

TÜRK VE ALMAN CEZA HUKUKUNDA YABANCI DEVLETLERE KARŞI İŞLENEN SUÇLAR

Yrd. Doç. Dr. Uğur ERSOY*

Öz: *Türk Ceza Kanunu'nun “Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar” başlığı altında 340 ila 343. maddelerinde düzenlenmiş suç tipleriyle, Alman Ceza Kanunu'nun “Yabancı Devletlere Karşı Suçlar” başlığı altında 102 ila 104a maddelerinde düzenlenmiş suç tiplerinin büyük bir benzerlik taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle çalışmada hem Türk hem Alman ceza hukukunda benzer şekilde kaleme alınmış suç tipleri birlikte ele alınacak, benzerlik gösterdiği ve ayrıştığı noktalar üzerinde durulacaktır. Bu yapılırken gerek doktrinde savunulan görüşlerden gerek mahkeme kararlarından istifade edilmesi planlanmaktadır. Varılan sonuçlar çerçevesinde TCK'da yapılması gerektiği düşünülen değişikliklerle ilgili açıklamalara da çalışmada yer verilecektir. Çalışmanın sonunda ise Alman Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren kaldırılmasına ilişkin yakın tarihte kabul edilen bir kanun değişikliğiyle ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulacaktır.*

Anahtar Kelimeler: *Şikayet, Talep, Karşılıklılık Şartı, Tanıma, Yabancı Devlet.*

CRIMES AGAINST FOREIGN STATES IN TURKISH AND GERMAN CRIMINAL LAW

Abstract: *It seems that the types of crimes regulated in Articles 340 to 343 under the heading “Crimes Against Relations with Foreign States” of the Turkish Criminal Code show a great resemblance with the types of crimes regulated in Articles 102 to 104a of the German Criminal Code under the heading “Crimes Against Foreign States”. For this reason, in the study, similar types of crimes regulated in both Turkish and German criminal law will be handled together and points of similarity and differentiation will be emphasized. When this is done, it is planned to benefit from the views defended in the doctrine and court decisions. Within the framework of the results, explanations about the amendments that should be made in Turkish Criminal Code, will be included in the study. At the end of the study, determinations and evaluations will be made concerning a recent amendment of a law about the abolition of Article 103 of the German Criminal Code from 1st January 2018.*

Keywords: *Complaint, Request, Principle of Reciprocity, Recognition, Foreign State.*

* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, avugurersoy@gmail.com
Makalenin Geliş Tarihi: 21.08.2017
Makalenin Kabul Tarihleri: 22.11.2017 / 07.12.2017

Giriş

Yabancı devletlere karşı işlenen suçlara Türk ceza hukuku doktrini tarafından hak ettiği önem verilmemiş, bunun sonucunda bu suçlarla ilgili monografik hiçbir çalışma yapılmamıştır. Belki de bunun en önemli nedeni olarak bu suç tiplerinin uygulamasının çok nadir olması gösterilebilir¹.

Türk ceza hukuku doktrininde konunun kapsamlı bir şekilde ele alınmaması dolayısıyla sağlıklı tespit ve değerlendirmelerde bulunabilmek için inceleme konusu suç tiplerini benzer şekilde kaleme almış olan Alman Ceza Kanunu'ndan (Strafgesetzbuch-StGB) ve Alman doktrinindeki görüşlerden de istifade edilmesi planlanmaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, Sekizinci Bölümünde “*Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar*” düzenlenmiştir. Bu bölüm altında 340. maddede “*Yabancı devlet başkanına karşı suç*”, 341. maddede “*Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret*”, 342. maddede ise “*Yabancı devlet temsilcilerine karşı suç*” düzenlenmiştir. 343. maddede ise “*Bu bölümde yazılı hükümlerin uygulanması, karşılıklılık koşuluna bağlıdır.*” denilmek suretiyle karşılıklılık koşuluna/şartına gönderme yapılmıştır.

TCK'da sekizinci bölüm altında düzenlenen suçlara bakıldığında 340 ve 342. maddelerin bağımsız suç tipleri olmadıkları, daha ziyade cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halleri düzenleyen hükümler olarak değerlendirilmeleri gerektiği; buna karşın 341. maddedeki düzenlemenin ise bağımsız bir suç tipi olduğu söylenebilir².

5237 sayılı TCK'daki söz konusu suçlara, 765 sayılı TCK'nın “*Ecnebi devletlerle bunların reis ve elçileri aleyhinde cürümler*” başlıklı İkinci Kitap, Birinci Bab, Üçüncü Faslında 164 ila 167. maddelerde yer verilmişti. Bu yönüyle bakıldığında 765 sayılı TCK'da, Zanardelli ve İtalyan Ceza Kanunu'nda kabul edilen sistemin benimsendiği söylenebilir³. Ayrıca 765 sayılı TCK'daki söz konusu hü-

¹ T.C. Adalet Bakanlığı Adli Sicil İstatistik Genel Müdürlüğü'nün her yıl yayınlamış olduğu istatistiki veriler de bu tespiti doğrular niteliktedir: 2011 yılında TCK m.342/1'i ihlalden 18 dava açılmıştır. 2012 yılında TCK m.340/2'yi ihlalden 3, TCK m.342/1'i ihlalden 28, TCK m.342/2'yi ihlalden 1 dava açılmıştır. 2013 yılında TCK m.340/2'yi ihlalden 1, TCK m.342/1'i ihlalden 11, TCK m.342/2'yi ihlalden 1 dava açılmıştır. 2014 yılında TCK m.340/1'i ihlalden 1, TCK m.342/1'i ihlalden 7 dava açılmıştır. 2015 yılında TCK m.342/1'i ihlalden 8 dava açılmıştır. Yapılan yargılamaların çoğunun mahkumiyet dışında bir hükümle sonuçlandığı da söz konusu istatistiki verilerden anlaşılmaktadır. Kaynak: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ac-cik.html> (Erişim Tarihi: 06.02.2017).

² 765 s. TCK döneminde yapılan benzer bir tespit için bkz. Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: III, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1985, s. 151.

³ Zanardelli Kanunu'nun 128, 129 ve 130. maddelerinde, yabancı devlet başkanlarına, bayraklarına, ülkede bulunan temsilcilerine karşı işlenen suçların faillerinin, karşılıklılık koşulunun gerçekleşmesi şartıyla cezalandırılmaları kabul edilmişti. Söz konusu suçlar daha ayrıntılı bir şekilde İtalyan Ceza Kanunu'nun 295-300. maddeleri arasında düzenlenmiş, sonrasında 1999/205 sayılı kanunla İtalyan Ceza Kanunu'nun 297 ve 298. maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Millette ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 495.

kümlerin 5237 sayılı TCK ile büyük bir benzerlik taşıdığı da görülmektedir. 5237 sayılı TCK'nın 340, 341 ve 342. maddelerinde belirtilen bazı suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi yabancı/ilgili devletin veya mağdurun *şikayetine* bağlı tutulmuşken 765 sayılı TCK'nın 164 ve 165. maddelerindeki suçlar bakımından *müracaat* şartı, 166. maddedeki suç bakımındansa *şikayet* şartı aranmaktaydı. Buna karşın 5237 sayılı TCK'da söz konusu suçlar bakımından *müracaat* yerine *şikayet* kavramı kullanılmıştır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, *şikayet* şartının yalnızca *şikayete* bağlı suçlar bakımından geçerli olduğudur; başka bir ifadeyle *şikayet* işlenen suç takibi *şikayete* bağlı bir suç değilse *şikayet* şartının varlığı da doğal olarak aranmayacaktır. Konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

Yabancı devletlere karşı işlenen suçlar Alman Ceza Kanunu'nun (Al.CK) özel hükümler kitabının “*Yabancı devletlere karşı suçlar*” (*Straftaten gegen ausländische Staaten*)⁴ başlıklı İkinci Bölümünde 102 ile 104a maddeleri⁵ arasında dört madde halinde düzenlenmiştir⁶. Söz konusu maddelerde, yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine saldırı (Al.CK m.102), yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine hakaret (Al.CK m.103) ile yabancı devletlerin bayraklarına veya diğer egemenlik alametlerine yönelik ihlaller (Al.CK m.104) yaptırım altına alınmıştır⁷. Bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma başlatılabilmesi için belli şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Hangi şartların gerçekleşmesi gerektiği ise Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiştir. Al.CK'nın 104a maddesine göre bu suçların soruşturulması veya kovuşturulması için dört şartın gerçekleşmiş olması gerekmektedir: (1) Almanya Federal Cumhuriyeti'nin söz konusu devletle diplomatik ilişkilerinin bulunması; (2) Karşılıklılık şartının garanti edilmiş olma-

⁴ Bu Bölüm başlığının önceki hali “*Dost devletlere karşı düşmanca davranışlar*” (*Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten*) şeklindeydi. Al.CK'da yapılan değişiklikle yalnızca bölüm başlığı değişmekle kalmamış, maddelerde de önemli değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, 11. Auflage, Vierter Band, §§80 bis 145d, Berlin 2005, Vor §102, Rn. 1.

⁵ Alman Hukuku'nda kanun maddeleri paragraf (der Paragraph) olarak isimlendirilmekte ve bu nedenle de madde numaralarının önlerine “§” işareti konulmaktadır; örneğin §102 StGB (Al.CK m.102). Birbirini izleyen birden fazla kanun maddesi ifade edilmek isteniyorsa “§§” işareti kullanılmaktadır. Maddenin fıkraları ise madde numaralarının ardından büyük Romen rakamıyla gösterilmektedir; örneğin §124 II StGB (Al.CK m.124/2). Çalışmada esas itibarıyla Türk Hukuku'nda geçerli olan numaralandırma sistemi takip edilecek, başka bir ifadeyle paragraf yerine madde kelimesi kullanılacaktır.

⁶ Yabancı devletlere karşı işlenen suçların tarihi gelişimi için bkz. Mahrer, Herbert, “Die Bedingungen der Strafbarkeit”, Breslau 1930, s. 15-16. Ayrıca bkz. Jescheck, Hans-Heinrich, “Straftaten gegen das Ausland”, Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, Aalen 1957, s. 275 vd.; Heinen, Holger, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes - Historische Entwicklung und aktuelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§103 StGB), Münster 2005, s. 6 vd.

⁷ Jescheck'e göre, yabancı devletlere karşı işlenen suçlar sadece devletin dış ilişkilerini etkilemekle kalmaz aynı zamanda devletin iç düzeninin ve huzurunun da bozulmasına yol açar. Bkz. Jescheck, Straftaten gegen das Ausland, s. 278.

sı ve suçun işlendiği sırada bu garantinin mevcut olması; (3) Yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması; (4) Almanya Federal Hükümeti'nin ceza takibati açısından izin vermiş olması. Soruşturma ve kovuşturmanın yapılabilmesi için bu dört şartın hepsinin birden somut olayda gerçekleşmiş olması zorunludur⁸.

Alman Ceza Kanunu'nun 104a maddesinin başlığının “*Ceza takibatının şartları*” (*Voraussetzungen der Strafverfolgung*) olması ve madde metninde kullanılan “*soruşturulması ve kovuşturulması*” biçimindeki formülasyonun yorumlanması sonucunda ilk bakışta maddede aranan bu dört şartın usul hukukuna ait bir yargılama şartı olarak değerlendirilebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş sadece (3) ve (4) numaralı şartların yargılama şartı olduğunu, (1) ve (2) numaralı şartların ise objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu kabul etmektedir⁹. Buna karşılık azınlıkta kalan görüş sahiplerinin bir kısmı, madde metninin yorumlanması sonucunda bu dört şartın tamamının yargılama şartı olarak kabul edilmesi ve usul hukuku içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar doktrinde hakim doktrin tarafından savunulan görüşü eleştirmekte ve gerek maddenin lafzından gerek madde başlığından böyle bir sonuca varmanın doğru olmadığını belirtmektedirler. Buna göre söz konusu maddede belirtilen bu dört şartın varlığı fiilin cezalandırılabilirliğine değil suçun soruşturulup kovuşturulmasına ilişkindir; bu yüzden bu şartlardan bazılarının objektif cezalandırılabilme şartı bazılarının yargılama şartı olarak sınıflandırılması yanlıştır. Bundan dolayı ALCK 104a maddesinde belirtilen bu dört şartının tamamının yargılama şartı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁰. Azınlıkta kalan yazarlardan diğerleri ise (1) numaralı şartın suçun unsuru, (2), (3) ve (4) numaralı şartların ise yargılama şartı olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar¹¹.

⁸ Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip - Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998, s. 535.

⁹ Kommentar zum Strafgesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Band 3, §§80-145d, Neuwied 1986, Wassermann, Rudolf (Hrsg.), §104a Rn. 1; Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, StGB-Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Auflage, Köln 2016, §104a Rn. 1; Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010, §104a Rn. 2; Beck'sche Kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012, §104a Rn. 1-5; Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, 12. Auflage, Dritter Band, §§ 56 bis 79b, Berlin 2008, §77e Rn. 1; Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, 8. Auflage, Frankfurt a.M. 2007, Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig (Hg.), §104a Rn. 1; Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010, von Heintschel-Heinegg, von Bernd (Hrsg.), §104a Rn. 1 (HH-StGB).

¹⁰ Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011, §104a Rn. 1; Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter/Dölling, Dieter, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2011, s. 789 (HK-GS/Bearbeiter); Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöllner, Mark A., AnwaltKommentar StGB, 2. Auflage, München 2015, §104a Rn. 1.

¹¹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 535-537.

Al.CK'nın 104a maddesinde aranan bu dört şartın unsur, objektif cezalandırılabilme şartı veya yargılama şartı olarak değerlendirilmesinin yalnızca teorik değil pratik sonuçları da vardır. Şayet bu şartlar unsur veya objektif cezalandırılabilme şartı olarak, başka bir ifadeyle maddi ceza hukukuna ait kabul edilecek olursa yargılama sonunda beraat¹² veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekecektir; buna karşın bu şartlar yargılama şartı olarak kabul edilecek olursa verilecek karar usul hukuku bakımından sonuç doğuracak olan düşme veya durma kararı olacaktır. Bu nedenle söz konusu şartların hukuki niteliğine verilecek anlam çok büyük önem arz etmektedir¹³. Bununla ilgili ayrıntılı açıklamalara çalışmanın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir.

I. Bu Suç Tipleriyle Korunması Amaçlanan Hukuki Menfaat

Türk ceza hukuku doktrininde bu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuki menfaatin ne olduğuyla ilgili çok az sayıda görüş bulunmaktadır. Bu nedenle aşağıda ilk olarak Türk Ceza Hukuku doktrinindeki görüşlere daha sonrasında ise Alman ceza hukuku doktrininde savunulan görüşlere yer verilerek bu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuki menfaatin ne olduğuyla ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunulması amaçlanmaktadır.

A. Türk Hukukunda Savunulan Görüşler

Hafizoğulları/Özen ve Arslan/Azizağaoğlu'na göre bu suç tiplerinin ortak amacı, uluslararası ilişkilerde aleyhe olabilecek veya ilişkileri kötüleştirebilecek ve dolayısıyla ülkeyi tehlikeye sokabilecek fiilleri önlemek ve bastırmaktır¹⁴.

Gözübüyük'e göre ise bu suç tipleriyle korunması amaçlanan husus, her şeyden önce Türk Devleti'nin menfaatlerini korumaktır. Aksi halde siyasi veya askeri güvenliği sarsıcı nitelikteki bu fiiller sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası durumu zayıflayabilir veya bozulabilir¹⁵.

B. Alman Hukukunda Savunulan Görüşler

Yabancı bir hukuki menfaat (*ein ausländisches Rechtsgut*) olarak nitelendirilen yani hamilinin yabancı bir devlet veya yabancı bir kişi olduğu hukuki menfaatin, o ülke dışında kalan başka bir ülkenin ceza normuyla korunması üzerinde

¹² Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş, objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmemesi halinde beraat kararı verilmesi gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte Türk doktrininde bu görüş kabul görmemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersoy, Uğur, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları*, Ankara 2015, s. 216 vd.

¹³ AK-StGB, §104a Rn. 7; Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch Großkommentar*, 3. Auflage, Baden-Baden 2010, §104a Rn. 2.

¹⁴ Hafizoğulları/Özen, *Özel Hükümler*, s. 495; Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, *Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara 2004, s. 1321.

¹⁵ Gözübüyük, Abdullah Polat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt: II (Madde 125-201), 4. Bası, İstanbul 1980, s. 751.

düşünmeye değer bir konudur. Burada tartışılması gereken, yabancı bir kişi veya yabancı bir devletin sahibi olduğu hukuki menfaatin o devlet dışındaki başka devletler tarafından ceza normu vasıtasıyla korunmasının dogmatik temelini ne olduğu sorusudur. Ceza normu vasıtasıyla yabancı bir hukuki menfaate herhangi bir koruma alanının sağlanıp sağlanmadığı ya suç tipinin yorumlanması yoluyla ya da bu konuyla ilgili özel suç tipleri ihdas etmek suretiyle mümkün olabilir. Bu yorum yapılırken yabancı hukuki menfaatlerin (ki bunların içerisinde devletlerin ve toplumun kamusal nitelikteki hukuki menfaatlerinin yanı sıra uluslararası toplulukların hukuki menfaatleri de girmektedir) korunup korunmadığı hususu ilgili ceza normunun lafzından anlaşılmaz; bu yorum ancak ceza normunun değerlendirilmesi suretiyle yapılabilir. Şahıs varlığı haklarının (*Individualrechtsgüter*) hukuki korumadan yararlanması içinse hak sahibinin vatandaş veya yabancı olmasının hiçbir öneminin olmadığı konusunda Alman doktrininde görüş birliği bulunmaktadır¹⁶.

Ceza normlarının yorumlanmasında yabancı kamusal hukuki menfaatlerin dikkate alınıp alınmayacağı tartışması bir yandan devletin güvenliğine ilişkin suçlara örnek gösterilen klasik suçlar (Al.CK m.81-101a, m.105-109k) bakımından, diğer yandan yabancı devletlere karşı işlenen suçlar (Al.CK m.102-104a) bakımından artarak devam etmektedir¹⁷.

Yabancı devletlere karşı işlenen suçlar açısından korunan hukuki menfaatin ne olduğu sorusu öteden beri tartışmaların odağında olmuştur. Alman doktrininde bu konuda çok farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu suç tiplerinin ihdas edilmesiyle korunması amaçlanan bir tek hukuki menfaat olduğunu savunan yazarlar arasında, söz konusu hukuki menfaatin yabancı devletin (yabancı devletin organları, temsilcileri, bayrağı ve egemenlik alametleri gibi) korunması mı yoksa yabancı devletle olan iyi ilişkilerin sürdürülmesine ilişkin devletin kendi menfaati mi olduğu hususu tartışmalıdır. Bu suç tipleriyle esas olarak yabancı hukuki menfaatlerin korunmasının amaçlandığını savunanların dayanak noktasını ilgili bölüm başlığı oluşturmaktadır: “*Yabancı devletlere karşı suçlar.*” Buradan hareketle Al.CK’nın 102-104. maddelerindeki suçların düzenleniş amacının yabancı devletlere karşı işlenen suçların cezalandırılması olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık diğer görüşteki yazarlar, sadece bölüm başlığından hareketle böyle bir sonuca varmanın doğru olmayacağını savunmaktadırlar. Bu görüşteki yazarlar, söz konusu maddelerin yeterli açıklıkta olduğunu ve maddelerin lafzından yabancı hukuki menfaatlerin korunmak istendiği gibi bir sonucun çıkarılmasının doğru olmayacağını ifade etmektedirler. Buna göre Al.CK 102 ve devamındaki maddelerle korunmak istenen hukuki menfaatin -tıpkı eskiden olduğu gibi- ya-

¹⁶ Lüttger, Hans, Vorträge und Abhandlungen, Ausgewählte Beiträge zum Strafrecht, zur Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht aus den Jahren 1950-1985, Berlin-New York 1986, s. 299-300.

