

CEZA HUKUKUNDA YABANCI KANUNUN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI

Kenan ÖZDEMİR*

GİRİŞ

İşlenen bir suçla, suçun işlendiği yerin ülkesinin kamu düzeni bozulmuştur. Bu sebeple, mülkilik, başka bir ifadeyle ülkesellik ilkesi gereğince, suçun işlendiği devletin bu suçu kovuşturması gerekir. Bunun yanında, bazen devletler kendi ülkesinde işlenen suçları kovuşturmakla yetinmemekte, tamamen veya kısmen ülkelerinde işlenmemiş olan suçları da takip etmek için mevzuatına hükümler koymaktadır. Sadece ülkesinde işlenen suçları kovuşturmayı esas alan Anglo-Sakson ülkelerinde bile suçluların ve suçların cezasız kalmaması için yurt dışında işlenen bazı suçların kovuşturulması için hükümler getirilmiştir.¹ Bu durumda yabancı kanunun göz önünde bulundurulması sorunu ortaya çıkmaktadır.

Yabancı devlet kanunlarının ülkede belirli hallerde uygulanması özel hukukta kabul edilmektedir. Mevzuatımızda, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun bu konuyu özel hukuk alanında düzenlemektedir.²

Buna karşılık, ceza hukuku alanında, yabancılık unsurunun bulunması durumunun düzenlenmesinde, çeşitli devletlerin mevzuatına bakıldığında, işlenen suça yabancı kanunun doğrudan uygulanacağına ilişkin hükme yer

* Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdür Yardımcısı.

¹ Durmuş Tezcan, “Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanunu’nun Değeri Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXXIX, Y. 1984, S. 1-4, s. 111.

² 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Kanun, RG, 22.5.1982-17701. 1. maddesi uyarınca, 275 sayılı Kanun, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, yabancı kararların tanınması ve tenfizini düzenlenmektedir.

verilmediği görülmektedir. Yabancı bir ülkede işlenen suçlarda yapılacak kovuşturmalarda, yabancı ülke kanunun uygulanması konusunda devletlerin yaklaşımını üç grupta toplamak mümkündür:

- a. Yabancı kanuna hiç bir değer atfetmeyen kanunlar,
- b. Yabancı kanuna çifte cezalandırılabilme şartının varlığı yönünden bir değer atfeden kanunlar,
- c. Suçun işlendiği yerin kanunu ile suç sebebiyle yargılamanın yapıldığı yerin kanunundan, sanığın daha lehine olan kanunun uygulanması ilkesini kabul eden kanunlar.³

Ceza hukukunda yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusunun işleneceği bu çalışmada; öncelikle yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusuna genel olarak değinilecek, daha sonra sırasıyla, Türkiye’de yabancı kanunun uygulanması konusundaki yasal düzenlemelerin gelişimi, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesi ile 5237 sayılı TCK’nın 19. maddesi incelenecektir.

1. YABANCI KANUNUN GÖZ ÖNÜNDE BULUNDURULMASI

1.1. Yabancı Ceza Kanununun Uygulanması Konusundaki Görüşler

Ceza hukukunda yabancı devlet kanunların ülkede uygulanması konusu bir dirençle karşılaşmıştır. Bu konuda iki ayrı görüş bulunmaktadır.

Gelenekçi görüş olarak birinci görüşe göre; ceza hukuku alanında yasma ve yargı yetkilerinin birbirine uygun olması gerekir. Bu nedenle, bir ülkede başka bir ülkenin ceza kanunu uygulanamayacağından orada yargı yetkisinin kime ait olduğu belirlenince, yargı yetkisine sahip olan devletin ceza kanunu uygulanmalıdır. Zira, ceza, devletin varlığına ve gelişmesine zarar veren fiillere karşı devletin korunması amacını taşır ancak, varlığına ve gelişmesine yönelmiş bir saldırı ile karşılaşan devletin kanununun uygulanması gerekir. Kaldı ki, ülkelerin ceza kanunları, aynı fiil için farklı cezalar öngörmüş olup, her olayda uygulanması gereken yabancı kanunun tespiti büyük güçlükler arz etmektedir.⁴

³ Tezcan, s. 128.

⁴ Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, Yeniden Gözden Geçirilmiş On İkinci Bası, İstanbul 1997, C. III, s. 524-525.

Çağdaş ceza hukuku tarafından reddedilen gelenekçi görüşe karşı ileri sürülen fikirleri ise şu şekilde özetlemek mümkündür: Yabancı ülkelerin ceza kanunlarının varlığını ve gerektiğinde bunların uygulanmasını kabul etmemek, milletlerarası ceza hukukunun inkarı anlamına gelir. Cezanın ve ceza kanunlarının amacı devletin varlığını ve gelişmesini korumaktır. Ancak bu koruma, diğer ceza kanunlarının bertaraf edilmesi suretiyle sağlanamaz, aksine diğer devletlerle işbirliği yapılması gerekir. Hatta, adalete gösterilmesi gereken saygı, genel menfaatleri koruma ve kurtarma; yerine göre, yabancı devlet ceza kanunlarının uygulanmasını da zorunlu kılar. Özel hukuk alanında kabul edilen bu uygulamanın ceza hukuku alanında kabul edilmemesinin haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Ceza kanunlarının mülki olduğu kabul edilmekle birlikte, kişisel teminata ilişkin olup, kişisel nitelik taşıyanların yabancı ülkede suç işleyen kişileri takip etmesi gerekir. Ayrıca, özel hukukta yapılan uygulamanın ceza hukuku alanında güçlük çıkaracağı ileri sürmek de doğru görülmemektedir.⁵

1.2. Yabancı Ceza Kanunu'nun Uygulama Alanı

Yabancı ceza kanunlarının o ülkede uygulanmasının hukuki esası konusunda ise üç fikir ileri sürülmüştür.

Birinci fikre göre; ülkede milli ceza kanununun uygulanması esas olmakla birlikte, milletlerarası nezaket kuralları gereğince, yabancı ceza kanunlarına bu konuda bir imtiyaz tanınabilir. Bu durumda, sanki o yabancı ülke temsil ediliyormuş gibi kabul edilir.

İkinci fikre göre; bir olay sebebiyle, ceza kanununu uygulayabilecek birden fazla egemenlik bulunmaktaysa, burada en büyük menfaati olan devlet kanunun uygulanması yerinde olur ve bu durum yabancı bir egemenliğe gösterilmesi gereken saygıya dayanır.

Çoğunluğu teşkil eden ve bizim de katıldığımız üçüncü fikre göre ise; yabancı kanunun uygulanmasının hukuki esası, ülke kanun koyucusunun isteğidir. Başka bir ifadeyle yabancı ülke kanununun uygulanabileceğini kabul etmiş olmasıdır. Bu fikre göre, ülke kanun koyucusunun izin verdiği ölçüde yabancı ülke ceza kanunu uygulanabilecektir. Bu düşünceye göre, ülke kanun koyucusunun kabul ettiği hüküm uyarınca yerine getirilen bu görev, milli egemenlikten feragati değil, milli egemenliğin icrasını belirtir. Başka bir ifadeyle, bu durumda, yabancı kanun, milli kanun haline gelir.⁶

⁵ Dönmezer - Erman, C. III, s. 525-526.

⁶ Dönmezer - Erman, C. III, s. 526-527.

Öte yandan, 1929 yılında yapılan Ceza Hukukunu Birleştirme II. Milletlerarası Bükreş Kongresi'nde de görüşülen yabancı ceza kanununun uygulanması konusunda, yabancı ceza kanunlarının doğrudan doğruya uygulanması değil ceza uygulaması bakımından göz önünde tutulması esas alınarak aşağıdaki temenniler ileri sürülmüştür.

"Her devletin ceza hakimlerinin, genel kural olarak, kendilerine sunulan suçlar hakkında ancak kendi kanunlarını (lex fori) uygulayabilecekleri gözlemini yapmakla beraber Kongre, kişisel haklara saygı ve milletler arasındaki iyi ilişkilerin, bazı istisnai hallerde, yabancı bir ceza kanununun uygulanmasını gerekli kılabileceğini tespit ederek aşağıdaki temennileri belirtir:

1. a. Ülkede olduğu kadar yabancı ülkelerde de işlenen suçların tenkili bunların yabancı mülki kanun (lex fori) tarafından nazara alınmış ve cezalandırılmış bulunmaları şartına bağlı tutulmalıdır.

b. Suçlunun daha lehine olduğu takdirde, yabancı mülki kanunun hükümleri, hakim tarafından göz önüne alınmalıdır.

c. Bu kanun kovuşturmayı şikayete tabi tutmuş ise, ülkede kovuşturmayla girişebilmek için bu şartın gerçekleşmiş bulunması aranmalıdır.

2. Ülkesinde olduğu kadar yabancı ülkelerde işlenen suçlar bakımından da hakim, kararını tabi kılacağı çeşitli unsurlar arasında, suçlunun şahsi kanununca tespit edilen cezai rüşt yaşını göz önünde tutmalıdır.

