

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 15 | Sayı: 1 | Mart 2022

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

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


TÜBİTAK
ULAKBİM

**SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA**

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

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

Genel Yayın Yönetmeni

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

Sorumlu Müdür

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

Yayın Kurulu

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

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu (İstanbul Medipol Üniversitesi)
Prof. Dr. Türkan Yalçın (Ankara Üniversitesi)
Prof. Dr. Olgun Değirmenci (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi)
Prof. Dr. Faruk Turhan (Süleyman Demirel Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Doç. Dr. Eylem Ümit Atılgan (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Doç. Dr. R. Murat Önok (Koc Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Asuman Aytekin Inceoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Banış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Onur Kaplan (Yaşar Üniversitesi)
Dr. Öğr. Ü. Hakan Kızılarslan (Ufuk Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Öğr. Üyesi Ayşe Nilay Şenol (Yakın Doğu-Girne Üniversitesi)
Dr. Öğr. Üyesi Efsar Erden Tütüncü (İstanbul Kültür Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fahmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Dil Editörü

Dr. Öğr. Üyesi Banış Erman (Yeditepe Üniversitesi)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

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

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Vadi Grafik Tasarım ve Reklamcılık Ltd. Şti.
İvedik Organize Sanayi 1420. Cadde No: 58/1
Yenimahalle / Ankara
Tel: (0312) 395 85 71-72 (Sertifika No. 47479)

Basım Tarihi

Mart 2022

Dergimiz Hakkında

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

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

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

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Araştırma Makaleleri

TÜRK HUKUKUNDA SEÇME HAKKININ MAHKUMİYETE BAĞLI OLARAK SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN SORUNLAR <i>ISSUES RELATING TO FELONY DISENFRANCHISEMENT IN TURKISH LAW</i>	1	Duygu Çağlar DOĞAN
YABANCI MAHKEMELERDEN VERİLEN CEZA MAHKUMİYETİ KARARLARININ TÜRKİYE'DEKİ GEÇERLİLİĞİ VE BU KARARLARIN SONUCU OLARAK ORTAYA ÇIKAN HAK YOKSUNLUKLARININ (TCK m. 17) KAPSAM VE KOŞULLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER <i>CRIMINAL CONVICTION JUDGMENTS GIVEN BY FOREIGN COURTS' VALIDITY IN TURKEY AND EVALUATIONS ON THE SCOPE AND CONDITIONS OF DEPRIVATION OF RIGHTS (TCC Art. 17) RESULTING FROM THESE JUDGMENTS</i>	29	Zafer İÇER
KADIN GENİTAL MUTİLASYONU <i>FEMALE GENITAL MUTILATION</i>	75	İlkay NADİR
DİLENCİLİK SUÇU <i>THE CRIME OF VAGRANCY</i>	109	Ceren MERCAN
HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI <i>CRIMES VIOLATING THE CONFIDENTIALITY OF CORRESPONDENCE</i>	135	Doğukan KALINOĞLU

TÜRK HUKUKUNDA SEÇME HAKKININ MAHKUMİYETE BAĞLI OLARAK SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN SORUNLAR*

Dr. Öğr. Üyesi Duygu Çağlar DOĞAN**

Özet

Oy hakkı, demokrasi yolculuğunun en temel ama en yavaş gelişen unsurlarından biridir. Dünyadaki her alanda bunca ilerleme kaydedilmişken genel oy esasına bu kadar geç ulaşabilmiş olması, medeniyetin iç çelişkisidir. Günümüzde servet, etnik köken, cinsiyet gibi ölçütlerin -her ne kadar yakın dönemlere değin uygulanagelmişse de- oy hakkının kısıtlanması bakımından çağ dışı olduğunu açıklamak zor değildir. Ancak suç sayılan bir eylemi gerçekleştirdiği için hapis cezası alan bir kimsenin aktif oy hakkını, yani seçme hakkını kullanamaması, esasında çağdaş cezalandırma anlayışıyla bağdaşmayan, benzer bir ayrımcı temele dayanıyor olsa da, dünyada ve ülkemizde hala uygulanmakta olan bir sınırlamadır. Bu çalışmada, Türk hukukunda ceza mahkumiyetine bağlı olan seçme hakkından yoksunluk meselesi, mevzuat ve uygulamadaki sorunları merkeze alarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yararlanmak suretiyle ve eleştirel bir yaklaşımla incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: Ceza Mahkumiyeti, Oy Hakkı, Seçme Hakkı, Ceza Mahkumiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 30/11/2021. İlk hakem raporu tarihi: 15/11/2021. İkinci hakem raporu tarihi: 17/11/2021.

** TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, dcaglar@etu.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7777-611X

ISSUES RELATING TO FELONY DISENFRANCHISEMENT IN TURKISH LAW

Abstract

The right to vote is one of the most fundamental, yet slowest, elements of the journey to democracy. It is the internal contradiction of civilization that it was able to reach the principle of universal suffrage so late, while so much progress has been made in every field in the world. Today, it is not difficult to explain that criteria such as wealth, ethnicity, gender – although they have been applied until recently – are outdated in terms of restricting the right to vote. However, the fact that a person sentenced to prison for committing a criminal act cannot exercise his or her right to vote is a limitation that is still in effect, even though it is based on a similar discriminatory basis, which is incompatible with the contemporary understanding of punishment. In this study, the issue of felony disenfranchisement in Turkish law has been critically analyzed by focusing the problems in legislation and practice, referring to the decisions of the European Court of Human Rights.

Keywords: Criminal Conviction, Suffrage, Right to Vote, Deprivation of Rights Due to Criminal Conviction

I. OY HAKKI VE GENEL OY İLKESİ

Oy hakkı, demokrasinin kalbini oluşturan seçim olgusu bakımından varlığı şart olan ifade biçimidir¹. Nitekim demokratik bir siyasal sistemin, varlığı zorunlu² ancak kuşkusuz tek başına yeterli olmayan bir unsur olarak seçim, her vatandaşın yalnızca bir oya sahip olduğu (eşit oy) ve genel oy esası ile katılacağı bir yöntemle icra edilmesi şart olan siyasal yarıştır. Serbest seçim, adil seçim gibi ilkelerin özün-

1 Ergül, Ozan, *Mahkumların ve Asker Kişilerin Oy Hakkı Özelinde İfade Hürriyeti Önündeki Sorunlar*, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İfade Özgürlüğü Sempozyumu, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 5-6 Mayıs 2016 (Ed. Bezar Eylem EKİNCİ), s. 15.

2 “Bir balk yönetimi olan ve ulusal egemenliği en iyi biçimde yaşama geçiren, çoğulcu, katılımcı, kurullar ve kurumlar düzeni demokrasilerde devlet yönetiminin olmazsa olmaz koşullarından olan seçim hakkı milli iradenin belirlenme aracıdır ve demokrasinin en doğal ve en temel göstergesidir. Seçim hakkı, demokrasiye anlam veren ve onu yaşama geçiren bir haktır.” Anayasa Mahkemesi (AYM) 08.10.2015 tarih ve E. 2014/140 K. 2015/85 künyeli kararı, § 17.

de yatan temel değer in ifade özgürlüğü olduğu ve tüm bunların bir anlam taşıyabilmesi için de oy hakkının ve özellikle genel oy ilkesinin benimsenmesinin zorunluluğu açıktır³. Genel oy, bir ülkenin yetişkin nüfusunun tamamının oy hakkına sahip olması ve seçimlerde de fiilen oy kullanma olanağının sağlanmasıdır⁴.

Genel oy (*universal suffrage*), dünya tarihinin en köklü mücadelelerinden birinin zaferi olarak ancak geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısında yaygın biçimde benimsenebilmiş bir ilkedir. Çağdaş medeniyetler dahi, genel oy ilkesine ulaşılan kadar, servete, yani mevcut malvarlığı miktarına veya vergi ödemeye, yeteneğe, sosyal statüye, ırka, dine ve/veya cinsiyete bağlı olan oy kullanma yasaklarında uzun süre ısrar etmiştir. Batı dünyasında oy hakkı üzerinde cinsiyet dışındaki diğer ölçütlere bağlı çoğu sınırlamaların aşılması yaklaşık olarak 19. yüzyılın ikinci yarısına, cinsiyete bağlı sınırlamanın aşılması ise ancak geçtiğimiz yüzyılın ikinci yarısına rastlayabilmektedir.

Tarihi perspektifte genel oy ilkesi, başta yetişkin erkek yurttaşların tümünün oy kullanma hakkı (*universal male suffrage*) olarak doğmuş ve bu ilkenin kadınlar lehine genişlemesi ise, çarpıcı biçimde, yakın zamana kadar tam olarak sağlanamamıştır. Örneğin İsviçre’de federal seçimlerde kadınların oy verebilmesi ilk kez 1977 yılındaki halkoylamasında gerçekleşmiştir⁵. İngiltere’de erkeklerin oy kullanabilmesi için gereken asgari yaş yirmi bir iken 1918 yılında kadınlara ilk kez seçme hakkı tanındığında bu yaş sınırı otuz olarak belirlenmiş ve ancak 1928 yılına gelindiğinde yaş şartı kadınlar ile erkekler arasında eşitlenebilmiştir⁶. Bilindiği üzere Türkiye Cumhuriyeti, bu konuda çağdaşlarına göre erken bir adımla 1934 yılında kadınlara seçme hakkını tanımıştır. Fransa 1944, İtalya 1946, Yunanistan 1952 yılında kadınlara seçme hakkı tanımıştır.

Günümüzde seçme (ve seçilme) hakkına ilişkin en temel prensiplerden biri olan genel oy, anayasalarda ve uluslararası insan hak-

3 Ergül, s. 15.

4 Yavaşgel, Emine, *Seçimlerin Demokratikleşme Tarihi Sürecinde Cumhuriyet Türkiye’sinde Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Arayışı*, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Y. 2012, s. 163.

5 Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2016 (16. Baskı, Beta Yayınları), s. 303.

6 Teziç, s. 303.

ları belgelerinde yer almaktadır. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁷ m. 25⁸'te ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 1 numaralı Ek Protokolü⁹ m. 3'te¹⁰ eşit oy, genel oy, serbest seçim gibi seçimlere ilişkin temel prensipler öngörülmüştür. Anayasamızın 67. maddesinde de “Seçimler ve balkoyması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre (...) yapılır.” ifadesi ile genel oy ilkesi açıkça benimsenmiştir.

Genel oy mücadelesinde zorlu süreçlerin ardından ciddi kazanımlar elde edilmiş olsa da bu ilkenin hala çok sayıda istisnası bulunmaktadır. Bu çalışmada, genel oy ilkesinin önemli bir istisnası olarak varlığını koruyan, kişinin hükümlü olma statüsüne bağlı oy hakkı kısıtlamaları incelenecek ve eleştirilecektir.

Belirtelim ki, çalışmanın çerçevesi, sadece aktif oy hakkı¹¹, yani seçme hakkı ile sınırlandırılmış ve seçilme hakkı kapsamın dışında

- 7 Bu Sözleşme, 16.12.1966 tarihinde imzaya açılmakla birlikte, Türkiye adına 15.07.2000 tarihinde imzalanmış ve 4868 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak iç hukuka aktarılmıştır. Bkz. RG. 18.06.2003, S. 25142.
- 8 “Her yurttaş, 2. maddede belirtilen ayrımlara ve makul olmayan kısıtlamalara bağlı olmaksızın; Doğrudan doğruya ya da özgürce seçilmiş temsilciler aracılığı ile kamu yönetimine katılma; Genel, eşit ve gizli oyla belirli dönemlerde yapılan, seçmenlerin iradelerini özgürce ortaya koymalarını garanti eden gerçek seçimlerde oy kullanma ve seçilme (...)” Sözleşme'nin resmi çevirisi için bkz. 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG. 21.07.2003, S. 25175.
- 9 AİHS 1 no.lu Ek Protokolü Türkiye tarafından 20.03.1952 tarihinde imzalanmış ve 6366 sayılı Kanun ile onaylanması uygun bulunarak iç hukuka aktarılmıştır. Bkz. RG. 19.03.1954, S. 8662.
- 10 “Yüksek Sözleşmeciler tarafından, yasama organının seçiminde halkın görüşünün özgürce ifade edilmesini sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oylu serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.” AİHM tarafından hazırlanan Sözleşme'nin gayriresmi çevirisi için bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim tarihi: 26.02.2022). Bu makalenin konusu dışında kalmakla birlikte belirtelim ki, AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3'te yer alan bu ifadenin sadece “yasama organının” seçiminden bahsetmesi, bu düzenlemenin yasama organı dışındaki seçimler için geçerli olmadığını düşündürmektedir. Nitekim ülkemizde de, 30 Mart 2014 tarihinde yapılan Ankara Büyükşehir Belediye Başkanlığı seçiminde aday olan Mansur Yavaş'ın seçimin iptal edilmesi yönündeki talebinin Yüksek Seçim Kurulunca reddi üzerine Anayasa Mahkemesine yaptığı bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin sadece yasama organı seçimlerini kapsadığı ve mahalli idare seçimlerine ilişkin olmadığına hükmetmiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesi, Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi Başvurusu, Başvuru no. 2014/5425, T. 23.07.2014, § 32-37.) Ancak aynı mahalli idare seçimlerine ilişkin olarak Yüksek Seçim Kurulunun, -aşağıda da incelenecek- olan 590 sayılı kararının gerekçesinde AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3'e atıf yapıldığı görülmektedir. Demek ki Yüksek Seçim Kurulu, Anayasa Mahkemesinden farklı olarak, mahalli idare seçimlerinin de AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3 kapsamına girdiği değerlendirmesinde bulunmuştur. Bkz. Ergül, s. 19.
- 11 Oy hakkı, aktif (seçme, oy kullanma hakkı) ve pasif (seçilme, seçime aday olarak katılma hakkı) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bkz. Bernardini, Alex/Chirico, Federica, *Il diritto di voto in carcere: troppi limiti ad un diritto fondamentale*, <https://extremaratioassociazione.it/il-diritto-di-voto-in-carcer-troppi-limiti-ad-un-diritto-fondamentale/> (Erişim tarihi: 30.10.2021).

bırakılmıştır. Terminolojik tutarlılık adına çalışmanın devamında “seçme hakkı” ifadesi kullanılacaktır.

II. CEZA MAHKUMİYETİNİN SONUCU OLARAK SEÇME HAKKININ SINIRLANDIRILMASI

İngilizcede *felony disenfranchisement* olarak adlandırılan kurum, ceza mahkumiyetinin bir sonucu olarak seçme hakkının -geçici ya da kalıcı şekilde- kaybedilmesidir. Ceza mahkumiyetine bağlı hak yoksunluğu ya da ek ceza olarak uygulanan bu yaptırım, işlenen bir suçun sonucunda verilen mahkumiyet kararına bağlı olarak bir kim-
senin sivil ölü (civiliter mortuus) sayılması gerektiği düşüncesi¹² ve nihayetinde ahlaki içerikle doldurulan yurttaş kavramı ile ilgilidir¹³. Nitekim suç işlemek suretiyle toplumsal sözleşme olgusuna saldı-
ranların, devletin yönetimine katılma hakkından da vazgeçtiklerinin düşünülmesi, hükümlülerin seçme hakkını sınırlayan devletlerin sığındığı bir gerekçedir¹⁴. Dahası, hükümlülerin, seçme hakkının sınırlandırılması sayesinde, devlete olan saygılarının pekişeceği, bi-
reysel sorumluluk düşüncelerinin gelişeceği, sosyal sorumluluğun artacağı ve hatta bu sınırlamanın hükümlünün ıslahına hizmet ede-
ceği dahi savunulmuştur¹⁵.

İleride de yeniden belirtileceği üzere, bu anlayışın artık çağdışı ve genel oy ilkesine aykırı olduğu kanaatindeyiz¹⁶. Ancak ne yazık ki,

12 Yakın çağlarda *John Locke, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant ve John Stuart Mill* gibi filozofların da desteklediği sivil ölüm (*civil death*, medeni ölüm) Antik Yunan, Roma ve devamında Ortaçağ Avrupası geleneği olarak, hükümlülerin oy hakkından yoksun bırakılmasının da düşünsel temelinin oluşturmaktadır. Bkz. Karagöz, Kasım, *Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, Y. 2007, s. 167-169.

13 Teziç, s. 307.

14 Örneğin AİHM nezdinde görülen *Hirst v. United Kingdom (2)* Davası'nda (no. 74025/01), Birleşik Krallık tarafından verilen savunma bu gerekçeye dayandırılmıştır. Yine, *Anchugov ve Gladkov & Rusya Kararı*'nda (no. 11157/04 ve 15162/05, 04.07.2013) suç işleyen kişilerin seçme hakkından yoksun bırakılmasının, vatandaşlık sorumluluğunun ve hukukun üstünlüğüne saygının artırılması ve sivil toplumun ve demokratik sistemin doğru işleyişinin sağlanması amaçlarını güttüğü belirtilmiştir.

15 Hükümlülerin oy hakkının sınırlandırılması konusunda ileri sürülen çok çeşitli meşruiyet gerekçeleri hakkında bkz. Karagöz, s. 169-173.

16 Oy kullanma yasağı yüzünden yönetimin işleyişine, karar mekanizmalarına ve kanunların yapım sürecine katılmayan mahkumların, doğal olarak, toplumla olan sosyal bağlarının zayıflayacağı düşünülmüştür. Bkz. Yelekin, Süleyman, *Ceza Mahkûmiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi*, Ankara 2018 (1. Baskı, Adalet Yayınevi), s. 85-86.

ülkemizde ve dünyada hükümlülerin seçme hakkına yönelik ciddi sınırlamalar halen mevcuttur.

III. HÜKÜMLÜLERİN SEÇME HAKKININ SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında, ceza mahkumiyetine bağlı olarak seçme hakkı kısıtlamasında yeknesak bir tavır henüz mevcut değildir¹⁷. Üye ülkelerin bu konudaki düzenlemelerinin incelendiği karşılaştırmalı bir inceleme *Scoppola* Kararı'nda yer almakta ve bu inceleme, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından sonraki kararlarda da referans alınmaktadır¹⁸. Buna göre, Birleşik Krallık, Bulgaristan, Rusya, Macaristan, Ermenistan ve Estonya, hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak hükümlüleri seçme hakkından tamamen yoksun bırakırken; Danimarka, İsveç, İsviçre, Finlandiya, İspanya, Sırbistan, Arnavutluk, Hırvatistan, İrlanda, Slovenya, Karadağ, Litvanya, Moldova, Azerbaycan, Ukrayna gibi çoğunluk kategorisinde bulunan ülkelerde hükümlülerin seçme hakkı hiçbir şekilde sınırlandırılmamaktadır. Bu iki kutup arasında ise Türkiye, İtalya, Avusturya, Fransa, Almanya, Belçika, Hollanda, Portekiz, Romanya, Yunanistan, Lüksemburg gibi kanun koyucu tarafından öngörülen ya da hakime verilen takdir yetkisi ile belirli suç kategorileri veya ağırlığına bağlı olarak seçme hakkının kısıtlanması şeklindeki “orta yol” modeli bulunmaktadır. Ancak bu ülkelerdeki uygulamaların da, AİHM önünde, AİHS 1 no.lu Ek Protokolün ihlali olarak değerlendirildiği birçok karar mevcuttur.

Hükümlülerin seçme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak AİHM nezdinde Birleşik Krallık'a karşı görülen ve mahkumiyetle sonuçlanan çok sayıda davanın en önemlisi olan *Hirst* Başvurusu'nda¹⁹, ömür

17 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kullandığı terminolojiye göre bu konuda herhangi bir “Avrupa konsensüsü”, “ortak payda” ya da “ortak yaklaşım” bulunmamaktadır. AİHM kararlarında sıklıkla kullanılmakla birlikte içeriği net olarak tanımlanmamış ve sonuçları tam olarak öngörülemeyen bu kavram, bu çalışmanın da konusuyla bağlantılı olarak, örneğin taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmede serbest olduğu hareket alanının (takdir marjının) belirlenmesinde esas alınan ölçütlerden biridir. Avrupa konsensüsünün yokluğu halinde genellikle takdir marjı daha geniş tutulmaktadır. Bkz. Bal, Ali, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 2019, s. 39-40.

18 *Scoppola v. Italy* (3) Kararı (no. 126/05, 22.05.2012) AİHM Büyük Dairesi, § 45-48.

19 *Hirst v. United Kingdom* (2) Kararı, AİHM Büyük Daire (no. 74025/01).

boyu hapse mahkum olmuş bir hükümlüye, cezanın süresine, suçun ağırlık ve niteliğine, bireysel durumuna bakılmaksızın uygulanan genel, otomatik ve ayırım gözetmeyen oy hakkı kısıtlamasının, kabul edilebilir takdir marjını aştığına hükmedilmiştir. AİHM, genel olarak bu konuda taraf devletlere tanınan takdir marjının *geniş* olduğunu kabul etmekle birlikte, somut olayın bu sınırları aştığını belirtmiştir. Ceza mahkumiyetinin sonucu olarak seçme hakkının sınırlamasının sınırını belirleyen bu ölçütler, aynı meseleye ilişkin bundan sonraki bütün davalarda da tekrarlanmıştır.

Belirtelim ki, AİHM Büyük Daire tarafından verilen *Hirst Kararı*'nın ardından benzer iddialara dayalı olarak AİHM önünde ihlal kararıyla sonuçlanan ve derdest pek çok dava bulunmasının yarattığı baskı sayesinde Birleşik Krallık mevzuatı değiştirilmiş ve tutuklulara, mahkemeye saygısızlıktan ceza alanlara, para cezasını ödememesi nedeniyle hapis cezası alanlara, belli şartların gerçekleşmesi halinde şartla tahliye olanlara ve hapis cezası ev hapsine çevrilenlere seçme hakkı tanınmıştır²⁰.

İzleyen yıllarda verilen *Scoppola Kararı*'nda ise İtalya'nın ceza mahkumiyeti sonucunda seçme hakkını ciddi ölçüde sınırlayan sistemi, AİHM nezdinde Sözleşme'nin ihlali olarak görülmemiştir. Bu kararı daha sağlıklı değerlendirebilmek için İtalya'da mahkumların seçme hakkının ve sınırlarının nasıl düzenlendiğini kısaca incelemekte fayda vardır.

765 sayılı mülga TCK ile öngörülen hak yoksunluğu sistemine benzer şekilde, İtalyan ceza hukukunda hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak seçme hakkından yoksunluk, hukuki nitelik itibarıyla ek ceza olup, içerik itibarıyla de kalıcı ve geçici olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İtalyan Ceza Kanunu m. 29'a göre, beş yıldan fazla hapis cezalarının tümü ve müebbet hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak ömür boyu seçme hakkından yitirilmesi öngörülmüştür. Üç ila beş yıl arasındaki hapis cezaları için bu süre beş yıl iken, üç yılın altındaki hapis cezaları bakımından bir yıldan beş yıla kadar -hakimin takdir edeceği bir süre boyunca- yasaklılık

20 Kırbas, Mehmet Fatih, *AİHM Bağlamında Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı*, İnsan Hakları Dergisi (T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı), Y. 2019, S. 4, s. 41.

söz konusu olmaktadır. Ancak bu sonuncu halde, mahkum olunan cezanın süresine değil, suçun türüne bağlı olan ayrımlar devreye girmektedir. Özellikle kamu idaresinin güvenilirliğine karşı işlenen suçlar, kamu hizmetinden yasaklılığın da içinde bulunduğu hak yoksunluklarına tabi suçlar olarak belirlenmiştir. Hak yoksunluklarının ceza infazının tamamlanmasının ardından devam etmesi halinde, infazın tamamlanmasından itibaren en az üç yıl geçtikten sonra ve iyi halin kanıtlanması suretiyle, ek cezaların ve ceza mahkumiyetine bağlı tüm cezai sonuçların ortadan kaldırılması yoluna gidilebilmektedir (İtCK m. 178 ve 179). Ancak tekerrür hali, itiyadi suçlu ve suçu meslek edinen ile müebbet hapis cezasında olduğu gibi ömür boyu olması öngörülen hak yoksunlukları bakımından bu süreler uzamaktadır.

İtalya’da benimsenen sistemin ülkemiz bakımından önemi, sadece mülga 765 sayılı TCK için mehzaz olma özelliğinden dolayı değil, ceza mahkumiyetinin sonucu olarak seçme hakkının kısıtlanması konusunda birbirine çok yakın tarihlerde Türkiye’nin AİHM önünde mahkumiyet kararı almasına karşılık İtalya’nın benzer bir olayda AİHS 1 no.lu Ek Protokol’ün 3. maddesini ihlal etmediğine karar verilmiş olmasıdır. 2012 yılında *Scoppola (3) Kararı*’nı veren AİHM Büyük Dairesi, İtalyan hukukunda düzenlenen ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkı kısıtlamasının, suçun ağırlığını ve hapis cezasının süresini ölçüt alması nedeniyle, taraf devletlerin takdir marjı içinde kaldığını kabul etmiştir. Yukarıda açıklandığı üzere, infazın sonrasında ve hatta ömür boyu dahi sürebilen hak yoksunluklarının öngörüldüğü İtalya’da, hapis cezasına mahkumiyete bağlı “genel ve otomatik” bir seçme hakkı kısıtlaması bulunmaması, AİHM bakımından, İtalya’nın meşru hareket alanından çıkmadığı değerlendirilmesi yapılmasına yeterli olmuştur.

AİHM, seçme kullanma hakkına ilişkin maddeyi dar yorumlayarak taraf devletlerin, bu hakkı sınırlandırma konusunda geniş bir takdir marjı olduğu yönündeki görüşünü somut olay bakımından daha da genişletmiş görünmektedir. Nitekim *Scoppola Kararı*, hak kısıtlamasının sınırlarının net olarak belirlenemediği ve *Hirst Kararı*’nın ardından geri adım niteliği taşıması yönlerinden ciddi ölçüde

eleştirilmiştir²¹. Karar'da devletlere tanınan takdir yetkisinin sınırı bakımından, mahkumların seçme hakkına yönelik kısıtlamalarda belirli suç tiplerinin ya da belirli bir ağırlığı olan suçların ölçüt olarak öngörülmesinin yeterli görülmesi, kanaatimizce de eleştiriye açıktır.

Kural olarak sadece cezanın infazı süresince varlık gösteren hak yoksunluklarının öngörüldüğü Türkiye ise, bir yıl sonra verilen *Söyler Kararı*²² ile AİHM nezdinde AİHS 1 no.lu Ek Protokol'ün 3. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle mahkum edilmiştir²³. Bu karar, ülkemizde hükümlülerin seçme hakkına ilişkin bir dizi gelişme yaşanmasının kapısını açmıştır.

Karara konu olan olayda, karşılıksız çek keşide ettiği gerekçesiyle 4 yıl 11 ay 26 gün hapis cezasına mahkum edilen *Söyler*, ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunduğu sırada 2007 yılında yapılan genel seçimde oy kullanmak istemiş, ancak başvurusu Yüksek Seçim Kurulu (YSK) tarafından reddedilmiştir. 9 Nisan 2009 tarihinde koşullu salıverilen *Söyler*'in, o dönem yürürlükte bulunan TCK m. 53/1-b²⁴ uyarınca seçme hakkından yoksunluk hali, hak ederek tahliye tarihi olan 1 Nisan 2012 tarihine kadar devam etmiştir ve bu nedenle 2011 yılındaki genel seçimlerde yine oy kullanamamıştır. Bunun üzerine mesele AİHM önüne taşınmış ve AİHM, kasıtlı suçlardan dolayı mahkum olan herkesin, özellikle de ceza infaz kurumuna hiç girmeyen veya cezasının infazına toplum içinde devam edilen hükümlülerin dahi seçme hakkından mahrum edilmesini, AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3/1'e aykırı bulmuştur. Bu mahkumiyetin ardından, Yüksek Seçim Kurulu -aşağıda incelenecek olan kararlarıyla- TCK m. 53'te öngörülen hak yoksunluklarının infazın tamamlanmasına kadar sürmesi esasını, yani hak ederek tahliye sınırını ihmal ederek, Anayasa ve AİHM içtihadına uygun şekilde, hükümlünün ceza infaz kurumunda bulunma halini esas aldığı ortaya koymuş-

21 Bkz. Kırbas, s. 39.

22 *Söyler v. Turkey* Kararı, (no. 29411/07, 17.09.2013).

23 Burada AİHM'in *Söyler Kararı*'nda Sözleşme'nin ihlal edildiğine hükmetmesi değil, *Scoppola Kararı*'nda hak ihlali bulunmadığına karar vermiş olması eleştiriye açıktır.

24 Aşağıda incelenecek olan Anayasa Mahkemesi kararının (AYM 08.10.2015, E. 2014/140 K. 2015/85) öncesinde TCK m. 53/1-b uyarınca, işlenen kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin doğrudan sonucu olan seçme hakkından yoksunluk halinin, infazın tamamlanmasına, yani hak ederek tahliye tarihine kadar süreceği öngörülmüştü.

tur. Bu konuya ilişkin olarak ülkemizdeki hukuki çerçeve ve YSK kararları aşağıda daha detaylı olarak incelenecektir. AİHM tarafından verilen *Söyler Kararı*'nın ardından 2014 yılında aynı mesele, yani koşullu salıverilmesine rağmen hükümlünün seçme hakkından yararlanamaması, Türkiye'nin *Murat Vural Kararı*'nda²⁵ da Sözleşme'yi ihlal ettiğine hükmedilmesine yol açmıştır.

AİHM tarafından verilen diğer ihlal kararlarında²⁶ da genel olarak, mahkumların seçme hakkının sınırlandırılmasının Sözleşme'ye uygun olması için kısıtlama kararının, somut olaya özgü koşulların dik-kate alınmak suretiyle hakim tarafından verilmesi, suçun ağırlığı ve mahkumiyete konu suçun işlenmesi ile seçme hakkının kısıtlanması arasında bağ olması gibi ölçütler tekrarlanmıştır. Kararlarda, ceza mahkumiyeti nedeniyle seçme hakkından yoksunluğa ilişkin olarak taraf devletlerdeki düzenlemelerin otomatik ve genel nitelikte olmadığı tespit edilse dahi, yasaklama kararının, her olayın özel koşulları göz önünde bulundurulmak suretiyle hakim tarafından alınması, işlenen suç ile seçimler ve demokratik kurumlarla ilgili konular arasında bir bağlantı olması gerekmesi gibi, hakkın sınırlandırılmasının meşru sınırlarına ilişkin ölçütlere uyulup uyulmadığı da değerlendirilmektedir.

AİHM önünde Rusya'ya karşı görülen *Anchugov & Gladkov Davası*²⁷ da taraf devletin mahkumiyetiyle sonuçlanmıştır. Bu davada Rus Anayasası m. 32/3'te yer alan, ceza infaz kurumunda bulunan mahkumların hiçbir şekilde oy kullanamayacağına ilişkin düzenleme ve buna dayanan uygulamanın, AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3'ü ihlal ettiğine karar verilmiştir. Hükümetin bu davadaki savunması, AİHM önüne gelen diğer davalardan farklı olarak buradaki hak kısıtlamasının kanun(lar)dan değil, anayasal düzenlemeden kaynaklanmasıdır. Nitekim Rus Anayasa Mahkemesi de, AİHM süreci öncesinde, bir anayasal düzenlemenin anayasaya uygunluğunu denetleyemeyeceği gerekçesiyle kendi önüne gelen başvuruyu reddetmiştir. AİHM, bu

25 *Murat Vural v. Turkey* (no. 9540/07, 21.10.2014)

26 *Örneğin, Frodl v. Austria* (no. 20201/04, 08.04.2010), *Kulinski and Sabev v. Bulgaria* (no. 63849/09, 21.07.2016), *Cucu v. Romania* (no. 22362/06, 13.11.2012) § 107-112, *Brândușe v. Romania* (no. 39951/08 27.10.2015) § 44-49.

27 *Anchugov and Gladkov v. Russia* (no. 11157/04 ve 15162/05, 04.07.2013).

kararda da önceden belirlediği ölçütleri tekrarlayarak, anayasa düzeyindeki normdan da kaynaklansa, mahkumiyete konu olan cezanın süresine, işlemiş oldukları suçun ağırlığına ve içinde buldukları koşullara bakılmaksızın hükümlülerin, genel ve otomatik bir ayrımcılığa tabi tutularak, oy kullanma haklarından mahrum edilmesinin AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3'ün ihlali olduğuna karar vermiştir. Bu karar, ülkemiz bakımından önem taşımaktadır. Zira aşağıda inceleneceği üzere, ülkemizde “kasıtlı suçlardan dolayı” hükümlü bulunanların seçme hakkının sınırlandırılmasının dayanağı Anayasamızdır.²⁸ Nitekim Anayasa Mahkememiz de konu ile ilgili yapılan bireysel başvurularda, mahkumlar için seçme hakkından yoksunluk öngören kanuni düzenlemelerin Anayasaya uygun olduğu gerekçesiyle konu bakımından yetkisizlik kararı vermiştir²⁹.

Sonuç olarak, AİHM içtihatları çerçevesinde, ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkı yasağının meşru sayılabilmesi için bu yasağın, mahkumiyetin otomatik ve genel bir sonucu olmaması, yani belirli suç tipleri, ağırlıkları ya da ceza tür ve miktarları arasında bir ayırım yapılması ya da her olayın somut koşullarını gözeterek olan hakime takdir yetkisi verilmesi ve sınırlamanın ölçülü olması yeterlidir. Bu koşullar yerine gelmediği takdirde AİHM için Sözleşme (1 no.lu Ek Protokol m. 3) ihlal edilmiş sayılmaktadır. Buna karşılık AİHM tarafından ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkı yoksunluğu, henüz kurumun dayandığı esasın yerindediği üzerinden değerlendirilmemiş ve kategorik olarak reddedilmemiştir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA HÜKÜMLÜLERİN SEÇME HAKKI

Hukukumuzda hükümlülerin seçme hakkına ve bunun kısıtlanmasına ilişkin düzenlemeler, Anayasa, AİHS, Türk Ceza Kanunu, 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da ve onunla bağlantılı olarak Türk Medeni Kanunu'nda yer almaktadır. Farklı tarihlerde yürürlüğe giren çeşitli hukuki kaynakların konusu olduğu için bu meseleye dair sistemin ana hatlarıyla

28 Anayasa m. 67/5: “Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar.”

29 Bkz. AYM *Hakan Tezel* Başvurusuna İlişkin Karar, 2014/16988 (Başvuru tarihi: 24.10.2014, Karar tarihi: 08.09.2015), *Musa Kaya* Başvurusuna İlişkin Karar, 2014/19397 (Başvuru tarihi: 09/12/2014, Karar tarihi: 25.03.2015)

ortaya konulabilmesi bile zorlaşmaktadır. Bu nedenle ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkından yoksunluk meselesi, Türk Ceza Kanunu ile Anayasa ve diğer kanuni düzenlemeler olmak üzere ikiye ayırarak incelenecek olup, ardından Yüksek Seçim Kurulu kararlarının, bu karışık mevzuatın oluşturduğu sistem içerisindeki tercihine değinilecektir.

A. Türk Ceza Kanunu'nda Ceza Mahkumiyetine Bağlı Olarak Seçme Hakkının Kısıtlanması

Ceza mahkumiyeti sonucunda seçme hakkının kısıtlanması, Türk Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbiri olarak öngörülen “belli haklardan yoksun bırakılma” kurumu içinde incelenmektedir. 5237 sayılı TCK ile (m. 53) 2005 yılında getirilen hak yoksunluğu sistemine göre, ceza mahkumiyetinin kanuni sonucu olarak uygulanan bu kurum sadece seçme ve seçilme hakkına ilişkin olmayıp, kamu görevinden yasaklanma; kanuni temsilcilik yapma hakkının kısıtlanması; vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yasaklanma ya da bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yasaklanma; belli bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması ya da sürücü belgesinin geri alınması gibi hak yoksunluklarını içermektedir. Bu çalışmada hak yoksunlukları, sadece hukuki nitelik tespiti amacıyla genel olarak incelenecek olup, ardından çalışmanın asıl konusu olan seçme hakkının, ceza mahkumiyetinin sonucu olarak sınırlandırılmasına ilişkin tespit ve değerlendirmelere geçilecektir. Bunun için öncelikle, belli haklardan yoksun bırakılma kurumunun hukuki niteliğine ilişkin kısa bir değerlendirmeye yer verilecektir. Nitekim bu değerlendirme üzerine ceza mahkumiyetine bağlı olarak seçme hakkından yoksun bırakılma yaptırımının işlevsizliği ve meşru bir amacı bulunmadığı ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından TCK m. 53'teki seçme hakkının kısıtlanmasına ilişkin düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi'nin 2015 yılında verdiği karar sonrasındaki yürürlüğü sorunu incelenecektir.

1. Hukuki Nitelik Sorunu

5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK döneminde öngörülen bazı ek (mülga Kanun'a göre "fer'i") cezaları güvenlik tedbiri olarak öngörmüş, diğer bazılarını da yaptırım sisteminden çıkarmıştır³⁰. Yukarıda da belirtildiği üzere, seçme hakkının kısıtlanmasını da içeren hak yoksunluklarının tümü TCK m. 53'te "belli haklardan yoksun bırakılma" başlığı altında güvenlik tedbiri olarak öngörülmüştür. Kanaatimizce 5237 sayılı TCK ile yapılan bu tercih yerinde değildir.

Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği³¹'nin 73. maddesinde şöyle tanımlanmıştır: "[H]ükümlünün işlediği bir suç nedeniyle mahkûmiyetin sonucu olarak, mahkeme tarafından belirlenen süreler içerisinde, 5237 sayılı Kanununun 53 üncü maddesinin birinci fıkrasında sayılan hak ve yetkilerin bir kısmının veya tamamının kullanılmasını ya da bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasını veya sürücü belgesinin geri alınmasını öngören güvenlik tedbirleridir."

Bu tanımda, mahkumiyete konu olan suçun kasıtlı ya da taksirle işlenmesine ve cezanın türüne dair bir ayırım yapılmamış olsa da TCK m. 53 ile benimsenen hak yoksunluğu sisteminde ana kural, bu yoksunlukların, kasıtlı suçlardan dolayı verilen hapis cezalarının infazı süresince geçerli olmasıdır. Bu kural, 53. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak (...) işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı

30 Türk Ceza Kanunu Tasarısı için hazırlanan Adalet Komisyonu Raporu'nda (TBMM 22. Dönem 2. Yasama Yılı, 1/593 sayılı rapor, bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, Erişim tarihi: 26.02.2022) bu kararın gerekçesi olabilecek nitelikte sadece iki ifadeye rastlanmaktadır:

1. "Ondokuzuncu yüzyıl ceza hukuku anlayışının kalıtısı olan 'asli ceza' ve 'fer'i ceza' ayrımı kaldırılmıştır. Suç olgusu dolayısıyla uygulanabilen yaptırımlar, ceza ve güvenlik tedbiri olarak belirlenmiştir."

2. "Hükümet Tasarısında, bir taraftan 'fer'i ceza'lara, diğer taraftan da güvenlik tedbirlerine yer verilmiştir. Ancak, öngörülen 'fer'i ceza'larla güvenlik tedbirleri arasında kabul edilebilir somut bir ölçüt belirlenmemiştir. (Bu düzenleme 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki erteleme hükümlerinin ortaya çıkardığı sorunların devam etmesine olanak tanıyabilecek nitelikte görüldüğü için; Komisyon çalışmalarında, erteleme kurumunun hukuki yapısında değişiklik yapıldığı gibi,) 'fer'i ceza' kavramı terk edilmiş ve güvenlik tedbirleri bir sistematik çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir." (Metindeki parantezler tarafımızdan eklenmiştir).

31 RG. 05.03.2013, S. 28570.

tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.” ifadeleriyle açıkça düzenlenmiştir.³²

Demek ki, Türk Ceza Kanunu’nun öngördüğü hak yoksunluğu sisteminin iki temel ölçütü, suçun kasıtlı işlenmiş olması ve mahkum olunan cezanın türünün hapis cezası olmasıdır. Ancak burada, mahkum olunan hapis cezasının süresine ilişkin hiçbir ölçüt bulunmamaktadır. Dikkat edilmesi gereken son husus da, hak yoksunluklarının “infazın tamamlanıncaya kadar” geçerli olacağına hükme bağlanmış olmasıdır. İzleyen başlık altında açıklanacak olan Anayasa ve diğer mevzuatın öngördüğü seçme hakkı kısıtlamaları ise, TCK ile öngörülen çerçeve ile örtüşmemektedir.

Ceza hukukunda yaptırım teorisi çerçevesinde cezalar, asıl ceza ve ek ceza olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Adlandırıcı ölçüte göre ceza, suçu (diğer hukuka aykırı fiillerden) ayıran temel unsur olup bu vasfı bünyesinde taşıyan ceza da, sadece asıl cezadır³³. Yani kanunda suç olarak yer alıp da, karşılığında (asıl) ceza öngörülme-yen bir fiil söz konusu olamaz³⁴. Asıl ceza, kanun koyucu tarafından suça özgü olarak ve doğrudan bu suçun karşılığı olmak üzere belirlenir; ardından hakim tarafından, başka cezadan bağımsız olarak somutlaştırılır³⁵. Ek ceza ise, asıl cezaya eklenen cezadır. Bağımsızlık ve zorunluluk özelliği sadece asıl cezada mevcut iken³⁶; ek ceza böyle

32 Ana kural böyle olmakla birlikte, 53. maddenin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarında ana kuralın dışına çıkan haller düzenlenmiştir. Buna göre, kasıtlı bir suçtan dolayı mahkum olmuş da olsa kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında hak yoksunluğu uygulanamamaktadır. Yine, infaz süresinin tamamlanmasının ardından yahut sadece adli para cezasına hükmedilmesi halinde dahi hak yoksunluklarının uygulanabilmesine, maddenin beşinci fıkrasında imkan tanınmış ve bunun şartı da, mahkumiyete konulan suçun, bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılarak işlenmiş olması olarak belirtilmiştir. Son olarak da, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir.

33 Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (E. Dolcini ve G. L. Gatta tarafından güncellenmiş), Milano 2015 (5. Baskı, Giuffrè), s. 173-174.

34 Palazzo, Francesco, *Diritto Penale Parte Generale*, Torino 2006 (2. Baskı, Giappichelli), s. 560-561.

35 Dönmez, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981), s. 715.

36 Nuvolone, Pietro, *Pena (in generale)*, Novissimo Digesto Italiano içinde, Torino 1969, C. XVI, s. 792.

değildir. Ek ceza, hem doğma hem de ortadan kalkma bakımından asıl cezanın akıbetine bağlıdır. Bu kategorideki cezalar genellikle ferî ve mütemmim olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Öğretide çoğu zaman ferî cezanın zorunlu olduğu ve hükümde belirtilmesi dahi kendiliğinden uygulanacağı, mütemmim cezanın ise hakimnin takdirinde olan ve uygulanabilmesi için mahkumiyet hükmünde açıkça belirtilmesi gerektiği ayrımı yapılmıştır³⁷. Bir de ferî cezanın kendiliğinden uygulanmak zorunluluğu bulunmadığı, bazı ferî cezalara da hakimnin hükmetmesi gerektiği; buna karşın mütemmim cezalara hakimnin hükmedip hükmetmemekte serbest olduğu da belirtilmiştir³⁸. Kanaatimizce ferî ve mütemmim cezayı, her ikisini de kapsayan şekilde, ek ceza adı altında incelemek yeterlidir.

Ek cezanın doğasında, yani içeriğinde yasaklayıcılık mevcut olup; yaptırım niteliğindeki tüm hukuki sonuçlarda olduğu gibi, ek cezalar da, acı verici işleve sahiptir. Ama acı vericilik, ek cezanın yegane karakteri değildir. Buna bağlı olarak, asıl ceza ve ek ceza, birbirinden acı vericilik ölçütüne göre ayrılmaz. Böyle olsaydı ek ceza diye bir kuruma hiç ihtiyaç duyulmaksızın, asıl cezanın ağırlaştırılmasıyla yetinilmesi mümkün olurdu. Oysa ek cezalara hemen hemen her dönem ve coğrafyada ihtiyaç duyulmuştur. Burada belirtilmek istenen husus, ek cezada, asıl cezaya eklenen bir başka fonksiyon olduğudur. Örneğin damgalamak bunlardan biridir³⁹. Seçme (ve seçilme) hakkının kaldırılması, özünde böyle bir ek işleve sahiptir. Kimi ek cezada ise, suçun işlenmesine zemin sağlayan koşulların ortadan kaldırılarak gelecekte yenilerinin işlenmesine engel olmak, yani özel önleme amacı ağır basmaktadır. Sürücü belgesinin geri alınması, kamu hizmetinden yasaklılık veya spor müsabakalarının yapıldığı yerlere gitmekten yasaklanma böyledir⁴⁰. Bu yönden bakıldığında ek cezaların bir kısmının doğasında güvenlik tedbirine yaklaşan bir unsur, yani özel önleme amacı bulunmaktadır. Ancak seçme (ve seçilme) hakkının kısıtlanmasında bu amaç yoktur. Bu nedenle seçme

37 Karakaş Doğan, Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010 (Legal Yayıncılık), s. 80.

38 Dönmezer/Erman, C. II, s. 717; Alpaslan, M. Şükrü, *Türk Ceza Kanunu'nda Fer'i ve Mütemmim Cezalar*, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde, İstanbul 1977, s. 225.

39 Nuvolone, s. 792.

40 Palazzo, s. 569-570.

ve seçilme hakkının kısıtlanması, 5237 sayılı TCK ile benimsenmeye çalışılan sistemde olduğu gibi, diğer hak yoksunlukları ile birlikte güvenlik tedbiri çatısı altında birleştirilebilecek bir yaptırım olmayıp, özü itibarıyla ek ceza niteliğindedir⁴¹.

Hukuki nitelik itibarıyla güvenlik tedbiri olmadığına ilişkin değerlendirme, ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkı kısıtlaması yaptırımında tehlikeliliğin ve potansiyel suçun önlenmesine yönelik bir işlevin bulunmaması tespiti bakımından çok önemlidir. Demek ki bu yaptırım, önleme amacı bakımından işlevsizdir. Güvenlik tedbiri olmadığına göre bu yaptırım, ancak acı vericiliği arttıran ve bunun yanında damgalama veya toplumdan ayırma amacı taşıyan bir ek ceza olarak kanunkoyucu tarafından takdir edilebilir ki böyle bir ek cezanın da, genel olarak ceza müeyyidesinin taşınması gereken en önemli amacı olan topluma yeniden kazandırmaya hizmet etmediği açıktır. Sırf hapis cezasına mahkumiyet nedeniyle hükümlülerin zaten fiziksel olarak kopmuş oldukları toplumla bir de siyasal bağlarının koparılmasının herhangi bir meşru gerekçesini bulmak güçtür⁴². Bu nedenle, yüzyıllar öncesinin “yurttaş ahlakı” anlayışına dayanan ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkı kısıtlamaları, çağdaş ceza adaleti sistemlerinde artık barınmamalıdır.

2. TCK m. 53/1-b'ye ilişkin Yürürlük Sorunu

Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.2015 tarih ve E. 2014/140 K. 2015/85 künyeli kararı, Türk ceza hukuku öğretisini, TCK m. 53/1-b'de yer alan düzenlemenin yürürlüğü üzerinde tereddüde sürüklemiştir. Karar metninin anlaşılmasının zorluğu bir yana, Karar'ın ardından maddenin ilgili bölümünün kısmen mi yoksa tamamen mi yürürlükten kalktığı üzerine görüş ayrılıkları doğmuştur.

41 Hak yoksunluklarının, hapis cezasına mahkumiyetin yasal sonucu olduğunun TCK m. 53'te açıkça belirtilmesi gerekçesiyle bunların güvenlik tedbiri değil, ek ceza olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2020 (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık), s. 572.

42 Aynı yönde bkz. Bahçeci, Barış, *1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar*, AÜHFĐ, C. 54, S. 3, Y. 2005, s. 389. Benzer doğrultuda, seçme hakkının, suç işlediği şüphesi altında bulunanlar ile bir suçtan mahkum olanlar bakımından yasaklanmasının, esasen demokrasinin kendi argümanları ile çürütülmeye muhtaç olduğunu görüşü için bkz. Karakaş Doğan, Fatma, *Mahkumların Oy Hakkı (AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında)*, TBB Dergisi 2014 (112), s. 108.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararında anayasallık denetimine tabi tutulan kanuni düzenleme, TCK m. 53/1-b'nin ilk hali olan "seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" ifadesidir. Bu ifadenin son kısmının, yani "ve diğer siyasi hakları kullanmaktan" ifadesinin iptal edildiği üzerinde tereddüt bulunmamaktadır⁴³. Buna karşın, seçme ve seçilme hakkına ilişkin ifadenin "ne kadar iptal edildiğini" anlamak güçtür. Bu çalışmanın konusu sadece seçme hakkına ilişkin olduğundan seçilme hakkını konu edinen kısmını dışarıda bırakarak kararın metnini analiz edelim.

Anayasa Mahkemesi, "...hapis cezasına..." ibaresinin, fıkranın b bendinde yer alan "Seçme ve..." ibaresi yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline hükmetmiştir. Bu durumda, seçme hakkına ilişkin ifade, tümüyle değil, sadece maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi ile birlikte değerlendirilen haliyle iptal edilmiştir⁴⁴. Anayasa Mahkemesi'nin ifadenin, tümünü iptal etmek yerine, maddede yer alan bir başka ifadeyle olan kombinasyonunu iptal etmesinin sebebi, hapis cezasının, ceza infaz kurumunda infaz edildiği sürece seçme hakkından yoksunluğa yol açması uygulamasını sürdürmek, ancak cezanın toplum içinde infazına geçildiği yahut ceza infaz kurumuna hiç girilmediği takdirde seçme hakkının kullanımını mümkün kılmaktır. Başka bir anlatımla, Yüksek Mahkeme'nin Anayasaya aykırı gördüğü kısım, hapis cezasına mahkumiyetin sonucu olarak seçme hakkından yoksunluk değil, bu yoksunluğun, fiilen ceza infaz kurumunda bulunulan süreyi aşacak şekilde düzenlenmiş olmasıdır⁴⁵.

43 Bkz. Anılan kararın hüküm kısmının C-1 kenar numaralı cümlesi.

44 Ancak öğretide ve yargı kararlarında, ifadenin tümüyle iptal edildiğine ya da yürürlüğünü koruduğuna dair görüşler de mevcuttur. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla birlikte TCK'nın, kasten işlenen bir suçtan dolayı seçme (ve diğer siyasi hakları kullanma) yönünden bağlamış olduğu bir sonucun artık bulunmadığı görüşü için bkz. Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020 (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık), s. 652. Diğer yandan, bu konuda açıkça görüş belirtmeyip TCK m. 53'e alıntı yaparken birinci fıkranın b bendinde "seçme ve seçilme ehliyetinden" ifadesine aynen yer verilen çalışmalar da mevcuttur. Bu tercih karşısında, anılan düzenlemenin -kısmen dahi değil- tamamen yürürlükte olduğu çıkarımına varıldığı düşünülmektedir. Bu yönde örnek için bkz. Öztürk/Erdem, s. 575. Öğreti, yargı kararları ve mevzuat derlemelerindeki farklı tercihlerin ortaya koyduğu çeşitli görüşlerin daha detaylı analizi için bkz. Akkaş, Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Ankara 2021 (Adalet Yayınevi), s. 94-98.

45 Bkz. § 50. ve 51.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bu kararıyla ulaşmak istediği amacın ne olduğu anlaşılrsa dahi m. 53/1-b'deki ifadenin tümünün neden iptal edilmediğini sorgulamayı sürdürmek mümkündür. Nitekim YSK zaten -Anayasa Mahkemesi kararından bir ay önce- sadece AİHM içtihadını ve Anayasa m. 67'yi dikkate alarak, yani TCK m. 53/1-b hükmünü "ihmal ederek" seçme hakkından yoksunluğu, fiilen ceza infaz kurumunda bulunma haliyle sınırlamıştır. YSK'nın bu hamlesinin üzerine Anayasa Mahkemesi ilgili bendin tümünü iptal etseydi de uygulama zaten -aşağıda açıklanacak olan- YSK kararları doğrultusunda, yani Anayasa m. 67 ve AİHS 1 No.lu Ek Protokol m. 3'ün doğrudan uygulanması suretiyle şekillenecekti. Bu nedenle uygulamada boşluk doğması kaygısı burada geçerli değildir. Kanunkoyucunun TCK ile yaratmak istediği sistemin bozulması kaygısı ise, zaten bu kararın verilmesine rağmen gerçekleşmiştir. Zira TCK m. 53/1-b hükmünün bugünkü hali de, tam olarak iptal edilme ihtimaliyle aynı ölçüde yeniden düzenlenmeye muhtaçtır.

B. Türk Ceza Kanunu Dışındaki Düzenlemelere Göre Türkiye'de Hükümlülerin Seçme Hakkı

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde yer alan m. 67/5'e göre, taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar. Bu düzenlemenin ilk halinde, ceza ve tevkifevlerinde bulunan tutuklu ve hükümlülerin oy kullanamayacağı kabul edilmiş idi. 1995 yılında Anayasa'da yapılan değişiklik⁴⁶ ile bu ifade "*ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar*" şeklini alarak tutukluların oy kullanmalarının önü açılmıştır. Aynı maddede 2001 yılında değişiklik⁴⁷ ile de "*taksirli suçlardan hüküm giyenler hariç*" ifadesinin eklenmesiyle madde bugünkü haline kavuşmuştur. Bu değişiklik ile taksirli bir suçtan dolayı aldığı mahkumiyet kararı nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin oy kullanmaları mümkün hale getirilmiştir. Böylece ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler arasında, suçun kasıtlı ve taksirli şekilde işlenmiş olmasına göre ayırım yapılmış ve sadece kasıtlı

46 4121 sayılı Kanun m. 5, RG. 26.07.1995, S. 22355.

47 4709 sayılı Kanun, m. 24, RG. 17.10.2001, S. 24556 mükerrer.

bir suçtan dolayı mahkum edilmiş olanların seçme hakkı sınırlandırılmıştır. Ancak görüldüğü gibi, mahkumiyete konu hapis cezasının süresi Anayasa’da ölçüt olarak belirtilmemiştir. Ayrıca ceza infaz kurumunda “bulunan” ifadesi nedeniyle, herhangi bir sebeple hapis cezasının ceza infaz kurumu dışında infaz edilmesi hallerinde de hükümlünün seçme hakkının varlığını sürdüreceği anlamı çıkarılmaktadır.

298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un yedinci maddesinde, oy kullanamayacaklar arasında “ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar” sayılmış, ancak anılan Kanun’da 2001 yılındaki anayasa değişikliğine uygun uyarılama yapılmamıştır. Diğer bir deyişle bu Kanun’a göre seçme hakkı kısıtlamasından, taksirli suçlardan hükümlü olanlar hariç tutulmamıştır⁴⁸.

298 sayılı Kanun, “seçmen olamama” ve “oy kullanamama” arasında ayırım yapmıştır⁴⁹. Seçmen olabilmek için gereken koşullar, vatandaşlık, yaş, kamu hizmetinden yasaklı olamamak ve kısıtlı olmamak şeklinde sayılmıştır (m. 8). Buna göre hükümlülük hali (infazın tamamlanması değil, ceza infaz kurumunda bulunma hali) bittiğinde dahi kişinin kamu hizmetinden yasaklı olması ya da kısıtlı olması, seçme hakkının kısıtlanmasına yol açmaktadır. Seçmen sıfatını taşısalar bile içinde buldukları geçici durum nedeniyle oy kullanamayacak olanlar ise, silah altında bulunan erler, onbaşılar ve kıta çavuşları, askeri öğrenciler ve ceza infaz kurumlarında hükümlü olarak bulunanlar şeklinde sayılmıştır (m. 7). Seçmen olamama ve oy kullanamama şeklindeki kategorilerden ilkinde yer alan kamu hizmetinden yasaklılık, artık bir ceza (Türk Ceza Kanunu’nun lafzına göre güvenlik tedbiri) olarak genellikle cezanın infazı tamamlanuncaya kadar sürdüğü için ve bunu aşan hallerin de oldukça sınırlı olması nedeniyle seçme hakkına yönelik ciddi bir kısıtlama olmak-

⁴⁸ Bu konuda 2005 yılında yürürlüğe giren TCK m. 53’ün, seçme hakkından yoksunluğu, kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak düzenlemesi nedeniyle 298 sayılı Kanun’un taksirli suçları -anayasaya aykırı olarak- hariç bırakmayan maddesinin de zımnen ilga edildiği görüşü ileri sürülmüştür. Bkz. Akkaş, s. 96-97 (308 no.lu dipnot).

⁴⁹ Gönenç, Levent, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Ankara 2008 (Adalet Yayınları), s. 180; Teziç, s. 305.

tan çıkmıştır⁵⁰. Bu durumda medeni hukuk çerçevesinde kısıtlılık hallerinin de incelenmesi gerekmektedir.

Bu konuya ilişkin olarak Medeni Kanun'daki kısıtlılık hallerine ilişkin düzenlemelere bakılmalıdır. Zira 298 sayılı Kanun'un sekizinci maddesi, kısıtlı olanların seçmen olamayacaklarını belirlemiş, ancak kısıtlılık hallerinin ne olduğunu saymamıştır. Böylece Medeni Kanun'da yer alan kısıtlılık hallerinin hepsi -şüphesiz, kısıtlılık kararının verilmesi üzerine- seçmen olmaya engel olduğu düşünüldüğünde; savurganlık, kötü yaşam ya da akıl zayıflığı gibi aslında ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan haller dahi seçme hakkından yoksunluğa yol açmaktadır. Bu sonucun ise, genel oy esasına ve anayasaya aykırı olduğu kanaatinde olduğumuz için meseleye açıklık kazandırmakta fayda vardır.

Öncelikle belirtelim ki, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan sınırlı sayıda sebebin varlığı halinde mahkeme kararıyla kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılması, kısıtlama kararı olarak isimlendirilmektedir. Bu noktada önem taşıyan husus, zaten ayırt etme gücünden yoksun olan kişilerin kısıtlanmasının, fiil ehliyetleri açısından bir değişikliğe yol açmadığıdır. Kısıtlama kararı asıl önemini, ayırt etme gücüne sahip kişilerin kısıtlanmasında göstermektedir. Nitekim bu kişiler, kısıtlama kararına kadar fiil ehliyetine sahipken bu karar ile birlikte "sınırlı ehliyetsiz" statüsüne geçmektedir. Bu kararın verilmesi ile hem kısıtlanan kişinin hem de toplumun ortak menfaatleri koruma altına alınmaktadır. Kısıtlanan kişiye kural olarak bir vasi atanmakta⁵¹ ve kişi, özellikle ekonomik sonuç doğuran çeşitli işlemlerini vasisi aracılığıyla veya onun rızasıyla yapmak zorunluluğu altına girmektedir. Sınırlı ehliyetsizin kendisini borç altına sokan işlemlerde yasal temsilcisinin rızasını almaması halinde işlem, askıda geçersiz

50 "Kamu hizmetinden yasaklı olanlar" seçmen olamazlar şeklindeki hükmün 2005'ten beri içi boş bir hüküm olduğu görüşü için bkz. Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2018 (2. Baskı, Ekin Yayınevi), s. 486.

51 Belirtmek gerekir ki, çoğunlukla birbirine karıştırılmakla birlikte, vesayet altına alma ile kısıtlama birbirinden farklı kavramlardır. Vesayet altına alınma, kişiye vasi adi verilen yasal temsilcinin atanması ve sonraki işlemlerinde vasinin denetimine tabi olmak anlamına gelmektedir. Anne ve babası velayet yükümlülüğünü yerine getiremeyen çocuğun, mahkeme kararıyla vesayet altına alınması mümkündür. Ancak söz konusu çocuk hakkında verilen karar, kısıtlama manasına gelmeyecektir. Tam tersine, Türk Medeni Kanunu m. 419/III hakkında kısıtlama kararı verilmiş bir ergin çocuğun da vesayet altına alınmayıp, velayet altında bırakılabilmesi mümkündür.

bir işlem olarak nitelendirilmekte ve bu işlem vasinin onayı olmadıkça geçerli hale de gelememektedir.