¹⁷ Lüttger, Vorträge und Abhandlungen, s. 301.

bancı devletlerle olan iyi ilişkilerin sürdürülmesindeki milli menfaat olduğu belirtilmektedir. Alman doktrinindeki hakim görüş¹⁸ ise bu iki görüşten farklı olarak söz konusu düzenlemelerin *ikili koruma amacına (doppelte Schutzzweck)* hizmet ettiğini; bu bağlamda bir yandan yabancı devletin hukuki menfaatlerinin (yabancı devletin organları, temsilcileri, bayrağı, egemenlik alametleri gibi) öte yandan ise yabancı devletle olan iyi ilişkilerin sürdürülmesindeki milli menfaatin korunduğu kabul edilmektedir. Hakim görüşteki yazarlara göre, söz konusu maddelerde belirtilen korumalar kendiliğinden gerçekleşmemekte ancak yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması şartıyla söz konusu olabilmektedir. Ancak yabancı hükümet tarafından yapılmış talep tek başına yeterli olmamakta, yabancı devletin bu korumadan faydalanabilmesi için Almanya Federal Cumhuriyetiyle diplomatik ilişkilerinin bulunması ve Almanya Federal Hükümetinin ceza soruşturmasına ve kovuşturmasına izin vermiş olması ile karşılıklılık şartının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu son iki şart açık bir şekilde Almanya'nın diğer devletlerle olan iyi ilişkilerinin sürdürülmesindeki menfaatlerine hizmet etmektedir¹⁹.

C. Değerlendirme

Türk Ceza Kanunu'nun 8. maddesinin birinci fıkrasına göre²⁰ Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Mülklik prensibinin bir uzantısı olan bu hüküm uyarınca Türkiye'de işlenen suçlar hakkında failin veya mağdurun uyruğuna bakılmaksızın Türk kanunları ve dolayısıyla TCK uygulanacaktır. Bu bağlamda Türkiye'de bulunduğu sırada kendisine karşı suç işlenen yabancı devlet başkanının veya yabancı devlet temsilcilerinin TCK'nın ilgili hükümleriyle koruma altında bulunduğu düşünülebilir. Peki buna rağmen neden TCK'da bu suç tiplerinin özel olarak düzenlenmesi ihtiyacı hissedilmiştir? Bu sorunun cevabı söz konusu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuki menfaatin ne olduğu sorusuyla çok yakından ilgilidir.

Bilindiği üzere devletlerarası ilişkilerde her devletin kendi menfaatini gözetmesi genel bir kuraldır. Tek taraflı olarak ödün veya taviz verilmesi uluslararası hukukta kabul edilen bir prensip değildir. Bu bağlamda her devlet, uluslararası hukukun genel kaidelerine göre eşit haklara sahiptir²¹.

¹⁸ LK-StGB, Vor §102 Rn. 1; Kühl, StGB Kommentar, Vor §102 Rn. 1; S/S-Eser, Vor §§102 bis 104a Rn. 2; Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2010, Vor §§102-104a Rn. 1.

¹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ile bu görüşü savunan yazarlar için bkz. Lüttger, Vorträge und Abhandlungen s. 302-304.

²⁰ Benzer bir düzenlemeye Al.CK'nın 3. maddesinde de yer verilmiştir: "Yurt içinde işlenen suçlar bakımından Alman Ceza Hukuku uygulanır."

²¹ Mahrer, Die Bedingungen der Strafbarkeit, s. 22; Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvormutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988, s. 66-68.

TCK'nın 340 ile 342. maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan suç tiplerine baktığımızda her şeyden önce Türkiye Cumhuriyeti devletinin yabancı devletlerle olan iyi ilişkilerinin sürdürülmesindeki milli menfaatinin korunmak istendiği görülmektedir. Ancak korunmak istenen hukuki menfaatin yalnızca bundan ibaret olmadığı aynı zamanda TCK'nın 343. maddesinde ifadesini bulan karşılıklılık şartını²² taşıyan yabancı devletlerin hukuki menfaatlerinin de burada korunmak istendiği söylenebilir. Bu husus özellikle TCK m.341'de yaptırım altına alınmış bulunan yabancı devletlerin bayraklarına ve egemenlik alametlerine yönelik ihlallerde kendisini göstermektedir. Bu hükümlerle, mevzuat uyarınca veya genel kabul görmüş teamüllere göre resmi olarak göndere çekilmiş yabancı bir devlet bayrağına veya yabancı devletin temsilciliği tarafından yerleştirilmiş bulunan bir egemenlik alametine zarar verilmesi veya tahkir edilmesi suç olarak düzenlenmiştir²³. Bayrağın ve diğer egemenlik alametlerinin her millet için özel bir önemi bulunmaktadır. Çünkü özellikle bayrak bir milletin bağımsızlık sembolü olarak kabul edilmekte ve bayrağa saygı ile o bayrağın temsil ettiği millete saygının aynı anlama geldiği kabul edilmektedir.

Sonuç itibariyle, TCK'nın yabancı devletlere karşı işlenen suçları düzenleyen maddeleri ile hem Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin -karşılıklılık koşulunu yerine getiren- yabancı devletlerle olan iyi ilişkilerinin sürdürülmesindeki milli menfaatinin hem de -karşılıklılık koşulunu yerine getiren- yabancı devletlerin hukuki menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı, başka bir ifadeyle bu suç tipleriyle ikili bir hukuki koruma sağlanmak istendiği düşünülmektedir. Benzer tespitler Alman Ceza Kanunu için de rahatlıkla yapılabilir.

II. Karşılıklılık, Diplomatik İlişkilerin Bulunması, Tanıma, Şikayet, Talep ve İzin Şartlarının Hukuki Niteliği

Gerek Alman Ceza Kanunu'nda gerek Türk Ceza Kanunu'nda, yabancı devletlere karşı işlenen suçların soruşturması ve kovuşturması farklı prosedürlere bağlanmış bulunmaktadır. Bu bağlamda TCK'nın "*Karşılıklılık koşulu*" başlıklı 343. maddesinde "*Bu bölümde yazılı hükümlerin uygulanması, karşılıklılık koşuluna bağlıdır.*" denilmiştir. Bu hükmün Al.CK'daki karşılığı olarak kabul edilebilecek 104a maddesinde ise daha ayrıntılı bir hükme yer verildiği görülmektedir: "*Bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması için, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin, söz konusu devletle diplomatik ilişkilerinin bulunması, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması ve ayrıca suçun işlendiği sırada bu garantinin var olması, yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması ve Almanya Federal Hükümetinin ceza soruşturması ve kovuşturması için izin vermiş olması şarttır.*"

²² Karşılıklılık şartına yer verilmesi ile devletlerarası ilişkilerde her devletin eşit hak ve yetkilere sahip olduğu ve tek taraflı taviz verilemeyeceği kuralına vurgu yapılmak istendiği anlaşılmaktadır.

²³ BeckK-StGB, §104 Rn. 1.

Bu açıdan bakıldığında bu suçların soruşturması ve kovuşturması için TCK'da karşılıklılık ve şikayet olmak üzere iki şarta yer verildiği, buna karşılık Al.CK'da bu iki şarta (ancak Al.CK'da şikayet değil talep şartına yer verilmiştir) ilave olarak söz konusu devletle diplomatik ilişkilerin bulunması ve Almanya federal hükümetinin soruşturma ve kovuşturma için izin vermiş olması da dahil olmak üzere toplam dört şarta yer verildiği görülmektedir²⁴.

Bu başlık altında Türk ve Alman Ceza Kanunlarında aranan bu şartlardan ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili açıklamalara yer verilerek bu şartların hukuki nitelikleri üzerinde durulacaktır. Böylelikle daha sonra özellikle suçun unsurları incelenirken kolaylık sağlanması amaçlanmaktadır.

Söz konusu şartların hukuki niteliklerini net bir şekilde tespit etmek²⁵ daha önce de ifade edildiği üzere sadece teorik değil aynı zamanda pratik bir öneme de sahiptir. Bu önem özellikle yargılama sonunda verilecek hüküm çeşidinin ne olacağı bakımından kendisini göstermektedir²⁶.

A. Karşılıklılık Şartı

Gerek TCK gerek Al.CK açısından yabancı devletlere karşı işlenen suçlarla ilgili ortak şartlardan ilki karşılıklılık şartıdır. Aşağıda ilk olarak Türk Hukuku açısından konuya yaklaşılacak sonrasında ise Alman Hukukundaki görüşlere yer verilerek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

a. Türk Hukukundaki Durum

TCK'nın 340 ila 342. maddelerine bakıldığında, takibi şikayete bağlı olmayan suçlar hariç olmak üzere işlenen diğer suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının yabancı/ilgili devletin veya mağdurun şikayetine bağlı tutulduğu görülmektedir. Bununla birlikte bu bölümde yer alan suçların nitelikleri ve korunmak istenen hukuksal değeri göz önüne alan kanun koyucu TCK m.343'te karşılıklılık şartının varlığını da şart koşmuştur: *"Bu bölümde yazılı*

²⁴ LK-StGB, §104a Rn. 1.

²⁵ Burada, 1962 yılında Batı Almanya Parlamentosu tarafından hazırlanan Alman Ceza Kanunu Tasarısı'nda kabul edilen sisteme kısaca değinmekte yarar vardır. Söz konusu Tasarının yabancı devletlere karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenen 484. maddesinde (mevcut Kanun'un 104a maddesine karşılık geliyor) bu bölümde işlenen suçlardan dolayı cezalandırılabilmenin şartları düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, Tasarının ilgili maddesi ile mevcut düzenlemeden farklı olarak, fiilin işlendiği anda diplomatik ilişkilerin bulunması ve karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olarak düzenlendiği ifade edilmiştir. Öte yandan Tasarıda yabancı hükümet tarafından yapılan talep ve Alman hükümeti tarafından ceza soruşturmasına izin verilmesi bir yargılama şartı olarak düzenlenmiştir (Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 (mit Begründung), Bundestagsvorlage, s. 92, 675). Doktrinde bir görüş Tasarıda düzenlenen bu hükmün gayet yerinde olduğunu savunmakta ve mevcut Kanun'un bu şekilde yorumlanması ile sıkıntıların aşılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Stree, Walter, "Objektive Bedingungen der Strafbarkeit", JuS 1965, s. 470.

²⁶ LK-StGB, §104a Rn. 1; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 536.

hükümlerin uygulanması²⁷, karşılıklılık koşuluna bağlıdır.” TCK’nın 343. madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Madde, bu Bölümde yer alan hükümlerin uygulanmasını, mağdurun mensubu olduğu devlet kanununca da aynı esasların Türkiye bakımından kabul edilmiş bulunmasına yani karşılıklılık kuralına bağlamış bulunmaktadır.”²⁸

Türk doktrininde savunulan bir görüş, Türk Ceza Kanunu’nun 340 ila 342. maddelerinde yer alan suçların tüm unsurlarının gerçekleşmiş olmasının cezalandırılabilme için yeterli olmadığını ayrıca karşılıklılık şartının da gerçekleşmesi gerektiğini ve bu şartın da objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁹. Bu görüşe göre, bir kimsenin, yabancı bir devlet başkanına karşı suç işlemesi, yabancı devlet bayrağına veya diğer egemenlik alametlerine karşı hakaret etmesi ya da yabancı devlet temsilcilerine karşı görevlerinden dolayı suç teşkil eden bir fiil gerçekleştirmesi halinde TCK’nın 340 ila 342. maddelerinde belirtilen suç tiplerini kusurlu olarak gerçekleştirmiş olacağı, başka bir ifadeyle failin gerçekleştirdiği fiillerin suç teşkil edeceği ifade edilmektedir³⁰. Ancak bu suçların her durumda cezalandırılabilmesi mümkün olmamaktadır. Çünkü burada ceza hukukunun dışında kalan, devletlerarası ilişkiler ve dış politikaya ilişkin bazı görüşler daha ağırlık kazanmaktadır. Bu nedenle Alman Ceza Kanunu’nda olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda da söz konusu suçların cezalandırılabilmesi için objektif cezalandırılabilme şartı getirilmiştir. Türk doktrininde bu görüşü savunan yazarlardan bazılarının göre, yargılama şartları, suçun oluşmasından sonra suçtan zarar görenin veya yetkili merciin iradesiyle kullanılabilen hak ve yetkilerdir³¹. Karşılıklılık şartının, fiilin gerçekleşmesinden sonra kabul edilmesi halinde soruşturma veya kovuşturmayla başlanmasının failin aleyhine olacağına şüphe yoktur; oysa söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi halinde, suçta ve cezada kanunilik ilkesi

²⁷ Kanaatimizce maddede bahsi geçen “uygulanma” ile kastedilmek istenen “soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi” olmalıdır. Bununla ilgili maddede yapılması düşünülen değişiklik önerisine çalışmanın ilerleyen bölümlerinde değinilecektir.

²⁸ Erem, karşılıklılık şartının faydasını, bu çeşit hükümlerin bütün devletlerce kabul edilmesini zorlamasında görmektedir. Ancak yazar bunun pratik bir fayda olduğunu, ceza korumanın belirli bir esasının olduğunu, bu nedenle de karşılıklılık şartının çok da bir anlamı bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 152.

²⁹ İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları - Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları, 5. Bası, İstanbul 2013, s. 19; Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanaşımı”, MÜHFAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s. 24; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010, s. 60; Kargal, Zeynel T., “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, İÜHF, C: 68, S: 1-2, s. 160; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 208; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s. 725.

³⁰ Kargal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 160.

³¹ Kargal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 160; İçel, Kayıhan/Sokullu-Akinci, Füsun/Özgenç, İzzet/Sözür, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Unver, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 16.

devreye gireceğinden failin aleyhine bu tür bir uygulamanın da önüne geçilmiş olacaktır³².

Buna karşılık Türk doktrininde savunulan bir diğer görüşe göreyse, kişinin gerçekleştirmiş olduğu fiil tüm unsurları ile suç teşkil etmesine rağmen, suç politikası açısından cezalandırılma, karşılıklılık koşuluna bağlanmıştır. Bu şart işlenen fiilin haksızlık içeriğini etkilememektedir. Bu nedenle de fiil, haksızlık içeriğinin yanı sıra suç olma özelliğini de taşıdığından burada aranan karşılıklılık koşulunun yargılama şartı olarak kabulü gerekmektedir³³. Bu görüşü savunan yazarlardan Özgenç, kitabının ilk üç basısında, karşılıklılık koşulunun objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu savunmuş, dördüncü basıdan itibaren ise görüşünü değiştirip söz konusu şartın kovuşturma şartı olduğunu benimsemiştir³⁴. Bu görüşteki yazarlardan Koca/Üzülmez ise, objektif cezalandırılabilme şartlarının suçun yapısında, geniş anlamda tipikliğin içinde yer aldığını; objektif cezalandırılabilme şartlarının, doğrudan haksızlığın cezalandırılabilirliği bakımından kurucu veya cezayı artırıcı bir karakter göstermesi gerektiğini, bu nedenle haksızlığın cezalandırılabilirliğiyle veya cezanın ağırlığıyla bağlantılı olmayan hususların objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Bu nedenle yazarlar söz konusu karşılıklılık şartının, objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil, kovuşturma şartı olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁵.

b. Alman Hukukundaki Durum

TCK m.343'tekine benzer bir şartta 1953 yılında yapılan değişiklikle Al.CK'nın 104a maddesinde yer verilmiştir. Ancak Alman Ceza Kanunu'nda ki bu şart, Türk Ceza Kanunu'ndakinden daha kapsamlı düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 104a maddesine göre "Bu bölümde yer alan suçların soruşturulması veya kovuşturulması için ... karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması ve ayrıca fiil işlendiği sırada bu garantinin mevcut bulunması..." gerekmektedir. Buradaki garantiden kasıt yalnızca benzer bir normun yabancı devletin mevzuatında bulunması değil aynı zamanda bu normun fiilen uygulanıyor olmasıdır³⁶. Bu açıdan bakıldığında, TCK'nın 343. maddesinde suçun işlendiği sırada bu şartın mevcut olması şeklinde bir hükme yer verilmediği görülmektedir.

Alman Ceza Kanunu'nun 104a maddesi 1953 yılında Al.CK'ya eklenmeden önce karşılıklılık şartına Al.CK'nın 102 ve 103. maddelerinde ayrı ayrı yer veril-

³² Kangal, Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları, s. 160.

³³ Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, s. 95; Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949, s. 246.

³⁴ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015, s. 637 dn. 1204.

³⁵ Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 354.

³⁶ S/S-Eser, §104a Rn. 2; Kühl, StGB Kommentar, §104a Rn. 2.

mişti. O dönemde şimdikinden farklı olarak yalnızca karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması aranmış suçun işlendiği sırada bu garantinin mevcut bulunması aranmamıştı. Alman Hukuku'nda o dönemde söz konusu şartın suçun unsuru olduğu, failin kastının bunu kapsaması gerektiği ve bu nedenle hataya ilişkin hükümlerin burada uygulama imkanı bulacağı savunulmaktaydı. Buna karşılık o dönemde bile yani 104a hükmü yokken dahi Alman doktrininde söz konusu yorumun kanunun ahengini bozacağı ve mevcut hükümlerin amacına aykırılık oluşturacağı savunulmaktaydı. Bu görüşe göre devlet, uluslararası hukuktan doğan temel prensipleri gözeterek, vatandaşının, yabancı bir devlete veya onun temsilcilerine karşı suç işlemesine engel olmakla yükümlü görülmüş, aksine davranışların da cezalandırılması gerektiği belirtilmişti³⁷.

Karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasından ne anlaşılması gerektiğinin net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre bir ülkede ceza yaptırımına bağlanmış bir fiil, yabancı ülkede de benzer şekilde bir ceza normu ile yaptırıma bağlanmış ve fiili bir garanti benzer bir ceza takibatında da sağlanıyorsa karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasından bahsedilebilecektir. Alman Ceza Kanunu'nun açık hükmüne göre söz konusu şartın hem suçun işlendiği anda hem de ceza yargılaması sırasında mevcut bulunması gerekmektedir; başka bir ifadeyle yabancı devletin hukuk sisteminde esas itibariyle benzer bir ceza normunun bulunması ve bu normun uygulanmasının garanti altına alınmış bulunması şarttır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, benzer normdan kastın birebir aynı norm olması gerekmediğidir; şayet birebir aynı normun varlığı aranacak olursa bu bölümdeki suçların uygulaması imkansız hale gelmiş olurdu. Benzer şekilde söz konusu suç için her iki ülke kanunlarında öngörülen ceza miktarının da aynı olması şart değildir³⁸.

Bununla birlikte karşılıklılık şartının varlığından bahsedilebilmesi için yabancı ülkede söz konusu suç tipine yer veren genel bir hükmün varlığı (örneğin hakaretin, kasten yaralamanın, adam öldürmenin vs. suç olarak düzenlenmiş olması) yeterli olmayıp bunun için özel bir suç tipinin (örneğin Al.CK m.102-104) veya özel bir düzenlemenin mevcut olması şarttır. Burada ifade edilen özel bir düzenleme TCK'nın 340-342. maddelerinde olduğu gibi belli kişilere karşı işlenen suçların cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hal olarak kabul edilmesi yoluyla olabileceği gibi normalde şikayete tabi olan bir suçun (örneğin hakaret suçu Alman Hukuku'nda takibi şikayete bağlı bir suç iken Al.CK'nın 103. maddesiyle re'sen soruşturulan bir suç haline getirilmiştir) re'sen soruşturulması ve kovuşturulması yolunun kabul edilmesi şeklinde de olabilir. Ancak bütün bunlar tek başına yeterli olmayıp uygulamada bu hükümlerin söz konusu ülkeye karşı işlenen suçlarda fiilen uygulanabiliyor olması da aranmaktadır³⁹.

³⁷ Mahrer, Die Bedingungen der Strafbarkeit, s. 23.

³⁸ AnwK-StGB, §104a Rn. 3; LK-StGB, §104a Rn. 3; SK-StGB, §104a Rn. 4.

³⁹ AK-StGB, §104a Rn. 3; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 5; SK-StGB, §104a Rn. 4.

Karşılıklılık şartının ne zaman mevcut olması gerektiği hususu Al.CK m.104a'da açık bir şekilde gösterilmiştir. Buna göre söz konusu şart hem suçun işlendiği hem de hüküm verileceği anda mevcut olmalıdır. Bu şartın hukuki niteliğini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edenler için bu kabul herhangi bir sıkıntı yaratmamaktadır. Buna karşın bu şartın hukuki niteliğini yargılama şartı olarak değerlendiren yazarların hiçbir açıklama yapmadan bunu kabul etmeleri kanaatimizce önemli bir çelişki oluşturmaktadır. Zira yargılama şartı olarak kabul edilen bir şartın suçun işlendiği anda bulunmasının zorunlu kılınması kurumun mantığına aykırıdır. Şayet bu görüşteki yazarlar savundukları görüşte tutarlı olmak istiyorlarsa en azından madde metnini eleştirmeleri ve bu şartın yalnızca hüküm verileceği anda mevcut olmasının aranmasının en doğru yol olacağını belirtmeleri gerekmektedir.