3. Suçun varlığının veya ağırlık derecesinin, suçlunun mağdur veya üçüncü şahıslarla olan bazı ailevi ilişkilerine bağlı bulunduğu hallerde bu ilişkiler, kamu düzeni gerekleri ayrık tutulmak üzere devletler özel hukuku kurallarının işaret ettiği kanunlara göre takdir edilmelidir."⁷

Aynı Kongrede; bunların yanında, yabancı kanunun uygulanması konusunda hakimlerin güvenilir bir kaynağa çabuk bir şekilde ulaşabilmelerine ihtiyaçları olduğunu belirtmiş ve Milletler Cemiyeti'nde yabancı kanunları içeren bir doküman merkezinin kurulması da temenni edilmiştir.⁸

Yabancı ceza kanununun uygulanmasından doğan güçlüklerin giderilmesinin tespitinin yapıldığı 1961 Lizbon Kongresi'nde alınan kararlara göre ise;

a. Prensip itibarıyla ve özellikle aralarında menfaat birliği bulunan devletlere, yabancı ceza kanununu uygulama imkanını sağlamaları tavsiye edilmiştir.

⁷ Aktaran, Dönmezer - Erman, C. III, s. 528-529.

⁸ Dönmezer - Erman, C. III, s. 529.

b. Kamu düzenini bozmamak şartıyla, suç, hakimın ülkesinde işlenmiş bulunsa bile, suçun varlık veya ağırlığı suçlu ile mağdurun veya üçüncü kişilerin ailevi ilişkilerini kapsadığı takdirde, bu hususlar hakim tarafından dikkate alınabilmelidir.

c. Prensip olarak, kamu düzeninin zorunlu kıldığı istisnalar hariç olmak üzere hiçbir suç kategorisi yabancı ceza kanunu uygulaması sınırı dışına çıkarılmamalıdır. Ancak, siyasi suçlar ve genel adaba karşı işlenen suçlar ayrık tutulabilir.

d. Ülke dışında işlenen suçlarda, yabancı ceza kanunu, failin uyruğu dikkate alınmadan uygulanmalıdır.

e. Fiil, ülkede suç oluşturmuyorsa veya yabancı kanun failin daha lehinde ise, uygulamanın kamu düzenine aykırı olmaması kaydıyla, milli hakim, yabancı ülkede işlenen suçlar bakımından yabancı kanunu uygulamalı ve bu halde kamu düzeni dar yorumlanmalıdır.

Bazı ülkelerin mevzuatında yabancı ülke ceza kanununun doğrudan doğruya uygulanmasına rastlanmamakta, ancak kanunda gösterilen istisnai hallerde yabancı ceza kanunu göz önünde tutulmaktadır. Yabancı ceza kanununun göz önünde tutulduğu hallerde ise bu husus olumlu ve olumsuz olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.⁹

Ülkemizde ise, mevzuatımızda bu konuda bir hüküm getirilmeden önce, sanık hakkında cezası hafif olan devlet kanununun uygulanacağı, yabancı devlet kanunundaki cezadan fazlasının Türkiye’de verilmeyeceği, Yargıtay CGK’nın 10.5.1982 tarihli ve 1982/185 sayılı kararında açıkça kabul edilmiştir.¹⁰

2. TÜRKİYE’DE YABANCI KANUNUN UYGULANMASI KONUSUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELERİN GELİŞİMİ

Bu konuda mevzuatımızda henüz ayrı bir hüküm yer almazken, Türk vatandaşı olan bir kişinin yabancı ülkede yabancıya karşı işlemiş olduğu suç sebebiyle Türkiye’de kovuşturma yapılacağına öngörülmüş olması karşısında verilecek cezanın hangi kanuna göre olacağı, başka bir ifadeyle hangi cezanın verileceği sorunu ortaya çıkmış ve Yargıtay iki olayda görüşünü açıklamıştır.¹¹

⁹ Dönmezer - Erman, C: III, s. 530.

¹⁰ Faruk Erem - Ahmet Danişman - Mehmet Emin Artuk, Seçkin Yayınevi, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 185.

¹¹ Ayhan Önder, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, 1. Bası, C. 1, s. 228.

Yargıtay CGK'nın 10/5/1982 tarihli ve 1-474/195 sayılı kararı ile 6. CD'nin 22/3/1983 tarihli ve 102/1388 sayılı kararları bu konuda bir hüküm getirilmesine öncülük etmiştir.¹²

İleride değinilecek olan¹³ yukarıda tarih ve sayıları yazılı Yargıtay kararlarında kabul edilen görüş, 9. maddesinin dördüncü fıkrasında; *"Suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilmek suretiyle uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası taahhütlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilemez."*¹⁴ hükmüne yer verilmek suretiyle 1987 TCKÖT'e yansıtılmıştır.

1989 TCKÖT'de ise, 1987 TCKÖT'ün yukarıda yazılı hükmünün girişine *"Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında"* ibaresi eklenmiş ve metnin içindeki iki kelime değiştirilmek suretiyle hüküm aynen muhafaza edilmiştir.¹⁵

8.11.1990 tarihinde TBMM'ye sunulan *"Türk Ceza Kanunu'nun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Tasarısı"*nın, birbiriyle bağlantılı bazı kanun teklifleriyle birleştirilerek görüşülmesi suretiyle kabul edilen 6.6.1991 tarihli ve 3756 sayılı Kanun'un çerçeve 2. maddesiyle 765 sayılı TCK'ya 10/a maddesi olarak,

"Bir Türk vatandaşı veya yabancı, yabancı ülkede bir suç işleyip de bu bab hükümlerine göre Türkiye'de yargılandığı takdirde; Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu,

¹² İzzet Özgenç, *"Non Bis In Idem' Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme"*, YD, Temmuz 2002, s. 339.

¹³ Bkz., aşağıda dpn. 33-34.

¹⁴ Özgenç, s. 340.

¹⁵ Söz konusu hükmün 1989 TCKÖT'teki metni şu şekildedir: *"Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilemez."* *Türk Ceza Kanunu Öntasarısı*, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1989, s. 7.

Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez."

Şeklinde hüküm eklenmiştir.¹⁶

Söz konusu hükmün yürürlüğe girmesinden altı yıl sonra, 1997 yılında TBMM'ye sunulan TCKT'nin 9. maddesinin son fıkrasına, 765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi yerine, 1989 TCKÖT'ün hükmünün ikinci cümlesindeki "milletlerarası" sözcüğü "uluslararası" şeklinde değiştirilmek suretiyle aynen alınmıştır.¹⁷

Daha sonra, 12.5.2003 tarihinde TBMM'ye sunulan Hükümet Tasarısı'nda ise bu konu "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Uygulama" kenar başlığı altında;

"Madde 18. Bir Türk vatandaşı veya yabancı, yabancı ülkede bir suç işleyip de bu kısım hükümlerine göre Türkiye'de yargılandığı takdirde, Türkiye aleyhine işlenmiş suçlar dışında, suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise o kanun gözetilmek, yabancı kanunda tanımlanan suça Türk kanununa göre verilecek ceza türü saptanmak, Türk kanunu lehe ise veya Türk kanununa göre verilebilecek sonuç ceza yabancı kanun uyarınca verilebilecek cezanın alt ve üst sınırlarını aşmayacak ise Türk kanununa göre, yabancı ülke kanunu lehe ise o kanun uyarınca verilebilecek Türk kanunundaki cezaya en yakın ceza esas alınmak suretiyle uygulama yapılır. Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya uluslararası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez.

Fer'i cezalar yönünden de yukarıdaki hükümler uygulanır.

*Bu madde hükümleri, 8. maddede ve 11. maddenin birinci fıkrasında belirtilen suçlar hakkında uygulanmaz."*¹⁸

¹⁶ Hükümetin teklif ettiği Kanun Tasarısı'nda 10/a maddesi yer almamaktaydı. Adalet Komisyonu Raporu'nda bu maddeyle ilgili olarak, "Yurt dışında suç işleyip de Türkiye'de yargılanan Türk vatandaşına uygulanan cezalar sanık aleyhine sonuçlar doğurmakta ve yurt dışında verilecek cezalardan daha ağır cezalar uygulanmak zorunda kalmaktadır. Bu durum özellikle uyuşturucu suçları için söz konusu olmaktadır. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla yurt dışında işlenen suçlar nedeniyle yabancı veya Türk kanunundan lehe olanın uygulanmasına dair bir hüküm getirilmesi uygun görülmüş ve Tasarı'nın 4. maddesi ile bağlantısı nedeni ile Türk Ceza Kanunu'na 10. maddeden sonra gelmek üzere 10 a maddesi eklenmesi yoluna gidilmiş ve 2. madde olarak kabul edilmiştir." şeklinde açıklama yapılmıştır. Dönem: 18, Yasama Yılı: 4, S. Sayısı: 513, s. 20.

¹⁷ Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3, s. 29.

¹⁸ Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, s. 259. Bu hükmün bir eleştirisi için bkz., Türk Ceza Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Alternatif Öneriler, Hukukçular Derneği Yayını, İstanbul 2003, 3. Baskı, s. 15-18.

Şeklinde düzenlenmiştir. Ancak, Tasarı'nın geneli gibi bu madde de Adalet Komisyonu'nda büyük değişikliklere uğramış ve 26.9.2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu¹⁹ olarak kanunlaşan metinde “Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması” kenar başlığı altında;

“Madde 19. (1) Türkiye'nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.