Kısıtlama sebepleri, Türk Medeni Kanunu'nun 405 ile 408. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza almış olmak sebeplerinin varlığını halinde, kısıtlanacak kişinin iradesine bağlı olmaksızın kısıtlama kararı verilebilmektedir. Yaşlılık, engelli olmak, deneyimsizlik veya ağır hastalık gibi sebeplerin varlığı halinde ise, kişi bunları ispat ederek kendisinin kısıtlanmasını isteyebilmektedir. Bu hallerde talep, bizzat kısıtlanacak kişiden gelmektedir. Kısıtlama sebepleri kanunda yazılı olanlar ile sınırlı olup (*numerus clausus*) genişletici bir yoruma veya hukuk yaratma faaliyetine konu olabilmesi mümkün değildir⁵².

Kısıtlama sebebi olarak bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza alma hali, Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, bir yıl veya daha uzun süreli bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilen her ergin kısıtlanmalıdır. Maddenin ikinci fıkrasında, cezayı yerine getirmekle görevli olan makamın, böyle hükümlülerin durumunu vesayet makamına bildirme yükümü düzenlenmiştir. Kısıtlama kararını, hükümlünün yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi verecektir. Türk Medeni Kanunu m. 407 uyarınca kısıtlamaya karar verilebilmesi için ceza mahkemesinin mahkumiyet kararının kesinleşmesi ve cezanın infazına başlanmış olması gerekmektedir⁵³. Vesayet süresi, özgürlüğü bağlayıcı cezanın devam ettiği süre ile paralel olacaktır. Türk Medeni Kanunu m. 471 uyarınca özgürlüğü bağlayıcı ceza sona erdiği tarihte kısıtlama da kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Bunun için bir mahkeme kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Eski Türk Medeni Kanunu m. 415/II'de yer alan koşullu salıverilme halinde kısıtlılık halinin devam edeceğine ilişkin düzenleme, yeni kanunda yer almamaktadır.

Yukarıda da değinilen 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde, kısıtlı

52 Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara 2016 (3. Baskı, Turhan Kitabevi), s. 703.

53 Kılıçoğlu, s. 710 vd.

olanların seçmen olamayacağı belirtilmiştir⁵⁴. Bir yıldan uzun süreli hapis cezasına mahkumiyet nedeniyle kısıtlı olma halinin seçme hakkına etkisi dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu m. 407’de kusurun ağırlığına göre bir ayırım yapılmayarak sadece süreye odaklanılmasının, seçme hakkı bakımından bu hükmü Anayasa m. 67’ye aykırı hale getirdiği düşünülebilecektir. Zira bir kişinin sadece kasıtlı değil, taksirli olarak işlediği bir suçtan ötürü bir yıldan uzun süre özgürlüğü bağlayıcı ceza alması da Medeni Kanun bakımından kısıtlanması sonucunu doğuracak ve bu da seçmen olamamasına yol açacaktır. Anayasa’nın 67. maddesinde taksirli suçlardan hükümlü olanların da oy kullanma haklarının devam edeceğinin öngörülmüş olması karşısında, bir an için Türk Medeni Kanunu m. 407’deki düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu düşünülebilecektir. Ancak Türk Medeni Kanunu m. 407’nin öngörülüş amacı, uzun bir süreyi ceza infaz kurumunda geçirecek kişilerin bu süre içerisinde hukuki işlemlerini gerçekleştirebilmelerini kolaylaştırmaktır⁵⁵. Bu nedenle kanunkoyucunun Türk Medeni Kanunu’nda suçun işlenişinin taksirli ya da kasıtlı olması yönünden bir ayırma gitmemesi, anlaşılır bir tavidir. Gerçekten de bir yıldan uzun bir süreyi ceza infaz kurumunda geçirecek kişinin bir vasisinin bulunması, onun hukuki işlemlerindeki birçok sorununu kolaylıkla çözmelerini sağlayacaktır. Mevzuatımızdaki asıl sorun, bir yıldan uzun süre özgürlüğü bağlayıcı ceza alan kişilerin kısıtlanmasından değil, kısıtlılık halinin, seçme hakkı engeli olarak öngörülmesinden kaynaklanmaktadır. Bu hatalı sınırlamanın altında yatan muhtemel düşünce, kısıtlılık kavramının ayırt etme gücünden yoksunluk ile karıştırılması gibi görünmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, kısıtlılık kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, savurganlık gibi ayırt etme gücü ile ilintili olmayan sebeplerle de gündeme gelebilmektedir. Bu sebeple de seçme hakkına ilişkin 298 sayılı Kanun’daki düzenlemenin, yani seçmen sıfatını taşıyabilmek için gereken

54 Bu çalışmanın konusu dışında kalmakla birlikte kısıtlılık hali, seçilme hakkı bakımından da engel teşkil etmektedir. Örneğin 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesinin b bendinde kısıtlı kişilerin seçilme hakkına sahip olmadığı düzenlenmiştir.

55 Kılıçoğlu, s. 708 vd.; Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, *ancak gerçek bir yardım ihtiyacının varlığı halinde mahkumun kısıtlanması gerektiğini bakılı olarak kabul etmektedir*. Bkz. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku - Aile Hukuku Cilt III (Aile), İstanbul 2012 (Filiz Kitabevi) s. 381.

kısıtlı olmama şartının yeniden değerlendirilmesi ve değiştirilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

C. Yüksek Seçim Kurulu'na Göre Hükümlülerin Seçme Hakkı

AİHM önünde Türkiye'nin mahkumiyetiyle sonuçlanan *Söyler Kararı*'nın ardından bir dizi karar ile Yüksek Seçim Kurulu, hükümlülerin oy hakkı konusundaki tutumunu belirlemiş ve yerleştirmiştir. Bunlardan ilki 2013 yılındaki 590 sayılı kararı⁵⁶ olup, devamında örnek olarak, 2014 yılında verdiği 3002 sayılı kararı⁵⁷, sonrasında 2015 yılındaki 235 sayılı⁵⁸ ve 1593 sayılı⁵⁹ kararları sayılabilir. Anılan YSK kararlarının hepsinde yer alan ve bu çalışmanın konusunu ilgilendiren ortak metin şu şekildedir:

“Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokol, kanun hükümlerine göre bir üst norm olduğundan, anılan hukukî düzenlemelerde yer verilip korunan temel hak ve özgürlüklerin kanunlarla daraltılması durumunda, doğrudan Anayasa’da yer alan düzenleme veya Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü dikkate alınmak suretiyle milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Her ne kadar 5237 sayılı Kanun’un 53. maddesinin birinci fıkrası hükmü, madde gerekçesi ve doktrinde ileri sürülen görüşler dikkate alındığında, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkındaki mahkûmiyet hükümleri hariç olmak üzere, kişilerin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak uygulanması gereken hak yoksunluklarının bu kapsamda da seçme ehliyetinin, mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesinden başlayarak, hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar, diğer bir ifadeyle hak ederek salıverilmesine kadar devam etmesi gerekmekte ise de; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 67. maddesinin beşinci fıkrası ve 90. maddesinin son fıkrası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Ek Protokolünün 3.

56 RG. 31.12.2013, S. 28868.

57 RG. 29.06.2014, S. 29045.

58 RG. 03.03.2015, S. 29284.

59 RG. 08.09.2015, S. 29469.

maddesi, 298 sayılı Kanun'un 7. maddesi, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 57. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi hükmü ve Söyler/Türkiye kararı ile yukarıda yer alan açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, seçme ehliyetinden yoksun kılma yönündeki hak yoksunluğunun kişinin sadece ceza ve infaz kurumunda bulunduğu dönemde kullanılmasına engel olabileceği, diğer bir ifadeyle hakkındaki hapis cezasını gerektiren mahkûmiyet kararının kesinleşmesinden sonra ancak bu cezanın infazı için ceza ve infaz kurumuna alınmasıyla başlayıp ceza infaz kurumundan koşullu olarak saliverilmesi ya da denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanarak tabliye edilmesi suretiyle birlikte sona erecektir.”

Son olarak YSK, ceza infaz kurumunda bulunmayan ve bu nedenle seçme hakkına sahip olan hükümlülerin çerçevesine, hapis cezasının ertelenmesi ve infazın ertelenmesi hallerinin de dahil edildiğini teyit eden bir karar vermiştir. 2018 yılında verdiği 1133 sayılı bu karara⁶⁰ göre,

“(...) sadece kasıtlı suçtan dolayı ceza infaz kurumunda bulunan (ceza infaz kurumunda iken firar edenler dâhil) hükümlülerin oy kullanamayacağını, buna mukabil hakkındaki mahkûmiyet hükmü kesinleşmiş olup da henüz ceza infaz kurumuna alınmayanlarla, ceza infaz kurumlarından koşullu saliverilen ya da denetimli serbestlik hükümlerinden yararlanarak salverilen ancak hak ederek salverileceği süreyi henüz doldurmayan veya mahkemesince uzun süreli de olsa hapis cezası ertelenen veya cezası infaz edilmekte iken hastalığından dolayı cezasının infazı geri bırakılan hükümlülerin; ceza infaz kurumunda bulunmamaları nedeniyle, bu süre içinde yapılacak olan seçimlerde seçmen olabileceklerinin, başka bir ifadeyle sözü edilenlerin oy kullanabileceklerinin kabulü gerekmektedir.”

YSK böylece, Türk Ceza Kanunu yerine, AİHM içtihadı ile somutlaşmış olan AİHS 1 no.lu Ek Protokol m. 3/1 normuna iç hukukta üs-

60 RG. 19.12.2018, S. 30640 (3. Mükerrer).

tünlük tanımıştır⁶¹. Bunu yaparken bir yandan da, Anayasa m. 67/5'i de doğrudan uygulamış ve Türk Medeni Kanunu'nun 471. maddesinde hapsedilme halinin sona ermesiyle vesayetin kendiliğinden ortadan kalkacağına ilişkin hükmün dolayımından da yararlanmıştı. YSK, ceza infaz kurumunda fiilen bulunmayan hükümlülerin oy kullanabilmelerine imkan tanıyan sonuca, TMK hükümlerini, TCK hükümlerine nazaran öne çıkararak ulaştırmıştır. Hukuk metodolojisi açısından tartışılabilir olmakla birlikte kanaatimizce, YSK'nın geliştirdiği bu tavır, yürürlükte bulunan mevzuat karşısında bulunabilecek en ideal hukuki çaredir.

V. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Bu çalışmada, günümüz insan hakları ve demokrasi anlayışının fazlaca gerisinde kalmakla birlikte varlığını koruyan bir hak kısıtlaması olarak seçme hakkının ceza mahkumiyeti sonucu sınırlandırılması meselesi mercek altına alınmıştır. Ulusal mevzuat ve uygulamaya yer vermeden önce bu alandaki Avrupa standartlarını tespit edebilmek için AIHM içtihatlarının çizdiği çerçeve üzerinde durulmuştur. Devamında, ceza mahkumiyetine bağlı seçme hakkından yoksunluk meselesinin, hukukumuzda çeşitli şekli hukuk kaynakları bulunduğu ve bu durumun, mevcut sistemin yapısını anlamayı zorlaştırdığı tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmanın sistematüğinde, Türk Ceza Kanunu'nda, diğer mevzuatta ve uygulamanın belirleyicisi olan YSK kararlarında hükümlülerin seçme hakkı yoksunluğu ayrı ayrı incelenmiştir.

Türk Ceza Kanunu m. 53/1-b'de, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma başlığı altında ve hukuki nitelik itibariyle güvenlik tedbiri olarak öngörülen bu kurum, kanaatimizce güvenlik tedbiri değil, ek ceza niteliğindedir. Mahkumiyet nedeniyle seçme hakkından yoksunluk, genel olarak her ceza müeyyidesinin taşınması gereken topluma yeniden kazandırma amacından uzaklığı nedeniyle amaç unsuru bakımından sınıfta kalmaktadır. Nitekim toplumla arasında-

61 Anayasa m. 90'a 2004 yılında eklenen cümle nedeniyle zaten aksi düşünülemez ise de YSK tarafından, AIHS düzenlemesinin (ek protokol normunun) AIHM içtihadıyla yorumlanıp somutlaşmış haline iç hukukta geçerlilik tanınması dikkat çekici ve olumlu bir gelişmedir. Bkz. Ergül, s. 19-20.

ki fiziki bağları halihazırda kopmuş olan hükümlünün, siyasi hayata katılımın en ufak ama en temel göstergesi olan seçme hakkından yoksun bırakılarak bir de siyasi bağlarını koparmak, topluma yeniden kazandırmaya hizmet etmek şöyle dursun, aksine kaybettiricidir. Hukuki niteliğinin güvenlik tedbiri olarak düşünülmesi halinde dahi, potansiyel bir tehlikeliliğin önlenmesi bakımından seçme hakkından yoksunluk, işlevsizdir. Sonuç olarak, devletin kendi vatandaşlarına yönelik ayrımcı bir politikanın ürünü olan bu yaptırımdan vazgeçilmelidir.

Son olarak belirtelim ki, seçme hakkı, seçilme hakkından daha geniş şekilde düzenlenmeli ve seçme hakkına ilişkin sınırlamanın sınırları daha dar olmalıdır. Mahkumiyete bağlı seçilme hakkı yoksunluklarının, belirli koşullarla düzenlenip uygulandığı takdirde meşru bir gerekçesi bulunmasına karşın, aynı husus seçme hakkı için geçerli değildir. Nitekim toplumun tümünün ya da bir kesiminin temsilcisi olmak için gerekenlerin listesinin kabarık olması anlaşılabilir. Ancak sırf hapis cezası mahkumiyeti nedeniyle temsil edilen olmaktan ihraç edilmek, demokrasiyle bağdaşmamaktadır. Her ülke bakımından geçerli olan bu genel değerlendirme, siyasal gündemi sıklıkla seçimler üzerinden şekillenen ve seçimlere katılım oranlarının Avrupa ülkelerine nazaran yüksek olduğu ülkemiz bakımından daha fazla önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Ankara 2021 (Adalet Yayınevi).
- Alpaslan, M. Şükrü, *Türk Ceza Kanunu'nda Fer'i ve Mütemmim Cezalar, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22-26 Mart 1976) içinde*, İstanbul 1977, s. 221-246.
- Bahçeci, Barış, *1982 Anayasası Döneminde Çoğulcu Demokrasi Açısından Milletvekili Seçimi Hukukunda Karşılaşılan Sorunlar*, AÜHFED, C. 54, S. 3, Y. 2005, s. 365-396.
- Bal, Ali, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 2019, s. 27-82.
- Bernardini, Alex/Chirico, Federica, *Il diritto di voto in carcere: troppi limiti ad un diritto fondamentale*, <https://extremaratioassociazione.it/il-diritto-di-voto-in-carcere-troppi-limiti-ad-un-diritto-fondamentale/> Erişim tarihi: 30.10.2021).
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, (İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1981).
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku – Aile Hukuku Cilt III (Aile)*, İstanbul 2012 (Filiz Kitabevi).
- Ergül, Ozan, *Mahkûmların ve Asker Kişilerin Oy Hakkı Özelinde İfade Hürriyeti Önündeki Sorunlar*, Ulusal ve Uluslararası Hukukta İfade Özgürlüğü Sempozyumu, Doğu Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 5-6 Mayıs 2016 (Ed. Bezar Eylem EKİNCİ), s. 15-24.
- Gönenç, Levent, *Türkiye'de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Ankara 2008 (Adalet Yayınları).
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa 2018 (2. Baskı, Ekin Yayınevi).
- Karagöz, Kasım, *Mahkûmların Oy Hakkı Üzerindeki Yasağın Demokrasi Teorisindeki Yerine Eleştirel Bir Yaklaşım*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 165-206.
- Karakaş Doğan, Fatma, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010 (Legal Yayıncılık)
- Karakaş Doğan, Fatma, *Mahkûmların Oy Hakkı (AİHM'nin Söyler v. Türkiye Kararı ile Yüksek Seçim Kurulu Kararı Işığında)*, TBB Dergisi 2014 (112), s. 107-126.

- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara 2016 (3. Baskı, Turhan Kitabevi).
- Kırbaş, Mehmet Fatih. “*AIHS Bağlamında Hükümlülerin Oy Kullanma Hakkı*”, *İnsan Hakları Dergisi* (T.C. Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı), Y. 2019, S. 4, s. 35-41.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2020 (13. Baskı, Seçkin Yayıncılık).
- Marinucci, Giorgio/Dolcini, Emilio, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (E. Dolcini ve G. L. Gatta tarafından güncellenmiş), Milano 2015 (5. Baskı, Giuffré).
- Nuvolone, Pietro, *Pena (in generale)*, Novissimo Digesto Italiano içinde, Torino 1969, C. XVI, s. 787-819.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara 2020 (20. Baskı, Seçkin Yayıncılık).
- Palazzo, Francesco, *Diritto Penale Parte Generale*, Torino 2006 (2. Baskı, Giappichelli).
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, Ankara 2016 (16. Baskı, Beta Yayınları).
- Yavaşgel, Emine, *Seçimlerin Demokratikleşme Tarihi Sürecinde Cumhuriyet Türkiye’sinde Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Arayışı*, İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi, Y. 2012, s. 161-178.
- Yelekin, Süleyman, *Ceza Mahkûmiyetinin Seçme ve Seçilme Hakkına Etkisi*, Ankara 2018 (1. Baskı, Adalet Yayınevi).

YABANCI MAHKEMELERDEN VERİLEN CEZA MAHKUMİYETİ KARARLARININ TÜRKİYE'DEKİ GEÇERLİLİĞİ VE BU KARARLARIN SONUCU OLARAK ORTAYA ÇIKAN HAK YOKSUNLUKLARININ (TCK m. 17) KAPSAM VE KOŞULLARI HAKKINDA DEĞERLENDİRMELER*

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER**

Özet

Devletlerin, ulusal yargı organlarının kararlarına geçerlilik tanıması, egemenlik yetkisinin bir gereğidir. Bu sebeple kural olarak yabancı mahkeme kararlarının başka ülkede geçerli olması, o kararların iç hukukta tanınması ile mümkün olabilmektedir. Özel hukuk kökenli kavramlar olan tanıma ve tenfiz, ceza yargılamasında doğrudan bir karşılığı bulunmayıp yabancı ceza mahkemelerinin kararları, ceza yargılarının uluslararası değeri konusundaki uluslararası sözleşmeler çerçevesinde tanınabilmektedir. Bu tanıma, infazın devri, hükümlünün nakli gibi adli işbirliğine dayalı muhtelif süreçlerin sonucunda gerçekleşmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının, diğer bir ülkede doğurduğu hukuki sonuçlardan biri de, ceza mahkumiyetine bağlı ortaya çıkan hak yoksunluklarıdır. Türk hukukunda hak yoksunlukları, kasten işlediği suçtan dolayı mahkûm olmuş bir kimse hakkında uygulanan güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlardır. Türk mahkemelerinin yargı yetkisine giren durumlarda, Türk mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmünün kanuni sonucu olarak 53 üncü maddede yer alan hak yoksunlukları uygulanır. Türk veya yabancı

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 16/01/2022. İlk hakem raporu tarihi: 28/01/2022. İkinci hakem raporu tarihi: 21/02/2022.

** Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, zafericer@marmara.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2628-9055.

ülke vatandaşı hakkında, yurtdışında işlediği suç nedeniyle yabancı mahkemelerce mahkûmiyet hükmü verilmesi durumunda, Türkiye'de yeniden yargılama yapılması mümkün değilse, Türk Ceza Kanunu'nun 17 nci maddesi çerçevesinde kişinin hak yoksunluklarına tabi tutulabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu madde uyarınca, yabancı mahkeme hükmünün Türk kanunlarına göre hak yoksunluğuna ilişkin sonuçlarının geçerli olabilmesi için, yabancı mahkemelerden verilen hükmün Türk hukuk düzenine aykırı düşmemesi, Türk kanunlarına göre hak yoksunluğu gerektirmesi ve bu hususta Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Mahkemece karar verilmesi gerekmektedir. Bu çalışmada, Türk Ceza Kanunu'nun 17 nci maddesinin uygulanma şartları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yabancı Ceza Mahkemesi Kararları, Hükmün Tanınması, Uyarılama Kararı, Hak Yoksunlukları, Adli Sicil Kaydı.

**CRIMINAL CONVICTION JUDGMENTS GIVEN BY FOREIGN
COURTS' VALIDITY IN TURKEY AND EVALUATIONS ON THE
SCOPE AND CONDITIONS OF DEPRIVATION OF RIGHTS (TCC
Art. 17) RESULTING FROM THESE JUDGMENTS**

Abstract

It is a requirement of sovereignty that states validate to the judgments of national judicial bodies. Therefore, as a rule, the validity of foreign judgments in another country is possible with the recognition of those judgments in domestic law. Recognition and enforcement, which are concepts of private law, do not have a direct counterpart in criminal proceedings, and the judgments of foreign criminal courts can be recognized within the framework of international conventions on the international value of criminal jurisdictions. This happens as a result of various processes based on judicial cooperation, such as recognition, transfer of execution, and transfer of the sentenced person. One of the legal consequences of foreign judgments in another country is the deprivation of rights arising from criminal convictions. In Turkish law, deprivation of rights are sanctions in the nature of a security measure applied to

a person who has been convicted of an intentional crime. In cases within the jurisdiction of Turkish courts, the deprivation of rights in Article 53 shall apply as a legal consequence of the conviction given by the Turkish court. In the event that a foreign court sentenced a Turkish or foreign citizen for a crime he committed abroad, if a retrial is not possible in Turkey, it may be possible for the person to be subject to deprivation of rights within the framework of Article 17 of the Turkish Criminal Code. According to this article, in order for the results of the foreign judgment to be valid according to Turkish law, the judgment rendered by foreign courts must not contradict the Turkish legal order, must require deprivation of rights according to Turkish law, and a judgment about it must be made by the Court upon the request of the Public Prosecutor. In this study, the implementation conditions of Article 17 of the Turkish Criminal Code were examined.

Keywords: Foreign Criminal Court Judgments, Recognition of Judgment, Adaptation Judgment, Deprivation of Rights, Criminal Record

I. GİRİŞ, YABANCI CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ TANINMASI

Bir ülkenin yargı organları tarafından verilen kararlar, kural olarak yalnızca o ülkenin hukuk düzeni bakımından sonuç doğurur¹. Devletlerin, kendi kanunlarını uygulaması, yargılama usullerini benimsemesi ve ulusal yargı organlarının kararlarına geçerlilik tanıması, egemenlik yetkisinin bir gereğidir. Devletin egemenliğinin en önemli göstergelerinden biri olan yargılama yetkisi, yabancı mahkeme kararlarının kendiliğinden geçerli olmaması sonucunu beraberinde getirir. Yabancı mahkeme tarafından verilen bir hükmün, bir başka ülkede geçerli olabilmesi ve hukuki sonuçlarını doğurabilmesi, bu kararların o ülke tarafından tanınması ve tenfizi ile mümkün olabilmektedir².

1 Bıyıklı, Hasan İsmet, *Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 1974, s.439; Yaşar, Hakkı, *Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamları Muvacebesinde Uygulama*, Adalet Dergisi, Sayı:4, 1969, s.200 vd.

2 Arat, Tuğrul, *Yabancı İllamların Tanınması ve Tenfizi*, AÜHF Dergisi, Cilt: 21, (1964), Sayı: 1-4, s.425, 426; Tütüncübaşı, Uğur, *Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konu-*

Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar, devletin yargılama yetkisi ile yakından ilgilidir. Ülkeler, egemenlik yetkilerini en geniş şekilde kullanmak amacıyla, kendi sınırları içerisinde işlenen suçlar dışında, yurt dışında işlenen bir kısım suçlar bakımından da, kendi ceza kanunlarının uygulanmasını ve yargılama usullerinin tatbik edilmesini talep ederler. Bu doğrultuda ülkeler, ulusal yargı organlarının yer bakımından yetkisine ilişkin kurallara ceza kanunlarında yer vermek suretiyle, bu konuda çeşitli ilke ve usuller benimseyebilmektedir. Yer bakımından uygulamaya ilişkin olarak, başta mülkîlik ilkesi olmak üzere, fail ve mağdura göre şahsîlik, koruma, ikame yargı³, evrensellik ilkeleri⁴, ülkelerin ceza yargılamasına ilişkin yetki alanını tayin eder⁵. Bu konuda, Türk Ceza Kanunu'nun 8 ila 17 nci maddelerinde muhtelif düzenlemelere yer verilerek Türkiye'nin ceza hukuku anlamında yargı yetkisinin sınırları belirlenmiştir⁶.

sunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2017, s.106; Bıyıklı, s.439, 440; Aygül, Musa, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfiz Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 31, Issue: 2, s.84 vd.; Tarman, Zeynep Derya, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler*, MHB., Cilt:37, Sayı: 2, 2017, s.988; Arslan, İlyas, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki*, TBB Dergisi 2019 (143), s.333; Cumalıoğlu, Emre, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münhasır Yetkisi*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Aralık 2008, s.432 vd.; Ecemiş, Sercan, *MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020, 359 vd.

- 3 İkame yargı ilkesinin de TCK'da (m.12-3-4) düzenlendiği hususunda bkz. Turhan, Faruk, *Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:4, Ağustos, 2005, s.201; Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2020, s.181.
- 4 İkame yargı ilkesinin kabul edilmesi, TCK m.13'teki evrensellik ilkesi kapsamında yer alan suçların Türkiye'de soruşturulup kovuşturulmasının gerekçesinin de anlaşılmasına katkı sağlamaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan, 2005, s.9 vd.
- 5 Tezcan, Durmuş, *Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu*, AÜSBF Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1-2, Yıl: 1984, s.115 vd.
- 6 Aydın, Devrim, *Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*, TBB Dergisi 2011 (94), 132 vd.; Şahin, İlyas, *Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alınan İlkeler*, ERÜHFD, Cilt: X, Sayı: 1, (2015), s.109 vd.; Kaplan, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Koruma İlkesi*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 14, Aralık 2019, s.651 vd.; Külçür, Erdem İzzet, *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017, s.67 vd.; Aydın, Hüseyin, *Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi*, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.351 vd.

Tanıma ve tenfiz, milletlerarası özel hukuka ilişkin kavramlar olmakla birlikte, tarihsel süreçte ceza yargılaması açısından yabancı mahkeme kararlarına Türkiye'de geçerlilik tanınması, bu kararların Türkiye'deki adli sicil kayıtlarına işlenmesi suretiyle mümkün olabilmekteydi. Mülga 4664 sayılı Adli Sicil Kanunu⁷'nin 2 nci maddesi⁸, Türk kanunlarına göre suç teşkil eden bir fiilden dolayı Türk vatandaşları hakkında yabancı bir devlet mahkemesince verilerek katileşen ve resmen Türk Hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin adli sicile kaydedileceğini ve aynı Kanun'un 4 üncü maddesi, yabancı devletlerce Türk Hükümetine resmen bildirilen mahkûmiyet hükümlerinin aynen adlî sicil dairesine tevdi olunacağını düzenlemiştir⁹.

Aynı şekilde, mülga 3682 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun¹⁰, "Adlî sicile geçirilecek bilgiler" başlıklı 4 üncü maddesinin (C) bendinde; yabancı ülke mahkemelerince verilip, kesinleşen ve Türk Hükümetine bildirilen, Türk kanunlarına göre suç sayılan fiillerden dolayı, Türk vatandaşları hakkında tesis olunan mahkûmiyet kararlarının adli sicile kaydedilmesi öngörülmüştü.

Yürürlükte bulunan 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun¹¹ 2 nci maddesinde ise, hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre *tanınan* mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşlarının adli sicil bilgilerinin, adli sicil kaydında tutulacağı kabul edilerek ceza yargılaması bakımından ilk kez yabancı mahkeme kararının "tanınması"ndan söz edilmiştir. Ancak bura-

7 RG Tarihi: 12.09.1944, RG. Sayısı: 5806.

8 4664 sayılı Kanun'un, "Adlî sicile geçirilecek hüküm ve kararlar" başlıklı 2 nci maddesi şu şekildedir: "Adlî sicile aşağıda yazılı hüküm ve kararlar geçirilir:

A) Türk mahkemelerinden verilip katileşen bütün mahkûmiyet hükümleriyle -Fer'î cezalar dâhil- emniyet tedbirlerine mütaallik kararlar;

B) Türk kanunlarına göre suç teşkil eden bir fiilden dolayı Türk vatandaşları hakkında yabancı bir devlet mahkemesince verilerek katileşen ve resmen Türkiye Hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümleri;

C) Türkiye Devletinin şahsiyetine karşı işlenen bir cürümden veya kadın veya çocuk ticaretinin men'ine dair 18/5/1904, 4/5/1910 ve 30/9/1921 tarihli ve sahte para imalinin men'ine mütaallik 20/4/1929 tarihli milletlerarası mukaveleler şümülüne giren -suçlardan dolayı yabancı bir devlet mahkemesince verilip katileşen ve resmen Türkiye Hükümetine bildirilen mahkûmiyet hükümleri.

9 4664 sayılı Kanun'un, "Bildirme mükellefiyeti" başlığını taşıyan 4 üncü maddesinin 2 nci fıkrası şu şekildedir: "İkinci maddenin (B) ve (C) bentlerine göre yabancı Devletlerce Türkiye Hükümetine resmen bildirilen mahkûmiyet hükümleri aynen adlî sicil dairesine tevdi olunur."

10 RG Tarihi: 29.09.1990, RG. Sayısı: 20710.

11 RG Tarihi: 01.06.2005, RG. Sayısı: 25832.

da sözü edilen tanımın, milletlerarası özel hukuktaki tanımadan farklı bir mahiyete sahip olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira, mevzuatımızda ceza mahkemesi kararları açısından, yabancı mahkeme kararının tanınarak doğrudan Türk hukukuna göre sonuç doğurması usulü benimsenmemiş; Türkiye’de infazı gerçekleştirilecek kararın, her durumda Türk mahkemesince verilen karara dayanması öngörülmüştür. Nitekim, 6706 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesinde, yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının Türkiye’de infazı amacıyla Türk mahkemelerince bir karar verilmesi aranırken, bu karar “uyarlama kararı” olarak adlandırmış olup anılan Kanunda “tanıma kararı”ndan söz edilmemiştir¹².

Yabancı mahkeme kararına dayalı olarak Türk hukukunda geçerli olan hak yoksunluklarının uygulanması, esasen infazın devralınmasının bir başka şeklidir¹³. Adli İşbirliği Kanunu Tasarısında hak yoksunluğunun, infazın devralınması kısmında açık bir şekilde yer almasına karşın, 6706 sayılı Kanun’da bu konunun düzenlenmemiş olması önemli bir eksiklik¹⁴.

Buna rağmen, infazın devralınmasında olduğu gibi, hak yoksunluğuna ilişkin TCK’nın 17 nci maddesine dayalı olarak alınan kararların da, özünde yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet hükmünün Türkiye’de hak yoksunluğu şeklinde infaz edilmesi sonucunu doğuran bir tanıma kararı olduğunu ve bu kararın hukuki niteliği itibarıyla “uyarlama kararı” özelliği gösterdiğini ifade etmek gerekir.

-
- 12 6706 sayılı Kanun m.26/5: “İnfazın devrine ilişkin talep, Türk hukukuna göre uyarlama kararı verilmesi için Ankara ağır ceza mahkemesine gönderilir. Mahkemece on beş gün içinde, yabancı devlette verilen mahkûmiyet kararında sübutu kabul edilen fiile, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza tayin olunur. Bu suretle belirlenen ceza, yabancı mahkeme kararında tayin edilmiş ceza süresini geçemez. Uyarlama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Ağır ceza mahkemesi koruma tedbirleri hakkında da karar vermeye yetkilidir”.
- 13 Bu yöndeki değerlendirmemize dayanak olarak, Türk Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu Tasarısında, “Hak yoksunlukları” konusuna, “İnfazın Devralınması” bölümünde 171 inci maddede yer verilmesi gösterilebilir.
- 14 Tasarının 171 inci maddesi; “(1) Bir hak yoksunluğunu yerine getirilmesi istendiğinde, Türk kanunları aynı suç için hak yoksunluğuna hükmolünmesine izin veriyorsa, hüküm devletinde hükmolunan hak yoksunluğu uygulanır. (2) Hak yoksunluğunun Türk kanunları çerçevesinde yerine getirilmesinin uygunluğu değerlendirilir. (3) Hak yoksunluğunun yerine getirilmesine karar verilirse, hüküm devletinde tespit edilen sınırları aşmamak şartıyla Türk kanunlarının öngördüğü hadler içinde süre ya da tedbiri tayin edilir. (4) Hüküm birden fazla haktan yoksunluğa veya onları kullanmadan yasaklanmaya ilişkin ise, yoksunluk hakların bir kısmına hasredilebilir” şeklindeydi.

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının tanınmasına ilişkin açıklamalarımızdan sonra aşağıda, yabancı ceza mahkemesi kararlarının Türk hukukunda doğurduğu hak yoksunluklarının kapsam ve şartları incelenecek, ayrıca hak yoksunluğu uygulanmasına ilişkin verilen kararlara karşı kanun yolu ile hak yoksunluğuna ilişkin kararların tanınması, adli sicile kaydedilmesi, silinmesi ve yasaklanmış hakların iadesi hususlarına temas edilecektir.

II. YABANCI CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA HAK YOKSUNLUĞU GEREKTİRDİĞİ HALLER

Yabancı mahkûmiyet kararlarının Türk hukukunda tanınmasının en önemli sonucu, bu karar Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektiriyorsa, ilgili kişinin Türkiye’de hak yoksunluklarına tabi tutulacak olmasıdır.

765 sayılı Kanun’da ferî ceza olarak kabul edilen hak yoksunlukları, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) sisteminde, kişinin kasten işlediği bir suçun kanuni neticesi olarak uygulanan güvenlik tedbiri¹⁵ mahiyetindeki yaptırımlardır¹⁶. Her ne kadar TCK’da güvenlik tedbirleri arasında düzenlenmiş olsa da, mahkûmiyet kararına bağlı olarak ortaya çıkan belirli haklardan yoksunlukları, Türk hukuk doktrininde “fer-i ceza” (ek ceza)¹⁷ olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır¹⁸.

15 Güvenlik tedbiri olarak düzenlenmesine yönelik eleştiriler için bkz. Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Ağustos 2007, s.172, 173.

16 Hak yoksunluğu kavramı için bkz. Turhan, Hak Yoksunluğu, s.172 vd.; İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2021, s.741; Aktaş, Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Brakılma (Hak Yoksunlukları)*, Ankara 2021, s.61 vd.; Arslan, Çetin, *Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)*, AÜHFD, Cilt: 56, Sayı: 4, Yıl 2007, s.14; Otacı, Cengiz, *Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Brakılma*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 4, Yıl: 2, Ocak 2011, s.459 vd.; Yılmaz, Zekeriya, *Hak Yoksunlukları ve “Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi” Kurumu Üzerine Bir Değerlendirme*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı: 7, Mart 2007, s.87 vd.

17 Fer-i ceza, asli ceza gibi suç karşılığında doğrudan öngörülen ceza olmayıp asli ceza yanında kendiliğinden sonuç doğuran ya da hakim tarafından hükmedilmesi gereken cezalardır. Bkz. Centel, Nur, *Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi*, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf> (e.t.:13.02.2022), s.2.

18 Bkz. Centel, s.8; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2020, s.572; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2018, s.642; Hafizoğulları, Zeki, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanu-

TCK'nın 53 üncü maddesinde, kişinin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak belirli haklardan yoksun bırakılması öngörülmüştür¹⁹. Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla kural olarak mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz iken (m.53/2); bazı hallerde hak yoksunluğu, cezanın infazından sonra işlemek üzere belirli sürelerle devam edebilmektedir (m.53/5). TCK'nın 53 üncü maddesinde yer alan hak yoksunlukları, Türk mahkemelerince verilen mahkûmiyet kararlarının sonucu olarak uygulanan yoksunluklardır²⁰.

Yabancı ülkede verilen ve hak yoksunluğu gerektiren mahkûmiyet kararlarının Türkiye'de tanınması ve hukuki etkisini göstermesi, çeşitli müesseseler bağlamında mümkün olabilmektedir. Örneğin

-
- nu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007, s.78, 79; Retornaz, Eylem Aksoy, *Sağlık, Velayet ve Çalışma Hakkı*, 7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler, Türk Ceza Hukuku Derneği Tarafından Hazırlanan Rapor (25 Haziran 2020), s.53.
- 19) Belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma güvenlik tedbiri, TCK'nın 53 üncü maddesinde; "(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten, b) Seçme ve seçilme ehliyetinden, c) Velayet hakkından; vesayet veya kayımlığa ait bir hizmette bulunmaktan, d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan, e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, Yoksun bırakılır (...)".
- 20) İçel, s.741 vd.; Hafizoğulları, Zeki, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007, s.93; Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: II, 11. Bası, İstanbul 1997, s.695 vd.; Centel-Zafer-Çakmut, s.712 vd.; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara 2021, s.932 vd.; Artuk, M. Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, M. Emin-Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021, s.965 vd.; Öztürk-Erdem, s.572 vd.; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020, s.648 vd.; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2019, s.667 vd.; Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2018, s.626 vd.; Demirbaş, s.641 vd.; Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, İstanbul 2015, s.571 vd.; Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020, s.933 vd.; Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002, s.169; Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I (madde 1-140), İstanbul 2006, s.170 vd.; Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019, s.1055 vd.; Akkaş, Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Ankara 2021, s.61 vd.; Aydın, Hüseyin, *Bir Güvenlik Tedbiri Olarak TBMM Üyeliğinden Yoksun Bırakılma*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:3 Sayı:1 Yıl: 2012, 343 vd.; Otacı, s.459 vd.

yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararları, belirli şartların bulunması halinde Türkiye’de infaz edilebilmekte (6706 sk. m.26, 27) ya da yabancı devlet mahkemeleri tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün, belirli şartlar altında cezasının infazı amacıyla Türkiye’ye nakledilmesi mümkün olabilmektedir (6706 sk m.30).

İnfazın devralınması durumunda, Türk mahkemeleri tarafından bir uyarılama yargılaması yapılarak yabancı devlette verilen mahkûmiyet kararında sübutu kabul edilen fiile, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza tayin olunmaktadır (6706 sk. m.26/5). Türk mahkemeleri tarafından verilen bu karar, Adli Sicil Kanunu’nun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca adli sicile kaydedilmektedir. Her ne kadar uyarılama kararında, uluslararası açıdan bir adli işbirliği şekli olarak yabancı bir mahkeme kararının infazına yardım söz konusu olmakta ise de; iç hukuktaki anlamı itibarıyla bu karar; yabancı mahkeme kararının iç hukukta infazına ve adli sicile kaydedilerek hukuki sonuç doğurmasına imkan sağlayan bir özellik göstermektedir²¹.

Bu bağlamda, infazın devrine ilişkin 6706 sayılı Kanun çerçevesinde Türk mahkemesi tarafından verilen uyarılama kararının, yabancı mahkeme kararının iç hukukta infazına imkan sağlayan bir karar niteliği taşıdığı belirtilmelidir. Türk hukukunda hak yoksunlukları (mahkumiyet kararında açıkça zikredilmese de), TCK’nın 53 üncü maddesi uyarınca ceza mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararının hukuki sonucu olarak ortaya çıktığından; infazın devri kapsamında verilen uyarılama kararında “hak yoksunluklarına” ilişkin ayrıca bir karar alınmasına gerek olmaksızın, mahkumiyet hükümünün yasal sonucu olarak belli haklardan yoksunlukların uygulanabilir hale geldiğini ifade etmek gerekir.

Hükümlünün nakli durumunda ise, bir uyarılama yargılaması öngörülmemiş olup Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 10 uncu maddesindeki²² prosedür temel alınarak yabancı ülke mah-

21 Bkz. Schomburg, Wolfgang-Lagodny, Otto-Gleiß, Sabine-Hackner, Thomas, *Internationale Rechtsbülfe in Strafsachen*, 5. Auflage, 2012, IRG md.57, kn.3.

22 Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi madde 10: “1) İnfazın devamı halinde, yerine getiren Devlet, hüküm Devleti tarafından belirlenen şekilde hükmün hukuki niteliği ve süresi ile bağlı olacaktır.

kemeleri tarafından verilen mahkûmiyet hükümlerinin Türkiye'de aynen infazı edilmesi usulü benimsenmiştir²³. Bu ihtimalde, hükümlü, nakil dosyası ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilecek ve Cumhuriyet başsavcılığı, infazına başlanan karara ilişkin bilgileri Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bildirecektir (6706 sk. m.31/1). Kanuna göre, yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmü, Türk Kanunlarına göre infaz edilecektir (6706 sk. m.31/2).

Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca, yabancı mahkeme hükmünün, ceza mahkumiyeti dışında birtakım hak yoksunluklarını içermesi durumunda, bu nitelikteki yaptırımların Türk hukukunda yasal karşılığı bulunduğu müddetçe, nitelik ve süresi göz önünde bulundurulmak kaydıyla Türkiye'de infazının mümkün olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, yabancı mahkeme hükmü, yalnızca ceza mahkumiyetini içermekte ise, hükümlünün nakli durumunda, bu hükmün Türkiye'de doğrudan hak yoksunluklarının uygulanmasına yol açmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, hak yoksunluğu, Türk hukukunda bir güvenlik tedbiri olduğundan yalnızca mahkeme kararıyla hükmedilebilecek bir yaptırım olup hükümlünün nakli prosedürünün yasal bir sonucu olarak infazı kabil görülmemelidir. Şu halde, hükümlünün nakline karar verildiği durumlarda, kararın Türk hukukuna göre bir hak yoksunluğu gerektirmesi halinde, bu hak yoksunluklarının uygulanabilmesi için, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde Türk mahkemesince bir kararın alınması gerektiği ifade edilebilir. Yine de, 6706 sayılı Kanun'da açık bir düzenleme bulunmadığından, konuyla ilgili yasal bir düzenleme getirilmesinin isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

2) Bununla birlikte bu mahkûmiyet niteliği veya süresi itibariyle yerine getiren Devlet Kanunu ile bağdaşmıyor ise, veya bu Devletin Kanunu gerektiriyor ise bu Devlet bir mahkeme veya idarî merci kararıyla müeyyideyi aynı nitelikteki bir suç için kendi kanunu tarafından öngörülen bir ceza veya önleme dönüştürebilir. Cezalandırma veya önlem, mümkün olduğu kadar niteliği itibariyle yerine getirilecek mahkûmiyete uygun olacaktır. Tayin olunacak ceza veya tedbir, niteliği ve süresi itibariyle, hüküm Devletinde verilen müeyyideden ağır olmayacağı gibi yerine getiren devlet Kanununda öngörülen azamî miktarı da aşmayacaktır."

23 Turhan, Faruk, *6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme*, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019, s.3078.

Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye’de yeniden yargılanabilmekle birlikte (m.9), yabancı ülkede işlediği suç dolayısıyla hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından mahkûmiyet kararı verilen kimsenin, kural olarak Türkiye’de yeniden yargılanabilmesi mümkün olamamaktadır (TCK m.11, 12, 13). Bu kimselerin Türkiye’de yeniden yargılanması mümkün olmadığından, yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilen Türk veya yabancı ülke vatandaşının, hakkındaki mahkûmiyet kararının ve buna bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluklarının Türk hukukuna göre ne şekilde infaz edileceği meselesi ortaya çıkmaktadır²⁴.

Yabancı ülke mahkemelerince, hakkında mahkûmiyet kararı verilen bir Türk ya da yabancı ülke vatandaşının, infazın devri ya da hükümlünün nakli prosedürü olmaksızın; mahkûmiyet kararına ilişkin infaz süresi henüz tamamlanmadan ya da tamamlandıktan sonra Türkiye’de geldiği durumlarda, Türkiye’de infaz edilemeyen mahkûmiyet hükmü, Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğunu gerektiriyorsa, kişinin bu hüküm dolayısıyla Türkiye’de hak yoksunluğuna tabi tutulup tutulamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet hükümlerinin Türkiye’de ortaya koyduğu hukuki sonuçlara ilişkin olarak, 765 sayılı Kanun’un “Yabancı Mahkûmiyet Hükmünün Sonuçları” başlıklı 8 inci maddesinde bir hüküm yer almaktaydı. Maddede; *“Bundan evvelki maddelerde beyan olunan abvalde ecnebi mahkemeden verilen ve Türk kanunlarına muvafık bulunan hüküm Türk kanununca da gerek aslî ve gerek fer’i olarak bidematı ammeden memnuiyeti veya sair gûna iskatı ebliyeti mucib bir cezayı mutazammun olduğu takdirde, müddei-umuminin talebi üzerine ecnebi memlekette hükmolunan mahrumiyet ve iskatı ebliyet cezaları netayicinin Türkiye’de dabi cari olacağına mahkeme karar verebilir. Müddei-umuminin talebi üzerine mahkemece bir muamele yapılmazdan evvel mahkum dabi ecnebi mahkemesinden verilen hükmün Türkiye mahkemesince yeniden tetkikini talep etmek hakkını haizdir”* denilmekteydi. Bu hüküm sayesinde, Türkiye’de doğrudan infaz kabiliyeti bulunmayan yabancı mahkeme hükümler-

24 Turhan, 6706 Sayılı Cezai Konularda, s.3076.

rinin, Türk hukuku bakımından doğurabileceği sakıncaların giderilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede, ülkenin egemenlik ve yargılama yetkisinin sonucu olarak, yabancı mahkeme kararının belirli şartlar dahilinde Türk mahkemelerince incelenmesi öngörülmüştü. Böylelikle, kişi hakkında Türkiye'de gerçekleştirilecek infazın, yabancı mahkeme hükmü ile değil, yine Türk mahkemesince verilen karara dayalı şekilde yapılması söz konusu olmaktadır²⁵.

Bu konu, 5237 sayılı TCK'nın 17 nci maddesinde; *"Yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde mahkeme, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir baktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumburiyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verir"* şeklinde düzenlemiştir. Buna göre, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkûmiyet kararları ile ilgili ortaya çıkan hak yoksunluklarının Türkiye'de geçerli olabilmesi için, Türk Ceza Kanunu'nun 17 nci maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekmektedir²⁶.

Madde Gerekçesinde konuyla ilgili olarak; *"Hükûmet Tasarısının 16 ncı maddesinde yabancı ülkede verilmiş mahkûmiyet kararına bağlı hak yoksunluklarının Türkiye'deki etkisi düzenlenmiştir. Yürürlükteki kanunun 8. maddesinin tekrarı olan bu hüküm, düzenlemesi itibarıyla adalet esasına göre uygulanabilirliği olan bir hüküm değildir. Gerçekten yabancı bir mahkeme tarafından hükümlenmiş olan cezaya, bu kararın verildiği ülke hukukunda bağlanmış olan hak yoksunluklarını esas alan düzenlemeler, sağlıklı bir sonuç vermekten uzaktır. Özellikle her ülkedeki mahkûmiyete bağlı hak yoksunluklarının kapsamının farklı olması çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Nitekim bazı ülkelerde hak yoksunluklarına ayrıca hükmedilmediğinden, bunlar mahkeme kararında belirtilmezler. Bu durum da göstermektedir ki, hak yoksunlukları bakımından yabancı ülke hukukunun esas alınması ülke içinde yeknesak ve adil bir uygulamaya imkan vermemektedir. İşte bu nedenlerledir ki, madde metninde, eşitlik ilkesi gereği olarak, yabancı bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan cezaların, do-*

25 Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C: 1, Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 1995, s.198.

26 Akkaş, s.199 vd.

ğurduğu hak yoksunlukları bakımından ülkemiz hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir” denilmiştir.

TCK'nın 17 nci maddesi, yabancı mahkemelerden verilen, mahkumiyet kararlarına bağlı olan ya da bağımsız şekilde ortaya çıkan hak yoksunluğuna ilişkin kararların, Türk hukukunda (765 sayılı TCK'da olduğu gibi) doğrudan doğruya hukuki sonuç doğurmayacağını ortaya koymaktadır²⁷. Bu düzenleme çerçevesinde, bir kişi hakkında yabancı mahkemeler tarafından verilmiş ve Türk hukuk düzenine aykırı olmayan bir hüküm söz konusu ise ve bu hüküm Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektiriyorsa, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, söz konusu hak yoksunluklarının Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilecektir.

Aşağıda, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet kararlarına bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluklarının Türkiye'de geçerli olabilmesi için gereken şartlar inceleme konusu yapılacaktır.

III. TÜRK CEZA KANUNU'NUN 17 NCI MADDESİNİN UYGULANMA ŞARTLARI

1. Maddi Şartlar

A. Suç, Yabancı Ülkede İşlenmiş Olmalıdır

Hak yoksunluğuna ilişkin TCK'nın 17 nci maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için gereken ilk şart, Türk vatandaşı ya da yabancının, yurt dışında bir suç işlemiş olmasıdır. 17 nci maddede yer verilen *“yukarıdaki maddelerde açıklanan hallerde”* ibaresi, maddenin uygulama alanının yabancı ülkede işlenen suçları kapsadığını ortaya koymaktadır. Nitekim, Türkiye'de işlenen suçlarla ilgili Türkiye'nin her zaman yargılama yetkisi bulunmaktadır (TCK m.9).

Türk ya da yabancı ülke vatandaşı hakkında, yabancı mahkemeler tarafından yapılan yargılama sonucunda bir hüküm verilmişse, öncelikle bu kimsenin Türkiye'de yeniden yargılanıp yargılanamayacağını belirlenmesi gerekir. Zira, bir kimsenin herhangi bir mahkumi-

²⁷ Şen, s.52.

yetinin ya da mahkumiyete bağlı hak yoksunluğunun Türkiye'deki adli siciline kaydedilebilmesi, bu hususta Türk mahkemeleri tarafından yapılan bir yargılama sonucunda karar verilmiş olması ya da yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen kararının Türk mahkemeleri tarafından tanınmasına bağlı olacaktır²⁸. Bu tanıma, doğrudan TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında verilen karar ile söz konusu olabileceği gibi, infazın devrinin sonucu olarak verilen uyarılama kararı şeklinde de kendisini gösterebilir.

Suçun Türkiye'de işlenmesi durumunda, TCK'nın 8 inci maddesi çerçevesinde Türkiye'nin yargılama yetkisi bulunmaktadır. Bu ihtimalde, kişi hakkında Türkiye'de yargılama yapılabilecek ve Türk mahkemelerinin verdikleri mahkûmiyet kararına bağlı olarak hak yoksunluğu ortaya çıkabilecektir. Bu ihtimalde, TCK'nın 17 nci maddesinin uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

Suç, yabancı ülkede işlenmiş ise, bu durumda, TCK'nın 17 nci maddesindeki düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi için, suçun Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede işlenmiş olması gerekmektedir. Zira, suç, Türk vatandaşı isterse tarafından Türkiye'de işlenmiş ve yabancı ülkede hakkında hüküm verilmişse, TCK'nın 9 uncu maddesi gereğince Türkiye'de yeniden yargılanacaktır. Bir kimsenin Türkiye'de yeniden yargılanması durumunda, mahkûmiyet kararına bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunlukları, TCK'nın 53 üncü maddesi çerçevesinde uygulamaya konulacağından, bu durumda 17 nci maddenin uygulanabilirliği söz konusu olmayacaktır²⁹.

B. Türk Vatandaşı Hakkında Yabancı Ülkede Hüküm Verilmiş Olmalıdır

TCK'nın 17 nci maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, Türk vatandaşı hakkında yabancı ülke mahkemelerince verilmiş bir hükmün bulunması gerekir³⁰. Bu kararın infaz kabiliyetini kazanabil-

28 Arat, s.426; Tütüncübaşı, s.106; Aygül, s.84 vd.; Tarman, s.988; Arslan s.333; Cumalıoğlu, s.432 vd.; Ecemiş, 359 vd.

29 Elmalıcı, s.160.

30 Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (m.1-44)*, Ankara 2021, s.291; Elmalıcı, Hasan, *Yabancı Ülke Ceza Mahkemelerince Verilmiş Mahkûmiyet Kararlarının Hak Yoksunlukları Bakımından Türk Hukukundaki Değeri*, TBB Dergisi, 2019 (141), s.160.

mesi, kesinleşmiş olmasına bağlıdır. Kesinleşmemiş yargı kararları bakımından, 17 nci madde hükmü uygulama alanı bulmaz.

Yabancı ülke vatandaşı hakkında yabancı mahkemeler tarafından verilen ve Türkiye'de yeniden yargılamayı gerektirmeyen kararlar ile ilgili olarak TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde hak yoksunluğunun uygulanması mümkün değildir. Çünkü, hak yoksunluklarının Türkiye'de hukuki sonuç doğurması için adli sicile kaydedilebilir olması şart olup Adli Sicil Kanunu'nun 2 nci maddesinde, hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancılar ile ilgili adli sicil kaydı tutulacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, yabancı mahkemelerce, yabancı ülke vatandaşı hakkında verilen mahkûmiyet hükümleri adli sicile işlenemeyeceğinden, bu kişilerle ilgili Türkiye'de hak yoksunluğu kararı verilemeyecektir.

Hak yoksunlukları, Türk hukukunda mahkûmiyet kararına bağlı olarak ortaya çıkmakta olup yabancı mahkemelerce verilen hükmün, mahkûmiyet hükmü olması gerekmektedir. Yabancı ülke mahkemesince verilen hüküm, mahkûmiyet hükmü dışında bir hüküm ise ve o ülke hukukuna göre, yine de kişinin hak yoksunluğuna tabi tutulması söz konusu olsa dahi, verilen hüküm Türk kanunlarına göre hak yoksunluğu gerektirmediği müddetçe, bu kişinin TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde Türkiye'de bir hak yoksunluğuna tabi tutulması mümkün değildir.

C. Türkiye'nin Yargılama Yetkisi Bulunmamalı ya da Var Olan Yargılama Yetkisi Kullanılmamış Olmalıdır

Yabancı ülkede verilen hükme konu oluşturan fiil ile ilgili olarak, Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunmaması gerekmektedir. Suç, Türk vatandaşı tarafından yurtdışında işlenmiş olup Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir durum mevcut ise, bu ihtimalde Türkiye'de yargılama yapılması gerekeceğinden, Türk mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün kanuni sonucu olarak TCK'nın 53 üncü maddesindeki hak yoksunlukları uygulanabilecektir. Dolayısıyla

şıyla bu ihtimalde, TCK'nın 17 nci maddesindeki usulün işletilmesi mümkün değildir³¹.

Yabancı ülkede işlenen bir fiil hakkında, yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarına rağmen, Türkiye'nin yargılama yetkisinin bulunduğu haller bulunmaktadır.

Bunlardan ilki görev suçlarıdır. TCK'nın 10 uncu maddesi uyarınca, yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye'de yeniden yargılanır. Dolayısıyla, hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından mahkûmiyet hükmü verilmiş olan kişi Türkiye'de bulunduğu anda, Türkiye'de yeniden yargılanması gerekecek ve Türk mahkemeleri tarafından yapılan yargılama sonucunda mahkûmiyet kararı verildiği takdirde, kişi, TCK'nın 53 üncü maddesi çerçevesinde hak yoksunluklarına tabi tutulabilecektir³².

TCK'nın 11 inci maddesi, Türk vatandaşı tarafından yabancı ülkede işlenen suç dolayısıyla, Türk vatandaşının Türkiye'de hangi şartlar altında yargılanabileceğini düzenlemektedir. Buna göre 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 cezalandırılacaktır. Bu düzenleme uyarınca, Türk vatandaşı hakkında yabancı ülkede hüküm verilmiş ve kesinleşmişse, (TCK'nın 13 üncü maddesinde yazılı suçlardan verilen hükümler hariç olmak üzere) Türk vatandaşı hakkında Türkiye'de yargılama yapılamayacaktır.

Yurt dışında suç işleyen Türk vatandaşı, bu suç dolayısıyla yabancı ülkede yargılanmamış ise, Türkiye'de bulunduğu sırada hakkında TCK'nın 17 nci maddesi hükümlerinin uygulanması mümkün değil-

31 Aksan, Murat, Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007, s.239; Elmalica, s.160.

32 Elmalica, s.161.

dir. Bu kişi hakkında Türkiye’de yargılama yapıldıktan sonra mahkûmiyet kararı verilirse, 53 üncü madde çerçevesinde hak yoksunlukları uygulanabilir.

TCK’nın 12 nci maddesinin 1 inci fıkrasına göre, bir yabancı tarafından, TCK’nın 13 üncü maddesinde yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suç, yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlendiği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, yabancı mahkemece mahkûm edilmiş olması halinde dahi, Türkiye’de yargılama yapılabilecek ve Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Bu ihtimalde de, yargılama yapılması Adalet Bakanının istemine bağlıdır. Adalet Bakanı tarafından, yabancı hakkında, Türkiye’de yeniden yargılama yapılması isteminde bulunulmadığı takdirde, yabancı hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş ve hak yoksunluğu gerektiren mahkûmiyet kararı ile ilgili olarak TCK’nın 17 nci maddesi uygulama alanı bulamayacaktır. Zira, 17 nci maddenin uygulanabilmesi için, hükümlünün Türk vatandaşı olması gerekmektedir.

TCK’nın 13 üncü maddesi uyarınca, yurt dışında, yabancı veya Türk vatandaşı tarafından işlenen işkence (m.94, 95), çevrenin kasten kirletilmesi (m.181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m.188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (m.190), parada sahtecilik (m.197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m.200), mühürde sahtecilik (m. 202), fuhuş (m.227), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m.223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m.152) suçlarından dolayı, yabancı ülkede yargılama yapılmış ve mahkumiyet hükmü verilmiş ise, Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacaktır³³. Bu sebeple, anılan suçlar dolayısıyla yalnızca Türk vatandaşı bakımından verilen yabancı mahkeme hükmü uyarınca ortaya çıkan hak yoksunluklarına, TCK’nın 17 nci maddesi çerçevesinde Türkiye’de geçerlilik tanınması mümkün olabilecek; yabancı ülke vatandaşları bakımından hak yoksunluğuna ilişkin hükümler uygulanamayacaktır.

33 Öztürk-Erdem, s.108. Evrensellik ilkesi kapsamında yer alan bu suçların özelliği ve Türkiye’de yargılanma şartları konusunda bkz. Turhan, *Evrensellik İlkesi*, s.202 vd.

TCK'nın 13 üncü maddesinde yazılı olan suçlardan, TCK'nın İkinci Kitap, Birinci Kısım altında yer alan suçlar ile İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçların vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi sebebiyle, yabancı ülke mahkemelerince mahkumiyet hükmü verilmiş olması ihtimalinde, bu suçlarla ilgili olarak Adalet Bakanının talebiyle Türkiye'de yeniden yargılama yapılması mümkündür. Adalet Bakanının talepte bulunmaması durumunda, yabancı mahkeme tarafından Türk vatandaşı hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün, 17 nci madde çerçevesinde Türkiye'de uygulanabilir olan hak yoksunluklarına geçerlilik tanınabilecektir.

D. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Hüküm, Türk Kanunlarına Göre Bir Hak Yoksunluğunu Gerektirmelidir

TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında, yabancı ülkede işlenen suç nedeniyle, Türkiye'de suçun esasına dair bir yargılama ya da değerlendirme yapılması mümkün olmayıp yalnızca yurtdışında işlenen suçtan dolayı yabancı ülkede verilen hükmün, Türkiye'de hak yoksunluğu doğurup doğurmadığı incelenebilmektedir³⁴.