Alman Hukuku'nda Al.CK 104a maddesinde aranan “karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması”⁴⁰ şartının hukuki niteliği Alman doktrinindeki hakim görüş tarafından objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmektedir⁴¹. Bu görüştekilere göre, Al.CK'nın 102 ila 104. maddelerinde düzenlenmiş bulunan hükümlerin haksızlık açısından ifade ettikleri önem, yabancı devletin aynı korumayı garanti edip etmediğine göre değişmeyecektir. Hakim doktrinin savunduğu argümanlardan diğeri, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasının objektif cezalandırılabilme şartı olarak sınıflandırılmasının fiil ile olan maddi ilişkisi bakımından daha uygun olacaktır. Bir diğer argüman ise söz konusu şartın, fiilin soruşturulması veya kovuşturulması için değil sadece cezalandırılabilmesi için oluşturulmuş bir şart olduğu noktasında toplanmaktadır. Söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesinin doğal sonucu olarak bu şart gerçekleşmediği takdirde sanık hakkında Al.CK'nın 102 ila 104. maddelerinde düzenlenmiş olan suçlardan dolayı beraat kararı verilmesi gerektiği savunul-

⁴⁰ Rittler'e göre karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması, diğer devletin de aynı korumayı sağlaması için kabul edilmiş politik bir baskı aracı olarak kabul edilmelidir. Hareketin cezalandırılabilirliği fail bakımından değil bilakis politika bakımından karakterize edilmektedir. Bu nedenle söz konusu durum failin şahsı ile alakalı değildir. Bkz. Rittler, Theodor, “Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit”, ÖstrZStr, Jahrgang 8 (1918-1920), s. 343 vd. Rittler'in görüşünün önemli bir sonucu bulunmaktadır: Failin kastının karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasını kapsaması gerekmektedir olup burada hata hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bkz. Mahrer, Die Bedingungen der Strafbarkeit, s. 24.

⁴¹ HH-StGB, §104a Rn. 4; AK-StGB, §104a Rn. 3; HH-StGB, §104a Rn. 4; Jescheck, Straftaten gegen das Ausland, s. 282; Frister, Schuldprinzip, s. 68; SSW-StGB, §104a Rn. 1; SK-StGB, §104a Rn. 2; S/S-Eser, §104a Rn. 2; LK-StGB, §104a Rn. 3; Mahrer, Die Bedingungen der Strafbarkeit, s. 26; Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, s. 20; Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, §23 Rn. 22, 52; Finger, August, “Thatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit”, Archiv für Strafrecht und Strafprozess, 50. Jahrgang, Berlin 1903, s. 46; Schaad, Pierluigi, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Winterthur 1964, s. 97-98; Bringewat, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts - Grundlagen - Allgemeine Verbrechenslehre - Aufbauschemata, Baden-Baden 2003, Rn. 357; Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005, §86 Rn. 7.

maktadır. Bununla birlikte fail hakkında bu maddelerden dolayı beraat kararı verilmesi failin özel hükümlerdeki suç tipleri bakımından (örneğin Al.CK'nın 185. maddesindeki hakaret suçundan) sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁴².

Buna karşılık Alman doktrinde azınlıkta kalan görüş sahipleri, madde metninin lafzına ve madde başlığına uygun yapılacak bir yorum sonucunda, karşılıklılık şartının hukuki niteliğinin yargılama şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar⁴³. Bu görüşü savunan yazarlardan Geisler'e göre karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması, haksızlık açısından önem arz etmemektedir; söz konusu şart fiile yabancı olduğu için objektif cezalandırılabilme şartı olarak da kabul edilemez, başka bir ifadeyle söz konusu şartın hukuki niteliği yargılama şartıdır⁴⁴.

Stree, kurumun hukuki niteliği bakımından karma görüşü savunmaktadır. Yazara göre, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması şayet fiilin işlendiği sırada varlığı aranacak bir şart olarak kabul edilecek olursa objektif cezalandırılabilme şartı olarak; buna karşılık hüküm verileceği anda varlığı aranacak bir şart olarak kabul edilecekse yargılama şartı olarak yorumlanmalıdır⁴⁵.

Frister ise karşılıklılık şartının kusurdan bağımsız bir objektif cezalandırılabilme şartı⁴⁶ olduğunu ifade ettikten sonra, söz konusu şartın kusur prensibine aykırılık teşkil etmemesi için Alman Ceza Kanunu'nun 102 ila 104. maddelerinde düzenlenen suçlar açısından tehlikeyi kurucu nitelikte olmaması gerektiğini belirtmektedir⁴⁷.

Söz konusu madde ile ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunan yazarlardan Bemann ise Al.CK'nın 102'den 104'e kadar olan maddelerinde düzenlenen suçların işlenmesinin başlı başına cezaya layık bir haksızlık olduğunu savunmaktadır. Zira Al.CK m.104a'da ifade edilen karşılıklılık şartı olsa da olmasa da saldırının haksızlık içeriğinde bir değişiklik olmayacaktır yani bu şart fiilin sosyal açıdan gösterdiği tehlikelilik açısından tamamen önemsizdir. Bu nedenle yazara göre, karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasının suçun unsuru olmadığı rahatlıkla söylenebilir; aksi takdirde failin kastının bu şartı da kapsamaması gerektiği sonucuna varılabilir. Bemann söz konusu şartın suçun unsuru olmadığını tespit

⁴² Aynı tespit aşağıda incelenecek diplomatik ilişkilerin bulunması şartı bakımından da yapılmaktadır. Bkz. Stree, JuS, s. 468; Mahrer, Die Bedingungen der Strafbarkeit, s. 26; Roxin, AT I, §23 Rn. 22; SK-StGB, §104a Rn. 5.

⁴³ AnwK-StGB, §104a Rn. 3; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 587; Bemann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957, s. 31.

⁴⁴ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 587.

⁴⁵ Stree, JuS, s. 469-470 (Yazar, 1962 yılında hazırlanan Tasarı'nın 484. maddesinde de aynı yolun benimsendiğini de sözlerine eklemektedir.). Bu görüşün eleştirisi için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 555-556.

⁴⁶ Buna karşılık Frister'e göre, karşılıklılık şartının bulunmaması ise, cezayı engelleyen bir sebep (Strafausschließungsgrund) olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Frister, Schuldprinzip, s. 68.

⁴⁷ Frister, Schuldprinzip, s. 68.

ettikten sonra asıl önemli soruya gelmekte ve söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı mı yoksa yargılama şartı mı olduğunu incelemektedir. Yazar, yargı kararlarının ve hakim doktrinin bu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu savunduğunu, buna karşılık bu şartın yargılama şartı olduğunu savunan diğer görüşün de *Beling, Mezger ve Hellmuth v. Weber* gibi önemli savunucuları olduğunu ifade etmektedir. Yazar, hakim doktrinin söz konusu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak görmesinin gerekçesini, söz konusu şartın fiilin işlendiği anda bulunması gerektiği ayrıca hükmün verileceği zaman bu şartın bulunmasının zorunlu olmaması ile açıkladığını belirtmektedir. Fakat *Bemann* bu gerekçenin haklı olmadığını zira bazı yargılama şartlarının da fiilin gerçekleştiği esnada var olduğu görüşü ile desteklemektedir. *Bemann* 'a göre Al.CK 104a'da belirtilen şartlar yabancı devletlerin söz konusu korumaları Almanya için de kabul etmelerini teşvik etmek için getirilmiş düzenlemelerdir. Sonuç olarak *Bemann*, karşılıklılık şartının cezalandırılabilirliğin maddi hukuka ilişkin bir şartı olmadığını, aksine bir yargılama şartı olduğunu, kaldı ki bunun kanun metninden de açıkça anlaşılabilceğini ifade etmektedir⁴⁸.

c. Değerlendirme

Yukarıda da ifade edildiği üzere karşılıklılık şartının hukuki niteliği konusunda gerek Türk gerek Alman doktrininde çok farklı görüşler ileri sürülmektedir. Kanaatimizce söz konusu şartın hukuki niteliğinin net bir şekilde ortaya konulabilmesi için her şeyden önce kanun koyucunun böyle bir şart ihdas etmekle neyi amaçlamış olabileceğini tespit etmek gerekmektedir.

Kanun koyucular karşılıklılık şartını kabul etmek suretiyle, yabancı devletleri, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerinde kendileri lehine hükümler sevk etmeye teşvik etmektedirler. Böylelikle bu koruma mekanizmasından yalnızca kendi kanunlarında da benzer hükümler öngörmüş ve karşılıklılık şartını yerine getirmiş ülkeler istifade edebilecektir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu şartın “*politik bir baskı aracı*” (*ein politisches Druckmittel*) işlevi gördüğü ifade edilmektedir. Şayet karşılıklılık şartının politik bir baskı işlevi olduğu kabul edilecek olursa, karşılıklılık şartının suçun yapısı içerisinde haksızlığın dışında bulunduğu da rahatlıkla söylenebilir. Bu şartın gerçekleşmemesi halinde herhangi bir yargılama ve cezalandırma söz konusu olmuyorsa karşılıklılık şartının suç politikasına ilişkin stratejik temellere dayandığı ifade edilebilir. Buna göre kanun koyucu, karşılıklılık şartının gerçekleşmeyebileceği çekincesiyle bütün hukuki menfaat ihlallerini cezalandırmamayı göze almış bulunmaktadır. Bu nedenle de hukuki menfaatlerin korunması için karşılıklılık şartının varlığının zorunlu olması, söz konusu şartın haksızlık açısından kurucu bir öneme sahip olmadığını net bir şekilde ortaya koymaktadır⁴⁹.

⁴⁸ Bemann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 29-32.

⁴⁹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 552-553.

Geisler'e göre karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasının hukuki niteliğinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak sınıflandırılması doğru değildir. Her ne kadar Alman Ceza Kanunu'nun 104a maddesinin lafzına uygun olarak söz konusu şartın sadece mahkumiyet kararı verileceği zamanda değil aynı zamanda suçun işlendiği anda da mevcut olması gerekmektedir de söz konusu şartın güncel fiil durumunun görüntüsünü şekillendirmediği ortadadır. Bu nedenle söz konusu şartın fiilin dışında bulunduğu sonucu çıkarılabilir. Buna göre karşılıklılık şartının garanti edilmiş olması salt yargılama şartı olarak değerlendirilmelidir⁵⁰.

Geisler karşılıklılık şartı gerçekleşmediği takdirde, söz konusu suçlara benzer özel hükümlerde düzenlenmiş diğer suç tiplerine müracaat edilmesinin de mümkün olmayacağını sözlerine eklemektedir⁵¹.

Kanun koyucunun karşılıklılık şartına yer vermekteki amacı yabancı devletlerin de kendi ülkelerinde Türkiye Cumhuriyeti'ne ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcilerine karşı işlenebilecek suçlar için benzer korumalar getirmelerini sağlamaktır. Bu bağlamda karşılıklılık şartının *politik bir baskı aracı* olarak değerlendirilmesi yerindedir. Ayrıca söz konusu şartın güncel fiil durumunun görüntüsünü şekillendirmediği yani fiil ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisinde olmadığı ve bu açıdan bakıldığında haksızlık açısından kurucu nitelikte bulunmadığı da ortadadır. Yapılan bu açıklamalardan sonra karşılıklılık şartının hukuki niteliğinin ne olduğu sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Objektif cezalandırılabilme şartları, cezalandırılabilme bakımından kurucu etki doğurmaktadırlar; başka bir ifadeyle bu şartlar "*cezayı azaltıcı*" veya "*cezayı artırıcı*" sonuç doğurmazlar. Aksi halde söz konusu kavramda "*objektif*" kelimesinin kullanılmasının hiçbir anlamı olmazdı⁵². Bu açıdan bakıldığında, yabancı devletlere karşı işlenen suçlara ilişkin düzenlemelerin -TCK'nın 341. maddesi hariç olmak üzere- cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda karşılıklılık şartının dolaylı bir şekilde cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracağı ortadadır ki bu durum objektif cezalandırılabilme şartlarının niteliğiyle bağdaşmaz. Bu açıdan bakıldığında, gerek TCK'daki gerek A1.CK'daki karşılıklılık şartının hukuki niteliğinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil yargılama şartı olarak kabul edilmesinin en doğru çözüm şekli olacağı düşünülmektedir. Her ne kadar doktrinde bu şartın yargılama şartı olarak kabul edilmesinin en önemli sakıncası olarak gösterilen fiilin gerçekleştirildiği sırada söz konusu şartın mevcut olmamasına rağmen daha sonra bu şartın gerçekleşmesi durumunda failin cezalandırılabilmesinin gündeme gelebilecek olması hususu çok da kabul edilebilir değildir. Zira aynı husus objektif cezalandırılabilme şartları için de geçerlidir. Örneğin, iflas suçları açısından varlığı aranan ve objektif

⁵⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 553, 560.

⁵¹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 556-558, 560.

⁵² Ersoy, Objektif Cezalandırılabilme Şartları, s. 179.

cezalandırılabilme şartı olduğu kabul edilen iflasa karar verilmiş olması şartında da objektif cezalandırılabilme şartı suç işlendiğinden sonraki bir tarihte gündeme gelmekte ve failin cezalandırılması gündeme gelmektedir. Sonuç itibariyle gerek TCK'daki gerek Al.CK'daki karşılıklılık şartının hukuki niteliğinin yargılama şartı olduğu ifade edilebilir.

B. Diplomatik İlişkilerin Bulunması ve Tanınma Şartı

Al.CK m.104a'da diplomatik ilişkilerin bulunması şartına açıkça yer verilmiş bulunmasına karşın TCK'da, Al.CK'dan farklı olarak diplomatik ilişkilerin bulunması şartına yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar TCK açısından karşılıklılık şartı ve şikayet şartından başka bir şartın varlığı aranmamaktaysa da TCK m.340'ın gerekçesinde “*Söz konusu yabancı devletin Türkiye tarafından tanınmış olması, doğal olarak, temel koşuldur.*” denilmek suretiyle TCK'da yer almayan bir şarta gönderme yapıldığı görülmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken husus, gerekçede belirtildiği üzere tanımın karşılıklılık şartının doğal bir sonucu mu yoksa madde metninde yer almamakla birlikte gerekçede varlığı gerekli görülen bağımsız bir şart mı olduğunun tespitidir. Elbette ki bu değerlendirmeler yapılırken madde gerekçelerinin bağlayıcı bir işlevi olmadığı yalnızca maddenin yorumlanması sırasında başvuru- labilecek metinler olduğu gerçeği akıldan çıkartılmamalıdır.

Bu konuyla ilgili doğru bir sonuca varabilmek için öncelikle tanıma ve diplomatik ilişki kurulması kavramlarına değinilecek sonrasında ise Al.CK'da varlığı aranan diplomatik ilişkilerin bulunması şartından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili açıklamalar yapıldıktan sonra değerlendirmede bulunulacaktır.

a. Türk Hukukundaki Durum

Devlet, belirli bir toprak parçası üstünde yaşayan insanların oluşturduğu en üstün otorite ve güce sahip olan kurumdur. Buna göre bir devletten bahsedilebilmesi için toprak, insan ve egemen/üstün otorite unsurlarının varlığı zorunludur. Devlet niteliği kazanan veya asgari devlet olma niteliğine sahip olduğunu iddia eden siyasi bir oluşumun, uluslararası topluma, bu toplumun bir üyesi olarak dahil olma tasarrufu “*tanıma*” olarak nitelendirilmektedir. Zira tanınmış devletlerin yanında tanınmamış devletler de tarihin her döneminde var olmuşlardır. Devletler tanıma durumlarını kurdukları diplomatik ilişkiler veya diğer resmi bağlantılar sayesinde gerçekleştirmektedirler⁵³.

Uluslararası hukuk bağlamında diplomatik tanıma, bir devletin başka bir devletin veya yönetimin statüsünü veya bir eylemini kabul ettiği, ulusal ve uluslararası sonuçlar doğuran tek taraflı bir politik eylemdir. Diplomatik tanıma *de*

⁵³ Şöhret, Mesut, Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Tanınmamış Bölgeler), Kocaeli 2014, s. 4-6 (Yayımlanmamış doktora tezi); Kaya, İslam Safa, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gazze ve Mavi Marmara, Ankara 2016, s. 68.

facto ve *de jure* şeklinde olabilmektedir. *De jure* tanıma da kendi içinde açık ve zımni tanıma olarak ikiye ayrılmaktadır. Ancak genellikle bu işlem tanıyan hükümetin resmi bir açıklaması ile gerçekleşmektedir. Tanıma, resmi bir açıklamadan başka eylemlerle de olabilmektedir, örneğin bir devlet başkanının ziyareti veya ikili bir anlaşmanın imzalanması gibi⁵⁴.

Diplomatik tanımda, devletler ve onların yönetimlerinin tanınması arasında fark bulunmaktadır. Devletlerin aralarında ikili ilişki sürdürmemeleri, birbirlerini devlet olarak tanımadıkları anlamına gelmez. Bir devlet başka bir devleti resmen tanımak zorunda değildir ancak devlet olmak için şartları sağlayan herhangi bir varlığa devlet olarak muamele edilmesi zorunludur. Bir yönetimin tanınması o yönetimin yönettiği devletin tanınması anlamına gelmekle birlikte bunun tersi doğru değildir. Örneğin, yönetimin yasa dışı yollarla ele geçirilmesi halinde devlet tanınmasına karşın yönetim tanınmayabilir⁵⁵.

Hukuki tanıma ise yeni kurulan bir devleti doğrudan ve yasal olarak tanımayı ifade etmektedir. *De jure* tanıma şeklinde tanınan yeni devletin kayıtsız şartsız yasallığı onaylandığı gibi bu yapının uluslararası toplumla tam diplomatik ilişkiye girebileceği, bundan sonra uluslararası toplumun eşit haklara ve yükümlülüklerle sahip bir üyesi olduğu kısaca devlet olduğu ifade edilmektedir. Hukuki tanımanın en önemli sonucu, bir devleti tanıdıktan sonra tanıma işleminden vazgeçmenin mümkün olmamasıdır. Eğer yeni oluşan devlet ile ilişkiler sonradan bozulursa bu durumda yapılacak olan şey diplomatik ilişkileri kesmek veya en alt düzeye çekmektir; başka bir ifadeyle tanınan bir devletin varlığı sonradan yok sayılamaz. Bu açıdan bakıldığında *de jure* tanıma *de facto* tanımadan farklı olarak geri alınamaz ve sonuçları itibarıyla kesin bir etki doğurur⁵⁶.

İnceleme konusu bakımından önemli bir diğer husus olan diplomatik ilişki şartına da kısaca değinmek gerekir. Devletlerin örtülü tanıma yollarından en yerleşmiş, yeni kurulan bir devletle diplomatik ilişki kurulmasıdır. Buna göre bir siyasi birimle, onu açıkça tanımadan diplomatik ilişki kurulması üstü kapalı tanıma olarak adlandırılmaktadır. Bu şekilde bir uygulama, tanıyan devlet açıkça ifade etmese de yeni kurulan devleti diplomatik anlamda tanımış olduğu şeklinde yorumlanır. Benzer şekilde yeni devletin topraklarında elçilik veya konsolosluk açılması da devletin diplomatik açıdan tanındığı anlamına gelir⁵⁷. Ancak diplomasi temsilcileri dışındaki temsilciler aracılığıyla temas kurulması üstü kapalı tanıma olarak değerlendirilemez⁵⁸.

⁵⁴ Şöhret, Devletlerin Tanınması, s. 71.

⁵⁵ Şöhret, Devletlerin Tanınması, s. 71-72.

⁵⁶ Şöhret, Devletlerin Tanınması, s. 201-202.

⁵⁷ SK-StGB, §104a Rn. 3.

⁵⁸ Şöhret, Devletlerin Tanınması, s. 204.