(2) Ancak suçun;

a. Türkiye'nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,

b. Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak,

İşlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

Biçiminde kanunlaşmıştır. Bu hüküm 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe ilişkin 344. maddesi uyarınca 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

3. 765 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 10/A MADDESİ

3.1. Madde Hakkında Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler birbirleriyle uyuşmayan niteliktedir. Bir görüşe göre reform niteliğinde olan²⁰ bu hükmün, başka bir görüşe göre dünyada örneğine rastlanamaz.²¹ Bir diğer görüşe göre de, bu hüküm uygulamada birçok problemi beraberinde getirmiştir.²²

Bu madde hükmüne ve uygulanmasına ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşleri aşağıdaki şekilde özetlemek mümkündür.

Dönmezer - Erman'a göre; 3. maddesinde, Türkiye'de işlenen suçtan dolayı TCK'nın uygulanacağı hükme bağlandığından, failin yabancı olması durumunda şahsi kanunun uygulanması söz konusu olamaz. Bu itibarla,

¹⁹ RG, 12 Ekim 2004 - 25611.

²⁰ Dönmezer - Erman, C. III, s. 531.

²¹ Özgenç, s. 341.

²² Feridun Yenisey, “Milletlerarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Ceza Hukuku Günleri*, İstanbul 1998, s. 47.

suçun aile ilişkilerine dair olması sebebiyle şahsi statüyü ilgilendirmesi hallerinde dahi Türk kanunu uygulanır.²³

“... Türk hakimi, ... suçun işlendiği ülkedeki kanunun mu, yoksa Türk kanunlarının mı uygulamada failin lehine sonuç vereceğini inceleyerek ve lehe sonuç veren kanun yabancı kanun oldukta bu kanuna göre hüküm verecektir.

Yabancı kanunun ‘lehe kanun-lex mitior’ olup olmadığını tespit hususunda ise, aynı madde, yabancı kanunla Türk kanununun ayrı ayrı uygulanarak, olayda hangisinin daha lehte sonuç vereceğine itibar etme sistemini, yani in concreto kriterini benimsemiştir. Bu itibarla Türk hakimi, yabancı kanunda aynı suç için öngörülmüş olan cezaya bakmakla yetinmeyecek, fakat o kanunda yer alan kanuni ağırlatıcı ve hafifletici sebepleri de göz önünde tutarak tam bir uygulama yapacaktır. Bu ise yabancı kanunun varlığının, suçun işlendiği tarihte olsun, hüküm tarihinde olsun yabancı ülkede yürürlükte olduğunun ispat edilmesine bağlıdır. Türk sisteminde, hakim kanunları re’sen uyguladığı için de, hakim in bu araştırmayı bizzat yapması, hatta hüküm vereceği gün bile yabancı ülke kanununda bir değişikliğin bulunup bulunmadığını araştırması gerekecektir. Hakim in concreto yani somut olayda daha lehde sonuç verdiğini gördüğü zaman bu hususu göz önünde bulundurarak, yine de Türk kanununu uygulamak durumundadır.”²⁴

“6.6.1991 tarih ve 3756 sayılı kanunla Türk Ceza Kanunu’na eklenen 10/a maddesine göre ... yabancı ülkede suç işleyen kişi hakkında Türkiye’de yargılama yapıldığı takdirde, Türk hakimi, suçun işlendiği yer Kanunu ile Türk Kanunundan hangisi failin lehine sonuç verecekse, ona göre hüküm verecektir. Böyle olunca, fail hakkında suçun işlendiği ülkede bir karar verilmişse, Türkiye’de yeniden yargılama yapmak imkansız olacaktır.”²⁵

TCK’nın 10/a maddesi karşısında, “yabancı ülkede suç işleyen fail hakkında yine yabancı ülkede hüküm verilmiş ve bunun sonucunda fail beraat etmiş veya hakkındaki dava yahut ceza düşmüş ise, artık burada yeniden kovuşturma yapmak için sebep kalmaz; failin suçlu olmadığı yabancı mahkeme kararıyla anlaşılmıştır ve cezasız kalmasından korkulan bir suçlu artık ortada yoktur.

Keza fail yabancı ülkede mahkum olmuş ve cezası da infaz edilmiş ise, yine cezasız kalan bir suçlu söz konusu değildir ki, adalet prensibi gereğince yeniden kovuşturma yapip cezalandırmak mümkün olsun.”²⁶

²³ Dönmezer - Erman, C. III, s. 531.

²⁴ Dönmezer - Erman, C. III, s. 380-381.

²⁵ Dönmezer - Erman, C. III, s. 382.

²⁶ Dönmezer - Erman, C. III, s. 390.

Erem'e göre; "ilave edilen bu hüküm bir Türk'ün veya bir yabancının 'yabancı ülkede' işledikleri suçlar hakkında uygulanacaktır... Suçun işlendiği yer yabancı kanununun cezası, Türk kanununda gösterilen cezadan daha hafif ise o cezanın verilmesi esas tutulacaktır... Bu hükmün maksadı yabancı ülkede işlenen suça, o memleketin verebileceği cezadan fazla bir cezanın verilmesini önlemektir. Bu nedenle eklenen hükmün amacı budur... 'Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın ceza' deyiimi düşündürücüdür. 'Kanunsuz ceza olmaz' kuralına (TCK m. 1) aykırılık bahis konusu olabilir."²⁷

İçel - Donay'a göre; "bu hüküm, yabancı kanunun ülkede uygulanması anlamına gelmez; hükmün amacı, lehe olan kanunun verilecek ceza yönünden göz önünde bulundurulmasından ibarettir."²⁸

"... yabancı ülkede işlenen (suça) öncelikle TCK uygulanarak ceza miktarı saptandıktan sonra, suçun işlendiği ülke ceza kanunu ile TCK'dan hangisi ceza miktarı yönünden sanık lehine sonuç verecekse, o kanun göz önünde bulundurulacaktır. Diğer yandan, yabancı yasada tanımlanan suça Türk yasasına göre verilmesi gereken ceza veya Türk yasasında bulunup yabancı ülke yasasındaki cezaya en yakın olan ceza saptanarak uygulama yapılacaktır. Yoksa yabancı yasadaki temel cezaya TCK'daki indirim nedenlerinin uygulanması ve böylece ceza yasalarının karma şekilde uygulanması suretiyle hüküm kurulması yoluna gidilemez."²⁹

Yenisey'e göre ise; "fîl evvelce yabancı devlet mahkemesince yargılanmışsa, o takdirde TCK'nın 10a maddesi devreye girmekte ve yabancı devlet kanununda gösterilen cezanın üstüne çıkmamak kaydıyla, fîl Türkiye'de yargılanabilmektedir... TCK'nın 10a maddesi, bir nevi 'davada yabancı kanunun uygulanabilmesi niteliği' taşımaktadır... Yabancı ülkede işlenen fîle, Türk kanunundaki ceza, bu yoksa en yakın ceza belirlenecektir. Bu yapıldıktan sonra yabancı kanuna bakılacak, Türk hakim 10a maddeyi uygularken Türk kanunu ile suçun işlendiği yer kanununu karşılaştıracak ve uygulamada sanığın lehine sonuç verecek olan kanunu gözönünde bulundurarak cezayı belirleyecektir... Yabancı ceza kanunu bütün müesseseleri ile, tamamen uygulanamaz. Sadece ceza tayin edilirken Türk mahkemesi tarafından göz önünde tutulur."³⁰

Görüldüğü gibi doktrinde konu hakkında ileri sürülen görüşler birbirleriyle uyumlu değildir.

²⁷ Faruk Erem, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, C. 1, s. 129-130.

²⁸ Kayıhan İçel - Süheyl Donay, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1999, 1. Kitap, s. 196.

²⁹ İçel - Donay, s. 196.

³⁰ Yenisey, s. 44 - 47.

3.2. Maddeyle İlgili Yargıtay İçtihatları

Türk hakiminin yabancı ülke kanununu göz önüne alması Yargıtay içtihatları ile hukukumuzda girmiştir.³¹ Yukarıda da belirtildiği üzere³² bu konunun mevzuatımızda düzenlenmesi Yargıtay'ın iki kararıyla gündeme gelmiştir.

Bunlardan birincisi, Türk vatandaşı olan bir kişinin, Kıbrıs'ta askerlik görevini yaparken iki kişiyi öldürmesi ve bu sebeple Türkiye'de yargılanmasıyla ilgili olarak verilen;

"Maktuller Kıbrıs Türk Federe Devleti vatandaşı iseler, 5. maddenin son fıkrasına nazara işlenen eylemin işlendiği Kıbrıs Türk Federe Devleti yasalarında da ceza yaptırımına bağlı olması ve ayrıca hükmedilecek ceza süresinin hiçbir surette suçun işlendiği yer arasında gösterilen ceza süresinden fazla olmaması gerekmektedir."

