama kararı verilmesi için gerekli koşullar oluşmuş ve yetkili merci tarafından da arama emri verilmiş bulunan sanığın haklarının iblal ettiğinden babsedilmez" derken değerlendirmeyi somut olaya göre yapmaktadır. **Olayımızda sanık bir nevi suçüstü halinde yakalandığından arama kararının sonra alınmaması sanığın haklarını iblal anlamına gelmez.** CGK 29.11.2005 gün 144/150 sayılı kararında da " özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun saptanması halinde yargımcı vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir subut vasıtasıdır." demektedir. (O. Şirin, H. Aşaner, Ö. Güven, G. Yalvaç, M. Özdemir, K. Erel, Yargıtay CGK Kararları, Kasım 2008, sh. 820 ve devamı He 833 ve devamı)

Burada gözden kaçan bir busus da aramadan daha önemli olan yakalamadır. Bunun üzerinde hiç durulmamıştır. Diyelim ki yakalanan şabıs arandı, üzerinde uyuşturucu, silah vb. gibi suç teşkil edebilecek nesnelere bulundu. Tesadüfen elde edilen bu deliller, arama ve yakalama bakım ve C.Savcısı kararı olmadan ele geçtiği için hükmünde delil olarak hakimce takdir edilmeyecek mi? Çoğunluk bu görüşleri gözardı etmiş ve cevap vermemiştir. Yeni CMK rıza ile arama ilkesi benimsenmemişse de, sanık bu aramaya genel kurulda izah edildiği kadarı ile itiraz da etmemiştir. AİHM bazı kararlarında buna vurgu yapmıştır. Fiziki olarak orada elde edilen tesadüfi deliller başka suçla ilgili olmayıp, isnatla ilgilidir. İbbar delil olarak kabul edilebilir ve olayımızda kanuna uygun bir delildir.

2. Şüpheli konumunda iken polise verdiği ifadeye gelince; polis adli olaylarda C.Savcısına niyabeten yani onun adına görev yapar. CMK'ya göre polisin ifadeye başvurabileceği tartışmasıdır. Şüpheli suç tarihinde yürürlükte olan CMUK'ya göre ifadesini yasaya uygun almıştır. Şüpheli sanık konumuna geçtikten sonra hiçbir zaman polisteki beyanının cebir; tehdit veya hile ile alındığını öne sürmemiştir. **CMK 148/4'e göre delil olarak kullanılması mahkemedeki tekrarına ve kabulüne bağlı olduğundan delil olarak kullanılmazsa da, bu konuda somut olay gözönüne alınarak diğer delillerle birlikte tali veya yan delil olarak bakımın takdir etmesi mümkündür.** Zira yukarıda açıklandığı üzere bakımın takdiri tartışmasıdır.

Polisin müdafii olmadan aldığı ifadenin hiçbir değeri olmayacaksa, o halde bu yetki ve görev

me/nispi değerlendirme yasağı çerçevesinde verilmiş kararları bulunmaktadır.

Bu bakımdan Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 20.11.2013 tarihli kararına⁷¹ mutlak değerlendirme yasağı görüşü kapsamında değinmek iste-

polise neden verildi? Polisin aldığı beyan ve diğer delillere göre CMK dar yorumlanırsa C.Savcısı davayı neden açmıştır ve neye göre açacaktır?

Bu nedenle polisin cebir; tehdit veya bile olmaksızın aldığı İfadenin davada diğer delillerle birlikte her zaman değerlendirilebileceği hakimın takdirindedir. Olayımızda da hakim bunu takdir etmiştir.

Poliste mü da fi şiz alman ifade ile ilgili Yen er Ün ver şu görüşleri öne sürmektedir. “Kolluk tarafından tutulan ifade tutanağının m. 213 gereğince okunamayacağını anlamsız bulunduğunu ve maddenin müdafii bulunmaksızın dabi kollukta alman ifadenin okunabileceği şeklinde değiştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Müdafii bulunmaksızın alman ifadelerin içeriğinin, sanık tarafından onaylanması halinde delil olarak bükme esas alınacağını düzenlenmesiyle, kanunun kendi içinde geliştiğini, m. 148/4 ile m. 213’ün birbirleriyle ters düştüğünü Heri sürmekte...”dir. (Üner, Yener; Delilleri ve Değerlendirilmesi Utp.Y.3.5.32. Ağustos 2005, 29.03.2004, Ünver, Ceza Mubakemesinde İspat... s. 186) (Dr. Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri” başlıklı İncelemeden naklen. Sb. 73) Bize göre de bu ifadenin davanın seyri ve içeriğine göre hakim tarafından takdir edilerek okunabileceği ve sanığa hatırlatabileceği yönündedir. Aradan uzun zaman geçtiğinde sanık eski beyanlarını hatırlamayabilir. Bu uygulamada sık görülen durumdur. Hakim, polis İfadesini okur, sanık hatırlar dürüstlük kuralı gereği o ifadeyi kabul edebilir.

3. Sanık olayımızda aranan yerin balen cezaevinde olan Cengiz’e ait olduğunu öne sürmüştür. Oysa depoyu anabırlarla kendisi açmıştır ve böyle bir kişinin cezaevinde olmadığı anlaşılmuştur.

*Bu olayda şöyle bir durumla karşılaşabilirdi. Polis bir saat beklemedikten sonra depoya girdiğinde sanık elinde suç aleti ve ortada Cengiz’e ait cesetle karşılaşabilirdi! Bu durumda arama kanuna (hukuka) aykırı olduğundan ceset ve suç aleti ortada mı kalacaktı? Örneğin, sanık çok sayıda bomba ile veya herhangi birine tecavüz ederken de yakalanabilirdi. **Çoğunluk görüşünün bükümleri dar ve katı yorumu ülkeyi suç işleme cermetine dönüştürür.** Sonuç olarak, olayda kaçak rakıda kullanılan makina, kaçak rakı, rakı şişesi, rakı şişesi kapaklar değerlendirilmeyecek mi? **Hukuka aykırı arama olduğu sabittir. Ancak yukarıda I. 2.’deki delil serbestisi, somut olaya göre de yorumlama ve değerlendirme, korunan hukuki yarar, adil yargılama hakkı iblal edilmeden, III.’te “sanık hakları teorisi” “orantılılık” ilkesi gözönüne alınarak somut olay değerlendirilmeli, bu ölçütlere göre hakim hukuka (kanuna aykırı delilleri (yasak delilleri hariç) bükümde takdir edip kullanılabilmelidir.** Nitekim mahkeme bu şekilde değerlendirme yaparak ceza vermiştir. Günümüz güncel davasına gönderme yapan bir çoğunluk görüşü konuşmacısının, davanızla onu karışırması, somut olaya göre değerlendirme cezaların sabetliliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Her yönüyle hukuk devleti olmamız bizim de özlemimizdir. Ancak bu, suçluları bir şekilde kayırma ve toplumsal yararı gözardı etmemizi gerektirmez...” şeklindeki gerekçeyle muhalif oy kullanmıştır.*

- 71 Yar. 2. CD. 2012-29290 E. 2013-27219 K. 20.11.2013 T., Benzer yönde; “Somut olayda katılan vekilinin şikayet dilekçesinde sanığın korsan kitap sattığına dair delil ve emareden bahsedilmediği gibi genel, soyut nitelikte iddialara yer verilmiştir. Sözü edilen dilekçede arama için makul şüpheyi baktı kılan unsurlar yoktur. Şüphe belirli bir olguya dayanmamakta, sadece iddiadan ibaret düzeyde kalmaktadır. Aranılacak kişi, aramanın nedenini oluşturan fiil de belli değildir. Bu şekilde O.. Sokak’ta 1 numaralı iş yerinden başlayıp 25 numaralı iş yerinde biten adli arama yapılmasına izin verilmesi, suç işlenmesinin ve tehlikenin önlenmesi amacını aşan ve genel

riz. Karara konu olayda gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın, elinde bulunan poşetin aranması için ortada “makul şüphe”yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu” gerekçeyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında hukuka aykırılık bu şekilde saptandıktan sonra, hukuka aykırı aramadan elde edilen delilin değerlendirilmesine ilişkin; “*Anayasa’ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz (AY m. 38/6). Öte yandan, Ceza Yargılaması Yasası’nın 148. maddesinde ifade alma ve sorgudaki yasadık usuller örneksene yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca “yasadık usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği” hükme bağlanmıştır. Yine Ceza Yargılaması Yasası’na göre yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir (CYY n.217/2); yargılamada ortaya konulması istenilen delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddolunur (CYY m.206/2-a). **Görüldüğü gibi, Türk hukukunda deliller arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır.** Delil yasaklarına ilişkin teori, delil yasaklarının uzak etkisi için de geçerli olacaktır. Nitekim CYY m.217’nin gerekçesinde, “örneğin işkence, narkoanaliz, bataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne yönelik saldırılar yolu ile elde edilen deliller hükme esas alınamayacaktır” denilerek bu durum açıkça vurgulanmıştır. ... Ayrıca, 5271 sayılı Ceza Yargılama Yasası’nda, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanmasının, hükmün hukuka kesin aykırı olması sonucunu doğuracağı kabul edilmiştir (CYY m. 289). Hukuka aykırı delilin hükmü mutlak etkilediği, hükmün bu halde değişebileceği yasal bir karine olarak kabul edilmiştir.” şeklinde görüş bildirildiği görülmektedir.*

arama boyutuna ulaşan keyfiliğe kaçan kişilerin hukuk güvenliğini ihlal eden yasaya aykırı bir karar olur ki, böyle bir arama sonucu ulaşılan delillerin yasal nitelikte olduğu kabul edilemez. **O halde; Ankara 3. Sulh Ceza Mahkemesinin adli aramasına ilişkin olarak verdiği karar hukuka aykırı olup, bu karara istinaden aranan iş yerinde ele geçen ve asıl delil niteliğini taşıyan kitapların bandrolsüz oldukları yolundaki bilirkişi raporuna dayanılmaz ve Anayasa’nın 38/6, 5271 sayılı Yasanın 206/2-a, 217/2, 230/1. madde ve fıkralarına nazaran hukuka aykırı elde edilen bu delil hükme esas alınamaz.**” Yar. 7. CD., 2013/5178 E., 2013/23749 K., 27.11.2013 T.

Söz konusu kararda, Türk hukukunda deliller arasında bir ayırım yapılmadığı vurgulanarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hükmü mutlak olarak etkilediği ve hükmün bu halde değişebileceğinin yasal bir karine olarak kabul edildiği ifade edilmiştir.

3. Hukuka Aykırı Dinleme ve Kayıt Sonucunda Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesine İlişkin Yargıtay Kararları

a. Genel Olarak

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda⁷², ağır ceza mahkemesi veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal mahkemenin onayına sunar ve mahkeme, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya mahkeme tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır. Bu fıkra uyarınca alınacak tedbire ağır ceza mahkemesince oy birliği ile karar verilir. İtiraz üzerine bu tedbire karar verilebilmesi için de oy birliği aranır (CMK m. 135/1).

Talepte bulunulurken, hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıını gösterir belge veya rapor eklenir (CMK m. 135/2).

Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir (CMK m. 135/3).

72 Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin dördüncü maddesinin birinci fıkrasının c bendine göre, başka suretle delil etme imkânının bulunmaması hali; “Soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu Yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olmasını” ifade eder.

Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde mahkeme yukarıdaki sürelerle ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir (CMK m. 135/4).

Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir daha uzatılabilir (CMK m. 135/5).

Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespitte imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir (CMK m. 135/6).

Bu madde hükümlerine göre alınan karar veya yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur (CMK m. 135/7).

Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak katalogda belirtilen⁷³ suçlarla

73 CMK 135/8'e göre bu tedbire ancak aşağıdaki suçlar bakımından başvurulabilir;

“a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçaklığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),
3. İşkence (madde 94, 95),
4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),
5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),
6. (Ek: 21/2/2014 – 6526/12 md.) Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149),
7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
8. Parada sahtecilik (madde 197),
9. (Mülga: 21/2/2014 – 6526/12 md.)
10. (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Rüşvet (madde 252),

ilgili olarak uygulanabilir.

Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda almaz (CMK m. 135/9).

Telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirleri adli nitelikte olabileceği gibi önleyici nitelikte de olabilir. Bu bakımdan 2559 sayılı PVSK⁷⁴, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanun⁷⁵ ile 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat

13. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

14. (Değişik: 2/12/2014-6572/42 md.) Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302) ,

15. (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),

16. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.”

74 Ek Madde 7 – (Ek: 16/6/1985 - 3233/7 md.) “Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.

(Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/1 md.) **Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak**, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, **hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle**, telekomünikasyon yoluyla yapılan **iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir**. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.”

75 Ek Madde 5 – (Ek: 3/7/2005 – 5397/2 md.) “Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, **hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle**, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi **tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir**, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli

Teşkilatı Kanunu'nda⁷⁶ da önleme dinlemesine ilişkin hükümler yer almaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, yüklenen suç hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille tespit edilebilir. Bu bakımdan hukuka aykırı bir şekilde elde edilmiş iletişim tespiti, dinlemesi, kaydı ve sinyal bilgilerinin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi mümkün değildir. Söz konusu yasak muhakeme evreleri teşkil eden soruşturma ve kovuşturmaların tümünde ve muhakemeye katılan tüm soruşturma makamları için geçerlidir.

b. İletişim denetlemesi sonucunda elde edilen bulguların tek başına delil oluşturması sorunu

İletişimin denetlenmesi aracılığı ile elde edilen delillerin tek başına delil olarak kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin olarak doktrinde ve uygulamada çelişkili görüşler mevcuttur.

Öğretideki baskın görüşe göre söz konusu veriler “belirti delili” niteliğinde olup iddianame düzenlenmesi için yeterli şüphe oluştursa da

hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.”

- 76 Madde 6- (2) (Ek fıkra: 3/7/2005 – 5397/3 md.) “Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde **Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle** telekomünikasyon yoluyla yapılan **iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir.** Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, MİT tarafından kurulan merkez veya 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkezler üzerinden yapılır.”

başka delillerle desteklenmediği sürece mahkûmiyet için yeterli değildir⁷⁷. Yargıtay'ın somut olayın oluş şekline göre, suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermemesi sebebi ile iletişim tespit tutanaklarının tek başına delil sayılamayacağını belirten kararları bulunmaktadır. Nitekim Yar. CGK'nın 09.11.2010 tarih, 2010/8-143 E. ve 2010/217 K. sayılı kararında silah ticareti suçundan yargılanan sanıklar arasında mahiyeti şüpheli bir eşyanın satın alınması konusunda konuşma yaptıkları kabul edilmiş olsa da sanıklardan birinin konuşmasının içeriğinin suç oluşturduğu hususu kuşkulu kabul edilmiş ve suçun diğer maddi kanıtlarla da desteklenmemesi sebebi ile sanığın beraatine karar verilmiştir. Yar. 8. CD'nin 22.01.2009 tarih, 2008/13862 E. ve 2009/479 K. sayılı kararında yine toplu silah ticareti suçundan yargılanan bir kısım sanıklar hakkında "*Sanıkların üzerine atılı suçu işlediklerine dair savunmalarının aksine, içeriği maddi bulgularla desteklenemeyen telefon görüşmelerine dayalı iletişim kayıtları dışında cezalandırılmalarına yeter kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği, sanıkların üzerlerinde ve evlerinde yapılan aramalarda herhangi bir suç unsuruna rastlanmadığı gözetilmeden, atılı suçtan beraatleri yerine yazılı şekilde kabul edilerek ceza tayin edilmesi*" yerel mahkemenin kararının bozulmasını gerektirmiştir⁷⁸.

Buna karşılık Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 17.1.2014 T., 2013/16791 E., 2014/516 K. kararında "*5271 sayılı CMK'nın ses ve görüntü kayıtlarına ayrı bir önem verdiği, teknolojik gelişmelere paralel olarak ses ve görüntü kayıtlarının da artık tek başına delil olarak değerlendirilmesi gerektiği, ses kayıtlarının kolayca tabrif edilmeye ve taklide müsait olması sebebiyle, sadece belirti delili sayılıp, tek başına mahkûmiyete esas teşkil edemeyeceğini kabul etmenin isabetsiz olacağı, zira her türlü delilin tabrif edilebileceği, açık suç ikrarını içeren ses kayıtlarının, **hukuka uygun olarak elde edilmesi koşuluyla, başka delillerle desteklenmese dahi, tek başına mahkûmiyete dayanak oluşturabileceğinin somut olayın özelliğine göre kabul etmek gerektiği***" denilerek hukuka uygun elde edilmesi koşuluyla açık suç ikrarını içeren görüntü ve ses kayıtlarının somut olayın özelliğine göre mahkûmiyet için tek başına yeterli olabileceği belirtilmiştir.

77 Özбек, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 429, Centel, Zafer, s. 406, Şen, s.183.

78 Aynı yönde Yar. 8. CD., 12.05.2009 T., 2009/417 E. ve 2009/6705 K.

Kanaatimizce, iletişimin denetlenmesi yoluyla hukuka uygun olarak elde edilen deliller prensip olarak, sanığın mahkûmiyeti için tek başına yeterli olmamalı, mutlaka ilave yan deliller ile desteklenmelidir. Bununla birlikte, çok istisnai bazı durumlarda, bu deliller tek başına mahkûmiyete esas teşkil edebilmelidir. Söz gelimi hukuka uygun bir dinleme sırasında, kişinin hakaret suçu işlediği hiçbir şüpheye yer bırakmayacak derece ortaya çıkıyorsa, bu halde, söz konusu deliller belirtilen suç bakımından tek başına mahkûmiyete esas teşkil edebilmelidir.

c. Hukuka aykırılık halleri

Tedbir kararının hukuka aykırılık halleri, tedbir kararının usulüne uygun olarak verilip verilmediğine ilişkin olarak ortaya çıkabileceği gibi; tedbir kararı hukuka uygun olmasına rağmen, tedbirin hukuka aykırı bir şekilde uygulanması sebebi ile deliller hukuka aykırı hale gelebilir.

Tedbir kararı verilebilmesi için gerekli koşulların bulunup bulunmadığı ve kararın usulüne uygun olup olmadığı kararın verildiği andaki duruma göre tespit edilmelidir. Tedbir kararının verilmesi için gerekli koşulların mevcudiyetine, katalog suçların bulunup bulunmadığına, kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığına ve başka suretle delil elde etme imkânına ilişkin takdir yetkisi mahkemeye aittir. Buna aykırı olarak verilen tedbir kararları sonucu elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılamaması gerekir.

Tedbirin koşullarından biri olan “*kuvvetli şüphe sebeplerinden*” ne anlaşılması gerektiği ise öğretilerde tartışma konusu olmuş, nihayetinde konu yargı kararlarına yansımıştır. Bir görüşe göre⁷⁹ kuvvetli şüphe sebeplerinden anlaşılması gereken, sanığın mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimaline göre çok daha yüksek olduğunu ifade eden “kuvvetli şüphe”dir. Başka bir görüşe göre ise⁸⁰, telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirinde aranan ‘kuvvetli şüphe sebepleri’ terimi ile tutuklama koruma tedbirinde aranan ‘kuvvetli şüphe’ terimi aynı anlamı ifade etmez. Buna göre telekomünikasyon yoluyla

79 Seydi Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 219.

80 Kunter, Yenisey, Nuhoglu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 48.

iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurabilmek için başka suretle delil etme imkânının bulunmaması koşulu arandığından dolayı, kuvvetli şüphe sebepleri terimini kuvvetli şüphe ile aynı anlamda yorumlarsak telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurma yolu kendiliğinden kapanır. Zira tutuklama kararı verecek kadar kuvvetli şüphenin varlığı halinde zaten bu şüpheyi oluşturacak kadar delil elde edilmiş olduğundan telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinin ikinci şartı olan başka suretle delil etme imkânının bulunmaması koşulu hiçbir zaman gerçekleşmeyeceğinden bu koruma tedbirine başvurmak olanaksız hale gelecektir. Dolayısıyla kanunda öngörülen suçların işlendiğine dair, “somut, elle tutulur, müşahhaslaşmış, olaylara dayanan (kuvvetli) belirtilerin mevcut bulunması tedbire başvurulması için yeterlidir. Konuya ilişkin olarak bir başka görüşe göre ise, kuvvetli şüphe sebepleri teriminden, basit bir başlangıç şüphesinden daha yoğun ama yeterli ya da kuvvetli şüphe derecesine ulaşması zorunluluğu bulunmayan şüphe derecesi anlaşılmalıdır⁸¹.

Yargıtay 5. CD. 17.1.2014 T., 2013/16791 E., 2014/516 K. numaralı kararında ise *“kanun koyucunun CMK’nın 135. ve 140. maddelerindeki “kuvvetli şüphe sebepleri”nden muradının ne olduğu hususu öğretilde oldukça tartışma konusu olmakla birlikte, burada kanun koyucunun söz konusu tedbirlerin aşırı biçimde ve sıklıkla kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla kuvvetli suç şüphesi şartını aradığı, ancak bu tedbirlere başvurulması için şüpheli veya sanık tarafından suçun işlendiği şüphesini kuvvetli bir şekilde ortaya koyacak delil ve emarelerin mevcut olması şeklinde anlaşılabilir derece ve zorlukta bir koşul öngörmediği, aksini kabul halinde bu tedbirlere başvurulmasının neredeyse imkansız ve anlamsız hale geleceği, kaldı ki maddelerdeki kuvvetli şüphe sebepleri terimi, şüpheli veya sanığın mahkum edilmesi ihtimalinin yüksek olduğu biçimde anlaşıldığı takdirde, bu aşamada söz konusu tedbirlere başvurma orantılılık ilkesi açısından da yerinde olmayacağı zira, şüpheli veya sanık hakkında, onun büyük ihtimalle mahkum edilmesini gerektirecek yoğunlukta delile ulaşıldığına göre, artık bu tedbire başvurma gereğinin bulunmayacağı, yine bu tedbirlere başvurulabilmesi için kuvvetli şüphe şartının aranmasının tedbirlere başvuru koşullarından olan, başka yolla delil elde edilmesi olanağının bulunmaması biçimindeki ikincillik ilkesi ile de bağdaşmayacağı-*

81 Özbek,Kanbur,Doğan,Bacaksız,Tepe, s. 416.

nın kabul etmek gerektiği” denilerek kuvvetli şüphe sebeplerini, sanığın mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimaline göre daha yüksek olduğu kuvvetli şüphe olarak anlamamak gerektiği belirtilmiştir.

Mahkemeler koruma tedbirine karar verirken, şüpheyeye ilişkin takdir yetkisini kullanması bakımından şüphenin kolay tanımlanabilen, derecesi ve sınırları kolayca belirlenebilen bir kavram olmaması sebebi ile, şüphe sebeplerinin mevcut olduğuna ve diğer koşulların gerçekleştiğine ilişkin soyut ifadeler kullanmaktadır. Ayrıca, karar verildiği anda yeterli şüphe bulunmamasına rağmen, şüphe doğrulanarak tedbirin uygulanması sonucunda önemli delillere ulaşılmış ise, başlangıçtaki şüphenin yetersiz olduğu gerekçesi ile elde edilen deliller değerlendirme dışı tutulamamakta ve mahkemelerce bu deliller feda edilmemektedir⁸². Yargıtay’ın koruma tedbirlerini bu yönüyle irdeleyen ve yeterli şüphe sebebinin bulunmaması nedeni ile tedbirin hukuka aykırı olduğuna ilişkin kararına ise rastlanmamıştır⁸³.

Bunun yanı sıra, Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verdiği tedbir kararlarının hâkim tarafından onaylanması durumunda, o zamana kadar elde edilen deliller hukuka aykırı hale gelecektir. Nitekim bu şekilde Cumhuriyet Savcısının kararı hukuka aykırı kabul edilmiştir. Her ne kadar, bu durumda tedbir kararını yerine getiren görevlilerin tanık sıfatı ile dinlenebileceği ileri sürülse de, bu yönde bir uygulama, kanun hükümlerinin etrafını dolanmak olarak değerlendirilebilecektir⁸⁴.

İletişimin denetlenmesi koruma tedbirine başvurulması sonucu elde edilen delillerin akıbeti konusunda uygulamada ortaya çıkan problemleri daha iyi ortaya koyabilmek açısından konuyu başlıklar halinde ele almanın daha uygun olacağını düşünmekteyiz.

(1) İletişimin Tespiti, Mağdurun Rızası

Uygulamada özellikle iletişimin tespitinin kapsamı, iletişimin tespitinden ne anlaşılması gerektiği, iletişimin mağdurun rızasıyla tespit edilebilip edilemeyeceği, tespit edilebilecekse bu işlemin hukuka uygunluğu tartışma konusu olmaktadır.

82 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, 440 vd.

83 **A.g.e.**, s. 443.

84 **A.g.e.**, s. 443.

İletişimin tespiti CMK'nın 135/6 maddesinde “(6) (Ek: 2/12/2014-6572/42 md.) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır.” şeklinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde 12.12.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6572 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce, şüpheli veya sanıkla ilgili iletişimin tespitine, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ağır ceza mahkemesinin oy birliği ile vereceği karar ile veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısının kararıyla belirli süreyle sınırlı olarak başvurulabilmekteydi. Yeni getirilen düzenlemede ise, tespite, soruşturma aşamasında hakim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararıyla başvurulabileceği, bunun yanında herhangi bir şüphe şartı ve süre sınırı da öngörülmediği görülmektedir. Buna göre, iletişimin tespitine artık şüpheli veya sanık ile ilgili soruşturma başlamasına teşkil edebilecek basit şüphenin varlığı halinde süre sınırı olmaksızın başvurulabileceğini söyleyebilmek mümkündür. Ayrıca, soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, cumhuriyet savcısının kararıyla tedbire başvurulabileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmediği de dikkat çekmektedir.

İletişimin tespiti kavramı Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin dördüncü maddesinin birinci fıkrasının f bendinde tanımlanmış olup “İletişim içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler” iletişimin tespiti olarak adlandırılmaktadır⁸⁵.

85 “Cumhuriyet Başsavcılığı'nca konut dokunulmazlığını ihlal suçu ile ilgili olarak yapılan soruşturmada; yakınanın evinde bulunduğunu iddia ettiği telefonun konut dokunulmazlığını bozma suçunu işleyen şüpheliye ait olabileceği düşüncesiyle, telefonu ve kartın sahibini belirlemek amacıyla Sulh Ceza Mahkemesinden bu telefonla yapılan son üç aylık görüşmelerin (arayan ve aranan dahil) HTS raporlarının tespitini istemiştir.

Soruşturma konusu konut dokunulmazlığını bozma suçunu kimin işlediğinin belirlenmesi için, yakınanın evinde bulunduğunu ileri sürdüğü ve eve giren kişiye ait olduğunu iddia ettiği cep telefonu ve sim kartının; abone adı, kimlik bilgileri, telefon numarası ve sim kart bilgilerinin işletmecisi kurumlardan istenmesi için CYY'nin 135. maddesinin birinci fıkrasında yazılı bulunan

Buna karşılık öğretilerde, “*dış bağlantı verileri*” olarak isimlendirilen konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesinin CMK m. 135 hükümlerine tabi olmayacağı ileri sürülmüştür⁸⁶. Buna göre özellikle telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla, haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından, yapılan konuşmaları ücretlendirmek amacıyla tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına CMK m. 135 engel oluşturmamaktadır⁸⁷.

Konuya ilişkin olarak Yar. 8. CD., 23.11.2007 T., 2007/8616 E., 2007/8160 K. numaralı kararına değinmek gerekir. Karara konu olayda, Bodrum İlçe Jandarma Komutanlığınca yapılan istihbari çalışma neticesinde Bodrum Turgut Reis belde ve köylerinde vatandaş ve esnaf üzerinde baskı kurmak suretiyle zor ve tehditle çek ve senet tahsilatı yapma, haraç toplama, tehdit etme ve tefecilik yapmak suretiyle örgüt kurdukları iddiası ile şüpheliler Yunus Ş. ve arkadaşları hakkında Bodrum Başsavcılığınca Sulh Ceza Mahkemesinden adı geçenlerin telefonları ile, adlarına kayıtlı bulunan diğer GSM numaralarının CMK'nın 135. maddesi gereğince tespiti ve 01.01.2005-30.03.2005 tarihleri arasında yaptıkları görüşmelerin arayan ve aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespiti istenmiştir. Bodrum Sulh Ceza Mahkemesi, tespit talebinin, CMK m. 135/1 maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği, tespit edilmesinden kastedilen dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi olup bu nedenle yürütülen suçla ilgili olarak arayan ve aranan numaraların tespitine yönelik mahkeme kararına gerek bulunmadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bu karara karşı Başsavcılıkça, dinleme, kayda alma, sinyal bilgilerinin değerlendirilmesinin CMK 135/6 madde ve fıkrasında belirtilen katalog suçlara yönelik olup bunun haricindeki tespitlerin mümkün olduğu gerekçesiyle Bodrum 1. Asliye Ceza Mahkemesine itiraz edilmiştir. İtirazı inceleyen Asliye Ceza

“*iletişimin tespiti*” kararına gereksinim bulunmamaktadır. Söz konusu bu bilgilerin, Cumhuriyet Savcısı'nın CYY'nin 160 ve 161. maddelerinde düzenlenen genel soruşturma yetkisi kapsamında, yargıç kararı olmadan, ilgili kurumdan istenmesi olanaklıdır.

İlgili kurumdan gelecek bilgilerin değerlendirilmesi sonucunda ise, soruşturma konusu konut dokunulmazlığını bozma suçunun hangi şüpheli ya da şüphelilerce işlendiğinin belirlenmesi olanağı bulunmaktadır.” (Yar. 2. CD., 2009/22575 E., 2009/31143 K., 25.6.2009 T.)

86 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 467

87 A.g.e., s. 467

Mahkemesi 5271 sayılı CMK'nın koruma tedbiri olarak, demokratik kurumları korumak amacı ile mutlak zorunluluk bulunması koşuluyla CMK'nın 135. maddesinde belirtilen katalog suçlara yönelik olarak iletişimin dinlenmesine ilişkin olarak yasal düzenlemenin getirildiği, bu yasal düzenlemenin, telekomünikasyon yolu ile yapılan (iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydedilmesi) içerdiği, bunun dışındaki uygulamada “dış bağlantı verileri” adı verilen, konuşmanın içeriğine müdahale edilmeksizin kimler arasında ve hangi saatte yapıldığına ilişkin bilgilerin elde edilmesi ve buna ilişkin olarak tespit talebinin, CMK'nın 135. maddesi hükümlerine tabi olmadığı, telefonla taciz, hakaret gibi olayların aydınlatılması amacıyla yönelik haberleşme hizmeti sunan kurum tarafından yapılan, konuşmaları ücretlendirmek amacı ile tutulan bu bilgilerden yararlanılmasına, CMK'nın 135. maddesinin engel oluşturmadığı, bu nedenlerle talebin bu madde kapsamında değerlendirilmeyeceği gerekçesiyle itirazı reddetmiştir. Ardından ise kanun yararına bozma yoluna gidilmiş ve dosya Yüksek Mahkemeye intikal etmiştir. Konuyu inceleyen Daire, Bodrum Başsavcılığının talebinin iletişimin tespitine ilişkin olduğunda bir tereddüt bulunmadığını tespit etmiştir. Devamında da, Cumhuriyet savcısının genel soruşturma yetkisini düzenleyen CMK'nın 160 ve 161. maddelerine değinilmiş sonuç olarak “*dosya münderacatı ve yasal düzenlemeler karşısında C. Savcısının, iletişimin tespiti uygulamasını 5271 sayılı CMK'nun 160 ve 161. maddelerinde öngörülen genel soruşturma yetkisi çerçevesinde değerlendirilerek çözüme kavuşturulması*”nın olanaklı olduğuna oybirliği ile karar verilmiştir.

Karar, Başsavcılığın şüphelilerin belirli tarihler arasında yaptıkları görüşmelerin arayan ve aranan şeklinde ayrı ayrı sayısal olarak tespit edilmesi talebinin Asliye Ceza Mahkemesi tarafından iletişimin tespiti kapsamına dahil olmayacak şekilde “dış bağlantı verileri” olarak nitelendirilmiş olmasına rağmen Yargıtay tarafından iletişimin tespiti şeklinde nitelendirilmiş olması yönünden önemlidir. Ancak CMK 135/1 maddesinde kararın verildiği tarih itibarıyla iletişim tespiti tedbiri için hakim kararı (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde C. Savcısı kararı) aranmasına rağmen, Daire'nin bu işlemin C. Savcısı tarafından genel soruşturma yetkisi çerçevesinde yapılabileceğine karar verilmesi yönünden ise ilginçtir.

Belirtmek gerekir ki iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirlerine ancak şüpheli veya sanık hakkında başvurulabilir. Nitekim 135 inci maddenin altıncı fıkrasında “*Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır.*” demek suretiyle ancak şüpheli veya sanık hakkında bu tedbirlere başvurulabileceği düzenlenmiştir. Yar. CGK 15.11.2011 T., 2011//6-140 E., 2011/222 K. numaralı kararında da, “*5271 sayılı CYY’nın 135. maddesinde açıkça şüpheli ve sanıktan bahsedildiğinden, dördüncü fıkrada belirtilen mobil telefonun yerinin tespiti dışında maddede düzenlenen tedbirlerin üçüncü kişiler yönünden uygulanması olanaklı değildir... İletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerine ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelikte yer alan tanımlar birlikte değerlendirildiğinde, günün belli bir zaman diliminde baz istasyonundan görüşme yapan tüm abonelere ait açık adres ve kimlik bilgilerini kapsayacak şekilde arayan ve aranan dökümlerine ilişkin bilgilerin iletişimin tespiti işlemi olduğu anlaşılmaktadır... Somut olayda haklarında iletişimin tespiti tedbiri talep edilen kişiler, baz istasyonundan hizmet alan üçüncü kişiler olup, 5271 sayılı CYY’nın 2. maddesi anlamında şüpheli veya sanık sıfatına sahip olmadıklarından haklarında iletişimin tespiti tedbirine başvurulması olanağı yoktur” denilerek üçüncü kişiler yönünden iletişimin tespiti kararının verilmesinin olanaklı olmadığına altı çizilmiştir⁸⁸.*

88 Bunla birlikte karara muhalif kalan üye Vuslat Dirim ise, “**Belli bir zaman diliminde, belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ilişkin detayların temin** (Türkcell, Vodafone ve Avea’dan belli zaman diliminde ve belli bir yerde yapılan tüm görüşmelere ait tüm arama – aranma saati ve sürelerine ilişkin bilgiler ile arayan – aranan abonelerin tümünün kimlik ve adres bilgileri ... **edilip, görüşme yapanlar arasında – bırsızlıktan – sabıkalı var mı? irtibatla bulundukları kişiler kimler? vb diye eleme yapma ve bu kişiler üzerinde araştırmayı yoğunlaştırma işlemi, iletişimin tespiti değil, tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi işlemidir.** ...Soruşturulan suç bırsızlık suçu olup, 5271 sayılı C.M.K.’nin 135 (6). maddesinde sayılan katalog suçlardan değildir; hâkim kararıyla bile olsa sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine karar verilemez. **Bu sebeple, yanlış nitelikleyle iletişimin tespiti olarak isimlendirilen ve tipik bir sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi sayılması gereken işlemle ilgili olarak verilen ilk derece mahkemesi kararı ve buna ilişkin itirazın reddi kararı, özgürlüklere ağır bir müdabele gerekçesi yerine, yasal koşullar bulunmadığından usul ve yasaya aykırıdır** ” düşüncesiyle itirazın değişik gerekçe ile kabul edilmesi gerektiği yönünde farklı görüş belirtmiştir.

Bununla birlikte şikâyetçinin rızasıyla iletişiminin tespiti özellik arz eder. Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin dördüncü fıkrası *“Bir soruşturma sırasında delil toplama kapsamında, somut olayın özelliğine göre maddî gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespiti Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla Başkanlıktan istenir”* şeklindedir.

Buna göre, maddi gerçekliğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için zorunlu olduğu takdirde, şikâyetçinin açık rızasının bulunması ve iletişim aracının kendisine ait olması şartıyla şikâyetçinin iletişiminin tespitinin Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla yapılabileceğini kabul etmek gerekir⁸⁹.

Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda, mağdurun rızasına dayalı olarak iletişim tespitinin Cumhuriyet savcısının CMK'nın 160 ve 161 inci maddelerinde düzenlenen genel araştırma yetkisine dayanılarak yapılabileceğini belirtmektedir⁹⁰.

Nitekim Yar. 4. CD.'nin 29.11.2006 tarih, 2006/4669 E. 2006/17007 K. numaralı kararında *“İncelenen somut olayda, **yakmanın**, 5.12.2005 ve 19.12.2005 tarihli dilekçelerde, **kendisine karşı gerçekleştirilen telefonla tehdit ve hakaret suçlarının faillerinin belirlenebilmesi için ev ve cep telefonuyla belirttiği tarihlere yaptığı görüşme kayıtlarının incelenmesini ve telefonun dinlenmesini istediği anlaşılmaktadır. Cumhuriyet Savcısınca ilgili Telekom kurumuna gönderilen tesbit yapılmasına ilişkin isteğin yerine getirilmediği, bunun üzerine Cumhuriyet Savcısının C.Y.Y.'nin 135. maddesi uyarınca bir karar verilmesi için Sulb Ceza Mahkemesine başvurduğu ancak yetkili hakim soruşturulan suçun anılan yasa maddesinin 6-a fıkrasında sayılanlar arasında bulunmadığı gerekçesiyle isteğin reddine karar verdiği görülmektedir. Sulb Ceza hakiminin verdiği kararın gerekçesi***

89 Necati Meran, **İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 120.

90 Yar. 4 CD., 28.03.2006 Tarih, 2879/6168, 4. CD., 20.06.2007 Tarih, 4496/5905, 4. CD., 28.03.2007 Tarih, 2879/6168, kararlar için bkz. **A.g.e.**, s. 129.

*doğru olmamakla birlikte ulaşılan sonuç isabetlidir; Gerçekten de iletişimin tespiti tedbiri, C.Y.Y.'nin 135/6 maddesindeki sınırlamaya bağlı olmaksızın tüm suçlar açısından uygulanabilir. Ancak bu tedbire sadece şüpheli veya sanık için başvurulabilir. **Yakınanın veya suçtan zarar görenin iletişiminin tespitini, kimliği belirtilen yöntem sonucu belirlenebilecek şüpheli veya sanık için aleyhe kanıt oluşturacak sonuca ulaşılsa bile 135. madde kapsamında değil, Cumhuriyet Savcısın 160. ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmek isabetli olacaktır***” denilerek bu hususun altı çizilmiştir.

Bununla birlikte, her ne kadar mağdur tarafından kendi telefonunun iletişiminin tespitine rıza gösterildiği için, kendisi açısından haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğinden söz edilemeyecek olsa da, bu yolla mağdurla görüşen üçüncü kişilerin de iletişimi salt Cumhuriyet savcısı kararıyla tespit edilmiş olacağından bu durum öğretilde eleştirilmiştir⁹¹. Buna göre, Anayasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında, haberleşme hürriyetinin ancak hâkim kararıyla (veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış yetkili merciin yazılı izniyle) sınırlandırılacağı hüküm altına alındığından dolayı, haberleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıyan bu işlemin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁹².

(2) Tanıklıktan Çekinme Hakkına Sahip Olanların Telefonlarının Dinlenmesi

Tedbir kararı hukuka uygun olmasına rağmen, tedbirin hukuka aykırı şekilde uygulanması halinde de deliller hukuka aykırı hale gelecektir. Örneğin, CMK'nın 135/3 maddesine göre, şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişilerle iletişiminin kayda alınması yasak olup, bu tür iletişimin kaydının derhal yok edilmesi gerekmektedir.

91 Ali İhsan Erdağ, “İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 92, Yıl 2011, s. 47

92 “Her ne kadar bir koruma tedbiri olarak iletişimin denetlenmesi, (gecikmesinde sakınca bulunan hallerde) istisnaen Cumhuriyet savcısının kararıyla da mümkün olsa da unutmamak gerekir ki bu, şüpheli veya sanık bakımındandır ve bundan da önemlisi kanuna dayanmaktadır ve nihayetinde hakim onayına sunulmaktadır.” **A.g.m.**, s. 48.

dir⁹³. Aksi halde bu tür delillerin yargılamada kullanımını mümkün değildir.

Ancak tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişinin de aynı soruşturmada şüpheli sıfatına sahip olması halinde durumun ne olacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre bu halde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan şüpheli hakkında da dinleme kararı verilmesi şartıyla iletişimin kayda alınması mümkündür⁹⁴.

Başka bir görüşe göre ise, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişinin suça iştirak şüphesi altında olması halinde dahi, iletişimin denetlenmesi hukuka aykırı olur⁹⁵.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 13.10.2009 T., 2009/1721 E., 2009/5855 K. numaralı kararında ise “**Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurlurken, delil olarak kabul edilen telefon dinleme kayıtları, dosya içindeki nüfus kayıtlarından da anlaşılacağı üzere, sanık İlban ile 5271 sayılı CMK'nın 45. maddesi uyarınca tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kardeşleri sanık Mükerrerem, tanık Emrah ve babası sanık Karabey arasında yapılan görüşmelere ilişkin kayıtlar olup, kanun dışı elde edilmiş delil niteliğindedir**” denilerek tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan iki sanık arasındaki iletişimin kayda alınamayacağına karar verilmiştir.

(3) Dinleme Kararına Konu Suçun Katalog/Katalog Dışında Bir Suça Dönüşmesi

Yargıtay kararlarına konu olmuş önemle tartışılması gereken bir

93 Hükümde, böyle bir durumda, iletişimin yalnızca “*kayda alınmayacağı*”ndan söz edildiği için, CMK m. 135/1 anlamında “*dinleme ve tespit yapılabilmesine veya sinyal bilgilerinin gönderilmesine*” bir engel olmadığı sonucu çıkmaktadır. Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 471.

94 Nur Centel, Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2013, s. 411, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 471, Kaymaz, s. 181, Erdağ, s. 40, Şen ise, bu halde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kişinin suça katıldığıının başka delillerle önceden belirlenmesi durumunda ancak 135/2 çerçevesinde dinleme yasağından bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir. Yazara göre, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinebilecek hakkına sahip olan kişi arasında kurulan iletişim anına kadar, eğer tanıklıktan çekinebilecek kişi şüpheli sıfatını kazanmamış ise dinleme ve kayıt yapılması söz konusu olamaz. Şen, s. 175.

95 Ünver, Hakeri, s. 442.

başka husus ise, katalog kapsamında bir suçun işlendiği gerekçesiyle iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulup daha sonra yapılan soruşturma ve elde edilen deliller neticesinde suçun nitelik değiştirmesi ihtimaldir. Bu durumda yeni suç katalog kapsamında olabileceği gibi katalog kapsamı dışında da olabilir. Bu halde suçun nitelik değiştirmesi anına kadar iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen delillerin hukuka aykırı delil kabul edilip edilmeyeceği problemlili bir husustur.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi 17.01.2014 T., 2013/16791 E., 2014/516 K. numaralı kararında “suç şüphesi ile başlayan bir soruşturmada hukuki nitelendirmenin bu soruşturmayı sona erdiren iddianame ile yapıldığı, kovuşturma aşamasında da suçun niteliğinin değişmesinin mümkün olduğu, soruşturma aşamasında o ana kadar ki delillere göre fiilin tedbir kararında yazılı suçu oluşturduğu sonucuna ulaşmayı bahlı kılmasının yeterli olacağı, sonradan suçun niteliğinin değişmesi ile o zamana kadar elde edilen delillerin hukuka aykırı hale gelmeyeceği ve elde edilen delillerin değerlendirme dışında tutulmasını gerektirmeyeceği, **burada önemli olan bususun kanunun koruyucu hükümlerinin bertaraf edilmesi amacıyla yanlış bir nitelendirme yapılmış olup olmadığı, başka bir anlatımla kanuna karşı hile yoluna gidilip gidilmediği olduğu**” denilerek soruşturma makamlarının kanuna karşı hile yoluna gitmediği başka bir deyişle baştan beri iyiniyetli olduğu durumlarda suçun niteliğinin değişmesinin delilleri hukuka aykırı hale getirmeyeceğini belirtmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesi 22.02.2011 tarih, 2010/6505 E. ve 2011/1134 K numaralı kararında da⁹⁶, “Banka veya kredi kartının kötüye kullanılması suçunun 5271 sayılı CMK’nın 135/6. maddesinde sayılan suçlardan olmadığı, anılan maddede sayılan suçlardan **birine dönüşme olanağının da bulunmadığı** ve her ne kadar tedbir kararları anılan maddede sayılan parada sabtecilik ve suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçlarından alınmış ise de küçük bir beldede yaşayıp sabıkası bulunmayan, çiftçilikle uğraşan sanık Y hakkında bu durumu ile bağdaşmayan isimsiz bir ihbara dayanılarak **parada sabtecilik suçundan tedbir talebinde bulunulduğu nitelikte bu suçtan bir dava açılmadığı, soruşturma sonucunda gerek iletişim tes-**

96 Aktaran Şen, s. 226.

pit tutanakları gerekse de tüm dosya kapsamı itibari ile bu suçun işlendiğini gösterir herhangi bir delil elde edilmediği, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak suçundan kamu davası açılmış ise de suçun unsurlarının oluşmadığından bahisle sanıkların beraatlerine karar verildiği birlikte değerlendirildiğinde genel bir suç şüphesi ile telefon dinlenilmesini ve devamını sağlamak maksadıyla kanunun aradığı suçlardan birinin işlendiği iddia olunarak tedbir talep edilip kararlar alındığı anlaşılma ile iletişim tespit tutanaklarının delil olarak kabul edilemeyeceği, “zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir” kuralı uyarınca her bir suç açısından mevcut diğer delillerin durumu da değerlendirilerek sonucuna göre tüm sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hükümler kurulması...” yasaya aykırı bulunmuştur.