Yapılan bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, diplomatik ilişkilerin bulunması ve tanıma, yakın ilişki içerisinde olmakla birlikte birbirinden farklı iki kavramdır⁵⁹. Bu bağlamda iki devlet arasında resmi diplomatik ilişkilerin varlığı bu devletlerin birbirlerini en azından *de facto* olarak tanıdıkları sonucunu doğurmaktadır. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere diplomatik ilişkinin daha sonrasında kesilmesi veya en alt düzeye çekilmesi *de jure* tanımının ortadan kalkması sonucunu doğurmamaktadır. Ayrıca tanıma ile diplomatik ilişki kurulmamasına rağmen, diplomatik ilişkinin kurulması tanımayı zorunlu kılmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, TCK'nın 340. madde gerekçesinde ifade edildiğinin aksine tanıma ve karşılıklılık şartı arasında hiçbir bağlantının bulunmadığı ortadadır. Tanıma daha çok diplomatik ilişkilerin bulunması ile yakın ilişki içerisinde olan bir kavramdır. Zira yabancı bir devletle herhangi bir sorun yaşanması halinde diplomatik ilişkilerin kesilmesi mümkünse de *de jure* tanınan bir devleti sonrasında tanımadan vazgeçmek mümkün değildir. TCK'nın 340. madde gerekçesinde belirttiği üzere tanıma şartının aranması, diplomatik ilişkilerin kesildiği veya en alt düzeye indirildiği bir ülkeye karşı tek taraflı bir ayrıcalık tanınması ve taviz verilmesi anlamına gelir ki bu da uluslararası hukukta kabul edilen her devletin eşit hak ve yetkilere sahip olduğu teziyle çelişir.

Kanaatimizce yabancı devletlere karşı işlenen suçlarda korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında tanımın değil, Al.CK'da olduğu gibi diplomatik ilişkilerin bulunması şartının açık bir şekilde ve -madde gerekçelerinin satır aralarına değil- doğrudan TCK'ya ilave edilmesinin daha sağlıklı olacağı düşünülmektedir.

b. Alman Hukukundaki Durum

Her ne kadar yukarıda açıklandığı üzere TCK'da diplomatik ilişkilerin bulunması şartına yer verilmemiş olsa da çalışmada savunulan görüş çerçevesinde TCK'ya bir an önce dahil edilmesi gerektiği düşünülen bu şarta Alman Ceza Kanunu'nda neden yer verildiği ve bu şartın hukuki niteliğinin ne olduğuyla ilgili doktrinde savunulan görüşlere değinmekte yarar vardır. Böylelikle burada yapılacak olan açıklamaların ileride TCK'da yapılacak olası bir kanun değişikliği açısından *pusula* işlevi göreceği düşünülmektedir.

⁵⁹ Buna karşın Türk Ceza Hukuku doktrininde, TCK'da yabancı devletlerden birinin başkanından bahsedildiğinden dolayı mağdurun mutlaka Türkiye Cumhuriyeti tarafından devlet olarak tanınmış bir teşekkülün başkanı olması gerektiği ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, Türkiye'nin henüz tanımadığı veya tanımayı uygun görmediği devletin başkanına karşı işlenen suçlarda bu hükmün uygulanmasının devlet işlemlerinde çelişki oluşturacağı ifade edilmektedir. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 497; Erem, Özel Hükümler, s. 152; Arslan/Azizağaoğlu, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1322, 1324. 765 sayılı TCK döneminde de benzer görüşler ileri sürülmekteydi. 765 sayılı TCK'nın "Dost devlet bayrağına hakaret" başlıklı 165. maddesinde bahsi geçen "dost devlet" ifadesiyle kastedilmek istenenin, Türkiye'nin tanımış olduğu ve milletlerarası münasebetlerin dostane devam ettirildiği devletler olduğu ifade edilmekteydi. Bkz. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, s. 752, 754; Mollamahmutoğlu, Sadık/Savaş, Vural, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, II. Cilt (Madde 95-315), Ankara 1999, s. 1994.

Alman Ceza Kanunu'nda aranan diplomatik ilişkilerin bulunması şartının hukuki niteliği doktrindeki hakim görüş tarafından objektif cezalandırılabilme şartı olarak nitelendirilmektedir⁶⁰. Hakim görüşün dayanak noktasını, bu suçların, diplomatik ilişkilerin bulunması şartı olmaksızın da cezalandırılabilir fiiller olması gerçeği oluşturmaktadır. Örneğin Al.CK'nın 104. maddesinde düzenlenmiş bulunan yabancı devletlerin bayraklarına veya diğer egemenlik alametlerine yönelik ihlalleri yaptırma bağlayan bu hüküm, Al.CK 104a'daki şartların yokluğu nedeniyle uygulanamazsa o takdirde *temel norm (Grundnorm)* olan Al.CK'nın 303. maddesinde düzenlenmiş bulunan mala zarar verme suçuna ilişkin hükümler uygulama kabiliyeti bulabilecektir⁶¹. Ancak *Geisler* Al.CK'nın 303. maddesinin temel norm olarak değerlendirilemeyeceğini çünkü Al.CK 104'ün mala zarar verme suçunun değil, yabancı devletlere hakaretin özel bir şekli olduğunu ifade etmektedir⁶².

Doktrindeki hakim görüşteki yazarlar bu şartın kusur prensibi açısından ifade ettiği anlam bakımından kendi içlerinde ikiye ayrılmaktadırlar:

İlk gruptaki yazarlara göre diplomatik ilişkilerin bulunması şartının kusur prensibi ile tamamıyla bağdaştığı söylenemez⁶³. Bu nedenle bazı endişeler ortaya çıkmaktadır, çünkü Al.CK'nın 102 ile 104. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerin görevi eski düşüncelere ilave olarak yabancı devletlerle olan iyi ilişkilerin korunması ve böylelikle devletlerin kendi menfaatlerini gözetmesidir⁶⁴. Bu bakış açısından Al.CK 102 vd. maddelerde düzenlenen suçların bambaşka bir önem kazandığı görülmektedir. Cezanın tayininde bu durumun tek başına fiilin haksızlık içeriğini etkilememesi nedeniyle, diplomatik ilişkilerin bulunması şartı haksızlık açısından önem arz etmeyen bir durum olarak görülebilir ve bu şart kusur prensibini ihlal etmeyen bir objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilebilir⁶⁵.

İkinci gruptaki yazarlardan *Frister* ise diplomatik ilişkilerin bulunması şartının⁶⁶ objektif cezalandırılabilme şartı olduğunu ifade ettikten sonra söz konusu

⁶⁰ HH-StGB, §104a Rn. 3; SK-StGB, §104a Rn. 2; LK-StGB, §104a Rn. 2; Otto, Grundkurs Strafrecht BT, §86 Rn. 7; Frister, Schuldprinzip, s. 66-68; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, Rn. 357; Jescheck, Straftaten gegen das Ausland, s. 282-283; Rittler, Strafbarkeitsbedingungen, s. 14. Bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Stree, JuS, s. 469 dn. 41.

⁶¹ LK-StGB, §104 Rn. 7.

⁶² Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 544-545.

⁶³ Stree, JuS, s. 468-469.

⁶⁴ Stree, JuS, s. 468-469; Roxin, AT I, §23 Rn. 22; Frister, Schuldprinzip, s. 66-67.

⁶⁵ AK-StGB, §104a Rn. 2; Roxin, AT I, §23 Rn. 22, 52; Schaad, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen, s. 97-98; HH-StGB, §104a Rn. 3; Bringewat, Grundbegriffe des Strafrechts, Rn. 357; LK, Vor §13 Rn. 181. Jescheck, diplomatik ilişkilerin bulunması şartını, fiilin haksızlık içeriği ile birlikte belirlenebilen bir özellik olarak vasıflandırmakta ancak yine de bu şartı objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirmektedir. Bkz. Jescheck, Straftaten gegen das Ausland, s. 276-277, 282 dn. 35.

⁶⁶ Buna karşılık *Frister*'e göre diplomatik ilişkilerin bulunmaması ceza verilmesini engelleyen bir sebep (Strafausschließungsgrund) olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Frister, Schuldprinzip, s. 68.

şartın kusur prensibine aykırılık teşkil etmemesi için Alman Ceza Kanunu'nun 102 ila 104. maddelerinde düzenlenen suçlar açısından haksızlığı kurucu nitelikte olmaması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁶⁷.

Stree ve *Bockelmann*, diplomatik ilişkilerin bulunması şartının kusur prensibi ile tamamen uyumlu hale getirilebilmesi için bu şartın suçun bir unsuru olarak yorumlanması gerektiğini savunmaktadırlar⁶⁸.

Stree ve *Bockelmann* ile benzer görüşleri savunan *Geisler* de diplomatik ilişkilerin bulunması şartının haksızlık açısından önem arz ettiğine vurgu yapmakta ve bu unsurun yargılama şartı veya objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil suçun bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. *Geisler*'e göre kanun koyucu, yabancı devletlerle olan ilişkilerin ihlalinin diplomatik ilişkiler mevcut olduğu müddetçe mümkün olabileceği savından hareket etmiştir. Kanun koyucunun düşüncesine göre yabancı devletlerle olan ilişkilerinin ihlali yalnızca diplomatik ilişkiler var olduğu sürece söz konusu olacaktır. *Geisler*'e göre kabul edilmesi gereken yol, diplomatik ilişkilerin bulunmasının ne yargılama şartı ne de objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi olmalıdır, olması gereken söz konusu şartın suçun bir unsuru olarak sınıflandırılması olmalıdır. Bunun doğal sonucu olarak failin kastının bu şartı da kapsamı zorunlu olmalıdır. Bu açıdan bakıldığında diplomatik ilişkilerin bulunması şartı, haksızlık açısından önem arz eden (Unrechtsrelevanz) bir şarttır⁶⁹.

Failin kastının bu şartı kapsamı gerektiğinin kabul edilmesinin hemen akabinde Alman Ceza Kanunu'nun suç tipindeki hatayı düzenleyen 16. maddesinin mi yoksa neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçu düzenleyen 18. maddesinin mi uygulanacağı sorusu ortaya atılmaktadır. Failin sorumluluğu bakımından genel hükümlere ilişkin prensiplerden hareket edilecek olursa bu durumda fail diplomatik ilişkilerin bulunduğu hususunda kasten hareket etmiş ise failin Al.CK 102 vd. maddelerinden dolayı cezalandırılabilmesi söz konusu olacaktır. Bunun somut önemi şuradadır: Fail, fiili işlediği sırada diplomatik ilişkilerin bulunabileceğini en azından mümkün görmüş olmalıdır. Buna karşılık neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin kısıtlan hareket edilecek olursa, failin, diplomatik ilişkilerin bulunabileceğini bilmesi konusunda en azından taksirle hareket etmiş olmasını aramak gerekecektir. Örneğin fail, fiili işlediği anda özen yükümlülüğüne aykırı davranarak yabancı devlet ile diplomatik ilişkilerin bulunmadığını düşünmüş ise Al.CK m.102 vd. maddelerine göre cezalandırılabilir. *Geisler* bu iki çözüm tarzından tercih edilmesi gerekenin, failin, diplomatik ilişkilerin bulunması bakı-

⁶⁷ Frister, Schuldprinzip, s. 67.

⁶⁸ Stree, JuS, s. 469; Büyük Alman Ceza Hukuku Komisyonu'nda yapılan müzakerelerde, Bockelmann tarafından, diplomatik ilişkilerin bulunması şartının suçun bir unsuru olarak kabul edilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Akt. Stree, JuS, s. 469 dn. 38. Aynı görüş için bkz. Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 587.

⁶⁹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 546-548, 560.

mından kasten hareket etmiş olması olduğunu belirtmektedir. Buna göre fail, fiili gerçekleştirdiği sırada en azından yabancı devletle diplomatik ilişkilerin mevcut olabileceğini mümkün görmüş olmalıdır. Burada failin diplomatik ilişkilerden ne anlaşılması gerektiği konusunda hukuki bir bilgi sahibi olması önemli değildir; ortalama zekaya sahip bir insan tarafından diplomatik ilişki kavramından ne anlaşılması gerektiğini bilmesi yeterlidir⁷⁰.

Doktrindeki son görüş ise diplomatik ilişkilerin bulunması şartının hukuki niteliğini yargılama şartı olarak değerlendirmektedir. Bu görüştekilere göre karşılıklılık şartının garanti edilmiş olmasından farklı olarak diplomatik ilişkilerin fiilin işlendiği anda mı yoksa hüküm verileceği anda mı bulunması gerektiğiyle ilgili kanunda herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda iki yorum söz konusu olabilir: Diplomatik ilişkilerin ya suçun işlendiği anda ya da hüküm verileceği anda mevcut olması aranabilir. Birinci alternatifte söz konusu şartın objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan, ikinci alternatifte ise yargılama şartı olduğundan bahsedilebilecektir. Bu görüşteki yazarlar doktrindeki hakim görüşün aksine bu şartın yargılama şartı olarak sınıflandırılmasının tercihe şayan olduğunu savunmaktadırlar. Zira kanunun lafzı bir tarafa bırakılacak olursa, diplomatik ilişkilerin mevcut olduğunun suçun işlendiği anda fail tarafından bilinmesinin beklenmesi anlaşılabilir bir şey değildir. Bu görüştekiler, Al.CK m.104a'nın lafzının da (...*soruşturulması veya kovuşturulması için...*) bu şartın yargılama şartı olduğu gerçeğini vurguladığını ifade etmektedirler⁷¹.

Diplomatik ilişkilerin bulunması şartının hukuki niteliğinden ne anlaşılması gerektiği bu şekilde belirtildikten sonra diplomatik ilişkilerin varlığının ne zaman aranması gerektiği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Diplomatik ilişkilerin ne zaman bulunması gerektiği sorusuna verilecek cevap, bu şartın hukuki niteliğine verilen anlama göre değişmektedir.

Bu konuda da Alman doktrininde farklı görüşler savunulmaktadır. Zira Al.CK m.104a'nın lafzından bu konuyla ilgili net bir sonuca varılamamaktadır⁷². Burada üç seçenek karşımıza çıkmaktadır⁷³: Diplomatik ilişkiler ya fiilin işlendiği anda⁷⁴ ya hükmün verileceği anda⁷⁵ ya da hem fiilin işlendiği hem de hükmün verileceği anda mevcut olmalıdır. Bu konuda varılacak sonuç bu şartın suçun

⁷⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 549-551, 560, 587.

⁷¹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 4; Bemmann, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 31.

⁷² Stree, JuS, s. 469 dn. 36; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 548.

⁷³ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 548.

⁷⁴ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 560.

⁷⁵ HH-StGB, §104a Rn. 4; SK-StGB, §104a Rn. 4; Stree, JuS, s. 469, 470. Frister'e göre, Al.CK m.104a'ya göre fiilin gerçekleştirildiği zamanın tespiti önemli değildir. Söz konusu madde, daha ziyade yargılama anında diplomatik ilişkilerin bulunmasını şart koşmaktadır. Bkz. Frister, Schuldprinzip, s. 66.

unsuru olarak mı objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı yoksa yargılama şartı mı olarak nitelendirileceğine göre değişecektir⁷⁶.

Alman doktrininde ağırlıklı görüş tarafından diplomatik ilişkilerin mevcut olup olmadığının tespiti için fiilin işlenme anının esas alınması gerektiği ifade edilmekte başka bir ifadeyle diplomatik ilişkilerin en azından fiilin işlendiği andan itibaren bulunması gerektiği vurgulanmaktadır⁷⁷. Fiilin işlendiği anda mevcut olan diplomatik ilişkilerin daha sonradan kesilmesi veya karşılıklı hukuki korumanın sona ermesi durumunda her ne kadar Al.CK'nın 102 vd. maddelerine göre özel bir korumadan vazgeçilmiş olsa da devletin cezalandırma yetkisinin sona ereceği söylenemeyecektir. Böyle bir durumda gerçekleştirilen fiil maddi olarak haksızlık teşkil etmeye devam etmekle birlikte devlet yalnızca cezalandırma yetkisinden vazgeçmiş olacaktır⁷⁸.

Bununla birlikte bu şartın hukuki niteliğini yargılama şartı olarak kabul eden azınlıkta kalan görüş sahipleri, bu şartın suçun işlendiği anda değil yalnızca hüküm verileceği anda mevcut olmasının yeterli olduğunu ifade etmektedirler⁷⁹.

Geisler ise diplomatik ilişkilerin bulunması şartının yalnızca suçun işlendiği anda mevcut olmasının aranmasının en doğru çözüm olacağını savunmaktadır⁸⁰.

c. Değerlendirme

Diplomatik ilişkilerin bulunması şartına Al.CK'dan farklı olarak TCK'da yer verilmemiş olsa da, çalışmada, yapılacak bir kanun değişikliğiyle bu şarta TCK'da da yer verilmesi gerektiği savunulduğundan burada yapılan açıklamaların gelecekteki bir kanun değişikliğinde ve sonrasında *pusula* işlevi göreceği düşünülmektedir. Bu bağlamda TCK'da bu şarta yer verilmesi halinde bu şartın hukuki niteliğinin ne olacağı büyük bir önem arz etmektedir. Bu kapsamda doğru bir sonuca varabilmek için öncelikle TCK'daki ilgili maddelere kısaca değinilecektir.

Burada incelenecek ilk hüküm TCK m.340 olacaktır. Bu maddeyle yabancı bir devlet başkanına karşı suç işlenmesi yaptırım altına alınmıştır. TCK m.340'a göre, Türkiye'de bulunan yabancı bir devlet başkanına karşı herhangi bir suç işleyen kişiye verilecek ceza, o suç için öngörülen temel normdaki cezaya oranla sekizde bir oranında artırılacaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere TCK, Al.CK'dan farklı olarak suçun unsurlarını ayrıca göstermemiş yalnızca temel norma gönderme yapmakla yetinmiştir. Buna göre TCK m.340'ın, yabancı devlet başkanının

⁷⁶ Stree, JuS, s. 469; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 548.

⁷⁷ AK-StGB, §104a Rn. 2; SSW-StGB, §104a Rn. 2; SK-StGB, §104a Rn. 3; LK-StGB, §104a Rn. 2; Stree, JuS, s. 469 dn. 36.

⁷⁸ Stree, JuS, s. 469.

⁷⁹ HH-StGB, §104a Rn. 4; SK-StGB, §104a Rn. 4; Stree, JuS, s. 469, 470; AnwK-StGB, §104a Rn. 2.

⁸⁰ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 548-549.

mağduru olduğu suçlarda mağdurun sıfatından kaynaklı cezayı ağırlaştırıran bir nitelikli hale yer verdiği söylenebilir. Bu bağlamda yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçun hangisi olduğu belirlenecek sonrasında ise verilecek ceza sekizde bir oranında artırılarak hükmedilecektir.

İncelenecek ikinci suç tipi ise, TCK m.341’de düzenlenmiş bulunan yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçudur. Bu maddeye göre, resmen çekilmiş olan yabancı devlet bayrağını veya diğer egemenlik alametlerini alenen tahkir eden kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Maddede geçen tahkir ile kastedilmek istenenin “*aşağılama*” olduğu söylenebilir⁸¹. Dikkat edileceği üzere burada kanun koyucu TCK m.340’tan farklı olarak cezanın belirlenmesi konusunda temel norma gönderme yapmamış, suçun unsurlarını maddede açıkça belirtmiştir. TCK’nın 300. maddesine bakıldığında buradakine çok benzer bir suç tipine yer verildiği görülmektedir. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama başlıklı TCK m.300/1’e göre Türk Bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Bu iki madde arasındaki en önemli fark, TCK m.341 bağlamında suçun söz konusu olabilmesi için söz konusu bayrağın “*resmen çekilmiş*” olmasının zorunlu olmasıdır. Bu bağlamda bir protesto sırasında yabancı bir devlet bayrağının yakılması halinde TCK m.341 anlamında suç oluşmayacaktır. Bütün bu ifade edilenlerden anlaşılacağı üzere TCK’nın 341. maddesi, 340. maddeden farklı olarak hem temel norma (TCK m.300) gönderme yapmamış hem de ceza miktarını TCK m.300 için öngörülen cezanın neredeyse üçte biri oranında belirlemiştir.