şeklindeki karardır.³³

İkincisi ise, Norveç'te bir banka soygunun gerçekleştiren iki Türk vatandaşından birinin, Norveç'te yakalanarak yapılan yargılaması sonucunda bu ülke kanunlarına göre, neticede üç yıl hapis cezasına mahkum olmasına karşılık, diğerinin Türkiye'ye kaçması ve TCK'nın 5. maddesi hükmüne istinaden Türkiye'de yapılan yargılaması sonucunda TCK'nın 497. maddesi hükmü uyarınca netice olarak on iki yıl altı ay süreyle ağır hapis cezasına mahkum olması üzerine Yargıtay tarafından verilen;

"Yabancı memlekette yabancı aleyhine suç işleyen Türk'ün cezalandırılabilmesi için o fiilin işlediği mahalde cezayı müstelzim olması şarttır... Bir Türk yabancı memlekette bir yabancı aleyhine suç işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde Türk kanunlarına göre cezalandırılacaktır. Ancak;

1. Bu fiil yabancı memleket kanunlarında cezayı müstelzim değilse, sanık hakkında ceza tayin edilmeyecektir.

2. Sanık hakkında cezası hafif olan memleketin kanunu uygulanacaktır. Yani Türk mahkemeleri, bu gibi sanık hakkında yabancı memleket kanununda gösterilen cezadan fazla ceza hükmedemeyecektir."

şeklindeki karardır.³⁴

³¹ Erdener Yurtcan, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul 2004, s. 62.

³² bkz., yukarıda dñn. 13.

³³ YCGK. 10.5.1982 tarih ve 1-474/195 sayılı kararı. Bu kararın eleştirisi için bkz., Tezcan, s. 151 vd.

³⁴ Yargıtay 6. CD, 22.3.1983-102/1388, YKD, Mayıs 1983, s. 778 vd.

Yukarıda yazılı kararlar üzerine TCK'ya 10/a maddesi hükmünün eklenmesinden sonra verilen Yargıtay kararlarında da doktrinde ileri sürülen görüşler gibi tam bir yeknesaklık bulunmamaktadır.³⁵

Yargıtay, birçok kararında, yargılama yaparken Türk hakiminin Türk kanunlarını uygulayacağına işaret etmiş; ancak, Türk kanununa göre verilecek cezayı belirlerken, yabancı kanunda o suçla ilgili olarak öngörülen cezanın göz önünde bulundurulması gerektiğini de belirtmiştir.

Yargıtay 1. CD'nin 1996 yılında vermiş olduğu karara göre; *"TCK'ya 3756 sayılı Kanun'la eklenen 10/a maddesi gereğince, yurt dışında suç işleyip Türkiye'de yargılanan bir Türk'e, Türk kanunlarının uygulanacağı; ancak sonuç ceza yabancı kanunda bu suça verilebilecek cezadan fazla ise, ceza miktarı bakımından Türk kanunlarına göre verilen cezalardan indirim yapılması gerektiği göz önünde tutulmaksızın; sanığa, öldürdüğü her şahıs için Alman Ceza Kanunu ile temel ceza verilip, TCK'nın 59. maddesiyle indirim yapılması... bozmayı gerektirmiştir."*³⁶

Yargıtay 4. CD'nin 2000 yılında vermiş olduğu karara göre; *"TCK'nın 10/a maddesi gereğince yurt dışında suç işleyip Türkiye'de yargılanan bir Türk'e Türk yasalarının uygulanacağı, ancak, sonuç cezanın yabancı yasada bu suça verilebilecek cezadan fazla olması durumunda ceza miktarı bakımından Türk yasalarına göre verilen cezadan indirim yapılması gerektiği gözetilmeden, doğrudan doğruya Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Ceza Yasası'nın uygulanması yasaya aykırıdır."*

Yargıtay 1. CD'nin 1997 yılında vermiş olduğu karara göre de;

"1. TCY'nin 10/a maddesinin uygulanması gereken hallerde, egemen devlet olmanın gereği ve kaçınılmaz sonucu olarak, yabancı ülkede işlenen ve hukuka aykırılığı kabul edilen eyleme öncelikle Türk Ceza Yasası uygulanarak ceza miktarının tespit edilmesi, bundan sonra suçun işlendiği ülke ceza yasası ile Türk Ceza Yasası'ndan hangisi ceza miktarı yönünden sanık lehine sonuç verece ise o yasa göz önünde bulundurulması ve yabancı yasada tanımlanan suça, Türk yasalarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk yasasında bulunup yabancı ülke yasasındaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılması gerekirken; Alman Ceza Yasası'nın 211. maddesinde öngörülen temel ceza esas alınmak ve bu cezaya Türk Ceza Yasası'ndaki indirim maddeleri tatbik edilmek, böylece her iki ülke ceza yasaları karma şekilde uygulanmak suretiyle hüküm kurulması;

2. Maddi olayla ilgili soruşturma sonuçlarına uygun şekilde sübutu kabul, suç niteliği tayin, cezayı azaltıcı sebeplerin nitelik ve indirim oranları takdir edilerek

³⁵ Özgenç, s. 344.

³⁶ 22.5.1996 – 724/1873, YKD, Ekim 1997, s. 1620.

tespit edilen eylemde, TCY'nin 450/4, 62, 51/1, 59. maddelerinin uygulanması sonucu tayin edilmesi gereken ceza miktarının 12 yıl 6 ay ağır hapis cezası olduğu saptanan bu cezanın, Alman Ceza Yasası'nın 211 (nitelikli öldürme), 49 (genel indirim ve ceza süresi) ve 38. (ceza süresi) maddelerindeki düzenlemeler dikkate alınıp, TCY'nin 10/a maddesiyle birlikte yorumlandığında Alman Ceza Yasası'nda tanımlanan suçta Türk Ceza Yasası'nda bulunan en yakın ceza olduğu ve sanığa bu cezanın tayin edilmesinin mümkün olduğu gözetilmeden; hatalı yorum ve karma uygulama sonucu 9 yıl 4 ay 15 gün ağır hapse hükmedilerek eksik ceza tayini;

3. TCY'nin 31. maddesinin karşılığı olan Alman Ceza Yasası'nın 45. maddesinde kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının sınırlı olması ve bu düzenleme uyarınca kamu hizmetlerinden yasaklanma cezasının süresi tayin edilirken Alman Ceza ve Usul Yasaları uygulamasını bilen uzman kişilerden görüş alınmak, bu konuyu düzenleyen madde metinleri Türkçe'ye çevrilerek dosya içine konulmak ve TCY'nin 10/a maddesi de gözetilmek suretiyle kamu hizmetlerinden yasaklanmak cezasına hükmedilmek gerekirken; eksik inceleme sonucu karar verilmesi...

*bozmayı gerektirmiştir."*³⁷

Yargıtay'ın bu kararlarında Türk kanununa göre verilecek cezayı belirlerken, yabancı kanunda o suçlarla ilgili olarak öngörülen cezanın göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmiş olmasına karşılık, uygulamanın nasıl yapılacağı konusunda tam bir açıklık ve belirginlik bulunmamaktadır.³⁸

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi uyarınca yargılama yapılırken izlenmesi gereken yolla ilgili olarak Yargıtay'ın içtihatları dikkate alındığında; yabancı kanununun sadece göz önünde bulundurulmadığı, somut olayla ilgili bütün hükümlerinin dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Hatta, ceza mahkumiyetinin kanuni sonuçlarından olan belli hak yoksunlukları açısından da yabancı kanunun dikkate alınması gerekir.³⁹

Yargıtay 4. CD'nin, TCK'nın 10/a maddesinde yer alan ve esasında anlamsız ve belirsiz olan ifadelere belli bir anlam yüklemeye çalıştığı⁴⁰ 15.4.1998 tarihli ve 271/1066 sayılı kararına göre de;

³⁷ Yargıtay 1. CD, 5.11.1997-2385/3545, YKD, Şubat 1998, s. 264 vd.; Bu kararın (1) numaralı bendindeki bozma sebebi yapılan husus Yargıtay 1. CD'nin yerleşmiş içtihadı şeklindedir. Örnek olarak bkz., 1.6.2001 tarihli ve 346/2497; 6.7.2001 tarihli ve 3157/3152 sayılı kararları. Karar metinleri için bkz., Necati Meran, *Gereğeli-Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 108-109.

³⁸ Özgenç, s. 346.

³⁹ Özgenç, s. 346.

⁴⁰ Özgenç, s. 347.

⁴¹ YKD, Haziran 1998, s. 916 vd.