Bu çerçevede, 17 nci madde kapsamında hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için, yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen hükmün, Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğunu gerektirmesi şarttır. Yabancı mahkeme kararının hak yoksunluğu gerektirip gerektirmediği, yalnızca TCK'nın 53 üncü maddesindeki şartlar çerçevesinde değerlendirilmeyecek, özel kanunlardaki hak yoksunlukları da dikkate alınacaktır³⁵. Dolayısıyla, bu hak yoksunluklarının Türk Ceza Kanunu'nda yer alması gerekmeyip özel kanunlarda yer alan bir hak yoksunluğu olması da mümkündür³⁶.

Yabancı ülke mahkemesince verilen hüküm, Türk hukuku bakımından bir hak yoksunluğu gerektirmediği takdirde, TCK'nın 17 nci maddesi uygulama alanı bulamayacaktır.

34 Elmalica, s.161.

35 Krş. Gökcan-Artuç, s.291; Elmalica, s.164.

36 Elmalica, s.164.

765 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinde; *“ecnebi memlekette hük-
molunan mabrumiyet ve iskati ehliyet cezaları netayicinin Türkiye’de
dahi cari olacağına mahkeme karar verebilir”* denilmek suretiyle,
yabancı mahkeme kararının hak yoksunluğunu gerektirmesi duru-
munda, bu yoksunlukların Türkiye’de geçerli olmasına mahkemece
karar verilebileceği kabul edilmişti. Ancak yabancı ülke mahkeme-
si tarafından hak yoksunluğuna karar verilen hallerde, bu hak yok-
sunluklarının Türk hukuk düzenine her zaman uygun düşmesi söz
konusu olamamaktaydı. Diğer taraftan, bazı yabancı mahkeme ka-
rarlarında hak yoksunluğuna açıkça hükmedilmediği durumlarda,
bu karar dolayısıyla Türkiye’de hak yoksunluğunun uygulanabilme-
si mümkün olamamakta ve bu durum adaletsiz birtakım sonuçlara
sebebiyet vermekteydi. Dolayısıyla, bu konuda yabancı mahkeme
kararının ve yabancı ülke hukukunun dikkate alınması pek çok sa-
kıncayı beraberinde getirmekteydi³⁷.

5237 sayılı TCK'nın 17 nci maddesinde ise, hak yoksunluğu
bakımından Türk kanunlarının göz önünde bulundurulması kabul
edilerek bu konudaki sakıncalar bertaraf edilmiştir. Buna göre, ya-
bancı ülke mahkemesince verilen hükümde, hak yoksunluğu kararı
verilmiş olması şart olmadığı gibi, yabancı ülke mevzuatına göre ve-
rilen hükmün yasal sonucu olarak hak yoksunluğunu gerektirme-
si de gerekmemektedir. TCK'nın 17 nci maddesinin uygulanması
bakımından önemli olan, yabancı mahkeme tarafından verilen hük-
mün, Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğu gerektirmesidir³⁸.
Madde gerekçesinde de bu hususa *“yabancı bir mahkeme tarafından
hükmedilmiş olan cezaların, doğurduğu hak yoksunlukları bakımın-
dan ülkemiz hukukunun dikkate alınması kabul edilmiştir”* denilerek
işaret edilmiştir.

Şüphesiz, ülkemiz mevzuatında ceza mahkumiyetinin yasal so-
nucu olarak, hiçbir suç ayırımı gözetilmeksizin otomatik şekilde uy-
gulanması kabul edilen hak yoksunluklarının (m.53), işlenen suçla
ilgisiz olduğu hallerde, temel hak ve hürriyetlere ölçüsüz müdahale
oluşturduğu bir gerçektir³⁹. Kişilerin, suç ayırımı, suçun ağırlığı ya

37 Elmalica, s.162.

38 Elmalica, s.161.

39 Bkz. Retornaz, s.53, 54.

da suçla irtibatı gözetilmeksizin otomatik şekilde herhangi bir suçtan mahkûmiyet dolayısıyla çeşitli hak yoksunluklarına tabi tutulması, ceza yaptırımını dışında ikinci bir defa cezalandırılması sonucunu doğurabilmekte; ayrıca bu uygulama failin tehlikelilik halinin ortadan kaldırılması amacına özgülünen güvenlik tedbirlerinin mahiyeti ile de bağdaşmamaktadır⁴⁰. Yasal düzenleme gereği, hak yoksunluklarına ilişkin bu uygulama, birçok durumda velayet hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetinde görev yapma hakkı gibi haklar bakımından orantısız müdahale oluşturabilmekte ve hak ihlallerine sebebiyet verebilmektedir.

Nitekim örneğin, Anayasa Mahkemesi, TCK'nun 53 üncü maddesi uyarınca, kişinin cezaevinde olup olmadığına bakılmaksızın hükümlülerin kasten işledikleri suç dolayısıyla seçme hakkından yoksun bırakılmasının, demokratik toplum düzeninde gerekli olmayan ölçüsüz bir sınırlama niteliğinde olduğunu kabul ederek çeşitli hak yoksunlukları yönünden iptal kararı vermiştir⁴¹. Yine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşmenin 8 inci maddesi kapsamında koruma altına aldığı "velayet hakkı" ile ilgili verdiği kararlarda, çocuğun üstün yararı ilkesini göz önünde bulundurarak hükümlünün ceza mahkûmiyetinin sonucu olarak velayet hakkından yoksun kılınmasında, suçun niteliğinin ve işlenen suçun velayet hakkına ilişkin konularla bağlantılı olmasını kriter olarak benimsemektedir⁴². Mahkeme, velayet hakkına yönelik kısıtlanmanın suçla hiçbir ilgisinin olmadığı hallerde, Sözleşmenin 8 inci maddesinin ihlal edildiğini kabul etmektedir⁴³.

AIHM'in, hak yoksunluklarına ilişkin kabul ettiği bu kriterlerin ve benimsediği uygulamanın, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde geçerlilik tanınacak hak yoksunlukları bakımından da göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır. Bilhassa, 17 nci maddenin uygulandığı hallerde, fiilin işlendiği yer ve mahkûmiyet kararının verildiği ülke ile hak yoksunluklarının geçerli olduğu ülkenin farklı olması,

40 Bu yöndeki eleştiriler için ayrıca bkz. Turhan, *Hak Yoksunluğu*, s.172, 173.

41 Bkz. AYM., 08.10.2015, 2014/140, 2015/85.

42 Bkz. AIHM, Johansen/Norveç, 17383/90, 07.08.1996; AIHM, Gnahore/Fransa, 40031/98, § 59, 19.09.2000; AIHM, Sabou et Pircalab /Romanya, 46572/99, 28.09.2004, § 48; AIHM. Calmanovici/Romanya, 42250/02, 01.07.2008. Bkz. Retornaz, s.54.

43 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Retornaz, s.53, 54.

“işlenen suç ile yoksun kılınan hak arasında ilgi bulunması kriteri”-nin çoğu zaman sağlanamaması sonucunu doğurabilecektir. Yurt dışında işlediği suç dolayısıyla cezasının tamamı ya da bir bölümü infaz edilmiş olan kimselerin, bizatihi Türkiye’de bulunması sebebiyle (17 nci madde uyarınca), ilave bir kriter aranmaksızın belirli bir süre daha hak yoksunluğuna tabi tutulması, tehlikeliliğin ortadan kalmasına ya da önemli ölçüde azalmasına rağmen, bu kişiler hakkında ölçüsüz bir yaptırımın uygulanması sonucunu doğuracak; bu durum temel haklara yönelik ihlalin boyutunu arttıracaktır.

Kanaatimizce, TCK’nın 53 üncü maddedeki hak yoksunluklarına tabi tutulma şartlarının, sözü edilen kriterler çerçevesinde gözden geçirilmesi, yalnızca 53 üncü maddenin bakımından değil, 17 nci madde kapsamında ortaya çıkabilecek hak ihlallerinin önlenmesi bakımından da oldukça önemlidir. Bununla birlikte, mevcut düzenleme değişmediği müddetçe, 17 nci maddenin uygulanması bakımından, yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün, Türk kanunlarına göre bir hak yoksunluğu gerektirmesi dışında, başka bir kriterin göz önünde bulundurulması mümkün gözükmemektedir.

Yabancı ülke mahkemelerince verilen hükmün, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi, davanın düşmesi şeklinde olması halinde, bu hüküm çeşitleri Türk hukukunda herhangi bir hak yoksunluğu gerektirmediğinden, bu ihtimalde 17 nci maddenin uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Yabancı ülke mahkemelerince verilen hüküm bir mahkumiyet hükmü ise, TCK’nın 53 üncü maddesi uyarınca bu hüküm hak yoksunluklarının uygulanmasını gerektirebilir. Hukukumuzda kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrildiğinde (TCK m.50), kişi hak yoksunluklarına tabi tutulmamakla birlikte, TCK’nın 17 nci maddesi kapsamında savcılık tarafından yapılan talep yalnızca hak yoksunluklarının uygulanmasına ilişkin olduğundan, hükmün kısa süreli hapis cezası olması ihtimalinde, mahkemenin hükmü seçenek yaptırımlara çevirme yetkisinin bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu sebeple, yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararının kısa süreli hapis cezası olması durumunda da, kişi hakkında hak yoksunluğunun uygulanabileceği söylenebilir. Nitekim, Türk hukukunda, hapis cezasının uzun ya da kısa olması arasında fark

gözetilmeksizin, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak, kişinin belirli haklardan yoksun bırakılması kabul edilmiştir (TCK m.53/1).

Diğer taraftan, yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmünün yurt dışında infaz edilmiş olması, infazına başlanmış olması ya da infazın tamamlanmış olması gerekmez. Bu noktada önemli olan, mahkûmiyet hükmünün hukuken varlığı ve Türk hukukuna göre belirli bir haktan yoksunluğu gerektirmesidir.

Türk hukukunda, hak yoksunlukları kural olarak infaz süresince uygulanabilir olmakla birlikte (TCK m.53/2), infaz sonrası süreçte de etkisini gösteren hak yoksunlukları bulunmaktadır (TCK m.53/5). Özellikle, özel birtakım kanunlarda, belirli mesleklerin yapılabilmesi için ceza mahkumiyetine ilişkin özel şartlara yer verilebilmektedir⁴⁴. Bu durumda, infazın sona erip ermemesi yalnızca 53 üncü madde-deki hak yoksunlukları açısından önemli hale gelmekte olup özel kanunlarda yer alan birtakım hak yoksunluklarının uygulanabilirliği devam edebilmektedir.

Yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün, Türk hukukuna göre hak yoksunluğunu gerektirip gerektirmediği hususunda bazı

44 Örneğin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5 inci maddesinde, avukatlık mesleğine kabul isteminin reddini gerektiren haller arasında; "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı iki yıldan fazla süreyle hapis cezasına ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmak" sayılmıştır. Yine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinde, devlet memurluğuna alınacaklarda aranan şartlar arasında; "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak" sayılmıştır.

Anayasa'nın 76 ncı maddesinde, milletvekili seçilebilmek için aranan şartlara yer verilmiş olup maddenin 2 nci fıkrasında; "taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, Resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler" denilmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan, Faruk, *Anayasa ve Milletvekili Seçim Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi*, EÜHFD., C. XI, S. 1-2 (2007), s.60 vd.

hallerde tereddüt yaşanabilir. Özellikle yabancı mahkeme tarafından mahkumiyet kararının denetimli serbestlik şeklinde uygulanmasına karar verilmiş ise, bu ihtimalde denetimli serbestlik kararının hukuki niteliğinin incelenerek Türk hukukunda hak yoksunluğu gerektirip gerektirmediğinin ortaya konulması gerekir. Kanımızca, yabancı mahkeme hükmünün hukuki niteliğinin belirlenmesinde, yabancı ülke kanununun ve kararın o ülkenin hukuk düzeninde doğurduğu hukuki sonuçların da göz önünde bulundurulması yerinde olacaktır.

Kişi hakkında verilen denetimli serbestlik kararına konu fiilin, Türk kanunlarına göre suç oluşturulmaması ve Türkiye’de kovuşturulabilir olmaması halinde, Türkiye’de yeniden yargılama yapılmasının mümkün olmadığı ifade edilmelidir. Kişi hakkında yabancı ülke mahkemeleri tarafından verilen denetimli serbestlik kararının, Türk hukukunda sonuç doğurabilmesi, bu kararın kişinin Türkiye’deki adli siciline işlenebilmesi, ancak Türk Mahkemesi tarafından yabancı mahkeme kararıyla ilgili TCK’nın 17 nci maddesi kapsamında verilecek olan bir karar ile mümkün olabilecektir.

Yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen karar, mahkûmiyet kararı yerine verilen ya da mahkumiyet kararından çevrilen denetimli serbestlik kararı ise, denetimli serbestliğin Türk Hukukunda çeşitli karar türleri bünyesinde uygulanabilmesi sebebiyle, yabancı mahkeme hükmünün Türk hukukundaki karşılığının tespit edilmesine ihtiyaç duyulacaktır.

Kişi hakkında, fiilin sabit görülmesi sebebiyle böyle bir karar verilmiş, hapis cezası kısmen ya da tamamen infaz edilmiş ya da hiç infaz edilmemişse, bu kararın Türk hukukundaki karşılığı ile ilgili iki ihtimal üzerinde durulması gerekecektir.

Bunlardan ilki hapis cezasına mahkûmiyetin hukuki sonuçlarının ortaya çıktığı ve ancak denetim süresinin sorunsuz geçirilmesinin, infazın tamamlanması sonucunu doğurduğu Türk Ceza Kanunu’nun 51 inci maddesindeki “*hapis cezasının ertelenmesi*” kararıdır. Hapis cezasının ertelenmesi, bir mahkûmiyet kararının hukuki sonuçlarını doğurur, sadece hükümlünün cezası, cezaevinde infaz edilmez, kişi infaz süresini dışarıda denetimli serbestlik altında geçirir. Mahkûmi-

yet hükmü, adli sicile işlenir ve hak yoksunlukları dâhil olmak üzere tüm hukuki sonuçlarını doğurur⁴⁵.

Kişi hakkında yabancı ülkede verilen hükmün, Türk hukuk sistemindeki karşılığının “hapis cezasının ertelenmesi” olduğunun belirlenmesi halinde, bu kararın Türk hukuk düzenine aykırı olmadığı kabul edilirse, kişi hakkındaki hapis cezasına mahkumiyet dolayısıyla, Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilecek, bu çerçevede cezanın infazının tamamlanmasına kadar örneğin “sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden yasaklanmasına” (m.53) karar verilebilecektir. İnfazın süresinin sona ermiş olması ihtimalinde dahi, kişi, özel kanunlarda yer alan (örn. 1136 sk m.5, 657 sk. m.48) hak yoksunluklarına tabi tutulması gerektiğinden, bu hak yoksunluklarına hukuken geçerlilik tanınabilmesi için, yine TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde karar alınması gerekecektir.

İkincisi ise, hapis cezasına mahkûmiyetin hukuki sonuçlarının ortaya çıkmadığı ve denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararının verilmesi ile sürecin sonlandığı “*hükmün açıklanmasının geri bırakılması*” kararıdır. Kişi hakkında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231 inci maddesi çerçevesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiğinde, kişi hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuçları doğmaz. Kişi hakkında belirlenen denetim süresi sorunsuz geçirilirse, dava düşer ve kişi hiç suç işlememiş gibi kabul edilir, hak yoksunlukları ortaya çıkmaz, adli sicilde herhangi bir mahkûmiyet hükmü kaydı yer almaz⁴⁶.

45 Ertelemenin hukuki sonuçları hakkında bkz. Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*; EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006), s.39 vd.; Hafizoğulları, s.88; Yıldırım, Zeki, *Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017, s.57 vd.; Denizhan, Hüseyin, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme*, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s.245.

46 Yıldırım, Akif, *Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 11, Haziran 2018, s.437; Gürühan, Caner, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, TBB Dergisi, 2014 (111), s.142; Dursun, Eser, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Teorik Bir İnceleme*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014, s.145 vd.

Denetimli serbestlik kararına temel oluşturan hapis cezasına mahkûmiyet kararının, hukuken sonuç doğurmayan ve denetim süresinin sorunsuz geçirilmesiyle kararın tüm neticelerinin ortadan kalktığı “hükmün açıklanmasının geri bırakılması” mahiyetinde bir karar olduğu kabul edildiği takdirde, bu mahkûmiyet kararı Türkiye’de de hukuki sonuç doğurmayacak, bir hak yoksunluğuna sebebiyet vermeyecek ve TCK’nın 17 nci maddesi çerçevesinde bir karar alınmasını gerektirmeyecektir.

E. Yabancı Mahkeme Tarafından Verilen Hüküm, Türk Hukuk Düzenine Aykırı Düşmemelidir

TCK’nın 17 nci maddesindeki prosedürün işletilebilmesi için, yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün, Türk hukuk düzenine aykırı düşmemesi gerekmektedir. Hukuk düzeni bir bütün olduğundan, bu şartın, yalnızca maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukuku kuralları ile sınırlı olarak anlaşılması gerekir. Bu bağlamda, hükmün Türk hukuk düzenine aykırı olup olmadığının belirlenmesinde hukukun evrensel ilkeleri, Türk hukukunun şekli kaynaklarında (Anayasa, kanun, yönetmelik vb.) yazılı olan kurallar ve yargı organlarının yerleşik uygulamaları bir bütün olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Yabancı mahkemenin hükmüne esas teşkil eden fiilin Türk kanunlarına göre suç oluşturmaması (TCK m.2), fiilin ağırlığıyla oranısız bir yaptırıma hükmedilmesi (TCK m.3) durumunda, yabancı mahkeme hükmünün Türk hukuk düzenine aykırı düştüğü kabul edilmelidir⁴⁷. Yabancı mahkeme tarafından verilen mahkumiyet hükmü, ceza sorumluluğunun şahsiliği, kusur ilkesi gibi Türk hukukunda da geçerli olan ceza hukukunun temel ilkelerine aykırı bir şekilde verilmiş ise; yine ceza muhakemesinin temel ilke ve kurallarına aykırı olacak şekilde Türk hukukuna göre hukuka aykırı kabul edilen bir yöntemle elde edilen delillere dayalı olarak bir mahkumiyet hükmü verilmiş ise, sanığa savunma hakkı tanınmamışsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanmamışsa, kişinin kendisini suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlanamaması ilkesine riayet edilmeden

⁴⁷ Aksan, s.240; Gökcan-Artuç, s.291.

mahkumiyet hükmü kurulmuş ise, yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet hükmünün Türk hukuk düzenine aykırı olduğu kabul edilmelidir.

Yabancı mahkeme kararında böyle bir durumun varlığı tespit edildiği takdirde, diğer şartları bulunsa dahi, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde kişi hakkında hak yoksunluğu uygulanmasına karar verilemeyecektir.

2. Usule İlişkin Şartlar

A. Yabancı Ülkenin Bildirimi Olmalıdır

TCK'nın 17 nci maddesinde ve Adli Sicil Kanunu'nda (m.4/1-(f)), yabancı mahkemeler tarafından bir Türk vatandaşı hakkında verilen ceza mahkumiyetlerine ilişkin hükümler neticesinde, iç hukukta yapılacak işlemler ve yabancı mahkeme kararlarının tanınması için izlenecek usul belirtilmiş ve yabancı mahkeme kararlarının tanınmasının Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemelerce yerince getirilmesi öngörülmüştür.

Bununla birlikte, söz konusu mevzuat hükümlerinde yabancı mahkemelerin ceza hükmüne ilişkin kararların Türkiye'ye nasıl intikal edeceği ve tanıma işleminin nasıl başlayacağı ile ilgili hükümlere rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, bu hususun ikili ve çok taraflı uluslararası anlaşmalara göre belirlenmesi gerekmektedir.

Bu hususta, Türkiye'nin taraf olduğu "Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi"⁴⁸ bulunmakta olup bu Sözleşmenin onaylanması ve uygulanmasına ilişkin 2081 sayılı Kanun, 01.03.1977 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁹.

48 Sözleşmeye taraf devletler şu şekildedir: "Almanya, Andora, Arnavutluk, Avusturya, Azerbaycan, Belçika, Bosna Hersek, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Ermenistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, Hırvatistan, Hollanda, İngiltere (Birleşik Krallık), İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İsviçre, İtalya, İzlanda, Karadağ, Letonya, Litvanya, Lihtenştayn, Lüksemburg, Macaristan, Makedonya, Malta, Moldova, Monako, Norveç, Polonya, Portekiz, Romanya, Rusya Federasyonu, Sırbistan, Slovakya, Slovenya, Türkiye, Ukrayna, Yunanistan.

49 Bu kanun, 13.03.1977 tarih ve 15877 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme hakkında genel bilgiler için bkz. Kunter, Nurullah, Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İstanbul Hukuk Mecmuası, 1970 Cilt: 36 - Sayı: 1-4, s.79 vd.

Sözleşmenin, 1 inci maddesinde hak yoksunluğu yerine “yasaklamalar” kavramı kullanılmış olup bu kavram, “*herhangi bir haktan yoksunluğu veya onu kullanamama, herhangi bir şeyi yapmaktan yasaklanma veya yapma yeteneğini kaybetme*” şeklinde tanımlanmıştır. Hürriyeti bağlayıcı cezalar ile adli para cezaları dışında, sadece yasaklamaların yerine getirilmesine ilişkin hükümlere de sözleşmede yer verilmiş olup Sözleşmenin 49 uncu maddesinde; “1. Bir yasaklamanın yerine getirilmesi istendiğinde, istenilen Devlet kanunu aynı suç için yasaklamaya hükmolunmasına cevaz veriyorsa, isteyen Devlette hükmolunan yasaklamanın istenilen Devlette tesirini göstermesi kabul edilir. 2. Başvurulan mahkeme, yasaklamanın kendi Devletin ülkesinde yerine getirilmesinin uygunluğunu serbestçe değerlendirir” hükmüne yer verilmiştir⁵⁰.

Sözleşmenin 3 üncü maddesinde; “Sözleşen Devletlerden her biri, bu Sözleşmede belirtilen hallerde ve belirtilen şartlarla, bir diğer Sözleşen Devlette verilen ve orada yerine getirilebilir olan bir müeyyideyi yerine getirme yetkisine sahiptir. Bu yetki, ancak Sözleşen diğer Devlet tarafından yerine getirilmenin istenmesi üzerine kullanılabilir” denilmektedir.

İki ülke arasında bu konuda anlaşma bulunması durumunda, bu anlaşma hükümlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye Cumhuriyeti arasında “Amerika Birleşik Devletleri ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesine İlişkin Anlaşma”⁵¹ mevcut olup bu anlaşma Anayasa’nın 90/5 ıncı maddesi gereği kanun hükmü değeri taşımaktadır.

Söz konusu anlaşmanın, hükümlerin uygulanmasına ilişkin 12 nci maddesinde “bir ceza yargısının tanınması ve yerine getirilmesi

50 Yasaklamaların yerine getirilmesine ilişkin olarak Sözleşmenin 50 inci maddesinde; “1. Mahkeme yasaklamanın yerine getirilmesine karar verirse, isteyen Devlet, ceza yargısında tespit edilen sınırları aşmamak şartı ile, kendi kanunun öngördüğü hadler içinde süreyi tayin eder. 2. Yasaklama birden fazla haktan yoksunluğu veya onları kullanmadan yasaklanmaya ilişkin ise, mahkeme yasaklamayı hakların bir kısmına hasredebilir” denilmektedir.

51 Türkiye Cumhuriyeti ile Amerika Birleşik Devletleri Arasında 06.07.1979 tarihinde Ankara’da imzalanan, 10.11.1980 tarih ve 17132 sayılı Resmi Gazete ile onaylanan Ceza Yargılarının Yerine Getirilmesine İlişkin Anlaşma” 11.20.1980 tarih ve 17166 sayılı resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

isteminde bulunmak, İsteyen Devlet'in yetkili makamına ait olacaktır” denilmektedir. Bu bakımdan, örneğin Amerika Birleşik Devletleri mahkemeleri tarafından verilen bir ceza hükmünün, Türkiye’de hukuki geçerliliğinin olabilmesi ve TCK’nın 17 nci maddesi kapsamında kişi hakkında hak yoksunluğuna karar verilebilmesi için, Amerika Birleşik Devletleri’nin yetkili makamlarının⁵² bu hususta bir istemde bulunması gerekir.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi’ne intikal eden bir olayda da, hükmü veren Bulgaristan ülkesi ile Türkiye arasında, “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi” çerçevesinde hak yoksunluğuna ilişkin taleplerin İsteyen Devlet tarafından (Bulgaristan) yapılması üzerine, bu talebin Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı tarafından Cumhuriyet Başsavcılığı’na iletildiği ve bunun üzerine Cumhuriyet savcısının TCK’nın 17 nci maddesi çerçevesinde mahkemeden bu konuda istemde bulunduğu görülmektedir⁵³.

Öte yandan, TCK’nın 17 nci maddesinde, yabancı devlet tarafından hak yoksunluğu uygulanmasına ilişkin açık bir istemin varlığından söz edilmemiştir. Yabancı devletin mahkumiyet kararlarını bildirdiği, bununla birlikte açıkça hak yoksunluğunun uygulanması yönünde bir istemde bulunmadığı durumlarda ne şekilde hareket edilmesi gerektiği üzerinde de durulmalıdır.

Türkiye’nin tarafı olduğu, Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Sözleşmesi’nin 22 nci maddesinde; “*Âkit Taraflardan her biri, diğer Taraf tebalarına ilişkin olup adlî sicile kaydedilmiş bulunan cezaî hükümler ve sonraki tedbirler hakkında ilgili Tarafa bilgi verir. Adalet Bakanlıkları bu bilgileri yılda en az bir kere birbirlerine göndereceklerdir. Bahis konusu kişinin iki veya daha çok Akit Taraf tebası addedilmesi halinde, bu bilgi, kişi, ülkesinde mahkûm olduğu Tarafın tabiiyetini taşımıyorsa, ilgili Taraflardan her birine verilir”* hükmüne yer verilmiştir.

Bu sözleşme hükümleri çerçevesinde, sözleşmeye taraf ülkenin, adli sicile kaydedilmiş bir mahkûmiyet ya da tedbiri bildirmesi ye-

52 Sözleşmenin 11 inci maddesinde, bu hususta yetkili makamın Amerika Birleşik Devletleri Adalet Bakanlığı ve Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı olduğu belirtilmiştir.

53 Yarg. 12. CD., 01.06.2015, 2014/13412, 2015/9384.

terli olup TCK'nın 17 nci maddesinin uygulanabilmesi bakımından, hak yoksunluğunun uygulanmasına ilişkin açık bir istemin şart koşulmaması sebebiyle, yalnızca mahkumiyet kararının bildirilmesi durumunda da, TCK'nın 17 nci maddesindeki usulün takip edilebileceği ve diğer şartları da mevcutsa kişi hakkında hak yoksunluğuna hükmedilebileceği kanaatindeyiz.

Sözleşme hükümleri uyarınca devletlere mahkûmiyet hükümlerini bildirme yükümlülüğü getirildiğinden, Adalet Bakanlığına bildirilen bu mahkumiyetlerin gereğinin yapılmasını sağlamak da Adalet Bakanlığının görev alanına girmektedir. Dolayısıyla Adalet Bakanlığı, yabancı devletin yaptığı bildirimini, ilgili Başsavcılığa iletilecektir. Adalet Bakanlığı, yabancı devlet tarafından yapılan bu bildirimleri, ilgili Başsavcılıklara gönderecek ve bundan sonraki adli süreç Başsavcılık tarafından yürütülecektir. Diğer taraftan, yabancı devlet tarafından hak yoksunluğunun uygulanması talep edildiğinde, Ceza Yargılarının Uluslararası Değeri Sözleşmesi uyarınca, Bakanlığın, işlem sonucu hakkında yabancı hükümete bilgi vermesi gerekecektir.

B. Cumhuriyet Savcısı İstemde Bulunmalıdır

Yabancı ülke mahkemelerince verilen hüküm ile ilgili olarak kişi hakkında TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde hak yoksunluğu kararının verilebilmesi için, Cumhuriyet savcısının bu konuda istemde bulunması gerekmektedir. Davasız yargılama olmaz ilkesi uyarınca, Cumhuriyet savcısının istemi olmaksızın, hak yoksunluğuna karar verilebilmesi mümkün değildir⁵⁴.

Adalet Bakanlığı tarafından, ilgili Devlete ait talep yazısının Başsavcılığa gönderilmesi üzerine, bu taleple ilgili muhabere kaydı verilecektir. Muhabere kaydı, diğer kayıtlara işlenmesi gerekmeyen; Cumhuriyet başsavcılığı, mahkeme veya diğer mercilerden gelen ya da bu mercilere gönderilen evrakın işlendiği kayıttır. Bu kayıt; sıra numarası, evrakın tarih ve numarası, gönderilen veya gönderen merci, geliş ve gönderilme tarihi, evrakın özeti, gidiş tarihi ile düşünceler sütunlarından oluşur⁵⁵.

54 Aksan, s.240; Elmalca, s.164; Gökcan-Artuç, s.291.

55 Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve

Cumhuriyet savcısı, muhabere kaydına alınan bu talebi değerlendirecek ve şartların oluştuğunu değerlendirdiği takdirde, görevli ve yetkili mahkemeye başvurarak ilgili kişi hakkında TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında hak yoksunluğuna karar verilmesini talep edecektir.

C. Mahkeme Tarafından Hak Yoksunluğuna Karar Verilmelidir

765 sayılı Kanun'da "mahkemenin karar verebileceğinden" söz edilerek hak yoksunluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasının Cumhuriyet savcısı tarafından talep edilmesi üzerine, mahkemenin bu hususta takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmişti⁵⁶. TCK'nın 17 nci maddesi uyarınca ise, mahkeme, hak yoksunluğunun uygulanmasına ilişkin şartların mevcudiyeti halinde, buna karar vermek zorundadır. Bu hususta mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmamıştır. Bununla birlikte, 17 nci maddedeki şartların bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkisi mahkemeye aittir. Mahkeme tarafından bu hususta bir karar verilmedikçe, kişi hakkında Türk hukukuna göre hak yoksunluğu uygulanamayacaktır⁵⁷.

2081 sayılı Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesi, 6706 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesiyle ilga edilmiş olup⁵⁸ Türk hukukuna göre hak yoksunluğu gerektiren

Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelik (R. G. Tarihi: 06.08.2015, R. G. Sayısı: 29437) m.127.

- 56 Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: III, 12. Bası, İstanbul 1997, s.521.
- 57 Karaosmanoğlu, Mustafa, *Yeni Türk Ceza Kanununda Bir Güvelik Tedbiri Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s.87.
- 58 Samandaş Asliye Ceza Mahkemesi'nin 15.11.2013 tarih, 2013/143 Esas, 2013/518 Karar sayılı kararında; "Samandaş Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2012/449 sayılı yazısı ile Bulgaristan Devletinde Taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet vermek suçundan mahkumiyetine karar verilen Türk vatandaşı olan R. U. 'ya ayrıca verilen "2 (iki) yıl süreyle Motorlu Araç Kullanma Hakkından Yoksun Bırakılma" cezasının infazının mahkememizden talep edildiği, Ceza Yargılarının Uluslararası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesininin 37. maddesinde "İsteyen devlette hükmolunan bir müeyyidenin istenilen devlette yerine getirilmesi ancak bu Devletin bir mahkemesi kararı ile mümkündür" hükmü ile TCK'nın 17. maddesinde yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde C. Savcısının istemi üzerine mahkeme tarafından Türk kanunlarındaki sonuçlarını geçerli olmasına karar verileceğinin düzenlendiği,

bir yabancı mahkeme kararının Türkiye'nin Merkezi Makamlarına bildirilmesi, esas itibariyle 6706 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında infazın devri talebi olarak nitelendirilmelidir. Daha önce de üzerinde durduğumuz üzere, hak yoksunluğunun infazı da, niteliği itibariyle infazın devri mahiyetinde olduğundan, (gerek 6706 sayılı Kanun'da gerekse TCK'nın 17 nci maddesinde açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle) 6706 sayılı Kanun'un infazın devrine ilişkin getirdiği usul hükümlerinin, uygun olduğu ölçüde hak yoksunluklarına ilişkin kararlar bakımından da geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu çerçevede, hak yoksunluğu gerektiren yabancı mahkeme kararlarının Türk hukukunda tanınması ile ilgili olarak, infazın devrine ilişkin talepleri incelemeye yetkili makamların yetkili olduğu; dolay-

mahkememizden istenilen adli yardım talebinin hapis cezasının ertelenmesi kararına yönelik olmayıp, sanık hakkında 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma hakkında yoksun bırakılma cezasının infazına yönelik bulunduğu, TCK'nın 53/6 maddesinde; "Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar." hükmünün düzenlendiği, sanığın eyleminin TCK'nın 85/1 maddesi kapsamında bulunduğu, bu madde kapsamında verilen hapis cezasının ertelenmesi halinde TCK'nın 53/6 maddesi kapsamında ehliyete 3 aydan 3 yıla kadar el konulmasına karar verileceğinin düzenlendiği anlaşılmalıdır. Sanık hakkında mahkememizden istenilen adli yardım talebinin Türk kanunlarına uygun bulunduğu anlaşılmalıdır; Bulgaristan Stara Zagora Şehir Mahkemesinin 12/04/2013 tarih ve 123 sayılı karar ile Türk Vatandaşı sanık R. U. hakkında Taksirle Bir Kişinin Ölümüne Sebebiyet Vermek" suçu nedeniyle verdiği 2 yıl hapis cezasının ertelenmesi ile 4 yıl deneme süresine tabi tutulmasına ve 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma hakkından yoksun bırakılmasına dair kararın Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına, Bulgaristan Devletince sanık hakkında Bulgaristan Stara Zagora Şehir Mahkemesinin 12/04/2013 tarih ve 123 sayılı kararı ile verilen 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma hakkından yoksun bırakılma cezasının infazının talebi hususunda yapılan adli yardım talebi mahkememizce uygun bulunmakla; Taksirle Bir kişinin ölümüne sebebiyet verme suçundan erteli hapis cezasına mahkûm olan sanığın TCK'nın 53/6. maddesi gereğince 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma belgesinin geri alınmasına karar verilerek aşağıda yazılı şekilde hüküm kurulmuştur. HÜKÜM: Gereğince yukarıda açıklandığı üzere; 1-Bulgaristan Stara Zagora Şehir Mahkemesinin 12/04/2013 tarih ve 123 sayılı karar ile Türk Vatandaşı sanık R. U. hakkında Taksirle Bir Kişinin Ölümüne Sebebiyet Vermek" suçu nedeniyle verdiği 2 yıl hapis cezasının 4 yıl deneme süresine tabi tutulmasına ve 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma hakkından yoksun bırakılmasına dair kararın Türk kanunlarında ki sonuçlarının GEÇERLİ OLMASINA; 2- Bulgaristan Devletince sanık hakkında Bulgaristan Stara Zagora Şehir Mahkemesinin 12/04/2013 tarih ve 123 sayılı kararı ile verilen 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma hakkından yoksun bırakılma cezasının infazının talebi hususunda yapılan adli yardım talebi mahkememizce uygun bulunmakla; Taksirle Bir kişinin ölümüne sebebiyet verme suçundan erteli hapis cezasına mahkûm olan sanığın TCK'nın 53/6. Maddesi gereğince 2 yıl süre ile motorlu araç kullanma belgesinin geri alınmasına" karar verilmiştir.

sıyla, 6706 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca, hak yoksunluğuna ilişkin kararların, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilmesi gerektiği söylenebilecektir. Bununla birlikte, mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğinden, TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında karar alma yetkisinin hangi mahkemeye ait olduğunun açık bir şekilde yasayla düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Mahkemeden talep edilen husus, hak yoksunluğuna hükmedilmesi olduğundan, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde yapılan talep üzerine, hakkında hak yoksunluğu uygulanması talep edilen kişinin duruşmaya çağırılması ve bu istem ile ilgili kararların duruşmalı olarak verilmesi gerekmektedir. Hak yoksunluğuna tabi tutulması talep edilen kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilecektir. Bu hususta, bir güvenlik tedbiri olan müsadereye ilişkin muhakeme usullerinin kıyasen uygulama alanı bulabileceği kanaatindeyiz⁵⁹.

IV. HAK YOKSUNLUĞU UYGULANMASINA İLİŞKİN VERİLEN KARARA KARŞI KANUN YOLU

Mahkeme tarafından TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında, ilgili kişi hakkında verilen hak yoksunluğuna ilişkin kararlara karşı itiraz yolu açıktır. 2081 sayılı Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanun'un mülga 5 nci maddesinde; *"Sözleşmenin, müeyyidelerin yerine getirilmesi ile ilgili 5. bölümü gereğince mahkemelerce verilecek nihai kararlara karşı acele itiraz yoluna başvurulabilir"* hükmüne yer verilmişti. 5320 sayılı Kanun'un 7 nci maddesinin 2 nci fıkrasında yer alan; *"Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan acele itirazlar hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun itiraza ilişkin hükümleri uygulanır"* düzenlemesi uyarınca, hak yoksunluğuna ilişkin TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde mahkemece verilen

59 CMK m.256/1: Müsadere kararı verilmesi gereken hâllerde, kamu davası açılmamış veya kamu davası açılmış olup da esasla beraber bir karar verilmemişse; karar verilmesi için, Cumhuriyet savcısı veya katılan, davayı görmeye yetkili mahkemeye başvurabilir. CMK m.257: Madde 257: "(1) 256 ncı maddeye göre verilmesi gereken kararlar, duruşmalı olarak verilir. (2) Müsadere veya iade olunacak eşya veya diğer malvarlığı değerleri üzerinde hakkı olan kişiler de duruşmaya çağırılır. Bu kişiler, sanığın sahip olduğu hakları kullanabilirler. (3) Çağrıya uymamaları, işlemin ertelenmesine neden olmaz ve hükmün verilmesini engellemez."

kararlara karşı ilgililer, CMK'nın 267 vd. uyarınca itiraz kanun yoluna müracaat edebilmekteydi⁶⁰.

2081 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin, 6706 sayılı Kanun'un 36 ncı maddesi ile ilga edilmesinden sonra, kanun yolunun türünde herhangi bir değişiklik olmamıştır. Nitekim, hak yoksunluğuna ilişkin kararlar, esas itibariyle yabancı mahkemeler tarafından verilen mahkumiyet hükmünün Türkiye'de infaz edilmesi sonucunu doğuran bir karar (tanıma kararı) olduğundan, niteliği itibariyle uyarılma kararı özelliği göstermektedir. Bu sebeple, yetkili mahkeme ve kanun yoluna ilişkin hükümler açısından, 6706 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi uygulama alanı bulmalıdır. 6706 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca, uyarılma kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür.

V. HAK YOKSUNLUĞUNA İLİŞKİN KARARLARIN TANINMASI, ADLİ SİCİLE KAYDEDİLMESİ, SİLİNMESİ VE YASAKLANMIŞ HAKLARIN İADESİ

Türk ya da yabancı ülke vatandaşı hakkında yabancı mahkeme tarafından verilen ve Türkiye'de yeniden yargılamayı gerektirmeyen ya da Türkiye'de yargılama konusu yapılmayan hükmün, Türkiye'de hukuki sonuç doğurabilmesi ve herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet verebilmesi için, yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması ve bu kararın adli sicile kaydedilmesi gerekmektedir. Adli sicil kaydının, mahkeme kararı üzerine gerçekleşmesi gerekmekte

⁶⁰ “Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında 2081 sayılı Kanun ve Avrupa Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında 19.9.1977 tarihli Bakanlar Kurulu Kararında, sözleşmenin uygulanma koşulları belirtilmiş, ilgili Kanun'un 5. maddesinde, “Sözleşmenin, müeyyidelerin yerine getirilmesi ile ilgili 5. bölümü gereğince mahkemelerce verilecek nihai kararlara karşı acele itiraz yoluna” başvurulacağı hükmüne yer verildiği, 5320 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 2. fıkrasındaki; “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve diğer kanunlarda yer alan acele itirazlar hakkında Ceza Muhakemesi Kanununun itiraza ilişkin hükümleri” nin uygulanacağına ilişkin hüküm ile 5271 sayılı Kanun'unu, kabul edilebilir bir başvuruda kanun yolunun veya merciin belirlenmesinde yanılma, başvuranın haklarını ortadan kaldırmayacağı, bu hâlde başvurunun yapıldığı merci tarafından, başvurunun derhâl görevli ve yetkili olan mercie gönderileceğine ilişkin 264. maddesi hükmü nazara alındığında, hükümlünün talebinin itiraz kanun yoluna tabi olduğu ve itiraz merciince CMK'nın 267 vd. maddeleri uyarınca incelenip karara bağlanmasının gerektiği anlaşılmakla, itiraz niteliğinde kabul edilmesi gereken temyiz isteminin itiraz merciince karara bağlanması için dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına tevdiine” Yarg. 12. CD., 01.06.2015, 2014/13412, 2015/9384.

olup yabancı mahkeme kararının doğrudan adli sicile kaydedilmesi hukuka uygun değildir⁶¹.

Adli sicile kaydedilecek kararlar, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nda gösterilmiştir. Adli Sicil Kanunu'nun, "Adlî sicil kayıtlarının tutulması" başlıklı 2 nci maddesinde; "*Hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk Hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dâhil tüm adlî sicil bilgileri; mahallinde bilgisayar ortamına aktarılmasını takiben, Adalet Bakanlığı Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adlî Sicilde tutulur*" denilmek suretiyle, hangi kararların adli sicile kaydedileceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Yine, Adli Sicil Kanunu'nun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında, adli sicile kaydedilecek bilgiler arasında (f) bendinde; "*Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen karar*" da sayılmıştır.

Yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet hükmü uyarınca, Türk hukukuna göre ortaya çıkan hak yoksunlukları ile ilgili olarak, TCK'nın 17 nci maddesinde öngörülen prosedür tamamlandıktan ve kişi hakkında hak yoksunluğuna ilişkin verilen karar kesinleştikten sonra, hak yoksunluğuna ilişkin hükmün adli sicile kaydedilmesi gerekmektedir. Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet kararlarının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen kararlar, Cumhuriyet başsavcılıklarınca doğrudan merkezi adli sicile gönderilecektir⁶².

Yabancı mahkeme tarafından verilen kararın, ilgilinin Türkiye'deki adli sicilinde ne süreyle kayıtlı kalacağı ve TCK'nın 17 nci mad-

61 Elmalica, s.174, 175; Çetintürk Ekrem, Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi Ve Hak Mahrumiyeti Doğurması, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 4, Temmuz 2013, s.545.

62 Adli Sicil Yönetmeliği (RG. Tarihi: 07.09.2005, RG. Sayısı: 25929) m.6.

desindeki usulün işletilmesinden sonra, mahkumiyet kararına bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunluklarının, Türk hukukunda ne süreyle geçerli olacağı, önemli bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır.

Nitekim, TCK'nın 53 üncü maddesindeki hak yoksunlukları, kural olarak infaz süresiyle sınırlı olup (TCK'nın 53/2), bazı hallerde infaz sonrası da hak yoksunluklarının devamı söz konusu olabilmekte (TCK m.53/5), özel kanunlarda yer alan hak yoksunlukları da (örn. 1136 sk m.5, 657 sk. m.48), infaz tamamlanmış olsa dahi, kişinin belirli meslekleri ifa edebilmesini, kamu hizmetlerinde görev alabilmesini engelleyebilmektedir.

Bu çerçevede, hakkında yabancı mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı kısmen ya da tamamen infaz edilmiş bir kişinin, TCK'nın 17 nci maddesi uyarınca Türk mahkemesi tarafından hak yoksunluğuna tabi tutulduğu hallerde, öncelikle TCK'nın 53 üncü maddesinde sayılan hak yoksunluklarının uygulanıp uygulanamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Bu konuyla ilgili olarak, Adli Sicil Kanunu'nun 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, *“Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adlî sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümleri, kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle, Adlî Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğünce adlî sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınır. Adlî para cezasına mahkûmiyet hükümleri ile cezanın ertelenmesine ilişkin hükümler, adlî sicil kaydına alınmadan doğrudan arşive kaydedilir”*.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adlî sicile kaydedilen hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet hükümlerinin Türk hukukuna göre ortaya koyduğu hak yoksunluklarına ilişkin Türk mahkemesince verilen karar, mahkumiyet süresi boyunca adli sicilde kayıtlı olacağından, kişi hakkındaki mahkumiyet kararının infazı yurt dışında tamamlanmış olsa dahi, kişi mahkumiyet süresi kadar, TCK'nın 53 üncü maddesindeki hakları Türkiye'de kullanamayacaktır. Haklardan yoksunluk, TCK'nın 17 nci maddesi uyarınca mahkeme tarafından verilen kara-

rın kesinleştiği tarihten itibaren başlayacak ve mahkumiyet süresinin dolduğu gün sona erecektir.

Adli Sicil Kanunu'nun 9 uncu maddesinin 1 inci fıkrasının uyarınca, kişi hakkında verilen hak yoksunluğu kararının geçerlilik süresi sona erdiğinde, adli sicilde mevcut olan bu kayıt Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek arşiv kaydına alınacaktır.

5237 sayılı TCK dışındaki kanunlarda, belirli bir suçtan mahkumiyete bağlı olarak ortaya çıkan hak yoksunlukları bakımından süre öngörülmediğinden⁶³, ancak 5237 sayılı TCK'nın sisteminde süresiz hak yoksunluğu bulunmadığından, bu konu uygulamada sorun teşkil etmiş ve bu sebeple, Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesine "yasaklanmış hakların geri verilmesi" kurumu getirilmiştir⁶⁴.

Yasaklanmış hakların geri verilmesi, Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesinde düzenlenmektedir. Maddede; "(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

b) Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması, gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasak-

63 Centel-Zafer-Çakmut, s.715, 718. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 48 inci maddesinde; Devlet memurluğuna alınacaklarda aranan genel şartlar arasında; "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak" şartına yer verilmiştir.

64 Yasaklanmış hakların geri verilmesi hakkında bkz. Centel-Zafer-Çakmut, s.718 vd.; Çetin, s.3 vd.; Yılmaz, s.88 vd.; Avcı, Maya Ezgi, Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı:18, Nisan 2012, s.257 vd.

lanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükümün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükümü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

(4) Mahkeme bu husustaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır” denilmektedir.

Bu düzenleme çerçevesinde, hakkında TCK'nın 17 nci maddesi uyarınca hak yoksunluğu uygulanmasına karar verilen kişilerin, 5237 sayılı TCK dışında, belirli bir suç dolayısıyla hak yoksunluğu içeren kanunlar bakımından ortaya çıkan hak yoksunluklarının ortadan kaldırılabilmesi ve çeşitli meslek ya da kamu hizmetlerinde görev alabilmeleri için, hak yoksunluğunun geçerli olduğu sürenin (yabancı mahkeme tarafından verilen mahkumiyet süresinin) tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması, kişinin, bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması, hakların iadesiyle ilgili kişinin bu hususta mahkemenin talepte bulunması, kişinin hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması halinde söz konusu olabilecektir. Bu ihtimalde, yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilecektir.

Yasaklanmış hakların iadesi durumunda, kişinin örneğin devlet memuru olarak atanmasının önünde hukuki bir engel kalmayacak,

ancak ilgililerin arşiv kaydına alınan adli sicil bilgileri de göz önüne alınmak suretiyle idareler, bu atamalar konusunda takdir yetkilerini kullanabilecektir⁶⁵.

VI. SONUÇ

Yabancı ceza mahkemesi kararlarının Türk hukukunda geçerli olması, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar, bu kararların doğrudan adli sicile kaydedilmesi suretiyle mümkün olmuştur. Milletlerarası özel hukuka ilişkin kavramlardan biri olan “tanıma”, ceza yargılaması açısından ilk kez, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 2 nci maddesiyle kullanılmaya başlanmıştır. Özel hukuktaki anlamından farklı olarak, ceza hukuku bakımından tanıma kavramının farklı bir mahiyete sahip olduğu ifade edilmelidir. Mevzuatımızda, yabancı ceza mahkemesi kararının tanınarak doğrudan Türk hukukuna göre sonuç doğurması usulü benimsenmemiş; bunun için adli ya da idari bir karar verilmesi aranmıştır. İnfazın devri müessesesi bakımından, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de infaz edilebilmesi, 6706 sayılı Kanun’un 26/5 nci maddesi uyarınca ceza mahkemesi tarafından “uyarlama kararı” verilmesi ile mümkün olabilmektedir. Hak yoksunluğuna ilişkin TCK’nın 17 nci maddesine dayalı olarak verilen kararların da bu niteliğe sahip olduğu kabul edilebilir. Hükümlünün naklinde ise, yabancı mahkeme kararı ile hakkında mahkumiyet kararı verilen hükümlünün cezasının Türkiye’de infaz edilebilmesi, Adalet Bakanlığının hükümlünün naklini kabul etmesine bağlıdır (6706 sk. m.30/4).

TCK’nın 53 üncü maddesi uyarınca, ceza mahkemesi tarafından verilen mahkumiyet kararının hukuki sonucu olarak ortaya çıktığından; infazın devri kapsamında verilen uyarılama kararında “hak yoksunluklarına” ilişkin ayrıca bir karar alınmasına gerek bulunmadığı ve mahkumiyet hükmünün yasal sonucu olarak belli haklardan yoksunlukların uygulanabileceğini ifade etmek gerekir.

Hükümlünün nakline karar verildiği durumlarda ise, kararın Türk hukukuna göre bir hak yoksunluğu gerektirmesi halinde, bu hak yoksunluklarının uygulanabilmesi için, TCK’nın 17 nci madde-

65 Danıştay 1. Dairesi, 13.03.2006, 2005/1290 E., 2006/298 K.

si çerçevesinde Türk mahkemesince bir kararın alınması gerektiği söylenebilecektir. Zira, 6706 sayılı Kanun uyarınca, hükümlünün nakli prosedüründe Türk mahkemesince verilmesi gereken bir uyarılama kararı bulunmamakta olup yabancı mahkeme hükmünün aynen infazı usulü benimsenmiştir. Hükümlünün naklinde, hak yoksunluklarının uygulanabilirliği açısından, 6706 sayılı Kanun'da açık bir düzenlemeye yer verilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

TCK'nın 17 nci maddesinde, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verileceği düzenlenmektedir. Bu düzenleme uyarınca, yabancı ceza mahkemelerince Türk vatandaşları hakkında verilen mahkûmiyet hükümleri, Türk hukuku bakımından kendiliğinden sonuç doğurmayacak ve bu hususta Türk mahkemesince bir karar verilmesi gerekecektir.

Yabancı ceza mahkemesi tarafından verilen hüküm ile ilgili olarak, TCK'nın 17 nci maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için, suçun yabancı bir ülkede işlenmiş olması gerekir. Suç Türkiye'de işlenmişse, Türkiye'nin yargılama yetkisi bulunacağından, 17 nci maddenin uygulanması mümkün değildir.

Yabancı ülkede işlenen suç dolayısıyla Türkiye'nin yargılama yetkisi bulunmakta ise, 17 nci maddenin uygulanması mümkün değildir. Zira bu ihtimalde, Türk mahkemesince bir yargılama yapılabilecek ve eğer mahkûmiyet hükmü verilirse, bu hükme bağlı hak yoksunlukları uygulanabilecektir. Yargılama yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetkinin kullanılmadığı durumlarda da, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde hak yoksunluklarının uygulanması mümkün olabilir.

Yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün, Türk vatandaşı hakkında olması gerekir. Zira, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 4 üncü maddesine göre, yabancı mahkemelerce yabancı ülke vatandaşları hakkında verilen hükümler adli sicile kaydedilemeyeceğinden, bu kişilerle ilgili hak yoksunluğu kararı da alınamayacaktır.

17 nci maddenin uygulanması açısından Türk vatandaşı hakkında, yabancı ülkede yapılan yargılama sonucunda bir hüküm verilmiş olmalı ve bu hüküm kesinleşmelidir. Hak yoksunlukları, Türk hukukunda mahkûmiyet kararına bağlı olarak ortaya çıkmakta olup yabancı mahkemelerce verilen hükmün, mahkûmiyet hükmü olması gerekir. Hukukumuzda hak yoksunluklarına ilişkin yasal düzenlemeler, suç ayırımı içermemesi ve suçla bağlantılı olma şartının aranmaması sebebiyle, konuya ilişkin AİHM kararlarında benimsenen kriterleri karşılamaktan uzaktır. TCK'nın 53 üncü maddesinin ortaya çıkardığı hukuki sorunlar, TCK'nın 17 nci maddesi bakımından da pekala geçerlidir. Hatta, 17 nci maddede kapsamında yapılacak uygulamalarda, ihlalin boyutunun artması kaçınılmazdır. Mevcut düzenleme çerçevesinde, yabancı mahkeme hükmünün, Türkiye'de hak yoksunluğunun gerektirmesi dışında, bu konuyla ilgili ilave bir ölçütün benimsenmesi mümkün gözükmemektedir.

Yabancı ülke mahkemesince verilen hüküm, mahkûmiyet hükmü dışında bir hüküm ise ve o ülke hukukuna göre hak yoksunluğu gerektirse de, bu TCK'nın 17 nci maddesinin uygulanabilmesi için yeterli değildir. Verilen hükmün Türk kanunlarına göre hak yoksunluğu gerektirmesi şarttır.

TCK'nın 17 nci maddesinin uygulanabilmesi için, yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün Türk hukuk düzenine aykırı düşmemesi gerekir. Bu şart, yalnızca ceza hukuku kuralları bakımından değil, hukuk düzenini oluşturan evrensel ilkeler, hukuk düzeninin şekli kaynakları ve yerleşik yargı uygulamalarını kapsamalıdır. Türk hukuk düzenine aykırı düşmeme şartı, yalnızca esas bakımından uygulama alanı bulan normları değil, usul hukuku kuralları açısından da değerlendirme konusu yapılmalıdır. Fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmemesi, ceza muhakemesi kurallarına, hukukun temel ilkelerine açık aykırılık oluşturan muhakeme işlemlerinin uygulanması durumunda, yabancı mahkeme tarafından verilen hükmün Türk hukuk düzenine aykırı olduğu kabul edilmeli ve TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde hak yoksunluğuna hükmedilmemelidir.

Kişi hakkında 17 nci madde uyarınca hak yoksunluğu uygulanabilmesinin usule ilişkin bazı şartları da bulunmaktadır. Buna göre,

yabancı ülke tarafından mahkeme kararına ilişkin bir bildirim yapılmalı ve bu bildirim Adalet Bakanlığı tarafından Cumhuriyet savcısına iletilmelidir. Mahkumiyet hükmünün bildirilmesi konusunda, ikili ya da çok taraflı uluslararası sözleşme hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır. Yabancı devlet tarafından, sözleşme hükümleri çerçevesinde mahkumiyet ya da diğer tedbirlerin bildirilmesi yeterli olup hak yoksunluğunun uygulanması ile ilgili açık bir istemin aranmasının gerekmediği düşüncesindeyiz. Bildirimin yapılmasından sonra, Adalet Bakanlığının görevi bu bildirimle ilgili Başsavcılığa iletmekten ibaret olup bu aşamadan sonraki adli süreç Başsavcılığın yetkisindedir.

Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, TCK'nın 17 nci maddesindeki şartların bulunduğu kanaat getirildiği takdirde mahkemece hak yoksunluğuna karar verilmelidir. Şartların gerçekleşmesi halinde mahkemenin hak yoksunluğuna karar vermesi gerekmekte olup bu hususta takdir yetkisi bulunmamaktadır. Mahkeme, burada yalnızca istem doğrultusunda bir değerlendirme yapmalı, kişi hakkında yeni bir mahkûmiyet kararı vermemelidir.

Hak yoksunluğunun infazının, niteliği itibarıyla infazın devri mahiyetinde olduğu söylenebileceğinden ve gerek 6706 sayılı Kanun'da gerekse TCK'nın 17 nci maddesinde, hak yoksunluklarının infaz usulüne ilişkin açık bir düzenleme bulunmadığından, 6706 sayılı Kanun'un infazın devrine ilişkin getirdiği usul hükümlerinin, uygun olduğu ölçüde hak yoksunluklarına ilişkin kararlar bakımından da geçerli kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Bu noktadan hareketle, yetkili mahkemenin 6706 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin 5 inci fıkrası uyarınca Ankara ağır ceza mahkemesi olduğu sonucuna ulaşılacaktır. Mahkemelerin görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi temel bir kural olup TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında karar alma yetkisinin hangi mahkemeye ait olduğunun açık bir şekilde yasayla düzenlenmesi isabetli bir adım olacaktır.

Mahkeme tarafından TCK'nın 17 nci maddesi kapsamında verilen kararlara karşı itiraz yolu açıktır. Türk ya da yabancı ülke vatandaşı hakkında yabancı mahkeme tarafından verilen ve Türkiye'de yeniden yargılamayı gerektirmeyen ya da Türkiye'de yargılama konusu

yapılmayan hükmün, Türkiye'de hukuki sonuç doğurabilmesi ve herhangi bir hak yoksunluğuna sebebiyet verebilmesi için, yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması şarttır. Esasen, TCK'nın 17 nci maddesi uyarınca, mahkemece hak yoksunluğuna ilişkin verilen hükümler, yabancı mahkeme hükmünün Türk hukukunda tanınması sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda, Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine mahkemece verilen bu karar, Adli Sicil Kanunu'nun 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrası uyarınca, adli sicile kaydedilecektir.

Türk vatandaşları hakkında yabancı mahkemelerce verilmiş olup 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (f) bendine göre adlî sicile kaydedilen mahkûmiyet hükümlerinin Türk hukukuna göre ortaya koyduğu hak yoksunluklarına ilişkin Türk mahkemesince verilen karar, mahkumiyet süresi boyunca adli sicilde kayıtlı olacağından, kişi hakkındaki mahkumiyet kararının infazı yurt dışında tamamlanmış olsa dahi, kişi mahkumiyet süresi kadar, TCK'nın 53 üncü maddesindeki hakları Türkiye'de kullanamayacaktır.

Son olarak, Türk vatandaşı hakkında, TCK'nın 17 nci maddesi çerçevesinde alınan hak yoksunluğuna ilişkin karar dolayısıyla, kişinin 5237 sayılı TCK dışındaki özel kanunlarda yer alan sürekli hak yoksunluklarından mahrum kalabilmesinin önüne geçilebilmesi için, Adli Sicil Kanunu'nun 13/A maddesindeki yasaklanmış hakların geri verilmesi müessesesine ilişkin usulün uygulanması gerekecektir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2020.
- Akkaş, Ahmet Hulusi, *Bir Güvenlik Tedbiri Türü Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma (Hak Yoksunlukları)*, Ankara 2021.
- Aksan, Murat, *Ceza Mahkûmiyetine Bağlı Hak Yoksunlukları*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2007.
- Arat, Tuğrul, *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, AÜHF Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1-4, (1964).
- Arslan, Çetin, *Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu md.13/A)*, AÜHFD, Cilt: 56, Sayı: 4, Yıl 2007.
- Arslan, İlyas, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizinin Mütakabiliyet Şartına Bağlanması İle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yer Alan Bazı Haklar Arasındaki İlişki*, TBB Dergisi 2019 (143).
- Artuk, M. Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, M. Emin-Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2021.
- Avcı, Maya Ezgi, *Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı:18, Nisan 2012.
- Aydın, Devrim, *Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması*, TBB Dergisi 2011 (94).
- Aydın, Hüseyin, *Bir Güvenlik Tedbiri Olarak TBMM Üyeliğinden Yoksun Bırakılma*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:3 Sayı:1 Yıl: 2012.
- Aydın, Hüseyin, *Yabancı Ülkede İşlenen Suçlarda Türk Mahkemelerinin Yetkisi*, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019.
- Aygül, Musa, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Davalarında Bazı Usul Hukuku Problemleri*, Public and Private International Law Bulletin, Volume: 31, Issue: 2.
- Bıyıklı, Hasan İsmet, *Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği*, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 3, 1974.
- Centel, Nur, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi*, <http://nurcentel.com/makaleler/yenitckyaptirim.pdf> (e.t.:13.02.2022).
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul 2020.
- Cumaloğlu, Emre, *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Bakımından Türk Mahkemelerinin Münbasır Yetkisi*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı:2, Aralık 2008.