İncelenecek son suç tipi ise, yabancı devlet temsilcilerine karşı suç işlenmesini düzenleyen TCK’nın 342. maddesi olacaktır. TCK m.342’ye göre, Türkiye Cumhuriyeti’nde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş yabancı devlet temsilcileri ile bunların diploması memurları veya uluslararası kuruluşların temsilcileri ile bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurları, kendilerine karşı görevlerinden dolayı işlenen suçlar bakımından kamu görevlisi (TCK m.6/1-c) kabul edilecek ve bunlara karşı suç işleyen kişiler hakkında TCK’nın ilgili maddelerine göre cezaya hükmolunacaktır. Kanun koyucunun burada TCK m.340’takine benzer bir şekilde temel norma gönderme yaptığı ve mağduru kamu görevlisi kabul ederek verilecek cezanın ağırlaştırılması yoluna gittiği görülmektedir. Başka bir ifadeyle bu kişilere karşı işlenecek suçlar için mağdurun sıfatı cezayı ağırlaştırıran nitelikli bir hal olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun burada neden TCK m.340’tan farklı bir yol seçtiğini anlamak zordur. Gerekçede de bununla ilgili hiçbir açıklamaya yer verilmemiştir. Kanaatimizce 340. maddedeki çözüm şeklinin ceza hukuku sistematığı açısından daha sağlıklı

⁸¹ Bununla birlikte madde metninin gerekli titizlikle kaleme alınmadığı ve terim birliğinin sağlanamadığı eleştirisi yapılabilir. Zira TCK’nın 341. madde başlığında “hakaret”, madde metninde ve madde gerekçesinde ise “tahkir” ifadesi kullanılmıştır.

olduğunu ve maddede yapılacak bir değişiklikle bu kişilerin kamu görevlisi kabul edilmelerinden vazgeçilerek faile verilecek cezada belli bir artırım yapılması yoluna gidilmesi hem daha sağlıklı olacak hem de maddeler arasındaki insicamı sağlamaya yardımcı olacaktır.

Bu bağlamda cevaplandırılması gereken önemli bir soru bulunmaktadır: Şayet ileride yapılacak bir kanun değişikliğiyle TCK'ya, Al.CK'daki gibi diplomatik ilişkilerin bulunması şartının eklenmesi durumunda bu şartın hukuki niteliği acaba ne olacaktır? Her şeyden önce fail, TCK m.340-342'de belirtilen fiilleri işlediğinde, bu maddelerdeki ve maddelerin gönderme yaptığı suç tiplerini ihlal etmiş olur. Böylelikle fail, tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiil gerçekleştirmiş olur. Peki kanun koyucunun diplomatik ilişkilerin bulunması şartına yer vermesi halinde bu şartın hukuki niteliği ne olacaktır?

Bu konuda Alman doktrininde azınlıkta kalan yazarlardan *Stree*, *Bockelmann* ve *Geisler* tarafından savunulan görüş alkışı hak etmektedir. Buna göre gerek Al.CK'da gerek çalışmada teklif olunan değişiklik yapılırsa TCK'da, diplomatik ilişkilerin bulunması şartının hukuki niteliğinin ne objektif cezalandırılabilme şartı ne yargılama şartı değil bilakis suçun bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira diplomatik ilişkilerin bulunması şartı, haksızlık açısından kurucu önem arz etmektedir. Diplomatik ilişkilerin bulunması şartı, fiil ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Burada ismi zikredilen yazarlarca da yerinde bir şekilde ifade edildiği üzere kanun koyucu, yabancı devletlerle olan ilişkilerin ihlalinin diplomatik ilişkiler mevcut olduğu müddetçe mümkün olabileceği savından hareket etmiştir. Aksi takdirde diplomatik ilişkilerin bulunmadığı bir ülkeye karşı bu nitelikte özel hükümlerin uygulanmasının açıklanabilir bir izahı olamazdı. Başka bir ifadeyle, yabancı devletlerle olan ilişkilerinin ihlali yalnızca diplomatik ilişkiler var olduğu sürece söz konusu olacaktır. Bu nedenle olması gereken, söz konusu şartın suçun bir unsuru olarak sınıflandırılması ve failin kastının bu şartı da kapsamının zorunlu kabul edilmesidir. Ayrıca TCK açısından bakıldığında söz konusu suç tiplerinin -341. madde hariç olmak üzere- cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller şeklinde kaleme alındığı ve bunun da yukarıda karşılıklılık şartında da açıklandığı üzere objektif cezalandırılabilme şartlarının doğasıyla bağdaşmadığı ortada olduğundan bu şarta objektif cezalandırılabilme şartı olarak muamele edilmesi de mümkün olmayacaktır. Sonuç itibarıyla TCK'ya da dahil edilmesini savunduğumuz diplomatik ilişkilerin bulunması şartının, ne yargılama şartı ne objektif cezalandırılabilme şartı olduğu bilakis suçun bir unsuru olduğu düşünülmektedir. Bu bağlamda, failin, diplomatik ilişkilerin varlığı hususunda hataya düşmesi durumunda, hataya ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulabileceği rahatlıkla ifade edilebilir.

C. Şikayet ve Talep Şartı

a. Türk Hukukundaki Durum

TCK'nın 340 ve 341. maddelerinde düzenlenen suçlardan dolayı -340. maddedeki re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar hariç- soruşturma ve kovuşturma yapılması yabancı/ilgili devletin şikayetine bağlı tutulmuştur. Buna karşın TCK'nın 342. maddesi kapsamına giren suçlardan yalnızca hakaret suçu bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun şikayetine bağlı kılınmıştır.

TCK'nın söz konusu hükümleri incelendiğinde şikayet kavramının doğru ve teknik anlamıyla kullanılmadığı görülmektedir. Şöyle ki; talep, bir muhakeme şartı olması nedeniyle şikayete benzemekle birlikte, şikayet ve talep arasında önemli farklılıklar vardır. Talep, resmi bir makam tarafından yapılan şikayettir. Buna karşın şikayet ise resmi olmayan makamlar ile gerçek kişiler tarafından kullanılan bir haktır. TCK m.73'te şikayetten vazgeçilebileceği ve şikayetin belli bir süreye tabi olduğu hükme bağlanmasına karşın talebe ilişkin herhangi bir hak düşürücü süre düzenlenmemiştir. Ayrıca şikayetten farklı olarak talepte bulunan merci, bu talebini CMK'da açık bir hüküm bulunmadığından dolayı geri alma hakkına sahip değildir. Talep bir kovuşturma şartı olduğundan talebe bağlı suçlarda C. savcısı geçerli bir talep olmadıkça iddianame tanzim edemez; buna rağmen bir şekilde iddianame tanzim edilmiş ve kovuşturma aşamasına geçilmişse yargılama sırasında suçun talebe bağlı bir suç olduğu anlaşılırsa CMK m.223/8 gereği muhakemenin durmasına karar verilir. Bu süre zarfında yetkili makam tarafından talepte bulunulması halinde muhakeme kaldığı noktadan devam eder, aksi takdirde talebin yokluğu dolayısıyla davanın düşmesine karar verilir⁸².

b. Alman Hukukundaki Durum

Bazı durumlarda başlatılacak bir ceza soruşturması özellikle siyasi-politik konularla ve devletin menfaati için gizli kalması gereken bilgilerle çok yakından ilgili olabilir. Bunların mahkeme önünde açıklanması ve tartışmaya açılması kamu yararına zarar verebilir. Bunun önüne geçebilmek için ceza hukukunda ağırlıklı olarak politik saiklerle kabul edilmiş iki kurum bulunmaktadır: *Talep* (*Strafverlangen*) ve *izin* (*Ermächtigung*)⁸³.

TCK'dan farklı olarak Al.CK'da izin ve talep kurumlarına yer verilmiş, izin ve talep benzer şekilde düzenlenmiştir (Al.CK m.77e). Bu nedenle bu başlık altında yalnızca talep kurumu değil aynı zamanda taleple çok yakın ilişki içerisinde olan izin kurumu da ele alınacaktır. Bu bağlamda burada yapılacak değerlendirmelerin izin konusuyla ilgili aşağıda yapılacak açıklamalar bakımından da geçerliliğini koruduğu söylenebilir.

⁸² Can, Sibel, Ceza Hukukunda Şikayet, Kırıkkale 2016, s. 104-105 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).

⁸³ LK-StGB, §77e Rn. 1.

*Talep, yabancı bir devletin kendisine karşı işlenmiş bir suçun soruşturulması ve kovuşturulması için yapmış olduğu başvurudur. Al.CK'nın 104a maddesinde düzenlenmiş olan talep, söz konusu suçların soruşturulması ve kovuşturulması için kabul edilmiş zorunlu bir şart olarak ortaya çıkmaktadır*⁸⁴.

*Gerek talep gerek izin Alman Hukuku'nda herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Başka bir ifadeyle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ihbarlar ve şikayetlere ilişkin şekil şartını öngören 158. maddesinin izin ve talep bakımından uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buna karşılık her iki usuli işlemde de belirli bir suçla ilgili olması aynı zamanda da şikayette olduğu gibi hangi fiil ve hangi faile yönelik olduğunun belirtilmiş olması gerekmektedir. İzinde, iznin verilmesi ile birlikte suçu işleyen failin cezalandırılma iradesinin net bir şekilde ortaya konulduğunun anlaşılması gerekmektedir*⁸⁵.

*Talep ve şikayet, yukarıda ifade edildiği üzere birbirinden farklı iki kavramdır. Talebin düzenlendiği Al.CK'nın 77e maddesinde Al.CK'nın şikayete ilişkin 77 ve 77d maddelerine atıf yapılmış böylece taleple ilgili konularda şikayete ilişkin bazı hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Bu atıftan hareketle yabancı hükümet tarafından yapılmış mevcut bir talebin veya Federal Alman Hükümeti tarafından verilmiş iznin hüküm kesinleşinceye kadar geri alınabileceği (Al.CK m.77d) kabul edilmektedir. Al.CK'da talebin nasıl yapılacağına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte kural olarak talebin yazılı olması gerektiği belirtilmekteyse de bu bir zorunluluk değildir. Talebin daha ziyade yabancı ülkenin büyükelçisi tarafından salt sözlü bir diplomatik girişimle yapıldığı ifade edilmektedir. Büyükelçi temsil ettiği ülkenin hükümetinin iradesine uygun hareket etmek zorundadır. Buna karşılık yargılama makamlarının yalnızca yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin ve Federal Alman Hükümeti tarafından verilmiş bir iznin bulunup bulunmadığını inceleyebileceği, buna karşın yapılan talebin o ülkenin hükümetinin iradesine uygun olup olmadığını denetleyemeyeceği kabul edilmektedir*⁸⁶. *Son olarak Al.CK'nın talebe ilişkin 77e maddesinde şikayet sürecine ilişkin hükme (Al.CK m.77b) atıf yapılmadığından dolayı talebin herhangi bir süreyle sınırlı olmadığı da kabul edilmektedir; başka bir ifadeyle o suç için öngörülen zamanaşımı süresi içerisinde talepte bulunulabilmesi mümkündür*⁸⁷. *Talep için yapılan bu açıklamalar aşağıda incelenecek olan izin şartı bakımından da geçerliliğini korumaktadır.*

⁸⁴ LK-StGB, §77e Rn. 1.

⁸⁵ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 7; SK-StGB, §104a Rn. 7; LK-StGB, §77e Rn. 3.

⁸⁶ SK-StGB, §104a Rn. 7; AK-StGB, §104a Rn. 4; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 9.

⁸⁷ AK-StGB, §104a Rn. 4-5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 9; SK-StGB, §104a Rn. 6-7; S/S-Eser, §104a Rn. 3; LK-StGB, §104a Rn. 5.

Yukarıda da ifade edildiği üzere TCK'da söz konusu suçlar açısından şikayet ve talep ayrımı yapılmamasına karşın, Alman Ceza Kanunu'nda "şikayet" ve "talep" arasında fark yaratılmıştır⁸⁸. Alman Ceza Kanunu'nun yabancı devletlere karşı işlenen suçlarda ceza takibatının şartlarını düzenleyen 104a maddesine göre, bu suçların soruşturulması veya kovuşturulması için aranan şartlardan bir tanesi, yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olmasıdır (...*ein Strafverlangen der ausländischen Regierung vorliegt...*). Yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması, yapısal olarak şikayete benzetilmektedir. Ancak talep, yukarıda da belirtildiği üzere şikayetten farklı olarak yabancı devletin yetkili organı vasıtasıyla ilgili devlete karşı yapılmaktadır. Buna göre kural olarak yetkili organ, yabancı devletin büyükelçisi kabul edilmekle birlikte yabancı devletin dışişleri bakanı tarafından da talebin yapılması mümkündür. Talebin iletilmesi gereken kişi başbakan veya dışişleri bakanıdır; Alman mahkemelerine veya savcılıklara talepte bulunulabilmesi mümkün değildir⁸⁹.

Mahkemelerin, yabancı hükümet tarafından yapılan talebin ve talepte bulunan hükümetin böyle bir talepte bulunmaya ulusal ve uluslararası hukuka göre yetkili olup olmadığıyla ilgili bir inceleme yapamayacağı kabul edilmektedir⁹⁰.

Alman doktrininde, yabancı hükümet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması şartının suçun unsuru veya objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil salt soruşturma ve kovuşturma şartı (*bloße Verfolgungsvoraussetzungen*) veya başka bir ifadeyle yargılama şartı olarak kabul edilmesi gerektiği yolunda görüş birliği bulunmaktadır⁹¹.

c. Değerlendirme

Al.CK'dan farklı olarak TCK'da talep kurumuyla ilgili hiçbir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Taleple ilgili TCK'da hiçbir düzenleme bulunmaması bu kavramın Türk Hukuku bakımından geçerli olmadığı sonucunu doğurmaz; kaldı ki Türk doktrininde talepten ne anlaşılması gerektiğiyle ilgili yeterli açıklama bulunmaktadır.

⁸⁸ Oysa 765 s. TCK'nın ilgili maddelerinde müracaat (talep) ve şikayet ayrımına yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda 765 s. TCK'nın 164 ve 165. maddelerinde müracaat (talep) kavramı kullanılmışken, 166. maddede ise şikayet şartından bahsedilmişti. Bu bağlamda şayet işlenen suç re'sen soruşturulan ve kovuşturulan bir suçsa herhangi bir müracaat yapılması gerekmemekteydi. Buna karşın işlenen suç takibi şikayete bağlı bir suçsa, suçtan zarar görenin şikayeti yerine yabancı hükümetin müracaatı şartı aranmaktaydı. Bununla birlikte müracaatın şikayet hükümlerine tabi olduğu kabul edilmekte, böyle olunca da şikayet kurumu için kabul edilen başvuru süresi ve şikayetten vazgeçmeye ilişkin hükümlerin müracaat bakımından da uygulama bulacağı ifade edilmekteydi. Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 153.

⁸⁹ SSW-StGB, §104a Rn. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 7; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 559; LK-StGB, §104a Rn. 4. TCK'nın 340. madde gerekçesinde şikayet hakkının ilgili yabancı devletin hükümeti tarafından kullanılabilceği ifade edilmiştir.

⁹⁰ LK-StGB, §104a Rn. 4.

⁹¹ Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 6; AnwK-StGB, §104a Rn. 4; LK-StGB, §104a Rn. 4; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 559 ve dn. 68'deki yazarlar.

Çalışmanın konusunu oluşturan suç tiplerinden TCK m.340 ve 341 hükmü incelendiğinde, talep kavramı yerine hatalı bir şekilde şikayet kavramının kullanıldığı görülmektedir. Oysa yukarıda ayrıntılı olarak izah olunduğu üzere burada kullanılması gereken kavramın “şikayet” değil “talep” olması gerektiği ortadadır. Buna rağmen TCK’da şikayet kavramı taleple karıştırılmış bunun sonucunda da “yabancı devletin şikayeti”, “ilgili devletin şikayeti” gibi yanlış ifadeler kâna girmiştir.

TCK’nın 342. maddesinin ikinci fıkrasında ise yabancı devlet temsilcilerine karşı işlenen suçun hakaret olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılmasının mağdurun şikayetine bağlı olduğu belirtilmiştir ki aşağıda izah olunacağı üzere bu tercih de kanaatimizce yanlıştır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, bazı durumlarda başlatılacak bir ceza soruşturması özellikle siyasi-politik konularla ve devletin menfaati için gizli kalması gereken bilgilerle çok yakından ilgili olabilir. Bu konuların ve bilgilerin mahkeme önünde açıklanması ve tartışmaya açılması beklenen faydadan çok daha büyük zararlara yol açabilir. Bu tür sakıncaların önüne geçebilmek için kabul edilen kurumlardan birisi de talep kurumudur. Bunun farkında olan Alman kanun koyucusu, mağdur gerçek kişi olsa bile bu bölümde düzenlenen suçlar açısından şikayet kurumunu değil talep kurumunu kabul etmiş böylelikle bu suç tiplerinin ihdas edilmesiyle amaçlanan menfaat doğrultusunda bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. Oysa bu inceliği tam olarak kavrayamayan Türk kanun koyucusu hatalı bir şekilde talep yerine şikayet kavramını kullanmayı tercih etmiştir.

TCK’daki söz konusu hükümler (m.340-342) incelendiğinde esas itibarıyla re’sen soruşturma prensibinin benimsendiği buna karşın istisnai olarak özellikle takibi şikayete bağlı suçlar için şikayet kurumuna geçerlilik kazandırıldığı görülmektedir. Oysa A1.CK’da yabancı devletlere karşı işlenen suçlar bölümünde düzenlenen suçlar normalde takibi şikayete bağlı olsalar bile re’sen soruşturulur hale getirilmiş ancak soruşturma yapılması yabancı devletin talebine bağlı tutulmuştur.

Bu açıklamalar ışığında, suçla korunması amaçlanan hukuki menfaat de dikkate alındığında, TCK’nın 340 ila 342. maddelerindeki suç tiplerinin normalde şikayete tabi olsalar bile re’sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olarak düzenlenmesi ancak soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için ilgili devlet tarafından yapılmış bir talebin varlığı şartının aranması en sağlıklı yol olacaktır. Bu bağlamda TCK’nın 340/2, 341/2 ve 342/2. fıkralarının kaldırılıp, TCK’nın 343. maddesine “yabancı devlet tarafından yapılmış bir talebin varlığı” ifadesinin eklenmesinin bu suçlarla korunması amaçlanan hukuki menfaat ve ceza hukuku sistematigi açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Son olarak gerek Türk gerek Alman ceza kanunundaki bu her iki şartın hukuki niteliğinin yargılama şartı olduğu rahatlıkla söylenebilir.

D. Almanya Federal Hükümetinin Ceza Soruşturması ve Kovuşturması İçin İzin Vermiş Olması Şartı

Al.CK'dan farklı olarak TCK'da bu şarta yer verilmediği görülmektedir. Bu nedenle aşağıdaki açıklamalar yalnızca Alman Hukuku bakımından geçerli bulunmaktadır.

Alman Ceza Hukuku doktrininde, izin şartının fiil ile doğrudan doğruya bir ilişkiye işaret etmediği ve bu nedenle de yargılama şartı olarak usul hukuku alanında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda Almanya Federal Hükümetinin ceza soruşturması ve kovuşturması için izin vermiş olması şartının hukuki niteliğinin yargılama şartı olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır⁹². Talep şartıyla ilgili olarak yukarıda söylenen hususlar bu şart bakımından da genel olarak geçerliliğini korumaktadır.

Söz konusu izin kural olarak sorumlu bakan sıfatıyla dışişleri bakanı tarafından kullanılabilir⁹³. Bununla birlikte bu yetkinin hükümet tarafından da kullanılması mümkündür⁹⁴. Şayet izin açıklamaya yetkili makamlar hiçbir açıklamada bulunmamışlarsa bu durumda savcılığın izin hakkında re'sen bilgi istemesi gerektiği kabul edilmektedir. Benzer şekilde, hükümet tarafından yapılmış olan açıklamada somut suçla ilgili soruşturma yapılmasına herhangi bir itirazın olmadığı belirtilmişse, bu durumda da iznin verilmiş olduğundan bahsedilmektedir⁹⁵.

İzin verilmesiyle ilgili herhangi bir şekil ve süre şartı da bulunmamaktadır⁹⁶.

Talep veya izin şartının henüz gerçekleşmediği durumlarda ise Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 127/I-2 ve 130/I-4 maddelerinin açık hükmüne binaen yakalamaya ve tutuklamaya karar verilebileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte diğer koruma tedbirlerine karar verilebilmesi bakımından çok dikkatli davranılması gerektiği ve orantılılık prensibinin her zaman dikkate alınması gerektiği de ifade edilmektedir⁹⁷.