“Türk vatandaşı olan sanığın, 13.7.1995 tarihinde, Alman uyruklu olup resmi nikahlı eşi bulunan Kerstin’i başka şahıslarla gayri ahlaki ilişki kurması ve müptelası olduğu uyuşturucu madde alışkanlığını sürdürmesi nedeniyle ağır tahrik altında Batı Almanya’nın Menden Kenti’nde boğarak öldürdüğü ve kaçtığı Türkiye’de yargılandığı anlaşılmakla;

Hakkında ceza hükmü tesis olunurken, olaya uygun bulunan TCY’nin 449/1, 51/2, maddeleri mucibince belirlenecek ceza ile Alman Ceza Yasası’nın bu hallerde uygulanması mümkün olan 213. maddesinin karşılaştırılması, Alman Ceza Yasası’nın 213. maddesi ile öngörülen ‘altı ay ile beş yıl arası hapsin’ lehte olması nedeniyle TCY’nin 10/a hükmü karşısında lehteki yasanın Alman Ceza Yasası olduğu sonucuna varılması ancak hükmün TCY’nin 449/1 ve 10/a maddelerine göre verilmesi zorunluluğu olduğundan, lehteki yasada öngörülen ve TCY’deki cezaya en yakın olan ‘beş yılın’ benimsenmesi ile sanığın beş yıl ağır hapse hükümlendirilmesi gerekirken ağır tahrik altındaki öldürme fiillerine uygulanması mümkün bulunmayan 211. maddenin TCY’nin 449, 51/2. maddelerinden ağır olduğu gerekçesiyle dayanılarak, yazılı biçimde sanığa fazla ceza tayini yasaya aykırı”dır.⁴¹

Yargıtay 4. CD’nin yukarıda yazılı kararına göre, 10/a maddesinde yazılı “yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın olan ceza tespit edilerek uygulama yapılır.” hükmü somut olayda “Alman Ceza Yasası’nın 213. maddesi ile öngörülen ‘altı ay ile beş yıl arası hapis’ lehte olması nedeniyle TCK’nın 10/a hükmü karşısında lehteki yasanın Alman Ceza Yasası olduğu sonucuna varılması ancak hükmün TCK’nın 449/1 ve 10/a maddelerine göre verilmesi zorunluluğu olduğundan, lehteki yasada öngörülen ve TCK’ndaki cezaya en yakın olan ‘beş yılın’ benimsenmesi ile sanığın beş yıl ağır hapse hükümlendirilmesi gerekir.” şeklinde uygulanmalıdır.⁴²

Özgenç’e göre; “aslında Yargıtay, bu olayda yabancı kanunda belirlenen soyut temel cezayı sadece göz önünde bulundurmaktadır.

‘Sanık A’nın fiilinin, kastettiği hürriyeti sınırlama suçunu öldürülenden gelen tepki ve ilişkiyi sürdüreceğine yönelik sözler sonucu işleyememekten duyduğu infial ile öldürmek suçunu oluşturduğu ve bu suçun TCK’nın 450/8. madde ve fıkrası içinde değerlendirilmek suretiyle, TCK’nın 10/a maddesindeki düzenleme uyarınca bu fiilin Alman Ceza Yasası’nın 211 ve 49. maddeleri içinde mütalaa edilerek bu maddelerde öngörülen cezalardan TCK’nın 450/8, 51/1, 59. maddelerinin uygulanmasıyla bulunacak sonuç cezaya miktar itibarıyla sanık lehine olan en yakın cezanın tayin edilmesi gerekirken suç vasfından yapılan hata sonucu yazılı

⁴² Özgenç, s. 347.

şekilde eksik ceza verilmesi (ve ayrıca;) TCK'nın 31. maddesiyle ilgili uygulama yapılırken TCK'nın 10/a maddesi uyarınca Alman Ceza Yasası yönünden her hangi bir araştırma yapılmadan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.'

Yargıtay, bu kararında 10/a maddenin uygulanmasında failin lehine olanı tespit zmnında Türk kanunu ile yabancı kanun arasında mukayese yaparken, yabancı kanunda belirlenen soyut ceza ile Türk kanununun somut olaya uygulanması sonucu ortaya çıkan somut cezayı göz önünde bulundurmaktadır."⁴³

Fransa'da meydana gelen adam öldürme suçunun failinin Türkiye'ye kaçması, yokluğunda Fransa'da yapılan yargılama neticesinde "tasarlayarak adam öldürmek" suçundan müebbet ağır hapis cezasına karar verilmesi; Türkiye'de yapılan yargılama sonunda da suçunun sabit görülerek TCK'nın 450/7. maddesi uyarınca idamına, hakkında TCK'nın 59. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına, suç Fransa'da işlendiğinden TCK'nın 10/a maddesi gereğince suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecekse o kanun göz önünde bulundurulacağından Fransız Ceza Kanunu'nun 221-3. maddesi dikkate alınarak sanığın müebbet ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına, TCK'nın 31, 33 ve 40. maddelerinin uygulanmasına karar verilmesi ve bu kararın temyiz edilmesi üzerine özel dairece diğer temyiz itirazlarının reddine karar verilmiş ancak bidayet mahkemesinin kararı, "TCY'nin 31.maddesi ile uygulama yapılırken aynı yasanın 10/a maddesi uyarınca Fransız Ceza Yasası'nda kamu hizmetlerinden yasaklanma veya buna en yakın fer'i cezaya ilişkin yasa metninin araştırılıp, Türk ve Fransız Yasaları'nın karşılaştırılmaları sonucu sanık lehine sonuç verecek yasanın nazara alınması gerektiğinin gözetilmemesi" gerekçesiyle bozulmuştur. Bu karara karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı üzerine YCGK'ca verilen karara göre;

"... Türkiye zararına işlenmiş suçlar dışında kalan bir suçun işlendiği ülke yasaları ile Türk yasalarından hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç doğuracaksa o yasa göz önünde bulundurulacak ve yasalardaki birbirine en yakın olan cezalar saptanarak uygulama yapılacaktır. Buna göre, TCY'nin 10/a maddesinin uygulanabilmesi için;

- a. Failin Türk veya yabancı olması,
- b. Suçun yabancı ülkede işlenmesi,
- c. Failin Türkiye'de yargılanıyor olması,
- d. Suçun; Türkiye zararına işlenen suçlardan olmaması,

⁴³ Özgenç, s. 347.

e. Suçun işlendiği ülke kanununun Türkiye'nin kamu düzenine veya uluslararası yükümlülüklerine aykırı olmaması, gerekir.

TCY'nin 10/a maddesi ile uygulama yapılırken yabancı ülke yasası göz önüne alınacak fakat doğrudan doğruya uygulanmayacaktır. Doğrudan uygulama, ülkenin hükümlerlik haklarından vazgeçme sonucunu doğuracaktır. Oysa hakim, ulusal hukuka göre uygulama yapacak, Türk ve suçun işlendiği yabancı ülke yasalarını karşılaştıracak, ağırlatıcı ve hafifletici nedenleri nazara alarak belirlediği lehe olan yasaya göre sonuç cezayı tayin edecektir.

Somut olayda, TCY'nin 450/7. maddesinde yer alan idam cezası yerine, suçun işlendiği Fransız Ceza Yasası ve mahkeme kararı nazara alınarak müebbet ağır hapis cezasına hükmolunmuştur. Ölüm cezasının müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülmesiyle sanık yararına olan en lehe uygulama yapılmıştır. Artık fer'i ceza niteliğinde görülse bile, kamu hizmetlerinden yasaklama hakkında Fransız Yasaları'nda ne gibi bir hüküm bulunduğu araştırılmasına ve uygulanmasına gerek yoktur.

Öte yandan, TCY'nin 31. maddesi 'Ceza Mahkumiyetlerinin Neticeleri ve Taziri İcraları' başlıklı 3. babta yer almaktadır. Bu maddeye göre, kamu hizmetlerinden yasaklama cezası, bazı maddelerde yer aldığı üzere tamamlayıcı ceza olmayıp, ceza mahkumiyetinin sonucudur. Ceza mahkumiyetinin sonucu olması nedeniyle de, ülkemizde hükmolunacak cezanın doğal sonucu olarak uygulanacaktır. Bu itibarla, Fransız Ceza Yasaları'nda böyle bir cezanın olup olmaması veya süresi sonuca etkili olmayıp araştırılmasına gerek yoktur. Türkiye'de hükmolunan sonuç cezaya bağlı olarak TCY'nin 31 ve 33. maddeleri uygulanacaktır. Nitekim yerel mahkemeye TCY'nin 33. maddesi de uygulanmış ve bu yönde bir bozmada yapılmamıştır.

Ayrıca Ceza Yasası'nın 10/a maddesinin son cümlesi uyarınca; 'suçun işlendiği ülke kanunu Türkiye'nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmeyecektir.' Kamu hizmetlerinden yasaklama cezası, niteliği itibarıyla kamu düzeni ile ilgilidir. TCY'nin 31.maddesinin uygulanmaması kamu düzenine aykırı olup, ayrıca mahkumlar arasında eşitsizliğe neden olacaktır. Bu nedenle de, Fransa hukukunda kamu görevlerinden yasaklama ile ilgili bir hüküm bulunup bulunmadığının araştırılmasına gerek yoktur.

Kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının, ne gibi cezalar içerdiği konusunda da tam bir görüş birliği mevcut değildir. Fransız Yasaları'nda mevcut olduğu takdirde kamu hizmetlerinden yasaklama cezasının kapsamının dar veya geniş olması, Türkiye'deki yasaklarla birlikte Türkiye'de yer almayan yasaklamaların yer alması ve süresinin daha kısa olması halinde diğer bir anlatımla TCY'nin 20 ve 31.

maddelerine göre kapsamının daha dar fakat süresinin daha uzun ya da kapsamının geniş ama süresinin kısa olması halinde, lehe olan hükmün belirlenmesi zorluklar arz edebileceği gibi, kamu düzeni ile ilgili olan bazı kısıtlamaların uygulanamaması gibi bir takım sonuçların doğmasına da neden olunabilecektir.