Bu hususta Yar. 8. CD'nin 23.01.2007 tarih, 2006/8117 E. ve 2007/320 K. sayılı kararından bahsetmekte fayda vardır. Söz konusu karara konu olay, CMUK ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanununun yürürlükte oldukları tarihte gerçekleşmiştir. Somut olayda bir kısım şahısların PKK/KONGRA-GEL terör örgütüne yönelik sürdürülen çalışmalarda, organize olarak yürüttükleri göçmen kaçakçılığı olayının kapsamının organize boyutlarının görülebilmesi ve yataklık yapanların suç unsuru silahlarla birlikte yakalanarak adli makamlara sevkinin sağlanmasının başka bir tedbirle mümkün olmadığı gerekçesi ile bir kısım telefonlar için üç ay süre ile dinleme kararı verilmiştir. Soruşturma aşamasında dinleme kararı uzatılmış ayrıca başka telefonlar için de dinleme kararı alınmıştır. Dinleme kararlarında toplam yirmi beş adet telefonun dinlenilmesine ve bu telefonlardan on adedi hakkında da dinlemelerin uzatılmasına karar verilirken, kararların hiçbirinde şüpheli ismi mevcut değildir ve telefonların kimler tarafından kullanıldığı da belli değildir. Buna rağmen, Yar. 8. CD tarafından bir kısım sanıklar hakkındaki yerel mahkeme kararı onanırken, bir kısım sanıklar için ise başka sebeplerle bozma kararı verilmiştir. Burada dikkat çekilecek husus ise karşı oyda yer alan görüştür. Zira 4422 sayılı kanuna göre dinleme yapılabilmesi için suçun katalog suçlardan sayılması gerekmekte olup, göçmen kaçakçılığı bu katalog suçlar arasında, yer almamaktadır. Karşı görüşte yer alan muhalif üye de bu hususa ilişkin olarak; “İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesinin 12.11.2004 tarihli 2004/2308 ve 2004/2309

muhabere sayılı kararlarında “yasadışı PKK/KONGRA-GEL terör örgütüne yönelik sürdürülen çalışmalarda...” ibareleri her ne kadar mevcut ise de bu gerekçe, **büyük bir olasılıkla güvenlik güçlerinin olayı “vabim” göstermek için kullandığı** ibarelerin karara yansımından ibarettir. **Nitekim, gerekçeden anlaşıldığına göre dinleme kararları göçmen kaçakçılığı suçu için verilmiştir. Öte yandan uzatma kararlarında sadece göçmen kaçakçılığına dair gerekçenin yazılmış olduğu görülmektedir.** Diğer taraftan 9. Ağır Ceza mahkemesinin uzatması ile birlikte ilk dinleme kararı da göçmen kaçakçılığı suçuna ilişkin olarak verildiği gibi aynı mahkemenin 7.2.2005 tarih ve 140/340 müt-muhabere sayılı kararının gerekçesi de münbasıran göçmen kaçakçılığına ilişkin bulunmaktadır. **Kaldı ki dinlemeye elverişli olmayan göçmen kaçakçılığı suçunu ortaya çıkarabilmek için önce terör suçu kapsamında soruşturma yapılacaktı gibi bir izlenim verip dinleme kararı talep edilmesi ve buna göre de dinleme kararı verilmesi kanuna karşı bile yoluna gitmektir. Ayrıca görülmektedir ki dosyada, terör suçuna ilişkin hiçbir soruşturma mevcut bulunmamaktadır.** Gerçekten de dosya incelendiğinde görüleceği üzere, göçmen kaçakçılığına ilişkin olarak toplanan kanıtlar (?)’a ilişkin dinleme tutanakları Ayvalık Jandarma Komutanlığının 23 Mart 2005 günlü yazı ve ekleri ile Ayvalık Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. Yazıya bağlı “tespit edilen suçlar çizelgesi” ne göre ev ve işyerlerinde arama yapılması istenilen, kişilerin bir kısmı bu davanın göçmen kaçakçılığı suçunu işledikleri iddiasıyla haklarında dava açılan sanıklardır. Dosya içinde bu suç dışında dinleme kararı veren Mahkemelerin yetki ve görev alanına giren suçlarla ilgili bir tefrik kararı da bulunmamaktadır.” yönünde görüş bildirmiştir. Söz konusu karara konu olayda iletişimin dinlenmesine ilişkin kararların terör suçunun işlendiğinden bahisle alındığı kabul edilse bile, muhalif üyenin aktardığı kadarıyla, dosyada terör suçunun soruşturulduğuna ilişkin hiçbir veri mevcut değildir. Şu halde, katalog kapsamında bir suçun işlendiğine ilişkin hiçbir delil olmadan yapılan dinlemeler neticesinde elde edilen delillerin, katalog kapsamında olmayan bir suçun ispatında kullanılamayacağı ise açıktır. Nitekim muhalif üye de bu durumun kanuna karşı hile teşkil ettiğini ifade etmiştir.

Dönüşen yeni suçun katalog kapsamında olması halinde elde edilen delillerin kullanılabileninde bir tereddüt olmamakla birlikte, yeni suçun katalog kapsamında yer almaması ihtimalinde durumun ne olacağı tartışmalıdır.

Yeni suçun katalog kapsamında yer almaması ihtimalinde bir görüşe göre soruşturma aşamasında o andaki deliller gereğince fiilin tedbir kararında yazılı suçu oluşturduğu sonucuna ulaşmayı haklı kılacak nedenler varsa suçun niteliğinin değişmesi o zamana kadar elde edilen delilleri hukuka aykırı hale getirmez. Başka bir deyişle soruşturma organlarının kanuna karşı hile yoluna başvurmadiğı hallerde, suçun niteliğinin değişmesi o zamana kadar elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılmasını engellemez⁹⁷. Ancak daha sonra elde edilen delillerin katalog kapsamında yer almayan bir suçta vücut verdiğinin anlaşılması halinde tedbir uygulanmasına son verilmelidir⁹⁸.

Başka bir görüşe göre ise, katalog içine girdiğı ve 135. maddenin birinci fıkrasındaki şartların gerçekleştiğı gerekçesiyle alınan bir iletişimin denetlenmesi tedbiri kararının ardından, bu defa soruşturmanın devamında veya kovuşturmada aşamasında suçta konu fiilin niteliğı değişip de 135/7'de gösterilen katalog içine girmeyen bir suç iddiası ortaya çıkması halinde iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller hukuka aykırı olacak ve ceza yargılamasında kullanılamayacaktır⁹⁹.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 12.6.2007 Tarih., 5-MD-154/145 numaralı kararında ise “*Özel Dairece isnat edilen eylemlerin bir kısmından beraat bir kısmından ise suç niteliğinin değişmesi suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mabkumiyet kararı tesis edilmiş ise de, başlangıçtaki iddia rüşvet suçuna yönelik olup, **görevi kötüye kullanma suçunun özel bir biçimi olan rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan**, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden*

97 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** s. 454 dp. 1023.

98 **A.g.e.**, s. 454. Yazara göre, niteliğı değişen suç katalog kapsamında yer alsa bile bu yeni suç bakımından tedbir kararının verilip verilmeyeceğı hususunda ayrı ve yeni bir değerlendirme yapılmalıdır. Zira tedbir kararı belli bir suç için verilmekte, tedbir kararının verilmesine ilişkin koşulların oluşup oluşmadığı bu suç bakımından değerlendirilmektedir.

99 Şen, s. 226. Yazar; belki bu kayıtların yeni bir soruşturma başlatılmasına neden teşkil edebileceğini, ancak suçlamanın delili olarak kullanılamayacağını ifade etmektedir. Şen, s. 128.

de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmelidir” denilerek görevi kötüye kullanma suçu katalog kapsamında olmasa da, katalog kapsamında bulunan rüşvet suçuna dayanılarak daha önceden yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri neticesinde elde edilen delillerin, katalog kapsamında bulunmayan görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılabilmesine hükmedilmiştir. Kararda, rüşvet suçunun çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşmesi olanağı bulunduğundan, nitelik değiştirmesi olanağı bulunan suçlar yönünden de, elde edilen kanıtlar hukuka uygun delil olarak değerlendirilmiştir.

(4) Tesadüfen Elde Edilen Deliller

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 138/2 maddesinde “Tesadüfen Elde Edilen Deliller” başlığı altında “*Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan ve ancak, 135/6. maddede sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilir.*” demek suretiyle tesadüfen elde edilen delillerin akıbeti konusunda düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, yapılan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi bulunmayan ve soruşturma ve kovuşturma yapılırken bir başka suçun işlendiğini gösteren deliller tesadüfen elde edilen delillerdir¹⁰⁰. Böylece CMK 138/2, iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri neticesinde elde edilen tesadüfî delillerin ancak katalog kapsamında bir suça ilişkin olması halinde değerlendirilebileceğini belirtmiştir. Tesadüfî delil katalog kapsamı dışında bir suça ilişkin olması halinde ise elde edilen delil ceza yargılaması bakımından suçun ispatında değerlendirilemeyecektir. Yar. CGK'nın 13.06.2006 tarihli, 2006/4-122 E. ve 2006/162 K. sayılı kararı da yapılan dinleme sırasında katalog kapsamında olmayan bir suçun işlendiğine ilişkin elde edilen delillerin yasa dışı elde edilen delil olduğuna ve ceza yargılamasında kullanılmayacağına ilişkin olup, CGK “...*Kaldı ki, 5271 sayılı Yasa'nın 138.*

100 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 477, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi** s. 467, M. Ruhan Erdem, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>, (Erişim Tarihi: 05.08.2014).

maddesine göre de tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt, görevde yetkiyi kötüye kullanma suçu ile ilgili olup, bu suç 135. maddede sayılan katalog suçlar arasında yer almadığından, yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir. Yasa dışı elde edilen bir kanıtın ise soruşturma ve kovuşturma aşamalarında kullanılmasına olanak bulunmamaktadır. Yasaya aykırılığı saptanan bu kanıt dışlandığında dosyada isnat olunan suçu sübuta erdirecek başkaca kanıt bulunmadığı görülmektedir.” şeklinde görüş bildirmiştir.

Ancak, tesadüfen şüpheli veya sanığın katalogda yer alan başka bir suçu işlediğine ilişkin delil elde edildiğinde de durumun Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilmesi ve bu suçla ilgili ayrıca iletişimin denetlenmesi kararı alınması uygun olacaktır¹⁰¹. Yine, yapılan dinleme neticesinde, şüpheli veya sanıktan başka bir kişinin katalog kapsamında başka bir suçu işlediğine ilişkin tesadüfi delil elde edildiğinde, o kişiyle ilgili ayrıca CMK m. 135 şartlarına göre iletişimin denetlenmesi kararı alınmalıdır¹⁰². CGK'nın 03.07.2007 tarih, 2007/5-23 E. ve 2007/167 K. sayılı kararı da elde edilen delilin Cumhuriyet Savcılığına derhal bildirilmesine ilişkindir. Somut olay kapsamında CMUK'un yürürlükte bulunduğu dönemde dinleme dayanağını oluşturan 4422 sayılı yasada tesadüfen elde edilen delillere ilişkin hüküm yer almadığı belirtilmiş ve “... *Kaldı ki, 5271 sayılı CMK'nın 138. maddesine göre de bu tutanağa yasal bir kanıt değeri verilmesi olanaksızdır. Zira, tesadüfen elde edilen bu kanıt üzerine, ilk görüşmenin tespitinden sonra değil, **bütün görüşmeler kayıt edildikten sonra C. Savcısına bildirilmiş, sanki hakkında herhangi bir iletişimin tespiti kararı olmaksızın tespit yapılmış olduğundan, bu tutanaklar yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir...***” yönünde görüş bildirmiştir¹⁰³.

Tesadüfen elde edilen delilin katalog dışında bir suça ilişkin olması halinde delilin ceza yargılaması bakımından suçun ispatında değeren-

101 Şen, s. 213.

102 Ancak bir görüşe göre, tesadüfen elde edilen delil, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı alınan kişiyle ilgili olmalıdır. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412. Şen de, tesadüfen elde edilen iletişim içeriğinin, hakkında dinleme kararı olmayan kişinin aleyhine delil olarak kullanılmayacağını, ancak tesadüfen elde edilen bu bilgilerin, bu kişi yönünden soruşturma açılmasının dayanağı olabileceğini ifade etmektedir. Şen, s. 222

103 Aynı yönde; Yar. 1. CD., 2008/8783 E., 2009/437 K., 06.02.2009 T.

dirilemeyeceğine dair doktrinde görüş birliği vardır¹⁰⁴. Bununla birlikte tesadüfen ele geçirilen bilginin ceza soruşturmasına başlangıç teşkil edip edemeyeceği öğretide tartışma konusu olmuştur. Zira tesadüfi delilin katalog kapsamında bir suça ilişkin olmaması halinde durumun ne olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre, tesadüfen elde edilen bilgi ancak katalog kapsamında bir suça ilişkin ise delil olarak değerlendirilebilir aksi halde bu delil ceza soruşturması için başlangıç şüphesi dahi oluşturamaz¹⁰⁵. Bu görüşe göre, katalog dışında kalan bir suçun aydınlatılması amacıyla bu tür bilgilerden yararlanılamayacağına göre, CMK'da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bu bilgilerin yok edilmesi gerekir¹⁰⁶. Buna karşılık başka bir görüşe göre ise, tesadüfen elde edilen bilgi katalog kapsamı dışında bir suça ilişkin ise, elde edilen bilgi ceza soruşturması için başlangıç şüphesi oluşturabilir¹⁰⁷. Zira kolluğun bu şekilde elde ettiği delile duyarsız kalması zor olduğundan ve TCK m. 279 kamu görevlileri bakımından suçu ihbar yükümlülüğü getirdiğinden, elde edilen delil muhafaza edilmemeli ve fakat ihbar kabul edilerek derhal soruşturmaya başlanabilmelidir¹⁰⁸.

104 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412, Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 477, Şen, s. 221. Açık bir düzenleme olmamakla birlikte katalog kapsamında olmayan bu bilgilerin CMK 137/3 maddesinin kıyasen uygulanması sonucu yok edilmesi gerekir. Nitekim Yar. 4. CD.'nin 19.06.2012 T., 2011/13208 E., 2012/1504999 K. numaralı kararında da, “*Sanıkların TCK'nın 220. maddesi kapsamında suç işlemek amacıyla örgüt kurdıkları yönünde kuvvetli şüphe olduğu gerekçesiyle verilen Zonguldak 2. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 11.01.2007 tarih ve 2007/20 Değişik İş sayılı kararına dayanılarak elde edilen telefon dinleme kayıtlarının örgüt kurma suçunun kanıt niteliğinde olmaması, tefecilik suçunun da CMK'nın 135/6. maddesinde yazılı suçlardan bulunmaması ve CMK 138/2. maddesi kapsamında bulunmayan bu tür kayıtların kıyasen aynı Yasanın 137. maddesi gereği yok edilmesinin gerekmesi karşısında, söz konusu kayıtların tefecilik suçu yönünden kanıt olarak değerlendirilemeyeceği gözetilip yalnızca dosyadaki diğer kanıtlar irdelenerek bir hüküm kurulması gerekirken babsi geçen kayıtları da hükmeye esas alınarak CMK'nın 138/2, 206/2, 217/2 maddelerine aykırı davranılması, yasaya aykırıdır.*” denilmiştir. Aynı yönde; Yar. 4. CD., 04.07.2012 T., 2011/23270 E., 2012/16014 K. Kararlar için bkz. Veli Özer Özbek, Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Genişletilmiş ve Geliştirilmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2014 Ankara, s. 457-458.

105 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 477; Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 271.

106 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 478.

107 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 481, Adem Kartal, “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Deliller*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 5, S. 49, Eylül 2010, s. 116; Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412, Şen, s. 221; Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, s. 71; Erdağ, s. 43.

108 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412; Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomüni-**

Ayrıca Kaymaz'a göre; İletişimin Denetlenmesi Yönetmeliğinin 9. maddesinin 6. ve 7. fıkralarında da, denetim sonucu elde edilen tüm delillerin Cumhuriyet Savcılığına gönderileceği zorunluluğu düzenlendiğinden dolayı, bu delillerden savcılığın mutlaka haberdar edilmesi gerekir.¹⁰⁹

Şüphesiz CMK'nın 135. maddesinde belirtilen şartlara uygun bir iletişimin dinlenmesi kararı varsa, tesadüfen elde edilen bilgiler de hukuka uygundur. Kanaatimizce tesadüfen elde edilen bilgiler, katalogda belirtilen bir suçun işlendiğine ilişkin ise, bu hukuka uygun karara dayanılarak elde edilen bilgiler neticesinde ileride dinleme kararı alınabilmeli ve soruşturma devam ettirilmelidir. Buna karşılık tesadüfen elde edilen bilgiler, katalogda yer almayan bir suça ilişkin ise, bu bilgiler hukuka uygun bir dinleme neticesinde elde edildiğinden dolayı, başlangıç şüphesi olarak kabul edilmelidir. Ancak hiçbir biçimde burada yer alan bir konuşma içeriğine dayanılarak ifade ve sorgu işlemi yapılmamalıdır. Bu bilgiler katalogda yer almayan bir suçu oluşturduğuna göre, CMK m. 135, 139, 140 maddeleri gibi önemli tedbirlere başvurulamayacağından ilave delillere ihtiyaç vardır.

Bununla birlikte CMK m. 135'e göre hukuka uygun olmayan bir karar varsa, devamında elde edilen her bilginin de hukuka aykırı olduğunu kabul etmek gerekir.

Bunun yanı sıra dinleme hukuka uygun olmakla birlikte tesadüfen ele geçen bilgi kanunda öngörülen bir dinleme yasağının konusunu oluşturabilir. Söz gelimi, tanıklıktan çekinme hakkı olanlar arasında

kasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, s. 478; Başka bir görüşe göre, her ne kadar, TCK 279 kamu görevlileri bakımından suçu ihbar yükümlülüğü getirmiş olsa da, CMK 138/2'deki düzenlemeyi, TCK'nın 279. maddesi bakımından **özel bir hukuka uygunluk sebebi** olarak kabul etmek gerekir. Cumhuriyet Şahin, "Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S.1-2, Yıl 2007, s. 1112

109 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 479. Kaymaz ayrıca; CMK Md. 135'e uygun olarak yapılan dinleme neticesinde katalog kapsamında bulunmayan bir suça ilişkin elde edilen tesadüfî delillerin hukuka uygun delil olduğuna da işaret ederek, AY 38/6'nın da bu deliller dolayısıyla soruşturma başlatılmasına engel teşkil etmeyeceğini ifade etmektedir. Yazar ayrıca, bu delillerin hukuka aykırı delil olarak kabul edilmesinde dahi, CMK'nın 206/2 ve 217/2. maddelerindeki düzenlemeler, hukuka aykırı delillerin başlamış olan soruşturmada ve kovuşturmada ikame edilmesine ve hükme esas alınmasına ilişkin olduğundan, bu hükümlerin katalog kapsamında yer almayan tesadüfî delillere dayalı olarak soruşturma başlatılmasına engel olmayacağını ifade etmektedir. **A.g.e.**, s. 481.

yapılan görüşmelerden veya şüpheli veya sanık ile müdafii arasındaki görüşmeden tesadüfen şüpheli bir kişi ortaya çıkıyorsa, bu varsayımda, kanunun öngördüğü asıl yasak nedeniyle tesadüfen elde edilen bilgiler başlangıç şüphesine bile dayanak yapılmamalıdır.

Belirtmek gerekir ki, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı olan şüpheli veya sanığın, iletişiminin denetlenmesi sırasında, soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan başka bir suçu işlediğinin öğrenilmesi tesadüfen elde edilen delil olduğu gibi, bir kişi hakkında uygulanan iletişimin denetlenmesi esnasında, başka bir kişinin de soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan bir suçu işlediğinin öğrenilmesi de tesadüfen elde edilen delil kapsamında değerlendirilir. Başka bir deyişle, tesadüfen elde edilen deliller, yalnızca soruşturulan veya kovuşturulan suçun dışında kalan suç veya suçlara ilişkin deliller değil; aynı zamanda hakkında tedbir kararı uygulanan şüpheli veya sanıktan başka kişiler hakkında elde edilen delillerdir¹¹⁰. Bununla birlikte başka bir görüşe göre; tesadüfen elde edilen delil hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilmiş olan kişi ile ilgili olmalıdır¹¹¹. Aksi halde bir kişi hakkında verilmiş olan karar ile onlarca kişinin dinlenebilmesi mümkün hale gelebileceği gibi bu durum bireyleri aynı zamanda muhakeme objesi haline getirecektir¹¹². Ancak Yargıtay, hakkında dinleme kararı olan şüpheli veya sanığın yapmış olduğu görüşmelerde, hakkında dinleme kararı bulunmayan 3. kişinin katalog kapsamında bir suç işlediğine ilişkin delil elde edildiğinde bu delilin ceza yargılamasında kullanılabilmesinin mümkün olduğunu düşünmektedir.

Nitekim Yar. CGK'nın 12.06.2007 tarih, 2006/5-154 E. ve 2007/145 K. sayılı kararında organize suç örgütü kurdukları, tefecilik, zorla senet imzalatma, çek senet tahsilatı ve barlarda uyuşturucu madde sattıkları

110 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 467.

111 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412; Şen, s. 222. Şen'e göre, temelde usule uygun olarak alınmış bir dinleme kararı olmak kaydıyla, üçüncü kişi yönünden elde edilen bilgiler bu kişi yönünden soruşturma açılmasının dayanağı olabilir, fakat bu kayıtlar bu kişinin aleyhine delil olarak kullanılamaz.

112 Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 412. Yazarlara göre; bir an için söz konusu tesadüfen elde edilen delilin dinlemeye takılan üçüncü kişiler bakımından da mümkün olabileceği kabul edilse bile bu şekilde elde edilen delil derhal muhafaza altına alınmalı ve durumdan ilgili Cumhuriyet Savcılığı haberdar edilmelidir.

yönünde bir kısım kişiler için alınan istihbarat sonucunda yerel mahkeme tarafından dinleme kararı verilmiş ve bu dinleme sırasında bir C. Savcısının konuşmasında görevi kötüye kullanma ve rüşvet suçunu oluşturacak eylemlerde bulunduğu tespit edilmiştir. Buna ilişkin olarak da CGK tarafından; “*Sanık hakkındaki suçlar rüşvet ve görevi kötüye kullanma suçlarıdır. Rüşvet suçu yönünden iletişimin tespiti sureti ile elde edilen kanıt, **CMK’da yer alan tesadüfen elde edilen deliller kapsamında hakkında iletişimin tespiti kararı bulunmayan kişi için de kanıt olarak değerlendirilir***” şeklinde hüküm verilmiştir¹¹³.

Yar. CGK’nın söz konusu kararına göre 3. kişi hakkında iletişimin dinlenmesi kararı bulunmasa dahi, hukuka uygun iletişimin denetlenmesi kararı kapsamında bu kişinin konuşmaları tesadüfi delil kapsamında değerlendirilebilecektir.

Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 6.2.2009 tarih, 2008/8783 E. ve 2009/437 K. sayılı kararında, hukuka uygun olarak yapılan dinleme sırasında, hakkında iletişim tespit kararı bulunmayan kişinin katalog kapsamında bir suç işlediğine ilişkin delil elde edildiğinde, bunun tesadüfen elde edilen delil olduğuna karar vermiş; ancak bu delilin yasal delil niteliğine kavuşması için durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi ve 3. kişiyle ilgili olarak da iletişim tespit kararı alınması gerektiğini vurgulamıştır. Karara göre; “*Sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulurken, delil olarak kabul edilen sanık ile tanık Nurettin arasında gerçekleşen telefon dinleme kayıtları, **tanık Nurettin’in de içinde bulunduğu soruşturma sırasında, Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 08.06.2004 tarih ve 2004/1145 değişik iş numaralı iletişimin dinlenmesi ve tespiti kararı ile elde edilmiştir. Bu dinleme kararı doğrultusunda, olay günü olan 19.08.2004 ve bir gün sonrası 20.08.2004 tarihleri arasında 2 kez tanık Nurettin’in sanığı cep telefonundan araması sırasında olayla ilgili görüşmeler tespit edilmiştir. **Sanığa ait olan iletişimin tespiti tutanakları tesadüfen elde edilmiş delil niteliğindedir.** 4422 Sayılı Kanun, tesadüfen elde edilmiş delillerle ilgili bir düzenleme getirmediği gibi, 5271 Sayılı **CMK’nun*****

113 Benzer yönde; Yar. 5. CD., 2010/1192 E., 2012/11385 K., 14.11.2012 T.; Yar. 5. CD., 2012/14882 E., 2014/2295 K.,0 4.03.2014 T.

138. maddesi de sözkonusu iletişimin tespiti tutanaklarına yasal bir delil niteliği kazandırmamaktadır. Zira, tesadüfen 19.08.2004 tarihinde tespit edilen ilk görüşmeden sonra bu durum Cumhuriyet Savcısına bildirilmemiş, davayı gören mahkemenin 11.02.2005 tarihli yazısı ile istenen tespit tutanakları, iletişimin tespiti kararını veren Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesinin 30.03.2005 tarih ve 2005/81 numaralı yazısı ile gönderilmiş, dosyaya da 07.04.2005 tarihinde girmiştir. **Sanık hakkında iletişimin tespiti kararı da bulunmadığından, hükme dayanak yapılan iletişimin tespiti tutanaklarının yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde olduğu," gözetilmeden hüküm kurulması bozma nedeni yapılmıştır.**

Kanaatimizce de, CMK'nın 138. maddesinde herhangi bir sınırlama getirilmediğinden dolayı, hukuka uygun bir dinleme sırasında tesadüfen elde edilen bilgiler hakkında iletişimin dinlenmesi kararı bulunmayan kişiyle ilgili olarak da kullanılabilir.

Haklarında iletişimin denetlenmesi kararı olmayan iletişimin taraflarının, yapmış oldukları telefon görüşmesinin telekomünikasyon yoluyla iletişiminin denetlenmesi neticesinde, katalog kapsamında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir bilgi edinildiğinde de bu bilginin tesadüfen elde edilen delil kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Şöyle ki, X isimli kişinin kullandığı A numaralı telefon hakkında iletişimin denetlenmesi kararı alınmış olsun. Bu A numaralı telefon ile Y isimli kişinin Z ile yapmış olduğu görüşme sırasında soruşturma ve kovuşturmayla ilişkisi olmayan ve fakat katalog kapsamında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıran bir bilgi edinilmiş olsun. Konuyla ilgili olarak bir görüşe göre, tesadüfen elde edilen delilden söz edilebilmesi için, iletişimin taraflarından birinin, mutlaka hakkında iletişimin denetlenmesi kararı verilen kişi olması şart değildir¹¹⁴. Dolayısıyla elde edilen bu bilginin de tesadüfen elde edilen delil olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Başka bir görüşe göre ise, bu halde yapılan dinleme hukuka uygun olmadığı gibi konuşma kayıtlarının da tesadüfî delil özelliğinden bahsedilemez¹¹⁵. Zira, kişi hak ve hürriyetlerini ilgilendiren konular bakımından yetki istisna, yetkisizlik

114 Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 467, Kartal, s. 112.

115 Şen, s. 215.

ise esastır¹¹⁶. Yar. CGK'nın yukarıda katalog suç ve tesadüfi delil ilişkisi yönünden incelediğimiz 13.06.2006 tarih, 2006/4-122 E. ve 2006/162 K. sayılı kararında dosyada kanıt olarak kabul edilen telefon konuşma tutanakları incelendiğinde, bu görüşmenin haklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği belirtilerek söz konusu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilmesi konusunda 4422 sayılı kanunda hüküm olmaması sebebi ile bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş delil niteliğinde kabul edilmiştir. Söz konusu konuya ilişkin olarak kararda geçen ifade ise şu şekildedir: *“Dinlemeye konu olan telefon, H.S.Ş. adlı kişi adına kayıtlıdır. İstanbul 6 Nolu DGM’ce 15.03.2004 gün ve 2004/90 sayı ile H.S.Ş.’ye ait cep telefonunun, Aleattin ve yönettiği kabul edilen suç örgütü hakkında yürütülen soruşturma sırasında, 4422 sayılı Yasa’nın 2 ve 16. maddeleri uyarınca 3 ay süreyle dinlenilmesi ve tespitine karar verilmiştir. Ancak, dosyada kanıt olarak kabul edilen 22.03.2004 tarihli konuşmanın tutanakları incelendiğinde, **bu görüşmenin baklarında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişiler arasında geçtiği açıktır. Bu konuşmada tesadüfen elde edildiği kabul edilen suç kanıtının değerlendirilebilmesi için 4422 sayılı Yasa’da herhangi bir hüküm yer almadığı gözetildiğinde, bu konuşma tutanağı yasa dışı elde edilmiş kanıt niteliğindedir.**”*

Söz konusu kararda haklarında dinleme kararı bulunmayan 3. kişiler arasında geçen konuşma kayıtları tesadüfen elde edilen delil olarak kabul edilmekle birlikte, 4422 sayılı yasada tesadüfen elde edilen deliller konusunda herhangi bir hüküm olmadığından dolayı, konuşma tutanakları yasadışı elde edilmiş kanıt olarak değerlendirilmiştir.

Kanaatimizce bu gibi problemlerde konuyu ikili bir ayrıma giderek çözüme kavuşturmak daha isabetlidir. Yukarıda verilen örnekte, yetkili makamlar X isimli kişi hakkında dinleme kararı alınmış olmasına rağmen, eğer A numaralı telefonun Y isimli kişi tarafından sürekli kullanıldığını bilmesine rağmen dinleme işlemine devam ediyorsa, bu halde dinleme hukuka aykırı olacağından uygulanan tedbir neticesinde elde edilen delillerin kullanılamaması gerekir. Buna karşılık, yetkili makamlar tarafından, hakkında iletişimin dinlenmesi kararı alınmış kişinin

116 A.g.e., s. 216.

kullanmış olduğu telefonun başka bir kişi tarafından kullanıldığı bilinmiyorsa veya bu telefonun başka bir kişi tarafından kısa süreliğine kullanımı söz konusu ise, bu halde uygulanan tedbirin hukuka aykırılığından bahsedilemez, elde edilen delillerin kullanılabilmesi gerekir.

(5) Bağlantılı Suçlara İlişkin Elde Edilen Deliller

CMK m. 138/2'de tesadüfen elde edilen delilden söz edebilmek için, yapılan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan fakat katalog kapsamında bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir delilin akıbeti düzenlenmiştir. Bununla birlikte, elde edilen delilin, yapılan soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olduğu ve fakat dinleme kararına konu olmayan bir suça ilişkin olduğu durumlarda, bu delilin tesadüfen elde edilen delil kapsamına girip girmeyeceği belirsizdir. Örneğin, A isimli kişiye karşı yağma suçunu işlediklerinden bahisle yapılan telefon dinlemesinde, aynı kişilerce A isimli kişiye karşı şantaj suçunun da işlendiğinin öğrenilmesinde durum böyledir. Konuya ilişkin olarak bir görüşe göre, bu sorunun tesadüfen elde edilen delillerden farklı değerlendirilerek, katalog kapsamındaki bir suç nedeniyle yapılan denetim sonucu katalog kapsamı dışında bağlantılı suçlara ilişkin elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması gerekir¹¹⁷.

Yargıtay 10. Ceza Dairesi 31.1.2013 tarih, 2012/22375 E. ve 2013/1077 K. sayılı kararında ise aksi sonuca varmıştır. Kararda, ortaya çıkan yeni suçun soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi dikkate alınmaksızın, telefon dinlemeleri neticesinde elde edilen delillerin ancak karara konu suç bakımından ispat vasıtası olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir. Buna göre, telefon dinlemeleri neticesinde elde edilen deliller, soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, karara konu suçun dışında başka bir suçun ispatında kullanılamaz. Eğer, iletişimin denetlenmesi sırasında, karara konu suç dışında başka bir suçun işlendiği tesadüfen ortaya çıkarsa bu durumda, CMK m. 138/2'ye göre hareket edilecek, durum derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirilecek ve dinlemelere devam edilebilmesi için o suç bakımından da CMK m. 135

117 Kartal, s.124, Kaymaz, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, s. 471. Ancak Kaymaz'a göre, bağlantı kavramı dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle, sırf bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması, katalog kapsamındaki suçun denetimiyle ilgili olarak elde edilen delilin bu suç bakımından da değerlendirilmesi sonucu doğmamalıdır.

şartları dairesinde iletişimin denetlenmesi kararı alınacaktır. Karara göre; *“Sanıklar hakkında “uyuşturucu madde ticareti yapma” suçu nedeniyle iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararları alınmıştır. Bu kararlara dayanılarak dinlenen telefon görüşmeleri, ancak “uyuşturucu madde ticareti yapma” suçu yönünden delil olarak kullanılabilir. “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma veya suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma” suçları yönünden dinleme kararı bulunmadığından, sözü edilen telefon konuşmaları bu suçlarda delil olarak kullanılmaz. Öte yandan, CMK’nın 135. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınmasına ilişkin hükümler “suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olma” suçu için uygulanamaz”¹¹⁸.*

Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu, yukarıda bahsetmiş olduğumuz 10. Ceza Dairesi kararını bozarak, CMK m.135/6’da (şimdiki 7. fıkrada) sayılan suçlar arasında bulunan bir fiille ilgili alınan iletişimin denetlenmesi kararının uygulanması sırasında, bu kararda yer almayan ve hatta CMK m.135/6’da da bulunmayan suç yönünden şüpheli veya sanıktan elde edilen haberleşme kayıtları aleyhe delil olarak kullanılıp mahkumiyete esas alınmıştır¹¹⁹. Yine Yar. 5. CD. 17.01.2014 T., 2013/16791 E., 2014/516 K. numaralı kararında da, dinleme sırasında, yapılan soruşturma ve kovuşturmayla bağlantılı olan bir suça ilişkin delil elde edildiğinde, bu durumun tesadüfen elde edilen delillerden farklı olarak ele alınması gerektiği, bağlantılı suçlara ilişkin elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılabilmesi belirtilmiştir. Kararda; *“Suç işlemek için örgüt kurma suçu ile bu örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçların birlikte soruşturulup kovuşturulduğu, esasen suç işlemek için örgüt kurma suçunu bu örgütlerin işlediği suçlardan bağımsız düşünmenin doğru ve sağlıklı bir yaklaşım olmadığı, katalog kapsamında yer almayan bu suçlar bakımından delil elde edilirken ek bir tedbir uygulanması ve kişinin özel hayatı ile iletişimin gizliliğine yönelik ilave bir müdahalenin de söz konusu olmadığı, öğretide tartışmalı olmakla birlikte bu sorunun(örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen ve fakat katalog kapsamında bulunmayan suçlarla ilgili) tesadüfen*

118 Bkz.:(<http://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-10-ceza-dairesi-karari-iletisim-tespiti-h8667.html>) (Çevrimiçi; 06.08.2014)

119 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.12.2013 gün, 2013/10-483 E. ve 2013/599 K.

elde edilen delillerden farklı değerlendirilerek, katalog kapsamındaki bir suç nedeniyle yapılan denetim sonucu bağlantılı suçlara ilişkin elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılması gerektiği” ileri sürülmüştür.

Mevzuatta bir düzenleme olmaması nedeniyle, hukuka uygun surette yapılan bir iletişimin dinlenmesi sırasında, soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olan bir suçun işlendiği şüphesini uyandıracak bir bilgi öğrenildiği takdirde, bu bilginin akıbetinin ne olacağı önemli ve üzerinde durulmasını gerektiren bir durumdur. Hemen belirtmek gerekir ki, soruşturma ve kovuşturma ile ilgili olan bağlantılı suça ilişkin bu bilginin öğrenilmesi sırasında, yapılan dinleme hukuk uygun olup, yetkili makamların herhangi bir hukuka aykırı davranışı da söz konusu değildir. Bununla birlikte, tartışma, bu bilginin kullanılabilip kullanılmayacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Öğretideki görüşler ve uygulama birlikte değerlendirildiğinde, bağlantılı suçlara ilişkin bu bilgilerin tesadüfen elde edilen delillerden farklı değerlendirilerek ceza yargılamasında kullanılması gerektiğine ilişkin bir eğilim olduğu görülmektedir. Şüphesiz CMK'nın 138. maddesi karşısında, soruşturma ve kovuşturmayla ilgili olan bu bilgileri teknik olarak tesadüfen elde edilen deliller kapsamında değerlendirmek olanaklı değildir. Bununla birlikte, tesadüfen elde edilen deliller kapsamında değerlendirilmese de, iletişimin dinlenmesi sırasında elde edilen bağlantılı suçlara ilişkin bu bilgilerin, herhangi bir dinleme kararı alınmadan, soruşturma ve kovuşturmayla bağlantılı olan tüm suçların ispatında kullanılması görüşüne mesafeli yaklaşmaktayız. Kanaatimizce, bu durumda ikili bir ayrıma gidilmeli ve bağlantılı suçun katalog kapsamında olup olmamasına göre farklı sonuçlara ulaşılmalıdır. Eğer bağlantılı suç, katalog kapsamında ise, bu takdirde bağlantılı suçun öğrenildiği ilk dinlemeden sonra, yeni suç ile ilgili olarak da CMK m. 135'teki şartlar çerçevesinde dinleme kararı alınmalıdır. Buna karşılık, bağlantılı suçun katalog kapsamında olmaması ihtimalinde ise, bu bilginin ancak ceza soruşturmasına başlangıç teşkil edebileceğini düşünmekteyiz.

4. Özel Kişiler Tarafından Elde Edilen Deliller

Özel şahıslarca elde edilen delillerin muhakemede kullanılabilip kullanılmayacağı hususu ise hukuka aykırı deliller açısından bir başka tartışma konusunu oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin 6. fıkrasına göre; “(Ek fıkra: 4709 - 3.10.2001 / m.15) Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.” Yine CMK 217/2' ye göre; “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir. Görüldüğü üzere, gerek Anayasa 38/6 gerekse de CMK 217/2 soruşturma organları ve özel kişiler arasında ayırım yapmamış ve kim tarafından elde edilmiş olursa olsun, hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 38. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten ve CMK yürürlüğe girmeden önce, hukuka aykırı delillere ilişkin düzenleme CMUK'un 254/2 de yer almaktaydı. 1992 yılında 3842 sayılı kanunla yapılan değişiklik neticesinde CMUK'un 254. maddesine eklenen 2. fıkraya göre, “(Ek fıkra: 18/11/1992 - 3842 /24 md.) Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz”. Maddeye göre, ancak soruşturma ve kovuşturma organları tarafından elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmaz. Buna karşılık özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin ise hükme esas alınabilip alınamayacağı konusunda düzenlemede bir bilgi yer almamaktaydı. Dolayısıyla durum öğretide tartışma konusu olmuştu¹²⁰. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, yukarıda sözünü ettiğimiz Anayasa değişikliğinden önce CMUK döneminde vermiş olduğu kararında¹²¹; “CMUK'un 254. maddesinin ikinci fıkrasında, “soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde ettikleri deliller hükme esas alınmaz” denilmektedir. Bu kuralla, hukuka aykırı biçimde sağlanan delillerin hükümde göz önüne alınmaması amaçlandığından söz konusu delillerin üçüncü kişiler tarafından sağlanması hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.” demek suretiyle özel kişiler tarafından elde edilen delillerin de hükme esas alınamayacağına karar vermiştir.

Gerek Anayasa Mahkemesi kararı gerekse de AY m. 38/6, CMK m. 217/2 karşısında artık, özel kişilerce elde edilen hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılabileceğini söylemek mümkün değildir.

Özel şahıslar tarafından elde edilen deliller özellikle iletişimin kaydedilmesi konusunda ortaya çıkmaktadır.

120 Kaymaz, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, s. 275-276

121 Anayasa Mahkemesi, 22.06.2001 T., 1999/2 E., 2001/2 K. (Siyasi Parti Kapatma Kararı)

Bu konuda ise Yar. 8. CD ve Yar. CGK tarafından verilen kararlara değinmek gerekmektedir.

Yar. 8. CD'nin 09.11.2009 tarih, 2009/9930 E. ve 2009/13934 K. sayılı kararında “*Sanığın tanıklık yaptığı dosyadaki hazırlık ve mahkeme beyanları arasında çelişki bulunmadığı, sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedildiğinden hukuka aykırı delil niteliğinde olduğu ve hükme esas alınamayacağı şeklindeki mahkeme gerekçesi yerinde görülmele*” yerel mahkeme kararı onanmıştır.

İşaret ettiğimiz kararda görüleceği üzere, iletişimin taraflarından birinin iletişime katılan diğer kişi veya kişilerin rızası bulunmadan iletişimi kaydetmesinin hukuka aykırı olduğu ve bu kayıtların ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilemeyeceği 8. CD tarafından belirtilmiştir.

İletişimin kaydına ilişkin farklı bir karar ise CGK tarafından verilmiştir. Yar. CGK'nın 21.06.2011 tarihli, 2010/5-187 E. ve 2011/131 K. sayılı kararında katılan, yerel mahkemenin tashihi karar aşamasında Yargıtay'da lehine dönüştürebileceklerinden bahisle sanıkların kendisinden para istediklerini ileri sürüp şikayetçi olmuş, kanıt olarak cep telefonu ile kayıt ettiği ve taraflara ait olduğunu iddia ettiği konuşmalara dayanmıştır. Yargıtay 5. CD ilk derece mahkemesi sıfatı ile vermiş olduğu kararda dosya içerisinde muhtelif çözümleri bulunan konuşma metinlerinin, sanıkların birbirleri ile yaptıkları telefon görüşmelerine ilişkin detay bilgileri CMK'nın 135/1 ve 6. maddeleri doğrultusunda alınmış iletişimin tespiti kararı olmaksızın temin edildiğinden yasal kanıt niteliğinde kabul etmemiştir.

Hükmün temyizi üzerine, CGK tarafından suçun sübutu hususundan önce katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kaydetmek sureti ile elde ettiği kayıtların niteliği ve hukuken geçerli delil sayılabiliş sayılamayacağı hususu değerlendirilmiştir. CGK tarafından yapılan değerlendirme kapsamında şu sonuca varılmıştır: “*Kendisine karşı suç işlendiği gerekçesiyle bir kişinin, bir başkasıyla yaptığı telefon görüşmeleri ile ortam konuşmalarını kayda alması işleminin 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Çünkü yapılan işlemin anılan*

madde kapsamında değerlendirilmesi için maddede belirtilen işlemlerin bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma sırasında bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt ettiği sırada, sanıklar hakkında yetkili organlarca başlatılmış bir soruşturma veya kovuşturma bulunmadığından, dolayısıyla 5271 sayılı CYY'nın 2. maddesinde tanımlanan şüpheli veya sanık kavramlarının konuşmaların kayıt edildiği aşamada sanıklar yönünden söz konusu olmaması, 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan iletişimin denetlenmesi tedbirinin yalnızca şüpheli veya sanık sıfatına sahip kişiler hakkında uygulanmasının mümkün bulunması karşısında da, katılan tarafından elde edilen kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve bakım kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli bir yaklaşım tarzı değildir.

Somut olay bu kapsamda değerlendirildiğinde; henüz yasaya göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilerek soruşturmaya başlanılmayan bir dönemde katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların 5271 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi olanağı bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, katılanın kendisinden rüşvet istedikleri gerekçesiyle sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların Yargıtay 5. Ceza Dairesi tarafından 5237 sayılı CYY'nın 135. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve bakım kararı olmaksızın gerçekleştirildiklerinden bahisle hukuka aykırı kabul edilmesi isabetli değildir.

Diğer taraftan, katılan tarafından elde edilmiş olan kayıtların 5237 sayılı TCY'nın Özel Hükümler başlıklı İkinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının dokuzuncu bölümünde düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira katılan eylemi bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engelleyerek, yetkili makamlara sunmak amacıyla güvence altına almaktır.

Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur.

Öğretide, “Meşru müdafaa olarak değerlendirilebilecek, örneğin hakaret, tehdit veya şantaj suçlarına mubatah olan ve o an konuşmaları kayıt altına alan mağdurun elde ettiği bu delil hukuka uygun sayılacaktır” (Prof. Dr. Ersan Şen, Türk Hukuku’nda Telefon Dinleme, Gizli Soruşturmacı, X Mubbir, 2. Baskı, sf. 74), “... ‘kayıt altına alma’ gerçekleşen bir baksız saldırıya karşı, ‘kayıtları takip organlarına verme’ ise tekrarı muhakkak bir baksız saldırıya karşı yapılmaktadır. Yani her ikisi de meşrudur. Netice olarak, meşru savunma çerçevesinde hareket ettiğinden, üzerinde durulan sorunda mağdurun eyleminin haberleşmenin gizliliğini ihlal veya kişiler arasındaki konuşmaların kayda alınması ya da benzeri başka bir suçta vücut vermediği gibi, yapmış olduğu kayıtların da hukuka uygun olarak ele geçirilmiş olduklarından pekala delil olarak değerlendirilebileceği söylenebilir.” (Yrd.Doç. Dr. Ali İhsan Erdağ, TBB Dergisi, 2011(92), sf. 54) şeklinde görüşler mevcuttur.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde;

Katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5271 sayılı CYY’nın 135. maddesi kapsamında değerlendirmesi, bu bağlamda bakım kararı olmadığından babisile hukuka aykırı kabul edilmesi olanaklı olmayıp, rüşvet istenmek suretiyle sanıklar tarafından kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak, bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplandığının, dolayısıyla hukuka uygun olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla, katılanın sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtları bu-

kuka aykırı kabul ederek, hükme esas almayan Yargıtay 5. Ceza Dairesi beraat hükmününün, hukuka uygun olduğu kabul edilen kayıtlarında değerlendirilmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının yeniden değerlendirilmesi gerektiğinden esasa ilişkin diğer yönleri incelenmeksizin bozulmasına karar verilmelidir.”

Çoğunluk görüşüne katılmayarak karara muhalif kalan Başkan dahil bir kısım üye ise; *“Diğer taraftan, katılanın, sanıklar ile aynı ortamda ve telefonda yaptığı görüşmeleri cep telefonuna kayıt etmek suretiyle elde ettiği kayıtların, 5237 sayılı TCY’nin özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar kapsamında kabulü de olanaklı değildir. Zira, katılanın kastı, bir başkasının özel hayatına müdahale olmayıp, kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engellemek ve yetkili makamlara sunmak amacına yöneliktir.*

Ancak, bunun da kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma olanağının olmadığı, ani gelişen durumlarla sınırlı olması koşulu ile hukuka uygun olacağına, aksi halde ilgili kişinin yetkili başvurma olanağı doğduktan sonraki aşamalarda kayıtlarının ise hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olduğunun kabulü gerekmektedir.

Bu itibarla; somut olayda katılanın yetkili makamlara başvurma olanağı olduğu halde, başvurmayarak bizzat kurguladığı senaryo gereği, 5 ay 11 gün gibi bir zaman dilimi içerisinde konuyu sürekli güncel tutup, zaman zaman tabrik edici davranışları ile elde ettiği görüşme kayıtlarının hukuka uygun kanıt olmayacağına kabulü ile, dosyada bulunan diğer kanıtlar değerlendirilerek eylemin sabit olup olmadığının belirlenmesi gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Bu konuda örnek verebileceğimiz bir başka karar da Yar. 4. CD’nin 11.06.2014 T., 2013/37160 E., 2014/21301 K. numaralı kararıdır. Karara konu olay, sanığın cevapsız aramalarından sonra katılanın sanığı arayarak suça konu telefon görüşmesini gizlice kayda alması karşısında, bu ses kaydının delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Yüksek Mahkeme kararında yukarıda da bahsetmiş olduğumuz özel kişiler tarafından hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin

de delil yasakları kapsamına girmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararına ve hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğine ilişkin kanuni düzenlemelere değinildikten sonra, “*Açıklanan kanuni düzenlemeler ve yargısal içtihatlar karşısında, yalnızca hukuka ve yöntemine uygun biçimde kaydedilmesi durumunda kişilerin ses ve görüntü kayıtlarının delil niteliği bulunacak, buna karşın bir kişinin yaptığı görüşmenin gizlice kaydedilmesi hukuka aykırı olduğundan, delil olarak değerlendirilmesi olanaklı bulunmamaktadır. Ancak dairemizce benimsenen YCGK’nın 21.05.2013 tarih ve 2012/5 esas 2013/248 sayılı kararında da belirtildiği üzere, kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur. Aksi takdirde kanıtların kaybolması ve bir daha elde edilememesi söz konusudur*” şeklinde saptamalarda bulunulmuştur. Devamında ise, “*Somut olayda, sanığın cevapsız aramalarından sonra katılan sanığı arayarak suça konu telefon görüşmesini gizlice kayda alması karşısında, tesadüfen yapılan bir arama üzerine başkaca şekilde ispatlanması mümkün olmayan bir hal içerisinde değil, **bir planlama dabilinde yapılan ses kaydının** yasak kanıt niteliğinde olduğu gözetilerek, dosyadaki diğer kanıtlara göre hüküm kurulması gerekirken, yasak kanıta dayanılarak hükümlülük kararı verilmesi*” kanuna aykırı bulunmuş ve oybirliği ile hükmün bozulmasına karar verilmiştir¹²².

5. Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi de Zehirlidir)

Hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden yola çıkarak başka bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur. Anglo-Amerikan hukukunda zehirli ağacın meyveleri olarak adlandırılan bu husus öğretilerde hukuka aykırı delillerin uzak etkisi olarak isimlendirilmiştir. Örneğin, işkence suretiyle ifadesi alınan şüpheli, bu esnada suçunu ikrar eder, bu ikrar neticesiyle de suç aleti veya suçun ispatına yarayacak başkaca delillere ulaşılmış olursa, bu delillerin ceza yargılamasında kullanılabilip kullanılamama-

122 Karar için bkz. **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014, s.167

yacağı, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi çerçevesinde yapılacak tartışma sonucunda çözüme kavuşacaktır.