Söz konusu izin şartına TCK'da yer verilmemiştir. Bununla birlikte bu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuki menfaat ve sistematik dikkate alındığında izin şartının da yapılacak bir kanun değişikliğiyle TCK'ya alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. İzin şartının TCK'ya alınmasıyla birlikte politik bir baskı aracı niteliğinde olan karşılıklılık şartının varlığıyla amaçlanan menfaatlerin daha da pekiştirilmiş olacağı söylenebilir. Bu bağlamda kanaatimizce,

⁹² AnwK-StGB, §104a Rn. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 6; LK-StGB, §104a Rn. 6; LK-StGB, §77e Rn. 1; Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 560.

⁹³ AnwK-StGB, §104a Rn. 5.

⁹⁴ SSW-StGB, §104a Rn. 6.

⁹⁵ AK-StGB, §104a Rn. 6; SK-StGB, §104a Rn. 8; LK-StGB, §104a Rn. 6; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 8.

⁹⁶ AnwK-StGB, §104a Rn. 5; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 9.

⁹⁷ AK-StGB, §104a Rn. 7; Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB-GK, §104a Rn. 6; SK-StGB, §104a Rn. 9.

TCK'nın 343. maddesindeki “karşılıklılık koşuluna” ifadesinden sonra eklenmesi savunulan “yabancı devlet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması” ifadesinden sonra gelmek üzere de “ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından soruşturma ve kovuşturmaya izin verilmiş olması şarttır.” ifadesinin eklenmesi en sağlıklı çözüm şekli olacaktır.

Kanaatimizce, -çalışmanın devamında TCK'nın ilgili diğer maddelerinde de yapılması savunulan değişikliklerle birlikte- TCK'nın 343. madde başlığının “Ortak hükümler” olarak, madde içeriğinin ise şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması için, Türkiye Cumhuriyeti'nin söz konusu yabancı devletle diplomatik ilişkilerinin bulunması, karşılıklılık şartının gerçekleşmiş olması, yabancı devlet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından soruşturma ve kovuşturmaya izin verilmiş olması şarttır.”

Bu bağlamda, söz konusu değişiklikte artık gereksiz hale gelecek olan TCK'nın 340. maddesinin ikinci fıkrasının, 341. maddesinin ikinci fıkrasının ve 342. maddenin ikinci fıkrasının da yürürlükten kaldırılması gerektiği düşünülmektedir.

III. Tipikliğin Maddi (Objektif) Unsurları

Bu başlık altında gerek TCK'da gerek A1.CK'da düzenlenmiş bulunan inceleme konusu suç tiplerinin maddi (objektif) unsurları ele alınacak ve değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

A. Fail

Gerek TCK'da gerek A1.CK'da düzenlenmiş bulunan yabancı devletlere karşı işlenen suçların faili herhangi bir kimse olabilir. Bu açıdan bakıldığında failin özel faillik niteliğine sahip olması gerekmemektedir. Başka bir ifadeyle bu suçların özgü suçlar olmadığı söylenebilir.

B. Mağdur-Suçtan Zarar Gören

Bütün suçlarda mağdur yalnızca gerçek kişiler olabilir. Gerçek kişiler dışında kalan tüzel kişiler, aile, devlet, kişi toplulukları gibi kurum ve organlar bir suçun işlenmesi dolayısıyla zarar görmüş olsalar bile mağdur olamazlar, bunlar yalnızca suçtan zarar gören olarak nitelendirilirler⁹⁸. Bu kapsamda TCK'da ve A1.CK'da inceleme konusu suçlar açısından mağdurun ve suçtan zarar göreninin kim veya kimler olabileceği aşağıda açıklanacaktır.

A1.CK'nın 102. maddesinde düzenlenen, yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine karşı saldırı suçunun mağdurları üç kategoride sınıflandırılmaktadır: Yabancı

⁹⁸ Özgenç, Genel Hükümler, s. 215; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 106-107.

devlet başkanı; yabancı bir hükümetin üyesi; yabancı hükümetin Almanya Federal Cumhuriyeti'nde akredite olan yöneticisi (örneğin yabancı devletin büyükelçisi, elçisi veya maslahatgüzarı). Bu kişilerin suçun işlendiği anda bu sığata sahip olmaları gerekmektedir. Yabancı devlet başkanının kim olduğu o ülkenin mevcut anayasasına göre belirlenecektir. Bu bağlamda Papa da devlet başkanı olarak kabul edilmektedir. Yabancı hükümet üyelerinden kasıt ise ilgili ülkenin anayasa hukukunda başkaları öngörülmemişse, başbakan, bakanlar ve başka bir unvanı taşıyalar bile bakanla aynı seviyede kabul edilen diğer kişilerdir. Örneğin, ABD dışişleri bakanının unvanını “*secretary of state*” olarak geçmesine karşın bu unvan bakanla eşit seviyede kabul edilmektedir. Buna karşılık konsoloslar bu kapsamda değerlendirilmemektedir. Diplomatlar için öngörülen bu korumanın gerçekleşmesi için büyükelçi ve elçinin Almanya Federal Cumhurbaşkanı tarafından, maslahatgüzarın ise Almanya dışişleri bakanı tarafından akredite olmuş olması da aranan bir diğer şarttır. Diplomatlar için öngörülen bu korumanın akredite devam ettiği sürece geçerli olacağı, başka bir ifadeyle öngörülen korumanın güven mektubunun sunulması ile başlayacağı ve azilnamenin verildiği anda sona ereceği belirtilmektedir. Bununla birlikte Alman doktrininde savunulan bir görüş, söz konusu korumanın yalnızca büyükelçiler, elçiler ve maslahatgüzarlar için öngörölmüş olmasını, başka bir ifadeyle diğer diplomatlar için bu korumanın kabul edilmemiş olmasını çok da doğru bulmamaktadır⁹⁹.

Mağdurun belirlenmesi açısından Al.CK'nın 102. maddesi için yukarıda yapılan tespitlerin uygun olduğu ölçüde TCK m.340 ve 342'nin yorumlanması bakımından da dikkate alınabileceği belirtilebilir. Ancak TCK'nın 342. maddesi ile Al.CK 102'dekiden daha kapsamlı bir koruma öngördüğü söylenebilir. Bu açıdan bakıldığında TCK'nın yukarıda ifade edilen ve Alman doktrininde söz konusu korumanın alanının dar tutulmasını eleştiren görüşü karşılandığı görölmektedir.

Al.CK'nın 103. maddesinde düzenlenen, yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine hakaret suçunun mağdurları da Al.CK'nın 102. maddesinde belirtilenlerle benzerlik göstermektedir. Ancak yabancı devlet başkanı ve yabancı bir diplomatik temsilciliğin Almanya'da akredite olmuş yöneticisine karşı işlenecek suçlardan dolayı sağlanan koruma alanı genişletilmiş ve bu kişiler resmi bir görev dolayısıyla Almanya'da bulunmasalar bile maddedeki korumadan istifade etmektedirler. Buna karşın yabancı hükümet üyeleri bakımından öngörölen koruma sınırlandırılmıştır; başka bir ifadeyle hükümet üyelerinin Al.CK'nın 103. maddesinde belirtilen korumadan yararlanabilmeleri için hem resmi bir görev dolayısıyla Almanya'da bulunmaları hem de hakaret suçunun bu kişilerin görevleri dolayısıyla işlenmiş olması gerekmektedir; şayet bu şartlardan biri mevcut değilse bu korumadan yararlanamayacaklardır¹⁰⁰.

⁹⁹ S/S-Eser, §103 Rn. 5; LK-StGB, §102 Rn. 1-2; BeckK-StGB, §102 Rn. 3; AnwK-StGB, §102 Rn. 2-4; SSW-StGB, §102 Rn. 2-4.

¹⁰⁰ AnwK-StGB, §103 Rn. 2-4; S/S-Eser, §103 Rn. 3-5; HK-GS/Hartmann, s. 789; BeckK-StGB, §103 Rn. 1; LK-StGB, §103 Rn. 2.

Al.CK'nın 104. maddesinde düzenlenen, yabancı devletlerin bayraklarının ve egemenlik alametlerinin ihlali suçunun suçtan zarar göreninin ise bayrağın ait olduğu yabancı devlet olduğu söylenebilir.

TCK m.340'da belirtilen yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçun mağduru devlet başkanıdır¹⁰¹. Yabancı devlet başkanının aile üyeleri bu suçun mağduru olamazlar¹⁰². Yabancı devlet başkanının bu suç tipinin korumasından yararlanabilmesi için -Al.CK'nın 103. maddesindeki düzenlemesine benzer şekilde- Türkiye'de bulunması ve kendisine karşı işlenen suçun göreviyle bağlantılı olarak işlenmiş olması şart değildir.

TCK m.341'de düzenlenen yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçunun konusu yabancı devlet bayrağı veya devletin diğer egemenlik alametleri olduğundan bu suçun suçtan zarar göreninin tahkire uğrayan yabancı devlet olduğu söylenebilir.

TCK m.342'de belirtilen yabancı devlet temsilcilerine karşı işlenen suçun mağduru ise Türkiye Cumhuriyeti'nde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş yabancı devlet temsilcileri ile bunların diploması memurları¹⁰³ veya uluslararası kuruluşların temsilcileri ile bunların diplomatik ayrıcalık ve bağışıklık tanınan memurlarıdır. Burada sayılan görevlilerin nasıl belirleneceği hususunda devletler genel hukuku kurallarından istifade edilecektir¹⁰⁴.

TCK'daki inceleme konusu maddelere bakıldığında, Al.CK'dan farklı olarak, mağdurun suçun işlendiği anda Türkiye'de bulunmasının zorunlu olup olmadığı veya Türkiye'de resmi bir sıfatla bulunmasının gerekip gerekmediği sorularına net bir cevap verilmediği görülmektedir. Bu bağlamda cevaplandırılması gereken iki soru bulunmaktadır: İlk olarak, suçun işlendiği anda mağdurun Türkiye'de bulunması gerekip gerekmediği sorusuna verilecek cevabı ikiye ayırarak incelemek gerekmektedir: Şayet suç yabancı devlet başkanına karşı işlenmişse, Al.CK'daki düzenleme paralelinde, yabancı devlet başkanının suçun işlendiği anda Türkiye'de bulunmasının şart olmadığı; buna karşın yabancı devlet temsilcileri söz konusu olduğunda bu kişilerin suçun işlendiği anda Türkiye'de bulunmalarının şart olduğu söylenebilir. İkinci soru ise bu kişilere karşı işlenen suçların görevleri dolayısıyla işlenmesinin gerekip gerekmediğidir. Yabancı dev-

¹⁰¹ Erem, Özel Hükümler, s. 151.

¹⁰² SSW-StGB, §102 Rn. 2; BeckK-StGB, §102 Rn. 1a; S/S-Eser, §102 Rn. 6; HK-GS/Hartmann, s. 789.

¹⁰³ 765 s. TCK'nın 166. maddesinde yalnızca Türkiye Cumhuriyeti'nde görevli yabancı devlet elçilerinin (elçi, büyükelçi) korunduğu, buna karşın yabancı devlet temsilcileri ve diploması memurlarının korumaya dahil edilmemiş olmasının büyük bir eksiklik olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlamda bir devletin elçisi aleyhine işlenen suçlara tatbik edilecek olan bu hükmün, örneğin resmi bir toplantıya katılmak için gelen yabancı bir devletin dışişleri bakanına karşı işlenen suçlarda uygulanamayacak olması tuhaf karşılanmaktaydı. Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 155; Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, s. 756.

¹⁰⁴ BeckK-StGB, §102 Rn. 2.

let başkanı açısından TCK’da bu konuyla ilgili açık bir düzenlemeye yer verilmediğinden, yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçun görevi dolayısıyla işlenmiş olması şart değildir. Buna karşılık TCK’nın 342. maddesinde yabancı devlet temsilcilerine karşı işlenen suçların bu kişilerin görevleri dolayısıyla işlenmiş olması gerektiği açık bir şekilde maddede ifade edilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus daha bulunmaktadır; o da TCK’nın 340. maddesindeki korumanın yalnızca yabancı devlet başkanı için öngörülmüş olmasıdır. Bu açıdan bakıldığında A1.CK’nın 102. maddesinden farklı olarak yabancı hükümet üyelerinin (başbakan ve bakanlar) TCK’nın 340. maddesindeki korumadan yararlanamayacakları anlaşılmaktadır. TCK’da neden bu şekilde sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verildiği anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce maddedeki koruma alanının genişletilmesi ve bu bağlamda yabancı hükümet üyelerinin de madde metnine dahil edilmeleri daha sağlıklı olacaktır. Zira yabancı bir büyükelçiye sağlanan korumanın yabancı bir dışişleri bakanına sağlanmaması çok da mantıklı bir durum olarak görülmektedir. Bundan dolayı TCK’nın 340. maddesinin şu şekilde değiştirilmesi gerektiği düşünülmektedir: *“Yabancı bir devlet başkanına veya resmi bir sıfatla Türkiye’de bulunan yabancı bir hükümetin üyesine görevi dolayısıyla kasten suç işleyen kişiye, o suç için öngörülen ceza yarı oranında artırılarak verilir.”*

C. Konu

Suçun konusu, fiilden etkilenen kişiyi veya şeyi ifade etmektedir. Bu bağlamda TCK m.340’taki suçun konusu yabancı devlet başkanının korunan her türlü hukuki değeridir. A1.CK’dan farklı olarak TCK’da yabancı devlet başkanına karşı işlenecek suç özel olarak belirtilmemiş olduğundan, yabancı devlet başkanının sahip olduğu her türlü hukuki değer bu suçun konusunu oluşturabilir.

TCK m.342’de de TCK m.340’dakine benzer olarak metinde sayılan kişilere karşı işlenecek suç özel olarak belirtilmemiş olduğundan bu kişilerin sahip olduğu her türlü hukuki değer bu suçun konusunu oluşturacaktır.

TCK m.341’deki suçun konusunu ise resmen çekilmiş yabancı devlet bayrağı veya yabancı devletin diğer egemenlik alametlerinin¹⁰⁵ oluşturduğu söylenebilir.

Bayrak ve diğer egemenlik alametlerinden ne kastedildiğinin de net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. TCK m.341’dekine benzer bir hükme *“Devletin egemenlik alametlerini aşığılama”* başlıklı TCK’nın 300. maddesinde de yer verildiği görülmektedir. Bayrak ve diğer egemenlik alametleri, devleti temsil eden belirli şekil ve renklerle meydana getirilmiş şeylerdir. Devletin en önemli egemenlik alameti bayraktır. Bu nedenle TCK’da bayrak ve diğer egemenlik ala-

¹⁰⁵ 765 sayılı TCK’da *“...dost devletler sancağını veya armasını...”* ifadesine yer verilmiş olduğundan, suçun konusunu bayrak veya armanın oluşturduğu, bunların dışında kalan egemenlik alametlerinin tahkiri halinde bu maddenin uygulanamayacağı ifade edilmekteydi. Bkz. Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, s. 754.

metleri ayrımı yapılmıştır. Diğer egemenlik alametleri kavramının içerisine, Türk Silahlı Kuvvetleri, resmi daireler veya kuruluşlar tarafından daimi nitelikte kullanılan alametler, sancaklar, ay-yıldız, Türkiye Cumhuriyeti (T.C.) işareti, milli marş ve benzeri şeyler girmektedir¹⁰⁶.

Al.CK'daki inceleme konusu suç tiplerinin konusu için de yukarıdakine benzer tespitleri yapmak mümkündür. Ancak Alman doktrininde Al.CK'nın 104. maddesinde ifade edilen yabancı devlet bayrağından ne anlaşılması gerektiği konusunda görüş ayrılığı söz konusudur. İlk görüşe göre, söz konusu düzenlemeyle yabancı devlet bayrakları korunmaktadır. Buradaki bayrağın herhangi bir kişi tarafından başkalarının fark edilebilir şekilde aleni olarak sergilenmesi yeterlidir. Bu sergileme mevzuat uyarınca gerçekleşebileceği gibi (örneğin denizcilik veya havacılık sözleşmeleri gereği yabancı bayrağın sergilenmesi) genel olarak kabul edilen bir teamüle göre de gerçekleşmiş olabilir (örneğin resmi ziyaretlerde, spor karşılaşmalarında, fuarlarda, uluslararası toplantılarda, otellerde yabancı ziyaretçileri karşılamak için yabancı bayrağın sergilenmesi)¹⁰⁷. Buna karşılık Al.CK'nın 104. maddesinde ifade edilen "*kabul edilen teamüller*" (*anerkannter Bräuche*) ifadesinin bu kadar geniş yorumlanmasını eleştiren ve anayasal belirlilik ilkesine uygun sınırlayıcı bir yorum yapılmasını savunan bir diğer görüşe göre resmi olmayan ve uluslararası etkinliklerde sergilenen bayraklara karşı gerçekleştirilen fiiller bu madde kapsamında değerlendirilmemelidir¹⁰⁸.

Devletin egemenlik alametlerinden ne anlaşılması gerektiğinin tespiti de önem arz etmektedir. Devletin egemenlik alametleri içerisine sancaklar, flamalar, forslar, armalar, rozetler, heykeller gibi şeyler girmektedir. Bir nesnenin devletin otoritesini temsil eden bir egemenlik alameti olarak kabul edilebilmesi için bu nesnenin yabancı hükümetin açık iradesine göre egemenlik alameti olarak kabul edilmesi ve kullanılması gerekmektedir. Devlet otoritesi bir nesnenin devletin egemenlik alameti olduğunu açık bir şekilde ifade edebileceği gibi söz konusu nesneyi büyükelçilik binasında veya konsolosluk binasında sergilemek suretiyle de gösterebilir¹⁰⁹.

Gerek TCK'nın gerek Al.CK'nın yabancı devlet bayrağına ve egemenlik alametlerine karşı işlenen suçu düzenlerken "*resmen/öffentlich*" kavramını kullandığı görülmektedir. TCK'nın 341. madde gerekçesinde "*resmen çekilmiş olan bayrak*" ibaresinden gerek yabancı devlet gerek Türk kanunlarına uygun olarak bayrağın direğe asılmış olmasının anlaşılacağı, bu itibarla yabancı devlet vatandaşının astığı bayrak veya diğer egemenlik alametlerinin tahkirinin örneğin bir protesto sırasında bayrak yakılması olayında bayrak resmi görevlilerce asılma-

¹⁰⁶ Gözübüyük, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, s. 646-647.

¹⁰⁷ SSW-StGB, §104 Rn. 2; S/S-Eser, §104 Rn. 2; LK-StGB, §104 Rn. 1.

¹⁰⁸ Bu görüşteki yazarlar için bkz. LK-StGB, §104 Rn. 2 Fn. 3; SSW-StGB, §104 Rn. 2.

¹⁰⁹ SSW-StGB, §103 Rn. 3; AnwK-StGB, §104 Rn. 4; S/S-Eser, §104 Rn. 3; LK-StGB, §104 Rn. 3.

dığı için bu suçun oluşmayacağı ifade edilmiştir. Alman doktrininde de yabancı bayrağın veya yabancı egemenlik alametinin “*resmen*”¹¹⁰ sergilenmiş veya yerleştirilmiş olmasından kastedilmek istenenin bayrağın veya egemenlik alametinin herkes tarafından görülebilecek şekilde (aleni) sergilenmesi veya yerleştirilmesi olmadığı¹¹¹ ifade edilmektedir. Bu yabancı devlet bayrağının veya egemenlik alametinin ilgili bir yerde (örneğin konsolosluk veya büyükelçilik binası) herhangi bir kişi tarafından fark edilebilecek şekilde sergilenmiş veya yerleştirilmiş olması yeterlidir¹¹².

D. Hareket

Al.CK’da yabancı devletlere karşı işlenen suçların hareket unsurunun TCK’dakine oranla daha kapsamlı bir şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Bu nedenle aşağıda gerek TCK’daki gerek Al.CK’daki her bir suç tipinin hareket unsuru üzerinde ayrı ayrı durulacaktır.

Bu başlık altında incelenecek ilk suç tipi TCK m.340 ve Al.CK m.102 olacaktır.

TCK m.340’ta yabancı devlet başkanına karşı hangi suç tipinin ihlalinin bu suça vücut vereceği açıkça düzenlenmemiş olduğundan¹¹³, yabancı devlet başkanına karşı işlenecek suça göre hareket unsurunun belirleneceği söylenebilir.