- Çetintürk Ekrem, *Yabancı Ülke Mahkemelerince Verilen Mahkûmiyet Kararlarının Adli Sicile Kaydedilmesi Ve Hak Mahrumiyeti Doğurması*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 4, Temmuz 2013.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Denizhan, Hüseyin, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Erteleme Kurumu Üzerine Bir İnceleme*, TBB Dergisi, Sayı 65, 2006
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: II, 11. Bası, İstanbul 1997.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt: III, 12. Bası, İstanbul 1997.
- Dursun, Eser, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Teorik Bir İnceleme*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 26, Aralık 2014.
- Ecemiş, Sercan, *MÖHUK Dışında Düzenlenen Tanıma ve Tenfiz Kuralları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 1, 2020.
- Elmalıcı, Hasan, *Yabancı Ülke Ceza Mahkemelerince Verilmiş Mahkumiyet Kararlarının Hak Yoksunlukları Bakımından Türk Hukukundaki Değeri*, TBB Dergisi, 2019 (141).
- Erem, Faruk, *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*, C: 1, Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 1995.
- Ersoy, Yüksel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2002.
- Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa, *Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt I (m.1-44)*, Ankara 2021.
- Gürühan, Caner, *Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına İlişkin Güncel Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi*, TBB Dergisi, 2014 (111).
- Hafizoğulları, Zeki, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 1, 2007.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2019.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2021.
- Kaplan, Mahmut, *Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Koruma İlkesi*, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 14, Aralık 2019.
- Karaosmanoğlu, Mustafa, *Yeni Türk Ceza Kanununda Bir Güvelik Tedbiri Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma*, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Programı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 2020.
- Külçür, Erdem İzzet, *Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama*, İstanbul 2017.
- Otacı, Cengiz, *Suçun Kanuni Sonucu Olarak Belli Hakları Kullanmaktan Yoksun Bırakılma*, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 2, Sayı: 4, Yıl: 2, Ocak 2011.
- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Özen, Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2019.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara 2021.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2020.
- Retornaz, Eylem Aksoy, *Sağlık, Velayet ve Çalışma Hakkı*, in: 7242 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere İlişkin Değerlendirmeler, *Türk Ceza Hukuku Derneği Tarafından Hazırlanan Rapor (25 Haziran 2020)*.
- Schomburg, Wolfgang-Lagodny, Otto-Gleiß, Sabine-Hackner, Thomas, *Internationale Rechtsbülfe in Strafsachen*, 5. Auflage, 2012.
- Şahin, İlyas, *Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanununda Esas Alman İlkeler*, ERÜHFD, Cilt: X, Sayı: 1, (2015).
- Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I (madde 1-140), İstanbul 2006.
- Tarman, Zeynep Derya, *Yabancı Mahkeme ve Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizinde Karşılaşılan Sorunlara İlişkin Bazı Tespitler*, MHB., Cilt:37, Sayı: 2, 2017.
- Tezcan, Durmuş, *Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu*, AÜSBF Dergisi, Cilt: 39, Sayı: 1-2, Yıl: 1984.
- Turhan, Faruk, *6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İşbirliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme*, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C:21, Özel Sayı, 2019.
- Turhan, Faruk, *Anayasa ve Milletvekili Seçim Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi*, EÜHFD., C. XI, S. 1-2 (2007).
- Turhan, Faruk, *Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)*, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, Sayı:4, Ağustos, 2005.

- Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar*, EÜHFD, C. X, S. 3-4, (2006).
- Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanunu'na Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı: 3, Nisan, 2005.
- Turhan, Faruk, *Yeni Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbiri Olarak Hak Yoksunluğu ve Yasaklılığının Hukuki Niteliği, Kapsam ve Koşulları Üzerine Bir Değerlendirme*, Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 4, Ağustos 2007.
- Tütüncübaşı, Uğur, *Yabancı Kararların Türk Hukukunda Tanınması Konusunda 690 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname İle Düzenlenen Yenilikler*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 2, 2017.
- Yaşar, Hakkı, *Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamlarını Muvacebesinde Uygulama*, Adalet Dergisi, Sayı:4, 1969.
- Yıldırım, Akif, *Mayınlı Bir Alan: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararının Denetimi*, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 11, Haziran 2018.
- Yıldırım, Zeki, *Türk Hukukunda Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi*, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 34, Ağustos 2017.
- Yılmaz, Zekeriya, *Hak Yoksunlukları ve Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi Kurumu Üzerine Bir Değerlendirme*, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt:2, Sayı: 7, Mart 2007.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75*, İstanbul 2015.

KADIN GENİTAL MUTİLYASYONU*

Ar. Gör. İlkay NADİR**

Özet

Kadın genital mutilasyonu, ulusal ve uluslararası düzeyde hukuki düzenlemelerle kısmen veya tamamen yasaklanması amaçlanan bir uygulama olup konuya ilişkin tartışmalar özellikle “rıza” ve “çok kültürlülük” bağlamında halen devam etmekte; bunlar ceza hukuku düzleminde de yankı uyandırmaktadır. Kadın cinselliğini tahakküm altına almak ve kadının toplumdaki varlığını sınırlamak amacıyla yapılan mutilasyon, patriarkal ilişkilerin en somut örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu uygulamayı, kadının salt özgür iradesiyle gerçekleştirdiği bir işlem veya başlı başına kültürel kod olarak ele almak gerçekçi olmayacağı gibi kadın üzerindeki sömürünün göz ardı edilerek eşitsizliğin yeniden üretilmesine sebep olacaktır. Mutilasyon uygulaması için kadın veya kız çocukları tarafından verilen rıza, eril tahakküm sürecinin bir eseri olduğundan öznenin mutilasyon fiilini özgür iradesiyle ve kapsamlı olarak değerlendirmesi mümkün olmamakta; bu nedenle buradaki “rıza”, ceza hukuku bağlamında da fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Dahası, mutilasyona ilişkin kültürel savunmanın kabulü, hukuk eliyle kadın bedeni üzerindeki kontrol mekanizmaların perçinlenmesine yol açacaktır. Dolayısıyla, hukukun cinsiyet temelli eşitsizlikleri pekiştirmeye neden olacak genital mutilasyon gibi uygulamaların karşısında olması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kadın Genital Mutilasyonu, Rıza, Özgür İrade, Çok Kültürlülük, Ceza Hukuku

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 13/01/2022. İlk hakem raporu tarihi: 15/02/2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20/02/2022.

** Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, ilkaynadir@uludag.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-6457-4386.

FEMALE GENITAL MUTILATION

Abstract

Female genital mutilation is a deep-rooted practice, yet it aimed to be prohibited partial or completely by legal regulations at both the national and international levels. However, the issues of consent and multiculturalism among female genital mutilation are still a matter of debate and, relevant discussions affect the criminal law. Mutilation, which is maintained to dominate female sexuality and restrain the existence of women in society, is one of the most explicit and concrete examples of patriarchal relations. Considering mutilation as a cultural code itself or as a process performed by free will, would result in the reproduction of gender inequality. The consent given by women and girls is a product of the male domination process and, it would not be possible for them to evaluate the mutilation with complete free will; therefore, “consent” here does not justify the mutilation act. Moreover, acceptance of the cultural defence in a mutilation case would strengthen the control mechanisms over the female body through criminal law. Therefore, legal regulations have to oppose practices as genital mutilation that reinforce gender-based inequalities.

Keywords: Female Genital Mutilation, Consent, Freewill, Multiculturalism, Criminal Law

GİRİŞ

Kadın Genital Mutilasyonu (KGM), dünyanın çeşitli bölgelerinde devam eden bir uygulama olmakla beraber özellikle kadın bedeni ve “klitorisle” ilgili akademik çalışmaların hız kazandığı 80’lerin sonundan beri daha yoğun biçimde tartışılmaya başlanmış ve birçok ulusal ve uluslararası düzenlemeyle de kısmen veya tamamen yasaklanması amaçlanmıştır. 2000 yıllık bir geçmişi olduğu ileri sürülen bu uygulama, halen devam etmekte ve kız çocukları ve kadınlar sıklıkla KGM’ye maruz kalmaktadır. Literatürde farklı kavramlarla ifade edilen mutilasyonu, yalnızca hukuksal düzenlemeleri inceleyerek ve sağlık açısından ele alarak irdelemek mümkün değildir. Bu kapsam-

da, KGM'nin tarihçesi, uygulama sebepleri ve mutilasyon sonrasında görülen kalıcı ve geçici yan etkiler önem arz etmekte; ancak bu hususlar göz önünde bulundurulduğunda uygulamanın patriarkal kökleri anlaşılabilir. Kadının toplumdaki yerini sınırlamak ve cinselliğini kontrol altına almak amacıyla gerçekleştirilen bu uygulama, eril tahakkümün en belirgin ve somut örneklerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu çalışmada özellikle KGM'nin uygulama sebepleri ortaya konulacak ve buradan hareketle KGM, iki temel eksen üzerinden ele alınacaktır: Öncelikle, literatürde de çokça tartışma konusu olan iradilik hususuna yoğunlaşılacak; ardından bu uygulama kapsamında hukukun kültüre nasıl yaklaşması gerektiği ve çok kültürlülük savlarına değinilecektir. Bununla birlikte, Türkiye'de kadın genital mutilasyonuna ilişkin Türk Ceza Kanunu'nda veya başka bir yasa içerisinde herhangi bir özel düzenleme bulunmadığından genital mutilasyon fiilinin hangi suç tipleri kapsamında ele alınması gerektiği ve mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturmadığı incelenecektir.

I. KADIN GENİTAL MUTİLASYONU VE KAVRAM KARMAŞASI

1997 yılında Dünya Sağlık Örgütü, Birleşmiş Milletler Çocuklara Yardım Fonu ve Birleşmiş Milletler Nüfus Fonu tarafından yayımlanan ortak bildiriye kadın genital mutilasyonu, *“tedavi amaçlı olmayan veya kültürel sebeplerle kadın genital organına zarar veren veya dış genital bölgenin bir kısmının/tamamının çıkarılmasını kapsayan tüm prosedürler”* olarak tanımlanmış¹ ve bu tanım birçok akademik çalışmanın dayanak noktasını oluşturmuştur. Literatürde, bu uygulama için kadın genital mutilasyonu, kadın sünneti, sakatlama, kesme ve hatta işkence gibi farklı kavramlar kullanılmıştır.

Kimi yazarlar, kadın sünneti kavramının kullanılmasını doğru bulmamakta; bunun erkek sünnetiyle benzerliği akla getirmesine karşılık genital mutilasyon uygulamasının erkek sünnetine göre daha

¹ World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children's Fund (UNICEF), *Female genital mutilation: a joint WHO/UNICEF/UNFPA statement*, World Health Organization, 1997, s. 3.

zarar verici ve saldırgan bir sürece işaret ettiğini belirtmektedirler.² Bunun yanı sıra, kadın genital mutilasyonu kavramının hem daha az önyargı içerdiği hem de uygulamanın dinî, hukuki konumu ve fizyolojik boyutu bakımından erkek sünnetinden farklı olduğu vurgulanmaktadır.³

Dahası, *Wheeler*, bazı yazarların uygulamayı işkence kavramına dâhil ederek özellikle ulusal düzeyde hukuki düzenlemeler bulunmadığı durumlarda 1984 tarihli *İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi* kapsamında yasak ve soruşturma konusu yapabilmeyi amaçladıklarını aktarmıştır.⁴ Öncelikle belirtmek gerekir ki, mutilasyon için işkence kavramı yaygın değildir. Dahası, bu uygulama için işkence kavramının kullanılması teknik açıdan genellikle mümkün görünmemektedir. Sözleşme'nin 1. maddesinde işkence “*bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözetken herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakati ile uygulanan fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüleceği üzere mutilasyonun, fiziki veya manevi ağır acı veya ıstırap veren bir fiil olduğuna kuşku yoktur. Ancak örneklerin tamamına yakınında fiil, kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki, rızası veya onun muvafakati ile hareket eden kişi tarafından işlenmemektedir.⁵ Nadiren de olsa kamu görevlisi doktorlar tarafından mutilasyon uygulanması durumlarında da düzenlemedeki diğer unsurların sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir.

- 2 Charlotte Feldman-Jacobs/Donna Clifton, *Female Genital Mutilation/ Cutting: Data and Trends: Update 2010*, Population Reference Bureau, 2010, s. 2.
- 3 R.J. Cook/B.M. Dickens/M.F. Fathalla, “*Female genital cutting (mutilation/circumcision): ethical and legal dimensions*”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, S. 79/3, 2002, s. 282.
- 4 Patricia Wheeler, “*Eliminating FGM: The role of the law*”, *The International Journal of Children's Rights*, S. 11/3, 2004, s. 260 vd.
- 5 *Nal*, davranışın işkence olarak kabul edilebilmesi için devlet düzenine, resmî bir otoritenin yetkisine gereksinim bulunduğunu belirten yazarların yanında yalnızca devletçe onaylanan, ya da devletin bir şekilde yetkisine dayanarak kamu görevlilerince, tanımlanmış amaçlar için uygulanan eziyetin işkence olarak nitelendirilmesini kabul etmeyen bazı yazarların bulunduğunu aktarmaktadır. Bkz. Sabahattin Nal, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele*”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 15, S. 2, s. 155, 56.

Buna göre, işkence suçundaki manevi unsur özel kast olup işkence teşkil eden davranış, mağdurun ya da üçüncü bir kişinin işlediğinden şüphelenilen fiil nedeniyle mağduru cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek amacıyla veya ayrımcılığa dayanan herhangi bir sebebe dayanmalıdır. Her ne kadar mutilasyonun kişinin işlediğinden şüphelenilen fiil nedeniyle mağduru cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek amacıyla uygulandığı söylenemezse de ileride görüleceği üzere kadınlara “ayrımcılığa dayanan bir sebep” kapsamında mutilasyon işlemi uygulandığı söylenebilir.⁶ Dolayısıyla genital mutilasyon işlemi teknik bakımdan tüm örnekler için geçerli olmayıp hukuken nadiren işkence kapsamına girmektedir.

Bu çalışmada, prosedürün ileride ayrıntılı olarak incelenecek olan ataerkil temellerinin göz ardı edilmesini engellemek; doğrudan erkek sünnetine içkin dinî temelleri akla getirecek bir kavram kargaşasına yol açmamak; sakatlama, kesme, kesilmiş, kesik gibi kavramlar kullanarak bu prosedüre maruz kalmış kadınların eksik, hasta, malul olarak değerlendirilmesinin önüne geçmek için Kadın Genital Mutilasyonu/KGM kavramı kullanılacaktır.

II. KGM TİPLERİ, UYGULAMASI VE PREVELANSI (GÖRÜLME SIKLIĞI)

A. KGM Tipleri

1997 yılında yayımlanan Kadın Genital Mutilasyonu raporunda uygulama dört farklı tipe ayrılmış⁷ ve bu tarihten sonra literatür

6 Ancak bazı yazarlar, düzenleme kapsamında işkence suçunun manevi unsurunu bu şekilde ele almamaktadırlar. Sözleşmenin orijinal halinde, maddede “for such purposes as” dendiikten sonra işkencede güdülen amaçların cezalandırmak, bilgi veya itiraf almak şeklinde tadadi olarak sayılmasına rağmen Er, davranışın işkence teşkil edebilmesi için failin mutlaka “bilgi veya itiraf elde etmek maksadını güdüyor olması gerektiğini” belirtmektedir. Bkz. Cüneyd Er, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, TBB Dergisi, 2005, C. 60, s.172.; Bununla birlikte TCK’nin “İşkence” başlıklı 94. maddesinde işkence suçu “Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” şeklinde düzenlenmiştir. Kadın genital mutilasyonuna ilişkin uygulamaların, insan onuru ile bağdaşmadığı ve özellikle kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açtığına kuşku yoktur. Ancak, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi kapsamında “kamu görevlisi” ile ilgili yapılan açıklamalar, bu madde kapsamında da geçerliliğini korumaktadır.

7 World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children’s Fund (UNICEF), *Joint Statement*, s. 3.

KGM'yi temel olarak belirlenen bu dört tip üzerinden ele almıştır. Dünya Sağlık Örgütü 2007 yılında tipolojiyi küçük değişikliklerle aşağıdaki gibi güncellemiştir:⁸

Tip 1: Klitorisin bir kısmı veya tamamının ve/veya klitoris üzerindeki derinin çıkarılması (Kliterodektomi).

Tip 2: Klitoris ve labia minoranın (iç dudak) bir kısmı veya tamamının labia majora ile beraber veya tek başlarına çıkarılması (eksizyon).

Tip 3: Vajinal açıklığın klitorisin çıkarılması ile beraber veya tek başına labia minora ve/veya labia majoranın kesilmesi ve eklenmesiyle daraltılması (infibulasyon).

Tip 4: Sınıflandırılmayan: Delme, klitorisi ve/veya labia minorayı kesme veya bu bölgelere piercing takma, klitoris ve/veya labia minorayı esnetme, klitorisi veya klitoris çevresindeki dokuyu ile dağlama... gibi kadın genital mutilasyon tanımı içine alınabilecek diğer tüm prosedürler.

B. KGM Uygulaması Ve Prevelansı (Görülme Sıklığı)

KGM uygulaması sünnetçi, tıbbi eğitimi bulunmayan ebeler ve doğum görevlileri gibi kişiler tarafından yapılmakta olup uygulama esnasında bıçak, makas, kesici alet veya sıcak obje ve benzeri araçlar kullanılmaktadır.⁹ UNICEF'in 2013 yılında yayımladığı rapora göre vakaların büyük bir kısmında işlem, geleneksel uygulayıcılar tarafından gerçekleştirilmekte; sağlık personeli ise ancak belli oranlarda KGM uygulamasında görev almaktadır.¹⁰ Bu kapsamda, örneğin Senegal, Nijer, Benin, Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti'nde gerçekleşen KGM uygulamalarında tamamen geleneksel uygulayıcılar görev almaktadır. Üstelik, işlemlerin büyük çoğunluğu evde gerçekleştirilmekte olup¹¹ işlem esnasında operasyona uygun steril bir ortam sağlanamamaktadır.

8 World Health Organization/ Department of Reproductive Health and Research, *An interagency statement- OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*, World Health Organization, 2008, s. 4.

9 Elliot Klein/Elizabeth Helzner/ Michelle Shayowitz/ Stephan Kohlhoff/ Tamar A. Smith-Norowitz, "Female Genital Mutilation: Health Consequences and Complications—A Short Literature Review", *Obstetrics and Gynecology International*, S. 2018, s. 1.

10 UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, Unicef, 2013, s. 42 vd.

11 UNICEF, *FGM/Cutting: Statistical Overview*, s. 52.

Yine aynı rapora göre, verileri paylaşılan devletlerin yarısında, KGM büyük oranda kız çocukları beş yaşına gelmeden ve genellikle on beş yaşlarını tamamlamadan önce uygulanmaktadır.¹² Örneğin, Yemen’de kız çocuklarının %85’inin doğduktan sonraki ilk hafta KGM’ye maruz kaldıkları belirtilmiştir.¹³

UNICEF, tam sayının bilinemediğini vurgulamakla birlikte 2016 itibarıyla 30 devletten sağlanan anket verileri uyarınca dünya genelinde en az 200 milyon çocuk ve kadının KGM’ye maruz kaldığını saptamıştır.¹⁴ KGM’nin, tüm Afrika ülkeleri başta olmak üzere Orta Doğu’da örneğin Irak ve Yemen’de ve Asya’da örneğin Endonezya’da yoğunlaşmış olduğu bilinmektedir.¹⁵ Dahası, KGM’nin yayılımı bakımından ülkeler ve bölgeler arasında büyük farklılıklar olmakla beraber özellikle, Mali, Moritanya, Gambiya, Gine, Cibuti ve Sudan dahil olmak üzere Batı, Doğu ve Kuzey Afrika ülkelerinde, görülme sıklığının hâlen %40’ın üzerinde olduğu belirtilmektedir.¹⁶

Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya, Yeni Zelanda ve Japonya’ya yapılan göçler sonucu kadın göçmen nüfusun artmasıyla uygulamanın bu ülkelerde de sıklıkla görülmeye başlandığı bilinmektedir.¹⁷ Son otuz yılda özellikle göç alan ülkelerde mevcut verilerin karşılaştırılamazlığı nedeniyle bu ülkelerde KGM’den etkilenen çocuk ve kadınların toplam sayısını elde etmek ve ülkesel düzeyde karşılaştırmalar yapmak zor görünmektedir. Ancak, uygulamanın köken ülkelerindeki ulusal temsilî verilerin yanı sıra DHS ve MICS gibi uluslararası araştırma programlarının sağladığı veriler sonucu görülme sıklığına ilişkin bazı somut veriler elde edilebilmektedir.¹⁸ Bu doğrultuda, 0-14 yaş arası çocuklar arasında KGM görülme sıklığının Doğu Afrika’da 1995’te %71,4 iken 2016’da %8’e, Kuzey Afrika’da 1990’da %57,7’iken 2015’te %14,1’e, Batı Afrika’da yay-

12 UNICEF, *FGM/Cutting: Statistical Overview*, s. 3.

13 UNICEF, *Unicef’s Data Work On Fgm/C*, Unicef, 2016, s. 4.

14 UNICEF, *Unicef’s Data Work On Fgm/C*, s. 4-6.

15 UNICEF, *FGM/Cutting: Statistical Overview*, s. 37 vd.

16 Ngianga-Bakwin Kandala/Martinsixtus C Ezejimofor/Olalekan A Uthman/Paul Komba, “Secular trends in the prevalence of female genital mutilation/cutting among girls: a systematic analysis”, *BMJ Global Health*, S. 2018/3, 2018, s. 5.

17 Claudia Cappa/ Luk Van Baelen/ Els Leye, “The practice of female genital mutilation across the world: data availability approaches to measurement”, *Global Public Health*, S. 14/8, 2019, s. 2.

18 Cappa/Baelen/Leye, s. 8.

gınlık 1996'da %73,6 iken 2017'de %25,4'e düştüğü ileri sürülmüştür.¹⁹

KGM uygulamasının Türkiye'de görülüp görülmediğine ilişkin başta DSÖ ve UNICEF raporları dahil olmak üzere herhangi bir resmî veri bulunmamaktadır. Ancak, *Filiz Bingölçe* tarafından UNFPA desteğiyle yapıp yayınlanamayan “*Gerdek Gecesi*” adlı araştırmada yapılan röportajlar aksini göstermektedir.²⁰ Konuya ilişkin olarak Avrupa Parlamentosu'nda 8 Nisan 2009'da *Robert Kilroy-Silk* tarafından “*Komasyon, Türkiye Hükümetine, o ülkede hiçbir kadının veya kız çocuğunun genital olarak sakatlanmadığına dair kesin bir kanıt sunmadığı sürece AB'ye girmesine izin verilmeyeceğini bildirecek mi?*” şeklinde bir yazılı soru verilmiştir.²¹ Ardından başlayan tartışmalara ilişkin BM Türkiye Nüfus Fonu Toplumsal Cinsiyet Programı Koordinatörü *Meltem Ağduk* “(...) şimdiye kadar kadın sünneti örneğiyle karşılaşmadıklarını ve BM Nüfus Fonu'nun Mart 2008'de kadın sünnetinin ortadan kaldırılmasına ilişkin başlattığı kampanyada da Türkiye'yi gündemine almadığını” belirtmiştir.²²

III. KGM'İN TARİHÇESİ VE UYGULAMA SEBEPLERİ

KGM'nin tarihçesini ve uygulamanın sebeplerini ortaya koymak, uygulamayı hem irade ve insan hakları yönünden ele almak hem de hukuksal boyutlarını tartışmak açısından önem arz etmektedir. *Momob'un* aktardığına göre KGM'nin en az iki bin yıl öncesine dayandığı bilinmekle beraber, Herodot bu uygulamanın Finike, Hitit, Etiyopya ve Hintler tarafından yerine getirildiğini belirtmektedir. Bazı yazarlar, genital mutilasyonun, antik Mısır'da aristokrasinin simgesi olduğunu ileri sürmekte ve infibulasyon uygulamasının izlerinin Mı-

19 Kandala/Ezejimofor/Uthman et al., s. 3 vd.

20 Ayrıntı için bkz. Merve Selin Şohoğlu, “*Kadın Genital Sakatlaması Nam-ı Diğer ‘Kadın Sünneti’*”, *Kadın Yazıları* (Yayına Haz. Türkân YALÇIN), Savaş Yayınevi, Ankara, 2020, s. 954 vd.

21 “*Female Genital Mutilation in Turkey*”, (<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2009-2632+0+DOC+XML+V0//EN>, E. T. 19.11.2020).

22 Kadının İnsan Hakları Yeni Çözümler Derneği Kurucusu Pınar İlkaracan ise Avrupa Parlamentosu'ndaki sünnet tartışmasını “*AB'de Türkiye'deki kadınların durumu o kadar kötü görünüyor ki, artık sünneti de kattılar. Genel kanyaya göre, ‘Türkiye’de kadınların bali o kadar kötü ki, bu da vardır, kadın sünneti de vardır’ diye düşünüyorlar*” şeklinde değerlendirmiştir. Bkz. “*140 milyon sünnetli kadın nerede yaşıyor?*”, (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/140-milyon-sunnetli-kadin-nerede-yasiyor,IR0Z6RrbHUKkn6n1tutZhQ>, E. T. 19.11.2020).

sır mummyalarında bulunabildiğini ifade etmektedir. Bununla birlikte, genital mutilasyonun kadının “kıyafete sürünerek gelişen klitorisinin neden olduğu cinsel arzuyu azaltmak” inancıyla yapıldığı ileri sürülmektedir. Birçok yazar, uygulamanın, ilkel topluluklarda kadınların cinsel davranışlarını kontrol altına almak amacıyla ortaya çıktığına inanmaktadır. Uygulama, örneğin Romalılarda kadın kölelerin hamile kalmasını engellemek ve Rusya’da Scoptsi tarikatında bekâret kontrolünü sağlamak amacıyla kullanılmıştır.²³

Dünya Sağlık Örgütü, uygulamanın sebeplerini psikoseksüel, sosyolojik, hijyenik ve estetik, dinî ve mitsel olmak üzere beş gruba ayırmaktadır. *Psikoseksüel* sebepler, genital bölgedeki özellikle klitorisi kapsayacak şekilde duyarlı dokunun bir kısmını veya tamamını çıkartarak kadının cinsel arzusunu azaltmak, evlilik öncesi bekâret ve iffeti; evlilik süresince sadakati korumak, erkeğin cinsel hazzını artırmak; *sosyolojik* nedenler, kadınlığa geçiş, kültürel miras, sosyal etkileşim, sosyal birliği devam ettirmek; *hijyenik ve estetik* nedenler, kadının genital bölgesinin kirli ve çirkin olarak görülmesi; *dinî* sebepler, Müslümanlardan Hristiyanlara, animistlerden inanmayan topluluklara kadar birçok farklı uygulama alanının bulunması; *mitsel* sebepler ise doğurganlığı ve çocukların yaşamasını sağlamak olarak belirlenmiştir.²⁴

Özellikle infibulasyon sonrası vajinal açıklığı genişletme korkusunun kadınları evlilik dışı cinsel birlikteliklerden uzak tuttuğu belirtilmektedir.²⁵ Doğum sonrası genişleyen açıklığın dokuların birbirine dikilmesiyle tekrar daraltılarak re-infibulasyon işleminin gerçekleştirilmesinin “kadınların kocalarını tatmin etmesi” için gerçekleştirilen bir uygulama olduğu görüşünün hâkim olduğu da vurgulanmaktadır.²⁶ Bazı yazarlar, KGM uygulamasının kadının klitorisinin, erkeğin penisine veya doğum esnasında bebeğe temas ederse dokunulan kişinin fiziksel ve ruhsal olarak zarar göreceğine veya öleceğine ina-

23 Comfort Momoh, *Female Genital Mutilation*, Radcliffe Publishing, United Kingdom, 2015, s. 5.

24 World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children’s Fund (UNICEF), *Joint Statement*, s. 4.

25 Klein/Helzner/ Shayowitz et al., s. 2.

26 Jeffrey P. Bishop, “Modern Liberalism, Female Circumcision, and the Rationality of Traditions”, *Journal of Medicine and Philosophy*, S. 29/4, 2004, s. 476.

nıldığı için yapıldığını belirtmektedirler.²⁷ Örneğin *Wheeler*, özellikle Nijerya, Burkina Faso ve Mali’de doğum esnasında bebeğin kafası kadının klitorisine temas ederse bebeğin öleceğine dair mitlerin yaygın olduğunu aktarmaktadır.²⁸

Bazı etnik gruplar, KGM uygulanmayan kadınların klitorisinin büyüyerek penis boyutuna geleceğini, erkekler tarafından çekici bulunmayacağını ve kendisiyle kimsenin evlenmeyeceğini iddia etmektedir. Bunun yanı sıra KGM prosedürünün bekâreti koruduğuna ve cinsel sapkınlığı önlediğine inanıldığından erkekler üzerinde de KGM uygulanmış kadınlarla evlenme konusunda açık bir sosyal baskı olduğu saptanmaktadır.²⁹ Ayrıca KGM, cinsiyeti ve kadın ile erkek arasındaki farklılığı sağlamlaştırdığı düşünüldüğü için de uygulanabilmektedir; birçok kültürde klitoris “erkeğe ait” görüldüğünden, kadının öfke veya farklı farklı partnerlerle cinsel ilişki gibi “erkeklik” özellikleri geliştirmemesi için alınmaktadır. KGM işleminin kadınların temizliğini, çekiciliğini sağladığı; vajinal akıntılarının ve parazitlerin bu şekilde engellendiği de yaygın görüşler arasındadır.³⁰ *Hayes’ten* aktaran *Walley*, katı cinsiyet ayrımının hüküm sürmesi ve ailelerin onurunun kadınların cinsel “safılığı” ile bağlantılı olduğunun düşünülmesi nedenleriyle annelerin kızlarını, kadına özgü olduğuna inanılan *ablaksız cinsellikten* korumak adına infibule ettirdiğini ifade etmektedir. Böylece, *kadın cinselliği kontrol altına alınmadığında meydana gelebilecek tecavüz, gayrimesru çocuk, toplum nezdinde lekelenme, ölüm cezası* gibi sonuçların önlenmesine inanılmaktadır.³¹

IV. KGM UYGULAMASININ SONUÇLARI VE YAN ETKİLERİ

KGM uygulamasının kısa ve uzun vadede ortaya çıkan birçok geçici ve kalıcı yan etkisi bulunmaktadır. Bu fiziksel veya psikolojik etkiler her ne kadar KGM tipi, uygulayıcı, fiziksel ortam gibi birçok

27 Fiona J. Green, “From clitoridectomies to ‘designer vaginas’: The medical construction of heteronormative female bodies and sexuality through female genital cutting”, *Sexualities, Evolution & Gender*, S. 7/2, 2005, s. 155.

28 Wheeler, s. 258.

29 Bishop, s. 477, 478.

30 Green, s. 155.

31 Christine J. Walley, “Searching for ‘Voices’: Feminism, Anthropology, and the Global Debate over Female Genital Operations”, *Cultural Anthropology*, S. 12/3, 1997, s. 414.

parametreye göre değişmekteyse de kadınların fiziksel ve psikolojik sağlığı ciddi şekilde zarar görmektedir. Doğrudan görülen *fiziksel* komplikasyonlara ciddi ağrı, şok, kanama, tetanos, idrar tutma zorluğu, genital bölgede ülser, çevre dokuda hasar gibi örnekler verilebilir.³² Bunlardan başka, enfeksiyon, hemoroit, çevre organlarda hasar ve hatta operasyon sonrası ağır kanama, şok, ağrı, enfeksiyon kaynaklı ölümler görülebilmektedir.³³

Dahası, birçok operasyonda aynı aracın kullanılması sebebiyle HIV taşıma olasılığı da artan endişeler arasındadır ve özellikle infibulasyon sonrası vajinal açıklığın dikilmesi de cinsel birleşmeyi zorlaştırmakta veya engellemektedir. KGM uzun vadede ise kist, keloid³⁴ yara oluşumu, idrar tutamamaya neden olacak şekilde üretra deformasyonu, disparoni (acılı cinsel ilişki), cinsel işlev yitirilmesi, vajinal açıklığın daraltılması ve dikilmesi sonucu ciddi doku hasarı, idrar yapmada güçlük, tekrarlayan kanamalar, idrar yolu enfeksiyonu, kısırlık,³⁵ demoid kist (yumurtalık tümörü)³⁶ gibi komplikasyonlara yol açabilmektedir. Ayrıca, doğum kaynaklı perineal yırtıklar, fetal distress (bebekte sıkıntı hâli) de kaydedilen sonuçlar arasındadır.³⁷ Birçok kadın, infibulasyon işleminden sonra penetrasyon yaşanmadan önce daraltılmış vajinal açıklığın kesilmesine gerek duyduğunu raporlamış ve doğum esnasında yine daraltılmış vajinal açıklığın kesilmesinin gerektiği, anne ve bebek ölüm oranlarının KGM uygulanan kadınlarda yüksek olduğu da saptanmıştır.³⁸

Psikolojik etkilere ise temel olarak, KGM öncesinde anksiyete, uygulama sırasında özellikle acı sebebiyle korku, aşağılanma hissi, aile bireyleri tarafından ihanete uğramışlık hissi örnek gösterilebilir. Bunun yanı sıra, kız çocuklarının “temizlenmek” için bu uygulama-

32 World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children's Fund (UNICEF), *Joint Statement*, s. 7 vd.

33 World Health Organization, *Female Genital Mutilation: An Overview*, World Health Organization, 1998, s. 25-35.

34 Yaraların iyileşme sürecinde aşırı hücre üretimi sonucunda oluşan dokuya “keloid” adı verilmektedir.

35 World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children's Fund (UNICEF), *Joint Statement*, s. 7.

36 World Health Organization, *Female Genital Mutilation: An Overview*, s. 27.

37 Carla Makhlof Obermeyer, “The consequences of female circumcision for health and sexuality: An update on the evidence”, *Cult Health Sex*, S. 7/5, 2005, s. 451.

38 Klein/Helzner/ Shayowitz et al., s. 4.

nın zorunlu olduğuna inandırılması, genital organlarına mutilasyon yapılmadan kirli, tehlikeli, karşı koyması güç bir cazibeye ve dolayısıyla ahlaksızlığa neden olacağı inancının yerleştirilmesi, işlem yapıldıktan sonra “diğerleri gibi” olacağı fikrinin aşılması yaygındır. Genital mutilasyon yapılmayan kız çocukları, toplumda hedef hâline getirilmekte ve bulunduğu toplulukta kimsenin kendisiyle evlenmeyeceği düşüncesiyle aşağılanmaktadır.³⁹ KGM işleminden sonra oluşan biçimsiz yara dokusu ise birçok kadının utanma hissi ve anksiyete yaşamasına sebep olmuştur.⁴⁰

Dinç ve Günaydın, KGM uygulanmış kadınlarda benlik saygısının düşük olduğunu ve cinselliği hissetmenin “kötü bir şey” olduğu fikrinin yaygın olduğunu aktarırlar. Dahası, KGM uygulandıktan sonra doğum kontrol yöntemlerinden bazılarının kullanılmadığı veya kullanılabilmesi için vajinal açıklığın genişletilmesi gibi işlemler gerektiği, genital sistem anatomisi bozulduğu için KGM uygulanmamış kadınlara oranla muayene veya trans vajinal görüntüleme yapılmasının zor olduğu belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, KGM geçirmiş bazı hamile kadınların; anne karnındaki bebeğin düşük kilolu olursa doğum kanalından daha rahat ilerleyebileceği düşüncesiyle hamilelik süresince diyet yaptıkları da saptanmıştır.⁴¹

KGM uygulanmış 23 ve uygulanmamış 24 kadın ile Dakar’da yapılmış araştırmada, KGM uygulanmış kadınların travma sonrası stres bozukluğunun (%30,4) ve diğer psikiyatrik sorunların (%47.9) diğer gruba oranla önemli ölçüde daha yüksek olduğu ve travma sonrası stres bozukluğunun yanında hafıza problemlerinin de görüldüğü saptanmıştır.⁴² 130 KGM uygulanmış ve 130 KGM uygulanmamış kadınla yapılan bir başka çalışmada ise KGM’nin cinsel arzu, uyarılma, orgazm, cinsel memnuniyet ve lubrikasyon⁴³ bakımından çok

39 Efua Dorkenoo/Scilla Elworthy, “Female Genital Mutilation: Proposals for Change”, Minority Rights Group International, 1992, s. 14 vd.

40 Klein/Helzner/ Shayowitz et al., s. 4.

41 Sevil Günaydın/Hüsniye Dinç, “Bir Kadın Sağlığı Sorunu: Genital Mutilasyon”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, S. 2/3, 2015, s. 369.

42 Alice Behrendt/ Steffen Moritz, “Posttraumatic Stress Disorder and Memory Problems After Female Genital Mutilation”, American Journal of Psychiatry, S. 162/5, 2005, s. 1000 vd.

43 Vajinal lubrikasyon, cinsel uyarılma ve cinsel ilişki sırasında vajinal salgı bezlerinin çalışmasıyla vajinanın kaygan duruma gelmesidir.

ciddi negatif etkileri olduğu saptanmıştır.⁴⁴ Ayrıca, travma sonrası stres bozukluğu yaşanan travmatik olaya dair anıların cinsel birleşme, jinekolojik muayene, doğum gibi durumlarda daha da belirginleşebildiği belirtilmiştir.⁴⁵ Mısır’da yapılan bir başka çalışma, benzer şekilde KGM uygulanan kadınların ağırlı menstrüasyon, cinsel birleşme sırasında vajinal kuruluk, cinsel isteksizlik, cinsel memnuniyetsizlik, orgazm olamama veya orgazm olmada zorluk gibi cinsel sorunları KGM uygulanmamış kadınlara oranla önemli ölçüde daha fazla yaşadıklarını ortaya koymuştur.⁴⁶ Dünya Sağlık Örgütü işbirliğiyle ve 28.393 kadının katılımıyla gerçekleştirilen bir araştırmada KGM uygulanan kadınların, KGM uygulanmayan kadınlara göre sezaryen ameliyatı oranının yüksek ve doğum sonrası kanama, ölü doğum veya yeni doğan ölümü, doğum sonrası hastane yatış süresinin uzaması, düşük doğum ağırlığı gibi risklerin daha fazla olduğu bulgularına ulaşılmıştır.⁴⁷

V. KADIN GENİTAL MUTİLYASYONU VE HUKUK

A. Tarihsel Sürec

Toubia ve Sharief 1979 yılında Sudan’da Dünya Sağlık Örgütü tarafından düzenlenen KGM üzerine ilk uluslararası konferansın tarihsel öneminin altını çizmekte; bu kapsamda sağlık tesislerinde KGM uygulamalarının bazı tiplerini gerçekleştirerek fiziksel komplikasyonların önüne geçilmesi önerisinin kabul edilemezliğine, uygulamanın tamamen sona erdirilmesine yönelik tavsiye kararın önemini vurgulamaktadır. Bu tarihten sonra uluslararası düzeyde finanse edilen KGM karşıtı kampanyalar, yaklaşık on beş yıl boyunca uygulamanın kız çocukları ve kadınlar için sağlık bakımından taşıdığı risklere vurgu yapma eğiliminde olmasına rağmen, 1990’lara gelindiğinde ise

44 Sharifa A. Alsibiani/Abdulrahim A. Rouzi, “Sexual function in women with female genital mutilation”, American Society for Reproductive Medicine, S.93/3, 2008, s. 723 vd.

45 James Whitehorn/Oyedede Ayonrinde/Samantha Maingay, “Female genital mutilation: cultural and psychological implications”, Sexual and Relationship Therapy, S. 17/2, 2002, s. 166.

46 Mohammed H. El-Defrawi/Galal Lotfy/Khadiga F. Dandash/Amany H. Refaat/Moustafa Eya-da, “Female Genital Mutilation and its Psychosexual Impact”, Journal of Sex & Marital Therapy, S. 27/5, 2001, s. 471, 472.

47 Emily Banks/Olav Meirik/Tim Farley/Oluwale Akande/Heli Bathija/ Mohamed Ali, “Female genital mutilation and obstetric outcome: WHO collaborative prospective study in six African countries”, Lancet, S. 3, 2006, s. 1837 vd.

kadın hakları vurgusu hâkim olmaya başlamıştır. 1993'te Viyana'da yapılan Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda toplumsal cinsiyet temelli şiddet, insan hakları ihlali olarak kabul edilmiş; kadın sağlığını ve haklarını etkileyen tüm kültürel uygulamalar insan hakları ihlali olarak öngörülmüştür. Daha sonra, 1994 yılında Kahire'de Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nda KGM uluslararası düzeyde ilk defa kadın üreme sağlığını etkileyen bir uygulama olarak anılmış ve bunu 1995 yılında Beijing'de Dünya Kadın Konferansı'nda KGM'nin kadın hakları ihlali olarak kabul edilmesi takip etmiştir.⁴⁸

KGM'yi bu gelişmelere paralel olarak yalnızca sağlık bakımından olumsuz sonuçlar doğuran bir uygulama olarak değil patriarkal, kültürel, sosyolojik, dinî temelleri olan bir uygulama olarak ele almak; çalışmaların odağına mağdur kız çocukları ve kadınları koyarak çok boyutlu bir değerlendirme imkânı yaratmaktadır.

A. İstanbul Sözleşmesi⁴⁹

Resmî adıyla Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi, 11 Mayıs 2011'de Avrupa Konseyi tarafından İstanbul'da imzaya açılmıştır ve bu nedenle kısaca İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır. Sözleşme, cinsiyet temelli ihlallerle ilintili olarak asli standartları belirleyerek devletlerin temel yükümlülüklerini saptamaktadır.

48 N.F Toubia/E.H. Sharief, "Female genital mutilation: have we made progress?", *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, S. 82/3, 2003, s. 251 vd.

49 Kadına yönelik şiddetin engellenmesi veya kadın hakları ihlallerini izlenmesi için gerekli ve yeterli kurumsal mekanizmaları oluşturmak ve bu mekanizmaları sürdürmek adına adım atmayan Türkiye Cumhuriyeti'nde uzun süredir hükümet tarafından sıklıkla İstanbul Sözleşmesi hedef alınmaktadır. Sözleşme içeriğinin "toplum yapısıyla" bağdaşmadığı ve hatta toplumu için "tehlike arz ettiği" iddialarına karşı kadın örgütleri Sözleşme'yi savunmak ve Sözleşme gereklerinin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla mücadele ederken, 20 Mart 2021 tarihli Resmî Gazete'de, İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedildiğine dair bir "Cumhurbaşkanı Kararnamesi" yayımlanmıştır. Her yönüyle siyasi olan bu kararın yalnızca hukuki açıdan ve teknik bir biçimde eleştirmek şüphesiz oldukça yetersiz kalacaktır. Ancak, ilgili "Cumhurbaşkanı Kararnamesi"nin hukuka aykırılığı ile ilgili olarak yapılan incelemeler için bkz. Kemal Gözler, "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Fesbetme Yetkisi Var Mi? (İstanbul Sözleşmesinin Fesbi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkan Kararı Üzerine Eleştiriler)", (www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm, Yayın Tarihi: 20.03.2021, E. T. 24.12.2021); Volkan Aslan, "İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi", (<https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi>, Yayın Tarihi: 29.03.2021, E. T. 24.12.2021)

İstanbul Sözleşmesi'nin 38. Maddesinde ise KGM şu şekilde düzenlenmiştir:

“Madde 38 – Kadın Sünneti

Taraflar aşağıda belirtilen kasten gerçekleştirilen eylemlerin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır:

a. kadının labia majora, labia minora veya klitorisinin tümünün kesilip çıkartılması, labia majoranın kenarlarının birleştirilmesi veya başka türlü bir kesmeye tabi tutulması;

b. bir kadını a fıkrasına belirtilen eylemlerden birine maruz kalmaya zorlama veya bu eylemleri bir kadına yaptırmak;

c. bir genç kıızı a bendinde belirtilen eylemlerden herhangi birine teşvik etmek, zorla maruz bırakmak veya bunları bizzat kendisine uygulamak.”

KGM'nin, İstanbul Sözleşmesi'nin ceza hukuku ile ilgili bölümündeki toplumsal cinsiyet açısından nötr olma ilkesinden ayrılan eylemler arasında olduğu ifade edilmektedir. Mağdurları zorunlu olarak kadınlar veya çocuklar olan KGM uygulamasının, özellikle onarılamaz ve yaşam boyu devam edecek zarara yol açması ve genellikle mağdurun onayı olmadan yapılması nedenleriyle Sözleşme kapsamında ceza gerektiren bir suç sayıldığı belirtilmektedir.⁵⁰

KGM, Sözleşme'de Dünya Sağlık Örgütü'nün belirlediği ve genellikle literatürde kullanılan tipoloji kadar ayrıntılı düzenlenmemiş olup (a) bendinde “veya başka türlü bir kesmeye tabi tutulması” şeklinde kapsayıcı bir sınıflandırmanın amaçlandığı söylenebilir de Dünya Sağlık Örgütü tipolojisinde belirlenen Tip 3 ve Tip 4'ün bu bende sokulmasının zor olduğu söylenebilir.

Düzenlemenin (b) ve (c) bentleri uyarınca sadece KGM uygulayıcısının değil bu eylemlere iştirak eden diğer kimselerin de cezalandırılması öngörülmüştür. Bu kapsamda; bir kadını maddede düzenlenen KGM eylemlerinden birine zorlamak veya yaptırmak

⁵⁰ İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi İstanbul Sözleşmesine Dair Açıklayıcı Rapor*, 2019, s.79.

ve bir genç kıızı maddede düzenlenen KGM eylemlerinden birine teşvik etmek, zorla maruz bırakmak veya bizzat kendisine uygulamak da cezalandırılması gereken eylemler olarak belirlenmiştir. Bu bentlerle, genital mutilasyon uygulamasına özellikle uygulamanın odağında küçük yaştaki kız çocukların da olması nedeniyle özgür irade dahilinde karar verilemeyeceği göz önünde tutulmuş ve bunun toplumsal bir pratik olduğu düşünülerek caydırıcılık etkisi amaçlanmıştır.

Düzenleme bakımından özellikle dikkat çeken en önemli nokta ise, herhangi bir “rıza” araştırması yapılmaksızın KGM’nin tamamen ortadan kaldırılması hedeflenmiştir. Dolayısıyla reşit bir kadının dahi işleme rızasının olduğunu açıklamasının hukuka uygunluk sebebi yaratmayacağı söylenebilir. Madde kapsamında da herhangi bir yaş sınırlaması yapılmamış, uygulamanın tamamen yok edilmesine yönelik bir düzenleme getirilmek istenmiştir.

Son olarak, Dünya Sağlık Örgütü, tüm açıklamalarında KGM’nin medikalizasyonunun mümkün olmadığını, asıl amacın bu uygulamayı tamamen sona erdirmek olması gerektiğini vurgulamaktadır. İstanbul Sözleşmesi de bu anlayışa paralel olarak uygulamanın medikalizasyonuna düzenlemede yer vermemiştir.

C. İlgili Diğer Uluslararası, Bölgesel ve Ulusal Mevzuat

KGM, kadın ve çocuklar bakımından insan hakları ihlali teşkil ettiğinden insan haklarına dair 1948 tarihli *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, *İkiz Sözleşmeler* olarak bilinen 1966 tarihli *Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* ile *Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme* gibi temel belgeler KGM bakımından da kaynak teşkil etmektedir. Dahası, uygulamaya maruz kalan grup göz önünde bulundurulduğunda 1979 tarihli *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi* ve 1989 tarihli *Çocuk Hakları Sözleşmesi*’nin de uluslararası kaynak belgeler arasında olduğu ifade edilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *İzevbekhai ve Diğerleri, v. İrlanda. Omeredo v. Avusturya, E. Collins ve A. Akaziebie v. İşveç* kararlarında bir çocuğu veya yetişkini KGM uygulamasına maruz bırakmanın

AİHS'in 3. maddesine aykırı olarak kötü muamele teşkil edeceğini vurgulamıştır.⁵¹

Bölgesel düzeydeki hukuki düzenlemelere bakıldığında ise Afrika Birliği Örgütü tarafından 1990 yılında *Çocuk Hakları ve Refahı Üzerinde Afrika Şartı* dikkat çekmektedir. 2005 yılında yürürlüğe giren *Afrika İnsan ve Halkların Hakları Sözleşmesi*'ne ek *Afrika Kadın Hakları Protokolü* ya da diğer adıyla *Maputo Protokolü* 5. maddesinde “Zararlı Uygulamaların Ortadan Kaldırılması” başlığı altında doğrudan kadın genital mutilasyonunu ve bu uygulamanın medikalizasyonunu yasaklamaktadır. Dahası, Afrika Örgütü 2019 yılında Kadın Genital Mutilasyonu’nu Bitirme Kampanyası başlattıklarını ve 2063 itibarıyla KGM dahil olmak üzere tüm toplumsal cinsiyet temelli şiddet formlarını bitirmeyi amaçladıklarını duyurmuştur.⁵²

Equality Now’ın Mart 2020’de yayımladığı rapora göre güncel olarak KGM uygulandığı yönünde veri mevcut olan 92 ülkeden 51’inde ulusal düzeyde KGM ya doğrudan özel bir yasa (bkz. Benin, Eritre, Gine Bissau Cumhuriyeti, Uganda, Kenya, İtalya vs.) ile ya da ceza, çocuk koruma, kadına karşı şiddet veya ev içi şiddet yasaları içerisinde (bkz. Mısır, Cibuti, Gana, Fransa, Almanya, Avustralya, Yeni Zelanda vs.) yasaklanmış durumdadır.⁵³

KGM karşıtı yasalar, özellikle 28 Afrika ülkesinde mevcut olup uygulamanın yaygın olarak diaspora toplulukları tarafından gerçekleştirildiği bilinen 16 Avrupa devleti, Amerika, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda gibi diğer devletlerde de KGM karşıtı yasal düzenleme mevcuttur.⁵⁴

Dahası, ülkeler arası KGM uygulamalarının da önemli bir sorun teşkil ettiği belirtilmektedir. Örneğin, Doğu Afrika Topluluğu, 2016 yılında *Kadın Genital Mutilasyonu Yasaklama Sözleşmesi*'ni imzalaya-

51 Bkz. AİHM, İzevbekhai ve Diğerleri v. İrlanda (Başvuru no: 43408/08), 17.05.2011, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105081>; AİHM, Omeredo v. Avusturya (Başvuru no: 8969/10), 20.09.2011, <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-106527>; AİHM, E. Collins ve A. Akaziebie v. İşveç (Başvuru no: 23944/05), 08.03.2007, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79864>.

52 “The African Union Launches a Continental Initiative to End Female Genital Mutilation and Save 50 million Girls at Risk”, (<https://au.int/en/pressreleases/20190211/african-union-launches-continental-initiative-end-female-genital-mutilation>, E. T. 24.01.2021).

53 Equality Now, *Female Genital Mutilation/Cutting: A Call For A Global Response*, 2020, s. 22 vd.

54 Equality Now, *FGM*, s. 22 vd.

rak bünyesindeki ülkeler arasında geçişler yapılarak-Örneğin Tanzanya'da 18 yaş altındaki kişilere KGM yapılması yasaklandığından Kenya'dan kolaylıkla sınır değiştirerek uygulamanın devam ettiği belirtilmektedir- KGM uygulamasının devam etmesini engellemeyi amaçlamıştır.

Türkiye'de KGM'ye ilişkin açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) ve İstanbul Sözleşmesi taraf devletlere birtakım yükümlülükler getirmektedir. Öncelikle CEDAW 1. maddesinde:

“İşbu sözleşmeye göre, “kadınlara karşı ayırım” deyimi kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sabilarda-ki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir.”

şeklinde kadına karşı ayrımcılığın tanımını yapmıştır. KGM uygulamasının da bu tanım içerisinde yer aldığına kuşku yoktur. Bunun yanı sıra, CEDAW Komitesi, 14 Numaralı Tavsiye Kararı'nda taraf devletlerin “kadın sünnetini” ortadan kaldırmak için uygun ve etkili önlemleri alması noktasında birtakım tedbirler önermiştir. Aynı şekilde 31 Numaralı Tavsiye Kararı'nda Taraf Devletlere kadınlara ve kız çocuklarına uygulanan zararlı uygulamaları önlemek ve ortadan kaldırmak konusunda yükümlülükler getirmiş ve bu uygulamalar arasında KGM'yi de saymıştır.

İstanbul Sözleşmesi'nin 45. maddesinde “*Taraflar Bu Sözleşme uyarınca belirlenen suçların, ciddiyetleri dikkate alınarak, etkili, orantılı ve caydırıcı cezalarla cezalandırılması için gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaklardır*” şeklinde bir yükümlülük getirmiş ancak Türkiye, AY m. 90/5 kapsamında yükümlü olmasına rağmen, Sözleşme'nin yukarıda açıklanan 38. maddesinde düzenlenen KGM'ye ilişkin iç hukukta bir düzenleme yapmamıştır.

İç hukukta bu uygulama somut duruma göre, kasten yaralama (TCK m. 86) veya netice sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu (TCK m. 87) kapsamında değerlendirilebilir. Öncelikle belirtmek

gerekir ki KGM daha önce değinildiği üzere sıcak obje, makas, bıçak, delici veya kesici alet gibi araçlarla gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle fiil, silahla⁵⁵ işlendiğinden TCK m. 86. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendi uyarınca kasten yaralamanın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturmaktadır.

Daha önce değinildiği üzere genital mutilasyon mağdurlarını, büyük oranda “beş yaşına gelmemiş ve genellikle on beş yaşlarını tamamlamamış kız çocukları” oluşturmaktadır. Bu durumlarda, somut olaya göre fiilin “*beden veya rub bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı*” işlenip işlenmediği gündeme gelebilir. Öncelikle belirtilmelidir ki sayılan nitelikli hal bakımından, kasten öldürme suçuna ilişkin düzenlemede “çocuk” ibaresine yer verilmişken, kasten yaralama suçunda bu ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle, Özbek/Doğan/Bacaksız’a göre kasten yaralamanın çocuğa karşı işlenmesi, her durumda nitelikli hali doğrudan oluşturmayacak; ancak çocukların da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğu somut olayda saptandıktan sonra nitelikli hal uygulanabilecektir.⁵⁶ Bu nedenle, mağdur çocuğun *beden veya rub bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğu* hâllerde fiil, TCK’nin 86. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi uyarınca kasten yaralamanın daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturacaktır.

55 TCK’nin “Tanımlar” başlıklı 6/1(f) düzenlemesi uyarınca silah deyiminden “*ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet, saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler*” anlaşılmaktadır.

56 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, B.15, Ankara, 2020, s. 210-211. Aynı görüş için bkz. Mustafa Özen, *Öğreti ve Uygulama İşığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, B. 3, Ankara, 2018, s. 235. Ancak Soyaslan ise söz konusu bentte çocuk ibaresine yer verilmemiş olmasına rağmen mağdurun çocuk olduğu tüm hallerde bu nitelikli halin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, B.13, Ankara, 2020, s. 140. Yargıtay CGK’nin benzer nitelikli halin, kasten öldürme suçu bakımından düzenlendiği 82/1(c) bendini incelerken verdiği “*Kanun koyucunun kasten öldürme suçunun çocuğa ya da beden veya rub bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesini nitelikli biri hal olarak düzenlerken “çocuk” sözcüğünü gereksiz olarak kullandığı düşünülmemeyeceğinden, kendini savunamayacak durumda olma ile çocuk olma durumları birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Her çocuğun beden veya rub bakımından kendisini savunamayacak durumda olacağı söylenemeyeceğinden, TCK’nun 82/1-e maddesindeki düzenleme ile kendisini savunabilecek durumda olan mağdur çocuklar açısından da uygulama alanı oluşturulduğu kabul edilmelidir*” yönündeki kararı da çocuğun mağdur olduğu her durumda 86/3(b) düzenlemesinin uygulanamayacağı görüşünü destekler niteliktedir. Bkz. Yargıtay CGK., E. 2012/1285 K. 2013/3, 15.1.2013)

Dahası, uygulamanın nadiren de olsa kamu görevlisi doktor tarafından işlendiği durumlarda “*kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmiş sayılıp sayılmayacağı ve fiilin, maddenin (d) bendi kapsamında nitelikli hâl oluşturup oluşturmadığı tartışılabilir. Söz konusu bendin uygulanabilmesi için failin, fiili kamu görevlisi olması ve sahip bulunduğu nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle işlemesi gerekmektedir. *Koca/Üzülmez’e* göre, nüfuzunu kötüye kullanan kamu görevlisi, göreviyle ilgili olmayan bir suçu işlerken sıfatı dolayısıyla sahip olduğu idari gücü bu suçu işlemede kolaylaştırıcı bir vasıta olarak kullanmaktadır.⁵⁷ Dolayısıyla örneğin kamu görevlisi doktorun, genital mutilasyon uygularken mesleğinin getirdiği nüfuzu kullanarak mağdurun karşı koyma imkanlarını bertaraf edebildiği durumlarda ilgili bent uygulama imkânı bulabilecektir.

Burada cevaplanması gereken en önemli soru ise mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği hususudur. Öncelikle belirtmek gerekir ki TCK’nin 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca mağdurun rızasının fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için ilgilinin rızası, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmalıdır. Bununla birlikte, TCK’nin 86. maddesine göre kasten yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek olduğu durumlarda fiilin kovuşturmasının yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır. Yaygın görüşe göre mağdurun kendisine karşı kasten yaralama suçunun işlenmesine karşı gösterdiği rıza ancak “kastan yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek olduğu” hallerde fiili hukuka uygun hale getirecektir.⁵⁸ Genital mutilasyonun basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek fiziksel sonuçlar meydana getirdiği bazı hâllerde, rızanın hukuka uygunluk sebebi sayılıp sayılmayacağı gündeme gelebilirse de mutilasyonun daha önce değinildiği üzere yalnızca vücut üzerinde fiziksel sonuçları olan bir işlem olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, “*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi kapsamında değerlendirilemeyecek, insan onuruyla bağdaşmayan*” fiillere gösterilen rıza geçerli sayılmayacaktır.⁵⁹

57 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, B.5, Ankara, 2018, s. 219.

58 Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 232.

59 Koca/Üzülmez s. 201-211.

Ancak, rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturup oluşturamayacağı tartışması yapılmadan önce söz konusu mağdurun mutilasyon hususunda açıkladığı “rızanın” fiili hukuka uygun hale getirebilmesi için gerekli şartları taşıyıp taşımadığının belirlenmesi zorunludur. Ortada hukuken geçerli bir rızanın bulunmadığı durumlarda, hukuka uygunluk sebebinin oluşup oluşmadığı tartışmasının yapılmasına gerek olmayacaktır.