Öğretide bir görüşe göre, ispat hukuku bakımından işbirliği sisteminin uygulandığı bir ceza yargılamasında mahkemenin delil toplama yetkisi bulunduğu için hakim vicdani delil esası çerçevesinde önüne getirilen delillerin yerine kendi topladığı delilleri ikame edebilme olanağına sahiptir; bu nedenle, hakim yasak sorgu yöntemleri ile elde edilen sanık ifadesini dikkate almayacak ve onun yerine kendi aldığı ifadeye dayanacak ve yine topladığı diğer delillerle sonuca ulaşacaktır; buna karşılık, hâkim, kendisi tarafından elde edilmesi olanağı bulunmayan delilleri değerlendirme dışı bırakacaktır. Ancak, elbette ki bu tür delillerin diğer delillerle desteklenmesi suretiyle sonuca ulaşılması mümkün olacaktır. Böylece, yasak sorgu yöntemleriyle elde edilen ifadeyi değerlendirme dışı bırakacak olan hâkim, böyle bir ifade sonucu ele geçirilen başka bir delili görmezlikten gelemeyecektir¹²³.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise, CMUK m. 254'e 3842 sayılı Kanunla ithal edilen ve "hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağını" mutlak şekilde öngören düzenleme karşısında delil yasaklarının uzak etkisi meselesi Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından çözüme kavuşturulmuştur. Yeni CMK m. 217/2 de bu kanaati büsbütün pekiştirmiştir. Bu düşünceye göre önemli olan delil veya delillerin elde edilmesi sırasında, bir şekilde herhangi bir hukuka aykırılığın yapılmış olmasıdır. O halde, örneğin işkence ile bir ikrar elde edilmiş; bu ikrar sayesinde de suç aleti veya başkaca önemli deliller ele geçirilmiş ise suç aleti ve başkaca önemli deliller hukuka aykırı bir yöntemle elde edildiklerinden ceza muhakemesinde kullanılabilirler; hükme esas alınabilmeleri kesinlikle mümkün değildir¹²⁴.

Başka bir görüşe göre, CMUK 254/2. maddesindeki düzenlemede, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmemesi için delilin doğrudan

123 İçel, s. 124. Yazara göre, uzak etkinin değerlendirme dışı bırakılmaması başka şey, sadece bu dile dayanılarak hüküm kurulması başka şeydir; bu tür delilin kaynağını oluşturan hukuka aykırı ifade dikkate alınmayacak, fakat hukuka uygun şekilde alınan yeni ifade veya yine hukuka uygun başka delillerle(örneğin tanık beyanları) desteklenen dolaylı delilden hüküm kurulmasında yararlanılabilecektir.

124 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 372; Benzer düşüncede; Keskin, s. 183; Koca, s. 135; Akyürek, s. 79; Şen, s. 36; Ünver, Hakeri, s. 657; Vahit Bıçak, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 565.

doğruya elde edilmesi ile dolaylı olarak elde edilmesi arasında bir ayırım yapılmamıştır. Fakat haksız beraat kararlarının önüne geçebilmek, yargılamanın basit hukuka aykırılıklar nedeniyle kilitlenmemesi için bir ayırım yapmak gereklidir. Buna göre, mutlak delil yasakları ihlal edilerek, örneğin işkence suretiyle elde edilen dolaylı delillerin yargılamada değerlendirilmemesi gerekir. Ancak, elde edilmesinde uyulması gereken kurallara uyulmaması nedeniyle hukuka aykırı hale gelen deliller vasıtasıyla elde edilen diğer delillerin ise istinasız bir şekilde değerlendirme dışında tutulması doğru değildir. Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağına belirlenmesinde, ihlal edilen hakkın niteliği, anayasal bir hak olup olmadığı, sanığın haklarının ne ölçüde etkilendiği, oranlılık ilkesi, suçun meydana çıkarılmasındaki kamu yararı ile sanığın hukuka aykırılık sebebiyle uğradığı zarar tartılarak, sonucuna göre bir karar verilmelidir¹²⁵.

Bu konuya ilişkin olarak Yar. CGK'nın 29.11.2005 tarih, 2005/7-144 E. ve 2005/150 K. sayılı kararı örnek olarak verilebilir. Dava konusu olayda Yüksek Mahkeme uyuşmazlığın; *“aramanın hukuka aykırı olduğu ve sonucunda elde edilen delilin hükme esas alınmayacağı hususunda Yargıtay Özel Dairesi ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasında bir görüş farklılığı bulunmamaktadır. Çözümü gereken uyuşmazlık, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi delil dışındaki diğer delillerin, bu bağlamda hakkındaki ihbar ile sanığın mevcut ikrarının somut olayda mahkumiyet için yeterli olup olmadığı hususu”*na ilişkin olduğunu belirtmiştir. Halbuki çoğunluk görüşüne muhalif kalan genel kurul üyesi ise; *“Sanığın ifadesi, hukuka aykırı yapılan aramadan bir gün sonra kollukta alınmıştır. Sanık kendisine arama ve sonuçları anlatıldıktan sonra hint kenevirlerini kendisinin yetiştirdiğini söylemiştir. Sanık tutuklanması için sorgu hakimliğine getirildiğinde, yine kendisine arama ve sonuçları açıklandıktan sonra kolluktaki ifadesini tekrar ettiğini söylemiştir. Sanık son olarak yargılama sırasında kendisine iddianame okunduktan sonra ikrarda bulunmuştur. Görülmektedir ki sanığın ifade, sorgu ve savunmasının alındığı her üç aşamada da hukuk kurallarına uyulmadan yapılan arama sonucu hint kenevirlerinin bulunduğu dair arama zabıtları önüne konulmuştur. Köşeye sıkıştırıldığını hisseden sanık bu baskı altında itirafta bulunmak zo-*

125 Kaymaz, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, s. 274.

runda kalmıştır. Sanığın hissettiği bu baskı ve köşeye sıkışmışlık, CMUK. nun 135/a maddesinde sayılan yasak yöntemler arasında bulunmakla birlikte hukuka aykırı arama ile elde edilen delilden yani arama sonucu bulunan hint kenevirlerinin bulunduğu dair tutanağın kendisine her ifade alınışında gösterilmesinden kaynaklanmaktadır. Böylece sanıktan, hukuka aykırı elde edilmiş delil sayesinde itiraf delili elde edilmiş, sanığın kendisini suçlaması sağlanmıştır. **İtiraf dolaylı yoldan hukuka aykırı olarak elde edilmiştir.** CMUK. 254/2. maddesi hükmüne göre bu itiraf hükme esas alınmamalıdır. ... **sanığın ikrarının hukuka aykırı arama ile elde edilen delile dayanılarak alındığını, dolayısıyla bu ikrarın da hukuka aykırı delil olduğunun ve yargılamada kullanılmayacağını son kez vurgulamak istiyoruz. Zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir.**” diyerek ikrarın hukuka aykırı delillerin uzak etkisi sebebiyle yargılamada kullanılamayacağını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme hukuka aykırı arama sonucunda elde edilen maddi kanıtların ceza yargılamasında kullanılmayacağını belirtmiş, sanığın ikrarını ise bu kapsamda değerlendirmemiştir.

Konuyla ilgili olarak değinebileceğimiz bir diğer karar ise, CGK'nın 2009/7-160 E., 2009/264 K. 17.11.2009 tarihli kararıdır. Karara konu olayda yerel mahkemece, sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sabit olduğu kabul edilerek, cezalandırılmasına karar verilmiştir. Özel Dairece hüküm; hukuka aykırı bir şekilde arama sonucu elde edilen kanıtlara dayanılarak sanığın mahkumiyetine karar verilmesinin isabetsiz olduğu, kabule göre de ele geçirilen maddelerin sahte rakı olup olmadığının kimyasal yönden araştırılıp bilirkişi raporu alınmadan sadece zabıt mümzilerinin beyanına dayanılarak eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetsizliklerinden oy çokluğu ile bozulmuştur. Yargıtay C. Başsavcılığınca arama işleminin hukuka aykırı olduğu ve arama sonucunda ele geçirilen kanıtın hükme esas alınamayacağı kabul edilmekle birlikte, ihbar üzerine başlatılan soruşturma sürecinde sanığın ihbarla uyumlu tevilli ikrarı karşısında sanığın sahte rakı imal etmek suçunun sübuta erdiği gerekçeleriyle itiraz yasa yoluna başvurulmuştur. Yargıtay Ceza Genel Kurulunca çözümlenmesi gereken uyuşmazlığın, hukuka aykırı aramada elde edilen maddi kanıtlar dışındaki diğer kanıtların mahkumiyet için yeterli olup olmadığının belir-

lenmesine ilişkin olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkeme vermiş olduğu kararında; “Görüldüğü gibi, dosyadaki hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen kanıtların değerlendirme dışı tutulması halinde, sanığın cezalandırılmasına olanak bulunmamaktadır. Her ne kadar C. Başsavcılığı’nca, ibbar tutanağı ve sanığın ikrarı ile suçun sabit olduğu ileri sürülmüş ise de, ibbar sonucu elde edilen kanıtlara itibar edilemeyeceğinden, ibbarın da bu anlamda bir kanıt değeri bulunmayacaktır. Diğer yönden, dosyada sanığa ait ikrar bulunmadığı gibi, bir an için sanığın ikrarının olduğu kabul edilse dahi, maddi kanıtlarla desteklenmeyen ve **özgür irade ürünü olmayan bu ikrara da dayanılması mümkün değildir.**” denerek, bir an için sanığın ikrarı olduğu kabul edilse bile bu ikrarın özgür irade ürünü olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay bu kararında açıkça ifade etmese bile kısmen de olsa uzak etkiyi kabul etmiş gibi gözükmektedir.

II- YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA HUKUK YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

A. HUKUK YARGILAMASINDA İSPAT HAKKI VE DELİL KAVRAMI

1. Hukuk Yargılamasında İspat Hakkı ve Deliller

İddia edilen vakianın doğruluğu yönünde hâkimde kanaat oluşturma faaliyeti ispat faaliyeti olarak tanımlanmış, kısaca ispatın hâkimi ikna faaliyeti olduğu belirtilmiştir¹²⁶. İspat hakkı ilkesinin Roma Hukukundaki, “*bir bususu ispat etmek imkânı varsa, bunun kısıtlanmaması gerekir*” şeklindeki esasa dayandığı ileri sürülmüştür¹²⁷. İspat hakkının Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da “İspat hakkı” başlıklı 189. maddesinde “*tarafklar kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir*” şeklinde düzenlendiği görülmektedir. Şu halde, tarafların iddia edilen vakıaların doğruluğu yönünde hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip olduğunu söylemek mümkündür.

126 Abdurrahim Karşı, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2011, s. 480

127 Kamil Yıldırım, “*Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller*”, **Erdogan Teziç’e Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2007, s. 861.

İspatın konusunu tarafların üzerinde anlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için ise deliller gösterilir. Daha açık bir deyişle, taraflar kendilerini haklı çıkaran hayat olayını oluşturan vakıaları belirtip, sonra dayandıkları bu vakıaları doğrulayan delilleri ibraz edeceklerdir¹²⁸. Medeni usul hukukunda “taraflarca getirilme ilkesi”¹²⁹ geçerli olduğundan dolayı delilleri ibraz etme görevi kural olarak taraflara aittir. Bununla birlikte, istisnai olarak, kamu düzenine ilişkin davalarda, tarafların delillerinden başka, maddi gerçeğe ulaşmanın önemine binaen hâkimin ceza yargılamasında olduğu gibi re’sen delil araştırması yapabileceği davalar bulunmaktadır. Örneğin, kişilik haklarını koruyan davalar, boşanma ve ayrılık davaları, babalık davaları, evlenmenin butlanı, nüfus kayıt düzeltme davalarında durum böyledir¹³⁰.

Medeni usul hukukunda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olarak ikiye ayrılmaktadır¹³¹. Kesin deliller hâkimi bağlamakta olup kanunda belirtilen bu deliller üzerinde hâkimin takdir hakkı bulunmamaktadır. Bunlar ikrar, kesin hüküm, senet ve yemin olmak üzere dört tanedir¹³². Örnek olarak tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettiği vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez. Bu halde yapılan ikrar, ikrar eden aleyhine kesin delil teşkil eder ve hâkim de yapılan ikrar ile bağlı olur, bu noktada hâkimin kesin delil üzerinde takdir hakkı bulunmamaktadır¹³³. Bununla birlikte takdiri deliller ise, hâkimin serbestçe değerlendirme yetkisinin bulunduğu deliller olup, şahit, bilirkişi, keşif ve kanunda düzenlenmeyen deliller olmak üzere dörde ayrılmaktadır¹³⁴. Örneğin, tanık delilinde hâkim, tanık beyanlarıyla bağlı olmayıp, hâkimin delili serbestçe değerlendirme takdir ve

128 Karslı, s. 480.

129 Taraflarca getirilme ilkesi

MADDE 25- (1) Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz.

(2) Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz.

130 Karslı, s. 277

131 **A.g.e.**, s. 490

132 **A.g.e.**, s. 490

133 İkrar

MADDE 188- (1) Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.

(2) Maddi bir hatadan kaynaklanmadıkça ikrardan dönülemez.

(3) Sulh görüşmeleri sırasında yapılan ikrar tarafları bağlamaz.

134 **A.g.e.**, s. 490

yetkisi vardır¹³⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, bu açıklamalar, taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar için söz konusudur. Zira taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda kesin deliller hâkimi bağlar iken; kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda kesin deliller hâkimi bağlamaz¹³⁶. Söz gelimi boşanma davalarında hakim ikrar ile bağlı değildir.

Bunun yanı sıra kanun bazı hususların ancak kesin deliller ile ispat edilmesini öngörmüştür. Bu gibi durumlarda ispat edilmek istenen husus ancak kanunda belirtilen kesin delillerle ispat olunabilir. Örneğin, HMK'nın "Senetle ispat zorunluluğu" başlıklı 200. maddesinde "*Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*" demek suretiyle belirli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerde kesin delille ispat zorunluluğu getirilmiştir. Bunun yanında, "Senede karşı tanıkla ispat yasağı" başlıklı 201. maddede de, "*Senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz.*" kuralı getirilerek senede karşı tanıkla ispat yasağı düzenlenmiştir. Bu gibi kanunun kesin delillerle ispatını emrettiği hususlar ancak, kanunda belirtilen kesin delillerle ispat edilebilir. Buna karşılık HMK'nın 192. maddesinde de belirtildiği üzere kanunun belirli delillerle ispatını öngörmediği hususlar, her türlü delille ispat edilebilir.

2. İspat Yasakları

Kural ispat hakkı olmakla birlikte, ceza yargılamasında olduğu gibi

135 "...*Aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır.* (6100 s. HMK. M. 255) *Akrabalık veya diğer bir yakınlık başlı başına tanık beyanını değerden düşürücü bir sebep sayılmaz.* Dosyada tanıkların olmamış olması gibi ifade ettiklerini kabule yeterli delil ve olgu da yoktur. O halde davacı tanıklarının davalı kocanın davacı kadına hakaret ve tehdit içeren sözler söylediği yine annesini de tehdit ettiğine ilişkin olaylara çok yakın tanık sözlerine değer verilerek isteğin kabulü gerekirken bu yön göz önünde tutulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır..." (Yar. 2. HD., 2010/13505 E., 2011/15046 K., 06.10.2011 T.)

136 **A.g.e.**, s. 493

medeni yargılama hukukunda da ispat hakkına sınırlamalar getirilmiş ve bu hakka yapılan her türlü sınırlamalar ispat yasakları üst başlığı altında sınıflandırılmıştır.

İspat yasakları, içeriğine göre ispat yasakları ve sonuçlarına göre ispat yasakları olarak farklı iki gruba ayrılarak incelenmiştir¹³⁷. İçeriğine göre ispat yasakları da, ispat konusu yasakları, delil yasakları ve ispat yöntemi yasakları olarak üç ayrı alt başlık altında ele alınmıştır¹³⁸. Sonucuna göre ispat yasağı ise, hem delilin incelenmesini hem de hükme esas alınmasını kapsayıcı bir şekilde delili kullanma yasağı başlığı altında değerlendirilmiştir¹³⁹.

İçeriğine göre ispat yasaklarını biraz daha ayrıntılı açıklamak gerekirse, ispat konusu yasakları, belirli bir vakıa hakkında, mahkemenin hiçbir delil ikame edememesi veya mahkemeye hiçbir delil ikame edilememesi sonucunu doğurmaktadır¹⁴⁰. Hukuk hâkiminin, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararında dayandığı vakıa tespitleri ile bağlı oluşu buna örnek olarak verilmektedir¹⁴¹. Bu örnekte, ceza davasına ilişkin mahkûmiyet kararındaki vakıa tespitleri hakkında hukuk mahkemesinde herhangi bir delil ileri sürülemeyecek olduğundan dolayı konusu bakımından yasaklanmış delil söz konusudur¹⁴².

Delil yasaklarında ise, konusu bakımından yasaklanmış delillerden farklı olarak, delil ikame edilebilecek bir vakıa bulunmakla birlikte, mahkemede, ya genel olarak ya da belirli bir vakıa bakımından belirli bir delilin kullanılması yasaklanmaktadır¹⁴³. HMK'nın 200. maddesinde, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar ve değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği

137 Evren Kılıçoğlu, **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Kullanılması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 28.

138 Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013, s. 693; Yıldırım, s. 862, Kılıçoğlu, s. 26.

139 Kılıçoğlu, s. 35.

140 Yıldırım, s. 862.

141 **A.g.e.**, s. 862.

142 “Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk bakımını bağlar. Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir.” (Yar. HGK., 09.04.2014 T., 2013/4-1008 E., 2014/490 K. Aynı yönde; Yar. HGK., 23.01.1985 T., 1983/10-372 E., 1985/21 K.)

143 **A.g.e.**, s. 862.

takdirde senetle ispat olunması gerektiği düzenlenmiştir. Belirli miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin ancak senetle ispat olunabileceğini düzenleyen bu hüküm, delil yasaklarının önemli bir örneğini oluşturmaktadır¹⁴⁴. Yine, tanıklıktan çekinme hakkını kullanan tanığın buna rağmen dinlenmesi durumunda bir delil yasağından bahsedilebilmesi mümkündür¹⁴⁵. Sulh görüşmelerinde yapılan ikrarın tarafları bağlamayacağına ilişkin HMK'nın 188. maddesindeki hükmün hangi ispat yasağı kapsamına girdiği ise tartışmalıdır. Söz konusu hüküm bir görüş tarafından¹⁴⁶ delil yasakları kapsamında değerlendirilirken, başka bir görüş tarafından¹⁴⁷ ise, konusu bakımından yasaklanmış deliller kapsamında değerlendirilmektedir. Taraflarca hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller konusu da, delil yasakları içinde incelenmektedir¹⁴⁸.

İspat metodu yasakları ise, esasında kabule şayan bir delilin, ikamesinde belirli bir usulün kullanılmasının yasaklanmasıdır¹⁴⁹. Söz gelimi mahkemenin, yasak yöntemler kullanarak (örneğin, işkence, kötü muamele, tehdit suretiyle tanık dinlemesi) hukuka aykırı delil elde etmesinde durum böyledir¹⁵⁰. İspat usulü yasaklarının geniş olarak alınıp, mahkemenin hatalı usul işlemlerinin de bu kapsama alındığı durumlar da örnekler genişleyebilmektedir¹⁵¹. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunan tanığın bu hakkı hatırlatılmadan dinlenmesi, izin alınarak dinlenilmesi mümkün olan memurun izin alınmaksızın dinlenilmesi, taraflarca gösterilmemiş bir tanığın mahkemece dinlenilmesi¹⁵² bu konuda örnek olarak verilmektedir¹⁵³.

3. Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Delil

Hukuka aykırı delilden ne anlaşılması gerektiğini ortaya koyabilmek için öncelikle hukuka aykırılık kavramı üzerinde durmak ve

144 Kılıçoğlu, s. 31, Yıldırım, s. 862.

145 Kılıçoğlu, s. 31.

146 **A.g.e.**, s. 32.

147 Pekcanitez, Atalay, Özekes, 693.

148 Kılıçoğlu, s. 32, Yıldırım, s. 862.

149 Yıldırım, s. 863.

150 Kılıçoğlu, s. 33.

151 **A.g.e.**, s. 33.

152 "HUMK'nun 8. Fash uyarınca **tarafların dayanmadığı bir delilin mahkemece re'sen incelenmesine imkan olmadığı balde M.E'nin re'sen izabat alınmak üzere tanık durumunda dinlenmesinde de isabet görülmemiştir.**" Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, Cilt: 2, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti., İstanbul, 2001, s. 2023.

153 Kılıçoğlu, s. 33.

bunun kapsamını belirlemek gerekir. Hukuka aykırılık, hukuk düzenin koyduğu emir ve yasalara aykırı davranış biçimidir. Başka bir deyişle, Anayasa'ya, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalara, yasalara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına, teamül hukukuna ve hukukun genel ilkelerine aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde mütalaa edilir.

Öncelikle hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesine, ceza yargılamasından farklı olarak, medeni yargılama usulünde genellikle özel kişiler olan taraflarca veya üçüncü kişilerce sebebiyet verildiğine işaret etmek gerekir. Bu durumun ise, ceza yargılamasında delillerin re'sen araştırma ilkesi geçerliken, medeni muhakeme hukukunda taraflarca hazırlama ilkesinden kaynaklandığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, mahkeme tarafından da delillerin toplanması ve incelenmesinde usul kurallarının ihlali suretiyle de hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesine sebebiyet verilebilmesi mümkündür.

HMK'nın 189. maddesinde belirtilen hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği kanunda tanımlanmamış olup madde gerekçesinde de bir açıklama bulunmamaktadır. Bu konuyla ilgili olarak komisyon görüşmelerine bakıldığında aslında hukuka aykırı delil konusunun komisyonda da net olarak ortaya konulmadığı görülmektedir. Nitekim konuya ilişkin olarak Haluk Konuralp şöyle demektedir¹⁵⁴:

“Gelelim en teknik konuya. “Hukuka aykırılık” nedir burada? Aslında buradaki cezadakinden daha kolaydır; ceza muhakeresindeki daha zordur. Oradaki hukuka aykırılık kavramı aslında yoktur bir özel hukuktaki gibi. Kavram biraz terstir. Hukuka uygunluk nedenleri vardır suç bakımından, fil bakımından ve tipiklik meselesi bakımından. Hukuk davasında bu olmayacaktır. Hukuka aykırılık tanımlanmamıştır; ama tanımlanmadan 80 yıldır baksız fiilin bir unsuru olarak hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği, hem de ceza hukukundan daha geniş olarak bilinmektedir. Dolayısıyla, burada ayrı bir tanım yapılması gerekmez. Az sayıda çıkabilecek olasılık da, hukuka aykırılık, tabii başta kanuna aykırılık olmak üzere suç teşkil eden ve

154 Hakan Pekcanitez, “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 823.

etmeyenler de olabilir hukuka aykırılık. Bazen “özel hayatın gizliliğini ihlal” gibi suç teşkil eden bir fiil olabilir; “hırsızlık” fiili sonucu da olabilir. O zaman zaten tereddüt yoktur. Suç teşkil etmektedir. Suç teşkil eden bir fiille elde edildiği anlaşılan delil, delil olarak kullanılamayacaktır; bu kadar, başka bir şey değil, yani tartışılması gerekmeyecektir. Hırsızlık sonucu bir kimsenin kasasından çalınan bir şey delil olmamalıdır; mesele bu. Hukuka aykırılığı savunabilecek, delil olarak caiz sayabilecek bir anlayış içine girmememiz gerektiğini düşünüyorum”.

Bunun yanı sıra komisyonda Erdal Tercan da “Mahkemeler hukuka aykırılığın ne olduğunu, kapsamını doldurur” demek suretiyle kavramın içeriğinin uygulamada içtihatlarla doldurulacağını belirtmiştir¹⁵⁵. Yine görüşmelerde Tahir Alp de¹⁵⁶ görüşünü şu şekilde ifade etmektedir:

“Doğrusu ceza usulünde hukuka aykırı delilin tarifi var gibi aklımda kalmıştır. Araştırdık İlyas Beyle, orada bir tarif yok. Hukuka aykırı delilin ne olduğunun tarif edilmesinde büyük zaruret var, özellikle hukuk davası yönünden. Hukuk davası yönünden bir delilin hukuka aykırı olup olmadığını bizzat o delile bakarak anlayabilmek mümkün olmaz. O zaman hukuka aykırı delilin, yani bu elde edilen bir delilin hukuka aykırı elde edilmediğinin ispatlanması konusunda büyük problemler doğacaktır ve hatta bazı hadiselerde kötüye de kullanılacaktır.”

Pekcanitez de yukarıda değinilen bant kayıtlarını yayınladığı eserinde hukuka aykırılık konusunda şöyle demektedir¹⁵⁷:

“Bu vesileyle şunu da belirtelim ki, hukuka aykırılığın ne olduğu Tasarıda tanımlanmamış olup, bu konu içtihatlarla bırakılmıştır. Bu hususun zaman içinde yargı kararlarıyla değerlendirileceği açıktır. Şüphesiz her hukuka aykırılık mutlaka delilin değerlendirilmesine engel teşkil etmez.”

Bununla birlikte medeni usul hukukunda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesinde maddi hukuk normuna aykırılık ile usul hukuku normuna aykırılık ayrımı yapılmış, delilin hukuka aykırı elde edilmesi bakımından maddi hukuka aykırılığın dikkate

155 **A.g.m.**, s. 823.

156 **A.g.m.**, s. 823.

157 **A.g.m.**, s. 829.

alınması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁸. Bu görüşe göre, Alman, Avusturya ve İsviçre medeni yargılama hukuklarında ve Türk yargılama hukukunda, hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin kullanılması başlığı altında daima, mahkemenin delillerin ortaya konulmasındaki hatalı usul işlemleri hariç bırakılarak taraflarca yargılama dışında maddi hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller anlaşılmıştır¹⁵⁹. Buna karşılık medeni usul hukukunda da, özel kişilere nazaran genellikle mahkemeler tarafından herhangi bir maddi hukuk kuralı ihlal edilmeksizin, yargılama hukuku kurallarının dikkate alınmamasından veya doğru uygulanmamasından, başka bir deyişle salt usule aykırı işleminden dolayı delil elde edilmesi de gündeme gelebilir. Örneğin, mahkemenin, kanuna göre tanıklıktan çekinme hakkı bulunan bir tanığı, bu hakkını hatırlatmadan dinlemesi, bir memuru ilgili makamdan tanıklık yapması için gerekli izin almaksızın dinlemesi, tanıkları ayrı ayrı dinlemesi gerekirken bir arada dinlemesi, ikinci tanık listesi verme yasağına rağmen yeni tanık dinlemesi halinde durum böyledir. Bu görüşe göre, bu gibi sorunlar ispat yasakları içerisinde yer almakla birlikte, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılması sorunu dışında kalmaktadır. Buna göre, bu gibi maddi hukuk kuralının ihlal edilmediği usul kurallarına aykırılıkta, ihlal edilen usul hukuku normunun koruma amacından yola çıkarak değerlendirme yasağı hakkında karar vermek gerekir¹⁶⁰.

Yukarıda aktarmış olduğumuz, gerek komisyon görüşmelerindeki açıklamalardan gerekse de öğretideki düşüncelerden anlaşılmaktadır ki, hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller konusundaki hukuka aykırılık kavramı net olarak ortaya konulamamış, özellikle komisyon görüşmelerinde de belirtildiği şekliyle konu içtihatlarla bırakılmıştır. Bununla birlikte, delilin elde edilmesinde her hukuka aykırılığın mutlak delilin değerlendirilmesi sonucunu doğurmaması gerektiği yönünde genel bir eğilim olduğu da görülmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Da-

158 Kılıçoğlu, s. 40.

159 **A.g.e.**, s. 43. “*Hukuka aykırı yoldan elde edilmiş deliller sorununda hukuka aykırılık, delilin elde edilmesindeki “maddi hukuka” aykırılık olarak anlaşılmalıdır. HMK’deki delil yasağı ve bükümü bakımından da bu durum geçerlidir. Hazırık çalışmalarında ve madde gerekçesine bakıldığında burada maddi hukuka aykırılığın kastedildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda, delilin mahkemece toplanması ve incelenmesi aşamasında mahkemenin usul bükümlerine riayetsizliği(örneğin kişisel sebeplerle tanıklıktan çekinme hakkı olan tanığa HMK m. 247.f. 2’ye aykırı olarak çekinme hakkının hatırlanmaması) sebebiyle, “usuli bükümlerin iblaliyle elde edilen deliller” maddenin uygulama kapsamında değildir.*” **A.g.e.**, s. 255.

160 **A.g.e.**, s. 413

ireleri ve Genel Kurul kararlarının da bu yönde geliştiği, hukuka aykırı yollarla elde edilen delillerin mutlak değerlendirme yasağına tabi olmayacağı, somut olayın özelliğine göre farklı değerlendirilip, kullanılabilceği şeklinde kararlar verildiği anlaşılmaktadır. Nitekim, Yar. 3. HD'nin 21.1.2013 tarih, 2012/23195 E. ve 2013/698 K numaralı kararında; *“Yargısal uygulamada somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir.”* denilerek bu husus belirtilmiştir¹⁶¹.

Bunun yanı sıra, konuyla ilgili olarak medeni usul hukukunda, maddi hukuka aykırılık ve usul hukuku hükümlerine aykırılık ayrımı yapıldığı, HMK m. 189/2'de belirtilen hükümden maddi hukuka aykırılığın dikkate alınmasına, usul hükümlerine aykırılıkta ise normun koruma amacından yola çıkılarak çözüm bulunmasına ilişkin fikirlerin ileri sürüldüğü de görülmüştür.

B. HUKUK YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERE İLİŞKİN NORMLAR

Hukuk yargılamasında da ceza yargılamasında olduğu gibi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır. Bununla birlikte, hukuk yargılamasında gerçeğe ulaşmanın öncelik oluşturup oluşturmadığı hususu tartışılmış ve gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ile değerlendirilecek deliller bakımından farklı görüşler ortaya atılmıştır. Söz konusu hususa ilişkin görüşler ve bu bağlamda Yargıtay kararları incelenmeden önce kanun metinlerine ve Anayasa'daki düzenlemelere değinmek gerekir.

Hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususunda ilk olarak hak arama hürriyeti başlığını taşıyan Anayasanın 36. maddesine bakıldığında; söz konusu maddede herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunun belirtildiği görülmektedir. Madde kapsamında, meşru vasıta ve yollar ifadesi kullanılmış ve bu şekilde hak arama hürriyetinin hukuk kuralları çerçevesinde kalınarak kullanılabilceği düzenlenmiştir.

161 Aynı yönde; HGK'nın 15.02.2012 tarih, 2011/2-703 E. ve 2012/70 K.

Yine Anayasanın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesinde yer alan “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.*” hükmü de hukuka aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağına ilişkin önemli bir düzenlemedir. Maddenin suç ve cezalara ilişkin esaslar başlığını taşıması sebebi ile bir kısım yazarlar hükmün her ne kadar ceza yargılaması bakımından geçerli olduğunu savunsa da; ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere Anayasanın 176/2. maddesi gereği madde başlıklarının Anayasa metninden sayılmayacağına ilişkin düzenleme sebebi ile söz konusu hükmün hukuk yargılamasında da uygulanabileceği belirtilmiştir.

Anayasa hükümlerinin yanı sıra, Türk Medeni Kanununun 6. maddesine göre “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*” Yani deliller kural olarak ispat yükünü taşıyan tarafça ileri sürülmeli bir başka deyişle ileri sürdüğü olayların doğruluğunu iddia eden taraf delil göstererek bunu ispat etmelidir.

Ayrıca, medeni yargılamada hukuka aykırı delillerin mahkeme tarafından bir vakianın ispatında kullanılamayacağı da kanuni olarak ilk defa 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenmiştir. “İspat hakkı” başlığını taşıyan kanununun 189. maddesi

“(1) *Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir.*

(2) *Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz.*

(3) *Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz.*

(4) *Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.*” şeklindedir¹⁶². Maddenin 2. fıkrası açıkça medeni usul hukukunda, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin

162 Düzenlemeye bakıldığında, 1 inci fıkrada ispat hakkının düzenlendiği 2, 3, 4 üncü fıkralarda ise ispat hakkının sınırlarının belirtildiği görülmektedir. Buna rağmen madde başlığı İspat hakkı ve sınırları değil “İspat hakkı” şeklinde düzenlenmiştir. Komisyonadaki tartışmalarda Haluk Konuralp bu durumu şöyle izah etmektedir. “**Bir hakkı tanıırken baştan kenar başlığına sınırları yazarsanız, bu hakkı çok sınırlamak istediğiniz anlamı çıkar. Oysa bu hak olabildiğince geniş tanınmalı; zaten var; bu yeni tanınan bir hak değil, mevcut bir hakkın kanunileştirilmesi.**” Pekcanitez, s. 813; Başlığın “İspat hakkı ve sınırları” olması gerektiğine ilişkin bkz. Yıldırım, s. 870

mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmayacağına dair düzenlemeye yer vermiştir¹⁶³.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda ise konuya ilişkin bir düzenleme bulunmamaktaydı.

C. HUKUK YARGILAMASINDA DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Esasen HMK'nın "Delillerin Değerlendirilmesi" başlıklı 198. maddesinde "*Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir*" demek suretiyle delillerin serbestçe değerlendirilmesinin kural olduğu düzenlenmiştir¹⁶⁴.

Kural delillerin serbestçe değerlendirilmesi olmakla birlikte, bu serbestinin olgusal¹⁶⁵ ve hukuki¹⁶⁶ birtakım sınırları bulunmaktadır¹⁶⁷.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, medeni usul hukukumuzda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılmakta olup, hâkimin sadece takdiri deliller üzerinde serbest değerlendirme yetkisi vardır. Doktrinadaki baskın görüş de, hakimin kesin bir delil ile ortaya konulan vakiayı hakikat olarak kabul etmek zorunda olduğu ve bunu değerlendiremeyeceği merkezindedir¹⁶⁸. Buna karşılık takdiri deliller

163 HMK 189/2 maddesindeki düzenleme doğrudan tahkime ilişkin bir kural olmasa da, uygulanamayacak hükümler kapsamında kalmaması nedeniyle(bkz. HMK Md. 444) tahkim yargılaması açısından da bağlayıcılığı hakkında bkz; Çetin Arslan, "*Ceza Hukukunun Tabkime Etkileri*", Der: Selahattin Sarı, Alp H. Gencer, İlyas Sözen, **International Conference On Eurasian Economics 2013**, St Petersburg-Russia, s. 902, Buna karşılık tarafların aksinin kararlaştırmadığı sürece pozitif bir düzenleme olarak HMK 189/2 maddesinin iç tahkim yargılamasında uygulama alanı bulamayacağına ilişkin karşı görüş için bkz; Kılıçoğlu, s. 252.

164 Kesin delillerle ispatı istenen istisna kuruma, kanunda geniş bir şekilde yer verildiğinden dolayı durum öğretilmiş, kanun koyucu bu düzenlemeyle sanki takdiri delil sistemini kabul etmiş gibi görünse de, bu konuda önemli istisnalar getirilerek hâkimin delilleri takdirdindeki serbestinin büyük ölçüde kısıtlandığı ifade edilmiştir. Karşı, 490.

165 Hakimin davranışlarını belirleyen kuralların varlığının, insan bilgisinin yetersiz olmasının, mantık ve tabiat kanunları ve tecrübe kurallarına bağlılığın, vakia hükmünün oluşturulması ve takdimindeki zorlukların ve gerekçe gösterme zorunluluğunun, delillerin değerlendirilmesindeki olgusal sınırları oluşturduğuyula ilgili olarak bkz; Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990, s. 177 vd.

166 Kanuni sınırların, delil yasaklarının, hakimin özel bilgisinin kullanılmasının ve delil sözleşmesinin delillerin değerlendirilmesinin hukuki sınırlarını oluşturduğu hakkında bkz; **A.g.e.**, s. 207 vd.

167 **A.g.e.**, s. 177 vd.

168 **A.g.e.**, s. 207 dp. 249'da belirtilen yazarlar.

ise her zaman tartışılıp, serbestçe değerlendirilebilir. Nitekim Yar. HGK'nun da bir kararında¹⁶⁹ “*Takdiri deliller, ister davadan önce delil tespiti yoluyla ister dava sırasında umumi hükümler dairesinde toplanmış olsun, mahkemede daima tartışma konusu yapılabilir. Bunlara karşı ileri sürülen itirazların incelenmesi lazımdır*” denilerek bu hususun altı çizilmiştir.

Bunun yanı sıra, kanuni deliller gibi yasak deliller de delillerin değerlendirilmesinin bir sınırlamasını oluşturmaktadır. HMK m. 189/2’de hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin bir vakıanın ispatında dikkate alınmayacağı düzenlenmekle bu husus açıkça hüküm altına alınmıştır.

D. TÜRK HUKUKUNDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ HUSUSUNDA İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER

Daha önce de belirttiğimiz üzere, hukuk yargılaması bağlamında hukuka aykırı delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmayacağı kanuni olarak ilk defa 12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı HMK ile düzenlendiğinden¹⁷⁰; Türk hukukunda ileri sürülen görüşler, kanun yürürlüğe girmeden önce ve girdikten sonra olmak üzere iki safhaya ayrılarak incelenecektir.

1. HMK yürürlüğe girmeden önce ileri sürülen görüşler¹⁷¹

Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce medeni usul hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesiyle ilgili açık bir düzenleme olmadığından konuyla ilgili olarak öğretilerde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Berkin; usulsüz, kanunsuz, ya da hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillere dayanılarak hüküm verilemeyeceğini belirtmiştir. Örneğin evli erkeğin ilişki kurduğu ve ilerde evlenmek istediği kadına yazmış olduğu mektupların, çalınmak suretiyle veya posta memuruyla anlaş-

169 Karar için bkz; Kuru, s. 2033.

170 Hukuka aykırı delillerle ilgili genel bir normun Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na konulmasının gerekip gerekmediği ile ilgili komisyonadaki tartışmalar için bkz. Pekcanitez, s. 806 vd.

171 Akil, s. 1239 vd.

mak suretiyle elde edilmesi halinde, bu mektupların boşanma davasında delil olarak kullanılması mümkün değildir. Keza, hâkim kararı olmadan mesken araması sırasında tesadüfen ele geçirilen delillerin, daha sonra bir davada delil olarak kullanılmasına hukuk izin vermez; bu bağlamda, ceza yargısı ile hukuk yargısı arasında bir ayrılaşmaya gidilmesini haklı kılacak makul bir gerekçe bulmak da mümkün değildir¹⁷².

Tosun, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hakim tarafından kullanılıp kullanılmayacağına karar verirken, hakimin delil elde etme yetkisinin olup olmadığına bakmak gerektiğini belirtmiştir. Buna göre, hakim delil elde etme yetkisine sahipse, herhangi bir kişinin onu hukuka aykırı yollardan elde edip hakime getirmesi durumunda, hakimin bu yetkisinin ortadan kalkmaması gerekir. Buna karşılık, hakim de bir delili elde etme yetkisine sahip değilse, örneğin bazı mektuplara el koyma kararı veremiyorsa, bunların hukuka aykırı biçimde elde edilmelerinde onları delil olarak evleviyetle kullanılmaması gerekir. Yazar kıstası bu şekilde belirttikten sonra, hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ceza muhakemesinde kullanılmasının kural, medeni muhakemede kullanılmasının ise istisna olduğunu ifade etmiştir. Bunun nedeni, ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkmasında toplumun faydası bulunması ve hukuka ve ahlaka aykırılıklar üzerinde fazla durulmamasıdır; durulduğu durumlar ise çok önemli durumlar olup bunlar ya yokluk nazariyesiyle açıklanmakta ya da kanunda açıkça gösterilmektedir. Medeni muhakemede ise, gerçeğin ortaya çıkarılmasında büyük bir kamu faydası olmadığından dolayı, hakimin delil araştırma yetkileri kısılmış ve tarafların delillerini hakime ibraz ederken de hukuka ve ahlaka aykırı hareket etmemeleri gerektiği fikri yerleşmiştir. Bu yüzden medeni muhakemede hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delillerin muhakemede kullanıldığı durumlar istisna, kullanılmasının yasaklandığı durumlar ise kural olduğu sonucuna varmak gerekir¹⁷³.

Pekcanitez de, Anayasanın 38/6 maddesinde yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmünün sadece ceza usul hukukunda geçerli olmadığını, medeni usul hukuku

172 Berkin'e atfen Akil, s. 1239.

173 Öztekin Tosun, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**, s. 66-67

bakımından da aynen geçerli olduğunu dayanak göstererek, medeni usul hukukunda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Yazar bir diğer dayanak noktası olarak ise, medeni usul hukukuna göre maddi gerçeğe ulaşmadaki kamu yararının daha fazla olduğu ceza usul hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesinin yasaklanmış olması karşısında, daha az kamu yararının olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında hukuka aykırılığın dikkate alınmamasının hiçbir haklı gerekçesinin olamayacağını göstermiştir. Yazar ayrıca usul hukukunun ve maddi hukukun birbirinden ayrı olarak değerlendirilemeyeceğini ifade ederek; maddi hukukun yasakladığı yöntemlerle elde edilen delillerin usul hukukunda da kullanılmaması gerektiğini belirtmiştir. Öte yandan, hukukun her alanında geçerli olan dürüstlük kuralı gereğince de hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller medeni muhakeme hukukunda değerlendirilmemelidir. Zira hukuka aykırı yollardan delil elde etme yoluna gitmek dürüstlük kuralına aykırı bir davranış teşkil edecektir. Bu yolla elde edilen delili ise mahkemelerin dikkate almaması gerekir. Ancak yazar son olarak, hukuka aykırılığın yasada tanımlanmamış olduğunu, konunun zamanla yargı içtihatlarıyla şekilleneceğini ifade ederek; her hukuka aykırılığın da mutlaka delilin değerlendirilmesine engel teşkil etmeyeceğine dikkat çekmektedir¹⁷⁴.

Tanrıver'e göre de usul hukukunda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin konumunun ne olacağını açıkça belirleyen herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmaması, hiçbir zaman, sözü edilen alanda, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınacağı anlamına gelmez. Zira her şeyden önce Anayasa'nın 38/6. maddesinde, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme Anayasa'da her ne kadar "Suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" madde başlığı altından yer aldığından dolayı sadece ceza yargısına ilişkin bir hüküm gibi gözükse de, anayasal bir kural olduğundan dolayı tüm yargı çeşitleri açısından geçerlilik taşıyan bir düzenleme konumundadır¹⁷⁵. Ayrıca

174 Pekcanitez, s. 826-829

175 Süha Tanrıver, "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi" **Makalelerim-II (2006 – 2010)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 37; Anayasa'daki hükmün münhasıran suç ve cezalara olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. Yıldırım, s. 868

Anayasa'nın 176 ncı maddesinin ikinci fıkrasının açık metni uyarınca, madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz. Dolayısıyla, adı geçen maddenin başlığının "suç ve cezalara ilişkin genel esaslar" şeklinde olması, sözü edilen maddenin altıncı fıkrasında yer alan temel ilkenin uygulanma alanının, sadece ceza yargısı ile sınırlı olduğu anlamına hiçbir zaman gelmez. Öte yandan, Anayasa'nın 177 nci maddesinin (e) bendindeki düzenlemeyle¹⁷⁶, Anayasa'nın getirdiği yeni hükümlerin ve kurumların hayata geçirilmesi için, yeni kanunların yapılması veya mevcut kanunların değiştirilmesi gerekiyorsa, Anayasa'nın ilgili hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanabilirliği kabul edilmiştir. Hukuk yargısında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin ispat hukuku bağlamında konumunun ne olacağını belirleyen herhangi bir düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer almamaktadır. Bu durumda hakkında özel bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, hukuk yargısında, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hukuki konumunun ne olacağını belirlenmesinde de, Anayasanın 38. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan kural, yine Anayasanın 11 nci maddesinin (e) bendi uyarınca, doğrudan doğruya işlerlik kazanacak ve dolayısıyla yapılan bu tespit karşısında, hukuk yargısında da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınmayacaktır¹⁷⁷. Yazar Anayasa'nın 38 nci maddesinin yanında ayrıca 138 inci maddesinden dolayı da hukuka aykırı delillerin değerlendirilemeyeceği görüşündedir. İlgili maddenin birinci fıkrasında, hâkimlerin, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri hususu açıkça hükme bağlanmıştır. Bu durumda, Anayasa'ya ve daha geniş çerçevede hukuka uygun karar verilebilmesi için, bir davanın temelini oluşturan ve çekişmeli nitelik taşıyan maddi vakıaların ispatında kullanılacak olan ispat araçlarının, yani delillerin, hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmiş olması şarttır¹⁷⁸. Keza Anayasa'nın 36 ncı maddesinde de, hak arama özgürlüğünün, yani davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada

176 AY Md. 177/1-e: "*Anayasanın balk oylaması sonucu kabulünün ilanımla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler için, mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 11 inci maddesi gereğince uygulanır*"

177 Tanrıver, s. 37-38

178 Tanrıver, s.38

bulunma hakkının, ancak “meşru” vasıtalardan yararlanmak suretiyle kullanılabilmesine işaret edildiğinden dolayı, iddia ve ispat araçlarının bir başka deyişle delillerin meşru vasıta niteliğini kazanabilmesi için, hukukun cevaz verdiği yollardan elde edilmiş bulunması şarttır. Bunların yanında yazar ek olarak, hukuk devleti ilkesi¹⁷⁹(AY Md. 2) adil yargılanma hakkı¹⁸⁰ ve dürüstlük kuralı¹⁸¹ gereğince de, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceğini ifade etmektedir. Hatta yazar, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücü tanınması durumunda, bu durumun, hüküm lehine verilen tarafın, yasal deyişle “hükme etkili hile ve hud’a kullanması” anlamı taşıyabileceğinden, alınan hüküm kesinleşmişse, yargılamanın yenilenmesinin işlerlik kazanmasına sebebiyet verebileceğini düşünmektedir¹⁸².

Yıldırım, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda bir hüküm bulunmadığına dikkat çektikten sonra AY 38/6 maddesindeki hükmün de suç ve cezalara ilişkin olmasından dolayı medeni usul hukuku alanında doğrudan kullanılmayacağını ifade etmektedir¹⁸³. Zira ceza yargılamasında devletin, birey karşısında güçlü olması ve her imkânı kullanabilme tehlikesinin bulunması hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesine engel olunmasını gerektirmektedir. Buna karşılık medeni usul hukukunda ise, eşitler arasında bir yargılama olduğundan dolayı, ceza usul hukuku literatürü, medeni usul hukukunda doğrudan uygulanamaz¹⁸⁴.

179 Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti, gerçeğe ancak kendisinin yetkili organları aracılığıyla, belirlemiş olduğu ilke ve kurallar çerçevesinde ulaşılmasına izin vermiştir. Bu sebeple, gerçeğin sınırsız surette, her ne pahasına olursa olsun araştırılmasına izin verilmesi ve hedeflenmesi, hukuk devletinin gereklerinin yanı sıra, pek çok toplumsal ve kişisel değerlerin tahrip edilmesi anlamına gelir ki, bunun kabulü de mümkün değildir. Tanrıver, s.39

180 Bir davada, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere ispat gücünün tanınması durumunda, yargılama sırasında sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından taraflar arasında tam bir eşitliğin sağlanması ve bunun yargılama süresince korunması olarak tanımlanan silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilir. Tanrıver, s.40

181 Devletin yargı işlevini yerine getiren kuruluşları konumunda bulunan mahkemeler, haksız, hileli ve kural tanımaz bir biçimde yürütülmesine olanak vermek suretiyle sonuç yahut başarı elde edilmesine alet edilemezler. Tanrıver, s.41

182 Anılan hükmün karşılığı 6100 sayılı HMK’nın “Yargılamanın İadesi Sebepleri” başlığı altında 375/1-h maddesinde, “h) Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması.” şeklinde düzenlenmiştir.

183 Yıldırım, s. 866.

184 **A.g.m.**, s. 866.

Yazar, medeni usul hukukunda hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda Türk hukukunda bir düzenleme mevcut olmadığını tespit ettikten sonra esasen mukayeseli hukukta da¹⁸⁵ bu konuda açık bir düzenleme yapılmaktan kaçınıldığı, bu alanın bilinçli bir şekilde gri alan olarak bırakıldığını belirtmektedir¹⁸⁶. Yazara göre de, bu konuda genel bir yasak getirmemek, usul hukukunun amacına, genel olarak ispat hakkına¹⁸⁷ ve hayatın gerçeklerine uygun düşmektedir¹⁸⁸.