Ceza Yasası'nın 8. maddesinde yer alan 'ecnebi mahkemeden verilen ve Türk kanunlarına muvafık bulunan hüküm Türk kanununca da gerek asli ve gerek fer'i olarak hidematı ammeden memnuiyeti veya sair güna iskatı ehliyeti mucip bir cezayı mutazammun olduğu takdirde, müddeiumuminin talebi üzerine ecnebi memlekette hükmolunan mahrumiyet ve iskatı ehliyet cezaları netayicinin Türkiye'de dahi cari olacağına mahkeme karar verebilir.' hükmü kamu hizmetlerinden yasaklamanın fer'i ceza olarak kabul edildiği hallerde uygulanacaktır. Kamu hizmetlerinden yasaklamanın ceza mahkumiyetinin sonucu olduğu hallerde 8. madde ile uygulama yapılamayacaktır.

*Yukarıda ayrıntılarıyla açıklandığı üzere sanık hakkında TCY'nin 31. maddesinin uygulanması usul ve yasaya uygun olup Yerel Mahkeme kararının onanması gerekirken özel dairece bozulması isabetsizdir."*⁴⁴

Yargıtay CGK'nın özel dairenin bozma kararının isabetsiz olduğuna ilişkin hükmünden de anlaşılabacağı üzere; yukarıda yazılı Yargıtay 1. CD'nin yine TCK'nın 450. maddesi uyarınca vermiş olduğu cezanın bir sonucu olan 31. maddenin uygulanmasıyla ilgili içtihadı Yargıtay CGK'nın bu içtihadıyla uyumlu bulunmamaktadır.

Yargıtay 1. CD, 15.4.2004 tarihli kararında, TCK'nın 31. maddesiyle ilgili olarak CGK'nın yukarıda yazılı içtihadına uygun bir biçimde vermiş olduğu kararı ise şu şekildedir: *"Yasal şartları olduğu takdirde TCK'nın 31. maddesinin uygulanması içtihatlarla göre 'kamu düzeni ile ilgili' kabul edildiğinden, tebliğ namedeki bu yöne ilişkin bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir."*⁴⁵

3.3. 10/a Maddesiyle İlgili Değerlendirme

765 sayılı TCK'nın 10/a maddesi hükmü karmaşık bir şekilde dizayn edilmiştir. Bu husus, söz konusu maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında da ifade edilmiştir.⁴⁶ Bu nedenle, maddenin nasıl

⁴⁴ 25.5.1999-1/62-130; YKD, Eylül 1999, s. 1278 vd.

⁴⁵ E: 2004/310, K: 2004/1373.

⁴⁶ Maddenin TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında madde hakkında söz isteyen Çorum Milletvekili Cemal Şahin; "...Ceza Kanunu'na eklenmek istenen 10/a maddesi, çeşitli bakımlardan kabule şayan görülmemektedir. Bir kere, madde, çok kötü bir şekilde kaleme alınmıştır. Dolayısıyla, bazı paragrafları itibariyle ne anlama geldiğini ortaya koymak da mümkün olamamaktadır.

anlaşıp uygulanması gerektiği konusunda doktrinde ve Yargıtay'da tam bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 10/a maddesi hükmü, “*Türkiye zararına işlenmiş suçlar*” hakkında uygulanmayacaktır. Bunun uygulanması konusunda da doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır. Dönmezer - Erman’a göre, maddede geçen “*Türkiye zararına işlenmiş suçlar*” ibaresi dar bir biçimde yorumlanmamalıdır.⁴⁷

Erem ise, TCK’nın 5. maddesinde yabancı bir ülkede bir Türk tarafından işlenen suçun öngörüldüğünü, bu suçun maktul veya mağdurunun Türk

Ayrıca, bu hüküm, yabancı ülkede suç işleyip de Türkiye’de yargılanan kimselere; esas itibarıyla, ülkesinde suç işlenen devletin ceza kanununun uygulanması sonucunu da doğurmaktadır. Oysa, yabancı ceza kanunlarının ülkede uygulanmasının kabulü, devletin hükümlerlik haklarının ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim, ceza normları, devletin hükümlerliğinin en önemli tezahürlerinden biridir. Öte yandan, böyle bir hükmün kabulü, uygulamayı üstesinden gelemeyeceği güçlüklerle de karşı karşıya bırakacaktır.

Bir kere, dünyanın herhangi bir ülkesinde işlenen ve Türkiye’de yargılanmakta olan suçun, işlendiği ülkenin ceza kanunlarını elde etmek, bir hakim için her zaman mümkün olmamaktadır. Ayrıca, ilgili ceza kanunları elde edilse bile, somut suça, bu kanunlara göre verilecek cezayı belirlemek çok defa mümkün olmamaktadır. Nitekim, somut bir suç için hükmedilecek cezayı belirlerken, sadece o suç için öngörülen, maddede yazılı cezaları nazara almak yetmez. Bunun yanı sıra, suça etki eden nedenlerin ve suça etki etmemekle birlikte, cezanın azaltılması veya artırılması sonucunu doğuran diğer subjektif nedenlerin de göz önünde bulundurulması gerekirdi.

Bütün bunlar, Türk hakiminin, o devletin ceza hukuku sistemini tümü ile bilmesini de gerekli kılmaktadır. Bu, küçümsemeyecek bir güçlüktür. Hele, sosyal acıklılığın son derece arttığı günümüzde, Türk hakiminin, daha önce adını dahi duymadığı bir devletin ülkesinde işlenen suçları da yargılamak durumunda kalabileceği düşünülürse, söz konusu güçlüğü ne kadar aşılmaz olduğu kolayca anlaşılır. Kaldı ki, halen, bazı ceza kanunlarında, suçların cezaları sadece tür olarak belirtilmiştir; örneğin, hapis cezası, ağır para cezası gibi. Buna karşılık, herhangi bir miktar belirlenmemiştir. Dolayısıyla, hakim, o ceza türünün temel sınırları içerisinde kalmak şartıyla, herhangi bir miktara hükmedebilmektedir. Bu gibi durumlarda, Türk hakimi, yabancı ceza kanununun o suç için öngördüğü cezayı nasıl belirleyecektir? Bu husus yasa hükmünde belli değildir, açık değildir, somut değildir.

Ceza kanunlarımızdaki cezaların ağır olması nedeniyle, yabancı ülkelerde işlenen suçlara daha hafif cezalar verildiği bilinmektedir. Eğer, bu böyle ise, daha uygulanabilir bir yol izlemek gerekirdi; örneğin, suçun yabancı ülkede işlenmiş olması durumunda, Türk kanunlarında öngörülen cezanın uygun görülecek bir oranda indirilebileceğini kabul etmek, daha doğru yol olacaktı. Oysa, yukarıda arz ettiğim tüm bilgiler ve noksanlıklar yasa kapsamında yer almadığı için, bu maddenin sakıncalarını belirtiyor...”

Şeklinde konuşmuştur. Madde hakkında TBMM Genel Kurulu’nda başkaca herhangi bir konuşma yapılmamıştır. *TBMM Tutanak Dergisi*, B. 123, 29-5-1991, O. 2, s. 301-302.

⁴⁷ Dönmezer - Erman, C. III, s. 380.

veya yabancı olması arasında fark görülmediğini; böyle bir halde yabancı ülkenin kanununun daha hafif olan cezasının maktul veya mağdurun Türk olması durumunda uygulanmasının kabul edilemeyeceğini; eğer Türk tarafından bir Türk zararına suç işlenmiş olursa bu halin kabulünün haklı gözükemeyeceğini; maddede yer alan “Türkiye zararına işlenmiş suçlar” ibaresine Türkiye ve Türk aleyhine işlenen suçların hariç olduğu anlamı verilecek olursa, hatanın düzeltilmesinin mümkün olabileceğini, fakat “Türkiye zararına” deyimine “Türk zararı”nın dahil olduğunun kabulünün çok güç olduğunu ifade etmektedir.⁴⁸

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre, “Türkiye zararına işlenmiş suçlar” ifadesinden, “Türkiye Devleti’nin güvenliğine karşı işlenen suçlar ile, Türkiye’nin elçilik ve konsolosluk binalarının, bu binalarda bulunan malvarlıklarının, KİT niteliğini haiz olan mesela Ziraat Bankası AŞ’nin, Türk Hava Yolları AO’nun yurt dışındaki şube veya bürolarının zarar görmesini sonuçlayan suçlar anlaşılmalıdır. Keza, Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da kanaatimizce TCK’nın 10/a maddesinin uygulama kabiliyeti olmaması gerekir. Ancak, yurt dışında işlenmiş ve mağduru Türk vatandaşı olan suçların bu istisna kapsamında mütalaa edilemeyeceği düşüncesindeyiz. Başka bir deyişle, yabancı kanunun göz önünde bulundurulabilmesi için, yurt dışında işlenen suçun mağdurunun vatandaş veya yabancı olmasının bir önemi bulunmamaktadır.”⁴⁹

10/a maddesi hükmü faili Türk veya yabancı olsun, yabancı ülkede işlenen bir suç dolayısıyla ülkemizde yargılama yapılması imkanının bulunduğu hallerde uygulanacaktır. Ancak, belirtmek gerekir ki, Türk hakimi, davada mutlaka Türk kanunlarını uygulayacaktır. Doğrudan doğruya yabancı kanunun uygulanması mümkün değildir. Bu itibarla, 10/a maddesi hükmü, ceza yargılamasında yabancı kanunun uygulanmasını emreden bir hüküm değil, Türk hukukuna göre yapılan yargılamada yabancı kanunun göz önünde bulundurulmasını amir bir hüküm niteliğindedir. Sonuç olarak, Türk hakimi, yargılama yaparken fail hakkında Türk kanunları uyarınca hüküm verecek ve belirlediği ceza açısından yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezayı azami sınır kabul edecektir.