Hukuken geçerli bir rızanın bulunabilmesi için öncelikle mağdurun rızaya ehliyetinin bulunması esastır. Bu kapsamda, ilgilinin rıza gösterdiği fiilin türünü, ağırlığını, sonuçlarını ve etkilerini anlayabilecek durumda olması gerekmektedir.⁶⁰ Kişi bu noktada değerlendirme yapma yeteneğini haiz bulunmalı; sahip olduğu değerler sistemine bağlı olarak somut olaya ilişkin sübjektif bir değerlendirme yapabilmeli ve sübjektif bir değer hükmüne ulaşabilmelidir.⁶¹ Ancak, mutilasyon konusunda sağlıklı bir biçimde sübjektif değerlendirme yapılarak rızanın verildiğini söylemek güçtür. Kız çocuklarının yaş itibarıyla rıza açıklamasının sonuçlarını ve etkilerini anlamaları mümkün değildir. Dahası, küçük yaştan itibaren, genital mutilasyon geçirmedikleri durumlarda kirli, iffetsiz, eş olmaya değmeyen kişiler olacaklarına inandırılmakta, kız çocukları bu şekilde manipülasyona uğratarak toplum nezdinde mutilasyona adeta zorlanmaktadır. Dolayısıyla ortada geçerli bir rızanın bulunduğu kabul edilemeyeceğinden ilgili açıklamalar fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir.

Bu doğrultuda, *Nuboğlu*, erkek çocuk sünnetinin çocuğun sağlığı bakımından yararlı olduğuna ilişkin tartışmalı da olsa birtakım görüşler bulunmasına rağmen, kız çocuk sünnetinin çocuk bakımından zararlı olduğunun tartışmasız kabul edildiğini belirtmektedir. Zararları göz önünde bulundurularak kız çocukları bakımından mutilasyon işleminin önlenmesine dair uluslararası metinlerde taraf devletlere çeşitli yükümlülükler getirilmesine de işaret eden yazara göre, kız çocuklarına uygulanan bu işlem istisnaya yer bırakmayacak şekilde hukuka aykırılık teşkil etmektedir.⁶²

60 Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, B.15, Ankara, 2020, s. 336.

61 Meral Ekici Şahin, *“Ceza Hukukunda Rıza”*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.152.

62 Ayşe Nuhoglu, *“Sünnet ve Ceza Hukuku”*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araş-

Son olarak, genital mutilasyon mağdurun duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına, iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması veya mağdurun ölmesi ihtimal dahilindedir. Bu hallerde, fiil TCK'nin 87. maddesi kapsamında neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama teşkil edecektir. Ağır netice bakımından failin taksiri yeterli olmakta ve madde kapsamında neticeye göre cezada artırım yapılmaktadır.

VI. KADIN GENİTAL MUTİLYASYONU VE İRADE TARTIŞMASI

KGM ile ilgili tartışmalar özellikle 80'lerden bu yana çok boyutlu bir hâle gelmiş olup meselenin sadece sağlık açısından yarattığı olumsuz sonuçlar üzerinden ele alınması yetersiz görülmüştür. Özellikle ikinci dalga feminizm, klitorisle ilgili çalışmaların hız kazanması ve KGM ile ilgili tartışmaların büyümesi paralellik göstermiştir.

Öncelikle belirtilmelidir ki kültürel kodlar ile iktidar ve kadın arasındaki hegemonik ilişkilere işaret edilmeden KGM'nin sebeplerinin anlaşılması mümkün değildir. Kadın sağlığı açısından kalıcı ve geçici pek çok zararlı sonucu bulunan bu uygulama, yalnızca medical bir problem olmayıp patriarkal ilişkilerle doğrudan bağlantılıdır. Uygulamanın özellikle sinir uçlarının bulunduğu klitorise zarar verilererek veya tamamen çıkartılarak veya gerçekleştirildiği ya da infibulasyon işleminin sonuçları göz önünde bulundurulduğunda kadının cinsel arzusu, üreme sağlığı ve cinsel yaşamının doğrudan hedef olduğu görülecektir. *Toubia*, bu durumu "Neredeyse bütün toplumlar kadınları bir şekilde boyunduruk altına alıyorsa da KGM, herhangi bir toplum tarafından kadın cinselliğini ve üremesini kontrol etmek için alınan en feci önlemdir, eylemin katılığı ve şiddeti, diğer toplumlarda

tırmaları Dergisi, C. 19, S.2, İstanbul, 2013, s. 212. Alman öğretilerinde sünnetin hukuki niteliği konusundaki görüşler hakkında ayrıntı için bkz. Ece Göztepe, "Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya'daki Sünnet Yasağı Tartışmasının Analizi", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 296 vd.

*işleyen daha göze çarpmaz mekanizmaların önemli bir anımsatıcısıdır” şeklinde ifade etmiştir.*⁶³

Kadınların cinsel haz almasının önüne geçilmesi -özellikle klitoris çıkarılarak uygulanan KGM sonrasında klitoral orgazm olanaksızdır- bekâret kontrolü ve evlilik dışı cinsel ilişkinin engellenerek -özellikle infibulasyon işlemi cinsel ilişkiyi zorlaştırarak bunu sağlamak amacını güder- kadının tek eşliliğe mahkûm edilmesiyle, kadın cinselliğinin kontrol altına alınması amaçlanmaktadır. KGM işlemiyle “kadının kocasını daha iyi tatmin edeceği düşüncesinin” yaygın olması, doğum sonrası re-infibulasyon işlemiyle vajinal açıklığın daraltılması özel mülkiyet ve sahiplik ilişkisinin bir sonucu olarak ataerkil yapının kadın üzerinde kurduğu tahakkümün açık bir göstergesidir. Ataerkil yapı, kadının cinsel birleşmeye salt “doğurgan kimliği” ile değil de cinsel açıdan haz alabileceği bir şey olarak bakmasını başkaldırı olarak kodlamaktadır. *Slack'ten* aktaran *Green*, bekâret korumasının kadının sosyal konumunu belirlemek için büyük önem ifade ettiğini ve özellikle bazı toplumlarda “*evlenecek kadının değerinin infibulasyon işleminden sonraki vajinal açıklığın boyutuna dayandığını; vajinal açıklık ne kadar küçükse kadının o kadar bakire ve müstakbel koca için o kadar değerli olduğunu*” ifade etmektedir.⁶⁴

Değindiği üzere, uygulamanın en yoğun olduğu yaş aralığı itibarıyla kız çocuklarının uygulama açısından sağlıklı bir rıza açıklamasında bulunması mümkün değildir. Rızanın serbest ve sağlıklı bir iradenin ürünü olması zorunlu olup gerek maddi gerek psikolojik olarak başka şekilde hareket etme imkânı ortadan kalkmış olmamalı; rıza gösterme özgürlüğü devam etmelidir.⁶⁵ Literatürde her ne kadar KGM açısından “rıza” bağlamında birçok tartışma yapılsa da kadınlar açısından da iradenin onu çevreleyen patriarkal ilişkilerden ayrı tanımlanmış ve salt özgür iradeyle bir rıza verildiğinin söylenmesi mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla, cinsel dokunulmazlık ve vücut dokunulmazlığı açısından bakıldığında rıza gözetilmeden gerçekleştirilen bu uygulamada amaç doğrudan kadının toplumdaki ye-

63 Nahid Toubia, “*Kadın Genital Mutilasyonu Nedir?*”, Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik (Ed. Pınar İlkaracan, B. 5, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 271.

64 Green, s. 157.

65 Şahin, s. 185.

rini sınırlama isteğidir. Her ne kadar, *Büken* “böyle bir uygulamanın kadınlar tarafından neden devam ettirildiğini anlamının mümkün olmadığını”⁶⁶ ve *Greenbaum* da bu uygulamanın sürdürülmesinin anlamının “sadece ataerkil baskıdan değil, toplumun yaşlı kadınlarının genç kadınlara uyguladığı sosyal baskı ile sürdürüldüğü için, basitçe ataerkil baskı iddiasında bulunmaktan çok daha karmaşık”⁶⁷ olduğunu iddia etse de iki yazarın da kavrayamadığı şey kadınların tam da bu ataerkil baskıdan arı irade oluşturmalarının mümkün olmadığı gerçeğidir. Bu kapsamda, KGM’nin bizzat kadınlar tarafından ifa edilmeye devam etmesini, eril tahakkümden bağımsız bir biçimde ve kadınların iradi olarak KGM uyguladığı şeklinde okumak oldukça indirgemeci bir yaklaşım olacaktır. Uygulamanın sebepleri incelenirken belirtildiği üzere, birçok toplumda KGM uygulanmayan kadınların evlenemeyeceğine, kirli, çirkin, hastalıklı, onursuz olduğuna, toplumdaki dışlanacağına inanılmaktadır. Bu sebeple, *Lightfoot-Klein*, haklı olarak, kendilerinin ve sonrasında da daha şiddetli bir biçimde çocuklarının geleceğini güvence altına almak için çabalayan kadınların sadece sisteme boyun eğmekle kalmamasını, aynı zamanda onun en sadık savunucusu olmasını doğal bir durum olarak ifade etmiştir.⁶⁸

VII. KADIN GENİTAL MUTİLYASYONU, KÜLTÜR VE HUKUK

KGM gibi uygulamalar, görev bilinci veya bir topluluk üyesi olmak gibi kavramları aktarmanın bir yolu olarak kabul edildiğinden; bu uygulamaların, inanç ağı⁶⁹ anlayışı içinde temellendirildiği ileri sürülür.⁷⁰ Dolayısıyla geleneksel açıdan toplumun uzun süredir içinde barındırdığı bu tür kültürel temelleri olan pratiklere karşı, hukukun ve etik anlayışın nasıl konumlanması gerektiği de tartışma konusu olmuştur.

Kültürel savunmanın hukuka ve özellikle ceza hukukuna izdüşümünün sınırları özellikle göç alan ülkeler bakımından önem ka-

66 Nühket Örnek Büken, “İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti”, *Kadın/Woman 2000/ Journal for Woman Studies*, S. 20/1, 2019, s. 20.

67 Bishop, s. 477.

68 Hanny Lightfoot-Klein, “*Prisoners Of Ritual: Some Contemporary Developments In The History Of Female Genital Mutilation*”, Second International Symposium on Circumcision, 1991.

69 Orijinal kavram olan “web of beliefs” için yaygın çeviri “bilgi ağı”dır.

70 Bishop, s. 487.

zanmaktadır. Kişinin kültürel farklılığı, hukuki güvenliği sağlamak ve biçimsel kanunilik ilkesini sıkı biçimde uygulamak gibi amaçlarla göz önünde bulundurulmayacak mı; yoksa kültürel savunmalar dikkate alınacak veya kültür, ceza hukuku bağlamında hata, mazeret nedeni, hukuka uygunluk sebebi veya ceza tayini gibi hususlar bakımından etkili olacak mıdır? Dahası, kültürel savunma istisnasız her suç açısından geçerli olacak mıdır? Belirtmek gerekir ki kültürel savunmanın kabulü yalnızca cezanın genel ve özel önleme amacını sekteye uğratmamakta bazı durumlarda özellikle failin lehine, mağdurun aleyhine eşitsizlik yaratabilmektedir; kültürel saiklerle işlenen suçlarda, failin genellikle “güç sahibi” kişi olduğu göz önünde bulundurulursa da bu eşitsizlik perçinlenmektedir.⁷¹ Bu gibi suçlar bakımından kültürel savunmaya ceza hukuku bağlamında değer atfetmek, mağdur ve fail arasında halihazırda var olan ezen-ezilen ilişkisini hukuk nezdinde bir kez daha doğrulamaya neden olmaktadır.

KGM karşıtı söylemlere çok kültürlülük bağlamında yapılan eleştiriler, özellikle bu uygulamayı ortadan kaldırmak için yapılan çalışmaların emperyalizmin incelikli bir versiyonu olduğu⁷² ve KGM karşıtlığının oryantalist bir postulat üzerinde yürüdüğü iddiasını odağına alır. Örneğin, uygulamayı “işkence” başlığı ile ele alarak dikotomi yaratmanın “biz” ve “onlar” şeklinde kalıcı ayrımlar yaratma eğiliminde olduğu ileri sürülmüş ve “yerli” kadınlara “yerli” erkekler tarafından uygulanan ezici baskı söyleminin Avrupa-Amerikan feminizmi tarafından sürekli olarak sömürgeci egemenliği haklı çıkarmak için kullanıldığı iddia edilmiştir. Dahası, *Walley* pek çok yazarın “Batılı olmayan kadınların”, “Batılı olmayan erkekler” tarafından tahakküm altına alınmasının İngiliz ve Fransız emperyalizmini meşrulaştırmak için nasıl kullanıldığını ve erkek egemenliğini Üçüncü Dünya genelinde “geleneksel” olarak sıradanlaştıran sömürge temsillerinin, sömürgeciliğin ve ona eşlik eden ekonomik dönüşümlerin sistematik olarak hem -ve özellikle- kadınları hem de erkekleri ezdiğini görmezden geldiğini ifade ettiğini aktarmaktadır.⁷³ Bazı yerli aktivistler, Batı’nın bu “geleneği” adeta Afrikalı kadınların yüzleştikleri

71 Ozan Ercan Taşkın, “Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, 2015, s. 1127.

72 Bishop, s. 474.

73 Walley, s. 423.

en büyük baskılayıcı problem olarak görmesini oryantalist olarak kodlamakta; üstelik hâlihazırda birçok genç kızın KGM uygulamasını istememek gibi bir seçeneği bulunduğunu iddia ederek Batı'nın onların "vajinaları ile bu kadar ilgilenmesini" eleştirmektedirler.⁷⁴

Bunların yanı sıra, KGM ile ilgili çalışmalarda genellikle Afrika ülkelerine odaklanan sınırlı anlayışın KGM'nin diğer örnek ve tiplerinin değerlendirilmediğini aktaran *Green*, KGM benzeri uygulamalara dikkat çekmeyi amaçlar. İlk olarak Viktoryen dönemde hassas, kırılğan, psikolojik ve fiziksel yönden zayıf görülen orta sınıf kadınların tüm enerjilerini hayatta kendisine verilen eş ve annelik vasıflarına harcamalarının, evlilik içi ve yalnızca üreme amacıyla seks yapmalarının istendiği; mastürbasyon, evlilik dışı veya çok eşli cinsellik, homoseksüellik gibi "şeytanileştirilen" durumlardan uzak durmaları için kadınlara kliterodektomi uygulandığını belirtmiştir. Yazar, ikinci olarak, 1950'lerden itibaren interseksüelliği yok ederek tüm bedenleri ikili toplumsal cinsiyet sistemine uydurma çabasına yönelik genital organ operasyonlarına dikkat çekmiştir. Son olarak da idealize edilmiş estetik anlayışlarla paralel olarak değişen vajinal açıklık daraltma gibi bir dizi estetik cerrahi operasyona işaret ederek farklı kültürlerin de kadın bedeni üzerinde hegemonik pratiklerinin bulunduğunu ve bu doğrultuda KGM'nin Afrika ülkelerinde görülen tekil hegemonik bir pratik olmadığını ifade etmiştir.⁷⁵

Önemle belirtmekte fayda vardır ki çok kültürlülük gibi post-modern kimlik politikaları, ayrımları belirginleştirmeye ve kristalize etmeye yaramaktadır. Gelenek, çok kültürlülük gibi söylemlerle kendine alan açan liberal tezler, kadın bedeni üzerinde doğumdan başlayarak hayat boyu tahakküm kurmayı amaçlayan bu pratiklere içkin, ezen ve ezilen diyalektiğinin görmezden gelinmesine sebep olur. KGM işlemi sırasında kız çocuklarına acı çekse dahi bağırması, çığlık atmaması⁷⁶ ve hatta gözlerini kırpmaması⁷⁷ gerektiği aksi hâlde ailesinin utanç kaynağı olacağı söylenir. Bu ayrıntı dahi açıkça

74 Monica Antonazzo, "Problems with Criminalizing Female Genital Cutting", A Journal of Social Justice, S. 15/4, 2003, s. 472.

75 Green, s. 160 vd.

76 Klein/Helzner/Shayowitz et al., s. 2.

77 Walley, s. 410.

şunu gözler önüne sermektedir: Eril tahakküm, yaşı fark etmeksizin özgür iradesiyle karar vermesinin mümkün olmadığı mizojinist bir işleme, fiziksel olarak dayanılmaz acılar çekse dahi kendini onun sahibi sayan ailesini onurlandırarak sessiz kalma sorumluluğunu çocuk ve kadınların omuzlarına yüklemektedir.

Akçabay, kültür kavramının politik niteliği göz ardı edilmeksizin yapılan hukuk kültür tartışmalarının, hukuka toplumsal bir gerçeklik olarak yaklaşan çalışmaların hızla gelişmesini sağladığını ve hukukun aydınlatılması bakımından büyük önem taşımadığını ifade eder.⁷⁸

Geleneklere bağlılığı sürdürmek birçok durumda statükoyu devam ettirmek için muhafazakâr bir güç olarak kendini gösterir.⁷⁹ Dolayısıyla, onu çevreleyen ilişkilerden azade bir kültür tanımı gerçekçi olmadığı gibi sömürü düzeninin görmezden gelinmesine yarayacaktır. Hukukun kültüre nasıl bakması gerektiği üzerine yapılan saptamalar, ancak kültürün, hukuk üzerinden baskıyı yeniden üreten, var olan sömürü biçimlerini hukuki hâle getirmeye ve derinleştirmeye yarayan “meşru” bir araç olarak kullanılabilirdiği ön kabulüyle değerlendirildiğinde anlam kazanabilir. Tam da bu nedenle, kadın genital mutilasyonunu çok kültürlülük savıyla veya ataerkil ilişkileri görmezden gelerek bunun salt rızaî bir işlem olabildiği eleştirileri üzerinden serbest bırakmayı amaçlayan savunuların kritiğini yapmak zorunluluk hâline gelmektedir.

Son olarak, kadın genital mutilasyonu’na karşı çıkarken bu uygulamanın kadınlar ve çocuklar bakımından ayrımcılığa uğramama hakkı, şiddete maruz kalmama dahil olmak üzere yaşam ve fiziksel bütünlük hakkı, sağlık hakkı gibi temel hakları ihlal ettiğini belirterek uygulamanın aslen insan haklarını ihlal ettiği vurgulanarak ele alınması gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır. Uygulamanın cinsel dokunulmazlık ve vücut dokunulmazlığı haklarının kayda değer bir ihlali olduğu ve özellikle 15 yaşın altındaki çocuklara uygulandığı düşünüldüğünde çocuk hakları kapsamında dikkatle

78 F. Ceren Akçabay, “Hukukun Kültürle İmtihanı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1335.

79 Macklin’den aktaran Bishop, s. 483.

değerlendirilmesi gerektiği de belirtilmelidir. Daha önce değinildiği üzere KGM uygulamalarını “işkence ve kötü muamele” tanımının içine dahil ederek inceleyen yazarlar bulunmaktadır. *Akdemir* ise, bir kültürel talebin tolerans konusu olup olamayacağının o talebin talep eden kişide insan olanaklarını geliştirmesine ne denli katkı sağlayacağı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade ederek, meseleyi insanın kendini geliştirmesi hakkı üzerinden insan hakları düzleminde ele alır.⁸⁰

SONUÇ

Kadın genital mutilasyonu, ne yalnızca hukuk ne de yalnızca sağlık açısından ele alınması gereken bir konudur. Üstelik, bu uygulama tarihçesi, sebepleri ve sonuçları değerlendirilmeden incelendiğinde rızâ bir işlem veya kültürel kod olarak görülebilmekte; kadın cinselliğini denetim altına almayı ve toplumsal konumunu sınırlamayı amaçlayan bir uygulama olduğu gerçeği geri plana atılmaktadır. Oysa KGM, sahiplik ve özel mülkiyet ilişkisinin özel bir görünümüdür. Kadının cinsel arzusunu bastırmak, çok eşliliğini önlemek, “çirkin ve kirli” olduğu düşünülen bedenini “topluma uygun hale getirmek”, “erkeği korumak” gibi amaçlarla kız çocukları ve kadınlara mutilasyon uygulanmakta üstelik geleneksel yöntemlerle steril olmayan ortamlarda tıbbi bilgisi olmayan kişiler tarafından gerçekleştirilen bu işlem geçici ve kalıcı birçok sağlık sorunu yaratmakta hatta ölüme neden olabilmektedir. Bu sorunlar kadınların fiziksel ve psikolojik sağlıklarını bozmakta, ileriye dönük olarak yaşamlarını ciddi şekilde etkilemektedir.

Çok kültürlülük gibi tezler her türlü tahakküm ve sömürü biçimlerini göz ardı ederek kimlik politikalarıyla var olan toplumsal eşitsizlikleri korumayı amaç edindiklerinden, hukukun kültür karşısında konumlanması tüm bu ilişkilerden azade düşünülemez. Bir kontrol mekanizması olarak KGM, ataerkil ilişkileri yeniden üreten ve “öz-

80 Akdemir bu noktada Kuçuradi'nin bazı kültürel normların “kişide insan olanaklarını geliştirmesine katkıda bulunmadığını” ve hatta kişilerde insanın olanaklarını geliştirmesini engellediğini; son kertede saygı konusunun kültürler değil hangi kültürün mensubu olursa olsun insanlar olduğunu ifade ettiğini aktarmakta ve insan haklarına yaklaşımını bu ekseninde kurmaktadır. Bkz. Duru Şahyar Akdemir, “*İnsan Hakları İblali Olarak Kadın Sünneti*”, *Ulakbilge Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 13, 2017, s. 1057-1060.

gür irade” tartışmasının yapılmasını olanaksız kılan bir uygulamadır. Hukuki düzenlemelerin nihayetinde ne denli etkili olabildiği konusunda tartışmalar mevcut olmakla birlikte, hukukun toplumsal yaşamın her alanında kadın bedeni üzerinde söz sahibi olmayı, kadının toplumsal konumunu sınırlandırmayı ve bunu doğurganlığa eşitlemeyi, cinsiyet temelli eşitsizlikleri derinleştirmeyi amaçlayan mizojinist uygulamaların karşısında olması zorunluluk teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Demirbaş Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, B.15, Ankara, 2020.
- Göztepe Ece, “*Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi: Almanya’daki Sünnet Yasası’nın Tartışmasının Analizi*”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 2013, s. 283-315.
- Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, B.15, Ankara, 2020.
- Özen Mustafa, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, B.3, Ankara, 2018.
- Soyaslan Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, B.13, Ankara, 2020.
- Şahin Meral Ekici, “*Ceza Hukukunda Rıza*”, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Şohoğlu Merve Selin, “*Kadın Genital Sakatlaması Nam-ı Diğer ‘Kadın Sünneti’*”, Kadın Yazıları (Yayına Haz. Türkân Yalçın), Savaş Yayınevi, Ankara 2020, s. 953-994.
- Toubia Nahid, “*Kadın Genital Mutilasyonu Nedir?*”, Müslüman Toplumlarında Kadın ve Cinsellik (Ed. Pınar İlkaracan), B. 5, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 265-277.
- Koca Mahmut /Üzülmez İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, B.5, Ankara, 2018.

Makaleler

- Akçabay F. Ceren, “*Hukukun Kültürle İmtihanı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, 2013, s. 1321-1337.
- Akdemir Duru Şahyar, “*İnsan Hakları İhlali Olarak Kadın Sünneti*”, Ulakbilge Sosyal Bilimler Dergisi, S. 13, 2017, s. 1047-1065.
- Alsibiani Sharifa A./Rouzi Abdulrahim A., “*Sexual function in women with female genital mutilation*”, American Society for Reproductive Medicine, S. 93/3, 2008, s. 722-724.
- Antonazzo Monica, “*Problems with Criminalizing Female Genital Cutting*”, A Journal of Social Justice, S. 15/4, 2003, s. 471-477.

- Volkan Aslan, “İstanbul Sözleşmesi’nin Türkiye Cumhuriyeti Bakımından Feshedilmesi Hakkında Kararın 1982 Anayasası Bakımından Değerlendirilmesi”, (<https://blog.lexpera.com.tr/istanbul-sozlesmesinin-turkiye-cumhuriyeti-bakimindan-feshedilmesi-hakkinda-kararin-1982-anayasasi-bakimindan-degerlendirilmesi>), Yayın Tarihi: 29.03.2021, E. T. 24.12.2021)
- Banks Emily/Meirik Olav/Farley Tim /Akande Oluwole / Bathija Heli/ Ali Mohamed, “Female genital mutilation and obstetric outcome: WHO collaborative prospective study in six African countries”, *Lancet*, S. 3, 2006, s. 1835-1841.
- Behrendt Alice / Moriz Steffen, “Posttraumatic Stress Disorder and Memory Problems After Female Genital Mutilation”, *American Journal of Psychiatry*, S. 162/5, 2005, s. 1000-1002.
- Bishop Jeffrey P., “Modern Liberalism, Female Circumcision, and the Rationality of Traditions”, *Journal of Medicine and Philosophy*, S. 29:4, 2004, s. 473-497.
- Büken Nühket Örnek, “İstanbul Sözleşmesi Bağlamında Kadın Sünneti”, *Kadın/Woman 2000/Journal for Woman Studies*, S. 20/1, 2019, s. 17-42.
- Cappa Claudia /Baelen Luk Van /Leye Els, “The practice of female genital mutilation across the world: data availability approaches to measurement”, *Global Public Health*, S. 14/8, 2019, s. 1139-1152.
- Cook R.J./Dickens B.M./Fathalla M.F., “Female genital cutting (mutilation/circumcision): ethical and legal dimensions”, *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, S. 79/33, 2002, s. 281-287.
- El-Defrawi Mohammed H./Lotfy Galal/Dandash Khadiga F./Refaat Amany H./Eyada Moustafa, “Female Genital Mutilation and its Psychosexual Impact”, *Journal of Sex & Marital Therapy*, S. 27/5, 2001, s. 465-473.
- Er Cüneyd, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, *TBB Dergisi*, 2005, C.60, s.169-188.
- Gözler Kemal, “Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı? (İstanbul Sözleşmesinin Feshi Hakkında 3718 Sayılı Cumhurbaşkan Kararı Üzerine Eleştiriler)”, (www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm), Yayın Tarihi: 20.03.2021, E. T. 24.12.2021).
- Green Fiona J., “From clitoridectomies to ‘designer vaginas’: The medical construction of heteronormative female bodies and sexuality through female genital cutting”, *Sexualities, Evolution & Gender*, S. 7/2, 2005, s. 153-187.

- Günaydın Sevil/Dinç Hüsniye, “Bir Kadın Sağlığı Sorunu: Genital Mutilasyon”, Sağlık Bilimleri ve Meslekleri Dergisi, S. 2/3, 2015, s. 363-371.
- Kandala Ngianga-Bakwin/Ezejimofor Martinsixtus C/Uthman Olalekan A./Komba Paul, “Secular trends in the prevalence of female genital mutilation/cutting among girls: a systematic analysis”, BMJ Global Health, S. 2018/3, 2018.
- Klein Elliot/Helzner Elizabeth/ Shayowitz Michelle/ Kohlhoff Stephan/ Smith-Norowitz Tamar A., “Female Genital Mutilation: Health Consequences and Complications—A Short Literature Review”, Obstetrics and Gynecology International, S. 2018, 2018, s. 1-7.
- Nal Sabahattin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Türkiye’de İşkence ve İnsanlık Dışı Muamele”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, C. 15, S. 2, s. 145-184.
- Nuhoglu Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S.2, İstanbul, s. 211-219
- Obermeyer Carla Makhlouf, “The consequences of female circumcision for health and sexuality: An update on the evidence”, Cult Health Sex, S. 7/5, 2005, s. 443-61.
- Taşkın Ozan Ercan, “Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma”, Nevzat Toroslu’ya Armağan, C. 2, 2015, s. 1093-1136.
- Toubia N.F/ Sharief E.H., “Female genital mutilation: have we made progress?”, International Journal of Gynecology & Obstetrics, S. 82/3, 2003, s. 251-261.
- Walley Christine J., “Searching for “Voices”: Feminism, Anthropology, and the Global Debate over Female Genital Operations”, Cultural Anthropology, S. 12/3, 1997 s. 405-438.
- Wheeler Patricia, “Eliminating FGM: The role of the law”, The International Journal of Children’s Rights, S. 11/3, 2004, s. 257-271.
- Whitehorn James/Ayonrinde Oyedeji/Maingay Samantha, “Female genital mutilation: culturaland psychological implications”, Sexual and Relationship Therapy, S. 17/2, 2002, s. 161-170.

Çevrimiçi Kaynaklar

- “The African Union Launches a Continental Initiative to End Female Genital Mutilation and Save 50 million Girls at Risk”, (<https://au.int/en/pressreleases/20190211/african-union-launches-continental-initiative-end-female-genital-mutilation>, E. T. 24.01.2021).

“Female Genital Mutilation in Turkey”, (<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2009-2632+0+DOC+XML+V0//EN>, E. T. 19.11.2020).

“140 milyon sünnetli kadın nerede yaşıyor?”, (<https://www.ntv.com.tr/turkiye/140-milyon-sunnetli-kadin-nerede-yasiyor,IR0Z6Rrb-HUKkn6n1tutZhQ>, E. T. 19.11.2020).

Mahkeme Kararları

AİHM, E. Collins ve A. Akaziebie v. İşveç (Başvuru no: 23944/05), 08.03.2007. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-79864>

AİHM, İzevbekhai ve Diğerleri v. İrlanda (Başvuru no: 43408/08), 17.05.2011. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105081>.

AİHM, Omeredo v. Avusturya (Başvuru no: 8969/10), 20.09.2011. <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-106527>.

Yargıtay CGK., E. 2012/1285 K. 2013/3, 15.1.2013.

Diğer Kaynaklar

Dorkenoo Efu/Elworthy Scilla, “*Female Genital Mutilation: Proposals for Change*”, Minority Rights Group International, 1992.

Equality Now, *Female Genital Mutilation/Cutting: A Call For A Global Response*, 2020.

Feldman-Jacobs Charlotte/Clifton Donna, “*Female Genital Mutilation/ Cutting: Data and Trends: Update 2010*”, Population Reference Bureau, 2010.

İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi, *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi İstanbul Sözleşmesine Dair Açıklayıcı Rapor*, 2019.

Lightfoot-Klein Hanny, “*Prisoners Of Ritual: Some Contemporary Developments In The History Of Female Genital Mutilation*”, Second International Symposium on Circumcision, 1991.

Momoh Comfort, *Female Genital Mutilation*, Radcliffe Publishing, United Kingdom 2015.

UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, Unicef, 2013.

UNICEF, *Unicef's Data Work On Fgm/C*, Unicef, 2016.

World Health Organization, *Female Genital Mutilation: An Overview*, World Health Organization, 1998, s. 25-35.

World Health Organization/ Department of Reproductive Health and Research, *An interagency statement-OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO, World Health Organization, 2008.*

World Health Organization/ United Nations Population Fund & United Nations Children's Fund (UNICEF), *Female genital mutilation: a joint WHO/UNICEF/UNFPA statement, World Health Organization, 1997.*

DİLENCİLİK SUÇU* **

Ceren MERCAN***

Özet

Dilencilik, toplumda sık sık şahit olduğumuz bir sorundur. Bu sorun ile ilgili düzenlemeye TCK ve KK'de yer verilmiştir. TCK'ye göre dilencilik suçu, bir başkasını araç olarak kullanıp suçun işlenmesine sebebiyet verilmesidir. KK'ye göre ise dilencilik kabahati kişinin bizzat kendisinin dilenmesi ile suçu oluşturmaktadır. Çalışmamızda, öncelikle dilencilik fiili TCK ve KK bağlamında değerlendirilecektir. Bu kapsamda TCK m.229 yer alan dilencilik suçunun unsurları incelenerek konu güncel örnekler ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilecektir. İlgili suç tipi, KK m.33 düzenlemesi ile karşılaştırılacak, başka suçlarla benzer ve farklı yönleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dilencilik Suçu, Dilenmek, Yardım Etmek, Kabahat, Suç.

THE CRIME OF VAGRANCY

Abstract

Begging is a problem that we frequently witness in society. The regulation on this problem is included in the Turkish Penal Code (TCK) and Misdemeanor Law (KK). According to the Turkish Penal Code, the crime of begging is to use another person as an intermediary and cause the crime to be committed. According to the Turkish Minor Offences Act, the misdemeanor of begging

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 28/01/2022. İlk hakem raporu tarihi: 13/04/2022. İkinci hakem raporu tarihi: 18/04/2022.

** Çalışmanın hazırlanmasında desteğini esirgemeyen Dr. Öğr. Üyesi Fulya Eroğlu'na kalbi saygı ve sevgilerimi sunarım.

*** Altınbaş Üniversitesinde Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, av.cerenmercan@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1538-3668.

constitutes a crime by begging himself. In our study, first of all, the act of begging will be evaluated in the context of TCK and KK. In this context, the elements of the crime of begging in TCK article 229 will be examined and the subject will be evaluated within the framework of current examples and judicial decisions. The related crime type will be discussed in terms of similarities and differences with other crimes by comparing with the regulation of KK article 33.

Keywords: The Crime of Vagrancy, Begging, Donation, Misdemeanor, Crime

I. GİRİŞ

Dilenmek kavramı, TDK'de kendisini acındırarak karşı taraftan bir şeyler isteme, dilenci kavramı ise, geçimini dilenerek karşı taraftan arsızca ve ısrarlı bir şekilde bir şeyler isteyen kişi olarak tanımlanmıştır.

Dilenmek, geçmişten bugüne kadar toplumların yaşayış tarzları, sosyoekonomik yapıları, kültür seviyeleri gibi faktörlerle farklılaşmış olup günümüzde de dilenmek ve dilencilik kavramları ile sık sık karşılaşmaktayız.¹ Nitekim, dilencilik ile ilgili edebiyatımızda eserlerin var olduğu ve o var olan eserlerde dilencilüğün toplumda nasıl yansıdığına dair betimlemeler yapılmaktadır. Reşat Nuri Güntekin'in *Miskinler Tekkesi* adlı eserinde roman kahramanının dilenci olması ve etrafında geçen olaylar anlatılmaktadır.² Hüseyin Rahmi Gürpınar'ın *Hayattan Sahifeler* adlı eserinde de çingenelerin hayatlarını sürdürmek için neden dilencilik yaptıklarına değinilmektedir.³

Yardıma muhtaç kimseler dilencilik eylemini gerçekleştirirken, bir nebze de olsa kendi ihtiyaçlarını karşılama düşünceleri adı altında hareket etseler de, bu eylemin geri planda kalan kısmına bakıl-

-
- 1 Gündüz, Olgun, "Toplumda Dilencilik Olgusu ve Dilencilik Tipi", *Sosyal Politika Çalışma Dergisi*, S:49, Y:2020, s.863; Fatih Birtek, "Dilencilik Suçu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, Y: 2014, s.121.
 - 2 Gündüz, s. 863; Detaylı inceleme için bkz. Yıldırım, Zeliha, "Reşat Nuri Güntekin'in *Miskinler Tekkesi Romanında Yapı*", *Millî Kültür Araştırmaları Dergisi*, S:2, Y:2017, s. 174-188.
 - 3 Köse, Meryem, "Bir Yaşam Tarzı Olarak Dilencilik: *Hayattan Sabifeler*", *Akademik Dil ve Edebiyat Dergisi*, S:1, Y: 2020, s.167.

dığında, aslında birçoğunun dilenciliği meslek hâline getirdiği⁴ bir başka deyişle maaşsız memurluk⁵ olarak gördükleri söylenebilir.

Dilencilikle başa çıkmanın dini, kültürel, sosyoekonomik, eğitim gibi çeşitli boyutları olabileceği gibi asıl çalışma konumuzu ilgilendiren hukuki boyutu üzerinde de durmak gerekir. Dilenme fiili Kabahatler Kanunu'nun 33. maddesinde kabahat olarak düzenlenmiş olup, dilendirme fiili ise TCK m. 229'da suç olarak ele alınmıştır.

Genel olarak dilencilik kavramına değindikten sonra, çalışmamızın ana muhteviyatı yüksek mahkeme ve doktrin görüşleri ışığı adı altında hukuki bağlamda ele alınacaktır.

II. DİLENCİLİK SUÇU'NUN KABAHAHLAR KANUNU VE 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dilencilik suçu, TCK'nin ikinci kitabının, "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmında, "Genel Ahlak Karşı Suçlar" başlıklı sekizinci bölümünde yer almakta olup m. 229'da düzenlenmiştir.⁶ Hükümde, çocukları beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek kişilerin, dilencilikte araç olarak kullanılmasının yaptırımını bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası verilmekte olup, bu suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları tarafından⁷ ya da eş tarafından işlenmesi durumunda cezanın yarı oranında artırılacağı, eğer ki bu suç örgüt faaliyeti kapsamında işlenirse verilecek cezanın bir kat oranında artırılacağı düzenlenmiştir.

⁴ Dilencilikğin meslek hâli ile ilgili açıklamalar için bkz. Kutlu, İhsan. "Üniversite Öğrencilerinin Sosyal Bir Sorun Olarak Dilencilikçe Bakışı: Sakarya Üniversitesi Örneği." Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2019, s.7; Birtek, s.123; Çelebi, Mevlüt. *Bir Dilencinin Anıları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı*. İstanbul, 2008, s.157.

⁵ Vatandaş, Celalettin, "Dilenciler Ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma)", Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:1, Y: 2002, s.157; Birtek, s.128.

⁶ Eylem Baş, *Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2017, s.305.

⁷ "Birinci derece hısımlar; çocuklar; anne, baba; ikinci derece hısımlar; kişinin kardeşleri, dede, nine, torun; üçüncü derece hısımlar; yeğen, amca, dayı, bala, teyze; birinci dereceden kayın hısımları; eşinin annesi ve babası, ikinci derece kayın hısımları; kayın, baldız, görümce, eşinin büyük annesi ve büyük babası; üçüncü dereceden kayın hısımları; eşinin kardeşlerinin çocukları, eşinin dayısı, amcası, balası ve teyzesidir." Açıklama için bkz: Aslan, Göksel, *Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık Hırsızlık Ve Mala Zarar Verme Suçları*, Ankara, 2021, s.446.

Nitekim, 765 sayılı TCK'de m.544'te düzenlenen kanun metninde “Her kim çalışmaya muktedir olduğu hâlde dilencilik ederken tutulursa bir haftadan bir aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır.

Tekerrürü hâlinde hafif hapis cezası bir aydan aşağı olamaz.”

765 sayılı TCK'de m.545'te ise, “Her kim, 15 yaşından aşağı çocukları toplayıp dilencilik ettirir veya velayet ve vesayeti altında bulunan yabut kendisinin muhafazası ve nezaretine tevdi olunan 15 yaşından aşağı bir küçüğün dilenmesine veya bir kim senin o küçüğün dilencilikte kullanmasına müsaade ederse üç aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis ve 100 liradan aşağı olmamak üzere hafif para cezasıyla cezalandırılır.”

765 sayılı TCK'de düzenlenen dilencilik eyleminin, belirli kişileri dilencilik fiilinde kullanması ya da dilenciligi bizzat kişinin kendisinin yapmasıyla oluşmuş olan fiilleri, suç olarak değil kabahat olarak nitelendirilmiştir. Kabahatlerin, 5237 sayılı TCK'den çıkarılması ve Kabahatler Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle kişilerin dilenciligi bizzat kendisinin yapması kabahat olarak değerlendirilmiş olmasına rağmen, belirli kişilerin dilencilik fiilinde kullanılması ise suç sayılmıştır.⁸

Kabahatler Kanunu m. 33'de “Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire elkonularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve elkoymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülki amir veya belediye encümeni karar verir.”

Kabahatler Kanundaki bu hüküm ile dilencilik fiilinin doğrudan dilencilik kabahati olarak ele alındığını görmekteyiz.⁹

765 sayılı Kanun'da dilencilik eylemi kamu düzenine aykırılık kısmında kapsama alınırken, 5237 sayılı Kanun'da ise genel ahlaka aykırılık kısmında kapsama altına alınıp düzenlenmiştir.¹⁰ Ayırı-

8 Eroğlu, Fulya, *Dilencilik, Özel Ceza Hukuku, C. VII, Genel Ahlaka Karşı Suçlar Ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*; (Ed. Köksal Bayraktar), (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2020, s.138.

9 Birtek, s. 133; Yaşar, *Idari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar*, Ankara, 2020, s. 410.

10 Eroğlu, s. 139.

ca 5237 sayılı Kanun'da dilencilik eyleminin sınırları daha da genişletilmiş olup, çocuk ibaresi özellikle belirtilerek, yaş sınırında 18 yaşın altındaki tüm çocuklar ile beden ve ruh bakımından kendini idare edemeyecek kişiler de kanun metnine dâhil edilmiştir. Bu suçun, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi TCK m.229/2 hükmünde nitelikli hâl olarak düzenlenmiştir.¹¹ Her iki kanunun da tek ortak yanı dilencililiği icrai hareketle işlenebilen ve soyut tehlike yaratan bir fiil olarak ele almalarıdır.¹²

III. DİLENCİLİK SUÇUNUN DİLENCİLİK KABAHATI VE BAŞKA SUÇLAR İLE KARŞILAŞTIRILMASI

1- Dilencilik Suçu ve Dilencilik Kabahati Farkı

Dilencilik suçu TCK m.229 hükmünde düzenlenmiştir. Dilencilik kabahati ise KK m.33'te düzenlenmiştir. Dilencilik suçunda bir başkasını araç olarak kullanarak bu suçu işleme gayesi amaçlanırken, dilencilik kabahatinde ise kişi bireysel olarak -araç kullanmadan- bu kabahati işleme gayesini amaçlar.¹³

Özellikle şu hususa değinmekte fayda vardır. TCK m.229 bağlamında kişinin bir başkasını araç olarak (çocukları, beden ya da kendini ruhen idare edemeyecek kişileri) kullanıp, hem de failin kendisi de bizzat dilencilik yapıyorsa, araç olarak kullanma dilencilik suçunu; bizzat kendisi dilenen fail de dilencilik kabahatini oluşturmuş olur. Peki ya bu durumda nasıl ceza verilecektir? Somut olayda hem dilencilik suçu hem de dilencilik kabahati olduğundan KK m.15/3 (içtima) hükmü gereğince, (TCK'de dilencilik fiili suç olarak tanımlanmış, KK'de ise dilencilik fiili kabahat olarak tanımlanmış) sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilir denildiğinden, burada, dilencilik suçu yönünden hüküm kurulması gerekmektedir.¹⁴

11 Eroğlu, s. 139.

12 Eroğlu, s. 139.

13 Daha detaylı açıklama için bkz. makalenin 2.sayfası.

14 Birtek, s. 158-159; Güçlü, s. 411; Artuç, *Mustafa, Pratik Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2019, s. 1242.

2- Dilencilik Suçu ve Kötü Muamele Suçu Farkı

TCK m.232’de düzenlenen kötü muamele suçunda, aynı konutta beraber yaşayan kişilerin birbirlerine karşı kötü muamele ederek davranması, TCK m. 229’da düzenlenen dilencilik suçunda da kişinin çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek hâlde bulunan kimseleri aynı zamanda dilencilikte araç olarak kullanması, tek bir fiille birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verdiği için, TCK m.44 fikri içtima kuralları uyarınca fail suç tanımında en çok cezai müeyyide içeren dilencilik suçundan yargılanacaktır.¹⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu kararda “15.09.2009 tarihinde saat 21.50 sıralarında ... ili, ... ilçesi, Atakent Mahallesi, Şebit ... Caddesi, No: 5sayılı yer önünde yaşı küçük mağdur ...’ın vatandaşların önüne geçerek, kendisini acındırmak suretiyle elindeki mendili satmaya çalıştığı görüldüğü üzerine mağdurun ... Çocuk Büro Amirliğine getirildiği, gerekli işlemler yapıldıktan sonra nöbetçi Cumhuriyet savcısının talimatı ile annesi olan sanık ...’ın temin edildiği, ardından da 16.09.2009 tarihinde saat 00.30 sıralarında mağdurun sanığa teslim edildiği anlaşılan olayda; dilencilik suçunun bareket unsurunu oluşturan “araç olarak kullanma” eyleminden söz edilebilmesi için failin dilenme anında çocuğu ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseyi menfaat talep edilen kişinin algılayabileceği bir şekilde beraberinde ya da kendisine yakın bir yerde bulundurmasının gerektiği, bu anlamda mendil satma eylemi sırasında çocuğu olan ...’ın yanında ya da ona yakın bir yerde bulunmayan sanık bakımından TCK’nun 229/1. maddesinde düzenlenen dilencilik suçunun yasal unsurlarının oluşmadığı anlaşılmakta ise de aynı konutta birlikte yaşadığı ve olay tarihi itibarıyla altı yaşını ikmal etmiş oğluna yönelik, merhamet, acıma ve şefkat duygularıyla bağdaşmayacak şekilde gece vakti, geç saatte, cadde üzerinde, tek başına mendil sattıran sanığın eyleminin aynı Kanun’un 232/1. maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.” sonucuna varılarak, TCK m.229/1’e göre her ne kadar dilencilik suçunun unsurları somut olayda olmasa da, TCK m.232/1’e göre sanığa kötü muamele suçundan ceza verilmesine karar verilmiştir.¹⁶

15 Birtek, s.159; Eroğlu, s. 158; Baş, s. 340.

16 Yargıtay CGK, 02.06.2021 tarihli ve E. 2020/369, K.2021/244 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 26.03.2022).

3- Dilencilik Suçunun Dolandırıcılık Suçundan Farkı

TCK m.157’de dolandırıcılık suçu “*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Dilencilik suçunda bir başkasını hileli davranışlarla araç olarak kullanan kişi bu suçun oluşmasına sebebiyet verebilir. Şöyle ki, çocuk olmamasına rağmen çocuk gibi gösterilen, felçli olmamasına rağmen felçli taklidi yapan kişileri araç olarak kullanan kişiler dolandırıcılık suçunu işlemiş olurlar.¹⁷

Önemle belirtmek isteriz ki, Yargıtay kararlarında¹⁸ hile unsurunun tespiti noktasında sadece karşı tarafa yalan söyleyerek yapılan hileli davranışın, hile unsuru yönünden tek başına yeterli olmayacağı, durumun hâl ve koşullarına göre hileli davranışı tespit etmek için başka unsurlarında olması gerektiği savunulmaktadır. Nitekim, doktrinde de bazı yazarlar Yargıtay’ın görüşünü paylaşmaktadırlar.¹⁹

4- Dilencilik Suçunun İnsan Ticareti Suçundan Farkı

TCK m.80 hükmünde düzenlenen insan ticareti suçu “*zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fubuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkararak, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran*” şeklinde işlenebilen bir suç olduğu görülmektedir.

Dilencilik suçunda da çocuk ya da beden ve ruh bakımından kendisini idare edemeyecek kişileri suçta araç olarak kullanan kişiler,

17 Eroğlu, s.142.

18 Yargıtay CGK, 06.06.2017 tarihli ve E. 2017/15-590, K.2017/318 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim:08.12.2021); Yargıtay CGK, 26.6.2012 tarih ve E. 2011/15-420, K. 2012/249 sayılı kararı. www.kararara.com (Erişim:08.12.2021).

19 Centel, Nur/ Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 2017, s.506; Eker Kazancı, Behiye/ Zeyrek, İlker, “*TCK’da Dolandırıcılık Suçu*”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, Özel Sayı, Y:2019, s.15; Tezcan, Durmuş./ Erdem, Mustafa Ruhana ve Önok, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2020, s.881.

aynı zamanda esarete tâbi kılmak suretiyle de bu suçu işliyorlarsa, doktrindeki baskın görüşe göre, somut olayda hem dilencilik suçunun hem de insan ticareti suçunun oluştuğunu ifade etmişlerdir.²⁰

Doktrinde bazı yazarlara göre, bir babanın çocuğunu bir çeteye para karşılığında dilencilik yapması için gönderdiği zaman, burada hem insan ticareti suçu hem de dilencilik suçu oluşacağı ifade edilmiştir.²¹ *Birtek*, böyle bir durumun varlığında, dolaylı dilencilik betimlemesi yapıp, çocuğun zorla çalıştırılması unsuru TCK m.80 bağlamında insan ticaretinin özel kast ile aranan unsurlarından biri olması sebebiyle, burada hem dilencilik hem de insan ticareti suçu olduğu kanısındadır.²² Yalnız, doktrindeki baskın görüş ise burada sadece insan ticareti suçu oluştuğunu savunmaktadır.²³

IV. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Dilencilik suçunun TCK m.229 hükmünde düzenlenen gerekçesinde “Çocukları, fiziksel veya zihinsel engellileri dilencilikte araç olarak kullanmak suretiyle başkalarının diğerkâmlık ve acıma duyguları istismar edilmekte ve haksız kazançlar elde edilebilmektedir. Bu durumun kişilerdeki kimsesizlere, yoksullara yardım etme yönündeki basletlerin zayıflamasına yol açtığı, bilinen bir gerçektir. Bu düşüncelerle, çocukların, fiziksel veya zihinsel engellilerin dilencilikte araç olarak kullanılması, suç olarak tanımlanmıştır.” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca, dilencilik suçu TCK’nin ikinci kitabının, “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmında, “Genel Ahlakı Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde yer almakta olup maddenin gerekçesi ile birlikte değerlendirildiğinde dilencilik suçunda korunan hukuki değerler karma olduğuna ve genel ahlakın korunmasına yönelik olduğuna ulaşılabilir. Bir başka deyişle, toplumun genel ahlakını korumayı hedefleyen gaye aynı zamanda insanlığın onurunu da korumayı

20 Tezcan/ Erdem ve Önok, s.127; Özbek/ Doğan ve Bacaksız, 2020, s.105; Kocasakal, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, Y:2003,s.64.

21 Özbek/ Doğan ve Bacaksız, 2020, s.105; Demir, Bersu/ Demir,Oğuzhan Ömer, “İnsan Ticareti Ve Yasal Düzenlemeler Eski Sorunlar, Yeni Çözümler, Polis Bilimleri Dergisi, S:1, Y: 2004, s.61.

22 Birtek, s. 163.

23 Tezcan/ Erdem ve Önok s. 19; Koca, Mahmut, “İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK M.201/B)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 2, Y: 2003, s.154.

amaçladığı için, dilencilik suçunda korunan hukuki değerın karma nitelikte olduğunu ifade edebiliriz.²⁴

Nitekim, Türkiye'nin de sözleşmenin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 32/1 maddesinde²⁵ “*çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, abläksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.*” ifadesine yer verilerek, TCK m.229 hükmünün, bu sözleşmenin ilgili bu hükmü dikkate alınarak yapılması sağlanmış olup, bu şekilde bir düzenleme aynı zamanda BM Çocuk Hakları Sözleşmesi gereğince de bir yükümlülük olmaktadır.²⁶

V. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

1- Fail

Dilencilik suçunun failinin herkes olabileceği kanunda düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla, bu suçı işlemek için, failin birtakım belirli özellikler taşımasına gerek olmadığından, bu suç özgü suç²⁷ kapsamında değildir.²⁸ Lakin, bu suçun mağduru, failin üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımlı ya da eşi olması hâlinde maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen nitelikli hâl uygulanacağı için, *Birtek*²⁹,

24 Birtek, s.139; Eroğlu, s. 143.

25 BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 32 hükmüne şu şekilde yer verilmiştir.

“Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, abläksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler.

Taraf Devletler, bu maddenin uygulamaya konulmasını sağlamak için yasal, idari, toplumsal ve eğitsel her önlemi alırlar. Bu amaçlar ve öteki uluslararası belgelerin ilgili hükümleri göz önünde tutularak, Taraf Devletler özellikle şu önlemleri alırlar:

İşe kabul için bir ya da birden çok asgari yaş sınırı tespit ederler;

Çalışmanın saat olarak süresi ve koşullarına ilişkin uygun düzenlemeleri yaparlar.

Bu maddenin etkili biçimde uygulanmasını sağlamak için ceza veya başka uygun yaptırımlar öngörürler.”

26 Birtek, s.139; Eroğlu, s. 144.

27 Gerçek özgü suçlar ve görünüşte özgü suçlar olmak üzere özgü suçlar ikiye ayrılır. Gerçek özgü suçlar da özel faillik vasfı aranır. Görünüşte özgü suçlarda ise, suçun temel şekli herkes tarafından işlenebilirken nitelikli hâli sadece belli kişiler tarafından işlenebilmektedir. Detaylı açıklama için bkz Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*; Ankara, 2021, s. 115-116, s. 483-484.

28 Eroğlu, s. 145.

29 Birtek, s. 140.

bu durumda bu suçun temel şeklinin herkes tarafından, nitelikli hâlinin ise belirli kişilerce işlenmesi hâlinde görünüşte özgü suç oluşturduğu kanaatindedir. Bizce de bu görüş isabetlidir. Çünkü gerçek özgü suç ve görünüşte özgü suç ayırımındaki temel kıstas³⁰ bazında değerlendirildiğinde bu sonuca varılmaktadır.

Fail, çocuk da olabilir. Bir çocuğun bir başka çocuğu araç olarak kullanması suretiyle de bu suç gerçekleşebilir. Kanun koyucu fail nezdinde herhangi bir sınırlama yapmamıştır.³¹ Yalnızca, failin çocuk olması durumunda TCK'de yaş küçüklüğünü içeren madde 31 hükmü dikkate alınarak fail çocuğa o şekilde ceza tayin edilir.³²

2- Mağdur

Dilencilik fiili ile toplumun acıma ve diğerkâmlık duyguları zedelenmekte ve sırf bu duygular neticesinde toplumun genel ahlakı, dilencilik fiili ile sömürüldüğü için bu suçun mağduru toplum olmaktadır.³³

Dilencilik suçunda, dilenen kişi ya da kişilere, yardım ya da menfaat sağlayanlar suçtan zarar gören konumundadırlar.³⁴ Suçtan zarar gören kişilerin gerçek kişi ya da tüzel kişi olması mümkündür. Örnek vermek gerekirse, dernek ya da vakıftan yardım isteme (dilenme) suretiyle onları araç olarak kullanma eyleminde, görüleceği üzere, dernek ve vakıf suçtan zarar gören konumundadır.³⁵

Lakin kamu tüzel kişileri içinse ayrı bir duruma özel olarak değinmek gerekir. Şöyle ki, *Birtek*, bir kamu tüzel kişisinden yardım isterken, bu yardımın belgelendirilerek neden istendiğine ilişkin bir açıklama yapılırken, örneğin, “ilgili valilikten bu yardım için izin alınmıştır” gibi bir nedenin var olması söz konusu olsa ve bu yardımın aslında gerçekte olmayan bir yardım talebi olduğu sonradan öğrenilse dahi, burada dilencilik suçunun oluşumundan değil, ancak hileli davranışlarla belge düzenlenip yardım talebinde bulunduğu için

30 Gerekli açıklama için bkz. makalenin 5. sayfasındaki 4 numaralı dipnot.

31 Baş, s. 323; Eroğlu, s. 145; Birtek, s.140.

32 Baş, s. 323; Yaş küçüklüğüne ilişkin detaylı açıklama için bkz. Koca ve Üzülmöz, s. 318-325.

33 Birtek, s.142; Eroğlu, s.146; Baş, s. 325.

34 Birtek, s.142, Eroğlu, s.146; Baş, s.326

35 Birtek, s.142.

dolandırıcılık suçu ile resmi ya da özel belgede sahtecilik suçundan söz edilebileceğini ifade etmiştir.³⁶

3- Fiil

Dilencilik fiilinin oluşabilmesi için TCK m.229 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere, “Çocuk ya da beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda olan bir kimsenin” araç³⁷ olarak kullanılması gerekir. Eğer araç olarak kullanma söz konusu olmazsa dilencilik suçu oluşmaz ama dilencilik kabahati oluşmuş olur.³⁸ Yalnız, kanun koyucunun araç olma ifadesini dolaylı faillik müessesesi ile karıştırmamak gerekir. Çünkü dolaylı faillikte, geri planda kalan asıl fail, ön planda icrai eylemi gerçekleştiren kişinin iradesine hâkim olup onu yönlendirmektedir.³⁹ Ayrıca dolaylı faillikte yönlendirilen kişinin tipik hareketi yapması bizzat gereklidir.⁴⁰ Dilencilik suçunda ise araç olarak kullanılan çocuk ya da bedenen veya ruhen kendisini idare edemeyecek kişi tarafından dilencilik fiilinin yapılması gerekli değildir. Bir başka deyişle, fail dilenme fiilini yanında bulundurduğu kişi ya da kişileri araç olarak kullanabileceği gibi failin kendisi de bizzat dilencilik fiilinin oluşmasına sebebiyet verebilecektir.⁴¹

Dilencilğin, araç olarak kullanılan çocuk ya da bedenen veya ruhen kendisini idare edemeyecek kişi tarafından yapılması zorunlu değildir. Bizzat fail kişinin kendisi de dilencilği yaparken bu tarz

36 Birtek, s.142; Baş, s. 326.

37 (...)”Saniğin üzerine atılı çocukları ve kendini idare edemeyecek durumda bulunan kimseleri dilencilikte araç olarak kullanma suçunun unsurları bakımından oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı şekilde mabkumiyet kararı verilmesi, (...)”BOZULMASINA, 30.11.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 8.CD., 30.11.2017 tarih ve E.2017/21316, K.2017/13562 sayılı kararı. www.legalbank.com (Erişim:27.03.2022); İstanbul BAM 17. CD., 28.11.2017 tarihli ve E.2017/1829, K.2017/2381 sayılı kararı www.legalbank.com (Erişim: 27.03.2022); İstanbul BAM 2.CD., 13.04.2017 tarihli ve E.2017/602, K. 2017/615 sayılı kararı. www.legalbank.com (Erişim: 27.03.2022); Yargıtay 8.CD., 23.09.2021 tarihli ve E. 2021/832, K. 2021/18016 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 27.03.2022); Yargıtay 8.CD., 29.11.2021 tarihli ve E. 2021/13584, K. 2021/21797 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 27.03.2022).

38 Birtek, s. 143; Güçlü, s. 410-411.

39 Özyüksel, Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik.*, Ankara, 2021, s.40; Özbek, Veli Özer /Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021, s. 529.

40 Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019, s. 560; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2021, s. 541.

41 Birtek, s. 143.

kimseleri yanında teşhir edip, toplumun acıma duygularını istismar ederek de bu suçun oluşmasına sebep olabilir.⁴² Ayrıca, özellikle belirtmek gerekir ki, dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin direkt bu fiili yaptıran fail kişinin bitişğinde bulunması gerekmemekte olup, yakınında olması, bir başka deyişle hâkimiyeti alanında olması yeterli sayılmaktadır.⁴³ Kanaatimizce fail kişinin hâkimiyeti alanından kasıt, dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin, dilencilik suçunun oluşmasına sebebiyet veren kişinin (failin) denetim ve gözetiminde olması, bir başka anlatımla, dilencilikte araç olarak kullanılan kişinin, fail tarafından kontrol altında tutabilmesi anlamına gelmektedir.

Dilenen kişi ya da kişilerin, dilencilikte araç olarak kullanılan kişi ya da kişileri fiili olarak yanlarında bulundurmaksızın sadece sözlü beyanları ile “yardıma muhtaç çocuklarım var ne olur yardım edin” gibi serzenişleri, TCK bağlamında dilencilik suçunun oluşumuna vücut veremeyip, dilencilik kabahatini oluşturacaktır.⁴⁴

Dilencilik fiili sırf hareket suçlarından⁴⁵ olduğu için, hareket başladığı anda tamamlandığından, özellikle dilencilik fiilinin sonucunda bir yarar sağlanması gerekmez. Sadece yarar sağlanıp sağlanamama hususu, TCK m.61 bağlamında cezanın belirlenmesi noktasına etki edebilir.⁴⁶

VI. SUÇUN KONUSU

Öncelikle kanun koyucu, madde metninde çocuklar ifadesine yer vererek suçun konusu oluşturduğuna değinmiştir. TCK m.6/1(b) fıkrasında çocuk kavramından henüz on sekiz yaşını doldurmamış kimselere vurgu yapılmıştır. Bir başka deyişle, her ne kadar başka sebeplerle çocuk, on sekiz yaşını doldurmadan evvel ergin kılınmış olsa dahi, TCK m.229 kapsamında çocuk olarak kabul edilip, dilencilik suçunun oluşmasına sebebiyet verebilecektir.⁴⁷

42 Birtek, s. 144.

43 Birtek, s.145; Baş, s. 328.

44 Birtek, s. 146.

45 Sırf hareket suçları suçun oluşması için neticenin aranmadığı suçlardır. Detaylı açıklama için bkz. Koca ve Üzülmez, s.129.