Delilin ikamesi ve değerlendirilmesi ayrımı yapılmak suretiyle, delilin ikamesinde yasak, ancak anayasa hukukunun mahkemenin delil ikamesi yetkisine bir sınırlama getirdiği hallerde söz konusu olabilecektir, böyle bir sınırlama söz konusu değilse, her türlü delilin ikamesine izin verilebilecektir. Hukuka aykırı yollardan elde edilmiş ve ikame edilmiş delilin bu aşamada değerlendirilmesi önemli hale gelecektir. Kural olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delilin değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine hâkim karar vermelidir. Ancak hukuka aykırı yoldan elde edilen delilin, elde edilmesi esnasında çiğnenen maddi hukuk kuralı, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış insan haysiyetine ve onuruna ilişkin ise, değerlendirme yasağı söz konusu olmalıdır¹⁸⁹.

2. HMK yürürlüğe girdikten sonra ileri sürülen görüşler¹⁹⁰

Pekcanitez/Atalay/Özekes HMK'nın 189 uncu maddesinin ikinci fıkrası ile, hukukumuzda, medeni usul hukuku alanında da Anayasamız ve ceza usul hukukuna uygun olarak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesinin yasaklandığına dikkat çektikten sonra, kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesinde dürüstlük kuralının esas alınması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹¹. Buna

185 Yazar, Alman ve Avusturya hukukunda da bu konuda açık bir düzenleme yapılmadığını ifade etmektedir.

186 **A.g.m.**, s. 871.

187 İspat hakkına ilişkin ilkenin, Roma Hukukundaki, "**bir bususu ispat etmek imkânı varsa, bunun kısıtlanmaması gerekir**" esasına dayandığını ifade edilmektedir. **A.g.m.**, s. 861.

188 **A.g.m.**, s. 871.

189 **A.g.m.**, s. 871.

190 Akil, s. 1239 vd.

191 Pekcanitez,Atalay,Özekes, s. 694-695.

göre, her somut olayda ayrı değerlendirme yapılarak, ihlal edilen kanun hükmü ile ispat edilmek istenen menfaat arasında amaca uygunluk bu hususta esas alınmalıdır. Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller, anayasa ile teminat altına alınmış olan temel hakların ya da özel yaşan alanının veya kişilik haklarının ihlal edilmesi suretiyle elde edilmişse, mahkemede delil olarak değerlendirilmemelidir¹⁹².

Akil Anayasanın 38 inci maddesinin altıncı fıkrasına yer alan kuralın Anayasa'nın 11 inci ve 17 nci maddelerinden dolayı medeni yargılama alanında da doğrudan uygulanacağını tespit etmekle birlikte, böyle bir kuralın isabetsiz olduğunu ifade etmektedir. Zira gerek AY m. 38/6 gerekse HMK m. 189/2 de yer alan kurallar lafızı itibariyle mutlak olduğundan ve hiçbir esneklik arz etmediğinden alelade hukuka aykırılıklar bakımından kararın bozulmasına ve davaların çok uzamasına yol açabilir. Yazara göre, olması gereken hukuk bakımından, bu konuda her türlü hukuka aykırı delili değerlendirme dışı bırakmaya yol açacak bir hükme yer verilmesi doğru değildir. Her somut olayda, anayasa ile teminat altına alınmış temel hakların ihlali suretiyle delil elde edilmesi halleri dışında, hukuka aykırı yolla elde edilmiş bulunan ve bunun değerlendirilmesini isteyen tarafın yapmış olduğu hukuk ihlali ile onun korunmaya değer menfaatleri arasında bir denge olup olmadığı araştırılmalıdır. Bunun için de öncelikle, somut olayda delil elde edilirken hangi hukuk normunun ihlal edildiği tespit edilmeli; daha sonra ihlal edilen bu normun koruma amacının ne olduğu araştırılmalıdır. Normun koruma amacı ile bu normu ihlal etmek suretiyle delil elde eden tarafın menfaatlerinin karşılaştırılması sonucunda delilin değerlendirilmemesinin haksızlık teşkil edeceği; özellikle de delili elde eden tarafın başka türlü delil elde etmesinin ondan beklenemeyecek kadar güç ya da imkansız olduğu hallerde, o delil değerlendirilmelidir. Ancak hukuka aykırı delil elde eden tarafın salt ispat güclüğü altında bulunması, delilin değerlendirilmesi bakımından tek başına yeterli kabul edilmemelidir¹⁹³.

192 **A.g.e.**, s. 695.

193 Cenk Akil, "Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Yıl: 2012, s. 1249. Örneğin, bir kimsenin yalancı tanık temin ederek, diğer bir kimseye karşı onun kendisine hakaret ettiğini ileri sürerek manevi tazminat davası açması halinde; davalının, davacının yalan tanıklık yapan kimse ile konuşurken kendisinin

Arpacı¹⁹⁴, HMK'nın m. 189/2 hükmünün Aile Hukuku'na ilişkin yansımalarını değerlendirdiği eserinde somut olay bakımından değerlendirmelerde bulunmaktadır. Yazara göre, özellikle boşanma davaları bakımından eşlerin paylaştıkları ortak konut, onların şahsi gizlilik alanı kabul edilemeyeceğinden dolayı¹⁹⁵, bir kimsenin birlikte yaşadığı eşinin hatıra defterini gizlice ele geçirip incelemesi, evdeki eşine ait mektubu açması, yatak odasının kapısını kırmak suretiyle suçüstü yapması, evdeki telefonun ahizesine kayıt cihazı koyması gibi eylemler sonucu elde edilen delillerin hukuken muteber sayılması gerekir. Buna karşılık, haklarında ayrılık kararı verilmiş olan ve ayrı yerlerde oturmakta olan eşlerden biri, diğerinin evine gizlice girip onun hatıra defterini veya ona gelen bir mektubu çalsa, bu durumu HMK m. 189/2 kapsamında görmek gerekir. Yazar, eserinin sonunda yapmış olduğu değerlendirmelerinde, AY m. 38/6 ve HMK m. 189/2 hükümlerinin yeniden ele alınarak, özellikle boşanma davaları bakımından, kaba kuvvet, tehdit, işkence veya hırsızlık gibi yöntemler istisna olmak üzere, hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen delillerin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiğini, bu sayede hem hakkaniyet hem de kamu düzeninin zarar görmemiş olacağını ifade etmektedir.

Kanaatimizce ceza kanunlarına göre suç teşkil eden bir eylem neticesinde ele geçirilen delillerin hukuka aykırılığı ve hem ceza muhakemesinde hem de medeni muhakemede kullanılmayacağı konusunda bir tereddüdün bulunmaması gerekir. Örneğin, işkence suretiyle elde edilen delillerin, medeni muhakeme hukukunda da dikkate alınmaması gerektiği tartışmasızdır. Bununla karşılık delil elde edilirken gerçekleştirilen eylem suç teşkil etmemekle birlikte, haksız fiil oluşturabilir ve kişinin anayasa ile güvence altına alınmış hakları da ihlal edilmiş olabilir. Bu halde de elde edilen deliller hukuka aykırı delil olarak kabul edilmelidir ve hukuk yargılamasında vakıanın ispatında dikkate alın-

iftira attığını kabul ettiği esnada bu konuşmayı ses bandına kayıt etmesi ve bunu mahkemede delil olarak ileri sürmesi –özellikle kendisinin bunu ispatlayacak bir tanık bulamaması durumunda- kabul edilmelidir.

194 Abdülkadir Arpacı,, “*Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere İlişkin HMK 189/II Hükmünün Aile Hukuku Sorunları Bakımından Yansımaları*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1 Yıl: 2014, s. 7 vd.

195 Yazara göre aksi takdirde, eşlerin, yekdiğerine tamamen yabancı olan, sadakat çerçevesi içindeki ortak mekânı adeta müstakil iki mekân olarak kullanan kişiler olduğunun kabulü gibi, yanlışlığı açık olan bir sonuca varılır. **A.g.m.**, s. 7 vd.

mamalıdır. Bunun yanında, mahkeme tarafından usul normları ihlal edilerek delil elde edilmesi de gündeme gelebilir. Bu gibi durumlarda da ihlal edilmesi herhangi bir maddi hukuk kuralını zedelemeyen usul normlarına aykırılıkta veya sonradan tamamlanabilir usule aykırılıklarda, elde edilen delillerin kullanılabilir olduğunun söylenebilmesi gerekir. Örneğin, yeminin eda edilmesi, tanığın dinlenmesinden sonra gerçekleşmişse, bu halde elde edilen delilin kullanılabilmesinde bir duraksama bulunmamalıdır.

E. HUKUK YARGILAMASINDA İLETİŞİMİN TESPİTİ SORUNU VE CEZA YARGILAMASINDA UYGULANAN İLETİŞİMİN DENETLENMESİ TEBDİRİ SONUCU ELDE EDİLEN KAYITLARIN HUKUK MAHKEMELERİNDE KULLANILABİLİP KULLANILAMAYACAĞI PROBLEMİ

Uygulamada, özellikle boşanma davalarında, mahkemece toplanması istenilen en önemli delillerden birinin de, karşı tarafın güven sarsıcı davranışını veya taraflardan birinin başka bir kadın veya erkekle olan ilişkisini ispat etmek için tarafların iletişiminin tespiti olduğu belirtilmiştir¹⁹⁶. Aynı şekilde, boşanma davalarında, zaman zaman karşı tarafın ilişki içinde bulunduğu iddia edilen dava dışı üçüncü şahıslara ilişkin iletişimin tespitinin de talep edildiği, bir kısım mahkemelerin bu talepler doğrultusunda operatörlere müzekkereler yazdığı, operatörlerin de bu müzekkerelere olumlu cevap verdiği de ifade edilmiştir¹⁹⁷.

İletişimin tespiti, iletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemlerdir¹⁹⁸. Ceza yargılamasında, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığı için iletişimin tespitine ancak şüpheli veya sanık hakkında soruşturma aşamasında hâkim, kovuşturma aşamasında mahkeme kararıyla başvurulabilir. Buna karşılık medeni muhakeme hukukunda ise, mahkemenin tarafların veya dava dışı üçüncü kişilerin ileti-

196 Mustafa Ateş, “*Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 18, Şubat 2008, s. 99

197 **A.g.m.**, s. 91

198 Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, madde 4/1-f.

şiminin tespitine karar verebilmesini düzenleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda açık bir düzenleme bulunmamasından dolayı, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıyan ve tedbire başvurulabilmesi için ceza muhakemesinde de sıkı şartların arandığı iletişimin tespitine, hukuk mahkemelerinin başvuramayacağı'nın kabul edilmesi gerekir.

Fakat bu noktada, bazı yazarlarca, boşanma davalarında tarafların iletişiminin tespitinin yapılabilmesi için Anayasa'daki ilkeler dikkate alınarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde olduğu gibi kanuni bir düzenlemenin yapılmasının bir ihtiyaç olarak karşımıza çıktığı fikri ileri sürülmüştür¹⁹⁹.

Buna karşılık olarak ise, bu önerilerin, temel hakların sınırlandırılmasında sadece yasallık ilkesini, yani yasa ile sınırlama ölçütünü dikkate aldığı, her şeyden önce, bu önerilerin hayata geçirilmesinin, Anayasa'nın temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin diğer ölçütler içerisinde yer alan ölçülülük ilkesine ve özellikle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil edebileceği belirtilmiştir²⁰⁰.

Bu noktada, hukuk mahkemelerinin, kendi dosyalarında delil olarak kullanmak üzere, ceza dosyasındaki hukuka uygun yollarla elde edilen iletişimin tespiti, dinlenmesi ya da kayda alınmasına ilişkin tutanakları isteyip isteyemeyeceği gündeme gelip karşılaşılabilecek problemlerden biridir. Aynı problem, CMK'nın 140. maddesinde düzenlenen, teknik araçlarla izleme koruma tedbiri neticesinde elde edilen delillerle ilgili olarak da gündeme gelebilir.

Belirtmek gerekir ki, 140. maddenin dördüncü fıkrasında, bu tedbir yoluyla elde edilen delillerin, katalogda sayılan suçlarla ilgili soruşturma kovuşturma dışında kullanılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bir görüşe göre bu düzenleme karşısında, bu yolla elde edilen delillerin, hukuk hâkimi tarafından medeni yargılama hukukunda kullanılmayacağı'nın kabul edilmesi gerekir²⁰¹. Ancak, teknik araçlarla izleme koruma tedbiri neticesinde hukuka uygun olarak elde edilen deliller yoluyla hükümde yapılan vakıa tespitlerinin, hukuk hâkimi tarafından bağlayıcı etki çerçevesinde belge delili olarak kullanılabileceği, CMK m.

199 Ateş, s. 104.

200 Kılıçoğlu, s. 337

201 A.g.e., s. 416.

140 ve HMK m. 189/2'nin buna engel teşkil etmediği ileri sürülmüştür²⁰².

Buna karşılık, elde edilen delillerin katalogda belirtilen suçların soruşturulması ve kovuşturulması dışında kullanılamayacağına ilişkin benzer düzenleme CMK'nın 135. maddesinde yer almamaktadır. Dolayısıyla, ceza soruşturması veya kovuşturmasında, CMK m. 135 çerçevesinde hukuka uygun olarak elde edilen delillerin medeni yargılama hukukunda kullanılabilip kullanılamayacağı sorun teşkil eden bir husustur.

Bir görüşe göre²⁰³, kişi hak ve hürriyetlerine müdahale içeren ve en azından karşı tarafın kabulüne bağlı olduğu halde, bu duruma da rıza gösterilmediğinden, bireyin iletişiminin hukuk yargılamalarında da denetlenebileceğine, ceza soruşturması ve kovuşturmalarında elde edilen iletişim içeriklerinin hukuk davalarında da kullanılabilmesine dair açık yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu açık yasal düzenleme olmadan haberleşme hürriyetinin ihlali suretiyle hukuk yargılamalarında delil kullanımı isabetli olmayacaktır²⁰⁴.

Diğer bir görüş de, amaca bağlılık ilkesinden yola çıkarak, iletişimin denetlenmesi tedbiri uygulanması sonucunda elde edilen bilgilerin, hangi amaç ile elde edilmiş ise, ancak o amaç çerçevesinde kullanılabilmesini, öngörülen amaç dışında başka bir amaçla bu bilgilerden yararlanılmasının olanaksız olduğunu belirtmiştir²⁰⁵. Bu görüşe göre de, bu yolla elde edilen bilgiler hukuk mahkemesinde açılan bir tazminat davasında delil olarak kullanılamaz. Son olarak başka bir görüşe göre ise²⁰⁶, CMK m. 135'e uygun olarak elde edilmiş iletişimin denetlenmesi sonuçlarının hukuk davalarında kullanımı bakımından, her olay yönünden farklı değerlendirmelerde bulunulması gerektiği belirtilmiş ve fakat disiplin soruşturmaları yönünden ise, söz konusu delillerin kullanılabilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Kanaatimizce, bu konuda oluşan tereddütleri gidermek için, ceza

202 **A.g.e.**, s. 416.

203 Şen, s. 205.

204 **A.g.e.**, s. 206.

205 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma, Saygılar, Alan, s. 468.

206 İbrahim Şahbaz, **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 184-185.

soruşturmaları ve kovuşturmaları sırasında uygulanan iletişimin denetlenmesi tedbiri neticesinde elde edilen delillerin, hukuk yargılamasında kullanılabilmesine dair açık bir düzenleme yapılmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, maddi olgunun tespitine dair ceza mahkemesi kararı hukuk hâkimini bağlar. Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir²⁰⁷. Dolayısıyla, iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen deliller neticesinde ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı kanıtlandığı takdirde, dolaylı olarak bu kanıtlar, hukuk yargılamasında da kullanılabilir hale gelmektedir.

CMK'nın 140. maddesinin dördüncü fıkrasında belirtilen “*Elde edilen deliller, yukarıda sayılan suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma dışında kullanılamaz; ceza kovuşturması bakımından gerekli olmadığı takdirde Cumhuriyet savcısının gözetiminde derhâl yok edilir.*” şeklinde düzenleme, teknik araçlarla izleme koruma tedbiri neticesinde elde edilen kayıtların başka alanda kullanılmayacağına dair sonuç doğurur nitelikte gözükmese de, CMK m. 135'te ulaştığımız sonucun burada da kullanılmasında bir engel bulunmamaktadır.

F. HUKUK YARGILAMASINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLERİN UZAK ETKİSİ SORUNU

Hukuka aykırı olarak elde edilen bir delilden yola çıkarak başka bir delilin elde edilmesi halinde, bu delilin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konudur. Anglo-Amerikan hukukunda zehirli ağacın meyveleri olarak adlandırılan bu husus öğretilerde hukuka aykırı delillerin uzak etkisi olarak isimlendirilmiştir. Örneğin, işkence suretiyle ifadesi alınan şüpheli, bu esnada suçunu ikrar eder, bu ikrar neticesiyle de suç aleti veya suçun ispatına yarayacak başkaca delillere ulaşılmış olursa, bu delillerin ceza yargılamasında kullanılabilip kullanılmayacağı, hukuka aykırı delillerin uzak etkisi çerçevesinde yapılacak tartışma sonucunda çözüme kavuşacaktır.

Bu sorunun pek tabii medeni yargılama hukukunda da gündeme gelebilmesi mümkündür. Örneğin, hukuka aykırı olarak ele geçirilen

²⁰⁷ Bu konuda bkz. dp. 141.

günlüğün içeriğinden, dava konusu çekişmeli vakıa hakkında tanık olarak dinlenebilecek bir kişinin varlığı öğrenilmiş olabilir. Bu noktada, hukuka aykırı delil olmasaydı varlığı öğrenilemeyecek olan bu tanığın, mahkemede dinlenebilip dinlenemeyeceği problemlili bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin uzak etkisi sorunu ceza yargılamasında uzun süre tartışma konusu olmuş ve halen de yoğun olarak tartışılan bir konudur. Yargıtay Ceza Dairelerinin kararlarına bakıldığında, Türk Hukukunda hukuk aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda ayırım yapılmamasından dolayı, değerlendirme yasağının uzak etki bakımından da geçerli olduğunu ifade ettiği kararları²⁰⁸ bulunmakla birlikte somut olayın özelliğine göre farklı değerlendirmeler de bulunduğu kararları da bulunmaktadır. Yargıtay Hukuk Dairelerinin hukuka aykırı delillerle ilgili kararları incelendiğinde ise, uzak etki konusunun yargı kararlarına konu olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk medeni usul hukuku doktrininde de konu nadiren ele alınmaktadır.

Konunun gündeme getirildiği eserlerden birinde²⁰⁹, kural olarak, HMK'nın 189/2 maddesinde düzenlenen delil yasağı hükmünün, ilk olarak yasaklı delilden yola çıkılarak varlığı öğrenilen ve elde edilen delilleri de kapsayacağı ileri sürülmüş, ancak bu hususa bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre bu ikinci delil, HMK'nın belge ve keşif objelerini ibraz yükümlülüğünün kapsamına ilişkin hükümler kıyasen uygulandığında, zaten yargılamada karşı tarafça ibrazı gerekecek bir delil olarak nitelendirilebiliyorsa, bu durumda mahkemece çekişmeli vakıanın ispatı için dikkate alınabilecektir. Başka bir ifadeyle, ilk olarak yasaklı delil aracılığıyla öğrenilerek elde edilen yeni delil, bundan ba-

208 "Anayasa'ya göre, kanuna aykırı olarak elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz (AY m. 38/6). Öte yandan, Ceza Yargılaması Yasası'nın 148. maddesinde ifade alma ve sorgudaki yasak usuller örnekseme yoluyla ve sayılanlarla sınırlı olmayacak biçimde gösterilmiş, ayrıca "yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği" hükme bağlanmıştır. Yine Ceza Yargılaması Yasası'na göre yüklenen suç, ancak hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerle ispat edilebilir (CYY n.217/2); yargılamada ortaya konulması istenilen delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse, reddolunur (CYY m.206/2-a). **Görüldüğü gibi, Türk hukukunda deliller arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Delil yasaklarına ilişkin teori, delil yasaklarının uzak etkisi için de geçerli olacaktır.** (Yar. 2. CD. 2012-29290 E. 2013-27219 K. 20.11.2013 T)

209 Kılıçoğlu, s. 432.

ğimsız olarak hukuka uygun biçimde de yargılamada kullanılabilir. İdi ise, bu durumda vakianın ispatında kullanılabilmesi gerekir.

HMK yürürlüğe girmeden önce ileri sürülen bir görüşe göre ise, delil yasağına rağmen, elde edilmiş delillerden ortaya çıkan yeni bilgileri kullanarak müsaadeye mazhar olacak yeni deliller ikame edilebilir ve değerlendirilebilir²¹⁰.

G. YARGITAY HGK ve HD KARARLARI IŞIĞINDA HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Hukuka aykırı deliller konusunda Yargıtay HGK ve HD kararlarından bahsetmeden önce, daha önce değinme fırsatını bulduğumuz, 2013/6183 başvuru numaralı 19/11/2014 tarihli Anayasa Mahkemesi kararının, medeni muhakeme hukukunu ilgilendiren kısmına kısaca değinmek gerekir. Uyuşmazlık konusu olay daha önce açıklandığından dolayı tekrara düşmemek adına burada sadece, yerel mahkeme tarafından tazminat davasının kabulüne karar verilmesinin esas gerekçesinin bir ceza muhakemesi kuralına aykırı olarak elde edilen deliller olduğunu belirtmekle yetiniyoruz. Başvurucu, yerel mahkeme kararının onanarak kesinleşmesinden sonra, hukuka aykırı delillerin, tazminat davasının kabul edilmesine ilişkin karara esas alınmasından dolayı adil yargılanma hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme kararında, *“Anayasa’nın 38. maddesinin altıncı fıkrasında, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bahsi geçen anayasal kural, temel olarak ceza yargılaması hukukuna ilişkin olmakla birlikte, uygulanabildiği ölçüde hukuk yargılaması bakımından da dikkate alınmalıdır. Nitekim, 6100 sayılı Kanun’un 189. Maddesinin (2) numaralı fıkrasında, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamayacağı hükmüne yer verilmiştir.”* denilerek, iki ihtiyar heyeti üyesi veya komşulardan iki kişi olmadan yapılan aramadan (olay tarihinde yürürlükte bulunan 1412 sayılı CMUK m. 97’e aykırı olarak) elde edilen delillerin hukuka aykırı delil sıfatı taşıyacağını, bu delillerin özel hukuk davasında tek başına mahkûmiyete

210 Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 242.

esas teşkil etmesi durumunda ise adil yargılanma hakkının ihlal edileceği ifade edilmiştir.

Hukuka aykırı deliller hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Dairesi kararlarına HMK yürürlüğe girmeden önce ve girdikten sonra olmak üzere bakıldığında, kararların genel olarak özel kişiler tarafından elde edilen ses kaydı gibi deliller üzerinde yoğunlaştığı, davaların konusunun boşanma olduğu görülmektedir. Söz konusu kararlarda HGK ve HD genel olarak somut olaya göre delilin hukuka aykırılık teşkil edip etmediğine karar vermiştir.

Yargıtay'ın hukuka aykırı deliller konusundaki en güncel kararını Yar. 2. HD' nin 05.02.2014 tarih, 2013/19577 E., 2014/1926 K. numaralı kararı oluşturmaktadır. Dava konusu olayda yerel mahkemece, davacı tarafından dosyaya sunulan elektronik ortamdan elde edilen resimler ve elektronik ortamda (sosyal paylaşım sitesi kullanılarak) yapılan görüşmelere ilişkin çıktılar esas alınarak, kocanın güven sarsıcı davranışları sabit kabul edilmiş, buna bağlı olarak boşanma kararı verilmiştir. Yüksek Mahkeme tarafından ise, *“Elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar; diğer delillerle desteklendikleri takdirde “delil” olarak hükme esas alınabilir. Bu veriler tek başına vakıaların ispatına yeterli değildir. Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şabısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. “Facebook” isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini “kocanın dayısı” yerine koymak suretiyle “dayısı ile koca” yazıştırmış görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınmaz (HMK m. 189/2)”* denilerek, elektronik ortamdan elde edilen delillerin tek başına hükme esas alınamayacağına altı çizilmiş, bunun yanı sıra, davacı tarafından oluşturulan yazışmaların da HMK m. 189/2 gereğince hukuka aykırı delil olduğuna karar verilmiştir.

Yargıtay'ın hukuka aykırı delillere ilişkin olarak somut olay kapsamında değerlendirme yaptığını gösteren kararlardan bir diğeri Yar. 3. HD'nin 21.1.2013 tarih, 2012/23195 E. ve 2013/698 K. sayılı kararıdır.

Uyuşmazlık konusu olayda davacı vekili dava dilekçesinde, ihtiyaçlarının arttığını belirterek 100 TL olan iştirak nafakasının 400 TL' ye, 150 TL olan yoksulluk nafakasının 500 TL'ye yükseltilmesini talep etmiştir. Birleşen davanın davacı vekili ise dava dilekçesinde; davalının bir kişi ile karı koca hayatı yaşadığını belirterek 150 TL olan yoksulluk nafakasının kaldırılmasını talep etmiştir. Mahkemece kadın yararına takdir edilen yoksulluk nafakasının artırılması talebinin reddine; iştirak nafakasının 200 TL olarak takdirine karar verilmiş; hüküm davacı(birleşen davanın davalısı) tarafından temyiz edilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde; birleşen davanın davacısı tarafından dosyaya ibraz edilen ve facebook'tan alınan fotoğrafların nafaka yükümlülüğünü ortadan kaldıracak nitelikte olduğu belirtilmiştir. Hükmün temyiz incelemesini yapmakla görevli Yüksek Mahkeme tarafından; *“Yargısal uygulamada somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir. ...Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir.*

Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir” şeklinde değerlendirme bulunulduktan sonra²¹¹; *“Somut olayda, kadının rızası dışında facebooktan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendiril-*

211 Yüksek Mahkemenin bu şekilde yapmış olduğu ayırım öğretide eleştirilerek şu ifadeler kullanılmıştır: “Kanaatimizce bu ayırım isabetli değildir. Bir işlem, karar veya eylemden kaynaklanan ihtilafla ilgili hukuka aykırı veya usulsüz şekilde delil yaratılamayacağı gibi, hukuka veya usule uygun delil de yaratılamaz. Maddi vakiayı koyan, açıklayan veya kanıtlayan delil, ya vardır, elde edilmiş veya elde edilmeye çalışılmaktadır ya da yoktur, elde edilemez veyahut olsa bile elde edilmesi imkanı ortadan kalkmıştır” Ersan Şen, *“Uydurma Delil-Hukuk Aykırı Delil”- Yorumlu-yorum V*, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2014, s. 303.

meksizin bükme dayanak alınması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” denilmiştir.

Hukuka aykırı deliller konusunda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararları da örnek olarak verilebilir. Yar. 4. HD'nin 04.07.2012 tarih, 2011/4667 E. ve 2012/11619 K. sayılı kararına konu olayda, davacı, davalının bir televizyon kanalında yayınlanan ve daha sonra da bütün görsel ve yazılı medyaya yansıyan ses kaydında kendisine hakaret edildiğini belirterek manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı ise ses kasetinin montaj yoluyla üretilip kamuoyuna yansıtıldığını, ses kasetinde yer alan iddia ve açıklamaların hiçbirinin maddi olgularla doğrulanmadığını, davaya kanıt olarak ileri sürülen yayının yasa dışı yollarla elde edilmiş ses kaydı olduğunu, yasa dışı kanıtı dayalı bir dava olamayacağını ve davanın reddini savunmuştur. Yerel Mahkeme tarafından davalının basına yansıyan ses kasetinin içerisinde davacıya hakaret ettiği ve bu hakaretin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğu kabul edilerek manevi tazminat isteminin kabulüne kısmen karar verilmiş ise de, Yar. 4. HD. tarafından yerel mahkeme kararı şu gerekçe ile bozulmuştur: *“Dosya kapsamında davacının delil olarak CD çözümü ve yazılı basında yayınlanan haberleri gösterdiği ve bu delillerle davanın sabit olduğunu belirterek kabul edilmesine karar verilmesini istediği, ancak bu ses kaydının hukuka aykırı olarak kaydedildiği, ve bunun aksinin sabit olmadığı, bunun dışında davalının davacıya davaya konu edilen sözleri söylediğine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda yukarıdaki usul hükümleri gözetildiğinde sadece yasa dışı elde edilen delile dayanılarak davalının sorumluluğuna hükmedilmesi doğru değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi, kararın bozulmasını gerektirmiştir.”*

Yar. 4. HD'nin 20.06.2012 tarih, 2011/4663 E. ve 2012/10806 K. sayılı kararında ise yine somut olay değerlendirildiği; fakat hukuka aykırı deliller hakkında farklı yönde karar verdiği ve CGK kararına atf yaptığı da görülmektedir. Söz konusu karara konu olan dava, hukuka aykırı olarak elde edildiği ileri sürülen ses kayıtlarının kullanımı nedeni ile manevi tazminat istemine ilişkindir. Dosya kapsamında davacı doktor, davalı ise gözlükçü işyerinin sahibidir. Davacı doktor, davalının, kendisi hakkında kendi işyerlerine hastaları yönlendirdiği iddiası ile ses kayıtlarına dayanarak şikayette bulunduğunu belirterek manevi tazminat

istemine bulunmuştur. Yerel Mahkeme kararı ile davalının eyleminin suç teşkil ettiğine işaret edilmiş, fakat davacının da kusurunun bulunması sebebi ile manevi tazminat talebi kısmen kabul edilmiştir. Yar. 4. HD tarafından ise yerel mahkemenin kararı dava konusu edilen eylemin hukuka aykırı olmadığı gerekçesi ile bozulmuştur. Dairenin ses kaydının hukuka uygun olduğu yönündeki görüşü şöyledir: *“Uyumsuzluğun çözümünde, sunulan kayıtların hukuka aykırılık oluşturup oluşturmadığı irdelenmelidir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 21.06.2011 gün ve 2010/5-187 E – 2011/131 K sayılı kararında da: “Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur.” denilerek delil amaçlı ve kişinin kendisine yönelen eylemler nedeniyle ses kaydı yapılmasının hukuka uygun olduğu kabul edilmiştir.”*

Hukuka aykırı deliller konusunda en kapsamlı kararı ise HGK'nın 15.02.2012 tarih, 2011/2-703 E. ve 2012/70 sayılı kararı oluşturmaktadır. Zira söz konusu kararda HMK ve HUMK'da yer alan hukuka aykırı delillere ilişkin düzenlemelere, HGK'nın HMK yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararlara, doktrinde yer alan görüşlere ve Ceza Muhakemesinde hukuka aykırı delillere karşı oluşturulmuş bakış açısına değinilmiştir. Karara konu olan yargılama sürecinde, taraflar arasındaki boşanma- kusur tespiti davasından dolayı yapılan yargılamada yerel mahkeme tarafından davanın kabulüne karar verilmiştir. Davalı temyizi üzerine, Yar.2. HD tarafından ise davacının boşanma ile ilgili hüküm kesinleşmeden önce öldüğü, davacının mirasçıları tarafından davalının kusurlu olduğunun tespitinin istendiği, yerel mahkeme tarafından davanın kabul edilerek davalının daha fazla kusurlu olduğunun tespit edilmesine karar verildiği ifade edilerek; taraflardan ve üçüncü kişilerden aktarılan olayların hükme esas alınamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra hukuk dairesi tarafından davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmının davalının kusurlu olduğunu kabule elverişli beyanlar olmadığına, bir kısmının ise sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmayan izahlar olduğuna işaret edilmiş ve davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile davalının ku-

surlu olduğunun tespitine karar verilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Yerel mahkemenin kararda direnmesi üzerine HGK tarafında yapılan inceleme sonucunda, yukarıda yer verdiğimiz hususlara değinilerek şu önemli tespitlerde bulunulmuştur: “*Yargısal uygulamada somut olayın özelliğine göre farklı yaklaşımlar olmakla birlikte temelinde bir delilin hukuka aykırı olarak elde edilmesi ile hukuka aykırı olarak yaratılmasının farklı olarak ele alındığı, hukuka aykırı yaratılan delilin hiçbir şekilde kabul edilmemesine karşın, hukuka aykırı olarak elde edilen delil konusunda olayın özelliğine göre farklı değerlendirmelerde bulunduğu görülmektedir.*”

“*Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için, gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir.*”

Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilirse de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiçbir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir.”

HGK tarafından ileri sürülen bu görüşler sonrasında, yerel mahkeme tarafından hükme esas alınan CD'nin, davalı kadının rızası dışında kaydedildiği gibi sırf boşanma davasında delil olarak kullanılmak amacı ile kurgu sonucu oluşturulduğu ifade edilmiş ve bu şekilde oluşturularak usulsüz bir şekilde yaratılmış delillerin hükme esas alınmamaacağı belirtilmiştir. Bunun yanı sıra bir an için kayıtların delil olması kabul edilse dahi, ne CD' içeriğinin ne savcılık evrakının ve icra dosyalarının ne de tanık beyanlarının davalının kusurlu olduğunu ispata yeterli olmadığına işaret edilmiştir. Sonuç olarak HGK tarafından benimsenen, HD bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.

HMUK yürürlüğe girmeden önce HGK ve HD kararlarına da bu bölümde değinmek gerekmektedir. Zira bu kararların verildiği dönemde usule ilişkin kanunda hukuka aykırı delillere ilişkin hüküm bulunmamaktadır ve bu hususa yönelik kararlar ancak doktrin görüşlerinden yararlanılarak verilmektedir.

HMUK döneminde verilen kararların yenisinden, eskisine doğru gidildiğinde ilk olarak Yar. 2. HD'nin 20.10.2008 tarih, 2007/17220 E. ve 2008/13614 sayılı kararı dikkat çekmektedir. Karara konu olan yargılamada sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucunda da CD'deki ses kayıtlarının, orijinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti, kopyalama bulunmadığı tespit edilmiştir. Davalı- davacı ise, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürememekte ise de, bu delilin özel hayatın gizliliğinin ihlal edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır. Yar. 2. HD tarafından verilen kararda ise delilin hukuka aykırılığına ilişkin olarak ; *“Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK. m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinin kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte; evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil, bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekânı olan konuta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur. Bu bakımdan sözü edilen delilin elde edilmesinde hukuka aykırılık bulunduğundan söz edilemez.”* yönünde görüş bildirmiştir.

Yar. 2. HD tarafından verilmiş karara ilişkin olarak doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş, bir görüş tarafından karar eleştirilerek evlenmekle eşin özel yaşamının ortadan kalkmadığı belirtilmiş ve ortak yaşam alanı da olsa ses tertibatı kurularak gizlice ses kaydı yapılmasının kişilik hakkının ihlali olduğuna dikkat çekilmiştir²¹². Bir diğer görüş tarafından ise Dairenin kararı isabetli bulunularak, evlenmekle eşlerin özel hayatının tamamıyla ortadan kalktığı söylenemezse de, kişilerin evlenmekle özel hayatlarının birbirine karşı sınırlandırıldığı kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiş ve somut olayda korunmaya değer menfaatler arasındaki dengeye bakıldığında davacının menfaatinin öncelikli olduğuna işaret edilmiştir²¹³.

HMUK döneminde hukuka aykırı delille ilişkin olarak verilmiş bir başka kararı ise HGK'nın 28.05.2003 tarih, 2003/1-374 E. ve 2003/370 K. sayılı kararı oluşturmaktadır. Karara konu olan olay kapsamında yerel mahkeme tarafından tapu iptali ve tescili davasından dolayı yapılan yargılamada davanın kabulüne karar verilmiş ve Yar. 1. HD tarafından kararın hukuka aykırı delile dayanıldığı gerekçesi ile bozulması, bozma kararına da mahkemece direnilmesi üzerine, dosya HGK'ya tevdi edilmiştir. HGK tarafından dosyanın incelenmesi sonrasında somut olayda davacıların, miras bırakan ile oğlu arasında yapılan konuşmanın video kasetini delil olarak ileri sürdükleri, davacı vekilinin tanık listesi verdiği halde tanıklarının dinletmeyeceklerini bildirdiği, sadece anılan kasete dayanıldığı belirlenmiştir. Bunun yanı sıra polis memuru bilirkişiye yaptırılan kaset çözümünde hasta olduğu anlaşılan ve dosyadaki fotoğraflarla vücudunda yaralar açılmış, yatalak durumda bulunan miras bırakanın, oğlu olduğu tahmin edilen kişinin sorularına zorlanarak yanıt verdiği, taşınmazın satışının karşılığında para almadığı yönünde sorulan soruyu “para almadım” şeklinde cevapladığı gibi hususlar HGK'ca tespit edilmiştir.

HGK tarafından yapılan bu tespitlerin ardından özet olarak; *“Her ne kadar tapu kaydındaki bedel ile bilirkişiye tespit ettirilen satış tarihindeki gerçek değer arasında aşırı oransızlık olduğu belirlenmişse de salt bedeller arasındaki açık farkın muris muvazaasının başlıca kanıtı sayılamayacağı, temlikin mirasçılardan mal kaçırmak amacıyla yapıldığının, satışın değil, bağışın amaçlandığının ispatı gerektiği ilkesi*

212 Pekcanitez, s. 842.

213 Akil, s. 1260.

yerleşmiş Yargıtay uygulamasıyla Hukuk Genel Kurulu ve Özel Daire kararları ile benimsenmiştir. Davacı vekili tarafından dosyaya tek kanıt olarak ibraz edilen video kaset, yukarıda belirtilen anlamda, bu- kuka aykırı delil olmamakla birlikte, murisin ses ve görüntüsünün kaydedildiği ortam, murisin ses ve görüntüsünün alındığı tarih itiba- riyle yaşlı, hastalıklar içinde kıvranan, hastaneden çıkmak için yar- dım bekleyen, her türlü etkiye açık bir kişi olması nedeniyle bu delilin başlı başına muvazaaya kanıt olamayacağı anlaşıldığından bu gerek- çelerle Özel Dairenin bozma kararı usul ve yasaya uygun bulunmak- tadır.” yönünde karar verilmiştir.

HGK'nın bir diğer kararını ise 25.09.2002 tarih, 2002/2-617 E. ve 2002/648 K. sayılı kararı oluşturmaktadır. Söz konusu karara konu olayda, davacı yerel mahkemeye başvurarak, eşi ile son zamanlarda çıkan geçimsizliğin, davalı kadının evi terk etmesi ile neticelendiğini belirtmiş ve şiddetli geçimsizlik nedeni ile boşanmalarına karar verilmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme tarafından yürütülen yargılama aşamasında davacı tarafından dosyaya evlilik birliği devam ederken davalı kadının kayınbiraderi ile yaşadığı yasak ilişkiyi ortaya koyan günlük isimli defteri ibraz edilmiştir. Davacı da davalının kendisini ka- çırarak evlendiğini, kendisine şiddete uyguladığını ileri sürmüştür. Da- vacı tanıkları konuya ilişkin açık ve kesin bilgileri olmadığını belirtse de davalı tanıkları tarafından davalının beyanlarını doğrular mahiyette ifadeler kullanılmıştır. Bu sebeplerle yerel mahkeme tarafından davalı- nın sadakatsizliğine ilişkin yeterli bilgi bulunmadığı ve davacının ku- surlu davranışlarının mevcut olduğu gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Hukuk dairesi tarafından “...Yapılan soruşturma, top- lanan delillerle davacının davalıyı dövdüğü ifadeler ve günlük birlikte değerlendirildiğinde davalının da güven sarsıcı davranışlar içinde ol- duğu anlaşılmaktadır. Bu halde, taraflar arasında müşterek hayatı te- melinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta bahlıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşa- maya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, bo- şanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır...” gerekçesi ile karar bozulmuştur. Yerel mahke- me tarafından ise defterin içeriğinin delil olarak ileri sürülemeyeceği, günlük içeriğinin kadının gizlilik alanına, sırlarına dahil olduğu, davalı-

nın kişilik haklarını ilgilendirdiği ve incelenmesinin mümkün olmadığı gerekçesi ile verilen hükümde direnilmiştir.

Dosya hakkında Yar. HGK tarafından ise günlük isimli defterin hukuka aykırı delil teşkil edip etmediğine ilişkin olarak; “*Öncelikli olarak hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış, tehdit ya da zorla elde edilmiş ise burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirilebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde yada yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdüklerini bir yer olduğundan kadın gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekanda bulunduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz.*” yönünde değerlendirmede bulunulmuş ve davalı kadının davacı kocasına nazaran daha ağır kusurlu olduğu sonucuna varılmıştır.

Son olarak Yar. 13 HD'nin 22.02.2000 tarih, 1999/9505 E. ve 2000/1439 K. sayılı kararında özel kişiler tarafından elde edilen teyp bantı delilinin yan delil niteliği taşıdığına ilişkin olarak verilen karardan bahsetmek isteriz. Söz konusu kararda; “*Teyp bantları, kaydedilen sözlerin kime ait olduğunun şüpheye yer bırakmayacak şekilde saptanmasının teknik olarak mümkün bulunmaması nedeniyle tek başlarına delil değeri taşımazlar. Ancak, baştan beri ortaya konulan dosya kapsamıyla birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu kayıttaki ifadelerin somut olayda diğer delillerle tam bir uyum içinde bulunması nedeniyle, itibar edilebilecek bir yan delil niteliği taşıdığı, çözülmüş bant metnindeki sözlerin davalıya ait olduğunun ve böylece davalının, dava konusu senedin gerçek bir borca dayalı bulunmadığı yolunda harici ikrarda bulunduğu ve bu ikrarının açıklanan diğer olgu ve delillerle doğrulandığının kabulü gerektiği açıktır.*” şeklinde sonuca ulaşıldığı görülmüştür.

SONUÇ

Ceza ve hukuk yargılamasında hukuka aykırı delillere doktrin ve Yargıtay uygulamasında farklı sonuçlar bağlanmış; Yargıtay tarafından kimi zaman istikrarlı kimi zaman çelişkili kararlara imza atılmıştır. Özellikle bazı hususlarda ceza dairesi ve ceza genel kurulu ile hukuk dairesi ve hukuk genel kurulunun hukuka aykırı delillere bakış açısının farklı olduğu görülmektedir.

Bilindiği üzere, hem ceza hem de hukuk yargılaması makamlarının görevi önlerine gelen uyuşmazlıklarda maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılrken kullanılan ispat araçlarından biri olan delil ise hukuka uygun olmak zorundadır. Ne pahasına olursa olsun gerçeğe ulaşmak her iki yargılama biçiminde de kabul edilmemektedir.

Nitekim bu hususa ilişkin olarak Anayasa'nın 38/6. maddesinde 2011 değişikliği ile “*Kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez.*”, CMK'nın 217/2. maddesinde “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispatlanabilir.*” şeklinde hüküm öngörülmüş; CMK'nın 206/3. maddesinde ortaya konulması istenen delilin kanuna aykırı olarak elde edilmiş olması durumunda reddolunacağı düzenlenmiş, 289. maddesinde ise hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması durumu, hukuka kesin aykırılık hali olarak sayılmıştır. CMUK döneminde de 1992 tarihinde getirilen 254/2. maddenin “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınmaz.*” hükmü ile hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılamayacağı belirtilmiştir.

Hukuk yargılamasında da hukuka aykırı deliller bakımında 12 Ocak 2011 tarih ve 6100 sayılı HMK'nın 189/2. maddesi ile “*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz.*” hükmüne yer verilmiştir. HUMK döneminde kanun kapsamında hukuka aykırı delillere ilişkin bir hüküm yer almasa da, Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda bu hususu çözmek için doktrindeki görüşlerden yararlandığı görülmektedir.

Burada ayrıca şu hususu belirtmek gerekir ki, Anayasa'nın 38/6. maddesinde yer alan hükmün, metin başlığının “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” olması sebebi ile sadece ceza hukuku açısından geçerli olduğu savunulamayacaktır. Zira bu anayasal kural her ne kadar ceza yargı-

sı içerisinde görülse de, adli yargı bütünü içerisinde yer alan hukuk yargılamasında da geçerlidir. Anayasa'nın 176/2. maddesinde bulunan “*Madde başlıkları Anayasa metninden sayılmaz.*” yönündeki düzenleme dikkate alındığında da hükmün sadece ceza yargısında değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Bunun yanı sıra Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanarak, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Madde lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere, kişi ancak iddiasını ve savunmasını meşru vasıtalarla yani hukuka uygun delillerle ispatlayabilecektir.

Kanun hükümleri bakımından bir başka tartışmayı ise, Anayasanın 38/6. maddesinde “kanuna aykırı delil” ve CMK'nın 217/2. maddesinde “hukuka aykırı delil” kavramlarından hangisine öncelik verilmesi gerektiği oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu hususta daha kapsamlı olması nedeni ile hukuka aykırı delil kavramına öncelik vermek gerekmektedir. Hukuka aykırı delil ifadesi kullanıldığında anayasaya, kanuna, hukukun genel ilkelerine ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılık da anlaşılacak ve bu sayede kişilere daha kapsamlı bir güvence sağlanacaktır. Hatta uluslar arası antlaşmaların iç hukuktaki yeri meselesi bakımından bir değerlendirme yapıldığında da; Anayasa'nın 90. maddesine göre, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen antlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler getirmesi durumunda temel hak ve özgürlükleri düzenleyen antlaşmalara öncelik verilmesi sebebi ile, bu kuralın hukuka aykırı deliller için de geçerli olduğu söylenebilir.

Çalışmamız kapsamında yer verdiğimiz, Yargıtay CD ve CGK'nın hukuka aykırı delillere ilişkin kararlarında mutlak değerlendirme yasağı ile nispi değerlendirme yasağı görüşünden yararlandığı görülmüş; İsviçre kaynaklı delilin hukuka uygun elde edilebilirliği görüşüne ise rastlanmamıştır. Genel olarak bakıldığında vermiş olduğumuz örnekler arasında bulunan Yar. 7. CD'nin kararlarının mutlak değerlendirme yasağı, Yar. CGK kararlarının ise nispi değerlendirme yasağı görüşüne yakın olduğu tespit edilmiştir.

Bunun yanı sıra kendi içerisinde ifade alma ve sorgu yöntemi, koruma tedbirleri, tesadüfi deliller, delillerin uzak etkisi gibi ayrımlara tabi tuttuğumuz Yargıtay CD ve CGK kararları yönünden de çeşitli sonuçlara ulaşılmıştır. Bu ayrımlardan ilkinin yasak ifade alma ve sorgu yöntemi

sonucunda elde edilen deliller teşkil etmektedir. Söz konusu ayırım çerçevesinde de incelediğimiz üzere CMK m. 148 kapsamında yasak ifade ve sorgu yöntemleri belirlenmiş, CMK m. 147’de de ifade ve sorgu tarzı içerisinde aydınlatma yükümlülüğüne yer verilmiştir. CMUK’da da benzer düzenlemelerin bulunduğu görülmekle beraber, CMK’ya getirilen en önemli yeniliğin, m. 148’de yer alan müdafii hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifadenin hakim veya mahkeme huzurunda şüpheli ve sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınmayacağına dair hüküm olduğu söylenebilecektir. Düzenlemenin getirilmesinin sebebini, geçmişte yaşanan acı tecrübeler sonucunda kolluğa duyulan güvensizliğin oluşturduğu söylenebilir. Yargıtay kararlarını incelediğimizde öncelikle, CGK tarafından 2002 tarihinde verilen kararla işkence ve yasak yöntem ile beyan elde edilmeye çalışılmasının insan haklarının açık ihlalini oluşturduğunun belirtildiği görülmektedir. Bu hususta Yar. CD ve CGK arasında ise bir istikrarın bulunduğu görülmektedir. Yargıtay kararları kapsamında CMK öncesi ve sonrası dönemde yasak ifade ve sorgu yöntemlerine başvuru olarak delil elde edildiğinde, bu durumun bozma sebebi oluşturduğunun kabul edildiği söylenebilir. İfade ve sorgu tarzına aykırılık bakımından ise CMUK döneminde Yargıtay bozma sebebi için hukuka aykırı işlemle hüküm arasında nedensellik bağı aramış ve kanuna aykırılığın hükmü etkilemesi gerektiğini kabul etmiştir. CMK döneminde de ise genel olarak ifade ve sorgu tarzına aykırılık bozma sebebi sayılmıştır, ama dairelerin vermiş olduğu istisnai kararlar da mevcuttur. Söz konusu istisnai kararların gerekçesini ise, ifade ve sorgu tarzına aykırılığın hükme doğrudan etkili olmadığı, sanığın savunma hakkının kısıtlanmadığı gibi hususlar oluşturmaktadır.