Al.CK’nın 102. maddesindeki suçun hareket unsurunu, metinde belirtilen kişilerin (yabancı devlet başkanı, yabancı bir hükümet üyesi veya yabancı bir diplomatik temsilciliğin Almanya’da akredite olan yöneticisi) bedenlerine veya hayatlarına¹¹⁴ karşı doğrudan doğruya bir saldırıda bulunulması oluşturmaktadır. Ancak bu kişilere karşı gerçekleştirilecek her saldırı değil yalnızca Almanya’da¹¹⁵ (Almanya kara, hava ve deniz sahasında) resmi sıfatla buldukları sırada gerçekleştirilecek saldırılar bakımından bu madde uygulanabilecektir. Şayet ilgili kişi esas itibariyle resmi işleri yerine getirmek için yabancı ülkede bulunuyorsa yabancı ülkede resmi sıfatla bulunduğu kabul edilmektedir. Bu kişilere karşı

¹¹⁰ Al.CK’da kullanılan “*öffentlich*” kelimesi hem “resmi” hem de “aleni” anlamına gelmektedir. Bundan dolayı bu kelimenin kanunda hangi anlamda kullanıldığının tespiti büyük önem arz etmektedir.

¹¹¹ Aksi yöndeki görüşler için bkz. AnwK-StGB, §104 Rn. 3-4; SSW-StGB, §103 Rn. 2. Bu görüşteki yazarlar, maddede kullanılan “*öffentlich*” kelimesini “aleni” olarak anlamakta ve bu bağlamda bayrağın, belirsiz sayıda kişi tarafından görsel olarak algılanabilir olmasını yeterli görmektedirler.

¹¹² LK-StGB, §104 Rn. 4; AK-StGB, §104 Rn. 5.

¹¹³ TCK’nın 340. maddesinde belirtilen “bir suç” ifadesinden yerinde bir şekilde “herhangi bir suç” anlamı çıkartılmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 496.

¹¹⁴ Kişinin bedenine veya hayatına yönelik salt bir tehdidin varlığı yeterli değildir. Bkz. SSW-StGB, §102 Rn. 6.

¹¹⁵ Al.CK’nın 4. maddesinde düzenlenmiş bulunan, Alman gemilerinde ve hava araçlarında işlenen fiiller bakımından fiilin işlendiği yerin hukukundan bağımsız olarak Alman Ceza Hukuku kurallarının uygulanacağını öngören hükmün, Al.CK’nın 102. maddesi anlamında “yurt içi”nin belirlenmesinde dikkate alınmayacağı belirtilmektedir. Bkz. AnwK-StGB, §102 Rn. 5.

resmi olmayan sıfatla Almanya’da buldukları sırada gerçekleştirilecek saldırılar bakımından Al.CK’deki diğer hükümler uygulama alanı bulabilecekse de 102. madde hükmü uygulama alanı bulamayacaktır. Son olarak bu kişilere karşı gerçekleştirilen saldırının görevleri dolayısıyla olması veya görev sırasındaiken işlenmesi şart değildir¹¹⁶. Söz konusu suç tipinin *teşebbüs suçu (Unternehmensdelikt)* olarak düzenlendiği ifade edilmekte başka bir ifadeyle ihlal neticesi gerçekleşmemiş olsa bile suç işlenmiş sayılmaktadır¹¹⁷. Bununla birlikte en azından vücut dokunulmazlığının ihlali tehlikesinin gerçekleşmiş olması şarttır. Bu bağlamda en azından Al.CK’nın 223. maddesi kapsamında bir kasten yaralama suçunun varlığı yeterli görülmektedir¹¹⁸.

Bu başlık altında incelenecek ikinci suç tipi ise TCK m.341 ve Al.CK m.104 olacaktır.

TCK’nın 341. maddesindeki suç tipinin hareket unsurunu, yabancı devletin bayrağının veya diğer egemenlik alametlerinin alenen aşağılanması oluşturmaktadır. Daha önce de ifade edildiği üzere maddede kullanılan “*tahkir*” ile kastedilmek istenenin “*aşağılama*” olduğu düşünülmektedir. Benzer bir düzenlemeye TCK’nın “*Devletin egemenlik alametlerini aşağılama*” başlıklı 300. maddesinde de yer verildiği görülmektedir. Söz konusu maddeye göre Türk bayrağını yırtarak, yakarak veya sair surette ve alenen aşağılayan kişinin bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir.

TCK m.341 ile benzer bir suç tipi Al.CK’nın 104. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun hareket unsurunu resmi olarak sergilenen yabancı bir devletin bayrağının veya egemenlik alametinin yerinden çıkartılması, bozulması, zarar verilmesi veya aşağılanması oluşturmaktadır. Bu bağlamda söz konusu suçun hareket unsurunu şu hareketler oluşturmaktadır: Çıkartma, bozma, zarar verme, anlaşılmaz hale getirme ve aşağılama. Çıkartmanın kapsamı içerisine bayrağın veya egemenlik alametinin bulunduğu yerden indirilmesi girmektedir. Kişinin bayrağı çıkartırken mal edinme kastıyla veya başka bir amaçla hareket edip etmediği önemli değildir. Bozma ise eşyanın kullanılabilirliğini tamamen ortadan kaldırmadır. Zarar verme söz konusu eşyanın kısmen bozulmasıdır. Anlaşılmaz hale getirme ise söz konusu eşyaların kirletilmesi, şeklinin bozulması, örtül-

¹¹⁶ SSW-StGB, §102 Rn. 5; AnwK-StGB, §102 Rn. 5-6; S/S-Eser, §102 Rn. 8; HK-GS/Hartmann, s. 789; Kühl, StGB Kommentar, §102 Rn. 1; LK-StGB, §102 Rn. 3-4; BeckK-StGB, §102 Rn. 4; Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2 - Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Auflage, München 2012, s. 459.

¹¹⁷ Türk Hukuku’nda benzer görüş Erem tarafından savunulmaktadır. Yazara göre yabancı devlet başkanına karşı işlenen suç teşebbüs aşamasında kalsa dahi madde uygulanabilecektir. Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 152. Aksi yönde görüş için bkz. AnwK-StGB, §102 Rn. 8 (Yazar, teşebbüs suçlarında, ilgili kişinin hukuki menfaati için somut bir tehlikenin meydana gelmesinin zorunlu olmadığını savunan yaygın görüşün, teşebbüs suçlarının karakterine aykırılık oluşturduğunu savunmaktadır.)

¹¹⁸ SSW-StGB, §102 Rn. 6; LK-StGB, §102 Rn. 4; AnwK-StGB, §102 Rn. 8; Kühl, StGB Kommentar, §102 Rn. 2; S/S-Eser, §102 Rn. 7.

mesi gibi çeşitli şekillerle kolayca tanınabilirliğinin değiştirilmesidir ancak burada sembollerin bozulması veya bunlara zarar verilmesi söz konusu değildir. Aşağılama ise hiçe saymanın nezaketsiz ve aşağılayıcı özel bir görünüm şeklidir (örneğin söz konusu sembollerin üzerine idrar yapmak, sembollerin üzerine veya onlara doğru tükürmek gibi). Ancak bunun için söz konusu hareketin bayrağın hemen yakınında gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu suça benzer bir düzenlemeye Al.CK'nın 90a maddesinde de yer verilmiş, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin veya eyaletlerinden birisinin bayrağının veya egemenlik alametinin yerinden çıkartılması, bozulması, zarar verilmesi veya aşağılanması suç olarak düzenlenmiştir¹¹⁹.

Bu başlık altında incelenecek üçüncü suç tipi ise TCK m.342 ve Al.CK m.103 olacaktır.

TCK m.342'de hangi suç tipinin ihlalinin bu suça vücut vereceği açıkça düzenlenmemiş olduğundan bu kişilere karşı işlenecek suça göre hareket unsurunun belirleneceği söylenebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, işlenecek suçların bu kişilerin görevleri dolayısıyla işlenmiş olmasının zorunlu olmasıdır. Başka bir ifadeyle bu kişilere karşı işlenecek suç bu kişilerin yerine getirdikleri görev dolayısıyla işlenmemiş ise bu madde uygulama alanı bulmayacaktır.

TCK m.342 bağlamında cevaplandırılması gereken önemli bir soru bulunmaktadır: O da bu kişilere karşı görevlerinden dolayı suç işlendiğinde bu kişilerin Türkiye'de bulunma zorunda olup olmadıklarıdır. Madde metninde bu konuda bir açıklık bulunmamakta olup, yalnızca "*Türkiye Cumhuriyetinde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş...*" denilmekle yetinilmiş, Al.CK'daki gibi "*yur-tiçinde bulunduğu sırada*" şeklinde net bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce TCK'da, Al.CK'dan farklı olarak, bu kişilere karşı görevlerinden dolayı suç işlendiği sırada Türkiye'de bulunmaları zorunluluğu açıkça öngörülmemiş olduğundan dolayı bu kişilere karşı Türkiye dışında buldukları sürede işlenen suçlar bakımından da TCK m.342 hükmü tatbik edilebilecektir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti'nde sürekli olarak görevlendirilmiş bir yabancı devlet temsilcisine Türkiye dışında bulunduğu bir sırada göreviyle alakalı olarak hakaret suçunun işlenmesi halinde TCK m.342 hükmü uygulama kabiliyeti bulabilecektir. Ancak bu kabul söz konusu korumanın sınırlarını çok fazla genişlettiği için maddenin bu kişilerin Türkiye'de buldukları sırada işlenen suçlarla sınırlandırılması gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu maddede yapılacak bir değişiklik bu maddenin uygulanabilmesi için suç işlendiği sırada bu kişilerin Türkiye'de bulunmaları şartının getirilmesi sağlıklı olacaktır.

¹¹⁹ AK-StGB, §104 Rn. 6-7; SSW-StGB, §104 Rn. 4; AnWk-StGB, §104 Rn. 5; S/S-Eser, §104 Rn. 4-8; LK-StGB, §104 Rn. 1, 5.

Al.CK'nın 103. maddesindeki suçun hareket unsurunu, metinde sayılan kişilere hakaret edilmesi¹²⁰ oluşturmaktadır. Hakaret kavramından Al.CK'nın 185 ila 187. maddelerinde düzenlenmiş bulunan suç tipleri anlaşılmaktadır.

E. Netice

Al.CK'nın 102. maddesinde belirtilen suç, maddede sayılan kişilerin yaşamlarına veya bedenlerine yönelik bir ihlalin gerçekleşmesi ile tamamlanmış olur. Suçun tamamlanması için doğrudan doğruya kişiyi hedef alan bir hareketin yapılması yeterli olup vücuda fiilen temas edilmiş olması şart değildir¹²¹.

Al.CK'nın 103. maddesinde düzenlenen suç, maddede sayılan kişilere hakaret edilmesiyle tamamlanmaktadır. Sırf hareket suçu olarak kabul edilen hakaret suçunun yapısında neticeye unsur olarak ayrıca yer verilmediğinden dolayı hareketin yapılmasıyla birlikte netice de gerçekleşmiş olmaktadır. Benzer tespitler Al.CK'nın 104. maddesi için de yapılabilir.

TCK'nın 340. maddesinde düzenlenmiş bulunan yabancı devlet başkanına karşı suç kapsamına hangi suçların girdiği özel olarak belirtilmemiş olduğundan dolayı netice unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğiyle ilgili işlenen suçun niteliğine göre ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.

TCK'nın 341. maddesinin sırf hareket suçu olduğu dikkate alındığında bayrağın veya egemenlik alametinin aşağılanması ile birlikte neticenin de gerçekleşmiş olacağı söylenebilir.

TCK'nın 342. maddesi bakımından yukarıda TCK'nın 340. maddesiyle ilgili söylenen açıklamalar geçerliliğini korumaktadır.

F. Suçun Nitelikli Halleri

TCK'nın 340 ve 342. maddelerinde, mağdurun sıfatından kaynaklı cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde yer verildiği görülmektedir. Bu maddelerde işlenecek suçun niteliği konusunda herhangi bir ayırım yapılmamış bütün suçlar bakımından geçerli genel cezayı ağırlaştırıcı nitelikli hallerde yer verilmiştir. Bu bağlamda söz konusu maddelerdeki nitelikli hallerin uygulanabilmesi için failin kastının söz konusu nitelikli halleri kapsaması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle TCK m.340 açısından failin suçu işlediği kişinin yabancı devlet başkanı olduğunu bilmesi; TCK m.342 açısından ise failin söz konusu kişilerin sıfatlarını bilip görevlerinden dolayı suç işlemesi gerekmektedir.

TCK m.342'nin uygulanması bakımından dikkat edilmesi gereken husus, failin fiili gerçekleştirdiği sırada mağdurun emekli olması veya görevinden ay-

¹²⁰ Almanya'da Şili Büyükelçiliği önünde düzenlenen bir protesto gösterisi sırasında göstericilerin elinde taşıdıkları 100x75 cm. ebadında bir dövizde yazan "Katiller çetesi" ifadesi, Almanya Federal İdare Mahkemesi tarafından yabancı bir diplomatik temsilciliklin yöneticisine hakaret olarak nitelendirilmiştir. (BVerwG NJW 1982 1008).

¹²¹ BeckK-StGB, §102 Rn. 5.

rlmış olmasının önemli olmadığıdır. Zira maddedeki nitelikli halin uygulanabilmesi için işlenecek suçun bu kişilerin görevlerinden dolayı işlenmiş olması şartı getirilmiş, görevli oldukları sırada işlenmesi şartı öngörülmemiştir. Son olarak, mağdura görevi sebebiyle değil de kişisel nedenlerden dolayı suç işlenmesi halinde bu madde hükmünün uygulanmayacağı söylenebilir. Örneğin, kiracısı olduğu bir büyükelçiyi kirayı zamanında ödemediği için sinirlenip öldüren fail hakkında bu madde hükmü uygulanmayacaktır.

Alman Ceza Kanunu'ndaki inceleme konusu suçlar ise bağımsız suç tipleri olarak düzenlenmiş olup bu suçlarla ilgili herhangi bir nitelikli hale Al.CK'da yer verilmemiştir. Buna karşın Alman ceza hukuku doktrininde savunulan bir görüşe göre Al.CK'nın 103. maddesinin, 185 vd. maddelere göre cezayı ağırlaştırılan özel bir suç tipi (*straferhöhenden Sondertatbestand*) olarak kabul edilmesi gerekmektedir¹²².

IV. Tipikliğin Manevi (Subjektif) Unsuru

Yabancı devlet başkanına karşı işlenen suçü düzenleyen TCK'nın 340. maddesinde işlenecek suçun ne olacağı gösterilmemiş yalnızca verilecek cezanın sevizde biri oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Bu açıdan bakıldığında failin kastının işlemek istediği suç için öngörülen manevi unsurla ilgili hususları kapsamı gerektiği söylenebilir.

TCK'nın 340. maddesi kapsamında kasten işlenen suçların madde kapsamına gireceği konusunda bir tereddüt yoksa da taksirle işlenen suçların da bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu tartışmalıdır.

Kanaatimizce TCK'nın 340. maddesindeki suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi mümkün değildir; zira TCK'nın 22. maddesine göre taksirle işlenen fiiller kanunda açıkça belirtilen hallerde cezalandırılabilceğinden ve TCK m.340'da buna ilişkin özel bir hüküm olmadığından dolayı bu suçun taksirli halinin cezalandırılabilmesi mümkün değildir. Zira ceza hukuku sistemimizde taksir istisnai bir sorumluluk şeklidir. Kaldı ki maddenin korumak istediği hukuki menfaat dikkate alındığında bunun taksir kurumuyla bağdaşmayacağı ortadadır¹²³. Benzer bir tespit TCK'nın 341 ve 342. maddeleri için de yapılabilir.

Failin saiki, bu suçların oluşumu açısından hiçbir önem arz etmemektedir¹²⁴. Ayrıca söz konusu suç tiplerinin şartları gerçekleşmesi şartıyla olası kastla da işlenebilmelerinin mümkün olduğu söylenebilir.

¹²² S/S-Eser, §103 Rn. 1.

¹²³ Farklı gerekçelerle aynı sonuca ulaşan yazarlardan Hafizoğulları/Özen'e göre, TCK'nın 11. ve 13. maddeleri karşısında, TCK m.340 açısından işlenen suçun yalnızca kasten işlenebilen bir suç olduğu sonucu çıkmaktadır. Bkz. Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 497. Ayrıca bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 152.

¹²⁴ Hafizoğulları/Özen, Özel Hükümler, s. 497; Arslan/Azizağaoğlu, Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 1322; Erem, Özel Hükümler, s. 153.

Alman Hukuku'nda, Alman Ceza Kanunu'nun 102 ila 104. maddelerinde düzenlenen suçların işlenebilmesi için en azından olası kastın varlığı zorunlu görülmektedir. Bu bağlamda failin yabancı devlet temsilcilerinin statüsünü veya yabancı devlet sembollerinin önemini en azından biliyor olması gerekmektedir; aksi takdirde faile ağır bir ceza verilmesini açıklamak mümkün olmaz. Bununla birlikte failin saiki önem arz etmemektedir, bu bağlamda failin yabancı devlet başkanına veya yabancı devletin izlediği politikalara karşı düşmanca bir saikle hareket edip etmemesi önemsizdir¹²⁵.

V. Hukuka Aykırılık

TCK'nın 341. maddesi bakımından hiçbir hukuka uygunluk nedeninin pratikte uygulama imkanı bulamayacağı söylenebilir. Buna karşın TCK m.340 ve 342 bakımından, temel suç tipi açısından geçerli olan hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanmasında herhangi bir engel durum olmadığı düşünülmektedir.

TCK'nın 342. maddesi bakımından TCK'nın 127. maddesindeki isnadın ispatına ilişkin, 128. maddesindeki iddia ve savunma dokunulmazlığına ilişkin ve 129. maddesindeki haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakarete ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabileceği söylenebilir.

Alman Ceza Kanunu açısından da benzer tespitlerin yapılması mümkündür. Bu bağlamda Al.CK'nın 103. maddesinde düzenlenmiş bulunan hakaret suçu açısından Al.CK'nın 190. maddesinde düzenlenmiş bulunan isnadın ispatına¹²⁶ (*Wahrheitsbeweis durch Strafurteil*) ve 193. maddesinde düzenlenen haklı menfaatlerden yararlanmaya (*Wahrnehmung berechtigter Interessen*) ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulabileceği, başka bir ifadeyle bu maddelerde aranan şartlar gerçekleşirse cezalandırılmanın ortadan kalkacağı ifade edilmektedir¹²⁷.

¹²⁵ AK-StGB, §104 Rn. 8; SSW-StGB, §102 Rn. 7; AnwK-StGB, §102 Rn. 9; S/S-Eser, §104 Rn. 10; LK-StGB, §103 Rn. 4, §104 Rn. 6.

¹²⁶ Erem'e göre de yabancı devlet başkanına hakarete isnadın ispatı hakkının faile tanınmış olduğunu kabul etmekte yarar vardır, zira kanunda bunun aksine bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. Erem, Özel Hükümler, s. 153.

¹²⁷ Almanya'da 2006 yılında, Avrupa'nın birçok ülkesinde de yapılan ve LGBT bireylerin onur yürüyüşü ve gösterisi olarak adlandırılan "*Christopher Street Day*" yürüyüşünde, Papa'yı temsil eden ve eline prezervatif geçirilmiş, üstündeki kıyafete homoseksüelleri temsil eden bir işaret işlenmiş, ağzına ve gözlerine makyaj yapılmış bir kuklanın araçta yürütülmesi üzerine vatandaşlar tarafından yapılan şikayetin ardından Alman polisi tarafından Al.CK'nın 185, 103 ve 166. maddelerinin işlenebileceği düşüncesiyle araçtaki Papa kuklası kaldırılmıştır. Bu kuklanın sahibi tarafından Münih Yüksek İdare Mahkemesi'ne başvurulmuş ve polisin gerçekleştirdiği idari işlemin hukuka aykırılığının tespiti davası (*Fortsetzungsfeststellungsklage*) açılmıştır. Mahkeme vermiş olduğu kararda davacının eyleminin hakaret içermediğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, Papa'nın homoseksüel sembollerle betimlenmesi Papa'nın insan onurunu ihlal etmemektedir, çünkü insan onuru kavramı insanların cinsel tercihleri bakımından herhangi bir önem taşımamaktadır. Ayrıca söz konusu kuklanın araç üzerinde yürütülmesi ile Papa'nın aşağılandığı veya hakarete uğradığının kabul edilemeyeceği de belirtilmiştir. Kararda, davacının, Katolik Kilisesi'nin homoseksüelliğe karşı sergilediği olumsuz tutumu eleştirme amacıyla böyle bir kukla yapma yoluna gittiğine de vurgu yapılmıştır. Bkz. VGH München, NJW 2011, 793, 794, 795.