46 Birtek, s.146-147.

47 Eroğlu, s.146; Birtek, s.148-149.

Beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyen kişileri⁴⁸ araç olan kullanan kişi, bu suçun konusu oluşturur. Nitekim, beden ve ruh bakımından kendini idare etmesine rağmen, kişinin kendisini etraftakilere idare edemeyecek tarzda gösterilmesi suretiyle dilencilikte araç olarak kullanılması ise bu suçu oluşturmayacaktır.⁴⁹

VII. MANEVİ UNSUR

Dilencilik suçu, kasten işlenebilen bir suçtur. Suç tanımında failin, çocukları ya da beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak olduğunu bildiği bir kimsenin dilencilikte araç olarak kullanılmasının istenmesinde, genel kastın yeterli görüldüğü, özel kasta yer verilmediği görülmektedir.⁵⁰ Lakin, bazı durumlarda bu suçun olası kast ile de işlenebilmesi mümkündür. Şöyle ki, dilencilikte araç olarak kullanılan kişi ya da kişilerin 18 yaşından küçük olduğu tahmin edilmesine rağmen, yine de onların dilencilikte kullanılmaya devam edilmesi ile bu suç olası kastla da işlenmiş olur.⁵¹

Dilencilik suçunda, çocukları, beden veya ruh bakımından kendini idare edemeyecek durumda bulunan kişilerin araç olarak kullanılması neticesinde somut olayın koşullarına göre TCK m.30/1 hükmüne göre hataya düşülmesi mümkündür.⁵² Şöyle ki, somut olayda dilencilik suçunda araç olarak kullanılan kişi ya da kişilerin gerçekte 18 yaşından küçük olmasına rağmen, 18 yaşından büyük zannedilerek dilencilik suçunda araç olarak kullanılması, suçun maddi unsurlarında hataya örnek verilebilecektir.⁵³ Yalnız, hata hükümlerine giderken özellikle TCK m.30/1 hükmünde “...taksirli sorumluluk bâli saklıdır...” kısmına dikkat etmek gerekir. Fail gerekli dikkat ve özen sorumluluğunu yerine getirseydi suçun maddi unsurlarında hataya düşmeyecekse taksirle işlenmiş bir haksızlıktan söz edilmesi gün-

48 “İsnat yeteneğinden yoksun bulunan ya da başkalarında acıma duygusu uyandıran beden özürülü kimse” olarak doktrinde tanımlanmaktadır. Gerekli açıklama için bkz. Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar*, Ankara, 2017, s.366.

49 Eroğlu, s.147.

50 Baş, s. 333.

51 Eroğlu, s. 151.

52 Hafizoğulları ve Özen, 367; Eroğlu, s. 152; Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021, s. 523.

53 Eroğlu, s. 152.

deme gelecektir.⁵⁴ Lakin, bu durumda işlenmiş olan fiilin kanunda taksirli hâline yer verilmiş olması gerekir. Bir başka deyişle, dilencilik suçunun kanunda taksirli hâli düzenlenmiş olsaydı ve fail gerekli dikkat ve özen sorumluluğunu yerine getirmesi neticesinde, somut olayda suçta araç olarak kullandığı kişinin 18 yaşından küçük olduğunu tespit edebilmesi durumunda, fail dilencilik suçunun taksirli hâlinden ceza alabilmesi mümkün olacaktı.

Birtek, çocuğun mendil ya da daha cüzi miktarda herhangi bir şey satması neticesinde sağlamış olduğu fayda ile satmış olduğu şey arasında orantısız menfaat olduğunu ifade ederek dilencilik suçunun oluştuğunu belirtmiştir.⁵⁵ Doktrinde bazı yazarlar⁵⁶ tarafından ise, somut olayda karşılıksız kazanma olmadığını o yüzden burada dilencilik suçunun oluşmayacağını ifade etmişlerdir. Dilencilerin değişen toplum koşullarına göre ayak uydurmalarından hareketle yapılan saha çalışmalarında, kendilerinin dilencilik suçunu işlerken artık daha farklı yöntemler kullandıkları tespit edilmiştir.⁵⁷ Bu farklı yöntemlerden yola çıkarak, bizce, yollarda gördüğümüz küçük çocukların mendil, su ya da başka bir şeyler satması ile biz toplumun merhamet ve acıma duygularını bu şekilde sömürdükleri aşıkârdır. Bu sebeple, her ne kadar onlara sattıkları şeyler karşılığında para ya da menfaat sağlasakta (ki çoğu zaman acıdığımız ve üzüldüğümüz için para verip mendili ya da başka satılan şeyleri almıyoruz.) -ortada sadece karşılıksız bir eylem olmadığından- yola çıkarak dilencilik suçunun oluşmadığını öne sürmenin doğru olduğu kanaatinde değiliz.

VIII. CEZAYI AĞIRLAŞTIRAN NİTELİKLİ HÂLLER

Suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından (TCK m. 229/2) ve suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlen-

54 Koca ve Üzülmöz, s. 261.

55 Birtek, s. 152.

56 Eroğlu, s. 151-152; Artuç, s.1241.

57 *"Dilencilerin para isterken neyi gerekçe gösterdiklerine, oynadıkları rollere, kullandıkları mi-zansenlere ya da stratejilere göre de sınıflandırılabilceği anlaşılmaktadır. Biz bunları "dilencilerin kullandığı stratejiler" olarak adlandırdık. Bunlar arasında ...mendil, çorap, kalem satmak, kimsenin pek okumadığı/ticari değeri de olmayan gazeteleri satmaya çalışmak... ve benzeri."* Detaylı açıklama için bkz. Çoşkun, İsmail/ Erkilet, Alev, "Kapıya Geleni Geri Çevirmeme İstanbul Esnafının Dilencilik Olgusuna Bakış Açısı", Sosyoloji Dergisi, S:20, Y: 2010/1, s. 10.

mesi (TCK m.229/3) hâlinde cezanın artırılacağı kanun hükmünde belirtilmiştir.

Suç, üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlendiğinde⁵⁸ verilecek ceza oranının yarı oranında artırılacağı ifade edilmiştir. Burada lafzı geçen eş kavramından, resmi nikâhlı eş anlamak gerekir. Dini nikâhlı eş bu madde bağlamında değerlendirilemez.⁵⁹

Suç, örgüt kapsamında işlendiğinde verilecek cezanın bir kat oranında artırılacağı kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Nitekim Yargıtay da bir kararında⁶⁰ suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçunda, TCK.229/3 hükmüne yer verip değinmiştir.

IX. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Dilencilik suçunda hukuka uygunluk nedenlerin oluşabilmesi için ilk olarak tipikliğin gerçekleşebilmesi şarttır. Fiilin kanuni tanıma uygun olarak gerçekleşmesi, hukuka aykırılığın karinesini teşkil edecektir. Bu sebeple, bir fiilin tipe uygun olarak belirlenmesinden sonra dilencilik suçu için hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı araştırılacaktır.⁶¹

Dilencilik suçunun tanımında tipikliğin gerçekleşebilmesi için “çocukları veya bedeni ya da ruh bakımından kendini idare edemeyecek kimseleri” kullanma olduğuna göre, hukuka uygunluk nedenlerin-

58 “...Saniğin 1. derece kan hısımları olan çocuğu ...'yı dilencilikte araç olarak kullanmak sureti ile atılı suçu işlediği bu sebeple, 5237 sayılı TCK'nin 229/2. maddesi uyarınca cezalarının yarı oranında artırılması gerektiği...” Yargıtay 8. CD, 02.06.2016 tarih ve E. 2016/4269, K. 2016/7287 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 07.12.2021); Yargıtay 8. CD, 02.06.2016 tarih ve E. 2016 / 5044, K. 2016 / 7298 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 07.12.2021); Yargıtay 8.CD., 21.01.2021 tarih ve E. 2019/19993, K.2021/884 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022);

59 Birtek, s.153.

60 “Dilencilik başlıklı 229. maddesinin üçüncü fıkrası; ... (3) Bu suçun örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde, verilecek ceza bir kat artırılır (...) Görüldüğü gibi, kanun koyucu tarafından ceza kanununda düzenlenen bazı suçların suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde, örgüte yarar sağlamak amacıyla veya örgütün korkutucu gücünden yararlanılmak suretiyle işlenmesi, işlenen suçlar bakımından nitelikli hâl kabul edilmiş ve dâba ağır yaptırımlara bağlanmış, özel kanunlarda da benzer düzenlemelere yer verilmiştir(...)” Yargıtay CGK, 19.02.2013 tarih ve E. 2012/6-1490, K. 2013/59 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 07.12.2021).

61 Koca ve Üzülmöz, s. 265; Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*; Ankara, 2020, s. 189.

den kanun hükmünü icra ve meşru savunma hükümlerinin uygulanabilmesi olanaklı değildir.⁶²

Dilencilik suçunda araç olarak kullanılan kişilerin rızası suçu hukuka uygun hâle getiremez. Çünkü bu suçta mağdur yoktur. Korunan hukuki yarar toplumun genel ahlakıdır. Böyle bir durumda rızanın suçu hukuka uygun hâle getireceğini söylemek kanun koyucunun lafzına aykırılık teşkil eder.⁶³

X. KUSURLULUĞU KALDIRAN/AZALTAN SEBEPLER

Zorunluluk hâlinin varlığında kusurluluğun kalkması mümkündür. *Birtek* bu durumu şöyle izah etmiştir. “*Hasta olan çocuğunu tedavi ettirebilmek için ya da soğuk kış gününde korunaksız bir evde ikamet eden ve aç olan bir kimsenin ağır ve mubakkak açlık ve donma tehlikesinden korunmak için çocuğunu veya bedenini veya ruhen kendisini idare edemeyen bir kimseyi araç olarak kullanıp dilenmesi durumunda zorunluluk hâlinin oluşacağını ifade etmiştir.*⁶⁴ Böyle bir örnekte, öncelikle akıllara çeşitli yardım kuruluşlarına ya da ilgili mercilere haber verilmesi gelse de, verilen örnekteki olayda durumun aciliyeti söz konusu olduğundan ve o tarz kurumlara başvuru yapıldığında hemen cevap alınmayacağı hususu gözetildiğinde, elbette ki bu durumun zorunluluk hâli sayılması aşikârdır.⁶⁵

TCK m.28’de düzenlenen “*cebir ve şiddet, korkutma ve tehdit*” müessesinin, dilencilik suçunda, kusurluluğu kaldıran bir hâl olarak uygulanması mümkündür. Şöyle ki, kanunda sayılan bu hâllerin etkisinde kalarak suç teşkil edecek hareketlerde bulunan kişinin iradesinin, başka şekillerde davranma yeteneği olamayacaktır.⁶⁶ Örnek olarak, anne ya da babanın çocuğunu veya engelli bir yakınına cebir, şiddet, korkutma ve tehdit ile dilenmesi hususunda zorlarsa TCK m.28 hükmünün uygulanması gerekecektir. Yalnız, ilgili hükmü uygularken her türlü kuşkudan uzak bir şekilde somut olayın değerlendirilip, ona göre karar verilmesi gerekmektedir.⁶⁷

62 Birtek, s.154; Eroğlu, s.152.

63 Birtek, s.155; Eroğlu, s. 153; Baş, s.332; Artuç, s. 1241.

64 Birtek, s.156.

65 Birtek, s.156; Eroğlu, s.153.

66 Koca ve Üzülmüş, s. 356; Özgenc, s. 476.

67 Birtek, s. 156.

XI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

1- Teşebbüs

Dilencilik suçu sırf hareket suçlarından olup, ya hareketin yapılmasıyla ya da neticenin gerçekleşmesi ile tamamlanıp bittiği için genel olarak teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Şayet, icra hareketleri bölünebilir olursa, bir başka deyişle, fail tam o esnada araç olarak kullanacağı kişiyi teşhir etmek suretiyle hazırlarken yakalanırsa, işte o zaman teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğinden bahsetmek mümkündür.⁶⁸

Kabahatler Kanununun teşebbüs başlıklı 13.maddesi⁶⁹ ile dilencilik başlıklı 33.maddesi⁷⁰ birlikte değerlendirildiğinde dilencilik kabahatinde teşebbüs hükümlerinin cezalandırılmadığı sonucuna ulaşılır.⁷¹

2- İştirâk

Dilencilik suçunun iştirâk hâlinde işlenebilmesi mümkündür. Suçun işlenebilmesi için müşterek faillik, azmettirme ve yardım etme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Yalnız, suçta araç olarak kullanılan kişi ile fail arasında iştirâk hükümlerinin uygulanmasından bahsedilemez. Çünkü, burada araç olarak kullanılan kişi TCK m.229 bağlamında suçun konusunu teşkil etmektedir.⁷²

3- İçtima

Failin, TCK m.43/1'e göre, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçu birden fazla işlemesi durumunda, zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağını ve verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabileceği kanun koyucu tarafından ifade edilmiştir. Nitekim, dilencilik suçun-

68 Birtek, s.156-157; Eroğlu, s. 151; Baş, s. 335.

69 **Madde 13-** "(1) Kabahate teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak, teşebbüsün de cezalandırılabilmesine dair ilgili kanunda hüküm bulunan hâller saklıdır. Bu durumda, Türk Ceza Kanununun suça teşebbüse ve gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümleri, kabahatler bakımından da uygulanır."

70 **Madde 33-** "(1) Dilencilik yapan kişiye, elli Türk Lirası idarî para cezası verilir. Ayrıca, dilencilikten elde edilen gelire el konularak mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilir.

(2) Bu kabahat dolayısıyla idarî para cezasına ve el koymaya kolluk veya belediye zabıta görevlileri, mülkiyetin kamuya geçirilmesine mülkî amir veya belediye encümeni karar verir."

71 Baş, s.335.

72 Birtek, s.157; Eroğlu, s. 158.

da da bir kişinin bir başkası tarafından araç olarak kullanılıp değişik zamanlarda defaatle bu suçu işlemesi TCK m.43/1 hükmünün uygulama alanına girecektir.⁷³ Özellikle belirtmek isteriz ki, bu suçun mağduru toplum olup, belirli kişi ya da kişiler değildir.⁷⁴

Bu suçu TCK m.43/2 hükmüne göre değerlendirdiğimizde her ne kadar, bu suç belirli bir süre zarfında kesintisiz olarak devam etse de ve birden fazla kişiye karşı dilencilik suçu yapılırsa da TCK m.43/2 hükmü burada uygulanmayıp, dilenme fiili hukuken tek bir fiil olarak sayılmalı ve ona göre ceza tayin edilmelidir.⁷⁵ Yalnızca, kesintisiz devam etme hususu (süreklilik arz ederek gerçekleşmesi durumunda) cezanın belirlenmesinde ve şahsileştirilmesinde (TCK m.61) dikkate alınabilir.⁷⁶ Lakin Yargıtay bazı kararlarında bu görüşü benimsemiş⁷⁷, bazı kararlarında ise bu görüşü benimsemeyip, TCK m.43/2 hükmünün uygulanması gerektiğine içtihatlarında yer vermiştir.⁷⁸ Lakin, suçta araç olarak kullanılan kişiler birden fazla olduğu için, bu kişiler yönünden TCK m.43/2 bağlamında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını Yargıtay bazı kararlarında ifade etse de, *Eroğlu*⁷⁹ tarafından Yargıtay'ın bu kararı isabetli bulunmamıştır. Çünkü suçta araç olarak kullanılan kişiler suçun konusunu oluşturup, suçun mağduru olmadıkları için, zincirleme suç hükümlerinin uygulanması kanunun lâfzına ve ruhuna aykırıdır.

73 Eroğlu, s. 156; Baş, s. 337.

74 Eroğlu, s. 156.

75 Birtek, s.157; Eroğlu, s.155; Baş, s.337; Aksi görüşte bkz. Artuç, s. 1242.

76 Birtek, s.158.

77 Yargıtay 13. CD, 12.2.2013 tarih ve E. 2011/26314, K. 2013/2626 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 08.12.2021).

78 Yargıtay 8.CD, 09.06.2016 tarih ve E. 2016/5052, K.2016/7718 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 08.12.2021); "(...) 2-Sanık hakkında dilencilik suçlarından kurulan mahkumiyet hükümleri açısından; Sanığın, bir suç işleme kararının icrası kapsamında aynı suç kastıyla çocukları olan mağdurları dilendirdiğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında dilencilik suçundan bir kez ceza verilip bu cezanın TCK'nın 43/2-1. maddesi uyarınca artırılması gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında her bir mağdura yönelik dilencilik suçundan ayrı ayrı mahkumiyet hükümleri kurulması, Kanuna aykırı, sanık ... ile katılan ..., Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı vekilinin temyiz nedenleri yerinde görülmele, tebliğnameye uygun olarak (...) BOZULMASINA 14/04/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi." Yargıtay 4. CD., 14.04.2021 tarih ve E. 2018/3979, K. 2021/13159 sayılı kararı. www.sinerjimevzuat.com.tr (Erişim: 26.03.2022); Ankara BAM 8. CD., 30.05.2017 tarih ve E.2017/896, K. 2017/878 sayılı kararı. www.legalbank.com (Erişim: 27.03.2022).

79 Eroğlu, s. 156.

TCK m.44'te düzenlenen fikri içtima ile ilgili olan hususlara, dilencilik suçunun dilencilik kabahati ve başka suçlar ile karşılaştırılması adlı bölümde yukarıda yer verilmiştir.⁸⁰

XII. YARGILAMA VE YAPTIRIM

TCK m.229 hükmünde dilencilik suçunun bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı aynı zamanda suçun temel şekli yönünden dava zamanlaşımı süresinin TCK m.66/1-e uyarınca 8 yıl olduğu düzenlenmiştir.⁸¹ Suçun nitelikli hâlinin cezasında ise, (üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi) faile verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı, eğer suç örgüt kapsamında işlenirse verilecek cezanın bir kat oranında artırılacağı düzenlenmiştir.⁸²

Dilencilik suçu sonucunda verilen hüküm⁸³ TCK m.51 uyarınca iki yıl ve daha az süreli hapis cezası olup, kanunda aranan diğer şartlarında gerçekleşmesi hâlinde, cezanın ertelenmesine karar verilebilir. Yargılama sonucunda verilecek ceza bir yıl ya da daha kısa süreli hapis cezası olması durumunda ise, TCK m.50 uyarınca verilmiş olan bu cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesi gündeme gelebilecektir.⁸⁴

TCK m.55 hükmünde düzenlenen kazanç müsadereci müessesesinin bu suç bakımından uygulanabilmesinin mümkün olabilmesi

80 Makalenin 4 ve 7 numaralı sayfalarına bkz.

81 Birtek, s. 164; Baş, s. 346; Artuç, 1241.

82 Eroğlu, s. 159.

83 Dilencilik suçu ile ilgili verilen mahkumiyet hükümleri için bkz. Yargıtay 8. CD., 04.11.2021 tarih ve 2021/13782, K. 2021/20401 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Yargıtay 8.CD., 27.10.2021 tarih ve E. 2020/13461, K. 2021/19960 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Yargıtay 8.CD., 24.06.2021 tarih ve E. 2019/18945, K. 2021/16763 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Yargıtay 8.CD., 10.06.2020 tarih ve E. 2018/2247, K. 2020/13050 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Yargıtay 8.CD., 04.06.2020 tarih ve E. 2019/29151, K. 2020/12470 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Dilencilik suçu ile ilgili verilen beraat hükümleri için bkz. Yargıtay 8. CD., 10.03.2020 tarih ve E. 2017/22732, K. 2020/11225 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Yargıtay 8. CD., 11.11.2021 tarih ve E. 2021/5896, K. 2021/20791 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim: 28.03.2022); Gaziantep BAM 14.CD., 31.01.2018 tarih ve E.2018/6, K. 2018/245 sayılı kararı. www.legalbank.com (Erişim: 30.03.2022).

84 Eroğlu, s. 159.

için suçtan elde edilen maddî menfaatin suçun mağduruna iade edilememesi gerekmektedir.⁸⁵

Dilencilik suçunun soruşturulması ve kovuşturulması resen yapılmakta olup, görevli mahkeme ise Asliye Ceza Mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise dilencilik filinde araç olarak kullanmanın gerçekleşmiş olduğu yer mahkemesidir.⁸⁶

Dilencilik suçunun ceza üst sınırı üç yıl olduğundan CMK m.171/2 uyarınca Cumhuriyet Savcısı yeterli şüphe oluşmasına rağmen bu cezanın beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilecekken, bu suçun nitelikli hâli olan örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesi durumunda CMK m.171/6-a uyarınca Cumhuriyet Savcısı cezanın ertelenmesine karar veremez.⁸⁷ CMK m.231/5 uyarınca dilencilik suçu neticesinde yapılan yargılama da hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olur ise ve aynı zamanda CMK m.231'deki diğer koşullarda sağlanırsa, mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilebilmesi mümkündür.⁸⁸

XIII. SONUÇ

Dilencilik faaliyeti geçmişten günümüze değin devam etmekte olan ve ne yazık ki hakkında çok fazla araştırma konusu yapılmayan, toplumun kanayan yaralarından biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK çocuk ya da beden ve ruh bakımından kendini idare edemeyecek kişilerin araç olarak kullanılmasını dilencilik suçu sayarken, KK ise kişinin kendisinin bireysel olarak dilenmesini kabahat olarak saymıştır. Kanun koyucunun, her iki eylemin haksızlık içeriğinden yola çıkarak, bu şekilde değerlendirme yapmasına şu noktada katılmıyoruz. Şöyle ki, kişinin şahsi olarak dilenmesi eyleminde bazen bu kişilerin üzerinde dilenme eylemiyle kazanılamayacak ölçüde türk paralarıyla birlikte yabancı paralar da çıkabilmektedir. Bu kişiler için

85 Birtek, s.164; Baş, s. 347; Eroğlu, s.159.

86 Baş, s. 347; Birtek, s. 164.

87 Eroğlu, s.160.

88 Yargıtay 8.CD., 07.12.2017 tarihli ve E. 2017/1167, K. 2017/13936 sayılı kararı. www.legalbank.com (Erişim:27.03.2022); Yargıtay 8.CD., 11.11.2021 tarihli ve E. 2021/12091, K. 2021/20812 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim:28.03.2022); Yargıtay 8.CD., 04.10.2021 tarihli ve E.2021/3507, K. 2021/18516 sayılı kararı. karararama.yargitay.gov.tr (Erişim:28.03.2022).

sadece KK'ye göre kabahatten cezalandırma ölçütü yetersizdir. Kanun koyucunun şahsi olarak dilenen kişi için dilencilik eyleminden bu denli orantısız ölçüde kazanç sağlamanın yaptırımının, bu sebeple sadece idari para cezası olmaması gerektiği düşüncesindeyiz.

Dilencilikte korunan hukuki değer toplumun genel ahlakını koruma gayesidir. Lakin, ahlak dediğimiz kavram görecelidir. Bu sebeple genel ahlakı koruma gayesine ulaşmak oldukça güçtür.

Dilencilik suçunda, suçun faili herkes olabilirken, suçun mağduru yalnızca toplumdur. Mağdur olan toplum, genellikle kendi vicdanını rahatlatma dürtüsü ile dilencilere yardım ettiği için bu suçun oluşmasına bilmeden ya da farkında olmadan sebebiyet verir. Suçtan zarar görenler ise dilencilik faaliyetini gerçekleştiren kimselere menfaat sağlayan kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun konusunu çocuklar ya da beden ve ruh bakımından kendini idare edemeyecek kişilerin başkaları tarafından araç olarak kullanılması oluşturur. Kanunun tanımındaki bu ifade suç politikası gereğince, bizce yerinde bir düzenlemedir. Çünkü, suç tanımında belirtilen bu tarz kimselerin araç olarak kullanılması suretiyle dilencilik suçunun oluşması, toplumun merhamet ve acıma duygularının daha fazla sömürülmesine yol açar.

Dilencilik suçunun genel kastla işlenmesi yeterlidir. Kanun koyucu özel bir kast aramamıştır. Suçun üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi hâlinde verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı ya da bu suç örgüt faaliyeti kapsamında işlenirse verilecek cezanın bir kat artırılacağı TCK'de cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hâller olarak düzenlenmiştir.

Bu suçta, hukuka uygunluk sebeplerinden meşru savunma ya da ilgilinin rızası uygulanmazken, kusurluluğu kaldıran zorunluluk hâli, cebir, şiddet, korkutma ve tehdit bu suçta durumun gereklerine göre uygulanabilir. Suçta durumun gereklerine göre uygulanırken, her türlü kuşku dan uzak bir şekilde somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerekir.

Dilencilik suçu, sırf hareket suçu olup neticesi harekete bitişik suçlardan olduğu için teşebbüs hükümleri genel olarak uygulanmaz.

Şayet, icrai hareketler suçun oluşması esnasında bölünebilir hâle gelirse işte o zaman teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliğinden bahsedilecektir.

Bu suçta iştirâk hükümlerinin uygulanmasında herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. İctima hükümlerinin uygulanmasında ise, dilencilik suçunun başka suçlarla işlenebilir olması söz konusu olduğunda gündeme gelecektir. Örneğin; failin tek bir fiil ile hem dilencilik suçuna hem de kötü muamele suçuna sebebiyet vermesi hâlinde, fikri ictima kuralları uyarınca en ağır cezai yaptırım olan dilencilik suçundan ceza verilecektir.

Dilencilik suçunda da bir kişinin bir başkası tarafından araç olarak kullanılıp değişik zamanlarda defaatle bu suçu işlemesi TCK m.43/1 hükmünün uygulama alanına girecektir. Doktrin ve Yargıtay'da bu görüşü benimsemişleridir. TCK m.43/2 hükmüne göre baktığımızda ise, bu suç belirli bir süre zarfında kesintisiz olarak devam etse de ve birden fazla kişiye karşı dilencilik suçu yapılsa da TCK m.43/2 hükmü burada uygulanmaz ve dilenme fiili tek bir fiil sayılmalıdır. Lakin, Yargıtay'ın bazı kararlarında bu görüşü benimsememesi ve bu sebeple içtihat farklılıklarına yol açması son derece düşündürücüdür. Burada, Yargıtay'ın suç vasfının niteliği açısından içtihat birliğine gitmesi son derece yararlı olacaktır.

Dilencilik suçunun yaptırımı noktasında, suçun temel şeklinden verilecek ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüşken, suçun nitelikli şeklinde üçüncü derece dâhil kan veya kayın hısımları ya da eş tarafından işlenmesi hâlinde verilecek hapis cezasının yarı oranında artırılacağı, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması hâlinde, verilecek hapis cezasının bir kat artırılacağı düzenlenmiştir. Suçun soruşturulması ve kovuşturulması hususunda görevli mahkeme Asliye Ceza Mahkemesi olup, yetkili mahkeme ise dilencilik fiilinin gerçekleştiği yer mahkemesi yetkilidir.

Dilencilik suçundan verilen cezanın üst sınırının üç yıldan fazla olması gerektiği düşüncesindeyiz. Ceza üst sınırı üç yıldan fazla olmadığı için, CMK m.171/2 uyarınca Cumhuriyet Savcısı yeterli şüphenin varlığına rağmen bu cezayı beş yıl süre ile ertelenmesine karar verebilmesini hakkaniyetli bulmuyoruz. Çünkü suçu işleyen

fail genelde dilenciliği meslek haline getirdiği için, her nasılsa daha sonradan cezası mahkemece ertelendiğinden, tekrardan dilencilik suçunu işleyebilir amacını gütmektedir. Bu ise caydırıcı nitelikte bir ceza değildir. Aynı şekilde fail hakkında verilecek HAGB kararı şartlarının sağlanması durumunda, suçu işleyen failin HAGB denetiminde aynı suçu tekrardan işlemesi ve denetime aykırı davranması dilencilik suçu ile mücadele etme noktasında yetersiz kalmaktadır.

KAYNAKÇA

- Artuç, Mustafa, *Pratik Türk Ceza Kanunu*, Ankara, 2019.
- Aslan, Göksel, *Örneklerle Uygulamada Dolandırıcılık Hırsızlık Ve Mala Zarar Verme Suçları*, Ankara, 2021.
- Baş, Eylem, *Türk Ceza Kanunu'nun 229. Maddesinde Düzenlenen Dilencilik Suçunun Yoksulluk Bağlamında Değerlendirilmesi*, İstanbul, 2017.
- Birtek, Fatih, "Dilencilik Suçu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, Y: 2014, ss.121-171.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 2017.
- Çelebi, Mevlüt. *Bir Dilencinin Anıları, Bir Kent Sorunu: Dilencilik Sempozyumu (Sorunlar Ve Çözüm Yolları) Tebliğler Kitabı*, İstanbul, 2008.
- Çoşkun, İsmail/ Erkilet, Alev, "Kapıya Geleni Geri Çevirmeme İstanbul Esnafının Dilencilik Olgusuna Bakış Açısı", *Sosyoloji Dergisi*, S:20, Y: 2010/1, s. 1-21.
- Demir, Bersu/ Demir, Oğuzhan Ömer, "İnsan Ticareti Ve Yasal Düzenlemeler Eski Sorunlar, Yeni Çözümler, Polis Bilimleri Dergisi, S:1, Y: 2004, ss.51-75.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021.
- Eker Kazancı, Behiye/ Zeyrek, İlker, "TCK'da Dolandırıcılık Suçu", *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, Özel Sayı, Y:2019, ss.517-583.
- Eroğlu, Fulya, *Dilencilik, Özel Ceza Hukuku, C. VII, Genel Ahlak Karşı Suçlar Ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, (Ed. Köksal Bayraktar), (On İki Levha Yayıncılık), İstanbul, 2020.
- Güçlü, Yaşar, *İdari Para Cezaları ve Diğer Yaptırımlar*, Ankara, 2020.
- Gündüz, Olgun, "Toplumda Dilencilik Olgusu Ve Dilencilik Suçu", *Sosyal Politika Çalışma Dergisi*, S: 49, Y: 2020, ss.861-878.
- Güntekin, Reşat Nuri, *Miskinler Tekkesi*, İstanbul, 2014.
- Hafizoğulları, Zeki ve Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplum Karşı Suçlar*, Ankara, 2017.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2019.
- Koca, Mahmut ve Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021.
- Koca, Mahmut, "İnsan Yağması (Sömürüsü) Suçu (TCK M.201/B)", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S: 2, Y: 2003, ss.141-172.

- Kocasakal, Ümit, “İnsan Ticareti Suçu”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, S:1, Y:2003, ss.39-80.
- Köse, Meryem, “Bir Yaşam Tarzı Olarak Dilencilik: Hayattan Sabifeler”, Akademik Dil Ve Edebiyat Dergisi, S:1, Y:2020, ss.166-177.
- Kutlu, İhsan. “Üniversite Öğrencilerinin Sosyal Bir Sorun Olarak Dilencilikğe Bakışı: Sakarya Üniversitesi Örneği.” Yüksek Lisans Tezi, Sakarya Üniversitesi, 2019.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara,2020.
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Ceza Hukuku Temel Bilgiler*, Ankara,2020.
- Özbek, Veli Özer /Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2021.
- Özyüksel, Özgün, *Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik*, Ankara, 2021.
- Sancakdar, Oğuz/Altınok Çalışkan, Elif / Dursun, Gizem/Seyhan, Serkan/ Yağcı, Pınar, *Disiplin Hukuku*, Ankara, 2019.
- Tezcan, Durmuş./ Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, Murat, *Teorik Ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Ankara, 2020.
- Vatandaş, Celalettin, “Dilenciler Ve Dilencilik (Sosyolojik Bir Araştırma)”, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S:1, Y: 2002, ss.3037-3049.
- Yıldırım, Zeliha, “Reşat Nuri Güntekin’in Miskinler Tekkesi Romanında Yapı”, Millî Kültür Araştırmaları Dergisi, S:2, Y:2017, ss.174-188.

HABERLEŞMENİN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇLARI*

Doğukan KALINOĞLU**

Özet

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları; 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile yepyeni bir düzenlemeye kavuşmuş, içerisinde farklı suç tiplerini barındıran, teknolojik imkanların çeşitlenmesi ile haberleşme yöntemlerinin de değişmesi sonucu sürekli güncellenen ve bu anlamda suçlulukla etkin mücadele hususunda önemli bir rol oynayan suçlardır. Bu çalışmada ilgili suç tipleri, öğretilerdeki tartışmalar ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de nazara alınarak tipiklik, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru, manevi unsur, suçun özel görünüş biçimleri ve kovuşturma usulü ile uygulanacak yaptırım bakımından incelenmiştir. Konuya dair Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da yer verilerek suretiyle uygulama incelenmiş, kararlar üzerine değerlendirilmelerde bulunularak bir şahsi kanaat getirmek amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Haberleşme, İletişim, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal, Özel Hayatın Gizliliği, Haberleşme Hürriyeti, İletişimin Denetlenmesi

CRIMES VIOLATING THE CONFIDENTIALITY OF CORRESPONDENCE

Abstract

Crimes violating the confidentiality of correspondence/communication; are crimes that have a brand new regulation with the Turkish Penal Code (Act No. 5237), contain different types of

* Hakemli araştırma makalesidir. Eserin dergimize geliş tarihi: 07/01/2022. İlk hakem raporu tarihi: 08/02/2022. İkinci hakem raporu tarihi: 27/02/2022.

** Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Lisans Programı 3. Sınıf Öğrencisi, kalinogludogan@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-2153-8403.

crimes, are constantly updated as a result of the diversification of technological opportunities and the change in correspondence/communication methods, and in this sense, they play an important role in the effective fight against crime. In this study, considering the related crime types, the debates in the doctrine and the regulations in comparative law; it has been examined in terms of typicality, material element, illegality element, moral element, special appearance forms of the crime and prosecution procedure. The application was examined by including the decisions of the Turkish Court of Cassation, the Turkish Constitutional Court and the European Court of Human Rights on the subject, and it was aimed to give a personal opinion by making evaluations on the decisions.

Keywords: Correspondence, Communication, Violating The Confidentiality Of Correspondence, Privacy of Private Life, Freedom of Communication, Interception of Communication

GİRİŞ

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları, 5237 Sayılı TCK'nın ikinci kitabının kişilere karşı suçlar başlıklı ikinci kısmının özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçları düzenleyen dokuzuncu bölümünde 132. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükmün güncel hali şu şekildedir:

“(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır.

(2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

*(3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. **(Ek cümle: 2/7/2012-6352/79 md.)** İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolünür.*

(4) (Mülga: 2/7/2012-6352/79 md.) ”

Dolayısıyla, 5237 sayılı TCK’da yer alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları şu şekilde sıralanabilir:

- TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan “*kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal*” suçu;
- TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan “*haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle*” haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu;
- TCK m. 132/2 hükmünde yer alan “*kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa*” suçu;
- TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan “*kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa*” suçu;
- TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan “*ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması*” suçu;
- TCK m. 137’de öngörülen nitelikli haller

5237 sayılı TCK yürürlüğe girdikten sonra 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile TCK’nın 132. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. 6352 sayılı Kanun’un gerekçesinde söz konusu suçlarla mücadele öngörülen cezaların yeterli olmadığı ve bu nedenle daha etkin şekilde mücadele edilebilmesi için ilgili cezaların artırılması gerektiği açıklanmıştır.

6352 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile; birinci fıkrada yer alan “*altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para*” ibaresi “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” ve “*bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” ibaresi ise “*verilecek ceza bir kat artırılır*” şeklinde, ikinci fıkrada yer alan “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” ibaresi “*iki yıldan beş yıla kadar hapis*” şeklinde, üçüncü fıkrada yer alan “*altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para*” ibaresi “*bir yıldan üç yıla kadar hapis*” şeklinde değiştirilmiştir.

Bununla birlikte, üçüncü fıkraya “*rızası olmaksızın*” ibaresinden sonra gelmek üzere “*hukuka aykırı olarak*” ibaresi eklenmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, üçüncü fıkra bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için hukuka özel aykırılık

bilincinin var olması gerektiği şartını eklemiştir. Bu husus, hukuka aykırılık unsuru ele alınırken incelenecektir.

Ayrıca, dördüncü fıkrada yer alan “*Kişiler arasındaki haberleşmenin içeriğinin basın ve yayın yolu ile yayınlanması halinde, ceza yarı oranında artırılır.*” şeklinde düzenlenen hüküm kaldırılarak madde- nin üçüncü fıkrasına “*İfşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*” ibaresi eklenmek suretiyle haberleşme içeriğinin basın ve yayın yoluyla ile yayılması durumu, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından nitelikli hal olmaktan çıkarılmıştır. Zira, madde gerekçesinde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçun temel ve nitelikli şekillerine ilişkin mevcut cezalar halihazırda artırıldığından mülga dördüncü fıkrada suçun nitelikli halinin yer verilmesine gerek kalmadığını belirtilmiştir.

765 sayılı mülga TCK’nın 195-200. maddelerinde; özel bir sıfatı olmayan kimselerin işleyebileceği suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 195, 196, 197), posta, telgraf ve telefon idaresi memurlarının işleyebilecekleri suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 200) ve resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı dolayısıyla öğrendikleri sırrı ifşa edenlerin işleyebileceği suçlar (765 sayılı mülga TCK m. 198) şeklinde¹ haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna kısmen yer verilmişti. 765 sayılı mülga TCK’da yer alan düzenleme; suça konu haberleşme araçlarının sınırlı sayıda sayılması, teknolojik gelişmelere açık ve esnek bir yapıya sahip olmaması, pek çok iletişim aracına uygun bir düzenleme bulunmaması ve haberleşmenin gizliliği bakımından eksik bir koruma sağlaması nedeniyle oldukça eleştirilmiştir². Bu nedenle, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna ilişkin eksik düzenlemeleri haiz 765 sayılı mülga TCK hükümleri yerine 5237 sayılı TCK m. 132 hükmü getirilmek suretiyle kanundaki pek çok noksanlık giderilmiştir.

- 1 765 sayılı mülga TCK’da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun bu üçlü ayırım şeklinde yer aldığı yönündeki sınıflandırma için bkz. **Artuk**, M. Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2000, ss. 271-272.
- 2 765 sayılı mülga TCK’daki düzenleme hakkında öğretilerde yer alan eleştirilerle ilgili detaylı bilgi için bkz. **Birtek**, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132)*, İstanbul, 2012, ss. 128-133. 765 sayılı mülga TCK döneminde haberleşme hürriyetinin ceza normları ile etkin bir korumaya kavuşturulamaması nedeniyle en çok ihlale uğrayan temel hak ve özgürlüklerden biri olduğu yönünde bkz. **Şen**, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 3, 2005, s. 709.

Nihayet, TCK m. 137 hükmünde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının nitelikli hallerine şu suretle yer verilmiştir:

“(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların;

a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle,

b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

Karşılaştırmalı hukuk bakımından ise Fransız Ceza Kanunu'nun (*Code pénal*) “Haberleşmenin gizliliğini ihlal” (*De l'atteinte au secret des correspondances (Article 226-15)*) kenar başlıklı madde 226-15'teki hükümlerle, İsviçre Ceza Kanunu'nun (*Code pénal suisse*) “Özel gizim ihlali” (*Violation de secrets privés*) kenar başlıklı 179. maddesine 1968 Değişiklikleri ile getirilen ek maddelerle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir³.

Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'da, yukarıdaki değişiklikler sonucu yerini alan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaat, suçun unsurları, nitelikli unsurları, özel oluşum biçimleri ve kovuşturma usulü ile uygulanacak yaptırım incelenecektir.

Ayrıca, kamu görevlileri tarafından 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde öngörülen *İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması* koruma tedbirleri kapsamında yürütülen faaliyetlerde hangi kapsamda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabileceği irdelenecektir.

I. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Ulusal ve Uluslararası Hukukun pek çok temel metninde özel hayata saygı hakkı ile haberleşme hürriyetine yer verilmiştir. Düzenlendiği yer itibariyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı bir suçtur. Bu noktada öğretilen haber-

3 Almanya, İtalya, Avusturya, İngiltere, ABD gibi diğer ülkeler bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nasıl ihdas edildiği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. **Bakım**, Sevi, *Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012, ss. 105-119.

leşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaatin ne olduğu hususu tartışmalıdır⁴.

Öğretideki bir görüşe göre TCK m. 132 ile korunan hukuki menfaat; “kişiler arasındaki haberleşme özgürlüğü”, “haberleşmenin gizliliği” ve “haberleşmenin gizliliğinin sağlanmasına ilişkin kamusal yarar”dır⁵. Bir diğer görüşe göre genel anlamda “özel hayat”, özel olarak ise “özel hayatın bir unsuru olan bireysel haberleşme özgürlüğü” ilgili suç ile korunan hukuki menfaattir⁶. Nihayet son görüşe göre ihdas edilen suç tipinin koruduğu hukuki yararlar arasında, “fikir hürriyeti” de yer almaktadır⁷.

Bu görüşler doğrultusunda özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin temel metinleri incelemek gerekmektedir.

1. Uluslararası Hukuk

10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda Türkiye’nin de olumlu oyu ile kabul edilen⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 12. maddesinde özel hayat ve haberleşme hürriyeti, şu şekilde güvence altına alınmıştır⁹:

-
- 4 Öğretideki tartışma ve görüşlerin detayları için bkz. **Birtek**, *op. cit.*, ss. 152-155.
- 5 **Soyaslan**, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 326; **Yazıcıoğlu**, İrem, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, F. Selami Mahmutoğlu (Ed.), *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2008, s. 236; **Meran**, Necati, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-Mail İzleme)*, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara, 2009, s. 160; **Hafizoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2010, s. 250.
- 6 **Yokuş Seviük**, Handan, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12-13, S. 16-17-18-19, 2008, s. 167; **Zafer**, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, İstanbul, 2010, s. 89; **Parlar**, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara, 2007, s. 1025; **Özbek**, Veli Özer / **Doğan**, Koray / **Bacaksız**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Bası, Ankara, 2021, s. 542.
- 7 **Özek**, Çetin, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 4, İstanbul, 1963, s. 965.
- 8 **Birleşmiş Milletler Genel Kurulu**, 217 A (III) Sayılı Kararı.
- 9 Esasen teknik hukuk bakımından İnsan Hakları Evrensel Bildirisi bağlayıcı nitelikte değil, tavsiye karar niteliğindedir. Fakat Bildiri’nin, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38/1-b maddesine göre bağlayıcı kaynak olan teamül hukuku kapsamında yer aldığı ya da 38/1-c maddesi uyarınca “bukukun, uygar uluslarca tanınmış, genel ilkeleri” olarak değerlendirilebileceği de olasıdır. Bkz. **Aybay**, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara, 2006, ss. 6-7.

‘Madde 12: Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, onur ve ününe saldırlamaz. Herkesin bu tür karışma ve saldırılara karşı yasal korunma hakkı vardır.’¹⁰

Aynı hüküm, 16 Aralık 1966 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na kabul edilen Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 17. maddesinde de yer almıştır¹¹.

Türkiye’nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde haberleşme hürriyeti ayrıca tanımlanmamıştır. Fakat Sözleşme’nin 8. maddesinde özel hayata saygı hakkı çerçevesinde haberleşme hürriyeti ele alınmaktadır.

‘Sözleşme Madde 8 – Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin hukuka uygun ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre haberleşme hürriyetinin ihlali de Sözleşme madde 8 kapsamında değerlendirilmelidir¹².

10 Aybay, *op. cit.*, s. 15.

11 Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2200 A (XXI) Sayılı Kararı.

12 AİHM’e göre telefon görüşmelerinin gizliliğinin Sözleşme madde 8/1 kapsamında korunduğuna şüphe yoktur: AİHM, *Chadimova v. Çek Cumhuriyeti*, 18/4/2006, s. 21, §143. Haberleşme hürriyetinin Sözleşme madde 8/1 kapsamında korunduğu yönünde bkz. AİHM, *Malone v. Birleşik Krallık*, 2/8/1984, S. A, N. 82, s. 30, §64; AİHM, *Kruslin v. Fransa ve Hırvatistan*, 24/4/1990, Seri A, No 176-A ve 176-B, s. 20, §26 ve s. 52, §25; AİHM, *Halford v. Birleşik Krallık*, 25/6/1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*, ss. 1016-1017, § 48; AİHM, *Kopp v. İsviçre*, 25/3/1998, *Recueil 1998-II*, s. 540, §53; AİHM, *Lambert v. Fransa*, 24/8/1998, *Recueil 1998-V*, ss. 2238-2239, §21; AİHM, *Prado Bugallo v. İspanya*, 18/2/2003.

2. Ulusal Hukuk

Anayasa koyucu, 1982 Anayasası'nın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği ve 22. maddesinde haberleşme hürriyetini ayrı ayrı düzenlemiştir:

“Madde 20– Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.) (...)”

“Madde 22 – (Değişik: 3/10/2001-4709/7 md.) Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. (...)”

Özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine ilişkin düzenlemeler, mülga Anayasalarımızda da yer almaktaydı.

1924 Anayasası'nın 81. maddesinde “Postalara verilen evrak, mektuplar ve her nevi emanetler salâhiyettar müstantık ve mahkeme kararı olmadıkça açılmaz ve telgraf ve telefon ile vâkı olan muhaberatın mahremiyeti ihlâl olunamaz.” şeklinde düzenlenen hüküm ile, mülga 765 sayılı TCK'nın 195-200. maddelerinde yer alan düzenlemelere paralel olarak posta, telgraf ve telefon ile sınırlı olmak üzere haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştı. Dönemin koşulları ve teknolojik imkanları düşünüldüğünde haberleşme olgusuna tahdidi olarak yaklaşılması şaşırtıcı değildir.

1961 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği 15. maddede, haberleşme özgürlüğü 17. maddede düzenlenmiştir ve 1982 Anayasasının ilk haline bu hükümler taşınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde öngörülen esaslar çerçevesinde temel hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlanma nedenlerinin Anayasa'da açıkça belirlenmesi amacı ile yapılan 2001 Anayasa Değişiklikleri ile¹³ ise özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20. maddenin ilk fıkrasında yer alan “Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.” ibaresi ilga edilmiştir. Aynı değişiklik ile Anayasa'nın 13. maddesinde yapılan değişiklik nedeniyle temel hak ve özgürlükler, ancak kendi düzenledikleri Ana-

13 17/10/2001 tarih ve mükerrer 24556 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, madde 5 (Erişim: <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/10/20011017M1.htm>, 21.02.2022).

yasa maddesinde öngörülen sınırlama nedenleri ile sınırlandırılabilir hale gelmiş ve bu kapsamda özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü bakımından Anayasa’da millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleri, özel sınırlama nedenleri olarak sayılmıştır.

3. Değerlendirme

Özel hayata saygı hakkı (veya Anayasamızın deyimi ile “*özel hayatın gizliliği*”), AİHM’in de yorumladığı üzere içerisinde haberleşme hürriyetini de barındırmaktadır. Anayasa koyucunun özel hayatın gizliliğinin haricinde haberleşme hürriyetini ayrıca öngörmesi, hatta 1924 Anayasası’nda özel hayatın gizliliğini öngörmeden doğrudan haberleşme hürriyetinin garanti altına alınması, izaha muhtaçtır. Bunun sebebi, özel hayatın en çok müdahale edilen alanının haberleşmenin gizliliği olmasıdır¹⁴. Bu husus, Türkiye özelinde daha da önemli hale gelmektedir¹⁵. Bu nedendir ki Anayasa koyucu ve kanun koyucu, haberleşmenin gizliliğini bir özgürlük olarak öngörmek ve ihlalini suç olarak ihdas ederek koruma altına almak istemektedir. Yargıtay da haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ile korunan hukuki menfaatin “*genel olarak kişilerin özel yaşamına saygı, özel olarak da bireysel haberleşme özgürlüğü*” olduğu ve TCK m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile TCK m. 132’de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu arasında “*genel norm – özel norm ilişkisi*” bulunduğu kanaatinde¹⁶.

Kanaatimizce haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda korunan temel hukuki menfaat, haberleşmesinin gizliliği ihlal edilen kişinin temel hak ve hürriyetlerinden olan haberleşme hürriyetidir. Kuşku yoktur ki haberleşmenin gizliliğini ihlal ile aynı zamanda özel hayatın gizliliği de ihlal edilmekte ve bu anlamda özel hayata saygı hakkı da suçun işlenmesi ile zarar gören menfaat haline gelmektedir. Fa-

14 Karagöz, Kasım / Birtek, Fatih, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, ss. 71-72.

15 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Birtek, *op. cit.*, ss. 21-24.

16 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

kat hem Anayasa koyucunun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden farklı olarak haberleşme hürriyetini 22. maddede ayrıca düzenlemesi ve bu suretle bağımsız bir özgürlük olan haberleşme hürriyetini özel hayata saygı hakkına dayandırma zorunluluğunun olmaması¹⁷, hem de özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesinde ayrıca düzenlenmesi nedeniyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından haberleşme hürriyetinden daha geniş bir hukuki yararı koruma gerekliliği bulunmaması sebepleriyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu temel menfaatin haberleşme hürriyeti olduğu düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, Yargıtay'ın özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarını düzenleyen maddeler arasında genel norm - özel norm ilişkisi bulunduğunu yönündeki değerlendirmesi yerindedir.

Bununla beraber, haberleşme özgürlüğüne ek olarak özel hayatı¹⁸ ve haberleşmeye konu tüm içeriklerin¹⁹ de TCK m. 132 ile koruma altına alınmaya çalışıldığının kabulü gerekir. Zira kanunlarda öngörülen suçların her biri tek bir hukuki yararı koruyabileceği gibi bir suç ile birden fazla hukuki menfaat de korunabilir²⁰. Somut olaya göre haberleşmenin hürriyetini tehdit eden bir fiil bulunduğu takdirde öncelikle haberleşmenin gizliliğini ihlal kapsamında değerlendirilmesi, eğer TCK m. 132 kapsamında suç teşkil etmiyor ise TCK m. 134 hükmü kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Ayrıca, somut olaya göre Anayasa m. 17'de güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, Anayasa m. 20'de düzenlenen ile aile hayatı, Anayasa m. 24'te yer alan din ve vicdan özgürlüğü, Anayasa m. 25'te garanti altına alınan düşünce özgürlüğü ve dolayısıyla Anayasa m. 26'da öngörülen düşünceyi yayma ve açık-

-
- 17 **Özbudun**, Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C. 1, 1977, s. 287.
- 18 **Koca**, Mahmut, "Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)", M. Tevfik Gülsoy (Ed.), *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Erzurum, 2011, ss. 66-67.
- 19 **Hakeri**, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2005, s. 202.
- 20 **Öztürk**, Bahri / **Erdem**, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Mubakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2007, s. 163.

lama özgürlüğü de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun koruduğu hukuki menfaat kapsamında yer alacaktır²¹.

II. SUÇUN UNSURLARI

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun unsurları kapsamında tipiklik unsuru, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsur incelenecek; ardından suçun kanunda öngörülen nitelikli halleri değerlendirilecektir.

Hukuka aykırılık unsuru incelenirken ise hakim ve savcı kararlarının 4/12/2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde öngörülen *İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması* koruma tedbirleri kapsamında hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için gereken hususlar ele alınacaktır.

A. Tipiklik

Bir fiilin kanunda suç olarak öngörülmediği müddetçe suç teşkil etmeyeceği ve failinin cezalandırılmayacağını öngören *kanunilik ilkesi* (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), Ceza Hukukunun temel prensiplerindendir²². Bu durum ayrıca AİHS m. 7'de, Anayasa m. 38 ve 5237 sayılı TCK m. 2'de öngörülmüştür. Bu nedenle tipiklik, suçun esaslı unsurlarındandır²³ ve bir fiilin bir suçu meydana getirebilmesi için tipiklik unsuru sağlaması gerekmektedir²⁴.

1. “Haberleşme” Kavramının Anlamı

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun kanundaki tanımını bakımından en önemli husus, “haberleşme” sözcüğünden neyin anlaşılması gerektiğidir. Zira TCK m. 132'de yer alan “haberleşme” keli-

21 Bu konuda detaylı açıklamalar ve öğretilerdeki görüşler için **Bakım**, bkz. *op. cit.*, s. 176.

22 Bu ilke, Ceza Hukuku için vazgeçilmezdir, zira bir Roma özdeyişine göre “*Erubescimus, cum sine lege loquimur*”, yani “Yasaya dayanmadan konuştuğumuz zaman yüzümüz kızarır”: **Beccaria**, *Cesare, Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 31. Bu ilke ile kişi hürriyeti, hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri muhafaza edilmektedir: **Dana**, Shahram, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 4, 2009, ss. 861-862.

23 **Kunter**, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1949, s. 45.

24 **Kunter**, *op. cit.*, s. 64.

mesinin karşılık geldiği anlama göre somut olay nezdinde bir suçun meydana gelip gelmediği değişiklik gösterebilecektir. Bu bakımdan “haberleşme” ifadesinin açık ve kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmamasını sağlayacak şekilde tanımlanması elzemdir. Aksi takdirde kanunilik ilkesinin ihlal edileceğine şüphe yoktur.

Fransız Ceza Kanunu’nda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna karşılık gelen suçlarda, haberleşme kelimesinin karşılığı olarak *correspondance* kelimesi kullanılmıştır²⁵. İsviçre Ceza Kanunu’nda ise *correspondance* ve *conversation* kelimeleri kullanılmıştır²⁶. İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan ilgili suçlar tanımlarında ise haberleşme kelimesine karşılık *comunicazioni* ve *conversazioni* kelimeleri kullanılmıştır²⁷. AİHM içtihadında da Fransızca olarak *communication*, İngilizce olarak ise *communication* kelimeleri; haberleşme hürriyetine karşılık gelen kullanımlarda yer almaktadır²⁸. Bu sözcükler; haberleşme, iletişim, muharebe gibi kelimeler ile Türkçeye çevrilmektedirler.

Türk Dil Kurumu’na göre haberleşme, “Kişiler veya kişiler ile teknik cihazlar arasındaki bilgi ve haber aktarımı” anlamına gelmektedir²⁹. İletişim ise “Bir yerden, bir kişiden, bir makineden bir başkasına, herhangi bir ortamdan yararlanarak bilgi gönderme”³⁰, “Bir bilginin, bir haberin, bir niyetin, bir konuşmanın ilkel veya gelişmiş bir işaret sisteminden yararlanılarak bir zihinden başka bir zihne yabut da bir merkezden başka bir merkeze ulaştırılması”³¹ şekillerinde tanımlanmaktadır.

1982 Anayasası (m. 22) ve 5237 sayılı TCK (m. 124, 132, 285, 297, 298) “haberleşme” kelimesini kullanılmıştır. 5271 sayılı CMK’da ise (135. madde başta olmak üzere 37, 128, 138, 180, 187, 196, 245, 252. maddelerinde) “iletişim” kelimesi kullanılmaktadır. Farklı kanunlarda farklı terminolojinin tercih edilmesi, öğretide eleştirilmiştir³².

25 *Code pénal, article 226-15.*

26 *Code pénal suisse, article 179.*

27 *Codice penale, articolo 617.*

28 Bkz. *supra* note 12.

29 **TDK**, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, 2003, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

30 **TDK**, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, 1981, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

31 **TDK**, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

32 “Haberleşme” ve “iletişim” sözcüklerinin birbirinden farklı anlamlara geldiği ve bu sebeple iki farklı terminolojinin bulunmasının sakıncalar meydana getirdiği, bu nedenle “haberleşme” kelimesi üzerinde birlik sağlanması gerektiği yönünde bkz. **Birtek**, *op. cit.*, ss. 30-33.

Kanaatimizce Anayasa m. 2’de yer alan hukuk devleti ilkesinin alt ilkeleri olan hukuki belirlilik ilkesi ve hukuki güvenlik ilkesi bakımından terminolojide yeknesaklık sağlanması gereklidir. Anayasa m. 22’de de yer alan “haberleşme” terimi üzerinde karar kılınması ve bu suretle kanunlardaki terminolojinin Anayasaya uyarlık göstermesinin sağlanması yerinde olacaktır. Nitekim 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın 188. maddesinin gerekçesinde, Anayasa’da “haberleşme hürriyeti” ifadesinin kullanılması nedeniyle yasa metninde haberleşme sözcüğünün tercih edildiği belirtilmiştir³³.

2. “Haberleşme” Kavramının Kapsamı

TCK m. 132’de yer alan “haberleşme” sözcüğünün karşılık geldiği anlamın yanında kapsamının ne olduğu da bir diğer cevaplanması gereken sorudur. Ancak bu şekilde “haberleşmenin gizliliği”nin kapsamı tespit edilecek ve suçun kanuni tanımı belirlenecektir.

Kanunlarımızda “haberleşme” terimi tanımlanmamıştır. Bu husus öğretide, “haberleşme” kavramının son derece geniş ve soyut olması, kanunda açık bir tanımının bulunmamasının hukuki belirlilik ve kanunilik ilkelerine aykırılık teşkil edeceğinden hareketle eleştirilmiş³⁴ ve TCK m. 6’ya haberleşmenin geniş bir tanımının eklenmesi suretiyle bu noksanlığın giderilmesi önerilmiştir³⁵.

Kanaatimizce, teknolojik ilerlemelerin en çok etkilediği alanlardan biri olan “haberleşme” kavramına sınırlı sayıda aracın kanun kapsamına alınması suretiyle bir tanım getirilmesi, isabetli olmayacaktır; “haberleşme” teriminin kapsamını tayin, yargı mercilerine ve öğretiyeye bırakılmalıdır³⁶. Çünkü hem tüm haberleşme araçları ile

33 “Madde 188. - Madde, aslında muhabere hürriyetini korumaktadır. Dilimizde bugün yerleşmiş terimiyle haberleşme hürriyeti denildiğinde, kitle haberleşme araçlarıyla haber, düşünce ve fikirlerin yayımlanması anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasanın 22 nci maddesinin başlığı olarak “haberleşme hürriyeti” terimi kullanılmış ve bu maddede muhabere hürriyeti belirlenmiştir. Hâlen kitle haberleşme araçlarıyla haber, fikir ve düşünceleri yayımlama serbestliği karşılığı olarak “iletişim hürriyeti” terimi kullanılmaktadır. Bununla birlikte Anayasaya uyularak bu maddenin başlığı olmak üzere haberleşme hürriyetinin iblâli sözcükleri kullanılmıştır.” <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=18666&psorgukriteri=>, Erişim: 24.02.2022

34 Şen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, s.712.

35 Mert, Ahmet, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010, s. 57.

36 Aynı yönde bkz. **Birtek**, *op. cit.*, s. 29, 155-157; **Bakım**, *op. cit.*, s. 202.

metotlarını kanunda sınırlı sayıda öngörmek mümkün değildir, hem de sürekli yeni teknolojik gelişmeler yaşanması nedeniyle kanunun güncelliğini her geçen gün kaybedecek olması söz konusudur ki bu durum haberleşme hürriyetini koruyan ilgili hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasına imkan tanımaz şekilde haberleşme hürriyetinin ihlalinin kanun kapsamında suç teşkil etmeyen metotlarca gerçekleşmesine imkan verecektir. Haberleşmenin kapsamının kanunda *numerus clauses* olarak belirlenmesi, açıklanan nedenlerden ötürü, suçlulukla mücadeleleyi aksatır niteliktedir.