Yine yurt dışında işlenmiş olan suçtan dolayı yabancı bir mahkeme tarafından hüküm verilmiş olması, TCK’nın 10/a maddesi gereğince Tür-

⁴⁸ Erem, C. 1, s. 130-131.

⁴⁹ Özgenç, s. 349.

kiye’de yeniden yargılama yapılmasına engel teşkil etmemelidir.⁵⁰ Yabancı mahkeme tarafından verilmiş olan hükmün, Türkiye ile suçun işlendiği ülke arasında non bis in idem kuralına geçerlilik tanıyan bir anlaşma veya genel olarak bir kanun hükmü bulunması hariç olmak üzere, mahkumiyet veya beraat kararı olmasının sonuca etkisi bulunmamaktadır.⁵¹ Bu sebeple, Dönmezer-Erman’ın ve Yenisey’in bunun aksi yöndeki görüşlerine katılmıyoruz.⁵² Zira, 10/a maddesindeki düzenlemede esas alınan, yabancı mahkemenin verdiği hüküm değil, yabancı kanunda o suç için öngörülmüş olan soyut cezadır. Buna bağlı olarak, TCK’nın 7. maddesi hükmünün zımnen ilga edildiği yönündeki görüşe⁵³ de katılmak mümkün değildir.⁵⁴

4. 5237 SAYILI YENİ TÜRK CEZA KANUNU’NUN 19. MADDESİ

4.1. Genel Olarak

Yürürlüğe ilişkin 344. maddesi hükmü uyarınca, 5237 sayılı yeni TCK’nın, “*İmar kirliliğine neden olma*” başlıklı 184. maddesi yayımı tarihi olan 12 Ekim 2004 tarihinde yürürlüğe girmişse de “*Çevrenin kasten kirlenmesi*” başlıklı 181. maddesinin birinci fıkrası ile “*Çevrenin taksirle kirlenmesi*” başlıklı 182. maddesinin birinci fıkrası yayımı tarihinden iki yıl sonra; diğer hükümleri ise 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Söz konusu Kanun’un;

a. 8. maddesinde; Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunlarının uygulanacağı,

b. 9. maddesinde; Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin Türkiye’de yeniden yargılanacağı,

c. 10. maddesinde; yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimsenin, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkumiyet hükmü verilmiş bulunsa bile, Türkiye’de yeniden yargılanacağı,

d. 11. maddesinde; bir Türk vatandaşının, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis ce-

⁵⁰ Yukarıda yazılı Yargıtay CGK kararı da bu yöndedir. Bkz., dph. 44.

⁵¹ Özgenç, 349-350.

⁵² Dönmezer - Erman, C. III, s. 381, Yenisey, s. 47.

⁵³ Dönmezer - Erman, C. III, s. 381, Yenisey, s. 47.

⁵⁴ Özgenç, s. 350.

zasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlemesi ve kendisinin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşuluyla Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı, suçun, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektirdiğinde yargılama yapılmasının zarar görenin veya yabancı hükümetin şikayetine bağlı olduğu, bu durumda şikayetin, vatandaşın Türkiye’ye girdiği tarihten itibaren altı ay içinde yapılması gerektiği,

e. 12. maddesinde, bir yabancının, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye’nin zararına işlemesi ve kendisinin Türkiye’de bulunması halinde, Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı, yargılama yapılmasının adalet bakanının istemine bağlı olduğu, bu kapsamdaki bir suçun bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi ve failin Türkiye’de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşuluyla suçtan zarar görenin şikayeti üzerine failin, Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı; mağdur yabancı ise, belli koşulların varlığı halinde failin, adalet bakanının istemi ile yargılanacağı; bu kapsama giren suçtan dolayı yabancı mahkemece mahkum edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında adalet bakanının istemi üzerine Türkiye’de yeniden yargılama yapılacağı,

f. 13. maddesinde; maddede sayılan suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde, Türk kanunlarının uygulanacağı,

g. 17. maddesinde; önceki maddelerde açıklanan hallerde mahkemenin, yabancı mahkemelerden verilen ve Türk hukuk düzenine aykırı düşmeyen hükmün, Türk kanunlarına göre bir haktan yoksunluğu gerektirmesi halinde, Cumhuriyet Savcısı’nın istemi üzerine Türk kanunlarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar vereceği;

Öngörüldükten sonra, 19. maddede, “Yabancı Kanunun Göz Önünde Bulundurulması” başlığı altında;

“1. Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye’de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.

2. Ancak suçun;

a. Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,

b. Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak,

işlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

hükmüne yer verilmiştir.

4.2. 19. Madde Hükümünün Değerlendirilmesi

Söz konusu hüküm yeni kanunlaşmış olup, TBMM’de kanunlaşma sürecinde bu maddeyle ilgili olarak Adalet Komisyonu’nda ve Genel Kurul’da herhangi bir görüşme yapılmamıştır.⁵⁵ Bu itibarla öncelikle maddenin gerekçesine bakılması gerekmektedir. Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

“Türk hakimi, yargılamak durumunda olduğu somut olayla ilgili olarak ancak Türk kanunlarını uygulamak görev ve yetkisine sahiptir. Bu nedenle, yabancı kanunun doğrudan doğruya yurt içinde uygulanması kabul edilemez. Aksi görüş, devletin hakimiyet ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasaya aykırı olduğu gibi, uygulamada da pek çok güçlüğü ve hatta imkansızlığa sebep olur. Çünkü, yabancı ceza kanununun uygulanması, hem fiilin suç olarak tespitinde ve cezanın tayininde yabancı kanunun ölçü olarak alınması anlamına gelmektedir. Türk hakiminin yabancı kanunu bu şekilde uygulama yükümlülüğü, yukarıda da değinildiği üzere, egemenlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, böyle bir yükümlülüğün tam anlamıyla yerine getirilebilmesi de olanaklı değildir. Buna karşılık, adalet ilkesi gereğince yabancı kanunun göz önünde tutulması mümkündür. Nitekim madde metninde yabancı kanunun göz önünde bulundurulması hususunda bir hükme yer verilmiştir.

Bu düzenlemeyle öngörülen uygulama şöyle olacaktır: Türk hakimi yargılamakta olduğu olayla ilgili olarak fail hakkında önce Türk kanunlarına göre bir ceza belirleyecektir. Ancak, Türk kanununun uygulanması suretiyle belirlenen somut cezaya yabancı kanunun göz önünde bulundurulması suretiyle bir sınırlama getirilmektedir. Buna göre, Türk kanunlarının uygulanması sonucunda belirlenen ceza açısından, yabancı kanunda yargılama konusu suçla ilgili olarak öngörülen soyut cezanın azami ölçü olarak alınması gerekir.

Ancak, işaret etmek gerekir ki; Türk hakimi, yurt dışında Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenen suçlarda münhasıran Türk kanunlarını uygulamak suretiyle hüküm tesis edecek, yani suçun işlendiği

⁵⁵ Niyazi Güney - Kenan Özdemir - Yusuf Solmaz Balo, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 102, 1042.