Koruma tedbirlerinden birini oluşturan, hukuka aykırı gerçekleştirilen arama kararının da usule uygun olarak verilmesi gerekmektedir. Bu hususta Yargıtay kararlarına bakıldığında, özellikle 7. CD ve CGK arasında bir uyum bulunmadığı ve birbirlerinin aksi yönde kararlar verdikleri görülmektedir. Zira 7. CD’nin vermiş olduğu kararlarda arama oluşana her tür hukuka aykırılık sanığın ikrarı bulursa dahi yerel mahkemenin kararının bozulması sebebini oluştururken, CGK tarafından verilen kararlarda aramalarda aykırılığın ne ölçüde olduğunun ve hukuka aykırılık sonucu elde edilen delillerin diğer delillerle desteklenip desteklenmediğinin dikkate alınarak karar verildiği söylenebilecek-

tir. Bu bakımdan 7. CD'nin arama konusunda mutlak, CGK'nın ise nispi değerlendirme yasağına yakın olduğu ifade edilebilecektir. Söz konusu kararlar 2005 sonrasında verilmiş olsa dahi, olayların gerçekleştiği tarih bakımından kararlarda CMUK'un dikkate alındığını da burada belirtmek isteriz.

Bunun yanı sıra, iletişim tespiti, dinlemesi, kaydı ve sinyal bilgileri değerlendirilmesi sonucunda elde edilen hukuka aykırı delillerin kullanılabilmesi mümkün değildir. Fakat hukuka aykırı dinleme ve kayıt sonucunda elde edilen deliller bakımından ise Yargıtay CD'leri arasında, CGK ile ve hatta CGK- CD'lerin kendi verdikleri kararlar arasında bile bir istikrar bulunmamakta olup, bu hususta çelişki hükümler mevcuttur. Öncelikle iletişimin denetlenmesi sonucunda elde edilen bulguların tek başına delil olması sorununa ilişkin olarak; Yargıtay CD ve CGK'nın somut olayın oluş şekline göre, suçun nitelendirilmesine ilişkin yeterli bilgiyi içermemesi sebebi ile iletişim denetleme tutanaklarının tek başına mahkûmiyete esas teşkil etmeyeceğini belirten kararlarının da, bu hususta herhangi bir tartışma yapılmadan söz konusu bulguların delil olarak kabul edildiği kararlarının da bulunduğu görülmektedir.

İletişimin denetlenmesine ilişkin hukuka aykırılık halleri, tedbir kararının usulüne uygun olarak verilip verilmediğine ilişkin ortaya çıkabileceği gibi, tedbir kararı hukuka uygun olmasına rağmen tedbirin hukuka aykırı bir şekilde uygulanması sebebi ile de ortaya çıkabilmektedir. Bilindiği üzere tedbir kararının verilebilmesi için gerekli koşulların varlığına katalog suçların bulunup bulunmadığına, somut delillere dayalı kuvvetli şüphe sebeplerinin ve başka suretle delil elde etme imkanının olup olmadığına ilişkin takdir yetkisi ağır ceza mahkemesine aittir. Yargıtay kararlarına bakıldığında hâkim kararı olmaksızın yapılan dinlemelerin hukuka aykırı kabul edildiği görülmektedir. Buna ilişkin kararları belirtmek malumun ilanı olacağı için çalışmamızda yer verilmemiştir. Kuvvetli şüphe bulunmaması sebebi ile iletişimin denetlenmesinin hukuka aykırı kabul edildiği kararlara ise rastlanmamıştır.

Yargıtay'ın iletişimin denetlenmesi hususunda verdiği kararların genel olarak katalog suçlar ve tesadüfi deliller üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Katalog suçlar ile ilgili olarak farklılık arz etmesi sebebi ile 8. CD'nin ve CGK'nın kararına, çalışmamız kapsamında değinilmiştir. Zira yer verdiğimiz her iki kararda da kanun metninde yer alan ka-

talog suçlara aykırı hareket edilerek elde edilen iletişim kararları hukuka aykırı kabul edilmemiştir. 8. CD'nin 2007 tarihli kararına konu somut olayda iletişimin dinlenmesi kararı kapsamında katalog suç olarak değerlendirilemeyecek bir suç, kolluk kuvvetlerince başka bir suç kapsamına sokularak iletişimin dinlenmesi kararı alınması sağlanmış ve buna rağmen daire tarafından bu delil hukuka aykırı kabul edilmiştir. CGK'nın hem katalog suç hem de tesadüfi delil kapsamında değerlendirilebilecek 2007 tarihli kararına konu olayda ise bir kısım şahısların katalog suçlar kapsamında dinlenmesi sırasında, adı geçenlerle menfaat ilişkisi olduğu saptanan Cumhuriyet Savcısı da dinlemeye takılmış ve konu soruşturma yapmakla görevli mercilere bildirilmiştir. Söz konusu yargılama sonucunda Cumhuriyet Savcısının görevi kötüye kullanma suçu işlediği kanaatine varılsa da, başlangıçtaki iddianın rüşvet suçuna ilişkin olduğu ve rüşvet suçunun da çoğu zaman görevi kötüye kullanma suçuna dönüşebileceği belirtilerek delilin hukuka uygun olduğu ifade edilmiştir. Her iki karar incelendiğinde aslında burada iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması bakımından katalog suçların nitelendirilmesinde tartışma bulunduğu söylenebilecektir.

Bilindiği üzere, tesadüfi delilleri düzenleyen CMK m. 138/2 gereği telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturma ile ilgisi olmayan ve CMK m. 135/7'da katalog suçlar kapsamında sayılan bir suçun işlendiği şüphesi doğarsa, bu durum derhal Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmelidir. Bu hususta Yargıtay CD'leri ile CGK'nın çok farklı kararları bulunmaktadır. Söz konusu kararların ise istikrar arz ettiğini söylemek zor görünmektedir. CGK'nın 2006 tarihinde vermiş olduğu bir kararda katalog suç kapsamında yer almayan tesadüfi delil hukuka uygun kabul edilmiştir. CGK'nın 2007 tarihinde verdiği başka bir kararına konu olan somut olayda CMUK'nın yürürlükte olduğu dönemde, 4422 sayılı yasa göre dinleme kararı alınmış ve burada tespit edilen tesadüfi delil Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmeden kayda devam edilmiştir. CGK bu hususta 4422 sayılı yasada tesadüfi delil düzenlemesi olmadığını belirtmiş ve iletişimin tespiti kararı olmaksızın dinlemeye devam edilmesini de hukuka aykırı bulunmuştur. Yar. 10. CD'nin 2013 tarihli çok yeni bir kararına konu olayda bir kısım sanıklar hakkında "uyuşturucu madde ticareti yapma" suçu nedeni ile iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması kararı alınmış, bu karara dayanılarak yapılan dinlemede sanıkların ay-

rıca “suç işlemek amacı ile örgüt kurma veya suç işlemek amacı ile kurulmuş örgüte üye olma” suçlarını işledikleri dinlemede anlaşılmiş, “suç işlemek amacı ile örgüt kurma” ile ilgili tapeler katalog suç kapsamında sayılmasına rağmen hukuka aykırı delil olarak kabul edilmiştir.

Çalışmamızda da görüldüğü üzere, tesadüfi deliller çerçevesinde bir başka tartışmayı, hakkında iletişimin denetlenmesi kararı bulunmayan üçüncü kişiler hakkında elde edilen tesadüfi deliller oluşturmaktadır. CGK'nın 2007 tarihli bir kararında üçüncü kişi hakkında iletişimin dinlenmesi kararı bulunmasa dahi, hukuka uygun iletişimin denetlenmesi kararı kapsamında bu kişinin konuşmaları tesadüfi delil olarak nitelendirilirken; 2006 tarihli kararında başka biri adına kayıtlı olan, bu telefonda hakkında dinleme kararı bulunmayan üçüncü kişilerin konuşma yapması sonucu elde edilen tesadüfi deliller ise hukuka aykırı sayılmıştır. 1. CD'nin 2009 tarihli kararına konu olan olayda da sanık hakkında yerel mahkemece adam öldürme suçundan mahkumiyet hükmü kurulurken, sanığın tanık ile yaptığı konuşmaya ait telefon dinleme kayıtları, tanığın içinde bulunduğu soruşturma sırasında alınan dinleme kararı kapsamında elde edildiği için suçun işlendiği dönemde tesadüfi delillere ilişkin düzenleme olmaması, tesadüfi delil sayılsa bile Cumhuriyet Savcılığı'na bildirimde bulunulmaması ve sanık hakkında iletişimin tespiti kararının da bulunmaması sebebi ile elde edilen delil hukuka aykırı sayılmıştır.

Söz konusu kararlarda, Yar. CD ve CGK'nın tesadüfi delilleri farklı yorumladıkları görülmektedir. Her farklı olayda da CD'lerin ve CGK'nın farklı bir karar verme ihtimali bulunmakta olup, elimizdeki kararlar kapsamında daire ve genel kurulun görüşü yönünde tam bir tespit bulunamamaktadır.

Ceza yargılaması çerçevesinde ayrıca özel kişiler tarafından elde edilen deliller hukuka aykırı deliller bakımından tartışılan diğer bir husustur. CMK kapsamında bu yönde bir düzenleme yer almamakta, bu konudaki belirleyici hali, delilin hukuka aykırı bir şekilde elde edilip edilmediği oluşturmaktadır. Öncelikle şu söylenebilir ki, soruşturma ve kovuşturma organlarına tanınmayan hakların özel kişilere tanınacağı düşünülemez. Özel kişi tarafından elde edilen delil insan haysiyetinin dokunulmazlığı ihlal edilerek elde edilmiş ise kullanılamayacaktır. Ancak özel kişinin özel hayatına müdahaleyi haklı kılacak bir sebep

varsa delilin değerlendirilmesi kabul edilebilecektir. Çalışmamızda da belirttiğimiz üzere özel şahıslar tarafından elde edilen deliller genellikle iletişimin denetlenmesi kapsamında ortaya çıkmaktadır. Yar. 8. CD'nin 2009 tarihli kararında sanığın katılan ile yaptığı konuşmanın katılan tarafından gizli olarak kasete kaydedilmesi ve bunun ileri sürülmesi hukuka aykırı delil olarak görülürken; Yar. CGK tarafından verilen 2010 tarihli kararda ise, katılanın, sanıklar hakkındaki şikayetine yönelik olarak gerçekleştirdiği telefon kaydı, CMK m. 135/1 ve 6'ya aykırı olması sebebi ile 5. CD tarafından yasal kanıt niteliğinde sayılmamış, CGK tarafından ise doktrin görüşlerine de atıfta bulunularak ve çok geniş bir şekilde açıklamaya da yer verilerek isabetli bir şekilde hukuka uygun sayılmıştır. Zira, kararda da belirtildiği üzere kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak, bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının da olmadığı durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaların kayda alınması halinin hukuka uygun bulunması gerekir. Kişi burada kendisine karşı işlendiğini düşündüğü suçla ilgili olarak kaybolma olasılığı bulunan kanıtların kaybolmasını engellemekte ve yetkili makamlara sunmak amacı ile güvence altına almaktadır. Burada kişinin durumu kendisine karşı yöneltilen suça ilişkin olarak meşru müdafaa benzeri bir durum kapsamında da sayılabilir²¹⁴.

Hukuk yargılaması kapsamında Yar. HD ve HGK kararları incelenirken HMK ve HMUK dönemi olmak üzere ikili ayrımın yapılması gerekmektedir. Zira, bilindiği üzere HMUK döneminde hukuka aykırı delillere ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme yer almazken, HMK döneminde getirilen 189. madde ile hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınmayacağı belirtilmiştir.

Hukuka aykırı deliller bakımından Yar. HGK ve HD kararlarına bakıldığında kararlarına genel olarak özel kişiler tarafından elde edilen ses kaydı üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Yar. 4. HD tarafından 2012 tarihli kararda, hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ses kaydına da-

214 Esasen hukuka uygun sebeplerini de kanunda sayılanlar ile sınırlamamak gerekir. Toplum yaşamı içindeki her geçen zaman sürecinde yeni hukuka uygunluk sebepleri ortaya çıkabilmektedir ve bu sebepler herhangi bir zorlukla karşılaşılmadan Ceza hukukunda etkili olabilecektir. Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 220.

yanan ve başka delil ileri süremeyen davacının manevi tazminat talebinin yerel mahkemece kısmen kabulüne ilişkin kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Yine, Yar. 4. HD tarafından verilen 2012 tarihli başka bir kararına konu olayda ise, davacı kendisi hakkında hukuka aykırı ses kasetine dayanılarak şikayette bulunulduğu gerekçesi ile şikayetçi davalıdan manevi tazminat talebinde bulunmuş, yerel mahkeme tarafından bu talep kısmen kabul edilmiştir. Söz konusu yerel mahkeme kararı, delil amaçlı ve kişinin kendisine yönelen eylemler nedeni ile ses kaydı yapılmasının hukuka uygun olduğu gerekçesi ile bozulmuştur. Her iki karardan da anlaşılacağı üzere, Yar. 4. HD hukuka aykırı delillere ilişkin karar verirken somut olay kapsamında değerlendirme yapmaktadır.

Hukuk yargılaması bakımından Yar. HGK'nın 2012 tarihli kararı hukuka aykırı deliller hususunda önemli yer teşkil etmektedir. Zira, karar doktrin görüşlerine yer vererek açıklayıcı olmanın yanı sıra, usulsüz olarak elde edilen bir delilin somut olayın özelliğine göre değerlendirilebileceği, usulsüz olarak yaratılan bir delilin ise hiçbir şekilde delil olarak kabulünün olanaklı olmadığı kabul edilmiştir.

HMK'nın yürürlüğe girmesi sonrasında Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlara bakıldığında, hukuka aykırı delil bakımından somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapıldığı anlaşılmaktadır.

HMK yürürlüğe girmeden önce verilen kararlarda Yar. 2. HD'nin 2008 tarihli kararında eşlerin birlikte yaşadıkları konuta, davalının bilgisi dışından koca tarafından hazırlanan sistemle delil elde edilmesi ve bu delilin ileri sürülmesi hukuka aykırı sayılmamıştır. Dairenin gerekçesinde eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konuta eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmeyeceği belirtilmiştir. Yar. HGK'nın 2001 tarihli kararında da boşanma davasında davacı kocanın davalı karısının günlüğünün bulunduğu yerden alarak dava dosyasına sunması somut olayın özelliğine göre delilin zorla alınmamış olmaması sebebi ile hukuka uygun kabul edilmiş ve boşanma davasının kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir dava olması itibarıyla müşterek yaşamı oluşturan mekanın gizli alan olarak kabul edilemeyeceği belirtilerek, söz konusu yerlerden alınan günlüğün hukuka aykırı şekil-

de ele geçirilmiş olduğundan bahsedilemeyeceği belirtilmiştir. HGK aşamasına gelmeden önce de Hukuk Dairesinin kararı aynı yöndedir.

Gerek 2. HD gerek HGK evliliğin sonucu olarak ortaya çıkan müş-terek yaşamda sadakat yükümlülüğünün, özel hayatın gizliliğinden daha ağırlıklı öneme sahip olduğu düşünülerek ses kaydı ve günlüğün ele geçirilmesi gibi deliller hukuka aykırı kabul edilmemiştir. Kanaati-mizce de sadakat yükümlülüğünün ihlali durumunda davada ileri sü-rülmek üzere özel kişiler tarafından elde edilen her delilin hukuk aykırı olduğu kabul edilemeyecektir. Fakat bu sadakat yükümlülüğünün her daim özel hayatın gizliliği hakkına nazaran daha önemli olduğu anlamına gelmemelidir. Zira sadece basit bir şüpheye, varsayıma dayanan durumlarda delil elde edilmesi yoluna gidilmesi ve bu delilin sis-tem kurularak uzun süreyi kapsayacak şekilde elde edilmeye çalışılma-sı hukuka aykırı nitelik taşımaktadır.

Bunun yanı sıra HGK'nın 2003 ve 13. HD'nin 2000 tarihli kararında video kaset ve teyp kaydı gibi kayıtların tek başına delil niteliğine haiz olmadığı, yan delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmiş olup, yukarı-da yer verdiğimiz kararlarda ise kayıtların tek başına delil olarak de-ğerlendirildiği de görülmektedir.

Yukarıda geniş olarak açıkladığımız ve sonuç bölümünde özet ola-rak yer verdiğimiz üzere, gerek ceza yargılaması gerek hukuk yargıla-masında hukuka aykırı deliller hususunda farklı kararlar verilmektedir. Genel olarak eğilimin, somut olayın durumuna göre hukuka aykırı de-lillerin dikkate alınıp alınmayacağı yönünde olduğu söylenebilir. Fakat bu eğilim sonucunda hukuk ve ceza yargılamasında kimi zaman doğru saptamaların yapıldığı kimi zaman ise hatalı sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir.

Kanaatimizce de hukuka aykırı deliller söz konusu olduğunda hukuk yargılamasında da ceza yargılamasında da somut olayın de-ğerlendirilmesi sonucunda bir delilin hukuka aykırı olup olmadığı tespiti yapılmalıdır. Örnekler üzerinden gidersek, hakkında kaçak olması se-bebi ile yakalama kararı bulunan ve hukuka aykırı dinleme sonucunda yeri bulunan bir sanığın yakalanması durumunda, hukuka aykırı dinle-meye dayanan bu yakalamanın hukuka aykırı olduğundan söz edilebi-lir mi?

Kanımızca, burada hukuka aykırı delile dayandığı gerekçesi ile sanığın hukuka aykırı olarak yakalandığından ve bırakılması gerektiğinden söz edilemeyecektir. Zira bunun aksi yönünde bir görüş kolluk kuvvetlerinin elini kolunu bağlayacaktır.

Hukuk yargılaması bakımından da örnek vermek mümkündür. Örneğin, karısının bir başkası ile ilişkisi olduğunu düşünen eş, bu ilişkiyi ortaya çıkarmak amacıyla, karısını gözetlemek için bir kişi tutar ve bu kişi de karısının gittiği her yere giderek ilişkisi olduğunu gösteren çekimler yaparsa bu hukuka aykırı delil boşanma davasında kullanılabilir mi? Ya da karısının ilişkisi olduğu konusunda uzun takip yapmayan fakat bir başka kişi ile öpüştüğünü gören koca bu durumda boşanma davasına delil olması için fotoğraf çekerse bu fotoğraf delil olarak kullanılabilir mi?

Kanaatimizce bu gibi durumlarda, meşru savunma veya meşru savunma benzeri hukuka uygunluk sebeplerinden yola çıkarak çözüm bulmak olanaklıdır. Nasıl ki, ceza yargılamasında, kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen hakaret veya tehdit gibi eylemlere karşı, başka suretle delil elde imkânının yokluğu durumlarında, aldığı dinleme kaydını, meşru savunma benzeri bir durum olarak görüp hukuka uygun delil kabul edebiliyorsak; özel hukuk uyuşmazlıklarında da, haksız fiil teşkil eden eylemler karşısında aynı sonuca ulaşabilmek olanaklıdır.

Bunun yanı sıra, ceza sorumluluğunu kaldıran hallerin gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz hataya düşüldüğü takdirde de eylem hukuka uygun kabul edileceğinden, bu şekilde elde edilen delillerin de özel hukuk uyuşmazlıklarında kullanılabilmesi gerekir. Söz gelimi, eşini varsayılan rızasına dayanıp daha önceki tecrübelerinden de yola çıkarak, karısının günlüğünü izinsiz olarak inceleyen kişinin, bu suretle elde ettiği delilleri boşanma davasında kullanabilmesi mümkündür. Bu gibi durumlarda, söz konusu günlüğü izinsiz olarak inceleyen eş, karısının daha önce göstermiş olduğu rızaya dayanarak, hukuka uygunluk sebebinin gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmektedir. Bu ise, elde edilen delili hukuka uygun hale getirebilmektedir. Tabii ki, burada, hatanın kaçınılmaz olup olmadığı her somut olay dikkate alınarak değerlendirme yapılmalıdır.

Son bir örnek olarak, bir çiftin rıza ile cinsel ilişkiye girdiği sırada, cinsel ilişkiye giren erkeğin bu ilişkiyi kadının haberi olmaksızın kame-

raya çekmesi durumunun hukuka aykırı olduğu açıktır. Peki bu ilişki sonrasında kadın tarafından kendisine cinsel saldırı uygulandığı iddiası ile savcılığa başvurulması durumunda, kameraya çeken erkek, cinsel saldırının olmadığını kanıtlamak için bu hukuka aykırı çekimi ileri sürebilir mi? Dikkat edilecek olursa burada, hukuka aykırı deliller sorusunda ortaya çıkan tipik sorundan farklı olarak, kişinin suçsuzluğunun kanıtlanması için hukuka aykırı delili kullanabilip kullanamayacağı problemi vücut bulmaktadır. Yine, bu olay bakımından sorulabilecek bir diğer soru, bu kişilerin eşleri muhtemel açabilecekleri boşanma davasında bu hukuka aykırı elde edilen kaydı kullanabilir mi? Bu soruların cevabını açık bırakmakla birlikte, gerçekleştirilen çekimin ceza hukuku açısından suç teşkil etmesi, herhangi bir ceza davasında kullanılmak amacıyla yapılmamış olması, gerçekleşen yeni durum karşısında suç oluşturan eyleminin ortaya çıkardığı ürünün kendisini aklayabilecek bir delil hüviyeti kazanması ve ceza yargılaması hukukundaki temel ilkenin sanığa yüklenen suçun hukuka aykırı delillerle kanıtlanamaması gibi hususlar dikkate alınarak tartışmanın yürütülmesinde yarar bulunduğunu düşündüğümüzden dolayı ortaya çıkan bu soruların cevaplarını hukuk kamuoyuna bırakarak, bu hususların tartışılmasını arzu ediyoruz.

İzah ettiğimiz üzere, gerek ceza yargılaması gerek hukuk yargılamasında her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılmalı ve buna göre delilin hukuka aykırı olup olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Son olarak her iki hukuk dalında hukuka aykırı deliller sorununa bağlanan sonuçların, birbirlerine etkilerine de kısaca değinmek gerekir. Ceza muhakemesinde mutlak değerlendirme yasağına tabi tutularak hiçbir surette kullanılmayan delillerin, medeni muhakeme hukukunda da hukuka aykırı delil sayılması ve bir vakianın ispatında dikkate alınmaması gerekir. Benzer şekilde nispi ölçütler uygulanarak ceza soruşturma ve kovuşturmalarında değerlendirilmesine izin verilen delillerin de medeni muhakemede kullanılabilmesi gerekir. Yine medeni muhakeme hukukunda hukuka aykırı delil olarak kabul edilip bir vakianın ispatında dikkate alınmayan delil, ceza muhakemesinde de kullanılamamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKİL Cenk, “*Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 61, Yıl: 2012.
- AKYÜREK Güçlü, “*Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 101, Yıl: 2012.
- ALTUNKAŞ Aysun, **Hukuka Aykırı Delil Teorisinde İfade ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006.
- ARPACI Abdülkadir, , “*Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilen Delillere İlişkin HMK 189/II Hükmünün Aile Hukuku Sorunları Bakımından Yansımaları*”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: XI, Sayı: 1 Yıl: 2014.
- ARSLAN Çetin, “*Ceza Hukukunun Tabkime Etkileri*”, Der: Selahattin Sarı, Alp H. Gencer, İlyas Sözen, **International Conference On Eurasian Economies 2013**, St Petersburg-Russia.
- ATEŞ Mustafa, “*Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl: 3, Sayı: 18, Şubat 2008.
- BIÇAK Vahit, **Suç Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008.
- CENTEL Nur, ZAFER Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2013.
- DEMİRBAŞ Timur, **Şüphelinin İfadesinin Alınması**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011.
- ERDAĞ Ali İhsan, “*İletişimin Denetlenmesi Kapsamında İki Önemli Sorun Olarak: Mağdurun İletişiminin Tespiti ve İletişimin Mağdur Tarafından Kaydedilmesi*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 92, Yıl 2011.
- ERDEM M. Ruhan, “*5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*”, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale2.htm>, (Erişim Tarihi: 05.08.2014).
- İÇEL Kayıhan, “*Sorgulamada Hukuka Aykırılık*”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 1998.
- KARSLI Abdurrahim, **Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı**, Alternatif Yayınevi, İstanbul 2011.

- KARTAL Adem, “*Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi Sırasında Tesadüfen Elde Edilen Deliller*”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Yıl 5, S. 49, Eylül 2010.
- KAYMAZ Seydi, **Ceza Muhakemesinde Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- KAYMAZ Seydi, **Uygulamada ve Teoride Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.
- KESKİN Serap, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**, Alfa Yayınevi, İstanbul 1997.
- KILIÇOĞLU Evren, **Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Kullanılması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı, Özel Hukuk Bilim Dalı, Doktora Tezi, İstanbul 2011.
- KOCA Mahmut, “*Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasası*”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, S. 1-2, Yıl:2000.
- KUDLICH Hans, “*Bağımlı Delil Değerlendirme Yasaklarının Gerçekleşmesinde Kanıtama Yükünün Dağıtımı İçin Bir Model Olarak Objektif İsnadiyet Teorisi*” (Çeviren: İlker Tepe), Editör: Yener Ünver, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil ve İspat**, Seçkin Yayınevi, Ankara, Ekim 2014.
- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Birinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Kasım 2009.
- KUNTER Nurullah, YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İkinci Kitap, 17. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Nisan 2010.
- KURU Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Altıncı Baskı, Cilt: 2, Demir Demir Müşavirlik ve Yayıncılık Ltd. Şti., İstanbul, 2001.
- MERAN Necati, **İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Takibin Hukuki Boyutu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖZBEK Veli, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- ÖZBEK Veli Ö., KANBUR M. Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Eylül 2012.
- ÖZBEK Veli Özer, KANBUR Nihat, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, TEPE İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Genişletilmiş ve Geliştirilmiş 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara Eylül 2014.
- ÖZTÜRK Bahri, “*Yeni CMK’da Delil Yasakları*”, **Uğur Alacakaptan’a Armağan**, Cilt 1, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

- ÖZTÜRK Bahri, TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, SIRMA Özge, SAYGILAR F. Yasemin, ALAN Esra, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.
- PEKCANITEZ Hakan, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 14. Bası, Ankara 2013.
- PEKCANITEZ Hakan, “*Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*”, **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- ROXİN Claus, “*İspat Hukukunun Esasları*”(Çeviren: Yener Ünver), **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2.
- SOYASLAN Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- ŞAHBAZ İbrahim, **İletişimin Denetlenmesi ve Yasak Deliller**, Yetkin Yayınevi, Ankara 2009.
- ŞAHİN Cumhur, **Ceza Muhakemesi Hukuku I**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.
- ŞAHİN Cumhur, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Deliller Ve Değerlendirme Sorunu*”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998.
- ŞAHİN Cumhur, “*Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi*”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S.1-2, Yıl 2007.
- ŞEN Ersan, “*Uydurma Delil-Hukuk Aykırı Delil*”- **Yorumluyorum V**, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2014.
- ŞEN Ersan, **Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Muhbir**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2012.
- TANRIVER Süha, “*Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun Değerlendirilmesi*” **Makalelerim-II (2006 – 2010)**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 98, Ekim 2014.
- TOSUN Öztekin, **Ceza ve Medeni Muhakeme Hukuku Açısından Hukuka Aykırı Yollarla Elde Edilmiş Delillerin İspat Kuvveti**.
- ÜNVER Yener, HAKERİ Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.
- YILDIRIM Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1990.
- YILDIRIM Kamil, “*Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller*”, **Erdoğan Teziç’e Armağan**, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul 2007.

YURTCAN Erdener, “*Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Delillere Dayanma Yasağı*”, **Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**, İstanbul 1998.

(www.tbmm.gov.tr)

<http://www.adaletbiz.com/yargitay-kararlari/yargitay-10-ceza-dairesi-karari-iletisim-tespiti-h8667.html> (Çevrimiçi; 06.08.2014)

www.kazanci.com

6545 SAYILI KANUNLA CEZA MEVZUATIMIZA GETİRİLEN DEĞİŞİKLER

Arzu Buşra BAYRAKDAR

Stj. Av. Burak AKIN

Çalışmamızda, Haziran ayında 6545 sayılı kanun¹ ile Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku alanında getirilen değişiklikler incelenecektir. Bu kapsamda, yapılan değişikliklerin daha kolay anlaşılabilmesi amacıyla eski ve yeni metinler karşılaştırmalı tablolar ile aktarılmaya çalışılacak, madde gerekçelerine ve komisyonda yapılan tartışmalara yer verilecektir. Bunun yanı sıra, değişiklik gerekçelerinde, getirilen düzenlemelerin sebeplerine yer verildiğinden dolayı, tekrara düşmemek adına, her madde ile ilgili açıklama yapılmayacak, sadece ileride tartışma doğurabilecek hususlara değinilecektir.

I. TÜRK CEZA KANUNU VE ÖZEL KANUNLARDA YER ALAN CEZA HÜKÜMLERİNDE 6545 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. ÖZEL KANUNLARDA YER ALAN CEZA HÜKÜMLERİ

1. 12/6/1933 tarihli ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanun Madde 23:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 1)

12/6/1933 tarihli ve 2313 sayılı Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanununun 23 üncü maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve fıkraya birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

1 28 Haziran 2014 tarihli, 29044 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan “Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

“Münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(Ek fıkra: 23/01/20085728 S.K./77. mad) Münhasıran esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır.</p>	<p>(Ek fıkra: 23/1/2008-5728/77 md.; Değişik birinci cümle: 18/6/2014-6545/1 md.) Esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi dört yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/1 md.) Münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrarı elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu madde kapsamında ekim yapma ibaresinden, tohumun toprağa ekilmesinden ürünün hasadına kadarki süreç anlaşılır.</p>

AÇIKLAMALAR

2313 sayılı Kanununun 23. maddesinin 5. fıkrasında esrar elde etmek amacıyla kenevir ekilmesi suç tipi düzenlenmektedir. Söz konusu değişiklikten önce münhasıran esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişinin bir yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmekteyken, hükmün yeni halinde cezaların ağırlaştırılması yoluna gidildiği anlaşılmaktadır. Şöyle ki, maddenin yeni hali çerçevesinde artık esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapan kişi dört yıldan oniki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Hal böyle olmakla beraber, kenevir ekimi kişinin münhasıran kendi kullanımı için esrar elde etmesi amacına yönelikse, söz konusu ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası olarak tayin edilecektir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi ise aşağıdaki gibidir.

GEREKÇE

“Esrar maddesi, genellikle kırsal alanlarda yasadışı ekimi yapılan kenevir bitkilerinden elde edilmektedir. Diğer yandan, esrar maddesi, kolluk kuvvetleri tarafından ülkemizde en çok yakalanan, uyuşturucu bağımlıları tarafından en sık kullanılan ve vatandaşlarımızı önemli ölçüde tehdit eden uyuşturucu olma özelliğine sahiptir. Mevcut düzenlemede, münhasıran esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapanlara verilecek ceza bir yıldan yedi yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir.

Esrar elde etmek amacıyla kenevir ekimi suçu özellikle kırsal alanlarda yaygın bir şekilde işlenmeye devam ettiğinden, bu suç için öngörülen cezanın istenen düzeyde bir caydırıcılık sağlamadığı görülmektedir. Ülkemiz açısından önemli bir tehdit unsuru olan, aynı zamanda terör örgütlerinin en önemli gelir kaynaklarından birini oluşturan yasadışı kenevir ekimi suçuyla daha etkin mücadele edebilmek amacıyla suç için öngörülen ceza önemli miktarda artırılmaktadır.

*Öte yandan, **ceza adaleti bakımından**, kişinin münhasıran kendi kullanımı için ihtiyaç duyduğu esrari elde etmek amacıyla kenevir ekimi yapması halinde, ceza miktarı daha az olacaktır.”*

2. 22/04/1983 tarihli ve 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanunu Madde 114:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 40)

2820 sayılı Kanununun 114 üncü maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Gerçek dışı üye kaydı yapılması:

MADDE 114- Siyasi partiye yazılı üyelik başvurusu bulunmayan veya mevcut olmayan kişileri gerçeğe aykırı olarak üye kaydedenler hakkında bir aydan üç aya kadar hapis ve elli günden iki yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>MÜKERRER KAYIT: Madde 114 - Bu Kanununun 6 ncı maddesinin 2 nci ve 3 üncü fıkralarına aykırı hareket edenler, otuz milyon liradan yetmişbeş milyon liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılırlar. Aynı kişiyi bilerek mükerreren üye kaydedenler ile başvurusu bulunmayan veya mevcut olmayanları üye gibi gösterip kaydedenler, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.</p>	<p>GERÇEK DIŞI ÜYE KAYDI YAPILMASI: MADDE 114 - Siyasi partiye yazılı üyelik başvurusu bulunmayan veya mevcut olmayan kişileri gerçeğe aykırı olarak üye kaydedenler hakkında bir aydan üç aya kadar hapis ve elli günden iki yüz güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”</p>

AÇIKLAMALAR

Siyasi Partiler Kanunu madde 114 ‘Mükerrer Kayıt’ başlığı altında, aynı kanununun 6. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenen hususlara aykırılık taşıyan eylemleri yaptırma tabi tutmaktaydı². 6545 sayılı Kanun sonrasında hükmün hem içeriği hem de başlığı değişime uğramıştır. “Gerçek Dışı Üye Kaydı Yapılması” başlığını taşıyan yeni hükme göre, siyasi partiye yazılı üyelik başvurusu bulunmayan veya mevcut olmayan kişileri gerçeğe aykırı olarak üye kaydedenler hakkında bir aydan üç aya kadar hapis ve elli günden iki yüz güne kadar adli para cezasına hükmedilecektir.

2 2820 sayılı Kanun md. 6; “Her Türk vatandaşı, kanunda ve parti tüzüğünde gösterilen şartlara ve usullere göre siyasi partilere üye olma ve dilediği anda üyelikten çekilme hakkına sahiptir. Kimse, aynı zamanda birden fazla siyasi partinin üyesi olamaz, aksi halde üyelik sıfatı bu siyasi partilerin hepsinde birden sona ermiş sayılır. Kimse, bir partinin birden fazla teşkilat birimine üye kaydolamaz, aksi halde son kayıt tarihinden önce yapılmış olan üyelik kayıtları geçersizdir.”

3. 11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler:

a. Madde 9/A; “Elektronik Tebligat”

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 87)

11/10/2006 tarihli ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanuna 9 uncu maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Elektronik tebligat

MADDE 9/A- (1) Bu Kanun ve 7/2/2013 tarihli ve 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanunun uygulanması kapsamında yapılacak tebligatlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanununun 7/A maddesinde düzenlenen elektronik tebligata ilişkin usullere bağlı olmaksızın, elektronik ortamda tebliğ edilebilir ve tebligata elektronik ortamda cevap verilmesi istenebilir. Bu şekilde yapılan tebligatlar karşı tarafa ulaştığında tebliğ edilmiş sayılır.

(2) Başkanlık, elektronik ortamda yapılacak tebligatla ilgili her türlü teknik altyapıyı kurmaya veya kurulmuş olanları kullanmaya, tebliğe elverişli elektronik adres kullanma ve cevapların elektronik ortamda verilmesi zorunluluğu getirmeye, elektronik ortamda tebliğ yapılacaklar ile elektronik ortamdaki tebligata ilişkin diğer usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.”

GEREKÇE

“Bilgi ve iletişim teknolojileri kullanılarak aklama ve terörün finansmanına yönelik eylemlerin anlık olarak gerçekleştirilebildiği günümüzde, bu suçlarla mücadelenin de aynı ölçüde sürat ve gizlilik içerisinde yürütülmesi gerekmektedir. Bu nedenle 5549 sayılı Kanun ile 6415 sayılı Kanun kapsamında Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığına verilen bir kısım görevlerin ifası ve icrası aşamasında, talep ve bildirimlerin anlık iletilme zorunluluğunun yanı sıra iletişimin de anlık, hızlı ve kolay şekilde gerçekleştirilme ihtiyacı bulunmaktadır. Söz konusu görevler kap-

samında kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilere yapılacak tebligatların süratli ve güvenli yapılması ve bu yükümlülüklerin derhal yerine getirilmesi zorunluluk arz etmektedir.

Bu çerçevede ivedilik ve gizlilik gereksinimleri göz önünde bulundurularak anılan yasal düzenlemeler ve ilgili mevzuat kapsamında yapılacak talep ve bildirimlere ilişkin tebligat işlemlerinin, Başkanlığın iş süreçlerini destekleyici özel düzenlemelerle yürütülmesi gerekmektedir.

Maddeyle başkanlığa verilen görevlerin yerine getirilmesini temin etmek üzere elektronik yoldan anlık güvenli iletişim yapıları olarak gizlilik içerisinde hızlı çalışma ortamının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilere iletilecek talep ve bildirimlerin mümkün olabilecek en hızlı ve güvenli şekilde sorumlusuna ulaştırılması ve cevapların yine bu güvenli ağ aracılığıyla alınması planlanmaktadır. Bu vesile ile kuruma verilen aklama ve terörün finansmanı ile mücadele görevlerinin daha etkin yürütülebilmesi hedeflenmektedir.”

b. Madde 13; “Yükümlülük Halinde İdari Ceza”

Değişiklik Hükmü (6545 s. k. Madde 88)

5549 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı maddeye dördüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş ve mevcut beşinci fıkrası yedinci fıkraya olarak teselsül ettirilmiştir.

“(4) Bu Kanununun 9/A maddesi gereğince getirilen elektronik tebligata ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit edilen kişi, kurum veya kuruluşlara Başkanlık tarafından her bir tespit için on bin Türk lirası idari para cezası uygulanır. Bu şekilde bir yıl içinde uygulanacak idari para cezasının toplam tutarı iki yüz elli bin Türk lirasını geçemez.”

“(5) Maddenin ilk üç fıkrası kapsamında uygulanacak idari para cezasının toplam tutarı; her bir yükümlülük için, ihlalin yapıldığı yıl itiba-

rıyla, birinci fıkrada kapsamında iki kat olarak uygulanacak yükümlüler için on milyon Türk lirasını, bunlar dışında kalan yükümlüler için bir milyon Türk lirasını aşamaz. Üst tutardan ceza uygulanan yükümlüler nezdinde takip eden yılda aynı neviden bir yükümlülük ihlali olması durumunda bu hadler iki kat olarak uygulanır.

(6) Yükümlülüğün ihlal edildiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra idari para cezası verilemez.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>YÜKÜMLÜLÜK İHLALİNDE İDARİ CEZA</p> <p>MADDE 13 - (1) Bu Kanunun 3 ve 6 ncı maddeleri ile 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülüklerden herhangi birini ihlal eden yükümlülere Başkanlıkça beşbin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. Yükümlünün banka, finansman şirketi, faktoring şirketi, ikrazatçı, finansal kiralama şirketi, sigorta ve reasürans şirketi, emeklilik şirketi, sermaye piyasası kurumu veya yetkili müessese olması halinde, idari para cezası iki kat olarak uygulanır.</p> <p>(2) Bu Kanunun 3 üncü maddesi ile 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülükler uymaması durumunda yükümlülüğü yerine getirmeyen görevliye de ayrıca ikibin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir.(2) (...)</p> <p>(3) Bu Kanunun 5 inci maddesinde yer alan yükümlülükler uymayan yükümlülere, eksikliklerin giderilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması için 30</p>	<p>YÜKÜMLÜLÜK HALİNDE İDARİ CEZA:</p> <p>MADDE 13 - (1) Bu Kanunun 3 ve 6 ncı maddeleri ile 4 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan yükümlülüklerden herhangi birini ihlâl eden yükümlülere Başkanlıkça beşbin Yeni Türk Lirası idarî para cezası verilir. Yükümlünün banka, finansman şirketi, faktoring şirketi, ikrazatçı, finansal kiralama şirketi, sigorta ve reasürans şirketi, emeklilik şirketi, sermaye piyasası kurumu veya yetkili müessese olması halinde, idarî para cezası iki kat olarak uygulanır.</p> <p>(2) Mülga: 6545 sayılı kanunun 88. maddesinin birinci fıkrası gereğince</p> <p>(3) Bu Kanunun 5 inci maddesinde yer alan yükümlülükler uymayan yükümlülere, eksikliklerin giderilmesi ve gerekli tedbirlerin alınması için 30 günden az olmamak üzere süre verilir. Verilen süre içinde eksiklikleri gidermeyen ve gerekli tedbirleri almayan yükümlülere birinci fıkrada hükümleri uygulanır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>günden az olmamak üzere süre verilir. Verilen süre içinde eksiklikleri gidermeyen ve gerekli tedbirleri almayan yükümlülere birinci fıkra hükümleri uygulanır.</p> <p>(4) Yükümlülüğün ihlal edildiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra idari para cezası verilemez.</p> <p>(5) Bu madde ile ilgili diğer usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.</p>	<p>(4) Bu Kanununun 9/A maddesi gereğince getirilen elektronik tebligata ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediği tespit edilen kişi, kurum veya kuruluşlara Başkanlık tarafından her bir tespit için on bin Türk lirası idari para cezası uygulanır. Bu şekilde bir yıl içinde uygulanacak idari para cezasının toplam tutarı iki yüz elli bin Türk lirasını geçemez.</p> <p>(5) Maddenin ilk üç fıkrası kapsamında uygulanacak idari para cezasının toplam tutarı; her bir yükümlülük için, ihlalin yapıldığı yıl itibarıyla, birinci fıkra kapsamında iki kat olarak uygulanacak yükümlüler için on milyon Türk lirasını, bunlar dışında kalan yükümlüler için bir milyon Türk lirasını aşamaz. Üst tutardan ceza uygulanan yükümlüler nezdinde takip eden yılda aynı neviden bir yükümlülük ihlali olması durumunda bu hadler iki kat olarak uygulanır.</p> <p>(6) Yükümlülüğün ihlal edildiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra idari para cezası verilemez.</p> <p>(7) Bu madde ile ilgili diğer usûl ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.”</p>

GEREKÇE

“Maddeyle değiştirilen dördüncü fıkrayla Kanununun 9/A maddesi ile getirilen düzenleme kapsamında elektronik tebligata uygun bir iletişim altyapısı oluşturulmaması da dahil olmak üzere getirilen yükümlülükler uymayan kişi, kurum ve kuruluşlara idari para cezası uygulanması öngörülmekte ve bu cezalar için üst sınır belirlenmektedir.

Beşinci fıkrayla Kanun kapsamında her bir işlem için uygulanan idari para cezalarına Kanununun 3. 4 ve 5 inci maddelerinde belirtilen yükümlülükler için üst limit getirilmekte, takip eden yılda aynı neviden yükümlülük ihlalinin olması halinde, cezanın caydırıcılığı açısından en üst ceza haddinin artırımı olarak uygulanması amaçlanmaktadır.

Altıncı fıkrayla uygulanan cezalara karşı yargı mercii olarak idare mahkemeleri belirlenmekte ve başvuruların tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde yapılabileceği hükmü getirilmektedir.

5549 sayılı Kanunda beş yıl olarak düzenlenen soruşturma zamanaşımı süresi daha sonra yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabatlar Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrasının (c) alt bendi ile üç yıla indirilmiştir. Ancak 5549 sayılı Kanun kapsamında kesilen idari para cezalarında inceleme ve yargı süreçleri dikkate alındığında idari para cezalarının üç yıl içerisinde kesinleşmesinde sıkıntılar yaşanmaktadır. Yedinci fıkrayla soruşturma zamanaşımı süresi yönünden uygulamada yaşanan sorunların giderilmesi ve idari para cezalarının uygulanabilir hale getirilmesi öngörülmektedir. “

4. 21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu Madde 3:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 89)

21/3/2007 tarihli ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun 3 üncü maddesinin; ikinci fıkrasında yer alan “sahte belge kullanmak suretiyle” ibaresi “aldatıcı işlem ve davranışlarla” şeklinde, “bir yıldan” ibaresi “iki yıldan” şeklinde; üçüncü fıkrasında yer alan “altı aydan iki

yıla” ibaresi “bir yıldan üç yıla” şeklinde; dördüncü fıkrasında yer alan “sahte belgeyle yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, altı aydan üç yıla” ibaresi “hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bir yıldan üç yıla” şeklinde; beşinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla” ibaresi “bir yıldan üç yıla” şeklinde; altıncı fıkrasında yer alan “üç aydan bir yıla” ibaresi “altı aydan iki yıla” şeklinde; sekizinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla” ibaresi “bir yıldan üç yıla” şeklinde; dokuzuncu fıkrasında yer alan “İhracat gerçekleştirmediği halde gerçekleştirilmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlayan” ibaresi “İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleştirmediği hâlde gerçekleştirilmiş gibi gösteren ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik gösteren” şeklinde; onuncu fıkrasında yer alan “kaçakçılık suçunu işleyen kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır” ibaresi “yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz” şeklinde; on birinci ve on sekizinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, on dokuzuncu ve yirminci fıkralar yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(11) Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı;

- a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,
- b) Satışa arz eden veya satan,
- c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolünür.”

“(18) Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri;

- a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,

b) Satışa arz eden veya satan,

c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

“(22) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan eşyanın değerinin fahiş olması hâlinde, verilecek cezalar yarısından bir katına kadar artırılır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>KAÇAKÇILIK SUÇLARI</p> <p>MADDE 3 - (Değişik madde: 28/03/2013-6455 S.K./54. md)</p> <p>(1) Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır.</p> <p>(2) Eşyayı, sahte belge kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(3) Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.</p>	<p>KAÇAKÇILIK SUÇLARI</p> <p>MADDE 3 – (Değişik: 28/3/2013-6455/54 md.)</p> <p>(1) Eşyayı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Eşyanın, gümrük kapıları dışından ülkeye sokulması halinde, verilecek ceza üçte birinden yarısına kadar artırılır.</p> <p>(2) Eşyayı, aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(3) Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımda bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(4) Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, sahte belge ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(5) Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(6) Özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(7) İthal kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokan kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İthal kanun gereği yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır.</p>	<p>(4) Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(5) Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticarî amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(6) Özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(7) İthal kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeye sokan kişi, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde, iki yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. İthal kanun gereği yasak eşyayı, bu özelliğini bilerek satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, aynı ceza ile cezalandırılır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(8) İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkararak kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(9) İhracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlayan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında yüzde onu aşmayan bir fark bulunması halinde, sadece 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.</p> <p>(10) Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, kaçakçılık suçunu işleyen kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(11) Akredite laboratuvar analiz sonucuna göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen, yasal yollarla Türkiye’de serbest dolaşıma girdiği belgelendirilemeyen veya menşei belli olmayan akaryakıtı; üreten, satışı arz eden, satan, bulunduran, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın alan, taşıyan veya saklayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>...</p>	<p>(8) İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkararak kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(9) İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleşmediği hâlde gerçekleşmiş gibi gösteren ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik gösteren kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında yüzde onu aşmayan bir fark bulunması halinde, sadece 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.</p> <p>(10) Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olmaz.</p> <p>(11) (Değişik: 18/6/2014-6545/89 md.) Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı;</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(18) Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri üreten, yurda sokan, ticarî amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(19) Ambalajlarında taklit bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri üreten veya yurda sokanlar, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile; bu ürünleri ticarî amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(20) Tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin ambalajları üzerinde bulunan ürün bilgileri ile bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretlerin içerdiği bilgilerin farklı olması halinde, bu ürünleri üreten, ithal edenler ile ticarî amaçla bulunduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p>	<p>a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,</p> <p>b) Satışa arz eden veya satan,</p> <p>c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,</p> <p>kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükümlenir.</p> <p>...</p> <p>(18) (Değişik: 18/6/2014-6545/89 md.) Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri;</p> <p>a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,</p> <p>b) Satışa arz eden veya satan,</p> <p>c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,</p> <p>kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükümlenir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
(21) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiiller, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır.	<p>(19) (Mülga: 18/6/2014-6545/89 md.)</p> <p>(20) (Mülga: 18/6/2014-6545/89 md.)</p> <p>(21) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fiiller, teşebbüs aşamasında kalmış olsa bile, tamamlanmış gibi cezalandırılır.</p> <p>(22) (Ek: 18/6/2014-6545/89 md.) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan eşyanın değerinin fahiş olması hâlinde, verilecek cezalar yarısından bir katına kadar artırılır.</p>

AÇIKLAMALAR

2007 yılında yürürlüğe giren 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun kaçakçılık fiillerini tanımlayan 3. maddesi günümüze dek, konunun içerdiği önem kaynaklı olarak, birçok kez değişikliğe uğramıştır. 6455 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe dek madde içerisinde hem suçlar hem de kabahatler düzenlenmekteyken, söz konusu kanun sonrasında 3. maddede yalnızca suç niteliğindeki fiiller düzenlenmeye başlanmıştır. Maddenin başlık ve içeriğindeki bu değişikliğin genel gerekçesi ise şu şekildedir;

“5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5 inci maddesinde 5237 sayılı Kanunun genel hükümlerinin özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar bakımında da uygulanacağı düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3 üncü maddesinde de, 5326 sayılı Kanunun genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler bakımında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler gereğince mülga 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele

Kanununun suç ve kababate ilişkin genel düzenlemelerinin 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5326 sayılı Kababatlar Kanunu ile uyumlu hale getirilmesi amacıyla 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu yürürlüğe konulmuştur.