Benzer şekilde haberleşme teriminin kapsamına, örnekleyici şekilde saymak suretiyle kanunda yer verilmesi de suçlulukla etkin mücadele için elverişli olmayacaktır. Zira bu sefer de uygulamada, somut olaya ilgili hüküm uygulanırken TCK m. 2/3'te öngörülen kıyas yasağı ve kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama yasağının ihlali söz konusu olabilecek ya da bu şekilde bir ihlal söz konusu olmaması için yargı makamlarınca yalnızca örnekleyici şekilde sayılan araçlarla sınırlı bir uygulama gelişebilecektir. İlk ihtimalde temel ceza hukuku ilkelerinin ihlali söz konusu olabilecekken ikinci ihtimalde ise adeta uygulayıcılar tarafından kanunda öngörülen araçlar “güvenli liman” olarak görülecek ve suç teşkil etmesine rağmen kanunda sayılmadığı için bazı (ve çoğu zaman yeni) yöntemlerle işlenen fiiller cezalandırılmayabilecektir. Açıklanan bu riskler sebebiyle, haberleşme teriminin kapsamının uygulamaya ve öğretiyeye bırakılmasının daha isabetli olduğu düşüncesindeyiz.

Bununla beraber, 5/11/2008 Tarih ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 3/h maddesinde “elektronik haberleşme” terimi, “*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması*” olarak tanımlanmıştır.

“Haberleşme” teriminin kapsamını, “*içeriğinde özel hayata ilişkin bir gizlilik bulunup bulunmadığına bakılmaksızın bireyler arasında gerçekleştirilen bireysel (özel) haberleşme ve bu haberleşmeyi sağlayan her türlü araç*”³⁷ olacak şekilde ele almak gerekmektedir.

37 Birtek, *op. cit.*, s. 156.

Yerleşik Yargıtay içtihadı uyarınca da “suçun konusu”³⁸, haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşmedir. Haberleşmenin gerçekleştirilmesi için yararlanılan araçlar bakımından bir sınırlama söz konusu değildir, her türlü haberleşme faaliyeti TCK m. 132 kapsamında korunmuştur. Bununla beraber, haberleşme faaliyetinin yapılabilmesi için araya bir vasıta sokulması gerekir. Zira yüz yüze yapılan haberleşmenin ihlali, TCK m. 133’de düzenlenen “kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması” suçu ya da TCK m. 134 hükmünde yer alan “özel hayatın gizliliğini ihlal” suçu kapsamında değerlendirilmelidir³⁹ ve bir haberleşme aracı bulunmaması nedeniyle yüz yüze yapılan haberleşme faaliyeti, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusunu oluşturmaz⁴⁰.

38 Yerleşik Yargıtay içtihadında “suçun hukuki konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu kabul edilmelidir” denilmek suretiyle suçun “hukuki” konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu zikredilmektedir. Fakat suçun hukuki konusu, hukuk kuralı ile korunan ve suçun ihlal ettiği hak veya menfaati ifade etmektedir ve TCK m. 132 ile öngörülen suçun hukuki konusu, haberleşme hürriyetidir. Bu nedenle de ilgili yargı kararlarında yer verilen niteleme isabetsiz olup “suçun maddi konusu” ifadesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Suçun maddi ve hukuki konusu hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Erem**, Faruk, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968, s. 12. Kullanılan terminoloji bakımından eleştirilen Yargıtay kararları için bkz. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132.

39 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, ss. 544. “[H]aberleşmeden söz edebilmek için bir araç kullanılması şart değildir. Haberleşme ya da iletişim iki kişi arasında herhangi bir haberleşme aracı bulunmadan da söz konusu olabilir. Bu anlamda yüz yüze konuşmak da bir tür haberleşme şeklidir. Ancak hükmün konuluş amacı göz önüne alındığında, suçun hukuki konusunun haberleşme vasıtaları ile yapılan haberleşme olduğu kabul edilmelidir. Hükmün gereğesinde yer alan, “Kişiler arasındaki haberleşmenin ne suretle yapıldığının suçun oluşumu açısından önemi yoktur. Bu haberleşme, örneğin mektupla, telefonla, telgrafla, elektronik posta yoluyla yapılabilir.” şeklindeki açıklamada da esasen dolaylı olarak haberleşmenin araya vasıta sokularak yapılması gerektiğini ifade eder. Bu nedenle kişilerin yüz yüze iletişimine dinleme vb. şekillerde müdahale edilmesi, TCK’nın 133. maddesinde düzenlenen “Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması” ya da TCK’nın 134. maddesinde düzenlenen “Özel hayatın gizliliğini ihlal” suçları kapsamında değerlendirilmelidir” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132.

40 “[S]anığın, katılanın hazırlandığı sırada katılanın rızası dışında cep telefonunu alarak arama kayıtlarına baktığı iddiasına konu olayda, TCK’nın 132/1. maddesi ve fıkrasındaki suçun konusunun, haberleşme içeriği olup söz konusu suçun, belirli kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin hukuka aykırı biçimde öğrenilmesiyle oluşacağı, haberleşmenin gizliliğinden söz edebilmek için, kişiler arasında haberleşme olarak isimlendirilebilecek bir iletişimin olması, en az iki kişi arasında bir haberleşme vasıtası olması (telefon, mektup, e-posta vb.) ve tarafların bu haberleşmeyi gizlilik önlemlerini alarak yapması gerektiği, katılanın, kim ile, ne zaman, hangi sıklıkla, hangi süreyle görüştüğüne ilişkin bilgiler kişisel veri kapsamında olup haberleşme olarak nitelendirilemeyeceği anlaşıldığından, katılana ait kişisel veri kapsamındaki arama kayıtlarına katılanın rızası dışında bakarak içeriğine vakıf olan sanık hakkında TCK’nın 136/1. maddesi ve fıkrasındaki verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mabkumiyet kararı verilmesi

3. “Haberleşmenin Gizliliği” Kavramı

“Haberleşme” kavramı gibi “haberleşmenin gizliliği” kavramı da kanunda tanımlanmamıştır. Kanaatimizce, önceki açıklamalara paralel olarak, “gizlilik” kavramı da somut olayın niteliklerine göre yorumlanarak “haberleşmenin gizliliği”nin ihlal edilip edilmediği tespit edilmelidir.

Her ne kadar önceki kısımda “haberleşme” tanımında “içeriğinde özel hayata ilişkin gizlilik bulunup bulunmadığına bakılmaksızın” ibaresine yer verilmiş olsa da haberleşme içeriğinin gizli olması gerektiğine şüphe yoktur. Başka bir anlatımla, haberleşme içeriğinin aleni, herkes tarafından tespit edilebilir olması durumunda haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu gerçekleşmeyecektir. Kanaatimizce, böyle bir halde ihlal edilecek bir gizlilikten de bahsedilemez.

Örneğin sosyal medya, bireyler arasında gerçekleştirilen haberleşmeyi sağlayan bir araçtır. Sosyal medyada yapılan paylaşımlar, eğer herkese açık şekilde paylaşılmış ise bu paylaşımların üçüncü bir kişi tarafından görüntülenmesi, okunması, paylaşılması; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu meydana getirmeyecektir. Bununla beraber, sosyal medya paylaşımları, sosyal medya kullanıcısının sınırlı sayıda kişinin görüntüleyebileceği şekilde, kısıtlı bir kitlenin arzına paylaşılmış ise; artık bu paylaşımın paylaşımı yapan sosyal medya kullanıcısı ile o paylaşımına erişim yetkisi bulunan diğer sosyal medya kullanıcıları arasında özel bir haberleşme niteliğinde olduğu, bu paylaşımın gizlilik niteliğini haiz olduğu, bu nedenle bu paylaşımın haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna konu olabileceğinin kabulü gerekmektedir. Benzer şekilde, sosyal medya hesabı üzerinden başka bir kullanıcıya atılan özel mesajın içeriği de, TCK m. 132 kapsamında korunmaktadır ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konusu olabilir⁴¹.

gerektiği gözetilmeden, delillerin takdirinde ve hukuki nitelendirmede yanlıya düşülerek yazılı şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan beraat hükmü kurulması, Kanuna aykırı olup” **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/4/2019, E. 2018/8152, K. 2019/4886.

41 “Sanık ...’nın, katılan ...’le aralarındaki boşanma davasının devam ettiği ve fiilen ayrı yaşadıkları dönemde, katılana ait facebook hesabının şifresini bir şekilde ele geçirdiği, bu şifreyi kullanarak katılanın facebook hesabının özel kısmında yer alan mesajlar bölümüne girip katılanla kayımsalidesi olan ...’in birbirlerine gönderdiği boşanma sürecine ilişkin açıklamaların ve kendisine yönelik hakaret içeren ibarelerin yer aldığı mesajları, önce kendi elektronik posta adresine, daha sonra da gıyabında yapılan yazışmalardan haberdar olduğunu bildirmek için katılanın elektronik posta adresine gönderdiği olayda; (...) sanığa atılı TCK’nın 132. maddesi-

Kanaatimizce TCK m. 132’de öngörülen gizlilik; haberleşme içeriklerinin gizliliği ile sınırlı değildir, aynı zamanda haberleşmenin taraflarının haberleşme hürriyetlerini özgürce kullanabilmeleri için gerekli olan haberleşmenin tüm unsurlarının da gizliliğini ifade etmektedir. Her halde, *ultima ratio* ilkesi gereği, fiilin suç teşkil etmesi için belirli bir ağırlıkta olması gerekmektedir. Bu konu hakkında detaylı açıklamalara “Maddi Unsur” bahsinde yer verilmiştir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, TCK m. 132 haberleşmenin gizliliğini suç tipinde yer alan “haberleşme”; kişiler arasında olmalı, haberleşme araçları vasıtasıyla dolaylı olarak yapılmalı ve gizli olmalı, başka bir deyişle aleni olmamalıdır.

B. Maddi Unsur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun maddi unsuru içerisinde fail, mağdur ve fiil incelenecektir.

1. Fail

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun failini tespit etmek için önce TCK m. 132 kapsamında yer alan suçları incelemek gerekir.

a. TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu, TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan “haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle” haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili, herkes olabilir. Kanun koyucu failin şahsında bulunması gereken herhangi bir özellik öngörmemiştir. Bu suçun faili herhangi bir kimse olabileceği için özgü suç niteliğinde değildir⁴².

nin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini ihlal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

42 Aynı yönde bkz. **Soyaslan**, *op. cit.*, s. 268; **Koca**, “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)”, s. 68. Aksi yönde ise bkz. **Zafer**, *op. cit.*, s. 91. Bu görüşe göre kanun koyucu, “konuşan taraf olmama” şeklinde bir olumsuz kriter koymak suretiyle fail yönünden özgü suç ihdas etmiştir.

Fakat, suçun niteliğinden failin haberleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi olması gerekir. Zira, haberleşmenin tarafı olan bir kişi bakımından haberleşmenin gizli olduğundan söz edilemeyeceğinden, TCK m. 132/1’de öngörülen suçun konusu imkansızdır.

Bununla beraber failin, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil eden fiili işleyebilmesi için haberleşme içeriği anlayabilmesi gerekmez⁴³. Örneğin; haberleşmenin gizliliğine konu haberleşme içeriğinin, failin bilmediği bir yabancı dilde ya da bir kriptodil dilde olması, suçun işlenmesi için engel teşkil etmez. Zira haberleşme hürriyetine üçüncü bir kişinin anlamasından bağımsız olarak, kişilerde korku ve endişe oluşturmak suretiyle bir müdahale vardır⁴⁴. Fakat haberleşme gizliliğinin ihlal edilmesi için failde bazı özelliklerin bulunması gerektiğinin kabulü gerekir. Örneğin, görme engelli bir kimsenin mesaj yolu ile yapılan haberleşmenin, işitme engelli bir kimsenin sözlü yapılan haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiğinden söz edilemez; zira aracın mutlak elverişsizliği söz konusudur⁴⁵. Çünkü burada, failin bilmediği bir yabancı dilde ya da bir kriptodil dilde olan haberleşme içeriğinin gizliliğini ihlal etmesi örneğinden farklı olarak failin haberleşme hürriyeti muhafaza altına alınan kimselerde korku ve endişe oluşturmak suretiyle dahi haberleşme hürriyetlerine müdahale etmesi mümkün değildir.

b. TCK m. 132/2 hükmünde yer alan “kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini bukuka aykırı olarak ifşa” suçu bakımından

Bu suç da TCK m. 132/1’de yer alan kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu gibi, yukarıda sayılan gerekçelerle; herkes tarafından işlenebilir, özgü bir suç değildir.

43 Özbek/Doğan/Bacaksız, *op. cit.*, s. 543-544; Koca, “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)”, s. 71; Zafer, *op. cit.*, s. 98-99.

44 Bakım, *op. cit.*, s. 206.

45 Zafer, *op. cit.*, s. 91. Aksi yönde bkz. Birtek, *op. cit.*, s. 170-171. Yazara göre burada suçun oluşmamasının nedeni hareketin elverişli olmaması değil, suçun konusu bakımından bir zarar veya tehlike bulunmamasıdır. Aksi yönde görüş için bkz. Bakım, *op. cit.*, s. 206. Yazara göre; kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun konuluş amacı, kişilerin dilediği kişiyle dilediğince haberleşebilmesidir ve bu nedenle haberleşme hürriyetine yapılan her müdahale kişilerde endişe duygusunu doğurur.

Bununla birlikte, şüphesiz ifşa suçu bakımından kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna nazaran belirli farklılıklar söz konusu olacaktır. Zira kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinde üçüncü bir şahıs olan failin haberleşme içeriğini, baskın görüşe göre, öğrenmesi⁴⁶ ile suç işlenmiş olurken kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçu bakımından ise haberleşme içeriğinin üçüncü kişilere ifşa edilmesi suretiyle suç işlenmiş olacaktır. Dolayısıyla failin artık haberleşme içeriğini öğrenip öğrenmemesinden ya da algılayıp algılayamamasından bağımsız olarak bu içeriği ifşa etmesi, suçun oluşması için yeterlidir. Bu nedenle de kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunda bahsettiğimiz aksine, örneğin suç konusu haberleşme içeriği bir mektup veya mesaj olduğunda, failin görme engelli olup olmaması bir önem teşkil etmeyecektir⁴⁷. Zira bu kimse, başkasına ait bir mektubu kendisi okuyamasa bile mektup içeriğini üçüncü kişilere ifşa edebilir ve bu suretle ilgili suçu işleyebilir.

Bu nedenle, kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini ifşa suçunun, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçuna kıyasla daha geniş bir kesim tarafından işlenebileceği açıktır.

c. TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan “kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa” suçu ve TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan “ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması” suçu bakımından

TCK m. 132/3 hükmünde öngörülen suç bakımından fail, gizliliği ifşa edilmek suretiyle ihlal edilen haberleşmenin tarafı olan kişidir. Bu bakımdan “kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa” suçu, bir özgü

⁴⁶ Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için failin haberleşme içeriğini öğrenmesi gerekip husus öğretide tartışmalıdır. Öğretideki hakim görüş, haberleşme içeriğinin öğrenilmesinin zorunlu olduğu yönündedir. Bu hususa hareket bahsinde yer verilecektir.

⁴⁷ Nitekim Alman öğretisinde de, böyle bir örnekte failin haberleşme içeriğini okuyabilme kabiliyeti bulunmasa bile bu içeriği üçüncü kişilere ifşa edebileceği kabul edilmektedir: **Tröndle**, Herbert / **Fischer**, Thomas, *Beck'sche Kurz-Kommentare Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 52. Auflage, München, 2004, ss. 1297-1298 (**aktaran: Birtek**, *op. cit.*, ss. 163-165).

suçtur⁴⁸. Zira herhangi bir kimse, suçun faili olamaz; suçun faili olan kişinin haberleşmenin tarafı olması gerektiği kanunda öngörülerek suç tipinin bir unsuru haline getirilmiştir.

“Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa” suçunun temel şekli, ancak haberleşmenin tarafı olan kişice işlenebileceğinden ötürü, bir gerçek özgü suçtur⁴⁹. Bu husus, iştirak bahsinde önem arz etmektedir. Zira m. TCK 40/2’de “Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.” şeklinde hükmedilmek suretiyle özel faillik niteliğini taşımayan suç ortaklarının müşterek fail olarak suça iştirak edemeyeceği, sadece azmettiren ve yardım eden hükümlerince sorumlu olabilecekleri öngörülmüştür⁵⁰.

d. TCK m. 137’de öngörülen nitelikli haller bakımından

TCK m. 137 hükmünde, özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar bakımından “ortak nitelikli haller” öngörülmüştür⁵¹ ve TCK m. 132-136 hükümlerince düzenlenen suç fiilleri TCK m. 137 kapsamında yer alan nitelikleri haiz bir fail tarafından işlendiği takdirde suçun basit halinden daha ağır bir cezaya hükmedilecektir.

TCK m. 137/1-a hükmünde suçun “kamu görevlisi tarafından” ve “görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle” işlenmesi hali öngörülmüştür. Bu bakımdan TCK 137/1-a hükmü, bir özgü suç teşkil eder. Bu suç, temel şekli herkesçe işlenebiliyorken nitelikli hali belirli kimselerce, yani sadece kamu görevlilerince işlenebileceği için gerçek olmayan (görünüşte) özgü suç teşkil eder⁵². Bu açıklama,

48 Aynı yönde bkz. **Hafızoğulları/Özen**, *op. cit.*, s. 254; **Birtek**, *op. cit.*, s. 378;

49 Suçun temel şeklinin işlenebilmesi için failde belirli bir özelliğin bulunması gerekiyor ve bu özellik suçun bir unsurunu teşkil ediyorsa; bu tür suçlara *gerçek özgü suç* denir. Bununla beraber, suçun temel şekli herkesçe işlenebilirken suçun nitelikli şekli belirli kimselerce işlenebiliyorsa *gerçek olmayan (görünüşte) özgü suç* söz konusu olacaktır. Gerçek – gerçek olmayan özgü suç ayrımı; Alman öğretisi, Türk öğretisi ve Yargıtayca benimsenmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, Tülay, *Özgü Suç*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021, ss. 143-155. Ayrıca bkz. **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/9/2018, E. 2015/1189, K. 2018/377; **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/3/2018 tarih, E. 2015/625, K. 2018/118.

50 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 18/4/2019, E. 2018/189 K. 2019/350.

51 **Birtek**, *op. cit.*, s. 274.

52 Gerekli açıklamalar için bkz. *supra note* 49. Aynı yönde bkz. **Kitapçıoğlu Yüksel**, *op. cit.*, s. 156.

TCK m. 132/1 ve m. 132/2’de öngörülen suçlar bakımından geçerlidir. Zira, TCK m. 132/3’de öngörülen suçun zaten gerçek özgü suç teşkil ettiğini açıklamıştık.

TCK m. 137/1-b hükmünde ise, suçun “*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi hali düzenlenmiştir. Buradaki sanat ve meslekten kasıt, suçun işlenişinde kolaylık sağlayan her tür sanat ve meslektir⁵³. Dolayısıyla, TCK m. 137/1-b kapsamında suçun nitelikli halinin söz konusu olabilmesi için, failin suçun işlenişinde kolaylık sağlayan bir mesleği ve sanatı icra ediyor olması gerekmektedir. Bu bakımdan bir özgü suç teşkil eder. TCK m. 137/1-a’dakine benzer şekilde eğer suç TCK m. 132/1 ve m. 132/2’nin nitelikli hali olarak tezahür ettiyse gerçek olmayan özgü suç söz konusu olup TCK 132/3’ün temel hali de zaten bir gerçek özgü suç olduğundan TCK 137/1-b hükmünün TCK 132/3’ün nitelikli hali olarak somut olayda cereyan etmesi durumunda gerçek özgü suç olarak değerlendirilmesi gerekir.

2. Mağdur

Kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları (TCK m. 132/1 ve m. 132/2) bakımından suçun mağduru, haberleşmenin taraflarıdır.

Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa suçu (TCK m. 132/3) bakımından ise suçun mağduru, haberleşme içeriğinin alenen ifşasına rızası olmayan taraftır. Başka bir anlatımla suçun mağduru, içeriği ifşa edilen haberleşmenin fail olmayan tarafıdır. Bu taraf tek bir kişiden oluşabileceği gibi birden fazla kişiden de oluşabilir.

3. Fiil

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının fiilini tespit için, TCK m. 132’de yer alan suçlar bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

53 Özbek/Doğan/Bacaksız, *op. cit.*, s. 553-554.

a. TCK m. 132/1, ilk cümlede yer alan “kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal” suçu bakımından

Kanun koyucu ilgili suçu ihdas ederken yasa metninde yalnızca neticeye yer vermiştir. Bu tarz suçlara öğretide “serbest hareketli suçlar” denir⁵⁴. Bu bakımdan suçun oluşması için gereken hareketler kanunda öngörülmemiş olup kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran her hareket ile suçun işlenebileceğinin kabulü gerekir.

Bazı yazarlarca madde gerekçesinden hareketle kanunilik ve dar yorum ilkeleri uyarınca ilgili suçun seçimlik hareketli ve bağlı hareketli suç olduğu ileri sürülse de⁵⁵ kanaatimizce kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, serbest hareketli bir suçtur. Zira madde gerekçesi, madde metninden değildir. Kanunilik ilkesi, kanun metni ile sınırlı olarak uygulanmalıdır. Kanun maddesinin dışında kalan ögelerin uygulanması, eğer ki kanun maddesinin koruduğu hukuki yararı korumada yetersiz kalıyor ise, yasa metninin yorumlanmasında yeterli bir araç olarak görülemez ve kanunda öngörülmemiş olan bir sınırlama, kanunilik ilkesi öne sürülerek madde metninin yorumuna katılamaz. Suçlulukla etkin mücadele için, gelişen teknolojik araçları yadsımadan bir değerlendirme yapmak gerekir. Dolayısıyla, hem haberleşme araçlarının oldukça çeşitlenmesi hem de haberleşme içeriklerinin ihlal edilmesinde kullanılan yöntemlerin benzer şekilde çoğalması nedeniyle somut olay nezdinde böyle bir sınırlama olmaksızın değerlendirme yapılmalı, kanun hükmünün çağın gerisinde kalmasına mahal verilmemelidir. Böylelikle, ceza kanunlarının güncelliği de korunmuş olacaktır.

Failin, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran hareketi, icrai bir hareket olabileceği gibi ihmali bir hareket de olabilir⁵⁶.

54 Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2020, s. 267.

55 Madde gerekçesinde ilgili ihlalin “kişiler arasındaki haberleşme içeriğinin okunarak veya dinlenerek” gerçekleşeceği öngörüldüğünden öğretide bazı yazarlar, ilgili suçun seçimlik hareketli suç olduğunu ve bu nedenle haberleşme içeriğinin okunması ve dinlenilmesi suretiyle, bazı yazarlara göre de madde gerekçesi genişletilerek görsel materyallerin görülmesi sureti ile de ilgili ihlalin gerçekleşebileceğini kabul etmektedirler. Bu konudaki görüşler için bkz. **Bakım**, *op. cit.*, s. 204-205.

56 “Paralel hatta sabit telefonu aynı anda açan iki kişiden arayanın kendisini aramadığını, batın diğer ucundaki diğer kişiyi aradığını anlayan kişinin, buna rağmen telefonu kapatmaya-

Bununla beraber, öğretilerde kişiler arası haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşabilmesi için fail tarafından haberleşme içeriğinin öğrenilmesinin zaruri olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Öğretilerdeki hakim görüş, haberleşme içeriğinin öğrenilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁷. Kanaatimizce haberleşme içeriğinin öğrenilmesi, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için gerekli değildir. Zira kanun koyucu, ilgili madde ile kişiler arası haberleşmenin güvence altına alınmasını, bu bakımdan tarafların haberleşme hürriyetlerini özgürce kullanabilmelerini sağlamayı amaçlamaktadır. Anayasa m. 22 ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu AİHS m. 8 de haberleşme içeriklerini değil, olgu olarak haberleşmenin kendisini korumaktadır. Bu bakımdan, haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi gerekli olmayıp haberleşmenin gizliliğinin herhangi bir suretle ihlal edilmesi; suçun oluşması için yeterli olacaktır. Örneğin; bir kimse-nin bilmediği dilde telefonla konuşan iki kişinin bağlantısına sızıp konuşmalarını dinlemesi, haberleşme içeriğini öğrenmemiş olsa bile -ki bu örnekte söz konusu dili bilmediğinden haberleşme içeriğini öğrenememiş olacaktır- kişilerin güvenle ve özgürce haberleşmelerini ihlal edecek bir fiildir. Kaldı ki haberleşmenin bu kadar açık ihlal edilmesine de gerek yoktur. Bir kimsenin başka bir kimse ile olan

rak, diğer kişinin konuşmasını paralel hat üzerinden dinlemeye devam etmesi fiili suçun ihmal suretiyle işlenmesine örnek gösterilebilir.” Bakım, op. cit., s.207. “Mektubun açılması, telefonun dışarıdan müdahale ile veya belli yazılımlar yüklenmek suretiyle dinlenmesi, e-mailin veya cep telefonu mesajlarının okunması, msn ve skype gibi internet ortamında yapılan görüşmelerin izlenmesi ya da dinlenmesi gibi durumlarda suç icrai hareketle işlenmektedir. Ancak, özellikle iletişimin denetlenmesi tedbirine (CMK m. 135) bakımından, tedbirin süresinin sona ermesine rağmen iletişimin denetlenmesi tedbirine (kasten) devam edilmesi halinde suç, ibmalî hareket ile işlenmiş olacaktır. Yine, sabit telefonlar bakımından telefon açıldığında bir başkasının yaptığı görüşmeye tesadüfen tanık olan kimse (özellikle sabit telefonlar bakımından) bu görüşmeyi telefonu kapatması gerektiği halde kapatmayarak dinlemeye devam eder ise, ibmalî hareketle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur.” Birtek, op. cit., s. 166.

57 **Özbek/Doğan/Bacaksız, op. cit., s. 544; Zafer, op. cit., s. 98-99.** Yargıtay da bu görüşe iştirak etmektedir: “Belirli veya belirlenebilir iki veya daha fazla kişinin, başkalarının bilmemeleri gerektiği yönünde bahlı bir inanç ve iradeyle hareket ederek, gizliliği sağlamaya özen gösterip, elverişli araçlar (internet, telefon, telsiz, faks, mektup, telgraf, kağıt vb.) ve ortak semboller (söz, yazı, işaret vb.) aracılığıyla paylaşıtları bilgi, düşünce, duygu ve tutumlarının; özel hayata ilişkin olsun ya da olmasın, başka kişi veya kişiler tarafından, özel bir çaba gösterilerek, doğrudan veya dolaylı şekilde (zarfı açılmadan ışığa tutulan mektupta olduğu gibi), okunmak veya dinlenmek suretiyle öğrenilmesi eyleminin TCK'nın 132/1-1. cümlesinde (...) tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği,” **Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/1336; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217.**

haberleşme içeriği fail tarafından öğrenilmemiş olup yalnızca bu iki kimsenin karşılıklı haberleşme faaliyetinde buldukları bilgisinin dahi fail tarafından elde edilmesi -örneğin bu kimselerin iletişim tespitinin, HTS (*Historical Traffic Search*)⁵⁸ kaydının fail tarafından ele geçirilmesi- haberleşmenin gizliliğini ihlal neticesini doğuran bir fiil olarak ele alınmalıdır. Çünkü kişilerin diledikleri kişiyle haberleşme hürriyetleri, bu yolla sınırlandırılmaktadır. Haberleşme olgusu, sadece haberleşme içeriklerini değil, aynı zamanda haberleşmenin taraflarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla haberleşmenin gizliliği, haberleşmenin taraflarının da gizliliğini gerektirir. Ancak hukuka uygunluk sebebi bulunmak suretiyle bu fiilin suç olarak değerlendirilmemesi mümkün olacaktır. Zira bu yolla kişiler üzerinde yaratılan tedirginlik, güvensizlik, izleniyor olma hissi, korku ve endişe; cezalandırılmaya layık bir fiil işlendiğinin emaresidir.

765 sayılı TCK'da ise suçun meydana gelebilmesi için mağdurun zarar görmüş olması şarttı. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesi ile kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun oluşması için bir zararın doğması gerekliliği ortadan kalkmış olup suçun oluşması için haberleşmenin gizliliğinin ihlal edilmesi yeterlidir. Bu bakımdan suç, bir tehlike suçudur⁵⁹.

Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliği ihlal edilmek suretiyle suç fiili tamamlandığından, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

b. TCK m. 132/1, ikinci cümlede yer alan “haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle” haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu bakımından

TCK m. 132/1 hükmünün ikinci cümlesinde, ilk cümlede ihdas edilen kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nite-

58 “Geçmişe yönelik olarak telefon trafiğinin araştırılması”. Yargıtay’a göre HTS kayıtları, CMK m. 135’te öngörülen “iletişimin tespiti” koruma tedbirinin uygulanması sonucu elde edilen dökümler ile aynı anlama gelmektedir: **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 14/9/2021, E. 2020/87, K. 2021/386. Dolayısıyla Yargıtay’a göre HTS kayıtları, şu anlama gelmektedir: “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 dökümü iletişimin tespiti işlemidir.” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 15/11/2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222.

59 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 545.

likli hali öngörölmüştür. Bu bakımdan ilk cümle için yapılan açıklamalar geçerli olup ilgili suç icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir⁶⁰, serbest hareketli bir suçtur⁶¹, bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi de yerleşik içtihadında ilgili suç fiilini, “[A]nlaşılabilir olsun ya da olmasın, başkalarının haberleşme içeriklerinin kaydı, yani; yazı, ses, görüntü, özel işaretler gibi ortak sembollerin, başka bir nesne üzerine taşınarak (örneğin; ses veya görüntününün, manyetik bant üzerine, yazının başka bir kağıt, defter vb. nesne üzerine geçirilmesi, kopyasının alınması, elektronik iletinin taşınabilir belleğe veya CD’ye aktarılması gibi işlemlerle) sabitlenmesi eyleminin aynı Kanununun 132/1-2. cümlesinde; (...) düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği” şeklinde tanımlamaktadır⁶². Kanaatimizce bu tanım, haberleşmenin gizliliğinin sadece haberleşme içerikleri ile sınırlı olmaması görüşüm nedeniyle, isabetli değildir. Haberleşmenin gizliliğinin, bir önceki bölümde açıklandığı üzere, haberleşmenin tüm öğeleri bakımından kapsayıcı kılınması gereklidir.

Bununla beraber Yargıtay, “anlaşılabilir olsun ya da olmasın” demek suretiyle haberleşme içeriklerinin anlaşılabilmesi durumunda da suçun sübut ettiğini izah etmekte olup bu durum haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun haberleşme içeriklerinin öğrenilmesi gerektiği yönündeki görüşü ile çelişki barındırmaktadır. Zira anlaşılabilen şey, öğrenilemez de. Bu bakımdan Yargıtay’ın hatalı şekilde uyguladığı “öğrenme” kriteri, kendi içtihadı ile çelişki barındırmaktadır.

60 Bir öğrencinin öğretim elemanının izni doğrultusunda dersi ses kaydına alması, fakat tenefüste ses kaydını durdurmaması ya da kapatmaması dolayısıyla diğer insanların bir vasıta ile gerçekleştirdikleri haberleşmelerini (örneğin bir sınıf arkadaşının sınıfta kimsenin olmadığı güvencesi ile hoparlörden annesi ile konuşması sonucu ortaya çıkan haberleşme içeriklerini) kayda almak suretiyle bu suçu işlemesi, bu duruma örnek olarak verilebilir.

61 Zira kaydın ne şekilde gerçekleştirileceği kanun metninde sınırlandırılmamış olup teknolojik gelişmeler doğrultusunda bu şeklin pek çok farklı metot ile gerçekleştirilebilecek olması gerçeği karşısında böyle bir sınırlamanın kabul edilmemesi isabetlidir.

62 **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 11/9/2012, E. 2012/20608, K. 2012/18217.

c. TCK m. 132/2 hükmünde yer alan “kişiler arasındaki haberleşmenin içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa” suçu bakımından

İlgili suç bakımından fiil, haberleşme içeriklerinin ifşası eylemidir. Bu bakımdan öncelikle “ifşa” kavramının ne demek olduğu irdelenmelidir.

İfşa, “gizli bir şeyi açığa çıkarma, yayma” anlamına gelmektedir⁶³. Haberleşme içeriğinin üçüncü kişilere aktarılması ya da üçüncü kişilerle paylaşılması ile suç oluşacaktır⁶⁴. Öğretide, bir görüşe göre haberleşme içeriklerinin yanında haberleşmenin taraflarının da ifşa edilmesi gerektiği görüşü⁶⁵ yer almakta olup bir diğer görüşe göre haberleşme içeriklerinden haberleşmenin ilgili olduğu kişiler anlaşılıyor ise böyle bir ifşaya gerek olmaksızın suç oluşmuş olur.⁶⁶ Kanatımızca haberleşmenin ilgili oldukları kimselerin açıklanması, ifşa fiilinin dahilinde değildir. Zira kanun koyucu böyle bir şartı madde hükmünde öngörmemiştir. Dolayısıyla suçun oluşması için ifşa edilen haberleşme içeriklerinin ilgililerinin de ayrıca ifşa edilmesi, suçun oluşması için gerek şart değildir. Haberleşme içeriklerinin hukuka aykırı olarak ifşası suretiyle haberleşmenin tarafları tedirginlik, güvensizlik, izleniyor olma hissi, korku ve endişe gibi duygular hissedecek ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun hukuki konusu olan haberleşme hürriyetleri ihlal edilmiş olacaktır. Böyle bir durumda da mağdursuz bir suçtan söz edilemez, zira haberleşme hürriyetleri zedelenen kişiler bizzat suçun mağdurdurlar; dolayısıyla suçun oluştuğunun kabulü gerekir.

İfşa eyleminin nasıl yapılması gerektiği kanunda öngörülmemiştir, bu nedenle serbest hareketli bir suçtur. Ayrıca ifşanın alenen yapılması gerekmemektedir, zira madde hükmünde böyle bir koşul aranmamıştır. Ayrıca kanun koyucu, TCK m. 132/3 kapsamında ifşa eyleminin alenen işlenmesini suçun oluşması için şart koşmakla beraber TCK m. 132/2’de öngörülen suç tipi bakımından böyle bir şart da öngörülmemiştir. Eğer alenen ifşa şartı TCK m. 132/2 bakımın-

63 **TDK**, *Güncel Türkçe Sözlük*.

64 **Zafer**, *op. cit.*, s. 102.

65 **Zafer**, *op. cit.*, s. 103.

66 **Bakım**, *op. cit.*, s. 208.

dan da geçerli olsaydı, kanun koyucu bu hususu aynı TCK m. 132/3 hükmündeki gibi açıkça öngörürdü. Bu nedenle, ilgili haberleşme içeriğinin tek bir kişiye aktarılması yeterli olup⁶⁷ birden fazla kişi ile de gizliliğini ihlal edilen haberleşme içeriği paylaşılabilir. Fakat bu durumda yine tek bir suç meydana gelecektir⁶⁸.

Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçu, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir. Ayrıca, önceki açıklamalara paralel olarak; kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa suçu; bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi, yerleşik içtihadında suç fiilini “başkalarının haberleşme içeriklerinin, ilgisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması eyleminin 132/2; (...) düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği” şeklinde tanımlamaktadır⁶⁹.

d. TCK m. 132/3, ilk cümlede yer alan “kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa” suçu bakımından

Suç fiili, failin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesidir.

TCK m. 132/3 bakımından suçun oluşabilmesi için, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesi gerekmekte olup kişinin kendisiyle yapılan iletişimi ifşa etmeyip sadece kaydetmesi TCK m. 132/3 hükmü kapsamında değil, eğer koşulları mevcut ise TCK m. 134 kapsamında bir suç teşkil edecektir⁷⁰.

67 Zafer, *op. cit.*, s. 102.

68 Zafer, *op. cit.*, s. 102.

69 Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971.

70 “(...) bu madde kapsamında yer verilmeyen kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini kaydetmesi eyleminin, koşulları bulunduğu takdirde, 5237 sayılı TCK’nın 134/1-2. cümlesi kapsamında; kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriğini, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda, ilgisi veya ilgililerinin rızası dışında ifşa etmesi, yani; yayması, açığa vurması, afişe etmesi, ilan etmesi, kamuoyuna

“Alenen ifşa” deyiminden ne anlaşılması gerektiği hususu önem arz etmektedir. “Alenen” sözcüğü, “açıkça” anlamına gelmektedir⁷¹. 765 sayılı mülga TCK’nın 153/4 hükmünde aleniyet kavramı “askerleri itaatsizliğe tahrik suçu” başlığı altında düzenlenmişti. Fakat Ceza Kanunlarının yorumlanmasında aleniyet kavramına nasıl bir anlam yüklenmesi gerektiği hususuna 5237 sayılı TCK’da yer verilmemiştir. Bu durum öğretilerde, suçta ve cezada kanunilik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁷². Kanaatimizce de 5237 sayılı TCK’da otuzdan fazla kez yer alan “alenen”, “aleni”, “aleniyet” ibarelerinin ne anlama geldiğine “Tanımlar” kenarbaşlıklı TCK m. 6 hükmü içerisinde yer verilmesi isabetli olurdu.

Bununla beraber, yaklaşık 60 yıldır Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun süregelen içtihadı çerçevesinde aleniyet; “Aleniyet, gerçekte aleniyet unsurunu meydana getiren umumi yerde sanıktan başka bir veya birkaç kişinin bulunması değil ve fakat bir veya birden fazla kişinin umumi yerde işlenen fiili görüp işitebilmesidir. Bu nedenle aleniyet için bir kimsenin umumi yerde bulunması şart olmayıp işlenen suçu görüp işitebilme yeterli sayılır. Başka deyimle aleniyet suçun göz önünde işlenmesi anlamını kapsamayıp işlendiği yerin umumi bir yer olması ve görülebilme imkanına sahip olmasıdır.”⁷³ şeklinde tanımlanmıştır. Öğretilerde de bu kararda benimsenen görüşle paralel olarak aleniyet ile ilgili “Aleniyetin varlığının kabulü, ilgili konunun, belli olmayan birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasına bağlıdır. Bu açıdan, eylemin sadece kamuya açık veya genel yerlerde yapılmış olması gerekmez. Yani, aleniyetin gerçekleşmesi, eylemin işlendiği yere bağlı değildir.” görüşü ifade edilmektedir⁷⁴.

duyurması, özetle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunması eyleminin, 5237 sayılı TCK’nın 132/3. maddesi kapsamında değerlendirilebileceği,” **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 6/3/2019, E.2018/8115, K. 2019/3132; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971.

71 **TDK**, *Güncel Türkçe Sözlük*.

72 Bu yöndeki görüş için bkz. **Birtek**, *op. cit.*, s. 364 vd.

73 **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 5/12/1966, E. 1966/276, K. 1966/456. (aktaran: **Gülşeren**, **Fehmi Şener**, “Ceza Hukukunda Aleniyet Kavramı”, *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Haziran 2014, s. 54)

74 **Centel**, **Nur / Zafer**, **Hamide / Çakmut**, *Özlem, Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt I, 4. Bası, Beta Yayınları İstanbul, 2017, s. 94.

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin yerleşik içtihadında da TCK m. 132/3 suçun oluşması için aleniyet kriterinin şartını *“belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda”* suçun işlenmesi olarak ifade etmek suretiyle aynı görüşe iştirak edilmektedir⁷⁵.

Dolayısıyla, failin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini ifşası, belirsiz sayıda kişi tarafından algılanabildiği taktirde aleniyet unsurunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini ifşası, sadece TCK m. 132/3 hükmü kapsamında suç sayılmış olup TCK m. 132'nin diğer hükümleri kapsamında değerlendirmeye alınamaz; bu nedenle ifşanın alenen olmaması durumunda somut olayın niteliklerine göre TCK m. 134 kapsamında bir değerlendirme yapmak gerekecektir⁷⁶.

Önceki başlıkta yer alan açıklamalara paralel olarak, kişinin kendisiyle yapılan haberleşme içeriklerini alenen ifşa suçu; serbest hareketli bir suçtur, icrai ya da ihmali hareketle işlenebilir, bir tehlike suçudur, neticesi harekete bitişik bir suçtur.

75 *“haberleşme içeriklerinin, haberleşmenin mubatabı olan diğer kişi tarafından, belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda, ilgili veya ilgililerinin rızası dışında ifşa edilmesi, yani; yayılması, açığa vurulması, afişe edilmesi, ilan edilmesi, kamuoyuna duyurulması, özelle; içeriğini öğrenme yetkisi bulunmayan kişi veya kişilerin bilgisine sunulması eyleminin TCK'nın 132/3. maddesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirileceği,” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 2/6/2014, E. 2013/21755, K. 2014/1336; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971; Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217.*

76 *“Sanığın, tarafı olduğu içeriği özel haberleşme içeriklerini kaydetmesi ve ses kaydını belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkanı bulunan aleni bir ortamda ifşa etmemesinden dolayı TCK'nın 132. maddesinin 1, 3. fıkralar 1 ve 3. fıkralarında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının somut olayda gerçekleşmemesi sebebiyle iddianamede tarifi yapılan ve sübut bulan eylemlerine uyan görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/1-1, 134/1-2. madde, fıkra ve cümleleri, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan dolayı TCK'nın 134/2-1. madde, fıkra ve cümlesi gereğince mabkumiyetine karar verilmesi gerekirken, suç vasfında yanılığa düşülerek, yasal ve yeterli olmayan yazılı gerekçelerle sanık hakkında TCK'nın 132. maddesinin 3. fıkrasında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan dolayı mabkumiyet bükümü kurulması, (...) Bozmayı gerektirmiş olup” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 24/5/2017, E. 2015/16942, K. 2017/4264.*

e. TCK m. 132/3, ikinci cümlede yer alan “ifşa edilen verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması” suçu bakımından

TCK m. 132/3 hükmünün ikinci cümlesinde ise ilk cümle kapsamındaki kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa suçunun basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilmesi durumu düzenlenmektedir. Çalışmamızın “Giriş” başlıklı bölümünde açıkladığımız üzere 5237 sayılı Kanun’un ilk halinde bu husus nitelikli hal olarak düzenlenmekteydi.

Fakat ilgili hüküm 6352 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile mülga edilmiştir. Zira yine 6352 sayılı Kanun’un 79. maddesi ile TCK 132/3 hükmün öngörülen suçun temel şeklinin cezası artırılmıştır. Bu nedenle de kanun koyucu tarafından TCK m. 132/3 bakımından suçun basın ve yayın yoluyla yayımlanma fiili ile işlenmesi halinde artık bir nitelikli hal teşkil etmemektedir. Suçun temel şekli için öngörülen cezanın artırılması sebebiyle kanun koyucu basın ve yayın yoluyla yayımlanma fiili ile işlenen suçu ayrıca nitelikli hal olarak düzelemiştir. Dolayısıyla suçun bu işleniş şeklini kanunda öngörülen bir örnek olarak kabul etmek gerekir. Bu anlamda ilgili suçu, kişinin kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa suçunun temel halinden ayırmayı gerektiren bir husus mevcut değildir.

Kanaatimizce bu yönde bir düzenleme yerinde olmamıştır. Zira failin kendisi ile yapılan iletişimi herhangi bir şekilde alenen ifşa etmesi eylemi ile basın ve yayın yoluyla yayımlama şekliyle alenen ifşa etmesi arasında, mağdur üzerinde doğan etkiler bakımından bir fark mevcuttur. Basın ve yayın yoluyla yayımlama suretiyle haberleşme içeriklerinin ifşası, mağdurun haberleşme hürriyetini çok daha zedeler niteliktedir; çünkü bu durumda mağdurun gizli kalmasını temenni ettiği haberleşme içeriklerinin ulaştığı kitle, herhangi bir aleni ifşa eylemine kıyasla çok daha büyük olabilecektir. Bu nedenle de haberleşmenin gizliliğinin ihlali, haberleşme içeriklerinin kamu tarafından bilinmesi dolayısıyla son derece ağırlaşmış bir etki meydana getirecektir⁷⁷. TCK m. 132/3 hükmünde öngörülen suçun temel şeklinin cezasının artırılması yerinde olmakla beraber, basın ve

⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız, *op. cit.*, s. 550.

yayın yoluyla ifşa eyleminin de cezasının buna paralel şekilde artırılması ve ilgili suçun nitelikli hali olarak TCK'da yer almaya devam etmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Bir suçun meydana gelmesi için işlenen fiilin hukuka aykırı olması da gerekir.

Çalışmamızın “Giriş” başlıklı bölümünde, TCK m. 132/2 hükmünde ve 2/7/2012 tarih ve 6352 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile yapılan değişiklikler neticesinde TCK m. 132/3 hükmünde “*hukuka aykırı olarak*” ibaresinin yer aldığından bahsetmiştik. Suç ihdas eden kanun metninde hukuka aykırılığın ayrıca öngörülmesi, bu suçlar bakımından failin ilgili fiili işlerken hukuka aykırılık bilincine sahip olup olmadığına da irdelenmesi ve bu suretle hukuka aykırılığın varlığına ya da yokluğuna karar verilmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

Bu nedenle; öncelikle TCK m. 132/2 ve m. 132/3'te yer alan hukuka özel aykırılık bilinci incelenecek, ardından hukuka uygunluk sebepleri irdelenerek hangi hallerde kanunda öngörülen fiilin işlenmesine rağmen suçun oluşmayacağı tespit edilecektir.

1. Hukuka Özel Aykırılık Bilinci

TCK m. 132/1 hükmünde yer alan “*kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal*” suçu için herhangi bir hukuka özel aykırılık bilinci öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla, suç tipinde yer alan fiillerin işlenmesi ile fiil, kendiliğinden hukuka aykırılık teşkil eder.

Bununla beraber kanun koyucu, TCK m. 132/2 hükmünde yer alan “*kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini ifşa etme*” suçu ile TCK m. 133/3 hükmünde yer alan “*kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa*” suçunu ihdas ederken “*hukuka aykırı olarak*” ibaresine yer vermek suretiyle hukuka özel aykırılık bilincini şart koşturmuştur.

Kural olarak, öğretideki ağırlıklı görüşe göre, fiilin kanunda yer aldığı haliyle işlenmesi, hukuka aykırılığa karine teşkil eder⁷⁸. Fakat

78 Bu konudaki görüşler için bkz. **Göktürk**, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Huku-

kanun koyucu madde lafzında hukuka aykırılıktan açıkça ve özel olarak bahsettiğinde, artık hukuka aykırılığa ilişkin bir değerlendirme yapma zarureti doğar⁷⁹. Zira suçun varlığından söz edebilmek için fiilin tipikliğinin yanında hukuka özel aykırılığın da gerçekleşmesi aranır, aksi takdirde fiil hukuka uygun sayılmalıdır⁸⁰. Bir diğer deyişle, failin suçu işleyebilmesi için hukuka aykırılık bilincini de kapsar şekilde bir kastı olmalıdır⁸¹. 5237 sayılı TCK'nın 21. maddesinde "suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." denilmek suretinde kast tanımlanmış ve bu tanım kastın hukuka aykırılığın özel olarak belirtildiği hallerde bu unsuru da kapsar şekilde var olması gerektiği şeklinde yorumlanmıştır⁸². Yargıtay da bu yorumu benimsemektedir⁸³.

Türk öğretisindeki hakim görüşe göre, kanun koyucunun hukuka özel aykırılık halinden açıkça ve özel olarak bahsettiği bu gibi hallerde ilgili suçlar failin ancak doğrudan kastı ile hareket etmesi su-

ka Aykırılık' İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, s. 414.

79 **Katoğlu, Tuğrul**, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003, s. 123.

80 **Erman, Barış**, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2006, s. 61.

81 **Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir**, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, *Suçun Unsurları-Teşebbüs-Suçların Birleşmesi-İştirak (Bayraktar-Keziroğlu-Zafer-Kartal-Sınar-Erman-Eroğlu-Önok)*, 14. Bası, İstanbul, 2019, n. 679.

82 **Koca, Mahmut**, "YTCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, ss. 111-143.

83 "Dosya kapsamına göre; sanığın, eve yerleştirdiği ses kayıt cihazı ile kendisi aldattığından şüphelendiği eşi katılanın telefon konuşmasını kaydettiği (...) iddia edilen olayda; Katılanın tarafı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıtımına ilişkin bakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, katılan aleyhine açtığı boşanma davasındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı (...) gözetildiğinde yerel mahkemenin beraate (...) ilişkin kabul ve uygulamasında bir isabetsizlik görülmemiştir." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 3/4/2019, E. 2018/8131, K.2019/4463. "[S]anığın (...) taksirle ya da tamamen hukuka uygun elde edilmiş olsa dahi, kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini bilerek ve isteyerek ifşa etmesi halinde anılan maddenin ikinci fıkrasındaki suçun manevî unsurunun oluşacağı; ancak her iki halde de kastın varlığından söz edebilmek için, sanığın hukuka aykırı hareket ettiğini bilmesi ve bu biçimde hareket etmeye devam etmesi gerektiği," **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367. "Sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dökümünü üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıtımına ilişkin bakkında bir iddia ileri sürülmeyen sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmalı, sanığın beraatine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286.

retiyile işlenebilmektedir⁸⁴. Yargıtay'ın da benimsediği bu görüş uyarınca, hukuka özel aykırılık hali barındıran TCK m. 132/2 ve 132/3 hükmünde ihdas edilen suç, ancak doğrudan kast ile işlenebilecek⁸⁵ olup olası kast ile işlenemeyecektir.

2. Hukuka Uygunluk Sebepleri

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun birinci kitabının "Ceza Sorumluluğunun Esasları" başlıklı ikinci kısmının "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlıklı ikinci bölümünde "Kanunun hükmü" ve "amirin emri" (TCK m. 24), "Meşru savunma" (TCK m. 25/1), "Zorunluluk Hali" (TCK m. 25/2), "Hakkın kullanılması" (TCK m. 26/1) ve "İlgilinin rızası" (TCK m. 26/2) olmak üzere hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir. Bu hallerin varlığı halinde eylem suç teşkil etmeyecektir.

a. Kanunun Hükmünü Yerine Getirme ve Görevin İfası

TCK m. 24/1 hükmünde "*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez*" denilmek suretiyle kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi ihdas edilmiştir. "*Önleme amaçlı iletişimin denetlenmesi*" (2751 Sayılı Polis Vazife ve Selahiyat Kanunu "*Polis istihbaratı ve suç önleme amaçlı iletişim denetleme*" kenar başlıklı ek madde 7, 18210 Sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu m. 6), "*adli amaçlı iletişimin denetlenmesi*" (CMK m. 135 vd.), "*postada el koyma*" (CMK m. 129), özel olarak "*avukatlık bürolarında arama, el koyma ve postada el koyma*" (CMK m. 130), "*arama sonucu elde edilen haberleşme araçlarının denetlenmesi*" (CMK m. 116, 117, 122), "*sanık ve mahkumların haberleşmelerinin denetlenmesi*" (5275 Sayılı İnfaz Kanunu m. 68), "*tanıklık görevini yerine getirme*" (CMK m. 60); kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi ihdas eden başlıca kanun hükümleridir.

84 **Erman**, *op. cit.*, ss. 61-62; **Özgenç, İzzet**, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara, 2021, s. 310. Aksi görüşte: **Kunter**, *op. cit.*, ss. 150-151. Yazara göre kastın, hukuka özel aykırılık bilincini de kapsamaması gerekmektedir.

85 "*Bu ifadelerin geçtiği suçlarda failin, işlediği fiilin hukuka aykırı olduğunu bilmesi, yani bu konuda doğrudan kastla hareket etmesi gerekmektedir.*" **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun fiilinin, kanunun hükmünü yerine getirme ve görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında hukuka aykırılık unsurunun sağlanmaması ve suçun sübut etmemesi yönünde bir değerlendirmeye tabi olabilmesi için; ilgili kanun hükümlerindeki usullere uyulması gerekmektedir. Yasada öngörülen usule aykırı şekilde işlenen fiillerden ötürü TCK m. 24/1 hükmü uygulama alanı bulamaz, zira böyle bir halde kanunun hükmü yerine getirilmiş değildir. Bu nedenle yasa hükmündeki usule uyurluk gösterilmesi büyük önem arz etmektedir.

CMK m. 135'te öngörülen adli amaçlı iletişimin denetlenmesi müessesesinin üzerinde ayrıca durulmasına gerek olduğunu düşünmekteyiz. Zira ülkemizde ceza yargılamalarında sıklıkça başvuru ve Yargıtay uygulaması ile Anayasa Mahkemesi yorumunun birbirinden farklı olması hasebiyle incelenmesi gereken bir koruma tedbiridir. Ayrıca CMK m. 135 kapsamında elde edilen delillerin ilgili usule aykırılığı hem ispat hukuku bakımından hukuka aykırı delil sorununu doğurmakta hem de TCK m. 24 bakımından ilgili hukuka uygunluk sebebi oluşmayacağından fiilin haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu meydana getirmektedir. Bu suç bir kamu görevlisi tarafından işlenmiş olacağından ötürü de failin TCK m. 137/1-a kapsamında cezalandırılması gündeme gelecektir.

CMK m. 135 kapsamında iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi öngörülmüştür. Bu tedbirlere başvurulabilmesi için öncelikle ceza soruşturması başlamış olmalıdır, suçun işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebepleri var olmalıdır, istisnai ve “son çare” olarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin kullanılması gerekmektedir⁸⁶.

Yerleşik Yargıtay uygulamasına göre; iletişimin dinlenmesi, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi koruma tedbirleri bakımından CMK m. 135/8'de yer verilen katalog suçlarla sınırlı bir uygulama alanı varken “iletişimin tespiti” bakımından ilgili koruma tedbirine her suçun soruşturulması ve kovuşturulmasında başvurulması mümkündür⁸⁷. Yargıtay'a göre, “*iletişimin tespitinin, dinleme ve*

86 Yenisey, Feridun / Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014, ss. 609-612.

87 “(...) İletişimin tespiti tedbirinin uygulanabilmesi yönünden dinleme, kayda alma ve sinyal

kayda almadan farklı olarak kişinin daha önce özgür iradesi ile yaptığı konuşmaların içeriğine müdahale edilmeden sadece iletişim aracının dış bağlantılarının kimle ne zaman görüşüldüğünün tespitiye yönelik bir işlem olması nedeniyle, maddenin 6. fıkrası (yeni düzenlemede 8. fıkra) kapsamı dışında bırakmıştır.”

Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira haberleşme hürriyeti, sadece haberleşme içerikleri bakımından bir hukuki güvence sağlamamaktadır; aynı zamanda kişinin dilediği kişi ile özgürce haberleşme faaliyetinde bulunabilmesi ve bu bakımdan kişinin kendini güvende hissetmesi, bir izlenme paranoyası ve endişesi taşımamasının garanti altına alınması gerekmektedir. Elbette belirli suçların soruşturulması ve kovuşturulması bakımından kanun koyucunun iletişimin tespiti tedbirine cevaz vermesi anlaşılabilir; fakat bu durumun her suç iddiası bakımından uygulanabilir şekilde yorumlanması, haberleşme hürriyetinin özüne zarar vermektedir. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması rejimini öngören Anayasa m. 13 çerçevesinde kanun koyucu; dilerse haberleşme hürriyetini millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebepleriyle kısıtlayabilir. Fakat, kanun koyucunun iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından bir katalog suç sınırlaması koyup ilgili fıkroda iletişimin tespiti koruma tedbirine yer verilmiş olması, iletişimin denetlenmesi tedbiri bakımından herhangi bir sınır uygulanmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin varlığı esas, kısıtlanması ise kanuni istisnalardır ve bu kanuni istisnanın kanun hükmünde açıkça öngörülmüş olması gerekir. İstisnaların dar yorumlanacağı ilkesi, kökeni Roma Hukuku'na kadar dayanan oldukça temel bir ilkedir⁸⁸. Koruma tedbirleri, temel hak ve özgürlüklerin kullanımını doğrudan etkilemektedir. Anayasa m. 13'ün “*ancak kanunla sınırlanabilir*” lafzı, temel hak ve özgürlükler bakımından kanunda yer almayan bir kısıtlamanın uygulanamayacağı anlamına gelmektedir. Kanun hü-

bilgilerinin değerlendirilmesi tedbirlerinde olduğu gibi katalog suç sınırlaması bulunmayıp, tüm suçlar yönünden bu tedbire başvurma olanağı bulunduğundan, (...).” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15/11/2011 tarihli, E. 2011/6-140, K. 2011/222; Yargıtay 16. Ceza Dairesi, T. 13/11/2019, E. 2018/5526, K. 2019/6842.

88 “*Singularia non sunt extenda*”: İstisnalar geniş yorumlanmaz.

kümleri, Anayasa'ya uygun yorumlanmalıdır. Bu bağlamda iletişimin tespiti koruma tedbirinin, diğer iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından öngörülen sınırlamaya tabi tutulması isabetli olacaktır. Zira kanunda açıkça iletişimin tespiti tedbiri için herhangi bir sınırlama olmadığı öngörülmemiştir. O halde, katalog suçlar bakımından CMK m. 135'te yer alan mevcut sınırlama, iletişimin tespiti tedbiri bakımından da uygulanmalıdır. Aksi yöndeki görüş, AİHS m. 8 ve Anayasa m. 22 hükümlerince garanti altına alınan haberleşme hürriyeti ile bağdaşmaz.

AİHM içtihadı uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbirleri bakımından; hangi suçlar bakımından, hangi kategorideki kişilere, ne kadar süreliğine tedbir uygulanacağını kanunda açık bir şekilde düzenlenmiş ve belirlenmiş olması bir asgari gerekliliktir⁸⁹. Nitekim Anayasa Mahkemesi de haberleşme hürriyetine yapılan müdahalelere ilişkin olarak “Gizli uygulamaları nedeniyle kötüye kullanılma riski barındıran, haberleşmenin gizliliğine yönelik tedbirlerin uygulama alanı ve usulünün açık kanun hükümleri ile düzenlenmesi şarttır. Buna göre haberleşme özgürlüğüne yapılan müdahale öncelikle kanunla öngörülmelidir. Müdahalenin yasal dayanağını oluşturan mevzuatın “ulaşılabilir”, “yeterince açık” ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından “öngörülebilir” olması gerekir. İkinci olarak söz konusu sınırlandırma “meşru bir amaca” dayalı olmalıdır. Bunun yanı sıra müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır.” hükmünde kararlar vermiştir⁹⁰.

Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, 22/3/2018 tarihli kararında “Anılan Kanun’un 135. maddesinde, iletişimin tespit edilmesine, kayda alınmasına, dinlenilmesine ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin koruma tedbirlerinin ancak madde metninde sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği ifade edilmiştir.” hükmünü karara bağlamış olup iletişimin tespiti tedbirine sadece kanunda sayılan suçlar bakımından başvurulabileceğini, CMK m. 135/8’de öngörü-

89 AİHM, *The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzbiev v. Bulgaristan*, T. 28/6/2007, B. No: 62540/00, §§ 76, 77; AİHM, *Amann v. İsviçre*, T. 16/2/2000, B. No: 27798/95, §§ 55, 56.

90 AYM, *Abmet Temiz*, T. 20/5/2015, B. No: 2013/1822 §§ 28-34; AYM, *Rıdvan Bayram*, T. 9/9/2015, B. No: 2013/1171, § 40; AYM, *Yasemin Çongar ve diğerleri*, T. 6/1/2015, B. No: 2013/7054, §§ 56, 57.

len katalog suçlar arasında yer almayan bir suç bakımından iletişimin tespiti tedbirinin uygulanmasının Anayasa m. 22 hükmünde garanti altına alınan haberleşme hürriyetini ihlal ettiği karar karar vermiştir⁹¹.

Bu bakımdan, CMK m. 135'te öngörülen iletişimin tespiti tedbirinin CMK m. 135/8 hükmünde yer almayan bir suç bakımından uygulanması hem haberleşme hürriyetini ihlale edecek hem de haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacak ve failin kamu görevlisi olması sebebiyle TCK m. 137/1-a uyarınca cezalandırılmasına neden olacaktır.

b. Amirin Emrini Yerine Getirme

CMK m. 135'te öngörülen iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulanmasında, iletişimin denetlenmesi kararını icra eden görevlilerin faaliyeti TCK m. 24 kapsamında amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk sebebinin meydana getirecek ve ilgili fiil hukuka aykırı olmayacaktır.