ülke kanununu göz önünde bulundurmamalıdır. Aynı şekilde, Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı da ceza belirlenirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmamalıdır.”⁵⁶

19. madde gerekçesiyle birlikte değerlendirildiğinde aşağıdaki sonuçlara ulaşmak mümkündür:

a. Türk hakimi, yargılama yaparken somut olayda sadece Türk kanunlarını uygulayacaktır. Bunun aksini düşünmek ve savunmak, Anayasa’ya aykırı olduğu gibi devletin hakimiyeti ilkesiyle de bağdaşmaz. Kaldı ki, bunun aksini düşünmek büyük güçlükleri de yanında getirir.

b. Türk hakimi, yargılama sonucunda somut olayda önce Türk kanunlarını uygulamak suretiyle bir ceza belirleyecek, daha sonra yargılamaya konu suçla ilgili olarak yabancı kanundaki düzenlemeye sadece cezanın üst sınırı açısından bakacak ve yabancı ceza kanununda öngörülen üst sınırın üstünde bir cezaya hükmedemeyecektir.

c. Bu hüküm;

aa. Yurt dışında Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak ya da Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak işlenen suçlarda,

bb. Türkiye Devleti tarafından görevli olarak yurt dışına gönderilen kişilerin bu görevleri dolayısıyla, bu görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlarda uygulanmayacaktır. Başka bir ifadeyle, bu iki halde yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır.

d. Bu hüküm Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlarda uygulanabilecektir. Türkiye’nin egemenlik alanı belirlenirken bakılacak maddede ise “Yer Bakımından Uygulama” kenar başlıklı 8. maddedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre; fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de;

“Suç;

a. Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,

b. Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,

⁵⁶ S. Sayısı: 664, s. 420, 422.

c. Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

d. Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı,

İşlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır."⁵⁷

Bu hüküm yabancı kanunun uygulanmasında yeni bir anlayış getirmiştir. Yurtcan, bu maddeyle ilgili yorumunda; yeni düzenlemede yabancı kanunun doğrudan uygulanmasının söz konusu olmadığını, fakat verilecek olan hükümde yabancı kanunun dikkate alınmasının öngörüldüğünü; bu dikkate almanın, suçun işlendiği ülkenin kanununda öngörülen cezanın üst sınırın aşılmaması şeklinde gerçekleşeceğini, yabancı ülkenin öngördüğü cezanın bir üst sınır oluşturacağını; maddenin bu içeriği ile, yabancı hukukun bir çeşit uygulanması anlamını taşıdığını belirterek, gerekçede konuyla ilgili ifadelerin gerçeği yansıtmadığı görüşünderse de,⁵⁸ gerekçede yer alan ifadelerin doğru olduğu kanaatindeyiz.

Maddeyle ulaşılmak istenilen amaçlardan en önemlisi, yabancı ülkelerde işlenen suçların birden çok failinin olması, başka bir ifadeyle suçun

⁵⁷ Söz konusu 8. maddenin gerekçesi; "Mülkilik ilkesinden ve ceza kanunlarının milli egemenliğin bir sonucu oldukları kuralından hareketle, Türkiye'de işlenen suçlar hakkında sanığın ve mağdurun uyrukluğuna bakılmaksızın Türk kanunlarının uygulanacağı maddede açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca Türk kanunlarının uygulanması bakımından Türk ülkesinin anlamı açıklanmış ve Türk kara ve hava sahaları ile karasularında işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacakları belirtilmiştir. Karasularının anlamı buna ilişkin kanuna göre belirlenecektir.

Bundan başka açık denizlerde ve bu denizlerin üzerindeki hava sahasında her çeşit Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen suçlarla, askeri deniz ve hava araçlarına özgü olmak kaydıyla, yabancı karasularında veya hava sahalarında işlenen suçların Türkiye'de işlenmiş sayılacakları maddede belirtilmiştir.

1 ila 10 Mart 1988 tarihlerinde Roma'da toplanan "Denizde Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi Hususundaki Konferans" sonunda ülkemizin "Deniz Seyrüsefer Güvenliğine Karşı İşlenen Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesi" ve "Kıta Sahanlığındaki Sabit Platformların Güvenliğine Karşı İşlenen Kanuna Aykırı Eylemlerin Önlenmesi" ne ilişkin protokolü imzalamış bulunması nedeniyle Türkiye'nin kıta sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı işlenen suçların da Türk ülkesinde işlenmiş suç sayılacağına dair olan (d) bendi kaleme alınmıştır.

Hükümet Tasarısı'ndaki ilgili maddenin, "Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır." şeklindeki üçüncü fıkrası hükmü metinden çıkarılmıştır. Anayasa hükümleri karşısında, uluslararası sözleşmelerin kapsamına giren olaylar açısından uygulama alanı bulacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle, temel bir kanun olan ceza kanununda bu konuda bir hükme yer verilmesi gereksiz görülmüştür."

şeklinde dir. S. Sayısı: 664, s. 410, 412.

⁵⁸ Yurtcan, s. 62.

iştirak halinde işlenmesi durumunda adaleti sağlamaktır. Bu şekilde işlenen suçlarda, faillerden kimilerinin yabancı ülkede yargılanması, kimilerinin ise Türkiye’de yargılanması durumunda, Türk kanunlarında öngörülen cezaların yabancı ülke kanunundakinden fazla olması durumunda, yabancı ülke kanunundaki cezadan daha fazla cezaya hükmetmeyi önlemektir.⁵⁹

Öte yandan, yeni TCK’nın 19. maddesinde 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin son cümlesindeki *“Ancak, suçun işlendiği ülke kanunu, Türkiye’nin kamu düzenine veya milletlerarası yükümlerine aykırı ise bu ülke kanununa itibar edilmez.”* hükmüne yer verilmemiştir. Maddenin gerekçesinde de bu konuda herhangi bir açıklık yer almamaktadır. Kanaatimizce, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesindeki söz konusu hüküm malumu ilan etme niteliğindedir. Böyle bir hüküm olmasa dahi, Türk hakimi, Türkiye’nin kamu düzenine ve milletlerarası yükümlülüklerine aykırı yabancı kanun hükümlerine itibar etmeyecektir. Bu itibarla, haşiv niteliğinde olan söz konusu hükme yer verilmemesi bir eksiklik oluşturmamaktadır.

Yabancı kanunun göz önünde bulundurulması konusunda, 1 Nisan 2005 tarihinden önce işlenen suçlar bakımından, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin mi yoksa 5237 sayılı TCK’nın 19. maddesinin mi lehe kanun olduğu sorusu ve sorunu gündeme gelebilir.

Söz konusu iki hükmü sadece lafzı itibarıyla değerlendirdiğimizde, 5237 sayılı yeni TCK’nın 19. maddesinde yabancı kanunun sadece cezasının üst sınırının dikkate alınmasına karşılık, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinde böyle bir sınır getirilmeksizin, *“suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise... uygulama yapılır.”* denildiği için, 765 sayılı TCK’nın hükmünün diğerine göre lehe olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu itibarla, 5237 sayılı Kanunun 19. maddesinin yürürlüğe gireceği 1 Nisan 2005 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesi hükmünün uygulanmasına devam edileceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Yeni TCK’nın 19. maddesi, 765 sayılı TCK’nın 10/a maddesinin yürürlüğe girdiği 1991 yılından bu yana uygulamada ve doktrinde yaşanan farklı görüşlerin sebebini oluşturan karmaşık düzenlemeyi basitleştirmiş ve kolay uygulanabilir bir hüküm getirmiştir.

⁵⁹ Meran, s. 106.

Bu düzenleme karşısında Türk hakimi, yabancı kanunun uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, yabancı kanunun sadece cezasının üst sınırına bakacak ve bu sınırı aşmayacak şekilde karar verecektir. Artık Türk hakimi, 765 sayılı TCK'nın 10/a maddesinde yazılı olduğu gibi, “suçun işlendiği ülke kanunu ile Türk kanunundan hangisi uygulamada sanığın lehine sonuç verecek ise, o kanun göz önünde bulundurulmak ve yabancı kanunda tanımlanan suça, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza veya Türk kanununda bulunup yabancı ülke kanunundaki cezaya en yakın ceza tespit edilerek uygulama” yapmak gibi karmaşık işlemlerle uğraşmayacaktır.

Sonuç olarak, maddede, yabancı ceza kanunun uygulanması öngörülmemiş; adaleti sağlamak adına, sadece Türk kanunun uygulanmasında yabancı kanunun gözetilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.⁶⁰

KAYNAKLAR

- Dönmezer, Sulhi - Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Beta Basım Yayın Dağıtım AŞ, Yeniden Gözden Geçirilmiş On İkinci Bası, İstanbul 1997, C. III.
- Erem, Faruk, *Türk Ceza Kanunu Şerhi, Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1993, C. 1.
- Erem, Faruk - Danışman, Ahmet - Artuk, Mehmet Emin, Seçkin Yayınevi, Tümüyle Gözden Geçirilmiş On Dördüncü Baskı, Ankara 1997.
- Güney, Niyazi - Özdemir, Kenan - Balo, Yusuf Solmaz, *Yeni Türk Ceza Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara 2004.
- İçel, Kayıhan - Donay, Süheyl, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, 3. Bası, İstanbul 1999, 1. Kitap.
- Meran, Necati, *Gerekçeli - Karşılaştırmalı 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2004.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, Beta Yayınevi, İstanbul 1991, 1. Bası, C. 1.
- Özgenç, İzzet, “‘Non Bis In Idem’ Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK'nın 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme”, *YD*, Temmuz 2002.

⁶⁰ Meran, s. 106.

Tezcan, Durmuş, “Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. XXXIX, Y. 1984, S. 1-4.

Yenisey, Feridun, “Milletlerarası Ceza Hukukunda Yeni Gelişmeler”, *Ceza Hukuku Günleri*, İstanbul 1998.

Yurtcan, Erdener, *Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu*, Kazancı Kitap Ticaret AŞ, İstanbul 2004.

S. Sayısı: 513, Dönem: 18, Yasama Yılı: 4.

S. Sayısı: 664, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2.

TBMM Tutanak Dergisi, B: 123, 29-5-1991, O: 2.

Türk Ceza Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Alternatif Öneriler, Hukukçular Derneği Yayını, İstanbul 2003, 3. Baskı.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1989.

Türk Ceza Kanunu Öntasarısı (1997), Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Özel Seri: 3.

Yargıtay Kararları Dergisi