Ancak, 5607 sayılı Kanunda yer alan kababat fiillerinin birçoğu ya da bu kababat fiillerinin benzerleri aynı zamanda 4458 sayılı Gümrük Kanununda kababat olarak düzenlenmiş ve ayrı cezalar öngörülmüştür. 5607 sayılı Kanunda yer alan kababatlerin ancak kasten işlenebileceği hükme bağlanmışken, 4458 sayılı Kanunda idari para cezası verilebilmesi için söz konusu fiillerin taksirle işlenmesi yeterli görülmüştür.

Gümrük idareleri, fiilin 4458 sayılı Kanunda da yer alması halinde, hem 4458 sayılı Kanun hükümleri uyarınca idari para cezası düzenlenmekte, hem de fiilin kasıtlı işlenip işlenmediği hususunu mahkemelerin takdirinde görmeleri nedeniyle, fiilde kasit unsuru bulunup bulunmadığı yönünden araştırma yapmaksızın 5237 sayılı Kanun ve 5607 sayılı Kanun hükümleri uyarınca konu Cumhuriyet Başsavcılıklarına intikal ettirmektedir.

Aynı fiil için birden fazla Kanunda hüküm bulunması, aynı fiil için iki ayrı ceza uygulanmasına ve iki ayrı dava açılmasına ve gümrük idarelerinin yanı sıra yargının yükünün de artmasına neden olmaktadır. Tasarı ile, 5607 sayılı Kanunda yer alan “kababat” fiilleri 4458 sayılı Kanuna aktarılacak mükerrerliğin giderilmesi ve mevzuatın sadeleştirilmesi amaçlanmaktadır. ...”

6545 sayılı Kanun çerçevesinde de gerek suçun maddi unsurunu teşkil eden fiil gerekse suça bağlanan ceza bakımından bir takım yenilikler olduğu anlaşılmaktadır. Sırasıyla söz konusu değişiklikler şu şekildedir;

a. 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2. fıkrası değişiklikten önce “Eşyayı, sahte belge kullanmak suretiyle gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.” hükmünü içermekteydi. Değişiklik sonrasında ise, ‘sahte belge kullanmak suretiyle’ ibaresi metinden çıkarılarak gümrük vergilerinin kısmen veya

tamamen ödenmeksizin ülkeye sokulması eyleminin her türlü **aldatıcı işlem ve davranışla** gerçekleştirilmesine imkân sağlanılmıştır. Böylelikle bu fıkra çerçevesinde cezalandırılabilen fiillere ilişkin saha çok daha geniş bir hal almıştır. Aynı zamanda hapis cezasının alt sınırı da bir yıldan iki yıla yükseltilmiştir.

Hükmün önceki halinde sahte belge ile sınırlandırılan hileli davranışların sınırlarının genişletilmesi 4. fıkranın da ele alınmasını gerektirmiştir. Bu çerçevede de fıkranın son hali şöyledir; *“Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dâbilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı, **hile ile yurt dışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, bir yıldan üç yıla** kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”*

b. 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu madde 3/9 “Hayali ihracat Suçu’nu” düzenlemektedir. Hayali ihracat hak edilmemiş bir devlet yardımının hileli yollar ile temin edilmesidir. 6545 sayılı Kanun ile bu madde de değişikliğe uğramıştır.

Değişiklikten önceki düzenlemede ihracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlamak şeklindeki hareketler hayali ihracat suçuna sebebiyet vermekteydi. Yeni düzenleme sonrasında ise bu suç oluşturulan tipik hareketler, ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla, ihracat gerçekleşmediği halde, gerçekleşmiş gibi gösterilmesi ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatının değişik gösterilmesi olarak değiştirilmiştir.

Görüldüğü üzere hayali ihracat suçu açısından iki seçimlik hareket bulunmaktadır. Bunlardan ilki ihracat gerçekleşmediği halde gerçekleşmiş gibi göstermek, ikincisi ise failin gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek teşvik, sübvansiyon ya da parasal iadelerden yararlanmasıdır. Dikkat edilmesi gerekir ki, hükmün lafzından ilk hareket bakımından haksız bir çıkar elde edilmesinin aranmadığı, ancak ikinci hareket açısından haksız çıkar edilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkması söz konusudur. Madde-

nin eski düzenlemesi sahip olduğu dilin belirsizliğe sebep olması nedeniyle doktrinde sıklıkla eleştiri konusu yapılmıştır. Hâlbuki her iki hareket bakımından da haksız kazanç elde edilmesi aranmaktayken ikinci hareket açısından teşvik gibi parasal iadelerden yararlanılması suretiyle kazanç elde edilmesi esastır.

Değişikten sonra 9. fıkraya baktığımızda ise haksız çıkar sağlama amacının bulunmasının yeterli olduğu, cezalandırılabilirlik açısından haksız bir çıkar elde edilmesinin aranmadığı göze çarpmaktadır. Bir bakıma bu düzenleme, hayali ihracatın cezalandırılma koşullarının esnetildiği yorumunu yapmaya elverişlidir.

Burada bir hususa daha dikkat çekmek gerekir ki, hükümde teşvik-destekleme ya da parasal iadelerin kanun hükümlerine göre tanınmış olması aranmaktadır. Bu durum hem değişiklik öncesi dönem açısından hem de değişiklik sonrasında ortaya koyulacak uygulamalarda aynıdır.

9. fıkranın değişiklikten önceki hali şöyledir;

“İhracat gerçekleştirmediği halde gerçekleştirilmiş gibi göstermek ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik göstererek ilgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak suretiyle haksız çıkar sağlayan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında yüzde onu aşmayan bir fark bulunması halinde, sadece 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.”

Söz konusu fıkranın değişiklikten sonraki hali ise şöyledir;

“İlgili kanun hükümlerine göre teşvik, sübvansiyon veya parasal iadelerden yararlanmak amacıyla ihracat gerçekleştirmediği hâlde gerçekleştirilmiş gibi gösteren ya da gerçekleştirilen ihracata konu malın cins, miktar, evsaf veya fiyatını değişik gösteren kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Beyanname ve eki belgelerde gösterilen ile gerçekte ihraç edilen eşya arasında yüzde onu aşmayan bir fark bulunması halinde, sadece 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.”

c. Maddenin 10. fıkrası 6455 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonrasında *“Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, kaçakçılık suçunu işleyen kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”* şeklini almıştı. 6545 sayılı Kanun sonrasında ise metnin son hali şu şekildedir; ***“Kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamaz.”***

6545 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin gerekçesi ise şöyledir;

“Maddenin 10. fıkrasında yapılan değişiklik ile, 3. maddenin 1 ila 9 uncu fıkraları kapsamında yapılan kaçakçılık fiillerinin konusunu oluşturan eşyaların akaryakıt, tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde bu fıkra kapsamında cezalandırılması uygulamasında, benzer fiillerin 11, 18 ve 19 uncu fıkralarda da yer alması nedeniyle ortaya çıkan tereddütlerin giderilmesi, akaryakıt, tütün, tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkilerle diğer kaçak eşyaların birlikte yakalanması halinde birden fazla fıkra uyarınca ceza verilmesi amaçlanmıştır.

11, 18 ve 19 fıkralarda yapılan değişiklik ile de, yerli üretim ve 10. fıkrada yer alan yabancı menşeli eşyalara ilişkin kaçakçılık fiillerinin ayrı ayrı yaptırıma bağlanması amaçlanmıştır:

18 ve 19. fıkralarda yapılan değişiklik ile, hürriyeti bağlayıcı cezaların alt ve üst sınırlarının, aynı neviden eşyalara ilişkin kaçakçılık fiillerine ilişkin yaptırımlarla eşit hale getirilmesi amaçlanmıştır.”

Şimdi sırasıyla 11, 18 ve 19. maddelerde yer alan değişikliklere değinilecektir;

- 5607 sayılı Kanun md. 3/11’in değişiklikten önceki hali;

“Akredite laboratuvar analiz sonucuna göre Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından belirlenen seviyede ulusal marker içermeyen,

yasal yollarla Türkiye’de serbest dolaşıma girdiği belgelendirilemeyen veya menşei belli olmayan akaryakıtı; üreten, satışı arz eden, satan, bulunduran, bu özelliğini bilerek ticarî amaçla satın alan, taşıyan veya saklayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu maddenin değişiklikten sonraki hali;

“Ulusal marker uygulamasına tabi olup da, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun belirlediği seviyenin altında ulusal marker içeren veya hiç içermeyen akaryakıtı;

- a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,
- b) Satışı arz eden veya satan,
- c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, marker içermeyen veya seviyesi geçersiz olan akaryakıtın kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

- 5607 sayılı Kanun md. 3/18’in değişiklikten önceki hali;

“Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri üreten, yurda sokan, ticarî amaçla bulunduran, nakleden, satışı arz eden veya satanlar üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”

Söz konusu maddenin değişiklikten sonraki hali;

“Ambalajlarında bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaret bulunmayan ya da taklit veya yanıltıcı bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri;

- a) Ticari amaçla üreten, bulunduran veya nakleden,
- b) Satışı arz eden veya satan,
- c) Bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan,

Kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para

cezası ile cezalandırılır. Ancak, tütün mamullerinin etil alkol, metanol ve alkollü içkilerin kaçak olarak yurda sokulduğunun anlaşılması hâlinde, onuncu fıkra hükmüne istinaden cezaya hükmolunur.”

- 5607 sayılı Kanun md. 19’un 6545 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmadan önceki hali;

“Ambalajlarında taklit bandrol, etiket, hologram, pul, damga veya benzeri işaretleri taşıyan tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkileri üreten veya yurda sokanlar, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adlî para cezası ile; bu ürünleri ticarî amaçla bulduran, nakleden, satışa arz eden veya satanlar iki yıldan beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”

d. 5607 sayılı Kanun md. 3/2-3-4-5-6-8-10 hükümlerinde ceza artırımına gidilmiştir.

Son halde;

Eşyayı aldatıcı işlem ve davranışlarla gümrük vergileri kısmen veya tamamen ödenmeksizin ülkeye sokan kişi **iki yıldan beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına**, (Eski Hal: bir yıldan beş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası)

Transit rejimi çerçevesinde taşınan serbest dolaşımı bulunmayan eşyayı, rejim hükümlerine aykırı olarak gümrük bölgesinde bırakan kişi **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına**, (Eski Hal: “Altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”)

Belli bir amaç için kullanılmak veya işlenmek üzere ülkeye geçici ithalat ve dahilde işleme rejimi çerçevesinde getirilen eşyayı hile ile yurtdışına çıkarmış gibi işlem yapan kişi, **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına**, (Eski hal: “Altı aydan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”)

Bu sayılan fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu oluşturan eşyaları bilerek ve ticari amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına**,

(Eski hal: “Altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”)

Özel kanunları gereğince gümrük vergilerinden kısmen veya tamamen muaf olarak ithal edilen eşyayı, ithal amacı dışında başka bir kullanıma tahsis eden, satan veya devreden ya da bu özelliğini bilerek satın alan veya kabul eden kişi **altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına**, (Eski hal: “Üç aydan bir yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”)

İhracı kanun gereği yasak olan eşyayı ülkeden çıkararak kişi, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde **bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar hapis cezasına, çarptırılacaktır.** (Eski hal: “Altı aydan iki yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”)

Bununla beraber; kaçakçılık suçunun konusunu oluşturan eşyanın akaryakıt ile tütün ve tütün mamulleri, etil alkol, metanol ve alkollü içkiler olması halinde, **yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısından iki katına kadar artırılır, ancak bu fıkranın uygulanması suretiyle verilecek ceza üç yıldan az olamayacaktır.** (Eski hal: “İki yıldan beş yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”)

B. TÜRK CEZA KANUNUNDA YER ALAN HÜKÜMLER

1. TCK md. 12 “Yabancı Tarafından İşlenen Suç”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 56)

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 12 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Birinci fıkra kapsamına giren hâllerde rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarından dolayı yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı değildir.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>YABANCI TARAFINDAN İŞLENEN SUÇ</p> <p>Madde 12 - (1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.</p> <p>...</p>	<p>YABANCI TARAFINDAN İŞLENEN SUÇ</p> <p>Madde 12 - (1) Bir yabancı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır.</p> <p>...</p> <p>(5) (Ek: 18/6/2014-6545/56 md.) Birinci fıkra kapsamına giren hâllerde rüşvet ve nüfuz ticareti suçlarından dolayı yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlı değildir.</p>

GEREKÇE

“Türk Ceza Kanununun 12 nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, bir yabancının Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren ve 13 üncü maddede sayılanlar haricindeki bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlemesi ve Türkiye'de bulunması halinde Türkiye'de yargılama yapılabilmesi Adalet Bakanının istemine bağlıdır.

Kanunun “Rüşvet” suçunu düzenleyen 252 nci maddesinin onuncu fıkrası gereğince bir yabancının Türkiye zararına olarak dokuzuncu fıkradaki görevleri ifa eden yabancılara rüşvet

vermesi eylemi Türkiye’de resen yargılama konusu yapılmaktadır. Ancak, bir yabancının bir Türk vatandaşı kamu görevlisine yabancı ülkede rüşvet vermesi eyleminde ise yabancı hakkında Kanununun 12 nci maddesi gereğince Adalet Bakanının istemi halinde soruşturma ve kovuşturma yapılabilmektedir.

Başka bir ifadeyle mevcut duruma göre, yabancı bir ülkede bir yabancının Türkiye zararına başka bir yabancıya rüşvet vermesi, teklif etmesi, aracılık etmesi eylemleri resen soruşturulurken, Türk vatandaşına rüşvet vermesi, teklif etmesi, aracılık etmesi durumunda yabancının eylemi ancak Adalet Bakanının istemiyle yargılama konusu yapılabilmektedir.

Öte yandan, 5/2/2004 tarihli ve 2004/6771 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanan Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesinin “Yetki” başlıklı 17 nci maddesinde bu şekilde bir izin sistemine yer verilmemiştir.

Maddeye eklenen fıkrayla, yabancı ülkede bir yabancının Türk kamu görevlisine rüşvet vermesi durumunda yabancı bakımından Türkiye’de resen soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesine imkan sağlanmaktadır. Aynı şekilde nüfus ticareti suçu bakımından da Adalet Bakanının istemi aranmayacaktır.”

2. TCK md. 18 “Geri Verme”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 57)

5237 sayılı Kanununun 18 inci maddesinin birinci fıkrasına “ceza” ibaresinden sonra gelmek üzere “soruşturması ya da”, “talep üzerine,” ibaresinden sonra gelmek üzere “soruşturma ya da” ibaresi; üçüncü fıkrasına “nedeniyle” ibaresinden sonra gelmek üzere “soruşturulacağına ya da” ibaresi eklenmiş ve yedinci fıkrasında yer alan “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu” ibaresi “Ceza Muhakemesi Kanunu” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>GERİ VERME</p> <p>Madde 18 - (1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir. Ancak, geri verme talebine esas teşkil eden fiil;</p> <p>a) Türk kanunlarına göre suç değilse,</p> <p>b) Düşünce suçu veya siyasî ya da askerî suç niteliğinde ise,</p> <p>c) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,</p> <p>d) Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise,</p> <p>e) Zamanaşımına veya affa uğramış ise,</p> <p>Geri verme talebi kabul edilmez.</p> <p>(2) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.</p>	<p>GERİ VERME</p> <p>Madde 18 - (1) Yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması ya da kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancı, talep üzerine, so-ruşturma ya da kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilir. Ancak, geri verme talebine esas teşkil eden fiil;</p> <p>a) Türk kanunlarına göre suç değilse,</p> <p>b) Düşünce suçu veya siyasi ya da askerî suç niteliğinde ise,</p> <p>c) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmişse,</p> <p>d) Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise,</p> <p>e) Zamanaşımına veya affa uğramış ise,</p> <p>Geri verme talebi kabul edilmez.</p> <p>(2) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, vatandaş suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(3) Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasî görüşleri nedeniyle kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.</p> <p>...</p> <p>(7) Geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, ayrıca Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.</p>	<p>(3) Kişinin, talep eden devlete geri verilmesi halinde ırkı, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle soruşturulacağına ya da kovuşturulacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri varsa, talep kabul edilmez.</p> <p>...</p> <p>(7) Geri verme talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi halinde, ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre tutuklama kararı verilebilir veya diğer koruma tedbirlerine başvurulabilir.</p>

GEREKÇE

“Yabancı bir ülkede işlenen ya da işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle ülkemizde bulunan bir yabancının iade edilebilmesi için Türk Ceza Kanununun 18 inci maddesi gereğince yabancı hakkında diğer bir ülkede kovuşturma başlatılması veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmektedir. Ancak söz konusu maddede soruşturma aşamasında olan ceza takibatları yönünden geri vermeye imkân sağlayan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum suçluların iadesi konusunda taraf olduğumuz ve Anayasanın 90 inci maddesi uyarınca iç hukuk kuralı haline gelen uluslararası sözleşmelerle çelişmektedir. Bu nedenle maddede değişiklik yapılmakta ve suçluların iadesinin soruşturma aşamasında da mümkün hale gelmesi sağlanmaktadır.”

3. TCK md. 102 “Cinsel Saldırı”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 58)

5237 sayılı Kanununun 102 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>CİNSEL SALDIRI</p> <p>Madde 102 - (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.</p> <p>(3) Suçun;</p> <p>a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,</p> <p>b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,</p> <p>c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,</p> <p>d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.</p>	<p>CİNSEL SALDIRI</p> <p>Madde 102-</p> <p>(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.</p> <p>(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır.</p> <p>(3) Suçun;</p> <p>a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,</p> <p>b) Kamu görevinin, vesayet veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,</p> <p>c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık tarafından,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.</p> <p>(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmlenir.</p> <p>(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmlenir.</p>	<p>d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,</p> <p>e) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,</p> <p>işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.</p> <p>(4) Cinsel saldırı için başvuru yapılan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(5) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmlenir.</p>

ACIKLAMALAR³

Cinsel saldırı suçunun temel haline ilişkin olan 2-7 yıl arasındaki hapis cezası, getirilen düzenlemeyle 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezası olacak şekilde değiştirilmiştir.

Bunun yanında fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması halinde, eylemin niteliği de dikkate alınarak 2 yıldan 5 yıla kadar olacak şekilde daha hafif bir hapis ceza öngörülmüştür. Komisyon tutanakları ve raporu incelendiğinde maddenin ilk düzenleniş şeklinde “sarkıntılık” ibaresi yerine “fiilin ani hareketle işlenmesi” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Ancak adalet komisyonunda yapılan görüşmelerde ani hareket kavramının belirsiz olduğu ve bir takım tereddütlere yol açacağından bahisle bu ifade yerine 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan ve Yargıtay’ca kriterleri belirlenmiş “sarkıntılık” ibaresinin uygulamada daha rahat anlaşılacağı ileri sürülmüş ve neticede “ani hareket” kavra-

3 Maddede yapılan değişiklikler gerekçede detaylı şekilde belirtildiğinden dolayı, açıklamalar kısmında tekrara düşmemek adına yalnızca dikkat çekilmesi gereken noktalara değinilecektir.

mı “sarkıntılık” olarak değiştirilmiştir⁴. Burada TCK’nın 102. maddesinde yer alan “sarkıntılık” ibaresi ile 765 sayılı kanun döneminde ortaya konulan “sarkıntılık” ifadesinin aynı anlama gelmediğine değinmek gerekir. Dolayısıyla sarkıntılık düzeyinin ne olduğuna ilişkin eski kanun döneminde içtihatlarla ortaya çıkan ölçütlerin 6545 sayılı kanunun yürürlük tarihi olan 18 Haziran’dan sonra ortaya çıkacak “sarkıntılık” eylemlerinin tarifinde kullanılmaması gerekir. Nitekim eski ceza kanunu döneminde vücutla temas içermeyen cinsel davranışlar da sarkıntılık olarak nitelendirilebilirken; 2005 yılından sonra yürürlüğe giren yeni ceza kanunu uygulamasında Yargıtay tarafından oluşturulan içtihatlar dikkate alındığında 102. maddedeki cinsel saldırı suçunun oluşması için fiilin vücutla temas etmesinin temel bir şart olarak arandığı görülmektedir. Örneğin eski kanun döneminde, bir kadını az çok devamlı olarak takip ile kendisine mütemadiyen müstehcen sözler söylemek, müstehcen mektuplar yazmak, evli bir kadına para karşılığı cinsi ilişki teklif etmek, kaş göz hareketi yapmak fiilleri sarkıntılık olarak nitelendiriliyordu. Ancak 5237 sayılı ceza kanunu uygulamasında, bu hareketler vücutla temas içermediği için ancak 105. maddedeki cinsel taciz suçunu oluşturabilir.

Komisyon tutanaklarına bakıldığında 102. maddenin yeni haline göre sarkıntılıktan anlaşılması gereken ise ani bir cinsel davranışla mağdurun vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi olacaktır. Örneğin mağdurun kalçasının ani bir hareketle ellenmesi veya saçının okşanması 102. maddenin yeni düzenleniş şekline göre sarkıntılık olarak nitelendirilecek ve bu fiiller 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır⁵.

Bunun yanı sıra fiilin vücutta organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde öngörülen 7 yıldan 12 yıla kadar olan hapis cezası yapılan düzenlemeyle 12 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası verilmesi şeklinde düzenlenmiştir.

4 Konuya ilişkin **Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç**: *Sayın başkanı, biraz sonra Mustafa Bey de konuyu açıklayacak. Ancak, 102/1 ile ilgili kurgu, geçmişteki tasaddi düzeyindeki eylemler (1) inci fıkrada, sarkıntılık (1) inci fıkrasının birinci cümlesine ve “söz atma” dediğimiz eylemler 105. maddeye taşınmak suretiyle, eskiden “ırza geçme” olarak tabir edilen suçlar buna teşebbüs cezalandırılıyor. Dolayısıyla bu şekilde “sarkıntılık düzeyindeki” ifade bizce de doğru. En azından uygulamanın doğru anlayacağı, doğru yorumlayacağı bir ifade.*

5 **Adem Sözüer**: *“Bir kişinin elbiseleri soyularak yani yatağında vesaire veya başka bir şekilde saldırı şeklinde sarkıntılık olmaz. Sarkıntılık daha önce, işte sayın hakim beylerin de verdiği örnekte olduğu gibi, poposuna elle vurulması, saçının okşanması gibi, bunların cezası şuanda iki yıldan beş yıla kadar öngörülüyor. Bunun pek az olmadığını da belirtmek isterim.”*

Öte yandan eski maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşahedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olduğundan dolayı kaldırılmıştır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmadığının da gerekcede altı çizilmiştir.

Düzenlemeyle getirilen bir diğer değişiklik ise 102. maddenin 3. fıkrasında yeni bir nitelikli hal öngörülmesidir. Değişikliğe göre suçun;

“İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,”

İşlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Değişiklikle ilgili adalet komisyonunda tartışmaları aynen aktarıyoruz.

Prof. Dr. Adem SÖZÜER: “Sayın Başkan, üyeler, şimdi 102’nci maddenin (3)’üncü fıkrasının (e) bendinde bunu konuşmuş ve İzzet Bey de bir formülasyon yapmıştı bhatta. Bu madde şöyle şöyle: “İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle.” Ashında yazılış da biraz bozuk. Bundan tam ne olduğu anlaşılıyor, herkes farklı bir şey anlıyor. Mesela bir mitingde de olabilecek mi yani insanların bulunduğu yer? İşte otobüste olabilir mi? Ama insanlar burada zorunlu yaşıyor vesaire. ... Burada kastedilen ashında ceza evleri, yatılı okullar, akıl hastaneleri gibi yerler. Ancak burada da şuna dikkatinizi çekmek istiyorum. Bu gibi yerlerdeki görevliler işlediği zaman suçu onun cezası zaten artıyor. Burada mesela bir mahkum diğer mahkuma yatılı okulu, bir kişi diğer bir kişiye, olursa olur ama bu maddeden bu tam olarak anlaşılıyor. O yüzden bizim önerimiz şuydu: Ya bu o şekilde, anlaşılacak şekilde somutlaştırılın –İzzet Bey de dediğim gibi bazı formülasyonlar yapmıştı, burada tatışmıştık- ya da ashında cezalar böyle zaten ağırlaştırılıyor, zaten yine böyle ağır olarak kalacaksa bu şeye gerek olup olmadığı da ayrıca tartışmalı. Yani benim kanaatimce gerek yok.”

Konuya ilişkin tartışmalara ilişkin ise;

Adalet Bakanı Bekir BOZDAĞ: *Sayın başkanım, buradaki yurttur, pansiyondur, böyle askeri birlikler, işte askerlerin kaldığı yerler gibi bir seçeneği olmayan yerler, mecburen bulunduğu yerler.*

Şeklinde açıklama yaparak kanun koyucunun düzenlemeye ilişkin amacını ifade etmiştir.

GEREKÇE

“Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddenin uygulamasında, bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin beşinci fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali, bu suç mağdurlarının defalarca hastane veya Adli Tıp Kurumuna gitmelerine, buralarda müşabedeye tabi tutulmalarına ve maruz kaldıkları fiili tekrar tekrar yaşamalarına neden olmaktadır. Esasen, akademik çevrelerde bu suçlara maruz kalanların ruh sağlığının mutlaka bozulmuş olduğu kabul edilmekte ve ruh sağlığının bozulması kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda da tam bir mutabakat bulunmamaktadır. Yapılan değişiklikle söz konusu artırım nedeninin kaldırılması, buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması amaçlanmaktadır.

Türk Ceza Kanununun 102 ve 103 üncü maddelerinde tanımlanan suçların temel şekli ile 105 inci maddesinde tanımlanan cinsel taciz suçu arasındaki ayırım ölçütü, fiziksel temastır. 105 inci maddede tanımlanan suçun oluşabilmesi için mağdurun vücuduna fiziksel bir temas söz konusu değildir. Buna karşılık, cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olarak mağdurun vücuduna fiziksel temasta bulunulması halinde, mağdurun çocuk olup olmamasına göre 102 veya 103 üncü maddede tanımlanan suçlardan biri oluşmaktadır. Tasarıyla, bu iki maddede tanımlanan suçların temel şeklinden dolayı verilecek cezaların artırılması öngörüldüğünden, somut olayın özelliklerine göre ani hareketlerle yapılan cinsel saldırılar bakımından ceza miktarının suçun temel şeklinden daha az bırakılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle, maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketle yapılan dokunuşta maddenin mevcut metnindeki ceza-

nın verilmesi sağlanmaktadır. Diğer yandan, cinsel taciz suçuyla bir karışıklığa neden olabileceği mülahazasıyla “sarkıntılık” ibaresinin yerine “suçun ani hareketle işlenmesi” ibaresi tercih edilmiştir.

Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, verilecek ceza artırılmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçun işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, vesayet, üvey baba, üvey ana, üvey kardeş, evlat edinen veya evlatlık ilişkisi nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılacaktır.

Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (e) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu kışla, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suçun temel şekli, yürürlükteki hükümdede olduğu gibi şikâyete tabi bir suç olarak düzenlenmektedir. Kanunda açıkça belirtilen hallerde soruşturma ve kovuşturmanın şikâyete tabi olduğu, temel şekli şikâyete bağlı olan suçun nitelikli hallerinin gerçekleşmesi durumunda artık şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma yapılabileceği ilkesi karşısında, suçun maddenin birinci fıkrasında düzenlenen temel şekliyle üçüncü fıkrasında tanımlanan nitelikli hallerinin birlikte gerçekleşmesi durumunda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyete bağlı olmayacaktır.

Ayrıca, söz konusu suç nedeniyle mağdurun beden sağlığının bozulabileceği durumlarla karşılaşılabilmektedir. Örneğin cinsel saldırı suçunun işlenmesiyle mağdur yaralanabilmekte, mağdura bir hastalık bulaştırılabilmekte ve hatta bu suçun işlenmesi sonucunda mağdur üreme yeteneğini kaybedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, maddenin dördüncü fıkrası hükmüne göre, cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Böylelikle Kanununun 103 üncü maddesinin beşinci fıkrasıyla da uyum sağlanmış olmaktadır.”

4. TCK md. 103 “Çocukların Cinsel İstismarı”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 59)

5237 sayılı Kanununun 103 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI</p> <p>Madde 103 - (1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;</p> <p>a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılamakta yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,</p> <p>b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.</p> <p>(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./12.mad) Cinsel istismarın üst-soy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>	<p>ÇOCUKLARIN CİNSEL İSTİSMARI</p> <p>Madde 103 -</p> <p>(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır. Cinsel istismar deyiminden;</p> <p>a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,</p> <p>b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, anlaşılır.</p> <p>(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(3) Suçun;</p> <p>a) Birden fazla kişi tarafından birlikte,</p> <p>b) İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p> <p>(5) Cinsel istismar için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.</p>	<p>c) Üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey baba, üvey ana, üvey kardeş veya evlat edinen tarafından,</p> <p>d) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,</p> <p>e) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p> <p>(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehditle ya da (b) bendindeki çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p> <p>(5) Cinsel istismar için başvuru cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.</p>

AÇIKLAMALAR

İlk olarak 103. maddede düzenlenen “Cinsel İstismar” suçunun temel haline ilişkin 3 yıldan 8 yıla kadar olan hapis cezasına ilişkin yaptırımın getirilen değişiklik ile 8 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası

olacak şekilde değiştirildiği ve cezanın büyük ölçüde arttırıldığı görülmektedir. Ayrıca cinsel saldırı suçunda yapılan düzenlemenin istismar bakımından da öngörüldüğü ve fiilin niteliği de dikkate alınarak istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde ise 3 yıldan 8 kadar hapis cezasıyla cezalandırma yoluna gidilebileceği düzenlenmiştir⁶. Cinsel saldırı suçunda sarkıntılık ibaresine ilişkin yaptığımız açıklamaların burada da geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

Bunun yanı sıra, Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmelerde Prof. Dr. İzzet Özgenç'in önerisiyle; **'Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması hâlinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlıdır.'** cümlesinin birinci fıkraya eklendiği de görülmektedir⁷. Buna göre:

a) On beş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın,

veya

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların, sarkıntılık düzeyinde kalması (ırza tasaddi dercesine ulaşmayan) ve failin de 18 yaşından küçük olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapmak mağdurun velisinin veya vasisinin şikâyetine bağlı olacaktır.

6 Maddenin ilk düzenleniş şeklinde fiilin sarkıntılık düzeyinde kalması halinde 4 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, adalet komisyonunda yapılan itirazlar neticesinde alt sınır 3 yıla çekilmiştir.

7 **İzzet Özgenç:** "Şimdi, bir defa, aslında bu bahsedilen alanda bir sorun vardır, bunu ceza hukuku kendi içinde kusurla bağlantılı olarak çözmesi gerekiyor çünkü bu evrede bulunan çocukların söz konusu suç bağlamında davranışlarını hukukun gereklerine göre yönlendirme yeteneği bakımından bir sorunla karşı karşıya bulunuyoruz. Bizim şu andaki sistem itibarıyla eğer çocuk 3'üncü yaş grubunda ise kusurluluğu tamamen ortadan kaldıran bir düzenleme taşıyor; böyle bir düzenlemeye sahip değil, sorun buradan kaynaklanıyor. **Bunun önüne geçebilmek için şikâyet şartı getirilebilir, özellikle 103'üncü maddenin (1)'inci fıkrasında tanımlanan suçla bağlantılı olarak şikâyet şartı getirilebilir ama burada şikâyetin kimin tarafından yapılacağı bir sorun olarak karşımıza gelir. Yani, bu, çocuk olduğu için çocuğa "Şikâyet eder misin, etmez misin?" şeklinde bir soru sormamız hukukun icaplarıyla bağdaşmaz. Eğer burada şikâyet aranacaksa bu çocuğun velisi veya vasisi tarafından yapılması gereken bir şikâyet olması gerekiyor."**

Getirilen düzenlemelerden bir diğerini de cinsel istismarın vücuda organ veya sair cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde 8 yıldan 15 yıla kadar olan hapis cezasının getirilen değişikliklerle 16 yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası şeklinde değiştirilmesi oluşturmaktadır.

Öte yandan maddenin altıncı fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinin, 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırıldığı görülmektedir.

Ayrıca cinsel saldırı suçuna eklenen nitelikli hal cinsel istismar suçu için de öngörülmüş suçun “**İnsanların toplu olarak bir arada yaşama zorunluluğunda bulunduğu ortamların sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,**” işlenmesinin daha fazla cezayı gerektirdiği hüküm altına alınmıştır.

GEREKÇE

“Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 103 üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır. Söz konusu maddenin uygulamasında, bir takım sorunların ortaya çıktığı tespit edilmiş olup, yapılması öngörülen değişikliklerle bunların giderilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin altıncı fıkrasında yer alan “suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunacağı”na dair suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali, 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalarla kaldırılmaktadır. Buna karşılık maddenin birinci ve ikinci fıkrasında düzenlenen cezaların artırılması öngörülmektedir. Bu düzenlemeyle, şüpheli, sanık veya hükümlüler bakımından lehe sonuç doğmaması ve çocukların cinsel istismarı suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amaçlanmaktadır.

Maddenin birinci fıkrasına hüküm eklenmekte ve ani hareketli dokunuşta suçun temel şekline göre daha az ceza verilmesi sağlanmaktadır. Bu düzenlemeyle ilgili olarak 102 nci maddede yapılması öngörülen değişiklikler için belirtilen mülahazalar dikkate alınmaktadır.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla, bazı özel ilişkiler veya sıfatlar nedeniyle söz konusu suçların işlenmesi hali de bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda, üçüncü derece dahil kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı ya da üvey ana, üvey kardeş veya koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezalar artırılacaktır.

Ayrıca, üçüncü fıkraya eklenen (b) bendiyle, insanların toplu olarak bir arada yaşamasının zorunlu olduğu yetiştirme yurdu, ceza infaz kurumu, öğrenci yurdu, okul pansiyonu ve hastane gibi yerlerde bu suçların işlenmesi de artırım nedeni olarak kabul edilmektedir.

Cinsel istismarın, onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayma yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı cebir veya tebditle işlenmesi hâlinde ya da bu durumda olmayan diğer çocuklara karşı silah kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde de verilecek cezanın artırılması öngörülmektedir.”

5. TCK md. 104 “Reşit Olmayanla Cinsel İlişki”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 60)

5237 sayılı Kanununun 104 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki” ibaresi “iki yıldan beş” şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Suçun mağdur ile arasında evlenme yaşağı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

“(3) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ</p> <p>Madde 104 - (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p>	<p>REŞİT OLMAYANLA CİNSEL İLİŞKİ</p> <p>Madde 104- (1) Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikâyet üzerine, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) (İptal: Ana.Mah.nin 23/11/2005 tarihli ve E: 2005/103, K: 2005/89 sayılı kararı ile; Yeniden düzenleme: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun mağdur ile arasında evlenme yaşı bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(3) (Ek: 18/6/2014-6545/60 md.) Suçun, evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi hâlinde, şikâyet aranmaksızın ikinci fıkraya göre cezaya hükmolunur.</p>

ACIKLAMALAR

Maddenin birinci fıkrasında 15 yaşını tamamlamış olan ancak 18 yaşını bitirmemiş olan kişilerle rızaya dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel ilişki yaptırım altına alınmıştır. **Getirilen değişiklikle ise söz konusu suçun altı aydan iki yıla kadar olan cezası iki yıldan beş yıla kadar olacak şekilde artırılmıştır.**

Maddeye eklenen ikinci fıkrada ise 15 yaşını tamamlamış ancak reşit olmamış olan kişinin rızasına dayalı olarak aralarında evlenme yasağı bulunan kişiyle cinsel ilişkiye girmesi halinde on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. **Böylelikle maddede belirtilen kişiler arasında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir hal olmaksızın gerçekleşen cinsel ilişkinin cezasının on yıldan başlayan hapis cezasını gerektirdiğini ifade etmek gerekir.**

Bununla birlikte eğer aralarındaki ilişki nedeniyle zaten iradenin etkilendiği kabul ediliyorsa bu takdirde 104/2 deki suç değil, 103/2 deki cinsel istismar suçu gündeme gelecektir. Bu bakımdan 104. maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen suçta herhangi bir iradeyi etkileyen hal düşünülmemiştir⁸. Başka bir deyişle, 15 yaşını tamamlamış ve fakat reşit olmamış kişinin iradesi etkilenmeden, tamamen özgür iradesine dayalı rızayla gerçekleştirilen cinsel ilişki 104. maddenin ikinci fıkrasındaki suçu oluşturur. Örneğin bir babayla 15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşına bitirmemiş kızı arasında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen herhangi bir hal olmadan rızaya dayalı olarak gerçekleşen cinsel ilişkinin cezası on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası olacaktır. Buna karşın aralarındaki ilişki dolayısıyla çocuğun iradesinin etkilendiği kabul edilecek olursa bu halde 103/2. maddesinde düzenlenen cinsel istismar suçu gündeme gelecektir. Bu halde ise ceza 103/2-3 kapsamında belirlenerek 24 yıldan başlayacaktır.

8 Konuya ilişkin **Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç**: “Eğer ‘103/2 varken neden 104/2’ye ibtiyâc duyulmuştur?’ denirse, orada, eneset ilişkide herhangi bir iradeyi etkileyen hal düşünülmemiştir. Yani 15-18 yaş arasında, belli kişiler arasında evlenme yasağı varsa, cinsel ilişki varsa, burada gelse, ‘Ben rızamla yaptım bunu, hayır, şudur.’ dese, yine burada eylem 104/2’de değerlendirilecektir ama diğer eski tabirle ‘mefruz cebir’ dediğimiz yani artık iradesi etkilenmiştir; onun özgür iradeyle hareket etmediği düşünüliyorsa 103/2-3 kapsamında bu yirmi dört yıllık hapis cezasıyla karşı karşıya kalacaktır.”

Adem Sözüer: “Düşünüldü ki, yani ‘Bu biraz dâba berraklaştırılm.’ üzerine bu öneri yapıldı. Fakat şu şey doğru. Yani bu madde, biz 104’üncü maddeye koyduğumuz zaman burada rızası vardır diye kabul edilmiyor ama uygulamada işte bir yeğen çıkıyor ki ‘Benim rızam vardır.’ gibi bir şey söyleyebiliyor veya kız kardeş diyor ki ağabey için ‘Rızamızla yaptık.’ Veya babası için bile diyebiliyor. Halbuki, biz burada rızanın olmadığını bilmiyoruz. Yani burada bu madde düzenlenirken ‘Burada bir rıza var’ dense bile bu geçersizdir üzere konuluyor.”

Adem Sözüer: “Ama hocam, burada yine tereddütler var; biz alt komisyonda görüşürken dedik ki: ‘Aşında bu maddeyi dâba ziyade 103’üncü maddeyle ilgili olarak yaparsak dâba rahat olur çünkü bu maddenin başlığı ‘Reşit Olmayanla Cinsel İlişki’ olunca yanlış anlaşılıyor ‘Acaba rızası var mı, yok mu?’ gibi.” Halbuki, burada bu maddenin düzenleniş mantığı şu: Bu madde diyor ki: “Eğer bu çocuksa ve evlenme yasağı varsa esasında burada rıza yoktur.” Ama bunu açıkça demediği için tartışmaya yol açıyor.”

GEREKÇE

“Türk Ceza Kanunununun 104 üncü maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmak suçunun cezası artırılmaktadır.

Maddeye eklenen ikinci fıkrayla, birinci fıkrada tanımlanan suçun, arasında evlenme yaşağı bulunan kişiler tarafından işlenmesi halinde şikâyet aranmaksızın, altı yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesi düzenlenmektedir. “Enses” ilişkilerin, birinci fıkrada tanımlanan suça nazaran daha ağır cezayı gerektiren ve soruşturulması veya kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak tanımlanması suretiyle, bu suçla daha etkin mücadele edilebilmesi ve çocukların cinsel sömürsününün engellenmesi amaçlanmaktadır.

Bu düzenlemeye bağlı olarak, rızaya dayalı da olsa onbeş yaşının doldurmamış olan çocuklarla olan enses ilişkinin, 103 üncü maddede tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur oluşturduğu göz önünde bulundurulmalıdır.

Maddeye eklenmesi öngörülen üçüncü fıkrayla, suçun koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından da işlenebileceği kabul edilerek, bu durumda, soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartının aranmayacağı ve ikinci fıkrada öngörülen cezaya hükmolunacağı düzenlenmektedir.”

6. TCK md. 105 “Cinsel Taciz”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 61)

5237 sayılı Kanununun 105 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “hükmolunur” ibaresi “, fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” şeklinde ve ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Suçun;

a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,

c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,

e) Teşhir suretiyle,

işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>CİNSEL TACİZ</p> <p>Madde 105 - (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikâyeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına hükümlenir.</p> <p>(2) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./13.mad) Bu fiiller; hiyerarşi, hizmet veya eğitim ve öğretim ilişkisinden ya da aile içi ilişkiden kaynaklanan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle ya da aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan yararlanılarak işlendiği takdirde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.</p>	<p>CİNSEL TACİZ</p> <p>Madde 105- (1) Bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi hakkında, mağdurun şikayeti üzerine, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına veya adli para cezasına fiilin çocuğa karşı işlenmesi hâlinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenir.</p> <p>(2) (Değişik: 18/6/2014-6545/61 md.) Suçun;</p> <p>a) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin ya da aile içi ilişkinin sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,</p> <p>b) Vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruyucu aile veya sağlık hizmeti veren ya da koruma, bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından,</p> <p>c) Aynı işyerinde çalışmanın sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,</p> <p>d) Posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle,</p> <p>e) Teşhir suretiyle,</p> <p>işlenmesi hâlinde yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır. Bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, okuldan veya ailesinden ayrılmak zorunda kalmış ise verilecek ceza bir yıldan az olamaz.</p>

GEREKÇE

*“Cinsel taciz suçu, Türk Ceza Kanununun 105 inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiş olup, mağdurun çocuk olması durumunda da aynı ceza verilmektedir. **Fıkraya eklenen hükümle, çocukların cinsel taciz suçuna karşı daha iyi korunabilmesi için, bu suçun çocuğa karşı işlenmesi hâlinde verilecek ceza önemli derecede artırılmaktadır.***

Cinsel taciz suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla, cezayı ağırlaştırıcı nedenlerin düzenlendiği maddenin ikinci fıkrasında da değişiklik yapılması öngörülmektedir.

Suçun; kamu görevinin veya posta veya elektronik haberleşme araçlarının sağladığı kolaylıktan faydalanmak suretiyle ya da koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişiler tarafından işlenmesi hâlleri de, bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir.

Cinsel taciz suçunun teşbir suretiyle işlenmesi, bu suç bakımından nitelikli unsur olarak kabul edilmektedir. Suçun bu nitelikli hâli, Türk Ceza Kanununun 225 inci maddesinde suç olarak tanımlanan hayâsızca hareketler kapsamındaki teşbircilikle aynı unsurları taşımamaktadır. 225 inci maddede tanımlanan suçu oluşturan teşbirciliğin alenî olması gerekmektedir. Keza, bu teşbirin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Buna karşılık, 105 inci maddenin ikinci fıkrasına (e) bendi olarak eklenen hükme göre, cinsel taciz suçunun teşbir suretiyle işlenebilmesi için, teşbirin belirli bir kişiye yönelik olarak gerçekleştirilmesi gerekmemekte ve bu teşbirin aleni olmasına da gerek görülmemektedir.”

7. TCK md. 142 “Nitelikli Hırsızlık”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 62)

5237 sayılı Kanunun 142 nci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yürürlükten kaldırılmış, aynı fıkrada yer alan “iki yıldan beş” ibaresi “üç yıldan yedi” şeklinde değiştirilmiş, ikinci fıkrasının (d) bendine

“kilit açmak” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya kilitlenmesini engellemek” ibaresi eklenmiş, (g) bendinde yer alan “**Barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan**” ibaresi madde metninden çıkarılmış, aynı fıkraya aşağıdaki bent eklenmiş, fıkroda yer alan “üç yıldan yedi” ibaresi “beş yıldan on” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“h) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,”

“(5) Hırsızlık suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>NİTELİKLİ HIRSIZLIK</p> <p>Madde 142 - (1) Hırsızlık suçunun;</p> <p>a) Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,</p> <p>b) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitlenmek suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,</p> <p>c) Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,</p>	<p>NİTELİKLİ HIRSIZLIK</p> <p>Madde 142- (1) Hırsızlık suçunun;</p> <p>a) Kime ait olursa olsun kamu kurum ve kuruluşlarında veya ibadete ayrılmış yerlerde bulunan ya da kamu yararına veya hizmetine tahsis edilen eşya hakkında,</p> <p>b) (Mülga: 18/6/2014-6545/62 md.)</p> <p>c) Halkın yararlanmasına sunulmuş ulaşım aracı içinde veya bunların belli varış veya kalkış yerlerinde bulunan eşya hakkında,</p> <p>d) Bir afet veya genel bir felaketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>d) Bir afet veya genel bir felâketin meydana getirebileceği zararları önlemek veya hafifletmek maksadıyla hazırlanan eşya hakkında,</p> <p>e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,</p> <p>f) (Mülga bent: 02/07/2012-6352 S.K./82.md.)</p> <p>İşlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(2) Suçun;</p> <p>a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,</p> <p>b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,</p> <p>c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,</p> <p>d) Haksız yere elde bulunduran veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak suretiyle,</p> <p>e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,</p> <p>f) Tanınmamak için tedbir olarak veya yetkisi olmadığı hâlde resmî sıfat takınarak,</p> <p>g) Barınak yerlerinde, sürüde veya açık yerlerde bulunan büyük veya küçük baş hayvan hakkında,</p> <p>İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.</p>	<p>e) Adet veya tahsis veya kullanımları gereği açıkta bırakılmış eşya hakkında,</p> <p>f) (Mülga: 2/7/2012-6352/82 md.)</p> <p>İşlenmesi hâlinde, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(2) Suçun;</p> <p>a) Kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak,</p> <p>b) Elde veya üstte taşınan eşyayı çekip almak suretiyle ya da özel beceriyle,</p> <p>c) Doğal bir afetin veya sosyal olayların meydana getirdiği korku veya kargaşadan yararlanarak,</p> <p>d) Haksız yere elde bulunduran veya taklit anahtarla ya da diğer bir aletle kilit açmak veya kilitletmesini engellemek suretiyle,</p> <p>e) Bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle,</p> <p>f) Tanınmamak için tedbir olarak veya yetkisi olmadığı halde resmi sıfat takınarak,</p> <p>g) (...) büyük veya küçük baş hayvan hakkında,</p> <p>h) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Herkesin girebileceği bir yerde bırakılmakla birlikte kilitletme suretiyle ya da bina veya eklentileri içinde muhafaza altına alınmış olan eşya hakkında,</p> <p>İşlenmesi hâlinde, beş yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Suçun, bu fıkranın (b) bendinde belirtilen surette, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olan kimseye karşı işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranına kadar artırılır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(3) Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi hâlinde, (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./82. md.) beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, (Değişik ibare: 02/07/2012-6352 S.K./82.md.) ceza yarı oranında artırılır ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.</p> <p>(4) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.6.md) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.</p>	<p>(3) Suçun, sıvı veya gaz hâlindeki enerji hakkında ve bunların nakline, işlenmesine veya depolanmasına ait tesislerde işlenmesi halinde, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ceza yarı oranında artırılır ve onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur.</p> <p>(4) (Ek: 6/12/2006 – 5560/6 md.) Hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlâli veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde, bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet aranmaz.</p> <p>(5) (Ek: 18/6/2014-6545/62 md.) Hırsızlık suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.</p>

GEREKÇE

“Hırsızlık suçu mağdurlar ve toplum üzerinde çok ciddi olumsuz sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte, ceza hukukunun ana ilkelerinden biri de, suç ile ceza arasında adil bir oran bulunmasıdır. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurguladığı üzere, eylemlerin ağırlığı veya hafifliğine göre cezaların da ağır veya hafif olması gerekmektedir.