Bununla beraber, amirin emrinin yerine getirilmesinde Anayasa m. 137'de öngörülen "kanunsuz emir" müessesesi dikkate alınmalı, CMK m. 135 hükmü ve devamında öngörülen usule aykırılık söz konusu ise emir, hiçbir surette yerine getirilmemelidir. Zira böyle bir halde failin, amirin emrini yerine getirme hukuka uygunluk sebebine sığınması mümkün olmayacaktır.

c. Meşru Savunma

TCK m. 25/1'de öngörülen meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin var olabilmesi için somut olayda bir hakka yönelik, halen mevcut, haksız bir saldırının bulunması; savunmada bulunmak zo-

91 "Bu nedenle bir suç soruşturması ya da kovuşturması nedeniyle ve hakim kararıyla gerçekleştirilmiş olsa dahi kanuni dayanağı bulunmaksızın başvurucuların haberleşme hürriyetine müdahale edilmiş olması Anayasa'nın 13. ve 22. maddelerinde belirlenen ilkelere aykırılık oluşturmaktadır. Bu açıklamalar ışığında başvurucuların sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi ve iletişimlerinin tespit edilmesi şeklinde gerçekleşen haberleşme hürriyetine yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır. (...) Açıklanan gerekçelerle başvurucuların Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetlerinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." **AYM**, *Abdulvabap Kaçar ve Ercan Kaçar*, T. 22/3/2018, B. No: 2014/16877, §§ 57, 59.

runluluğunun olması, savunmanın saldırana yönelmesi ve savunma ile saldırı arasında bir orantının bulunması gerekir⁹².

Öğretide haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil eden fiilin meşru savunma niteliğini haiz olması durumuna örnek olarak, failin bir suçun mağduru olduğunu ispatlamak için delil elde etmek amacıyla konuşmaları kayda alması verilmiştir⁹³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da; kendisine karşı işlendiğini iddia ettiği suçla ilgili olarak bir daha elde edilme olanağı bulunmayan kanıtların, fail tarafından, karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda almak suretiyle ve yetkili makamlara sunulmak amacıyla toplanmasını meşru müdafaa kapsamında da değerlendirmiş ve fiili hukuka uygun bulmuştur⁹⁴. Kanaatimizce

92 **Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, 2020, ss. 295-303; **Centel/Zafer/Çakmut**, *op. cit.*, 316-325.

93 **Şen**, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Mubabir*, 4. Baskı, Ankara, 2010, s. 124-129.

94 "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 bakaret, tehdit veya şantaj suçlarına mubatap 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 Mubabir*, 2. Baskı, sf. 74), "kayıt altına alma" gerçekleşen bir baksız saldırıya karşı, "kayıtları takip organlarına verme" ise tekrarı muhtemel 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 hakim 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." **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T.21/6/2011, E. 2010/5-187, K. 2011/131. Karara katılmayan Ceza Genel Kurulu üyeleri ise kararın gerekçesinin CMK m. 135 kapsamında değerlendirilmesini eleştirmektedirler. Kanaatimizce bu eleştiriler yerindedir. Zira somut olay nezdinde CMK m. 135'te öngörülen usullere uygun olmayan şekilde, hakim ya da savcı kararı olmaksızın 5 ay boyunca ilgilinin telefon görüşmelerinin kayda alınması söz konusudur. Sırf bu hal bile CMK m. 135 hükmü ile Anayasa m. 22'de öngörülen "(...) hakim kararı olmadıkça; (...) haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulmaz" kuralına açık aykırılık söz konusudur. Ayrıca somut olay nezdinde meşru müdafanın şartları da sağlanmamıştır. Zira TCK m. 25'te öngörülen meşru müdafaa haline başvurmak için savunmanın saldırı anında yapılması gerekir, ancak halen mevcut bir saldırıya karşı o anda savunma yapıldığında bu savunmanın hukuka uygunluk sebebi teşkil etmesi gerekir. Burada ise 5 ay boyunca haberleşmenin hukuka aykırı olarak kayda alınması söz konusudur. Bu süreçte CMK m. 135'te öngörülen usule uygun

bu kararda yer alan değerlendirme yerinde değildir. Zira burada haksız bir saldırıyı def etmek amacıyla yönelen bir savunma söz konusu olmayıp kişi uğradığı haksızlığı ispatlayabilmek amacıyla fiili işlemiştir. Dolayısıyla, çalışmamızın “e. Hakkın Kullanılması” alt başlıklı bölümünde de değerlendirildiği üzere, bu husus iddia ve savunma hakkı kapsamında nazara alınmalıdır.

Öğretide, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından meşru müdafaa hukuka uygunluk sebebinin uygulanamayacağı da ileri sürülmüştür⁹⁵. Kanaatimizce buradaki açıklamalar yerindedir. Gerçekten de haberleşme faaliyeti ile bir haksız saldırı meydana getirilebilir. Fakat bu saldırıya yönelik olarak gerçekleştirilecek savunmanın, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu teşkil edebilecek nitelikte bir fiil ile gerçekleştirilmesini gerektirecek bir somut olay yaşanmayacağı düşüncesindeyiz.

Söz gelimi, görüntülü konuşma sırasında kendisine müstehcenlik suçu teşkil eden bir saldırıda bulunulan kimsenin o görüntülü konuşmayı kaydetmek veya medya paylaşım platformlarında canlı yayınlamaktan daha hafif ve saldırı ile orantılı önlemler alması mümkündür. Kaldı ki haberleşmenin tarafı olan kişi tarafından bir fiil işlendiği için suç teşkil edebilmesi için TCK m. 132/3 kapsamında değerlendirilebilir ki burada da “alenen ifşa” eylemi aranmaktadır, bu durumda görüntülü konuşmayı kaydetmek eylemi ile haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşmamaktadır. Daha sonra bu görüntülerin alenen ifşası söz konusu olsa bile artık saldırı sona erdikten sonra bir eylemde bulunulduğundan meşru müdafaa kapsamında değerlendirilemeyecektir. Failin, görüntülü konuşmayı sosyal medyada canlı yayınlamak suretiyle saldırgana karşı saldırı anında alenen ifşa eyleminde bulunması halinde de ikaz, görüntülü konuşmayı sona erdirmek gibi başkaca ve saldırı ile daha orantılı imkanlar mevcuttur ki bu nedenle de saldırı ile orantılı savunmada bulunma şartı gerçekleşmediğinden meşru müdafaanın şartları oluşmaz.

Failin haberleşmenin tarafı olmayan kimse olduğu, dolayısıyla da TCK m. 132/1 ve 132/2 kapsamında bir fiil teşkil ettiği varsayımında

bir karar alınabilirdi. Dolayısıyla; somut olay nezdinde CMK m. 135'te öngörülen iletişimin denetlenmesi ve TCK m. 25'te öngörülen meşru müdafaa sebeplerinin var olmadığı, bu nedenle Ceza Genel Kurulu çoğunluk görüşünde isabetsizlik bulunduğu görüşündeyiz.

95 **Birtek**, *op. cit.*, s. 231.

da failin gizli olan haberleşmeden haberinin olması beklenemez. Bu nedenle de saldırı anında üçüncü kişiyi müdafaa etmek amaçlı meşru savunma eyleminde bulunması pek mümkün gözükmemektedir.

d. Zorunluluk Hali

TCK m. 25/2’te “Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve mubakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” hükmü ile zorunluluk hali öngörülmüştür. Bu madde kapsamında işlenen fiiller, zorunluluk hali hukuka uygunluk sebebi ile suç oluşturmayacaklardır.

Öğretide bu duruma örnek olarak; kaybolmuş ve tehlike altındaki bir kişiyi bulmak için, söz konusu durum acele bir hal teşkil ettiğinden, Cumhuriyet savcısına başvurmadan kişinin iletişim bilgileri değerlendirmek suretiyle haberleşmesinin gizliliğinin ihlaline yol açacak bir fiilin işlenmesi, fakat bu yolla kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığının korunması sağlandığından zorunluluk hali kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁹⁶.

e. Hakkın Kullanılması

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından bir diğer hukuka uygunluk sebebi, TCK m. 26/1’de öngörülen hakkın kullanılmasıdır.

TCK m. 128’de öngörülen iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında failin mahkemede yazılı veya sözlü bir şekilde kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini alenen ifşa etmesi suretiyle ile savunma hakkını kullanması⁹⁷; kamusal çıkarın bireysel çıkardan üstün

96 Şen, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Mubabir*, s. 125.

97 “Dosya kapsamından, müştekinin kuaför işyerinde çalışan sanığın; olay günü gece saat 20.47 de toplu olarak işyerini kapattıktan sonra diğerlerinin gitmesini bekleyip, saat 20.50 de tekrar işyerine gelerek, komşu işyeri kamera görüntülerine göre, kendinde bulunan yedek anahtar ile içeri girerek, başka bir müştekiye ait bulunan ve emaneten bırakılan 2 adet laptopu çaldığı, müştekinin olayı fark etmesi üzerine birkaç kez sanığı arayıp laptopları geri getirmesini istediği, devamında, sanığın kendi adına kayıtlı bulunan 536 2599139 numaralı hattın müştekiye ait olan 536 ... numaralı cep telefonuna “bir daha evi arama, al şikayetini, bir hafta sonra laptopu alırsın, almazsan da sen bilirsin, ben zaten bitmişim, ne olursa olsun” biçiminde bir

olması şartıyla⁹⁸ AY m. 28'de öngörülen basın özgürlüğü çerçevesinde haber verme hakkının kullanılması⁹⁹ bu kapsamda düşünülebilir.

Ayrıca, hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine önemli bir örnek olarak, davalara sunmak üzere delil elde etmek amacıyla haberleşme içeriklerinin kaydedilmesi de söz konusu olabilmektedir. Uygulamada boşanma davaları özelinde çokça rastlanılan bu durum, çeşitli yargı kararlarına konu olmuştur¹⁰⁰. Yerleşik Yargıtay içtihadına

mesaj gönderdiğinin 06.12.2008 tarihli tutanak ile tespit edildiği, samığın atılı suçlamayı kabullenmediği, (...) Müştekinin cep telefonuna gönderilen mesaj delilinin bukuka aykırı bir delil olup olmadığının irdelenmesi gerekir: 5237 sayılı TCK'nın 132. maddesi ve devamı hükümleri uyarınca, haberleşmenin gizliliğini ihlâl suç olarak düzenlenmiştir: 5271 sayılı CMK'nın (...) 206 ve 217/2. maddeleri uyarınca, "Yüklenen suç, bukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." denilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1. maddesi ile TC. Anayasasının 36. ve 5237 sayılı TCK'nın 26/2. maddelerinde düzenlendiği üzere, bakkın kullanılması bir hukuka uygunluk nedenidir. İddia ve savunma hakkı da; bakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni çerçevesinde değerlendirilmesi gereken bir baktır. Bu itibarla; mesaj delili bukuka uygun kabul edilip diğer delillerle birlikte değerlendirildiğinde, mezkûr kararda olduğu gibi suçun sübuta erdiği sonucuna varılmıştır." **Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 3/6/2014, E. 2013/17864, K. 2014/19714.

98 **Zafer**, op. cit., ss. 121-122.

99 "Dosya kapsamına göre; sanık ...'in genel yayın yönetmeni olarak görev yaptığı haber içerikli bir internet sitesinde, daha önce farklı internet sitelerinde yayımlanan katılan ...'a ait telefon görüşmelerinin, "İşte ...'in son ses kaydı!" başlığı altında, "... ile ... Genel Sekreteri arasındaki ananas pazarlığından sonra şok birkaç ses kaydı daha internette yayınlandı. Sosyal medyada, ... ve ...'na ait olduğu iddia edilen konuşmalar büyük yankı uyandırdı. ...'in internete düşen son konuşmasında, ...'ya bediye ettiği tesbibi, ... ile olan bağlantılarını ve ... toplantısının arka planını anlatıyor." ibareleri ile birlikte ve metin halinde yayımlanması suretiyle samığın TCK'nın 132/2. madde ve fıkrasında tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlediğinin iddia edildiği olayda, Haber içeriğinin görünür gerçeğe uygun ve güncel olması, kurucusu olduğu yasa dışı örgüt ve daha önce kendi rızası dahilinde paylaşılan konuşmaları nedeniyle kamuoyu tarafından bilinen katılanın, ses kayıtlarına yanışyan ve geneli ilgilendiren konulara ilişkin açıklamaları hakkında haber yapılmasında, katılanı takip eden kitlenin onu daha iyi tanınması açısından meşru bir çıkar; kamu yararı ve toplumsal ilginin bulunması, haberde kullanılan ifadelerin, habere konu olaylarla fikri bağlantısının bulunması, haberin verilisinde tabkir edici bir dil kullanılmayıp, ölçülülük ilkesinin ihlal edilmemiş olması karşısında, yayımlanan haberin, basının haber verme hakkı sınırları içerisinde kaldığı, haber verme hakkının, bilgi edinme, bilgiyi yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratmanın yanı sıra, habere ulaşmayı da kapsadığı dikkate alındığında, söz konusu haberin, yasa dışı faaliyetlerle kaydedildiği sabit olan ses kayıtlarına dayalı olarak hazırlanmış olmasının, tek başına, eylemin hukuka aykırı olması sonucunu doğurmayacağı ve konunun kamuoyuna aktarılması sırasında bukuka uygun çerçevenin dışına çıkılmadığı anlaşıldığından, sanık hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlal suçundan dolayı beraat kararı verilmesine dair yerel mahkemenin kabulünde bir isabetsizlik görülmemiştir." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 16/5/2017, E. 2015/16576, K. 2017/3989.

100 "Dosya kapsamına göre; samığın, eve yerleştirdiği ses kaydı cihazı ile kendisi aldattığından şüphelendiği eşi katılanın telefon konuşmasını kaydettiği (...) iddia edilen olayda; Katılanın taraflı olduğu haberleşme içeriklerini üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin hakkında bir iddia ileri sürülmeven samığın, katılan aleyhine açtığı boşanma davasındaki iddialarını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, bukuka aykırı hareket etme bilinciyle davranmadığı (...) gözetildiğinde yerel mahkemenin beraate (...) ilişkin kabul ve uygulamalarında bir isabetsizlik görülmemiştir." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 3/4/2019, E. 2018/8131,

göre; haberleşme içeriğini kaydetmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında bir fiil işleyen failin bu kaydı yalnızca dava dosyasına delil olarak sunması, üçüncü kişilerle paylaşmaması durumunda suç oluşmamaktadır. Zira Yargıtay'a göre, burada failin hukuka aykırı hareket bilinciyle fiili işlediğinden söz edilememektedir¹⁰¹. Failin iddiasını kanıtlama amacıyla işlediği bu fiiller, kanaati-mizce iddia ve savunma hakkı kapsamında hukuka uygunluk sebebi meydana getirmektedir. İddia ve savunma hakkı ile dava ve şikayet hakları ile nitelenebilecek bu durumda artık suç oluşmaz¹⁰². Her halde failin hakkın kullanılmasının sınırlarını aşmaması, elde ettiği delilleri sadece dava ve şikayet hakkını kullanacağı mercilere ibraz etmesi, üçüncü kişilerle hiçbir surette paylaşmaması gerekmektedir. Aksi takdirde hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebinin sınırları aşılabacağından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu meydana gelecektir. Ayrıca failin işlenmekte olan ve ani gelişen bir suçun ispatı için kaybolma tehlikesi bulunan bir delili elde etmek amacıyla değil de planlı ve hazırlıklı şekilde haberleşmenin gizliliğini ihlal eden eylemi gerçekleştirir ise, artık suçun oluşacağına şüphe yoktur¹⁰³.

f. İlgilinin rızası

TCK m. 132/1 ve m. 132/2 bakımından, failin suç teşkil edecek fiiline haberleşmenin taraflarının rıza göstermiş olması, hukuka aykırı-

K.2019/4463; "Sanığın, haberleşme içeriğini kaydedip, bu kaydı içeren CD'yi, görülmekte olan dava dosyasına delil olarak vermesi biçimindeki eylemleri, TCK'nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları kapsamında değerlendirilebilir ise de, görüşme ayrıntıları dokümanını üçüncü kişi ya da kişilerle paylaştığı ve/veya çoğaltarak dağıttığına ilişkin bakımda bir iddia ileri sürülmeden sanığın, boşanma davasındaki iddiasını ispatlama amacını taşıyan eyleminde, hukuka aykırı hareket ettiği bilinciyle hareket etmediği anlaşılmakla, sanığın beratine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir." **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286; "[E]şi olan katılanın sadakatinden kuşkulanan ve aldatıldığını düşünen sanığın, katılan tarafından kullanılmakta olan aracın oto koltuğuna, onun bilgisi ve rızası dışında, ses kayıt cihazı yerleştirerek, katılanın başka kişilerle yaptığı telefon görüşmelerini kaydettiğinin iddia edilmesi karşısında, kanıtlanması halinde eylemin, 5237 sayılı TCK'nın 132/1-2. cümlesinde tanımlanan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu oluşturacağı" **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/6/2012, E. 2012/13428, K. 2012/14792.

- 101 **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 23/3/2015, E. 2015/19374, K.2015/4802; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 9/3/2015, E. 2015/21425, K.2015/4286; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/1/2015, E. 2015/12067, K.2015/9; **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 13/10/2014, E. 2014/4336, K.2014/19487. (aktaran: **Artuç**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)
- 102 **Artuç**, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510; **Birtek**, *op. cit.*, s. 349.
- 103 **Artuç**, Mustafa, *op. cit.*, s. 1511; aynı yönde bkz. **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 22/3/2017, E. 2017/1822, K. 2017/2319.

rılığı ortadan kaldıracak olup suçun oluşmaması neticesini doğurur. Burada önemli olan, haberleşmenin tüm taraflarının failin suç fiiline rıza göstermiş olmasıdır¹⁰⁴.

Bununla beraber, CMK m. 135 kapsamında alınan iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin mağdurun ve sanığın rızası doğrultusunda alınıp alınamayacağı hususu tartışılmıştır. CMK m. 135 hükmünde sadece “şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla denetimi” söz konusu olduğundan, mağdurun iletişiminin denetlenmesine CMK m. 135 dayanak kılınarak başvurulması mümkün değildir¹⁰⁵. Ayrıca öğretide ve Danıştay içtihadında, şüphelinin veya sanığın rızasına dayanılarak iletişimin denetlenmesi tedbirlerine başvurulmasının ve bu yolla şüpheli veya sanık aleyhine delil toplanmasının mümkün olmadığı, zira bu yolla CMK m. 135/9’da öngörülen “*Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*” hükmünün

104 “TCK’nın 132. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında düzenlenen fıkralar bakımından haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun faili haberleşen taraflar dışında bir kimse olabileceğinden, rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için haberleşen her iki tarafın da rızasının bulunması gerekmektedir. Suçun maddi konusu haberleşme olup bu hukuki konu üzerinde hak sahibi olan kimseler haberleşmenin taraflarıdır. Şu hâlde hukuka uygun bir rıza açıklamasından ve hukuka uygunluk sebebi olarak rızadan bahsedebilmek için, haberleşmenin her iki tarafının da rıza göstermesi gerekmektedir (Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara, 2010, s. 327; Hamide Zafer, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyula Korunması*, İstanbul 2010, s.112; Handan Yokuş Sevük, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara 2019. s. 261).” **Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

105 **Yargıtay içtihadı da aynı yöndedir:** “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, Cumburiyet savcısının 160 ve 161. maddelerde yer alan genel soruşturma ve kanıt toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirmek isabetli olacaktır. İtirazı inceleyen merciin verdiği ret kararı da, sonuç itibarıyla doğru olduğundan, hukuka uygundur.” **Yargıtay 4. Ceza Dairesi**, T. 29/11/2006, E. 2006/4669, K. 2006/17007; “*Yargıtayımızın istikrar bulmuş içtihatları uyarınca, müşteri-mağdurun iletişiminin tespiti işleminin, 5271 sayılı CMK’nın 135. maddesi kapsamında değil, Cumburiyet Savcısı ve mahkemelerin genel soruşturma ve delil toplama yetkisi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.*” **Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 30/11/2011, E. 2011/23240 K. 2011/6986. Bununla beraber, mağdurun kendi adına kayıtlı bir telefon numarasının sorgulanarak iletişim tespitinin gerçekleştirilmesi yönünde rızası veya talebinin olması da hukuken bir anlam ifade etmeyecektir. Zira; açık rızasının olması koşuluyla şikayetçinin iletişiminin tespitine olanak sağlayan, Adalet Bakanlığı tarafından 14.02.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “*Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik*”, **Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu**’nun E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı ve 4/11/2010 tarihli kararı ile iptal edilmiştir. Halihazırda Ceza Usul Kanunumuzda mağdurun iletişiminin denetlenmesini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır.

ihlal edileceği savunulmuştur¹⁰⁶. Dolayısıyla, CMK m. 135 usulünce alınması gereken iletişimin denetlenmesi tedbirinin, gerek mağdurun gerekse de sanık veya şüphelinin rızasına dayanılarak alınması CMK m. 135/9 hükmüne açık bir aykırılık getirecek olup hukuken mümkün değildir.

Öte yandan failin fiilinin TCK m. 132/3 anlamında suç meydana getirmesi için; ilgili fıkrada düzenlenen alenen ifşa fiilini, diğer tarafın rızası olmaksızın ve aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlemesi ve failin bu yönde kastının bulunması gerekmektedir. Esasen burada “diğer tarafın rızası olmaksızın” ibaresinin yer almasıyla kanun hükmünde ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi öngörülmüştür. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre; burada rızanın bulunup bulunmaması, hukuka uygunluk sebebinin var olduğu veya olmadığı ile ilgili olmayıp ilgilinin rızasının olması, fiili hukuka uygun hale getirmez; doğrudan fiilin tipiklik unsurunu sağlamaması nedeniyle suçun oluşmaması ile neticelenir¹⁰⁷. Sonuç olarak, TCK m. 132/3 bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi uygulama alanı bulamaz.

D. Manevi Unsur

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kastla işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle TCK m. 21/1 hükmü uyarınca suçun oluşabilmesi için fail tarafından “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve iste-

106 Şen, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Mubabir*, s. 125; **Danıştay 10. Daire**, T. 13/3/2007, E. 2005/6392 K. 2007/948. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun E. 2010/2072, K. 2010/1467 sayılı ve 4/11/2010 tarihli kararına da konu olan ve mağdurun rızası bulunması durumunda iletişimin tespiti tedbirinin alınmasına imkan veren yönetmelik hükmünün iptal istemi üzerine Danıştay 10. Daire'de görülen davada Danıştay Cumhuriyet Başsavcısı “Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevleri” kısmında yer verilen “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı hakkı” dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırabileceği belirtilirken, anılan hakların “vazgeçilmez” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde “ilgilinin rızası”na yer verilmemiştir. Gerek Anayasanın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir.” değerlendirmesinde bulunmuştur. Danıştay 10. Daire de aynı şekilde CMK m. 135 hükmünün şartları gerçekleşmediği takdirde ilgilinin rızası ile iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulamayacağını, buna imkan sağlayan bir yönetmeliğin Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceğini hükme bağlamıştır.

107 **Önder**, Aykan, *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, İstanbul, 1992, s. 257. **Göktürk**, *op. cit.*, s. 440; **Özgenç**, *op. cit.*, ss. 365.

nerek gerçekleştirilmesi” gerekir. Suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir, ayrıca özel kast ya da saik aranmaz¹⁰⁸.

Öğretide TCK m. 132/1’de öngörülen suçların olası kast ile işlenip işlenemeyeceği hususu, tartışma konusu olmuştur¹⁰⁹. Kanaatimizce suçun olası kast ile işlenmesi mümkündür. Zira olası kastta fail; neticenin gerçekleşmesi tehlikesini öngörür, fakat neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini umursamaz¹¹⁰. Gerçekten de fail umursamazlığından ötürü işlediği fiil ile ilgili suçun neticesini meydana getirebilir. Öğretide de TCK m. 132/1’de öngörülen suçun olası kast ile işlenebileceğine ilişkin birtakım örnekler verilmiştir¹¹¹. Suçun olası kast ile işlenmesi durumunda verilecek ceza, TCK m. 21/2 hükmü gereği *“üçte birden yarısına kadar indirilir”*.

TCK m. 132/2 ve m. 132/3 hükümlerinde kanun koyucu hukuka özel aykırılık bilinci ihdas ettiğinden bu suçlar bakımından doğrudan kastın olması gerekir¹¹². Ayrıca TCK m. 132/3 kapsamında su-

108 *“Bu maddede düzenlenen suç genel kastla işlenen bir suç olup suçun oluşumu için saik aranmaz. (...) Saniğe atılı haberleşmenin gizliliğini iblal suçunun genel kastla işlenebilen suçlar arasında yer alması, somut olayda sanığın, katılan ile annesi arasındaki yazışmaları bilerek ve isteyerek öğrenip kaydettiği hususunda bir kuşku bulunmaması (...) değerlendirildiğinde, saniğe atılı TCK’nın 132. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli haberleşme gizliliğini iblal suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. “TCK’nın 132. maddesindeki haberleşmenin gizliliğini iblal suçu, genel kast ile işlenebilen suçlardan olup” Yargıtay 12. Ceza Dairesi, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367.*

109 Suçun olası kast ile işlenebileceği yönündeki görüşler için bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 556; **Bakım**, *op. cit.*, s. 223; **Birtek**, *op. cit.*, ss. 184-185. Aksi yönde ise bkz. **Zafer**, *op. cit.*, s. 108; **Meran**, *op. cit.*, 164.

110 **Centel/Zafer/Çakmut**, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 375.

111 *“Apartmanda oturan kişilerin mektuplarının apartman dışındaki tek bir posta kutusunda toplandığı ve o posta kutusundan apartman sakinlerinin kendilerine gelen mektupları seçerek aldığı bir örneği düşünenecek olursak, bir kişinin posta kutusunda gördüğü, ama cantasındaki okuma gözlüğünü bulamaması sebebiyle mektubun kime geldiğini tam olarak okuyamadığı için mektubun kendisine gelmiş olabileceğini düşündüğü ancak o mektubun başka birine de gelmiş olabileceğini öngördüğü zarfı açması durumunda, o mektup zarfı açan dışında birisine gelmişse haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun olası kastla işlenmesi söz konusu olacaktır.” Bakım, op. cit., s. 223; “Örneğin; birden fazla bilgisayarın internete bağlı olduğu bir işyeri veya toplu internet sağlayıcısının ana bilgisayarında bulunan kimsenin diğer bilgisayarlardan internete erişen kimselerin anlık görüşme (chat, msn, skype vs.) yaptığını öngörmesine rağmen bu kullanıcıların bilgisayarlarına uzaktan erişmek suretiyle yazışma ve görüşmelerinin gizliliklerini iblal etmesi halinde suç olası kast ile işlenmiş olur. Bir başka örneğe göre de, gizli bir telsiz görüşmesi (balk bandı dışındaki telsiz bandı üzerinden yapılan) bakımından gizli frekans olabileceğinin öngörülmesine rağmen söz konusu banda girilerek haberleşmeye müdabale edilmesi halinde de olası kast söz konusu olur.” Birtek, op. cit., ss. 184-185.*

112 Hukuka aykırılık bilincine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Çalışmamızın “C. Hukuka Aykırılık Unsuru / 1. Hukuka Özel Aykırılık Bilinci” başlıklı bölümü.

çün oluşabilmesi için failin, suç tanımında yer alması hasebiyle, diğer tarafın rızası olmaması ve suç fiiline konu ifşa eyleminin alenen gerçekleşmesi yönünde kastının da bulunması gerekmektedir.

Her halde haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, taksir ile işlenemez. Zira kanun koyucu TCK m. 22/1 hükmünde “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.*” kuralını öngörmek suretiyle, ancak kanunda taksirle işlenebileceği açıkça ifade edilen suçlar bakımından taksir ile suçun işlenebileceğini düzenlemiştir. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu düzenleyen hükümlerde böyle bir imkan öngörülmediğinden suçun taksirle işlenemeyeceği açıktır.

Bu noktada, değerlendirilmesi gereken bir başka husus ise TCK m. 30’da öngörülen “hata” müessesidir. Zira hatanın esaslı veya kaçınılmaz olması durumunda fail, kusurlu sayılmayacak ve dolayısıyla cezalandırılmayacaktır¹¹³. Hatanın kaçınılabilirliğinin tespitinde ise failin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları, sosyal konumu, kişisel yetenekleri, mevcut bilgi ve eğitim düzeyi ile mevcut bilgisini kullanmasının ondan ne ölçüde beklenebilir olduğu göz önünde bulundurulacaktır¹¹⁴.

TCK m. 30/4’te kanun koyucu “*İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz*” hükmü ile haksızlık yanılığını düzenlemiştir. Haberleşmenin gizliliği suçları bakımından da failin -somut olay nezdinde failin içinde bulunduğu sosyal ve kültürel çevre şartları, bilgi ve eğitim düzeyi gibi hususlar da göz önüne alındığında- eğer işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu kanaatine varılırsa, artık kusuru bulunmadığı gerekçesi ile cezalandırılmaması neticesi meydana gelir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bu duruma şu örneği vermektedir: “*Haberleşme hürriyetinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle anne, baba veya bunlar gibi çocuk üzerinde velayet veya benzeri bir hakkı sahip olan kimselerin on beş yaşını tamamlayan ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun haberleşme içeriklerine müdahale hakkı bulunmamaktadır. Bu yönüyle anne-baba-*

113 Demirbaş, *op. cit.*, s. 438.

114 Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Ankara, 2016, s. 306; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. Ayrıca “kaçınılmaz hata” kavramının tanımını oluşturan bu hususlar, Türk Ceza Kanunu’na 5377 Sayılı Kanun ile eklenen 30. maddenin 4. fıkrasının gerekçesinde de yer almaktadır.

nın on beş yaşını tamamlamış olan çocuğunun haberleşme özgürlüğünü ihlal etmesi suç olmakla birlikte, anne baba bakımından TCK'nın 30/4. maddesi kapsamında yer alan "baksızlık yanığı" hükümlerinin uygulanabilmesi mümkündür. Anne-baba çocuklarını teblikele korumak kaygısıyla haberleşme içeriğini kaydetmiş ise "failin baksızlığı konusunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş" olduğu kabul edilebilir."¹¹⁵

Ayrıca hata, "ilgilinin rızası" hukuka uygunluk sebebinin varlığı konusunda da karşılaşılabilecek niteliktedir. Özellikle de TCK m. 132/3 hükmünde yer alan suç bakımından ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebine kanun hükmünde ayrıca yer verilmesi, bu incelemeyi zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda, hukuka uygunluk sebebi olan rıza (TCK m. 132/1 ve 132/2) ile tipikliğe engel olan rıza (TCK m. 132/3) arasındaki farkı çizmek gerekir.

TCK m. 132/1 ve 132/2 bakımından rıza, suçun kanuni tanımını içerisinde yer almamaktadır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından hata; TCK m. 30/1 kapsamında değil, doğrudan hukuka uygunluk sebeplerinde hatayı düzenleyen TCK m. 30/3 kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle de fail, hukuka uygunluk sebebinin somut olayda bulunduğu düşüncesi ile hareket etmiş ise ve failin bu hatası kaçınılmaz ise; kusurunun olmadığından söz etmek gerekecektir.

TCK m. 132/3 bakımından ise ilgilinin rızası, suçun kanuni tanımını içerisinde yer almaktadır. Bu nedenle failin, kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa suçunu işlerken "diğer tarafın rızası"nın olduğu hususunda yanılıya düşmesi, TCK m. 30/1 kapsamında değerlendirilecektir. Kanun koyucu TCK m. 30/1 hükmünde "Failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır." kuralını düzenlemiştir. Bu hüküm, failin kastını kaldırır nitelikte olup ikinci cümlede öngörüldüğü üzere ilgili suçtan taksirli sorumluluk hali saklıdır¹¹⁶. Fakat haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının taksirle işlenmesi mümkün olmadığından bu anlamda TCK

115 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442.

116 Demirel, Muhammed, "Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78/3, 2020, ss. 1512-1513.

m. 30 hükmü ile failin kusurluluğu ortadan kalkmamış olsa dahi cezalandırılması, manevi unsurun eksikliği sebebiyle suçun oluşmaması gerekçesiyle mümkün olmayacaktır.

E. Nitelikli Unsurlar

TCK m. 132 kapsamındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının nitelikli halleri, TCK m. 137 hükmünde düzenlenmiştir.

1. TCK m. 137/1-a hükmünde öngörülen, suçun “*kamu görevlisi tarafından ve görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi hali

TCK m. 137/1-a hükmünde suçun “*kamu görevlisi tarafından*” ve “*görevin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle*” işlenmesi hali düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kamu görevlisinin kamu otoritesini temsil etmek suretiyle bu suç fiilini işlemesinin, suçun işlenmesini kolaylaştırması ve kamu otoritesine duyulan güveni azaltması sebebiyle basit halden daha ağır bir ceza verilmesini öngörmüştür¹¹⁷.

Kamu görevlisi kavramı, TCK m. 6/1-c hükmünde düzenlenmiş olup bu hükme göre “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*”, kamu görevlisidir. Dolayısıyla TCK sistematığında kamu görevlisinden kasıt, geniş anlamda kamu görevlisidir¹¹⁸.

Kamu görevlisinin görevin verdiği yetkiyi kötüye kullanması tespit edilirken suç ile görev arasında illiyet bağının bulunması, ilgili kamu görevlisinin yetkili olması, bu yetkiye ve görevin gereklerine uygun davranılmaması hususları gözetilmelidir¹¹⁹.

2. TCK m. 137/1-b hükmünde öngörülen, suçun “*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi hali

TCK m. 137/1-b hükmünde, suçun “*belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle*” işlenmesi hali yer al-

117 Zafer, *op. cit.*, s. 125.

118 Özbek/Doğan/Bacaksız, *op. cit.*, s. 552.

119 Birtek, *op. cit.*, ss. 275-248.

maktadır. Böylece kanun koyucu, kişinin edindiği mesleki bilgiyi bir suç işlemek için kullanması suretiyle suç fiilinin işlenmesini kolaylaştırmasına ve bu nedenle de ilgili mesleklere duyulan güvenin azalmasına neden olduğu için¹²⁰ basit halden daha ağır bir ceza öngörmüştür.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ise suç sayılan fiil ile icra edilen meslek ve sanat arasında illiyet bağının bulunması ve icra edilen meslek ve sanatın suç fiilinin işlenmesinde kolaylık sağlaması gerekliliğidir¹²¹.

Ayrıca kanun metninde “*meslek ve sanatın*” ifadesine yer verilmek suretiyle aynı anda hem bir meslek hem de bir sanatın var olması gerekliliği, öğretilerde eleştirilmiştir. Zira kanun hükmünde “*ve*” bağlacı kullanılması sebebiyle söz konusu düzenlemeden, suçun işlenmesine kolaylık sağlayan unsurun aynı anda hem meslek hem de sanat olması gerektiği anlamı çıkmaktadır. Bu ise sanatın icrasının ustalık gerektirirken mesleğin icrasının ustalık gerektirmek zorunda olmaması nedeniyle¹²² ancak çok kısıtlı durumlarda TCK m. 137/1-b hükmünün uygulanmasına imkan tanıyarak suçlulukla mücadelede etkili bir yol olmaktan uzak kalmaktadır. Örneğin mesleği sebebiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlemesi oldukça kolaylaşan bir sekreter ya da kargo şirketi çalışanı için bu hükmün uygulanması mümkün değildir, zira bu faaliyet bir mesleğin icrası olarak nitelendirilse de bir sanat ya da, öğretilerdeki hakim görüşe göre, bir zanaat değildir¹²³. Bu nedenle, bu kişiler TCK m. 137/1-b’de öngörülen

120 **Birtek**, *op. cit.*, s. 278.

121 **Birtek**, *op. cit.*, s. 279.

122 **Özbek/Doğan/Bacaksız**, *op. cit.*, s. 553.

123 **Birtek**, *op. cit.*, s. 281. Yazara göre; GSM operatörlerinin çalışanları da aynı kapsamda bir meslek icra ediyor olsalar da yürüttükleri faaliyet, bir sanatın ya da zanaatın icrası olarak nitelendirilemeyeceğinden ötürü TCK m. 137/1-b kapsamında değerlendirilemezler. Fakat bu kişiler bakımından 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu’nun 63/3 ve 63/11 maddelerinde TCK m. 132’nin nitelikli hali ihdas edilmiştir. Bununla beraber, ilgili maddeler sadece elektronik haberleşme hizmeti vermek üzere yetkilendirilmiş işletmelerin personellerini kapsamakta olup işletmenin ortakları, yöneticileri ve işletme tüzel kişiliği bakımından uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle 5089 Sayılı Kanun’da öngörülen düzenlemelerin eksiklikler barındırdığı ve bu noksanlıkların tamamlanması gerektiği konusunda ayrıntılı açıklamalar için *Ibid.*, s. 281-285. Bununla beraber, GSM operatörlerinin çalışanlarının TCK 132-136. maddeleri kapsamında işledikleri suçların, failin özelliği nedeniyle TCK m. 137/1-b kapsamında bir nitelikli hal olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 4/4/2018, E. 2017/1636, K. 2018/3978.

suçun nitelikli hali bakımından gerekli nitelikleri haiz olmadıklarından nitelikli halden değil, ancak suçun temel şeklienden cezalandırılabilirlerdir ki bu da suçlulukla mücadele ve kanun hükmünün konuluş amacı bakımından olumsuz bir neticedir.

Bu nedenle öğretide ağırlık görüşü, “sanat” kavramının “zanaat” olarak anlaşılması gerektiği yönünde olup madde hükmünde yer alan “ve” bağlacının “veya” olarak değiştirilmek suretiyle bu noksanlığın kanun koyucu tarafından giderilmesi gerektiğini savunmaktadır¹²⁴. Zira yorum yoluyla “ve” bağlacının “veya” şeklinde okunması, TCK m. 2’de öngörülen kıyas yasağını ihlal edecektir.

III. SUÇUN ÖZEL OLUŞUM BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

Neticesi harekete bitişik suçlarda kural olarak teşebbüs mümkün değildir, fakat, suçun icra hareketleri bölünebiliyor ise teşebbüs mümkün olacaktır¹²⁵. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları da neticesi harekete bitişik suçlar olduklarından ötürü somut olay nezdinde icra hareketlerinin bölünmesine elverişli bir şekilde suçun icra hareketlerine başlanıp başlanmadığı tespit edilerek teşebbüs değerlendirilmesinde bulunulmalıdır¹²⁶.

B. İştirak

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından iştirake ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacak olup suça iştirak edenin TCK m. 137’deki failin özelliği bakımından ihdas edilen nitelikli hallerdeki koşulları sağlamaları durumunda, nitelikli halden cezalandırılmaları gündeme gelecektir.

124 **Özbek/Doğan/Bacaşsız**, *op. cit.*, s. 553; **Birtek**, *op. cit.*, s. 280; **Bakım**, *op. cit.*, s. 289.

125 **Demirbaş**, *op. cit.*, s. 504.

126 Bu konudaki örnekler için bkz. **Bakım**, *op. cit.*, s. 299: “Örneğin kişi televizyonda canlı yayında kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini az sonra açıklayacağını söylese ve ancak henüz söylemeden yayın ve kişi durdurulursa, suç teşebbüs aşamasında kalmış olur. (...) Örneğin suçun failinin, tarafı olduğu haberleşmenin içeriğini kaydederek, bu kayıtları haberleşmenin diğer tarafının rızasına aykırı olarak basına servis etmek üzereyken yakalanması halinde TCK m.132/3’teki kendisiyle yapılan haberleşmenin içeriğini ifşa suçuna teşebbüsten sorumlu olur.”

C. İçtima

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçları bakımından kanunda özel bir içtima hükmü bulunmadığından genel hükümler uygulanacaktır.

Bununla beraber, TCK m. 137/1-a bakımından genel hükümlerin uygulanmasına dikkat edilmesi gerekir. TCK m. 42'de yer alan *“Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.”* hükmü yer almaktadır. TCK m. 137/1-a'da öngörülen ve haberleşmenin gizliliğini ihlal suçlarının kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle işlenmesi durumunda nitelikli hal ihdas eden kanun hükmü; bileşik suç ihdas etmektedir. Çünkü TCK m. 257/1'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçu, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halinin bir unsurunu oluşturmaktadır. Bu bakımdan kamu görevlisi bir fail, görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunu işlerse; görevi kötüye kullanma suçunun unsurları oluşturmasına karşın TCK m. 257/1 değil, TCK m. 137/1-a kapsamında cezalandırılacaktır.

Ayrıca yeniden belirtmekte fayda vardır ki, çalışmamızın “A. Tİ-PİKLİK” başlıklı bölümünün “2. ‘Haberleşme’ Kavramının Kapsamı” alt başlıklı bölümünde de açıkladığımız üzere, bir araç vasıtasıyla yürütülen haberleşme faaliyeti söz konusu olduğu takdirde artık buradaki gizliliğin ihlali, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilmelidir. Zira burada özel norm – genel norm ilişkisi mevcuttur. TCK m. 134'te öngörülen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu genel norm niteliğinde olup TCK m. 132'de öngörülen haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu ise özel norm ihdas ettiği için somut olaya TCK m. 132 hükümlerinin uygulanması gerekir. Bu noktada TCK m. 134 hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

IV. KOVUŞTURMA USULÜ VE YAPTIRIM

TCK m. 139 hükmünde kanun koyucu, *“Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.”* demek sureti ile TCK m. 135-136

dışında kalan Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar'ın şikayete tabi olduğunu düzenlemiştir. Bu bağlamda TCK m. 132, 133, 137 ve 138'de öngörülen suçların soruşturulması ve kovuşturulması, şikayete tabi kılınmıştır. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, TCK m. 139 uyarınca şikayete tabidir.

Öğretide haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli halini düzenleyen TCK m. 137 bakımından şikayete tabi olmadığı, re'sen soruşturulması gerektiği yönünde bir görüş de bulunmaktadır¹²⁷. Kanaatimizce bu görüş yerinde değildir. Zira TCK m. 139 hükmünde kanun koyucu, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar'ın şikayete tabi olduğu kuralını ihdas etmiş ve bunun istisnalarını kanunda saymak suretiyle belirtmiştir. Dolayısıyla, bu istisnalar kapsamında yer almayan bir suçun bu istisnalara uygulanan kurala tabi tutulması, TCK m. 2'de öngörülen kıyas yasağını ihlal edecektir. Ceza hukukuna kanunilik ilkesi hakimdir ve bu ilke, hukuk devleti ilkesinin hukuki belirlilik ve hukuki güvenlik ilkeleri uyarınca katı şekilde uygulanmalıdır. Kanun koyucu böyle bir iradesi var idiye, bu hususu kanun hükmünde açıkça belirtirdi. Bu nedenle haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun nitelikli hali bakımından da şikayete tabi olduğunun kabulü gerekir.

Bununla beraber, kanun koyucunun bu düzenlemesinin yerinde olup olmadığı noktası eleştirilebilir. Öğretide, en azından TCK m. 137/1-a bakımından suçun re'sen soruşturulabilmesi gerektiği görüşü yer almaktadır ki bu görüş; haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun yaygın bir şekilde işlendiği, buna karşın mağdurların çok zaman suçun soruşturulması yönünde şikayette bulunmadıkları, ilgili suçun cezalandırılmamasının toplumda bir paranoya yaratabileceği, bu nedenle kamu menfaati için suçun nitelikli hali bakımından re'sen soruşturulması gerektiği, Alman Ceza Kanunu'nda da bu görüşün benimsendiğini ileri sürmektedir¹²⁸.

Şikayet hakkının kullanımında, TCK m. 73 hükmü uygulanır. Buna göre suçun mağdurunun altı ay içerisinde şikayet hakkını kul-

127 Meran, *op. cit.*, s. 166.

128 Şen, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, 2006, s. 612; Birtek, *op. cit.*, s. 285-283.

lanması gerekir, aksi takdirde şikayet hakkı düşer ve ilgili fiil bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılamaz.

Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu, kovuşturması ve soruşturmaları şikayete bağlı bir suç olduğundan, CMK m. 253/1-a uyarınca uzlaştırma kapsamındadır. Bununla birlikte, haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun uzlaştırma kapsamına girmeyen bir suç ile işlenmesi durumunda, CMK 253/3 hükmü gereği artık uzlaştırma kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir. Uzlaştırma hükümlerinin uygulanabilmesi için CMK m. 253/7 uyarınca her halde tüm mağdurların uzlaşmayı kabul etmesi gerekmektedir.

Görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı ve İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. maddesi gereği, asliye ceza mahkemesidir. Yetkili mahkeme ise somut olayın niteliklerine göre usul hukuku kurallarınca belirlenecektir.

2.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6352 Sayılı Kanun'un 79. maddesiyle TCK m. 132 hükmünde öngörülen seçimlik adli para cezası kaldırılmış, hapis cezalarının ise hem alt hem de üst sınırı artırılmıştır. Birinci fıkrada yer alan *“altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para”* ibaresi *“bir yıldan üç yıla kadar hapis”* ve *“bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür”* ibaresi ise *“verilecek ceza bir kat artırılır”* şeklinde, ikinci fıkrada yer alan *“bir yıldan üç yıla kadar hapis”* ibaresi *“iki yıldan beş yıla kadar hapis”* şeklinde, üçüncü fıkrada yer alan *“altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para”* ibaresi *“bir yıldan üç yıla kadar hapis”* şeklinde değiştirilmiştir. Öğretide bunun gerekli bir değişiklik olduğu savunulmuş olup seçimlik adli para cezasının kaldırılması ve hapis cezalarının artırılması yerinde görülmüştür¹²⁹.

129 765 Sayılı Mülga Ceza Kanunu'nda ihdas edilen cezaların hafif olduğu ve seçimlik adli para cezasına yer verilmesinin cezai himayeyi sağlayamadığı görüşü için bkz. **Hafızoğulları/Özen**, *op. cit.*, s. 249. Hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının artırılmasını yerinde bulan, fakat yine de caydırıcılık açısından yerinde olmadığından hem hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının daha da artırılması gerektiğini hem de hapis cezasının yanında ilaveten adli para cezasına yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Bakım**, *op. cit.*, ss. 309-311. Seçimlik adli para cezasının kaldırılıp hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının artırılmasını yerinde gören, özellikle bilişim sistemleri ve internet vasıtasıyla işlenen suçlarla mücadelede hapis cezası yaptırımında *ultima ratio ilkesi* yerine *sola prima ratio* (ilk araç) düşüncesinin benimsenmesi gerektiği, zira hapis cezası dışında başka bir yolla ilgili suçlarla mücadelenin

KAYNAKÇA

- Artuk**, M. Emin / **Gökçen**, Ahmet / **Yenidünya**, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara, 2000.
- Aybay**, Rona, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi*, Ankara, 2006.
- Bakım**, Sevi, *Ceza Hukukunda Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2012.
- Beccarfa**, Cesare, *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, Çev: Sami Selçuk, 6. Baskı, Ankara, 2016.
- Birtek**, Fatih, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m. 132)*, 1. Baskı, İstanbul, 2013.
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Kişilere ve Mala Karşı İşlenen Suçlar*, Cilt I, 4. Bası, İstanbul, 2017.
- Centel**, Nur / **Zafer**, Hamide / **Çakmut**, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 11. Bası*, İstanbul, 2020.
- Dana**, Shahram, “Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing”, *The Journal of Criminal Law & Criminology*, Vol. 99, No. 4, 2009, ss. 857-928.
- Demirbaş**, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Güncellenmiş 15. Baskı, Ankara, 2020.
- DEMİREL**, Muhammed, “Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 78/3, 2020, ss. 1469-1523.
- Dönmezer**, Sulhi / **Erman**, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt II, *Suçun Unsurları-Teşebbüs-Suçların Birleşmesi-İştirak (Bayraktar-Keziroğlu-Zafer-Kartal-Sınar-Erman-Eroğlu-Önok)*, 14. Bası, İstanbul, 2019.
- EREM**, Faruk, “Suçun Konusu ve Hümanist Doktrin”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 25, S. 1, 1968.
- Erman**, Barış, *Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul, 2006.

mümkün olmadığı, suçlulukla mücadelede cezaların daha da artırılması yerine failleri suçta iten kriminolojik ve sosyolojik sebeplerin bertaraf edilmesi ile önleyici nitelikte çalışmaların yapılması gerektiği, ayrıca haberleşmenin gizliliğini ihlal suçunun başka bir suçun işlenmesinde “araç suç” olarak işlenmesi durumu için ilave adli para cezasının düzenlenmesi yer verilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Birtek**, *op. cit.*, ss. 294-298.

- Göktürk**, Neslihan, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan ‘Hukuka Aykırılık’ İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 7, S. 1, 2016, ss. 407-450
- Hafızoğulları**, Zeki / **Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, Ankara, 2010.
- HAKERİ**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 19. Bası, Ankara, 2016.
- Hakeri**, Hakan, *Sorularla Ceza Hukuku*, Ankara, 2005.
- Karagöz**, Kasım / **Birtek**, Fatih, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 8. Maddesi Kapsamında Ceza Yargılamasında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 2, 2008, ss. 71-117.
- Katoğlu**, Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara, 2003.
- Kitapçioğlu Yüksel**, Tülay, *Özgü Suç*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2021.
- KOCA**, Mahmut, “Haberleşmenin, Konuşmanın ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları (TCK 132-134)”, M. Tevfik Gülsoy (Ed.), *Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*, Erzurum, 2011, ss. 63-115.
- KOCA**, Mahmut, “YTCK’da Hukuka Uygunluk Sebepleri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 1, S. 1, Eylül 2006, ss. 111-143.
- KUNTER**, Nurullah, *Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi*, İstanbul, 1949.
- MERAN**, Necati, *Adli ve Önleme Amaçlı İletişimin Denetlenmesi (Telefon Dinleme-Sms-Mms-E-Mail İzleme)*, Gizli Soruşturmacı, Teknik Takip, Ankara, 2009.
- MERT**, Ahmet, *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları (TCK m.132)*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, İstanbul, 2010.
- PARLAR**, Ali / **Hatipoğlu**, Muzaffer, *5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Cilt I, Ankara, 2007.
- Soyaslan**, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara, 2010.
- Önder**, Aykan, *Ceza Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK**, Veli Özer / **DOĞAN**, Koray / **BACAKSIZ**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Bası, Ankara, 2021.
- ÖZBUDUN**, Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Hayatın Gizliliği”, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 50. Yıl Armağanı 1925-1975*, C. 1, 1977, ss. 265-296.

ÖZEK, Çetin, “Türk Ceza Kanununa Göre Hürriyet Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 29, S. 4, İstanbul, 1963, ss. 933-995.

ÖZGENÇ, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Bası, Ankara, 2021.

ÖZTÜRK, Bahri / **ERDEM**, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 11. Baskı, Ankara, 2007.

ŞEN, Ersan, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ‘Özel Hayata Karşı Suçlar’”, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 79, S. 3, 2005, ss. 707-720.

ŞEN, Ersan, *Türk Hukukunda Telefon Dinleme Gizli Soruşturmacı X Mubahir*, 4. Baskı, Ankara, 2010.

ŞEN, Ersan, *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*, C. I, İstanbul, 2006.

TDK, *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, 1981, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

TDK, *Gramer Terimleri Sözlüğü*, 2003, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

TDK, *Güncel Türkçe Sözlük*, (Erişim: <https://sozluk.gov.tr>, 21.02.2022).

Yazıcıoğlu, İrem, “Avrupa Birliğine Uyum Sürecinde Yeni Ceza Hukuku Mevzuatı Çerçevesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, F. Selami Mahmutoğlu (Ed.), *Avrupa Birliği’ne Uyum Sürecinde Türk Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2008, ss. 231-290.

YENİSEY, Feridun / **NUHOĞLU**, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2014.

YOKUŞ SEVÜK, Handan, “Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçu”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12-13, S. 16-17-18-19, 2008, ss. 159-195.

ZAFER, Hamide, *Özel Hayatın ve Hayatın Gizli Alanının Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134)*, İstanbul, 2010.

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi

AYM, *Abdülvahap Kaçar ve Ercan Kaçar*, T. 22/3/2018, B. No: 2014/16877. (Erişim: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, 25.02.2022)

AYM, *Abmet Temiz*, T. 20/5/2015, B. No: 2013/1822. (Erişim: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, 25.02.2022)

AYM, *Rıdvan Bayram*, T. 9/9/2015, B. No: 2013/1171. (Erişim: <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, 25.02.2022)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- AIHM**, *Amann v. İsviçre*, T. 16/2/2000, B. No: 27798/95. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Chadimova v. Çek Cumburiyeti*, 18/4/2006. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Halford v. Birleşik Krallık*, 25/6/1997, *Recueil des arrêts et décisions 1997-III*. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Kopp v. İsviçre*, 25/3/1998, *Recueil 1998-II*. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Kruslin v. Fransa ve Huwig v. Fransa*, 24/4/1990, Seri A, No 176-A ve 176-B. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Lambert v. Fransa*, 24/8/1998, *Recueil 1998-V*. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Malone v. Birleşik Krallık*, 2/8/1984, S. A, N. 82. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *Prado Bugallo v. İspanya*, 18/2/2003. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)
- AIHM**, *The Association For European Integration And Human Rights ve Ekimdzbiev v. Bulgaristan*, T. 28/6/2007, B. No: 62540/00. (Erişim: <https://hudoc.echr.coe.int/>, 25.02.2022)

Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 217 A (III) Sayılı Kararı.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, 2200 A (XXI) Sayılı Kararı.

Danıştay

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, T. 4/11/2010, E. 2010/2072, K. 2010/1467. (aktaran: **T.C. Danıştay Başkanlığı**, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 41, Sayı: 126, 2011, ss. 37-41)

Danıştay 10. Daire, T. 13/3/2007, E. 2005/6392 K. 2007/948. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 15/11/2011, E. 2011/6-140, K. 2011/222. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, T. 21/6/2011, E. 2010/5-187, K. 2011/131. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

- Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/3/2018 tarih, E. 2015/625, K. 2018/118. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 18/4/2019, E. 2018/189 K. 2019/350. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 27/9/2018, E. 2015/1189, K. 2018/377. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 3/11/2020, E. 2016/868, K. 2020/442. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu**, T. 14/9/2021, E. 2020/87, K. 2021/386. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 4. Ceza Dairesi**, T. 29/11/2006, E. 2006/4669, K. 2006/17007. (Erişim: <https://legalbank.net/>, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/6.2012, E. 2012/13428, K. 2012/14792. (Erişim <http://kazanci.com.tr/>, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 11/9/2012, E.2012/20608, K. 2012/18217. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/2/2014, E. 2013/10872, K. 2014/2971. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/2/2014, E. 2013/14186, K.2014/4493. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 2/6/2014, E.2013/21755, K. 2014/13367. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 13/10/2014, E. 2014/4336, K.2014/19487. (aktaran: ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 12/1/2015, E. 2015/12067, K.2015/9. (aktaran: ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.9/3/2015, E. 2014/21425, K. 2015/4286. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 23/3/2015, E. 2015/19374, K.2015/4802. (aktaran: ARTUÇ, Mustafa, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Ankara, 2018, s. 1510)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 22/3/2017, E. 2017/1822, K. 2017/2319. (Erişim: <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 16/5/2017, E. 2015/16576, K. 2017/3989. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 24/5/2017, E. 2015/16942, K. 2017/4264.
(Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T.6/3/2019, E. 2018/8115, K. 2019/3132. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 3/4/2019, E. 2018/8131, K.2019/4463. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 4/4/2018, E. 2017/1636, K. 2018/3978. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 12. Ceza Dairesi**, T. 10/4/2019, E. 2018/8152, K. 2019/4886. (Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 30/11/2011, E. 2011/23240 K. 2011/6986.
(Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 13. Ceza Dairesi**, T. 3/6/2014, E. 2013/17864, K. 2014/19714.
(Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)
- Yargıtay 16. Ceza Dairesi**, T. 13/11/2019, E. 2018/5526, K. 2019/6842.
(Erişim: www.lexpera.com.tr, 25.02.2022)

Suç ve Ceza Dergisi Yayın İlkeleri

Suç ve Ceza Dergisi, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından (TCHD) üç ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ile çevirilerdir. Yazıların dili Türkçe'dir. Ancak yabancı dilde yazılan yazılar Yayın Kurulu'nun onayı ile Suç ve Ceza Dergisi'nde, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe yazılmış özeti ile birlikte, yayımlanabilir.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Bu hüküm yurtdışında Türkçe'den başka dilde yayımlanmış yazıların tercümelemleri için uygulanmaz.

Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar bir İngilizce bir de Türkçe yazılmış ve her biri 200 kelimeyi aşmayan özet (abstract) ve ayrıca en az 5 adet anahtar kelime içermek zorundadır.

Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya.docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak, bir bütün halinde 10 sayfadan az olmayacak şekilde kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; **Alt:** 2,5 cm; **Sol:** 2 cm; **Sağ:** 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Calibri, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotların şu şekilde olması zorunludur:

Kitap için: Yazar soyadı ve adı, eserin adı (italik), eserin yayın yeri ve yılı, sayfa numarası

Makale için: Yazar soyadı ve adı, makale adı (italik), derginin adı, cilt, sayı, yıl, sayfa numarası (s.)

İnternet sitelerine yapılan atıflarda sitenin tam adına yer verilmesi ve siteye son erişim tarihinin parantez içinde yer alması gerekmektedir.

Yazının sonunda “Kaynakça” bölümü bulunmalı ve makalede atıf yapılan eserlerin listesine atıf yapılan yazarın soyadına göre alfabetik sırayla yer verilmelidir.

Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olmadığı saptanan yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayım ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.

Makalenin hakemli olarak yayımlanması talep edilirse, Yayın Kurulu tarafından ilk değerlendirmesi yapılan ve yayım ilkelerine uygun olduğu saptanan bu yazılar, hakem incelemesine gönderilir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan en kısa sürede haberdar edilir. Yazım yanlışlarının olağanın dışında bulunması, bilimsellik ölçütlerine uyulmaması, yazının Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterlidir. Hakem incelemesinden geçen yazı “Hakemli” ibaresi eklenerek yayımlanır.

Hakemli yayımlanması talep edilmeyen yazıların hakem incelemesinden geçmesi zorunlu değildir.

Yayımlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı ve elektronik tüm yayın hakları Türk Ceza Hukuku Derneği'ne aittir. Yazılar Türk Ceza Hukuku Derneği'nin www.tchd.org.tr adresinde dijital ortamda yayımlanacaktır ve yazar sayısı kadar dergi basımı yapılacaktır. Yazara bir adet dergi gönderilecektir. Yazar kendisine bir telif ücreti ödenmeyeceğini ve bu yazıdan doğan tüm maddi haklarını Türk Ceza Hukuku Derneği'ne devrettiğini kabul etmiştir.

Suç ve Ceza Dergisi'nin Mart sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Şubat; Haziran sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Mayıs; Eylül sayısı için son yazı kabul tarihi 1 Ağustos; Aralık sayısı için son yazı kabul tarihi ise 1 Kasım olarak belirlenmiştir. Bu tarihlerden sonra gönderilecek yazılar, takip eden sayı için yayım değerlendirme listesine alınacaktır.

Suç ve Ceza Dergisi'nde yayımlanması istenen yazıların, konu kısmına “Suç ve Ceza Dergisi – Makale” yazılmak suretiyle aşağıdaki e-posta adresine yazara ait ORCID numarası ile birlikte gönderilmesi gerekmektedir:

bilgi@tchd.org.tr