Hırsızlık suçu sonucunda meydana gelen baksızlığın önem ve derecesi özellikle mağdurlar ve toplum üzerindeki etkisi göz

önüne alınarak, cezanın caydırıcılık fonksiyonunun gerçekleştirilebilmesi bakımından, Türk Ceza Kanununun 142 nci maddesinde düzenlenen hırsızlık suçunun nitelikli hallerinin cezaları bir miktar artırılmaktadır.

Diğer yandan, son zamanlarda sıklıkla karşılaşılan hırsızlık suçunun elektronik bir cihazla veya başka bir şekilde kilidin kapanmasını önlemek suretiyle işlenmesi hali de suçun nitelikli halleri arasına alınmaktadır.

Ayrıca, telefon, elektrik ve demiryolu hatlarında bulunan kablo veya makas motoru gibi alt yapı malzemelerinin çalınması suretiyle, kamu hizmeti niteliğindeki bu hizmetlerin verilmesinde önemli derecede aksamalar yaşanmaktadır. Hatta demiryolu hatlarında kullanılan alt yapı malzemelerinin çalınması kazalara sebebiyet vermekte ve can kaybına neden olabilmektedir. Bu itibarla, eylemin ağırlığı ile verilen ceza orasında denge sağlanması bakımından maddeye eklenen beşinci fıkrayla, hırsızlık suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması halinde, verilecek ceza artırılmaktadır.”

8. TCK md. 143 “Suçun Gece Vakti İşlenmesi”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 63)

5237 sayılı Kanunun 143 üncü maddesinde yer alan “üçte birine kadar” ibaresi “yarı oranında” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
SUÇUN GECE VAKTİ İŞLENMESİ Madde 143 - (1) Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte birine kadar artırılır.	SUÇUN GECE VAKTİ İŞLENMESİ Madde 143- (1) Hırsızlık suçunun gece vakti işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

GEREKÇE

“Hırsızlık suçunun geceleyin işlenmesi, faile daha çok kolaylık sağlamaktadır. Ayrıca, bu hal, Özellikle konutta işlenen hırsızlık suçlarında mağdurlar üzerinde daha da olumsuz etki bırakmaktadır. Bu suçta caydırıcılığın sağlanması amacıyla, suçun geceleyin işlenmesi halinde verilecek cezanın bir miktar daha artırılmasını sağlamak için Türk Ceza Kanununun 143 üncü maddesinde değişiklik yapılmaktadır.”

9. TCK md. 149 “Nitelikli Yağma”

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 64)

5237 sayılı Kanunun 149 uncu maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“d) Yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde,”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>NİTELİKLİ YAĞMA Madde 149 - (1) Yağma suçunun; ... d) Yol kesmek suretiyle ya da konut veya işyerinde,</p>	<p>NİTELİKLİ YAĞMA Madde 149- (1) Yağma suçunun; d) (Değişik: 18/6/2014-6545/64 md.) Yol kesmek suretiyle ya da konutta, işyerinde veya bunların eklentilerinde,</p>

10. TCK md. 152 “Mala Zarar Vermenin Nitelikli Halleri”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 65)

5237 sayılı Kanunun 152 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “altı” ibaresi “dört”, ikinci fıkrasında yer alan “iki” ibaresi “bir” şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(3) Mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>MALA ZARAR VERMENİN NİTELİKLİ HALLERİ</p> <p>Madde 152 - (1) Mala zarar verme suçunun;</p> <p>a) Kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında,</p> <p>b) Yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesis hakkında,</p> <p>c) Devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında,</p> <p>d) Sulamaya, içme sularının sağlanmasına veya afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında,</p> <p>e) Grev veya lokavt hâllerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,</p> <p>f) Siyasî partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,</p> <p>g) Sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak,</p>	<p>MALA ZARAR VERMENİN NİTELİKLİ HALLERİ</p> <p>Madde 152 - (1) Mala zarar verme suçunun;</p> <p>a) Kamu kurum ve kuruluşlarına ait, kamu hizmetine tahsis edilmiş veya kamunun yararlanmasına ayrılmış yer, bina, tesis veya diğer eşya hakkında,</p> <p>b) Yangına, sel ve taşkına, kazaya ve diğer felaketlere karşı korunmaya tahsis edilmiş her türlü eşya veya tesis hakkında,</p> <p>c) Devlet ormanı statüsündeki yerler hariç, nerede olursa olsun, her türlü dikili ağaç, fidan veya bağ çubuğu hakkında,</p> <p>d) Sulamaya, içme sularının sağlanmasına veya afetlerden korumaya yarayan tesisler hakkında,</p> <p>e) Grev veya lokavt hallerinde işverenlerin veya işçilerin veya işveren veya işçi sendika veya konfederasyonlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,</p> <p>f) Siyasi partilerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının maliki olduğu veya kullanımında olan bina, tesis veya eşya hakkında,</p> <p>g) Sona ermiş olsa bile, görevinden ötürü öç almak amacıyla bir kamu görevlisinin zararına olarak,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>İşlenmesi hâlinde, fail hakkında bir yıldan altı yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.</p> <p>(2) Mala zarar verme suçunun;</p> <p>a) Yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak,</p> <p>b) Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle,</p> <p>c) Radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silâh kullanarak,</p> <p>İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza iki katına kadar artırılır.</p>	<p>İşlenmesi halinde, fail hakkında bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.(1)</p> <p>(2) Mala zarar verme suçunun;</p> <p>a) Yakarak, yakıcı veya patlayıcı madde kullanarak,</p> <p>b) Toprak kaymasına, çığ düşmesine, sel veya taşkına neden olmak suretiyle,</p> <p>c) Radyasyona maruz bırakarak, nükleer, biyolojik veya kimyasal silah kullanarak,</p> <p>İşlenmesi halinde, verilecek ceza bir katına kadar artırılır.(1)</p> <p>(3) (Ek: 18/6/2014-6545/65 md.) Mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya havayolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması hâlinde, yukarıdaki fıkralar hükümlerine göre verilecek ceza yarısından iki katına kadar artırılır.</p>

GEREKÇE

“Telefon, elektrik ve demiryolu hatlarında bulunan kablo veya makas motoru gibi alt yapı malzemelerine zarar verilmesi durumunda, kamu hizmeti niteliğindeki bu hizmetlerin verilmesinde önemli derecede aksamalar yaşanmaktadır.

Bu itibarla, eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında denge sağlanması bakımından Türk Ceza Kanununun 152 nci mad-

desine fıkra eklemek suretiyle, mala zarar verme suçunun işlenmesi sonucunda haberleşme, enerji ya da demiryolu veya hava-yolu ulaşımı alanında kamu hizmetinin geçici de olsa aksaması halinde, verilecek cezanın artırılacağına dair düzenleme yapılmaktadır.

Ayrıca, maddede yapılan diğer bir değişiklikle, eylemin ağırlığı ile verilen ceza arasında denge sağlanması bakımından maddenin birinci fıkrasında düzenlenen cezanın üst sınırı altı yıldan dört yıla indirilmekte ve ikinci fıkrasında yer alan artırım oranı düşürülmektedir.”

11. TCK md. 188 “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal veya Ticareti”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 66)

5237 sayılı Kanununun 188 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “on yıldan az olmamak üzere” ibaresi “yirmi yıldan otuz yıla kadar” şeklinde değiştirilmiş, üçüncü fıkrasında yer alan “beş yıldan onbeş yıla kadar” ibaresi “on yıldan az olmamak üzere” şeklinde değiştirilmiş ve aynı fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiş, beşinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve yedinci fıkrasında yer alan “dört” ibaresi “sekiz” şeklinde değiştirilmiştir.

“Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz.”

“(5) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ</p> <p>Madde 188 - (1) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.</p> <p>(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, beş yıldan onbeş yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>	<p>UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE İMAL VE TİCARETİ</p> <p>Madde 188- (1) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak imal, ithal veya ihraç eden kişi, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.</p> <p>(3) Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri ruhsatsız veya ruhsata aykırı olarak ülke içinde satan, satışa arz eden, başkalarına veren, sevk eden, nakleden, depolayan, satın alan, kabul eden, bulunduran kişi, on yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014 – 6545/66 md.) Ancak, uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması hâlinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezası on beş yıldan az olamaz.</p> <p>(4) Uyuşturucu veya uyarıcı maddenin eroin, kokain, morfin veya bazmorfin olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(5) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p> <p>(6) Üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde açısından da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 29/06/2005-5377 S.K./22. mad) Ancak, verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.</p> <p>(7) Uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmî makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden kişi, dört yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(8) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>	<p>(5) (Değişik: 18/6/2014 – 6545/66 md.) Yukarıdaki fıkralarda gösterilen suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde verilecek ceza yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır.</p> <p>(6) Üretimi resmi makamların iznine veya satışı yetkili tabip tarafından düzenlenen reçeteye bağlı olan ve uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisi doğuran her türlü madde açısından da yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 29/6/2005 – 5377/22 md.) Ancak, verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir.</p> <p>(7) Uyuşturucu veya uyarıcı etki doğurmamakla birlikte, uyuşturucu veya uyarıcı madde üretiminde kullanılan ve ithal veya imali resmi makamların iznine bağlı olan maddeyi ülkeye ithal eden, imal eden, satan, satın alan, sevk eden, nakleden, depolayan veya ihraç eden kişi, sekiz yıldan az olmamak üzere hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(8) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>

ACIKLAMALAR

Maddeye ilişkin adalet komisyonunda yapılan tartışmalar;

Prof. Dr. Adem Sözüer: *Bu uyuşturucu madde suçlarında zaten kullananlar bakımından yeni Ceza Kanunu'nda bir tedavi öngörülerek önemli bir adım atılmıştı.*

Şimdi, burada bütün mesele ticaretin engellenmesi. Aslında, dünyada 'örgütlü suçluluk' denince de bunun birinci numarası uyuşturucu maddedir ve arka plandaki failler yakalanmak istenir. Aslında bu telefon dinlemeleri gibi özel soruşturmaların tedbirleri de bu tür suçlar için düşünülmüştür; arka planda parayı asıl kazananı, işi organize eden yakalayalım, meseleyi de daha iyi başarabilelim diye. Ama genellikle ortada olan daha orta kademedekilerin ve daha çok kullanıcıların olmasıdır.

Şimdi, bu noktada cezalar burada da artırılıyor; oranları ben takdire sunuyorum. Ama şimdi bazı tanımlar var; bunun bu kapsamda cezasının artırıldığını bilelim... Belki de Yargıtay nasıl olacak?

Şimdi bazı ülkelerde esrar kullanımı serbest, biz hiçbir zaman böyle bir şey talep etmedik, çünkü bu daha sonraki uyuşturucuya gidiş için bir yoldur. Ancak burada şöyle bir nokta var: Özellikle bizim ülkemizde, bir kişi diyelim ki kendisi için 1 içimlik 2 içimlik esrar satın aldığı zaman bunu arkadaşlarıyla birlikte içiyor ve bunu da onlara da veriyor. Dolayısıyla, bu maddede başka bir kişiye veren kapsamına giriyor. Bu suçun cezası da eğer bu kapsamda başkasına veren tanımına girdiği zaman on yıldan az olmamak üzere cezalandırılıyor. Yani burada bu örneğe dikkat çekerek Yargıtay uygulamalarına da açıklık getirsin.

Yani bir kişi –bu, ağır nitelikte bir şey değil- kendi için alıyor, verdiği zaman da karşılığında para almıyor, dikkatinizi çekerim ve karşısındaki için de hayati tehlike, vesaire de doğurmuyor. Yani bunu o yüzden...

Türkiye'de de en çok işlenen suç türüdür uyuşturucu madde bağlamında, esrar çok yaygın ülkemizde maalesef.

Şimdi bunun zaten ekiminin filan ciddi ölçüde cezası artırıldı.

Burada da bu durum ya ayrı düzenlenmeli bana kalırsa, çünkü burada alt sınırı on yıldan az olmamak üzere...

Yani böyle, kendi kullanımı için alıp –bunu ücretsiz bir şekilde, devamlı olmayan şekilde- oturup arkadaşlarıyla içen kişinin şeyi bu madde kapsamına girmemeli diye düşünüyorum. Çünkü o maddenin başlığı dikkat ederseniz “Uyuşturucu Madde Ticareti”dir. Halbuki bu davranış bir ticari davranış değildir.

Prof. Dr. İzzet Özgenç: *Şimdi, 188’inci maddenin (3)’üncü fıkrasıyla 191’inci maddenin kapsamında tanımlanan suç arasında önemli bir fark var, fiiller bakımından bir benzerlik var, orada da satın alma var, kabul etme var, bulundurma var.*

*191’inci maddedeki satın alma, kabul etme veya bulundurma kullanmak amacına yönelik; yani kişi, kendisi de olabilir, bir yakının da kullanması için alabilir. Mesela bir baba uyuşturucuya müptela olmuş bir çocuğu için gidip de bir yerden uyuşturucu satın aldığı anda 191’inci maddenin uygulanması gerekiyor, 188 değil. **Şimdi sorun şu: Kullanmak için uyuşturucu maddeyi gitmiş bir yerden satın almış, gelmiş alem meclisine; alem meclisinde kendi kullandığı gibi, meclisin diğer bireylerine de kullanmak üzere vermiş. Şimdi bu kişiyle ilgili olarak sorun, 188’inci maddenin (3)’üncü fıkrası hükmü mü uygulanmalı, 191’inci maddenin (1) fıkrası hükmü mü uygulanmalı? Yani benim şahsi kanaatim, burada ilave bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur, uygulama bunu çok rahatlıkla çözer.** Somut olayın şartları itibarıyla böyle bahsedilen durumlarda getirip meseleyi 191’inci madde içerisinde çözmek mümkündür, yeter ki amacın iyi teşhis edilmesi yoluna gidelim. Yani baba uyuşturucu maddeyi kullanmıyor ama çocuğu uyuşturucu madde kullandığı için, onu bir şekilde teskin etmek için, gidip sağdan soldan, ne pahasına olursa olsun, 3 kuruş, 5 kuruş vererek, para vererek aldığı uyuşturucu maddeyi getirip oğluna verdiğinde biz babayı 188. maddeye göre değil, 191. maddeye göre, yani bu amaçla, kullanmak için, ama kendisinin ama oğlunun...*

Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç: *Başkalarına veren 188/3’te olur. İster bedelli olsun ister bedelsiz olsun yani onun ceza dairesinde uygulaması bu. 191. madde, kullanmak için, burada*

“kendi kullanımı” ifadesini biz kastediyoruz, yoksa başkalarının kullanımı için temin edeni bu kapsamda değerlendirmiyoruz. Yani uygulama rabatsız edici de olsa bugün bu. Başka türlü cezayı değiştirebilirsiniz ama bu, başkasına, ister bedelli olsun ister bedelsiz ister az ister çok olsun, veriyorsa 188/3’te değerlendirilir.

GEREKÇE

“Anayasanın “Ailenin korunması ve çocuk bakları” başlıklı 41 inci maddesinde çocukların korunması; “Gençliğin korunması” başlıklı 58 inci maddesinde ise, gençleri uyuşturucu maddelerden, suçluluk ve benzeri kötü alışkanlıklardan korunması için gerekli tedbirleri alma görevi Devlete verilmiştir.

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında belirtildiği üzere, hukuk devletinde, ceza hukuku kuralları, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülülük, adil ve orantılı olmalıdır. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının belirlenmesinde o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar veren kişiliği ile verilen zararın azlığı veya çokluğu, suç oranındaki artış veya azalma gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Uyuşturucu veya uyarıcı maddeler, çocuklara, bağımlılığın fiziksel ve ruhsal sağlığıyla aile ve iş yaşamına ve genel olarak toplumsal düzene büyük zararlar vermektedir. Uyuşturucu suçuyla daha etkin mücadele edilebilmesi amacıyla Türk Ceza Kanununun 188 inci maddesinde yapılan değişiklikle, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları için belirlenen cezaların önemli miktarda artırılması öngörülmektedir. Uyuşturucu veya uyarıcı madde verilen veya satılan kişinin çocuk olması halinde, veren veya satan kişiye verilecek hapis cezasının alt sınırı artırılmaktadır. Bu suçların, üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde verilecek ceza yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, verilecek ceza bir kat artırılabacaktır.”

12.TCK md. 190 “Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasını Kolaylaştırma”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 67)

5237 sayılı Kanununun 190 ıncı maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan “iki yıldan beş” ibareleri “beş yıldan on” şeklinde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI KOLAYLAŞTIRMA</p> <p>Madde 190 - (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;</p> <p>a) Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,</p> <p>b) Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,</p> <p>c) Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,</p> <p>Kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(3) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>	<p>UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANILMASINI KOLAYLAŞTIRMA</p> <p>Madde 190 - (1) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırmak için;</p> <p>a) Özel yer, donanım veya malzeme sağlayan,</p> <p>b) Kullananların yakalanmalarını zorlaştıracak önlemler alan,</p> <p>c) Kullanma yöntemleri konusunda başkalarına bilgi veren,</p> <p>Kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını alenen özendiren veya bu nitelikte yayın yapan kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(3) Bu maddede tanımlanan suçların tabip, diş tabibi, eczacı, kimyager, veteriner, sağlık memuru, laborant, ebe, hemşire, diş teknisyeni, hastabakıcı, sağlık hizmeti veren, kimyacılıkla veya ecza ticareti ile iştigal eden kişi tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.</p>

13.TCK md. 191 “Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 68)

5237 sayılı Kanununun 191 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>KULLANMAK İÇİN UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SATIN ALMAK, KABUL ETMEK VEYA BULUNDURMAK</p> <p>Madde 191 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K. 7. md)</p> <p>(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir. (Ek cümle: 31/03/2011-6217 S.K 20. mad.) Bu karar, durma kararının hukuki sonuçlarını doğurur.</p>	<p>KULLANMAK İÇİN UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE SATIN ALMAK, KABUL ETMEK VEYA BULUNDURMAK YA DA UYUŞTURUCU VEYA UYARICI MADDE KULLANMAK</p> <p>Madde 191 -</p> <p>(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p> <p>(2) Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında kendisine yüklenen yükümlülüklerle uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde kendisi bakımından ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyarır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.</p> <p>(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.</p> <p>(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.</p> <p>(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı ceza ya hükmedildikten sonra da iki ilâ</p>	<p>(3) Erteleme süresi zarfında şüpheli hakkında asgari bir yıl süreyle denetimli serbestlik tedbiri uygulanır. Bu süre Cumhuriyet savcısının kararı ile üçer aylık sürelerle en fazla bir yıl daha uzatılabilir. Hakkında denetimli serbestlik tedbiri verilen kişi, gerek görülmesi hâlinde denetimli serbestlik süresi içinde tedaviye tabi tutulabilir.</p> <p>(4) Kişinin, erteleme süresi zarfında;</p> <p>a) Kendisine yüklenen yükümlülüklerle veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi,</p> <p>b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması,</p> <p>c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, hâlinde, hakkında kamu davası açılır.</p> <p>(5) Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması, dördüncü fıkra uyarınca ihlal nedeni sayılır ve ayrı bir soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmaz.</p> <p>(6) Dördüncü fıkraya göre kamu davasının açılmasından sonra, birinci fıkrada tanımlanan suçun tekrar işlendiği iddiasıyla açılan soruşturmalarda ikinci fıkra uyarınca kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilemez.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.</p> <p>(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir.</p>	<p>(7) Şüpheli erteleme süresi zarfında dördüncü fıkrada belirtilen yükümlülöklere aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediğı takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir.</p> <p>(8) Bu Kanunun;</p> <p>a) 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti,</p> <p>b) 190 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, suçundan dolayı yapılan kovuşturma evresinde, suçun münhasıran bu madde kapsamına girdiğinin anlaşılması hâlinde, sanık hakkında bu madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.</p> <p>(9) Bu maddede aksine düzenleme bulunmayan hâllerde, Ceza Muhakemesi Kanununun kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin 171 inci maddesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin 231 inci maddesi hükümleri uygulanır.</p>

AÇIKLAMALAR

Konuya ilişkin adalet komisyonunda yapılan tartışmalar özetle;

Başkan: *Şöyle bir şey var, hocam (İzzet Özgenç) şöyle bir not yazmış da okuyayım arkadaşlar; diyor ki: ‘Kendi kullanımını için satın aldığı veya kabul ettiği uyuşturucuyu veya uyarıcı maddeyi kendisiyle birlikte kullanmak üzere bir başkasına veren kişi hakkında da bu madde hükmü uygulanır.’*

Prof. Dr. İzzet Özgenç: *Yani 191. madde.*

Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç: *Yani savunma hep böyle gelecek. Yani somut dosyalarla ilgili yeni bir süreç başlar. Bunun önünü almak mümkün değil. Belki baştan böyle uygulansa olabilirdi ama şuan birçok tartışmalı konuyu gündeme getirecektir bu düzenleme.*

Başkan: *Peki, rağbet görmedi.*

NOT:

TCK'da gerçekleştirilen değişiklik sonrasında 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir:

“GEÇİCİ MADDE 7- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında hâlen denetimli serbestlik veya tedavi kararı uygulananlar bakımından Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesi hükümleri çerçevesinde bu tedbirlerin uygulanmasına devam olunur.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi tedbiri uygulanmayan kişilerle ilgili olarak 191 inci madde hükümleri çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesinde tanımlanan suç nedeniyle yürütülen kovuşturmalarda, hakkında daha önce denetimli serbestlik veya tedavi kararı verilmiş olup da bu yükümlülükleri ihlal eden kişilerin yargılanmasına devam olunur.”

GEREKÇE

“Maddeyle, Türk Ceza Kanununun 191 inci maddesi başlığıyla birlikte değiştirilmektedir. Maddenin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmak suçu için öngörülen hapis cezası, bu suçla daha etkin mücadele etmek ve toplumu uyuşturucuya karşı korumak amacıyla artırılmaktadır.

Maddenin mevcut düzenlemesine göre kovuşturma aşamasında karar verilebilen tedavi ve denetimli serbestlik tedbirinin yerine getirilmesinde birtakım sorunlarla karşılaşmıştır. Bunlardan en önemlisi, aynı kişi hakkında birden fazla tedbir kararı verilebilmesi ve yükümlülüklerin ihlal edilmesine rağmen yargılamaya devam edilmek suretiyle cezaya hükmolünmamasıdır.

Bu nedenle, kovuşturma aşamasında verilebilen denetimli serbestlik kararının, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında tedavi işlemlerine bir an önce başlanabilmesi için, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından verilmesi sağlanmaktadır. Bu suçtan dolayı başlatılan soruşturmada şüpheli hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın, beş yıl süreyle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilecektir. Cumhuriyet savcısı, bu durumda şüpheliyi, erteleme süresi zarfında denetimli serbestlik tedbiri kapsamında kendisine yüklenen yükümlülükler uygun davranmadığı veya yasakları ihlal ettiği takdirde ortaya çıkabilecek sonuçlar konusunda uyaracaktır. ***Buna göre kişi hakkında uygulanacak erteleme süresi beş yıl iken, denetimli serbestlik süresi ve gerekmesi halinde uygulanacak tedavi süresi en fazla iki yıl olabilecektir.***

Kişinin, denetimli serbestlik veya erteleme süresi zarfında,

- a) Kendisine yüklenen yükümlülükler veya uygulanan tedavinin gereklerine uygun davranmamakta ısrar etmesi,
- b) Tekrar kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması,
- c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanması,

halinde, hakkında kamu davası açılacak ve yargılamaya devam edilecektir.

Erteleme süresi zarfında kişinin kullanmak için tekrar uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alması, kabul etmesi veya bulundurması ya da kullanması ihlal nedeni sayılacak ancak bu ihlal ayrı bir soruşturma ve kovuşturma

konusu yapılmayacaktır. İblalin tekrarlanması halinde ise yeniden kamu davasının ertelenmesi kararı verilemeyecek ve kişi hakkında doğrudan soruşturma ve kovuşturma yapılması söz konusu olacaktır. Diğer bir ifadeyle, tedavi ve denetimli serbestlik hükümleri, bir kişi hakkında ancak bir kez uygulanabilecektir.

Şüpheli erteleme süresi zarfında yükümlülüklerle aykırı davranmadığı ve yasakları ihlal etmediği takdirde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.

Ayrıca, maddede suçun vashının yargılama aşamasında değişmesi durumunda uygulamada çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi amacıyla da değişiklik yapılmaktadır. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti ve uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma suçlarından yapılan kovuşturma evresinde, suçun 191 inci madde kapsamına girdiğinin anlaşılması halinde, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilecektir. Böylelikle, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı tarafından verilen tedavi ve denetimli serbestlik kararlarının, kovuşturma aşamasında suçun vashının değişmesi durumunda mahkeme tarafından verilmesi sağlanmaktadır.”

14. TCK md. 277 “Yargı Görevi Yapanı, Bilirkişiyi veya Tanığı Etkilemeye Teşebbüs”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 69)

5237 sayılı Kanununun 277 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “veya yapılmakta olan bir soruşturmada,” ve “şüpheli veya” ibareleri madde metninden çıkarılmış ve fıkraya aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>YARGI GÖREVİ YAPANI, BİLİRKİŞİYİ VEYA TANIĞI ETKİLEMeye TEŞEBBÜS</p> <p>Madde 277 - (Değişik madde: 02/07/2012-6352 S.K./90.md.)</p> <p>(1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.</p>	<p>YARGI GÖREVİ YAPANI, BİLİRKİŞİYİ VEYA TANIĞI ETKİLEMeye TEŞEBBÜS</p> <p>Madde 277 - (Değişik: 2/7/2012-6352/90md.)</p> <p>(1) Görülmekte olan bir davada gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (Ek cümle: 18/6/2014-6545/69 md.)</p> <p>Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.</p> <p>(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.</p>

AÇIKLAMALAR

TCK md. 277'de daha önceki değişiklik 6352 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmişti. 6352 sayılı Kanun ile birlikte hem madde başlığı değişmiş, tanığa ve bilirkişiyeye karşı da bu suçun işlenmesi mümkün hale gelmişti. Bununla beraber eski düzenlemeden farklı olarak soruşturma aşamasında bu kişilere karşı gerçekleştirilecek eylemlerin suç oluşturma- cağı kabul edilmekteydi.

6545 sayılı değişiklik ise hükmü ilk halinden oldukça farklılaştırmıştır. Son halde “veya yapılmakta olan bir soruşturmada” ve “şüpheli veya” ibareleri kaldırılarak soruşturma aşamasında görev yapan yargı görevlilerini etkilemeye yönelik fiiller suç olmaktan çıkarılmıştır. Öte yandan birinci fıkraya “Teşebbüs iltimas derecesini geçmediği takdirde verilecek ceza altı aydan iki yıla kadardır.” cümlesi eklenerek cezalar hafifletilmiştir.

Şüphesiz, toplumsal hayatın değişmesiyle birlikte, bazı fiil ve hareketlerin suç olmaktan çıkarılması (depenalizasyon), çağdaş ceza hukukunun bir özelliğidir⁹. Ancak, belirtmek gerekir ki, depenalizasyon, ceza kanunlarında geniş ölçüde etkili zihniyet değişikliğini de gerektirdiğinden, gerçekleşmesi fevkalade güç bir iştir. Her şeyden önce toplum, bazı suçlar üzerindeki yasaya aykırılık damgasının kaldırılmasını ve o hareketin uygun görüldüğü anlamına gelmediğini benimsemelidir. Bu benimsemenin ise pek kolay olmadığını ifade etmek gerekir¹⁰.

Bunun yanı sıra, kanunların toplumun ihtiyaçları çerçevesinde oluşturuldukları da ele alınarak, somut değişiklik bakımından şu sorunun sorulmasında zorunluluk bulunmaktadır; “6352 sayılı Kanun sonrasında değişikliğin gerçekleştirildiği Haziran 2014 tarihine kadar geçen süre bir düzenlemenin mevcut ihtiyaçları karşılayıp karşılamadığının tayini bakımından yeterli midir?” Kanaatimizce; bu soruya verilecek cevap olumsuz yöndedir.

6352 sayılı Kanun ile değiştirilen ilk halinde, hükmün yeniden düzenlenmesine ilişkin olarak tasarıda yer alan gerekçede “*Etkilemeye teşebbüs edilen kişinin, davanın veya soruşturmanın süjesi olarak yargı görevi yapanlar ile bilirkişi veya tanık olması gerekmektedir. Yargı görevi yapan ibaresi, Türk Ceza Kanunununun 6 ncı maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, yüksek mahkemeler ve adli, idari ve askeri mahkemeler üye ve hakimleri ile savcı ve avukatlar, yargı görevi yapan kişidir. ... Failin, söz konusu suçu oluşturan fiili, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, yani görülmekte olan bir davanın taraflarından birinin ya da yapılmakta olan bir*

9 DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I**, Beta, İstanbul 1994, s. 35.

10 DÖNMEZER, ERMAN, **a.g.e.**, s. 35.

soruşturma veya kovuşturmada şüpheli veya sanığın ya da davaya katılanın veya mağdurun leh veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar verilmesini veya işlem tesis edilmesini ya da gerçeğe aykırı müta-laa veya beyanda bulunulmasını sağlamak amacıyla, işlemesi gerekmektedir.” ifadelerinin bulunduğu görülmektedir.

Belirtmek isteriz ki, bir önceki değişikliğin gerekçesinde suç tipine ve değişikliğe ilişkin ayrıntılı ifadelerin yer almasına karşılık, 6545 sayılı Kanun bakımından böyle bir durum söz konusu olmadığı, gerekçedeki ifadelerin kanunun lafzına yer verilmesinden ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Kanaatimizce, bu durum kanun yapma tekniğine aykırıdır.

Öte yandan, 6352 sayılı Kanun gerekçesinde de belirtildiği üzere, yargı görevi yapan deyimi, yargılamanın bütün makamlarını yani savcılık mercilerini de kapsamaktadır. Hükmün son halinin başlığında da “yargı görevi yapan” ibaresi geçmesine rağmen içerikte soruşturma aşamasının bel kemiğini oluşturan Cumhuriyet savcıları bakımından, TCK md. 277 ile amaçlanan koruma alanı zayıflatılmıştır. Üstelik soruşturma aşaması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına hizmet eden ve yargılamanın seyri bakımından üstün önemi haiz olan bir süreçtir. Dolayısıyla, yukarıda da yer verdiğimiz sebepler çerçevesinde, değişikliğin eleştirilere son derece açık olduğu ortaya çıkmaktadır.

GEREKÇE

“Türk Ceza Kanununun 277 nci maddesinde tanımlanan suç esasen görülmekte olan bir dava nedeniyle işlenebilen bir suç olduğundan soruşturma aşaması madde metninden çıkarılmaktadır. Diğer yandan, suçun yarattığı tehlikenin hafifliği nazara alınarak teşebbüsün iltimas derecesini geçmediği hallerde faile daba az ceza verilmesi sağlanmaktadır.”

II. SULH CEZA MAHKEMELERİNİN KALDIRILMASI

A. 26/09/2004 TARİHLİ VE 5235 SAYILI ADLİ YARGI İLK DERECE MAHKEMELERİ İLE BÖLGE ADLİYE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ, GÖREV VE YETKİLERİ HAKKINDA KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 46)

5235 sayılı Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “sulh ceza,” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
Madde 8 - Ceza mahkemeleri, sulh ceza, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir.	Madde 8 - Ceza mahkemeleri, asliye ceza ve ağır ceza mahkemeleri ile özel kanunlarla kurulan diğer ceza mahkemeleridir.

2. Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 48)

5235 sayılı Kanununun 10 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
SULH CEZA MAHKEMESİNİN GÖREVİ Madde 10 - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması, sulh ceza mahkemelerinin görevi içindedir.	SULH CEZA HÂKİMLİĞİ MADDE 10 - Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde birden fazla sulh ceza hâkimliği kurulabilir. Bu durumda sulh ceza hâkimlikleri

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
	<p>numaralandırılır. Müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.</p> <p>Sulh ceza hâkimliğinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur.</p> <p>Sulh ceza hâkimliği, her il merkezi ile bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca kurulur.</p> <p>Sulh ceza hâkimliği buldukları il veya ilçenin adı ile anılır.</p> <p>Sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, buldukları il merkezi ve ilçeler ile bunlara adli yönden bağlanan ilçelerin idari sınırlarıdır.</p> <p>Ağır ceza mahkemeleri ile büyükşehir belediyesi bulunan illerde, büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki il ve ilçenin adı ile anılan sulh ceza hâkimliğinin yargı çevresi, il veya ilçe sınırlarına bakılmaksızın Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenir.</p> <p>Coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak bir sulh ceza hâkimliğinin kaldırılmasına veya yargı çevresinin değiştirilmesine, Adalet Bakanlığının önerisi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir.”</p>

GEREKÇE

“Mevcut ceza muhakemesi sisteminde koruma tedbirlerine karar vermekle görevli müstakil bir hâkimliğin bulunmaması pratikte birçok farklı uygulama ve aksaklıkların yaşanmasına sebebiyet vermektedir. Koruma tedbirleri hakkında yetersiz gerekçeyle karar verilmesi; bu tür kararları veren mahkemeler arasında yeknesak bir uygulama bulunmaması; şüpheli hakkında tutuklama kararı veren hâkimin, dava açılması durumunda aynı dosya hakkında hüküm vermesi veya hükme katılması yoğun eleştirilere neden olmaktadır. Ayrıca, sulh ve asliye ceza mahkemeleri arasındaki görev ayırımının mahkemeler arasında adaletsiz bir iş dağılımına neden olduğu, bu bağlamda çalışma barışının zedelendiği, bu mahkemeler arasında verilen görevsizlik kararlarının yargılama sürecinin uzamasına sebebiyet verdiği, ayırımın hâkimler arasında hiyerarşik bir algıya neden olduğu da ifade edilmektedir.

Maddeyle, sulh ceza mahkemeleri kaldırılmakta ve sulh ceza mahkemelerinin yargulamaya ilişkin görevi asliye ceza mahkemesine devredilmektedir.

*Diğer yandan, esas itibarıyla soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları almak ve işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmaktadır. Buna göre, ceza muhakemesinin soruşturma aşamasında gözlem altına alma, şüphelinin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, yakalama emri, tutuklama, adli kontrol, arama ve elkoyma gibi ceza muhakemesi işlemleri veya bazı koruma tedbirleri hakkında karar verme yetkisi bu hâkimliklere ait olacaktır. **Bu düzenleme her şeyden önce bu işlemler konusunda bir uzmanlaşma ve uygulama birliği sağlayacaktır.***

Bu düzenleme sonrasında zaman içinde sulh ceza hâkimliklerinin birbirleriyle olan etkileşimlerinin sağlanmasıyla birlikte koruma tedbirleri alanında verilen kararlarda ülke genelinde bir standart yakalanması amaçlanmaktadır.

Belirtilen amaçlarla, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 10 uncu maddesinde değişiklik yapmakta ve sulh ceza mahkemesi kapatılarak sulh ceza hâkimliği kurulmaktadır.”

III.5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. SULH CEZA MAHKEMELERİNİN KALDIRILMASI İLE BAĞLANTILI OLARAK 5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1. CMK md. 173; “Cumhuriyet Savcısının Kararına İtiraz”: Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 71)

5271 sayılı Kanununun 173 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine” ibaresi “ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine” şeklinde; üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde; dördüncü fıkrasında yer alan “Mahkeme” ibaresi “Sulh ceza hâkimliği” şeklinde ve altıncı fıkrasında yer alan “ağır ceza mahkemesinin” ibaresi “sulh ceza hâkimliğinin” şeklinde değiştirilmiştir.

“(3) Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>CUMHURİYET SAVCISININ KARARINA İTİRAZ</p> <p>Madde 173 - (1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine itiraz edebilir.</p> <p>(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.</p> <p>(3) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./26.mad) Mahkeme, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.</p> <p>(4) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./26.mad) Mahkeme istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.</p>	<p>CUMHURİYET SAVCISININ KARARINA İTİRAZ</p> <p>Madde 173 – (1) Suçtan zarar gören, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine itiraz edebilir.</p> <p>(2) İtiraz dilekçesinde, kamu davasının açılmasını gerektirebilecek olaylar ve deliller belirtilir.</p> <p>(3) (Değişik : 6545 - 18.6.2014 / m.71) Sulh ceza hâkimliği, kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görür ise bu hususu açıkça belirtmek suretiyle, o yer Cumhuriyet başsavcılığında talepte bulunabilir; kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa, istemi gerekçeli olarak reddeder; itiraz edeni giderlere mahkûm eder ve dosyayı Cumhuriyet savcısına gönderir. Cumhuriyet savcısı, kararı itiraz edene ve şüpheliye bildirir.</p> <p>(4) (Değişik: 25/5/2005 - 5353/26 md.) Sulh ceza hâkimliği istemi yerinde bulursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenleyerek mahkemeye verir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu Madde hükmü uygulanmaz.</p> <p>(6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan ağır ceza mahkemesinin bu hususta karar vermesine bağlıdır.</p>	<p>(5) Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmaması hususunda takdir yetkisini kullandığı hâllerde bu madde hükmü uygulanmaz.</p> <p>(6) İtirazın reddedilmesi halinde; Cumhuriyet savcısının, yeni delil varlığı nedeniyle kamu davasını açabilmesi, önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan sulh ceza hâkimliğinin bu hususta karar vermesine bağlıdır.</p>

ACIKLAMALAR

Sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması, cumhuriyet savcısının kararına itiraz konulu CMK md. 173'de de bir takım değişiklikler yapılması ihtiyacını doğurmuştur.

CMK md. 173/1 kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itiraz usulünü düzenlemektedir. Değişiklikten önce itiraz mercii kararı veren cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı en yakın ağır ceza mahkemesi olarak belirtilmeliydi. Sulh ceza hâkimliklerinin kurulmasıyla birlikte ise artık takipsizlik kararlarına yapılan itirazlar, kararı veren cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu sulh ceza hâkimliği tarafından incelenecektir. 6545 sayılı Kanun'un getirdiği en keskin değişikliklerden birinin de kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararların incelenmesi açısından söz konusu olduğu görülmektedir.

Takipsizlik kararına itiraz açısından bir diğer durum da soruşturmanın genişletilmesi ile ilgilidir. Üçüncü fıkranın eski halinde; mahkemenin kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görmesi durumunda o yer sulh ceza hâkimini görevlendirebileceği, şayet kamu davasının açılması için geçerli neden bulamazsa istemi gerekçeli olarak

reddedeceği düzenlenmekteydi. Değişiklikten sonra ise, itirazı incelemeye yetkili sulh ceza hâkimliği, soruşturmanın genişletilmesine gerek duyması halinde, bu husus ile ilgili olarak o yer Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilecektir. Görüleceği üzere; sulh ceza hâkimliklerinin kurulması ve buralara tanınan yetkiler bağlamında merciler odak alınarak üçüncü fıkrada da değişiklik yapılması zorunluluğu doğmuştur. 4. ve 6. fıkralarda da “mahkeme” ve “ağır ceza mahkemesi” deyimleri sulh ceza hâkimliği olarak değiştirilmiştir.

GEREKÇE

“Maddeyle, ağır ceza mahkemelerinin iş yükü de dikkate alınmak suretiyle kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara itirazın sulh ceza hakimliğine yapılması sağlanmaktadır. Bununla birlikte, itirazlar tüm sulh ceza hâkimliklerine değil karar veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine yapılacaktır.”

2. CMK md. 260; “Kanun Yollarına Başvurma Hakkı”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 73)

5271 sayılı Kanununun 260 ıncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcıları, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 260 - (1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.</p> <p>(2) Asliye ceza mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcılığı, mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılığı, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcılığı, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.</p> <p>(3) Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir.</p>	<p>Madde 260 - (1) Hâkim ve mahkeme kararlarına karşı Cumhuriyet savcısı, şüpheli, sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanlar için kanun yolları açıktır.</p> <p>(2) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcılığı, ağır ceza mahkemesinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin; bölge adliye mahkemesinde bulunan Cumhuriyet savcılığı, bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yollarına başvurabilirler.</p> <p>(3) Cumhuriyet savcısı, sanık lehine olarak da kanun yollarına başvurabilir.</p>

AÇIKLAMALAR

6545 sayılı Kanun ile 260. maddenin 2. fıkrası değişikliğe uğramıştır. Sulh Ceza Mahkemelerinin aynı düzenleme çerçevesinde kaldırılmasıyla beraber, 2. fıkrada yer alan asliye ceza mahkemelerinde görev yapan cumhuriyet savcılarının görev yaptıkları mahkemenin yargı çevresindeki sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı kanun yoluna başvuru yapabileceklerini öngören hüküm de etkinliğini kaybettiğinden, fıkra yeniden ele alınmıştır. Bu kapsamda hükmün son hali artık asliye ceza

mahkemelerinin ve bölge adliye mahkemelerinin kararlarına karşı yapılacak kanun yolu başvurularını düzenlemektedir.

GEREKÇE

“Tasarıyla sulh ceza hâkimliğinin görevi soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları vermek, bunlara ilişkin işleri yapmak ve bunlara yapılan itirazları incelemek şeklinde belirlendiği ve kovuşturma aşamasına ilişkin herhangi bir görev verilmediği dikkate alınarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 260 inci maddesinde düzenlenen kanun yollarına başvuru hakkına ilişkin hükümler bu kapsamda yeniden düzenlenmektedir.”

3. CMK md. 268; “İtiraz Usulü ve İnceleme Mercileri”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 74)

5271 sayılı Kanunun 268 inci maddesinin üçüncü fıkrasının (a) ve (b) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.

b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 268 - (1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci Maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanını veya hâkim onaylar. 263 üncü Madde hükmü saklıdır.</p> <p>(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.</p> <p>(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:</p> <p>a) Sulh ceza hâkiminin kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları asliye ceza mahkemesi hâkimine aittir.</p> <p>b) Sulh ceza işleri, asliye ceza hâkimi tarafından görülüyorsa itirazı inceleme yetkisi ağır ceza işlerini gören mahkeme başkanına aittir.</p> <p>c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile</p>	<p>Madde 268 - (1) Hâkim veya mahkeme kararına karşı itiraz, kanunun ayrıca hüküm koymadığı hâllerde 35 inci Maddeye göre ilgililerin kararı öğrendiği günden itibaren yedi gün içinde kararı veren mercie verilecek bir dilekçe veya tutanağa geçirilmek koşulu ile zabıt kâtibine beyanda bulunmak suretiyle yapılır. Tutanakla tespit edilen beyanı ve imzayı mahkeme başkanı veya hâkim onaylar. 263 üncü madde hükmü saklıdır.</p> <p>(2) Kararına itiraz edilen hâkim veya mahkeme, itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderir.</p> <p>(3) İtirazı incelemeye yetkili merciler aşağıda gösterilmiştir:</p> <p>a) Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.</p> <p>d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, men-sup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.</p> <p>e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.</p>	<p>varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir.</p> <p>b) İtiraz üzerine ilk defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi durumunda da (a) bendindeki usul uygulanır. Ancak, ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.</p> <p>c) Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde buldukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir.</p> <p>d) Naip hâkim kararlarına yapılacak itirazların incelenmesi, men-sup oldukları ağır ceza mahkemesi başkanına, istinabe olunan mahkeme kararlarına karşı yukarıdaki bentlerde belirtilen esaslara göre buldukları yerdeki mahkeme başkanı veya mahkemeye aittir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
	e) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairesinin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler.

AÇIKLAMALAR

CMK md. 268 hâkim ve mahkeme kararlarına itiraz usullerini düzenlemektedir. Sulh Ceza Mahkemelerinin kaldırılarak Sulh Ceza Hâkimliği haline getirilmesi ile birlikte itirazı incelemeye yetkili merciler bakımından hükümde değişiklikler yapmak zarureti doğmuştur. Bu kapsamda 3. fıkranın (a) bendi tekrar ele alınarak, sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazları incelemekle görevli merciler şu şekilde tayin edilmiştir;

- O yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde numara olarak kendisini izleyen sulh ceza hâkimliği;
- Son numaralı hâkimlik için, bir numaralı sulh ceza hâkimliği;
- Ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği;
- Ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliği

6545 sayılı Kanun ile 3 fıkraya eklenen (b) bendi ise tutukluluk kararlarına itiraz usullerini düzenlemektedir. Buna göre; itiraz üzerine ilk

defa sulh ceza hâkimliği tarafından verilen tutuklama kararlarına itiraz edilmesi halinde de (a) bendinde belirlenen usul uygulanacaktır. Ancak ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği, tutuklama kararını itiraz mercii olarak inceleyemez.

GEREKÇE

“Tasarıyla sulh ceza hâkimliğinin görevi soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları vermek, bunlara ilişkin işleri yapmak ve bunlara yapılan itirazları incelemek şeklinde belirlenmektedir. Böylelikle soruşturma aşamasında hâkim kararı gerektiren işlerde uzmanlaşmanın sağlanması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanununun 268. maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, sulh ceza hâkimliğinin kararlarına karşı yapılacak itirazların da uzmanlaşma ve yeknesaklığın sağlanması amacıyla sulh ceza hâkimliklerince incelenmesi sağlanmaktadır.

Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması halinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe, o yerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın sulh ceza hâkimliğine ait olacaktır.

Diğer yandan itiraz üzerine ilk defa verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz edilmesi durumunda da aynı usul uygulanacak, fakat ilk tutuklama talebini reddeden sulh ceza hâkimliği itirazlara bakamayacaktır.”

4. CMK md. 273; “İstinaf İstemi ve Süresi”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 75)

5271 sayılı Kanununun 273 üncü maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(3) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 273 - (1) İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt kâtibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hâkime onaylattırılır. Tutuklu sanık hakkında 263 üncü Madde hükmü saklıdır.</p> <p>(2) Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.</p> <p>(3) Asliye ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet Başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler.</p> <p>(4) Sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz.</p>	<p>MADDE 273.- (1) İstinaf istemi, hükmün açıklanmasından itibaren yedi gün içinde hükmü veren mahkemeye bir dilekçe verilmesi veya zabıt katibine bir beyanda bulunulması suretiyle yapılır; beyan tutanağa geçirilir ve tutanak hakime onaylattırılır. Tutuklu sanık hakkında 263 üncü madde hükmü saklıdır.</p> <p>(2) Hüküm, istinaf yoluna başvurma hakkı olanların yokluğunda açıklanmışsa, süre tebliğ tarihinden başlar.</p> <p>(3) Asliye ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki sulh ceza mahkemelerinin; ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye ve sulh ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet Başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler. (3) (Değişik : 6545 - 18.6.2014 / m.75) Ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları, mahkemelerinin yargı çevresi içerisindeki asliye mahkemelerinin hükümlerine karşı, kararın o yer Cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içinde istinaf yoluna başvurabilirler.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(4) Sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz.</p> <p>(5) Cumhuriyet savcısı, istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir. Bu istem ilgililere tebliğ edilir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bu husustaki cevaplarını bildirebilirler.</p>	<p>(4) Sanık ve bu Kanuna göre katılan sıfatını almış olanlar ile katılma isteği karara bağlanmamış, reddedilmiş veya katılan sıfatını alabilecek surette suçtan zarar görmüş bulunanların dilekçe veya beyanında, başvuruya ilişkin nedenlerin gösterilmemesi inceleme yapılmasına engel olmaz.</p> <p>(5) Cumhuriyet savcısı, istinaf yoluna başvurma nedenlerini gerekçeleriyle birlikte yazılı isteminde açıkça gösterir. Bu istem ilgililere tebliğ edilir. İlgililer, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde bu husustaki cevaplarını bildirebilirler.</p>

AÇIKLAMALAR

CMK md. 273, istinaf usullerini düzenlemektedir. Sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmasını izleyen süreçte, aynı zamanda sulh ceza mahkemelerinin kararlarına karşı yargı çevresinde bulunan asliye ceza mahkemelerinin istinaf yoluna başvurabileceğini de içermekte olan 3. fıkra hükmünün değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Hükmün yeni halinde sulh ceza mahkemesi kararlarına karşı cumhuriyet savcısının istinaf başvurusu usulü yer almamaktadır. Hal böyle olmakla beraber, ağır ceza mahkemelerinde bulunan Cumhuriyet savcıları mahkemelerinin yargı çevresindeki asliye ceza mahkemelerinin hükümlerine karşı kararın cumhuriyet başsavcılığına geliş tarihinden itibaren yedi gün içerisinde istinaf yoluna başvurabileceklerdir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, ağır ceza mahkemelerinde bulunan cumhuriyet savcıları değişiklik öncesinde hem asliye hem de sulh ceza mahkemelerinin kararları hakkında istinaf isteminde bulunabilmekteyken, hükmün yeni halinde sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmış olmasının doğal sonucu olarak, ilgili makamlar yalnızca asliye ceza mahkemeleri açısından bu yolu işletebileceklerdir.

GEREKÇE

“Tasarıyla sulh ceza hâkimliğinin görevi soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları vermek, bunlara ilişkin işleri yapmak ve bunlara yapılan itirazları incelemek şeklinde belirlendiği ve kovuşturma aşamasına ilişkin herhangi bir görev verilmediği dikkate alınarak, Ceza Mubakemesi Kanununun 273 üncü maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, istinaf kanun yoluna başvuru hakkına ilişkin hükümler bu kapsamda yeniden düzenlenmektedir.”

5. CMK md. 286; “Temyiz”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 78)

5271 sayılı Kanunun 286 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde yer alan “suç niteliğini değiştirmeyen” ibaresi “her türlü” şeklinde değiştirilmiş; (f) bendinde yer alan “bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve aynı fıkranın (c), (e) ve (g) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“c) İlk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,”

“e) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,”

“g) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 286 - (1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir.</p> <p>(2) Ancak;</p> <p>a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adlî para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>c) Sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>d) Adlî para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>e) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları,</p>	<p>MADDE 286 - (1) Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümleri temyiz edilebilir.</p> <p>(2) Ancak;</p> <p>a) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>b) İlk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>c) Sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>d) Adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin (Değişik ibare: 6545 - 18.6.2014 / m.78) “her türlü” bölge adliye mahkemesi kararları,</p> <p>e) (Değişik : 6545 - 18.6.2014 / m.78) Sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,</p> <p>g) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine veya istinaf başvurusunun reddine dair kararlar,</p> <p>h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, Temyiz edilemez.</p>	<p>f) On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak (...) (*) istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları,</p> <p>g) (Değişik : 6545 - 18.6.2014 / m.78) Davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,</p> <p>h) Yukarıdaki bentlerde yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümde, cezalardan ve kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları, Temyiz edilemez.</p>

AÇIKLAMALAR

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 286. maddesi bölge adliye mahkemelerinin bozma dışında kalan hükümlerinin temyiz edilebileceğini düzenlemektedirken, 2. fıkra çerçevesinde de bentler halinde temyiz incelemesine tabi olmayan kararları belirtmektedir. Temyiz incelemesini esas alan bu madde sulh ceza mahkemelerinin kaldırılması sebebiyle değişikliğe uğramıştır. Ancak 6545 sayılı Kanun bu maddenin içeriğine ilişkin başkaca hususlarda da bir takım düzenlemeler getirmektedir. Maddedeki değişiklikler sırasıyla şöyledir;

a. Değişiklikten önce 2. fıkranın (c) bendinde sulh ceza mahkemesinin görevine giren suçlarla ilgili olarak ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarının temyize tabi olamayacakları düzenlenmekteydi. Sulh Ceza mahkemeleri kaldırıldıktan sonra ise, hapis cezasının üst sınırı bakımından bir kıstas getirildiği görülmektedir. Buna göre, ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve üst sınırı iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları temyize tabi değildir.

5235 sayılı Kanun md. 10, değişiklikten önce sulh ceza mahkemelelerinin görev alanını “Kanunların ayrıca görevli kıldığı haller saklı kalmak üzere, iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarına ve güvenlik tedbirlerine ilişkin hükümlerin uygulanması” olarak belirlemekteydi.

b. CMK md. 286/2 (d) bendi, adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararlarının temyiz olunamayacağını belirtmekteyse de, değişiklik sonrasında ‘suç niteliğini değiştirmeyen’ ibaresinin kaldırılarak yerine ‘her türlü’ ifadesinin getirildiği görülmektedir.

c. Hükmün eski düzenlemesi, sadece eşya ve kazanç müsadereğine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararlarını değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararlarının temyize tabi olmayacağını belirtmekteydi. Değişiklik sonrasında ise, 286/2(e) bendi “sadece eşya ve kazanç müsadereğine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları”nı içermektedir.

d. (f) bendinden “bölge adliye mahkemesince verilen beraat kararları ile” ibaresi çıkarılmıştır. Son halde, “On yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararları” ifadesi yer almaktadır.

e. Hükmün yeni halinde, istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararların temyiz edilemeyeceği vurgulanmıştır. Eski hükümde istinaf başvurusunun reddine dair kararlar ibaresi kullanılmaktaydı.

GEREKÇE

“Tasarıyla, sulb ceza hâkimliğinin görevi soruşturma aşamasında hâkim tarafından verilmesi gereken kararları vermek, bunlara ilişkin işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek şeklinde belirlendiği ve kovuşturma aşamasına ilişkin herhangi bir görev de verilmediği dikkate alınarak, Ceza Muhakemesi Kanununun 286 ncı maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, temyiz kanun yoluna başvuru hakkına ilişkin hükümler bu kapsamda yeniden düzenlenmektedir.

Maddede yapılan değişiklikle ayrıca, adli para cezasını gerektiren suçlar dolayısıyla ilk derece mahkemelerinden verilen ve sadece suç niteliğini değiştirmeyen bölge adliye mahkemesi kararları değil, suç niteliğini değiştiren bu nitelikteki bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı da temyiz kanun yoluna gidilemeyeceği hüküm altına alınmaktadır.”

B. CEZA MUHAKEMESİ KANUNUNDAKİ DİĞER DEĞİŞİKLİKLER

1. CMK md. 141; “Tazminat İstemi”:

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 70)

4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 141 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(3) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.

(4) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>TAZMİNAT İSTEMİ Madde 141 - (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,</p>	<p>TAZMİNAT İSTEMİ Madde 141 – (1) Suç soruşturması veya kovuşturması sırasında; a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen, b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan, c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan, d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen, e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen, f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan, g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan, h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,</p> <p>j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,</p> <p>k) (Ek bent: 11/04/2013-6459 S.K./17. md) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan,</p> <p>Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.</p> <p>(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.</p>	<p>i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,</p> <p>j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,</p> <p>k) (Ek: 11/4/2013-6459/17 md.) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayanı, Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.</p> <p>(2) Birinci fıkranın (e) ve (f) bentlerinde belirtilen kararları veren merciler, ilgiliye tazminat hakları bulunduğunu bildirirler ve bu husus verilen karara geçirilir.</p> <p>(3) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir.</p> <p>(4) (Ek:18/6/2014-6545/70 md.) Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder.</p>

AÇIKLAMALAR

Söz konusu değişiklik Yargıtay'ın önerisi üzerine getirilmiştir. Konuya ilişkin olarak **Yargıtay Üyesi Gürsel Yalvaç**: “*Şimdi, Sayın Başkakanım, esasında kamu görevlilerinin işlem ve eylemleri nedeniyle tazminat davalarının zaten devlet aleyhine açılması gerekir.*

...

*Burada, yine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46'ncı maddesinde hâkimlerle ilgili özel düzenleme var. Burada bir tek ismen zikredilmeyen cumhuriyet savcısı var. Ancak, Yargıtay zaten cumhuriyet savcılarını da kamu görevlisi telakki etmek suretiyle bunlara karşı da doğrudan dava açılmayacağını kabul ediyor, evet. **Şimdi, peki buraya niye ilave edildi?** Aslında bu biraz da bizim isteğimizle buraya ilave edildi, Yargıtay'ın isteğiyle ilave edildi. Neden ilave edildi? **Birincisi: Kamu görevlileri kapsamı genişti. O idari yargının alanına giren de başka konular var. Bu çatışması önlemek için bakım ve cumhuriyet savcılarıyla smurlandırıldı.** Peki, Yargıtay olarak biz bunu neden istedik? Bunlar genelde ceza soruşturması veya kovuşturmasında verilen kararlar veya işlemlerle ilgili. Bu tür tazminat davaları Yargıtay 12. Ceza Dairesi tarafından yani biz incelemesini yapmaktayız.*

Burada Bakanlığa önerdiğimizde iki şeyi amaçladık:

Birincisi: Türkiye'de koruma tedbirleri de dahil, bakım işlemlerini yani ceza yargılaması içerisindeki işlemleri Yargıtay denetimine açmak istedik. Yani, dolaylı olarak biz böyle bir denetim sağlamayı istedik. Zira, gerçekten arama hukuka uygun mudur, değil midir, ön şartları var mıdır? Tutuklama kararı, cumhuriyet savcısı bir tutuklama talebinde bulundu. Gerçekten 100'üncü maddedeki şartlar öngörülmüş müdür burada? Biz hem 142/1'dekinin kapsamının genişletilmesi suretiyle, hatta bu konuyu dairede müzakere ettiğimizde 'Bizim işimizi 10 kat arttırdın. Sen daireye bir daba gelme' demişlerdi. Yani, bu bizim işimizi arttıracak ama Türkiye'de biraz önce hep 100'üncü maddede, işte birimiz tutuklanmadığı için şikayetçi olduk, şartlarını bir türlü oturtamıyoruz. Bu nedenle bizim de önerilerimizi dikkate almak suretiyle yüksek bakanlık böyle bir düzenleme yaptı.

Neden buraya ilave edildi? Bir başka nedeni şu: Mesela birinci fıkrada diyor ki: “Hakkında arama kararı ölçüsüz gerçekleştirilen...” Bakın, arama kararı verilen demiyor. Yani, arama kararı verilecek ama onun infazında bir ölçüsüzlük olacak. Gerçekten arama kararı usulüne uygun verildi mi, verilmedi mi buranın kapsamında değil. Ama bu düzenlemeyle usulsüz bir arama kararı verilmişse bu da gerektiğinde buraya dabil edilebilecek.

Bu maddenin bu şekilde yorumlanması ve “bakim ve cumburiyet savcısı” ifadesinin de bu nedenle sınırlandırma, devlet aleyhine açılmasının sadece cumburiyet savcısına ama şartlarını genişletilmesi açısından da yukarıda belirttiğim nedenlerle biz önerdik.”

2. CMK md. 231; “Hükmün Açıklanması ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”:

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 72)

5271 sayılı Kanununun 231 inci maddesinin sekizinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 231 - (1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.</p> <p>(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.</p> <p>(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.</p>	<p>Madde 231 - (1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.</p> <p>(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.</p> <p>(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.</p> <p>(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.</p> <p>(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;</p> <p>a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,</p> <p>b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,</p> <p>c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (Ek cümle: 22/07/2010-6008 S.K/7.md.) Sanığın kabul</p>	<p>(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.</p> <p>(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.</p> <p>(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;</p> <p>a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,</p> <p>b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,</p> <p>c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir. (Ek cümle: 22/07/2010-6008 S.K/7.md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.</p> <p>(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.</p> <p>(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;</p> <p>a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,</p> <p>b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,</p> <p>c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek</p>	<p>(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.</p> <p>(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;</p> <p>a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,</p> <p>b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,</p> <p>c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanasını durur.</p> <p>(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.</p> <p>(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.</p> <p>(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirecek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.</p>	<p>(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.</p> <p>(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.</p> <p>(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.</p> <p>(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.</p> <p>(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.</p> <p>(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S. K. 23. md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.</p>	<p>(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.</p> <p>(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.</p> <p>(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.</p>

AÇIKLAMALAR

CMK md. 231’de yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, 5560 sayılı Kanun ile mevzuatımıza ve uygulamaya getirilen bir değişikliktir. İlk olarak Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde uygulanan bu kurum böylelikle Ceza Muhakemesi Kanunu bakımında da geçerlilik kazanmış bulunmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olduğunda, hüküm sanık bakımından hukuki sonuçlarını doğurmamaktadır. Ancak bunun bir takım koşulları bulunmaktadır. Bu koşullar cezanın miktarı ya da sanığın şahsı ile bağlantılıdır. Objektif olarak, bir yargılamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması için sanık hakkında verilen hükmün iki yıl veya daha az süreli hapis cezası ya da adli para cezası olması gerekmektedir. Hal böyle olmakla beraber 5728 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik sonrasında artık sanığa yüklenen suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi olması koşulu aranmamaktadır. Şikâyete bağlı olsun ya da olmasın cezanın müddeti ya da türü 231/5’de sayılan şartları sağlamaktaysa, sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir.

Sübjektif koşullar ise kısaca, sanığın kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması, mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması ya da suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi olarak ifade edilmektedir.

Genel olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi şartları bu şekilde olmakla beraber, 6545 sayılı Yasa ile 8. fıkraya eklenen cümle sonrasında “denetim süresi içerisinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği” vurgulanmaktadır.

GEREKÇE

“Maddeyle, Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesinin sekizinci fıkrasında değişiklik yapmak suretiyle, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde sanığın tabi tutulacağı denetim süresi içinde sanık hakkında bir daba hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemeyeceği düzenlenmektedir.

Söz konusu maddenin uygulanmasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen sanıklar hakkında işledikleri diğer suçlardan dolayı da birçok kez hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği görülmektedir. Yapılması öngörülen değişiklikle, bu uygulamaya son verilmesi ve denetim süresi içinde sanık hakkında bir daba hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi amaçlanmaktadır. Kişinin işlediği ikinci suçun denetim süresi içinde işlenip işlenmediğinin önemi bulunmamaktadır. Daba önceden işlenen suçlar bakımından da bu yasak uygulanacaktır.

Diğer yandan, maddenin mevcut metninde, denetim süresi içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak bazı yükümlülükleri yerine getirmesine karar verilebileceği düzenlenmiştir. Yapılması öngörülen değişiklikle, hangi yükümlülüklerin uygulanacağını belirleme yetkisi denetimli serbestlik müdürlüğüne verilmektedir. Buna göre yükümlülük süresini, mahkemeler, yükümlülüklerin ne olacağını ise denetimli serbestlik müdürleri belirleyecektir. Böylelikle sanığın kişiliğine, sosyal durumuna ve ihtiyacına en uygun yükümlülüğü yerine getirmesine karar verilecek ve bu müesseseden beklenen en yüksek fayda sağlanacaktır.”

3. CMK md. 279; “Dosya Üzerinde Öninceleme”:

Değişiklik Hükmü (6545 s. k. Madde 76)

5271 sayılı Kanunun 279 uncu maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Bu kararlar itiraza tabidir.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 279 - (1) Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;</p> <p>a) Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığına anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,</p> <p>b) Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine,</p> <p>Karar verilir.</p>	<p>Madde 279 - (1) Dosya üzerinde yapılan ön inceleme sonunda;</p> <p>a) Bölge adliye mahkemesinin yetkili olmadığına anlaşılması hâlinde dosyanın yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilmesine,</p> <p>b) Bölge adliye mahkemesine başvurunun süresi içinde yapılmadığının, incelenmesi istenen kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığına, başvuranın buna hakkı bulunmadığının anlaşılması hâlinde istinaf başvurusunun reddine,</p> <p>Karar verilir. Bu kararlar itiraza tabidir.</p>

AÇIKLAMALAR

Bölge adliye mahkemesine gelen dosyanın, öncelikle, bu mahkeme nezdindeki cumhuriyet savcısı tarafından ele alınır ve eksiklikleri varsa bunlar giderilmek suretiyle mahkemeye gönderilir. Mahkeme ise ilk olarak dosya kapsamında bir inceleme yapacaktır. İşte, öninceleme olarak belirtilen bu safhada mahkemenin irdeleneceği hususlar şunlardır;

- Bölge adliye mahkemesinin yetkili olup olmadığı,
- Başvurunun süresi içinde yapılmış yapılmadığı,
- Kararın bölge adliye mahkemesi nezdinde incelenebilecek kararlardan olup olmadığı,
- Başvurucunun, bu anlamda yetkili olup olmadığı.

Bölge adliye mahkemesinin, bu hususları denetledikten sonra ne şekilde hareket edeceğini ise iki ihtimal çerçevesinde ele almak gerekmektedir.

- Mahkeme yapmış olduğu incelemeler neticesinde koşulların sağlandığı sonucuna varırsa bu takdirde dosyanın asıl inceleme safhasına ve kovuşturma safhasına geçilir.

- Ancak koşullar sağlanamamış da olabilir;

Bu sonuç, bölge adliye mahkemesinin yetkili olmamasından kaynaklanmakta ise, dosya yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir.

Bununla beraber, öninceleme sonucunda başvurunun süresi içinde yapılmadığı, kararın bölge adliye mahkemesinde incelenebilecek kararlardan olmadığı ya da başvuranın buna yetkili olmadığı anlaşılırsa bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun reddine karar vermesi gerekmektedir.

Görüldüğü gibi Bölge Adliye Mahkemesi, yetkisizliğine ya da diğer şartların sağlanamamış olmasına rağmen dosyayı incelemeye devam edemez. Duruma göre ya dosyayı yetkili bölge adliye mahkemesine gönderecek ya da istinaf başvurusunun reddine karar verecektir.

6545 sayılı kanun öninceleme safhası ile ilgili olarak temel bir değişikliğe gitmemiştir. Ancak söz konusu düzenlemeye baktığımızda, 1. fıkranın (b) bendine “Bu kararlar itiraza tabidir.” ibaresinin eklendiğini görmekteyiz. Bu şekilde istinaf mahkemesinin ön incelemesi neticesinde verdiği kararlar açısından itiraz kanun yolunun açık olduğu vurgulanmaktadır.

GEREKÇE

“Yapılan değişiklikle, bölge adliye mahkemelerinin vereceği kararlardan olan istinaf başvurusunun reddi kararları bakımından itiraz kanun yolunun açık olduğu belirtilmektedir.”

4. CMK md. 280; “Bölge Adliye Mahkemelerinde İnceleme ve Kovuşturma”:

Değişiklik Hükümü (6545 s. k. madde 77)

5271 sayılı Kanununun 280 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine “303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine,” ibaresi eklenmiş; (c) bendinde yer alan “ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(2) Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 280 - (1) Bölge adliye mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;</p> <p>a) İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine,</p> <p>b) İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu Maddede belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,</p> <p>c) Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra ilk derece mahkemesinin kararını kaldırarak davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına, Karar verir.</p>	<p>Madde 280 - (1) Bölge adliye mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesini, dosyayı ve dosyayla birlikte sunulmuş olan delilleri inceledikten sonra;</p> <p>a) 303 üncü maddenin birinci fıkrasının (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerinde yer alan ihlallerin varlığı hâlinde hukuka aykırılığın düzeltilerek istinaf başvurusunun esastan reddine, İlk derece mahkemesinin kararında usule veya esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığını, delillerde veya işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığını, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğunu saptadığında istinaf başvurusunun esastan reddine,</p> <p>b) İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu Maddede belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine,</p> <p>c) Diğer hâllerde, gerekli tedbirleri aldıktan sonra davanın yeniden görülmesine ve duruşma hazırlığı işlemlerine başlanmasına, Karar verir.</p> <p>(2) Duruşma sonunda bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder veya ilk derece mahkemesi hükmünü kaldırarak yeniden hüküm kurar.</p>

ACIKLAMALAR

Temyiz ile muhakeme arasındaki temel fark istinafta mahkemenin işin esasına girerek hüküm tayin edebilmesinin mümkün olmasıdır. Bölge adliye mahkemelerince yapılacak inceleme de bu sebeple duruşmalı olarak gerçekleştirilir. Ancak bu aşamadan önce dosya üzerinde incelemenin yapıldığı bir öninceleme safhası da bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle doğrudan duruşma aşamasında geçilmemektedir.

Değişiklikten önce, bölge adliye mahkemesinin esas bakımından ve dosya üzerinden yapacağı inceleme sonucunda ne şekilde hareket edeceğine ilişkin üç ihtimal bulunmaktaydı. Buna göre;

- Mahkeme daha önce ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilen yargılama sonucunda verilen kararda usul ve esasa dair herhangi bir aykırılığın bulunmadığı tespitini yaparsa, delillerin değerlendirilmesinde ve yargılamaya ilişkin işlemlerde herhangi bir eksikliğin bulunmadığına kanaat getirirse bu takdirde istinaf başvurusunun esastan reddine karar verir.

- Daha önceki yargılamada, CMK md. 289'de belirtilen hukuka kesin aykırılık hallerinden birinin bulunduğunu tespit ederse bu takdirde de ilk derece mahkemesince verilen hükmün bozulmasına karar verir.

Bu takdirde dosya kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilebileceği gibi bölge adliye mahkemesinin kendi yargı çerçevesinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine de gönderilebilir. Dosya kendisine gönderilen mahkeme yeniden yargılama yaparak, bir anlamda delilleri yeniden değerlendirerek yeni bir karar verecektir.

- Bu sayılanlardan farklı olarak, üçüncü bir ihtimalde, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusunu esastan reddeder ya da kararı hukuka aykırı bulup bozma kararı verirse ve dosyayı ilk derece mahkemesine göndermezse gerekli tedbirleri almak suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını kaldırabilir. Ardından da duruşma hazırlığına başlar. Yani bu halde uyuşmazlık bölge adliye mahkemesi tarafından ilk elden çözümlenecektir.

Değişiklik sonrasında 280/1(a) hükmüne eklenen cümle ile bölge adliye mahkemesinin CMK md. 303'de (c), (e), (f), (g) ve (h) bentlerin-

de yer alan ihlallerin varlığı halinde, bu hukuka aykırılıkların düzeltilmesi suretiyle istinaf başvurusunun reddedilmesi yolu da açılmıştır. CMK md. 303 Yargıtay tarafından hukuka aykırılığın düzeltilmesi suretiyle davanın esasına hükmedilebilmesinin mümkün olduğu halleri düzenlemektedir. Bu kapsamda, mahkemece sabit görülen suçun unsurları, niteliği ve cezası hükümde doğru gösterilmiş olduğu halde sadece kanunun madde numarası yanlış yazılmış; sanığın açıkça saptanmış olan doğum ve suç tarihlerine göre verilecek cezanın belirlenmesinde gerekli indirim yapılmamış veya yanlış indirim yapılmış; artırma veya indirim sonucunda verilecek ceza süresi veya miktarının belirlenmesinde maddi hata yapılmış; Türk Ceza Kanununun 61 inci madde-sindeki sıralamanın gözetilmemesi yüzünden eksik veya fazla ceza verilmiş veya Harçlar Kanunu ile yargılama giderlerine ilişkin hükümlere ve Avukatlık Kanununa göre düzenlenen ücret tarifesine aykırılık söz konusu olmuş ise bölge adliye mahkemesince bu eksiklikler tamamlanarak, istinaf başvurusunun esastan reddine karar verilebilecektir.

Bununla beraber, bölge adliye mahkemesinde yapılacak duruşma sonucunda istinaf başvurusunun esastan reddedileceği ya da ilk derece mahkemesi hükmünün kaldırılarak yeniden hüküm kurulabileceği de maddeye eklenen ikinci fıkra çerçevesinde vurgulanmıştır.

GEREKÇE

“Ceza Mubakemesi Kanununda bölge adliye mahkemelerinin vereceği karar türleri arasında “düzelterek istinaf başvurusunun esastan reddi” kararı, yani düzelterek onama benzeri bir karar türü bulunmamaktadır. 5271 sayılı Kanununun 280 inci maddesinde yapılan düzenlemeyle, bölge adliye mahkemelerinin bazı durumlar bakımından bu tür kararlar verebilmesine imkan sağlanmaktadır. Ayrıca, maddenin birinci fıkrasının (c) bendinde yapılan değişiklikte uyumlu olması bakımından, maddeye ikinci fıkra eklenmektedir. Bölge adliye mahkemesinin duruşma açarak yeniden yaptığı yargılama sonunda, ilk derece mahkemesi kararının isabetli olduğu kararına varması durumunda, istinaf başvurusunu esastan reddedebilmesi mümkün hale getirilmektedir. Bu şekilde verilen esastan ret kararı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan esastan ret kararı ile aynı şekilde hüküm doğuracaktır.”

C. 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ KANUNUNUN VE 5320 SAYILI CMK'NIN YÜRÜRLÜK VE UYGULAMA ŞEKLİ HAKKINDA KANUNUN YÜRÜRLÜKTEN KALKAN MADDELERİ

1. 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun;

a. 143 üncü maddesinin ikinci fıkrası,

“(2) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5353 S.K./21.mad) Devlet, ödediği tazminattan dolayı, koruma tedbiriyle ilgili olarak görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan kamu görevlilerine rücu eder.”

b. 188 inci maddesinin ikinci fıkrası,

“(2) Sulh ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz.”

c. 238 inci maddesinin dördüncü fıkrası,

“(4) Sulh ceza mahkemesinde açılmış olan davalarda katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz.”

2. 23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun geçici 4 üncü maddesi

“(1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete’de ilan edilecek güne başlama tarihinden altı ay sonra başlamak üzere üç yıl süreyle yapılacak kanun yolu incelemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtayda tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümler uygulanmaz.”

IV. 5275 SAYILI CEZA VE GÜVENLİK TEDBİRLERİNİN İNFAZI HAKKINDA KANUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

A. CGTİHK MD. 16; HAPİS CEZASININ İNFAZININ HASTALIK NEDENİ İLE ERTELENMESİ

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 79)

13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinin altıncı fıkrasında yer alan “bakımından” ibaresinden sonra gelmek üzere “ağır ve somut” ibaresi eklenmiştir.

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>HAPİS CEZASININ İNFAZININ HASTALIK NEDENİ İLE ERTELENMESİ</p> <p>Madde 16 - (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.</p> <p>(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.</p>	<p>HAPİS CEZASININ İNFAZININ HASTALIK NEDENİ İLE ERTELENMESİ</p> <p>Madde 16 - (1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır.</p> <p>(2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrafta yazılı usule uygun olarak incelettilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrafta yazılı usule uygun olarak incelettilir. İnceleme sonuçlarına</p>	<p>(3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkrafta yazılı usule uygun olarak incelettilir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun (3) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen geri bırakma kararı, Adli Tıp Kurumunca düzenlenen ya da Adalet Bakanlığınca belirlenen tam</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkroda yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı, kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.</p> <p>(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.</p> <p>(5) (Ek 24/01/2013-6411./3. md) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra yılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkroda ön-</p>	<p>teşekküllü hastanelerin sağlık kurumlarınınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan rapor üzerine, infazın yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca verilir. Geri bırakma kararı, mahkûmun tâbi olacağı yükümlülükler belirtilmek suretiyle kendisine ve yasal temsilcisine tebliğ edilir. Mahkûmun geri bırakma süresi içinde bulunacağı yer, kendisi veya yasal temsilcisi tarafından ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir. Mahkûmun sağlık durumu, geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca veya onun istemi üzerine, bulunduğu veya tedavisinin yapıldığı yer Cumhuriyet Başsavcılığınca, sağlık raporunda belirtilen sürelerle, bir süre bulunmadığı takdirde birer yıllık dönemlere göre bu fıkroda yazılı usule uygun olarak incelenir. İnceleme sonuçlarına göre geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığınca, geri bırakmanın devam edip etmeyeceğine karar verilir. Geri bırakma kararını veren Cumhuriyet Başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmun izlenmesine yönelik tedbirler, bildirim yapıldığı yerde bulunan kolluk makam ve memurlarınca yerine getirilir. Bu fıkroda yazılı yükümlülüklerle aykırı hareket edilmesi hâlinde geri bırakma kararı,</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>görülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.</p> <p>(6) (Ek 24/01/2013-6411./3. md) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya sakatlık nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkrada belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.</p>	<p>kararı veren Cumhuriyet Başsavcılığınca kaldırılır. Bu karara karşı infaz hâkimliğine başvurulabilir.</p> <p>(4) Hapis cezasının infazı, gebe olan veya doğurduğu tarihten itibaren altı ay geçmemiş bulunan kadınlar hakkında geri bırakılır. Çocuk ölmüş veya anasından başka birine verilmiş olursa, doğumdan itibaren iki ay geçince ceza infaz olunur.</p> <p>(5) (Ek: 24/1/2013-6411/3 md.) Kapalı ceza infaz kurumuna girdikten sonra gebe kalanlardan koşullu salıverilmesine altı yıldan fazla süre kalanlar ile eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli sayılanlar hakkında dördüncü fıkra hükümleri uygulanmaz. Bu kişilerin cezasının dördüncü fıkrada öngörülen kısmı, ceza infaz kurumlarında kendileri için düzenlenen uygun yerlerde infaz olunur.</p> <p>(6) (Ek: 24/1/2013-6411/3 md.) Maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından ağır ve somut tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmun cezasının infazı üçüncü fıkrada belirlenen usule göre iyileşinceye kadar geri bırakılabilir.</p>

ACIKLAMALAR

6545 sayılı Kanunla hapis cezanın infazının hastalık nedeniyle ertelenmesi başlıklı CGTİHK'un 16. maddesinin 6. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik maddeye "ağır ve somut" ibarelerinin eklenmesinden ibarettir. Buna göre; ağır hastalık ya da engellilik nedeniyle ceza infaz kurumunda hayatını idame ettiremeyen kişiler açısından, bunlar toplum güvenliğini ağır ve somut şekilde tehlike altında bırakmıyorlarsa, üçüncü fıkrada belirtilen usuller çerçevesinde infaz ertelenmesi söz konusu olabilir. Bu erteleme mahkûmun iyileşmesine kadarki süreyi kapsar.

GEREKÇE

"5275 sayılı Kanununun 16 ncı maddesinin altıncı fıkrasında, maruz kaldığı ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle ceza infaz kurumu koşullarında hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum güvenliği bakımından tehlike oluşturmayacağı değerlendirilen mahkûmların cezalarının infazının geri bırakılacağı düzenlenmiştir. Ancak, fıkradaki "toplum güvenliği bakımından tehlike oluşturmayacağı" ibaresinin çok geniş yorumlanması ve bu imkandan yararlanması gereken hükümlülerin soyut gerekçelerle yararlanamaması nedeniyle anılan düzenlemenin sınırlı şekilde uygulandığı gözlemlenmiştir.

Bu itibarla, fıkroda yer alan "toplum güvenliği bakımından tehlikelilik" unsuruna "ağır ve somut bir tehlike" kriteri eklenmek suretiyle, ağır bir hastalık veya engellilik nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen ve toplum bakımından ağır ve somut bir tehlike oluşturmayan mahkûmların cezalarının infazının geri bırakılması amaçlanmaktadır. Düzenlemeye göre, ağır ve somut tehlike açıkça belirlenmediği ve gerekçelendirilmediği takdirde bu mahkûmların cezasının infazı geri bırakılabilecektir."

**B. CGTİHK MD. 105/A; DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ
UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI**

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 80)

MADDE 80 – 5275 sayılı Kanununun 105/A maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(4) Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlüler yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanamazlar.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI</p> <p>105A/4 - Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlülerin yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanmalarında, hak ederek tahliye tarihi esas alınır.</p>	<p>DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ UYGULANARAK CEZANIN İNFAZI</p> <p>105A/4 - Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlüler yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanamazlar.</p>

AÇIKLAMALAR

6545 sayılı Kanun ile 105/A maddesinin 4. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Bu değişiklik de temel olarak adli para cezasının infazı hususunda 106. maddeye getirilen yeni düzenleme ile bağlantılıdır. Şöyle ki, hükmün eski halinde adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezası hapse çevrilen hükümlülerin 105/A maddesinin ilk üç fıkrasında yer alan infaz usullerinden yararlanmalarında hak ederek tahliye tarihinin esas alınacağı belirtilmekte, bir anlamda denetimli serbestlik infaz usulü mümkün görülmekteydi.

Ancak adli para cezasının infazına ilişkin yeni usullerin getirilmesi sebebiyle 6545 sayılı Kanun ile 4. fıkroda değişikliğe gidilmiş ve adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle cezası hapse çevrilen hükümlülerin 105/A maddesinde yer alan infaz usullerinden yararlanamayacağı düzenlenmiştir.

C. CGTİHK MD. 106; ADLÎ PARA CEZASININ İNFAZI

Değişiklik Hükümü (6545 s.k. madde 81)

5275 sayılı Kanununun 106 ncı maddesinin üçüncü ve sekizinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve on birinci fıkrasına “İnfaz edilen hapsin” ibaresinden sonra gelmek üzere “veya kamuya yararlı işte çalışmanın” ibaresi eklenmiştir.

“(3) Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi, en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenir. Hükümlünün, hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerilerine uymaması hâlinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.”

“(8) Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Madde 106 - (1) Adlî para cezası, Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.</p> <p>(2) Adlî para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adlî para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder.</p>	<p>Madde – 106 “(1) Adlî para cezası, Türk Ceza Kanununun 52 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen usule göre tayin olunacak bir miktar paranın Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.</p> <p>(2) Adlî para cezasını içeren ilâm Cumhuriyet Başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içinde adlî para cezasının ödenmesi için hükümlüye 20 nci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca bir ödeme emri tebliğ eder.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>(3) Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilir.</p> <p>(4) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5351 S.K./7.mad; Değişik fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.) Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır.</p> <p>(5) Adli para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile üçüncü fıkra hükmü Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanır.</p> <p>(6) Hükümde, adli para cezası takside bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. İlk taksidin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci takside ilişkin izin hükümsüz kalır. (7) Adli para cezası yerine çek tirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet</p>	<p>3) Hükümlü, tebliğ olunan ödeme emri üzerine belli süre içinde adli para cezasını ödemezse, Cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilerek, hükümlünün iki saat çalışması karşılığı bir gün olmak üzere kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilir. Günlük çalışma süresi en az iki saat ve en fazla sekiz saat olacak şekilde denetimli serbestlik müdürlüğünce belirlenir. Hükümlünün hakkında hazırlanan programa ve denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki öneri ve uyarılarına uymaması halinde, çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan kısmın tamamı açık ceza infaz kurumunda yerine getirilir.</p> <p>(4) (Değişik fıkra: 25/05/2005-5351 S.K./7.mad; Değişik fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.) Çocuklar hakkında hükmedilen adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, bu ceza hapse çevrilemez. Bu takdirde onbirinci fıkra hükmü uygulanır.</p> <p>(5) Adli para cezasının hapse çevrileceği mahkeme ilâmında yazılı olmasa bile üçüncü fıkra hükmü Cumhuriyet Başsavcılığınca uygulanır.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>hâlinde bu süre beş yılı geçemez.</p> <p>(8) Hükümlü, hapis yattığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır.</p> <p>(9) (Değişik fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.) Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.</p> <p>(10) (Mülga fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.)</p> <p>(11) İnfaz edilen hapsin süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir.</p>	<p>(6) Hükümde, adli para cezası taksidinde bağlanmamış ise, bir aylık süre içinde adli para cezasının üçte birini ödeyen hükümlünün isteği üzerine geri kalan kısmının birer ay ara ile iki eşit taksitte ödenmesine izin verilir. İlk taksidin süresinde ödenmemesi hâlinde, verilen ikinci taksidde ilişkin izin hükümsüz kalır.</p> <p>(7) Adli para cezası yerine çektirilen hapis süresi üç yılı geçemez. Birden fazla hükümle adli para cezalarına mahkûmiyet hâlinde bu süre beş yılı geçemez.</p> <p>(8) Hükümlü, hapis yattığı veya kamuya yararlı işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer.</p> <p>(9) (Değişik fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.) Adli para cezasından çevrilen hapsin infazı ertelenemez ve bunun infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz. Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır.</p> <p>(10) (Mülga fıkra: 01/03/2008 - 5739 S.K./5. md.)</p> <p>(11) İnfaz edilen hapsin veya kamuya yararlı işte çalışmanın süresi, adli para cezasını tamamıyla karşılamamış olursa, geri kalan adli para cezasının tahsili için ilâm, Cumhuriyet Başsavcılığınca mahallin en büyük mal memuruna verilir. Bu makamlarca 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre kalan adli para cezası tahsil edilir.”</p>

AÇIKLAMALAR

Adli para cezalarının infazı hakkında 6545 sayılı Kanun ile birçok değişiklik getirilmiştir. Bilindiği üzere, hükümlü hakkında adli para cezası tayin edildikten sonra, bu cezayı içerir ilam cumhuriyet başsavcılığına verilir. Cumhuriyet savcısı otuz gün içerisinde adli para cezasının ödenmesi için hükümlüye ödeme emri tebliğ edecektir. 6545 sayılı Kanundaki ilk değişiklik hükümlünün ödeme emri üzerine belirli sürede cezasını ödememesi ihtimali açısından gündeme gelmektedir. 3. fıkradaki değişiklik öncesinde hükümlü, adli para cezasını ödemediği takdirde, cumhuriyet savcısının kararı ile ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca hapsedilmekteydi. 6545 sayılı Kanun sonrasında ise ödenmeyen para cezasının ödenmeyen kısmı yine hapis cezasına çevrilmiştir. Ancak artık hükümlünün iki saat karşılığı bir günlük hapis cezasının infaz edilmesine denk gelecek şekilde kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına karar verilmektedir.

Kamuya yararlı işte çalıştırılmanın koşulları da yine aynı madde içerisinde öngörülmektedir. Buna göre; günlük çalışma süresi iki saatten az ve sekiz saatten fazla olamaz. Bununla beraber hükümlü, dene timli serbestlik görevlilerinin talimat ve şartlarına uymamaktaysa bu takdirde de çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilmek suretiyle cezasının kalan kısmının tamamı açık ceza infaz kurumlarında infaz edilecektir. Böylelikle; adli para cezasını ödenmemesi halinde mahkûmun cezasının hapis cezasına çevrilmesi uygulaması hafifletilerek, kamuya yararlı işte çalışmak suretiyle hapis cezasının infazından kurtulabilmek imkânı getirilmiştir. Değişiklik infaz rejimine ilişkin olduğundan derhal uygulanma ilkesi çerçevesinde, adli para cezasının ödenmemesinden kaynaklanan hapis cezaları sona erdirilmiş ve mahkûmların tahliye işlemlerine başlanmıştır.

3. fıkradaki değişikliğe paralel olarak bir diğer değişiklik ise 8. fıkrada gerçekleştirilmiştir. Buna göre; hükümlü hapis yattığı veya kamuya yararlı bir işte çalıştığı günlerin dışındaki günlere karşılık gelen parayı öderse hapisten çıkartılır veya kamuya yararlı işte çalıştırılma sona erer. 11. fıkraya da bir seçenek olarak kamuya yararlı işte çalışma ibaresi eklenmiş ve madde bu şekilde yeniden düzenlenmiştir.

D. CGTİHK MD. 108; MÜKERRİRLERE VE BAZI SUÇ FAİLLERİNE ÖZGÜ İNFAZ REJİMİ VE DENETİMLİ SERBESTLİK TEDBİRİ

Değişiklik Hükmü (6545 s.k. madde 82)

5275 sayılı Kanununun 108 inci maddesinin başlığında yer alan “Mükerrirlere” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve bazı suç faillerine” ibaresi ve aynı maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

(7) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

(8) Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.

(9) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:

- a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak
- b) Tedavi amaçlı programlara katılmak
- c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak
- d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak
- e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak
- f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak

(10) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

(11) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığınca tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
<p>Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri</p> <p>Madde 108 - (1) Tekerrür hâlinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan;</p> <p>a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının,</p> <p>b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,</p> <p>c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,</p> <p>İnfaz kurumunda iyi hâlli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.</p> <p>(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.</p> <p>(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.</p> <p>(4) Hâkim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.</p> <p>(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(6) Hâkim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.</p>	<p>Mükerrirlere ve Bazı Suç Faillerine Özgü İnfaz Rejimi ve Denetimli Serbestlik Tedbiri</p> <p>MADDE 108 - (1) Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkum olunan;</p> <p>a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının,</p> <p>b) Müebbet hapis cezasının otuz üç yılının,</p> <p>c) Süreli hapis cezasının dörtte üçünün,</p> <p>İnfaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir.</p> <p>(2) Tekerrür nedeniyle koşullu salıverme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz.</p> <p>(3) İkinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda, hükümlü koşullu salıverilmez.</p> <p>(4) Hakim, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi belirler.</p> <p>(5) Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır.</p> <p>(6) Hakim, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir.</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
	<p>(7) (Ek : 6545 - 18.6.2014 / m.82) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.</p> <p>(8) (Ek : 6545 - 18.6.2014 / m.82) Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.</p> <p>(9) (Ek : 6545 - 18.6.2014 / m.82) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, cezanın infazı</p>

Değişiklikten Önceki Metin	Değişiklikten Sonraki Metin
	<p> sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:</p> <p>a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak</p> <p>b) Tedavi amaçlı programlara katılmak</p> <p>c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak</p> <p>d) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak</p> <p>e) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak</p> <p>f) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak</p> <p>(10) (Ek : 6545 - 18.6.2014 / m.82) Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.</p> <p>(11) (Ek : 6545 - 18.6.2014 / m.82) Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.</p>

AÇIKLAMALAR

6545 sayılı Kanun'un Ceza ve Güvenlik tedbirlerinin infazı açısından getirdiği en kapsamlı yeniliklerden biri de CGHTİK md. 108'de gerçekleştirilmiştir. Esas olarak mükerrirlere özgü infaz rejimini düzenleyen madde bazı suç failleri açısından da uygulanmaya elverişli hale getirilmiştir. Bu kapsamda maddenin başlığı da “mükerrirlere ve bazı suç faillerine özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri” şeklinde değiştirilmiştir.

Başlıktaki bazı suç faillerine ibaresinden anlaşılması gereken esas olarak cinsel suç failleridir. Özelliklere çocuklara karşı işlenen suçlarda ve cinsel suçlarda gözlenen artış ve kamuoyunda yaşanan infialler böyle bir düzenlemeyi gerekli kılmaktadır.

Maddeye birçok yeni fıkra eklenmiştir;

- a. “Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülükler ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz.”**

Mükerrirlere özgü infaz rejiminde, failin sahip olduğu tehlikelilik sebebiyle hâkim tarafından infazın tamamlanmasından sonra başlamak üzere yeni bir denetimli serbestlik süresi tayin edilmektedir. Bu denetimli serbestlik süresi zarfında da koşullu salıverilmeye ilişkin hükümleri uygulanmaktadır. 6545 sayılı Kanun'a eklenen 7. fıkra çerçevesinde ise cezanın infazından sonra da devam eden denetim süresinde, yükümlülüklerini ihlal eden mükerrirler hakkında, infaz hâkimi kararı ile disiplin hapsi uygulamasına geçilmesi söz konusu olmuştur. Disiplin hapsinin süresi onbeş günden az ve üç aydan fazla olamaz.

- b. “Çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde birinci fıkradaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.”**

Çocuklara karşı işlenen suçlar da tekerrürlere özgü infaz rejimi uygulanarak koşullu salıverilmeden yararlanma şartları ağırlaştırılmıştır. Buna göre; mükerrirler gibi mağduru çocuk olan bir suçun faili konu-

munda olanlar açısından da koşullu salıverilmeden yararlanılması, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının, müebbet hapis cezasının otuzüç yılının, süreli hapis cezasının ise dörtte üçünün iyi halli olarak geçirilmesine bağlıdır.

c. 9. fıkra, maddenin mükerrirler haricinde hangi suç failleri açısından uygulanacağını düzenlemektedir.

Hükme göre; TCK md. 102’de yer alan cinsel saldırı suçu, TCK md. 103’de yer alan çocukların cinsel istismarı ve 104. maddede düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarından ya da 188. maddede ki uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı haklarında mahkûmiyet hükmü kurulanlar hakkında da birinci fıkrada yer alan koşullu salıverme süreleri uygulanacaktır. 118. madde haricindekiler yani cinsel suçlar olarak ifade edebileceğimiz su grubu hakkında cezanın infazı esnasında ve infazın sona ermesini takiben başlayan denetim süresi içerisinde fıkrada yer alan tedavi veya yükümlülükler hâkim tarafından karar verilecektir.

Bu yükümlülükler; tıbbi tedaviye tabi tutulmak, tedavi amaçlı programlara katılmak, suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, çocuklarla bir arada çalışmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak olarak ifade edilebilir.

6545 sayılı Kanunla maddeye eklenen 11. fıkra “Bu maddenin dokuzuncu fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.” demekle özellikle tıbbi tedaviye tabi tutulmak başlığının içeriği doldurulmaya çalışılmıştır. Bu husustaki belirsizlik hala devam etmektedir.

d. “Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.”

Dokuzuncu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmayacaktır. Ancak burada çocuğun fiili işlediği sırada çocuk olması gerekmektedir. İnfaz tarihinde yetişkin dahi olsa, çocuk olarak işlediği suçun infazı açısından 9. fıkrada sayılan hususlar uygulanmayacaktır. İnfaz sistemi ve

cezaevi rejimi birbirlerinden farklı hususlardır. Cezaevine girdiği esnada fail yetişkin olduysa bu takdirde yetişkinlere özgü infaz rejimi uygulanacaktır. Ancak infaz sistemi suçun işlendiği tarihi esas almaktadır.

GEREKÇE

“Maddeyle, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108 inci maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanlara uygulanacak koşullu salıverilme süreleri yeniden düzenlenmektedir.

Maddeye eklenen sekizinci fıkrayla, mükerrir olup olmadıklarına bakılmaksızın, çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde hükümlülerin ceza infaz kurumlarında kalacağı süre önemli oranda artırılmaktadır.

Maddeye eklenen dokuzuncu fıkrayla, Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar; ilk defa suç işlemiş olsalar bile, koşullu salıverilmeden yararlanabilmeleri bakımından mükerrirlere özgü infaz rejimine tabi olmaktadır. Böylelikle, bu hükümlülerin daha uzun süre ceza infaz kurumunda kalması sağlanmış olacaktır.

Diğer yandan, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların faillerine hapis cezası vermek suretiyle, bu kişileri ceza infaz kurumuna almak, toplumu ve çocukları korumak ayrıca faili ıslah etmek için yeterli bir tedbir ve ceza hukuku yaptırımı olarak kabul edilmemektedir. Failin aynı zamanda tedavi edilmesi ve bazı yükümlülüklere tabi tutulması da gerekmektedir. Bu failler bakımından uygulanacak tedavi ve yükümlülüklerle ilişkin düzenleme yapılmaktadır.”