Buna karşılık Al.CK'nın 189. maddesinde düzenlenen ölünün hatırasına hakaret suçunun Al.CK m.103 bakımından uygulanamayacağı çünkü ölüm ile birlikte yabancı devlet adamlığı statüsünün sona ermiş olacağı belirtilmektedir¹²⁸. Ayrıca Al.CK'nın 199. maddesinde düzenlenmiş bulunan karşılıklı hakarete ilişkin maddenin (*Wechselseitig begangene Beleidigungen*) de bu suç bakımından uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir¹²⁹.

VI. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

A. Teşebbüs

Gerek TCK gerek Al.CK açısından inceleme konusu suçlar teşebbüs açısından herhangi bir özellik göstermemektedir.

B. İştirak

Gerek TCK gerek Al.CK açısından inceleme konusu suçlara iştirak herhangi bir özellik göstermemektedir. Bu bağlamda bu suçlara iştirakin her türlü mümkünür.

C. Suçların İçtimai

Daha önce de ifade edildiği üzere TCK'nın 340 ve 342. maddelerinde düzenlenmiş bulunan suçlar bağımsız suç tipleri olmayıp cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halleri düzenleyen hükümlerden ibarettir. Bu bağlamda temel norm bakımından suçların içtimainin mümkün olup olmadığına göre bir değerlendirme yapılması gerekmekte olup bu da somut olaya göre değişkenlik gösterecektir. Bu bağlamda bu suç tiplerinin, suçların içtimai bakımından herhangi bir özellik arz etmediği ifade edilebilir. TCK'nın 341. maddesinde belirtilen suç tipi de bağımsız bir suç olup suçların içtimai bakımdan herhangi bir özellik göstermemektedir.

İnceleme konusu suç tipleri için gerek ilgili/yabancı devletin şikayetinin (talebinin) gerek TCK'nın 343. maddesinde ifade edilen karşılıklılık şartının gerçekleşmemesi durumunda mevcut durumda nasıl bir yol izleneceği sorusunun da cevaplandırılması gerekmektedir. Daha önce de belirtildiği üzere TCK'nın 340 ve 342. maddelerinde düzenlenmiş bulunan suç tipleri bakımından temel olarak re'sen soruşturma ilkesinin uygulandığı, yalnızca takibi şikayete bağlı suçlar açısından şikayet şartının getirildiği görülmektedir. Bu bağlamda takibi şikayete bağlı suçlar bir tarafa bırakılacak olursa re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar için karşılıklılık şartının gerçekleşmediği durumlarda kanaatimizce temel suç tipinden dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasında hiçbir engel bulun-

¹²⁸ SSW-StGB, §103 Rn. 5; AnwK-StGB, §103 Rn. 6; HK-GS/Hartmann, s. 789; Kühl, StGB Kommentar, §103 Rn. 2; BeckK-StGB, §103 Rn. 2; LK-StGB, §103 Rn. 3.

¹²⁹ S/S-Eser, §103 Rn. 6; BeckK-StGB, §103 Rn. 2; Kühl, StGB Kommentar, §103 Rn. 2. Aksi görüşteki yazarlar, şayet ilk hakaretin yabancı devlet adamından geldiği kabul edilecek olursa Al.CK'nın 199. maddesinin uygulanabileceği görüşündedirler. Bkz. SSW-StGB, §103 Rn. 5; AnwK-StGB, §102 Rn. 6; LK-StGB, §103 Rn. 4.

mamaktadır. Bu sonuca varılmasının temelinde bu suç tiplerinin bağımsız suçlar olmaması, yalnızca cezayı ağırlaştırıcı nitelikli halleri düzenleyen hükümler olması gösterilmektedir. Başka bir ifadeyle şayet karşılıklılık şartı gerçekleşmezse TCK'nın 340 ve 342. maddelerindeki cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller fail bakımından uygulanamayacak ancak temel suç tipinden dolayı soruşturma ve kovuşturma başlatılmasında hiçbir engel bulunmayacaktır.

Alman doktrininde de, Al.CK'nın 103. maddesinin, suçun unsurlarından birinin gerçekleşmemesi veya 104a maddesinde belirtilen şartlardan birinin yokluğu sebebiyle uygulanamaması halinde, Al.CK'nın hakareti düzenleyen 185 vd. maddelerinin uygulama kabiliyeti bulacağı belirtilmektedir; zira Al.CK'nın 103. maddesi, 185 vd. maddelerine göre özel hüküm (*lex specialis*) niteliğinde kabul edilmektedir. Benzer şekilde Al.CK'nın 103. maddesinin amacının, bu kişilerin ceza hukukuna ilişkin öngörülen genel korumadan yararlanmalarını ortadan kaldırmak değil, bilakis bu korumayı kuvvetlendirmek olduğu, bu bağlamda Al.CK'nın 103. maddesinde belirtilen unsurlardan birinin eksikliği veya 104a maddesinde belirtilen şartlardan birinin yokluğu sebebiyle bu maddenin uygulanamaması halinde hakareti düzenleyen genel hüküm niteliğindeki normların da (Al.CK m.185 vd.) uygulanamayacağını savunmanın, bu kişilerin kişilik haklarının korumadan mahrum bırakılması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir¹³⁰.

Buna karşılık Alman doktrininde *Geisler*, Al.CK'nın mala zarar verme suçunun düzenlendiği 303. maddesinin temel norm, 104. maddesinin ise özel norm olarak değerlendirilmesi gerektiği yolundaki görüşü eleştirmekte ve Al.CK 104'ün mala zarar verme suçunun değil, yabancı devletlere hakaretin özel bir şekli olduğunu ifade etmektedir¹³¹. Bu bağlamda *Geisler*, karşılıklılık şartı gerçekleşmediği takdirde, söz konusu suçlara benzeyen özel hükümlerde düzenlenmiş diğer suç tiplerine müracaat edilmesinin de mümkün olamayacağını sözlerine eklemektedir¹³².

Alman doktrininde, Al.CK'nın 104. maddesinde belirtilen suçu işleyen failin yabancı devlet bayrağını veya egemenlik alametini bulunduğu yerden alması halinde hırsızlık suçu ile bu suç arasında fikri içtima kurallarının uygulanabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca yine Al.CK'nın 104. maddesinin, mala zarar verme suçunu düzenleyen Al.CK'nın 303. maddesine göre özel hüküm niteliğinde olduğu, bu bağlamda 104. maddenin seçimlik hareketleri olan çıkartma, bozma, zarar verme ve anlaşılabilir hale getirmenin gerçekleşmesi halinde Al.CK'nın 303. maddesinin değil 104. maddesinin uygulama alanı bulacağı belirtilmektedir. Buna karşılık Al.CK'nın 104a maddesinde belirtilen koşulların gerçekleşmemesi halinde Al.CK'nın 303. maddesinin uygulanabileceğine de vurgu yapılmaktadır¹³³.

¹³⁰ S/S-Eser, §103 Rn. 8; Kühl, StGB Kommentar, §103 Rn. 2; LK-StGB, §103 Rn. 6; AK-StGB, §104 Rn. 10.

¹³¹ Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 544-545.

¹³² Geisler, Objektive Bedingungen der Strafbarkeit, s. 556-558, 560.

¹³³ LK-StGB, §104 Rn. 7.

VII. Yargılama

A. Yaptırım

765 sayılı TCK'nın 164. maddesinde verilecek cezanın 1/6'dan 1/3'e kadar artırılması öngörülmüşken, 5237 sayılı TCK'nın 340. maddesi ile artırım oranı sabitlenmiş ve 1/8 olarak belirlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında 5237 sayılı TCK'nın bu suç için daha az bir artırım oranı belirlediği görülmektedir. Bu bağlamda maddede öngörülen artırım oranının çok az olduğu ve yeterli korumayı sağlamaktan uzak olduğu ortadadır. Bundan dolayı TCK'nın 340. maddesindeki artırım miktarının 1/8'den 1/2'ye çıkartılmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

TCK'nın 341. maddesindeki suç tipi için üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. TCK'nın 342. maddesinde belirtilen kişilere karşı görevlerinden dolayı suç işlenmesi halinde bu kişilerin kamu görevlisi kabul edilecekleri ve fail hakkında TCK'nın ilgili maddelerine göre cezaya hükmedileceği belirtilmiştir.

Al.CK'nın 102. maddesindeki suç için beş yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası, çok ağır hallerde ise bir yıldan az olmamak üzere hapis cezası verilmesi kabul edilmiştir. Al.CK'nın 103. maddesindeki suç için üç yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası, daha ağır halde ise üç aydan beş yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Son olarak Al.CK'nın 104. maddesindeki suç içinse iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

B. Soruşturma ve Kovuşturma Usulü

TCK'nın 340. maddesine göre re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar hariç olmak üzere takibi şikayete bağlı suçlar için yabancı devletin şikayette (talepte) bulunması gerekmektedir. Re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar için yabancı devletin herhangi bir ihbar veya talepte bulunmasına gerek bulunmamaktadır.

TCK'nın 341. maddesindeki suç yalnızca yabancı devletin şikayetine (talebine) bağlı olarak soruşturulup kovuşturulmaktadır.

TCK'nın 342. maddesinde belirtilen kişilere karşı görevlerinden dolayı suç işlenmesi durumunda bu kişiler kamu görevlisi kabul edilmekte ve fail buna göre cezalandırılmaktadır. Buna karşın aynı maddenin ikinci fıkrasında işlenen suçun hakaret olması durumunda soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi mağdurun şikayetine bağlı tutulmuştur. Hakaret suçu için neden böyle istisnai bir hüküm konulduğunu anlamak zor görünmekte olup madde gerekçesinde de buna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. TCK'nın 342. maddesinde belirtilen kişileri bir yandan kamu görevlisi sayıp öte yandan hakaret suçu açısından böyle bir istisnai hüküm koymanın açıklanabilir bir izahının olmadığını düşünmekteyiz.

TCK'nın 343. maddesinde varlığı aranan karşılıklılık şartıyla, TCK'nın 340 ila 342. maddelerde aranan şikayet/talep şartının hukuki niteliğiyle ilgili yukarıda ayrıntılı açıklamalar yapıldığından dolayı burada tekrara kaçmamak için yeniden açıklama yapılma ihtiyacı hissedilmemiştir.

Al.CK'nın 102 ila 104. maddelerinde belirtilen suçların tamamının re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olduğu söylenebilir.

Al.CK'nın 104a maddesinde belirtilen dört şartın hukuki niteliğinin ne olduğuyla ilgili yukarıda ayrıntılı açıklamalar yapılmış olup tekrara kaçmamak için yeniden açıklama yapılma ihtiyacı hissedilmemiştir.

C. Görevi ve Yetkili Mahkeme

Bu suçlarda görevli mahkemenin neresi olduğuyla ilgili 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun'un 11. ve 12. maddeleri uyarınca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda TCK'nın 340. ve 342. maddelerine göre görevli mahkemenin belirlenmesinde işlenecek suç için öngörülen hapis cezasına göre bir değerlendirme yapılacaktır. TCK'nın 341. maddesinde ise görevli mahkemenin asliye ceza mahkemesi olacağı ifade edilebilir.

Yetkili mahkemenin belirlenmesinde ise CMK'nın 12 vd. maddelerinden yararlanılacaktır.

Al.CK'da belirtilen suç tipleri için de görevli ve yetkili mahkemenin belirlenmesinde herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ekskurs: Al.CK m.103'ün 1 Ocak 2018 Tarihinden İtibaren Yürürlükten Kaldırılacak Olmasına Dair Tespit ve Değerlendirmeler

31 Mart 2016'da Alman sunucu *Jan Böhmermann*'ın Alman ZDF televizyon kanalında *Neo Magazin Royale* adlı programda, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı *Recep Tayyip Erdoğan*'a yönelik kendi yazdığı ağır hakaretler ve aşağılamalar içeren bir şiiri okuması, Türkiye ile Almanya arasında gerilime yol açmış, sonrasında gerek *Recep Tayyip Erdoğan* gerek Türkiye Cumhuriyeti hükümeti tarafından *Böhmermann*'ın cezalandırılması istemiyle 11 Nisan 2016 tarihinde Almanya'dan resmi talepte bulunulmuştur. Yapılan bu resmi talebin ardından Almanya hükümeti 15 Nisan 2016 tarihinde ceza soruşturması için Al.CK'nın 104a maddesine göre gerekli olan izni vermiş ve *Böhmermann* hakkında Al.CK'nın 103. maddesini ihlalden soruşturma başlatılmıştır. Alman hükümeti tarafından verilen izinden sonra eş zamanlı yapılan açıklamada Al.CK'nın 103. maddesinin artık gereksiz olduğu ve bu maddenin yürürlükten kaldırılması için gerekli çalışmaların başlatıldığı da ifade edilmiştir¹³⁴.

¹³⁴ <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2016/04/2016-04-15-bundesregierung-entscheidung-boehmermann.html> (E.T.: 01.06.2017).

Bu soruşturmaya birlikte *Böhmermann*'ın cezalandırılması gündeme gelmiş ve A1.CK'nın "*majestelerine hakaret maddesi*" (*Majestätsbeleidigungsparagra ph*) olarak da adlandırılan 103. maddesinin kaldırılması için çalışmalar başlatılmış, bazı hukukçular da¹³⁵ bu konuyla ilgili yazılar kaleme almışlardır.

Almanya Federal Meclisi'nin hazırlanmış olduğu 20.06.2016 tarihli akademik çalışmada¹³⁶, A1.CK'nın 103. maddesindeki yabancı devletin organ ve temsilcilerine hakaret suçunun kaldırılmasının devletler hukukuna uygun olup olmayacağı incelenmiştir. Bu bağlamda söz konusu çalışmada devletler hukukunun temel prensiplerinden birisi olarak kabul edilen "*Devletlerin onuru*" (*Staateneh-re*) ve devlet başkanının onurun korunması meselesi ele alınmış, sonrasında ise yabancı devletlerin temsilcilerine karşı gerçekleştirilecek saldırılara karşı devletlerin, devletler hukukundan kaynaklı bir ceza normu ihdas etme yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı incelenmiştir¹³⁷.

A1.CK'nın 103. maddesinin kaldırılmasında önemli bir argüman olarak kullanılan bu akademik çalışmanın önemli noktalarına aşağıda temas edilecektir. Bu bağlamda yabancı devlet temsilcilerinin onur ve saygınlıklarına yönelik gerçekleştirilecek saldırılara karşı devletlerin ceza hukuku koruması sağlamalarının devletler hukuku bakımından mümkün olup olmadığı ile yabancı devletlerin temsilcilerine karşı gerçekleştirilen saldırıların suç sayılmasının devletler için bir yükümlülük olup olmadığı hususunda yapılan tespitlere kısaca değinilecektir.

Söz konusu akademik çalışmada, yabancı devlet temsilcilerinin lehine özel ceza normları yapmanın ve ceza miktarının artırılmasının devletler hukukundan kaynaklı bir yükümlülük olmadığı noktasından hareket edildiği ve çalışmanın buna göre şekillendirildiği görülmektedir¹³⁸.

¹³⁵ Schelzke, Ricarda Christine, "Ändert Jan Böhmermann das Strafgesetzbuch? - Über die Abschaffung des §103 StGB", HRRS, Heft: 5/2016, s. 248 vd., <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/16-05/index.php?sz=9> (E.T.: 01.06.2017); Müller, Reinhard, "Majestätsbeleidigung abschaffen?", <http://www.faz.net/aktuell/politik/nach-boehmermanns-erdogan-gedicht-majestaetsbeleidigung-streichen-14178612.html> (E.T.: 01.06.2017); Talmon, Stefan, "Muss am Ende Deutschland haften?", <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/staatenbeschwerde-gegen-deutschland-nicht-ausgeschlossen-14176519.html> (E.T.: 01.06.2017); Klein, Hans Hugo, "Neue Umgangsformen", <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-fall-boehmermann-neue-umgangsformen-14203000.html> (E.T.: 01.06.2017).

¹³⁶ Bu konudaki en önemli resmi çalışma olarak Almanya Federal Meclisi'nin hazırlanmış olduğu 20.06.2016 tarihli ve WD 2 - 3000 - 085/16 sayılı "*Devletler hukukundaki 'Devletlerin onuru' prensibi ışığında yabancı devletlere karşı işlenen suçlar (A1.CK 102-104)*" başlıklı 13 sayfalık akademik çalışma gösterilebilir. Söz konusu çalışmanın herhangi bir bağlayıcılığı bulunmamakta olup yalnızca konuyla ilgili akademisyenlerin görüşlerini ortaya koymakta ve bu yönüyle Federal Meclis'e yol gösterici olmaktadır. Söz konusu çalışma için bkz. <https://www.bundestag.de/blob/435762/33694e7e433f36421d0c766ec3155774/wd-2-085-16-pdf-data.pdf> (E.T.: 01.06.2017) (Ausarbeitung).

¹³⁷ Ausarbeitung, s. 5 vd.

¹³⁸ Ausarbeitung, s. 5.

18. ve 19. yüzyıllar klasik devletler hukukunda kabul edilen anlayışta “devletlerin onuru”na (*Ehre des Staates*) büyük bir önem atfedildiği; bu bağlamda devletlerin, sahip oldukları hakimiyet kudretinin bir sonucu olarak yabancı devletlere ve bu devletlerin yöneticilerine yönelik ihlalleri engelleme yükümlülüklerinin bulunduğu kabul edilmektedir. Yabancı devlet temsilcilerinin devletler hukukundan kaynaklı olarak onurlarının korunmasının dayanağı olan uluslararası antlaşmalar ile ulusal veya uluslararası mahkemelerin vermiş oldukları kararlar gösterilmektedir¹³⁹.

Devletler hukuku öğretisinde, yabancı devletin temsilcisinin yaşam ve bedene yönelik müdahalelerin önlenmesi bakımından devletlerin sorumluluklarının bulunduğu açık bir şekilde kabul edilmektedir. Bu yorum 1973 tarihli Diplomatların Yanında Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nde kendisini açık bir şekilde göstermiştir. Buna karşın bu sözleşmenin, devletlerin onurunu koruma alanına almadığı kabul edilmektedir. Buna karşın özellikle eski literatürde, devletlerin onuru prensibinin yabancı devletin sembollerinin, organlarının veya devlet başkanının aşağılanması veya hakarete uğramasının engellenmesini de kapsadığı savunulmaktaydı. Günümüz Alman devletler hukuku öğretisinde ise yabancı bir devlet temsilcisine karşı gerçekleştirilen hakaretin artık devletler hukukuna ilişkin gerçekleştirilmiş bir haksızlık olarak değerlendirilemeyeceği yani söz konusu davranışın ilgili devlete karşı doğrudan doğruya bir müdahale olarak değerlendirilemeyeceği görüşü savunulmaktadır. Gerçekleştirilen bu fiil “*nezaketsiz ama hukuka aykırı olmayan bir davranış*” olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁰.

18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi’nde yabancı devletlere, ülkelerindeki diplomatlarla ilgili olarak bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Sözleşmenin 29. maddesinde şöyle denilmektedir: “*Diplomatların şahsi dokunulmazlıkları vardır. Hiçbir şekilde tutuklanamaz veya gözaltına alınamazlar. Kabul eden devlet diplomata gereken saygıyı gösterecek ve diplomatın şahsına, özgürlüğüne ve onuruna yönelik her türlü saldırıyı önlemek için gerekli tüm önlemleri alacaktır.*” Her ne kadar Sözleşmenin 29. maddesinde diplomatlardan bahsedilmekteyse de bunun içerisine devlet başkanlarının da girdiği kabul edilmektedir. Buna karşın söz konusu Sözleşmenin yabancı ülkede akredite olmuş diplomatların çalışma özgürlüklerinin korunmasına hizmet ettiği, Sözleşmenin, yabancı devletlerin temsilcilerine yönelik ihlalleri engellemeye yönelik bir görev ifa etmediği belirtilmektedir¹⁴¹.

14 Aralık 1973 Tarihli Diplomatların Yanında Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi’nin 1.

¹³⁹ Ausarbeitung, s. 6.

¹⁴⁰ Ausarbeitung, s. 6-7.

¹⁴¹ Ausarbeitung, s. 7.

maddesinin birinci fıkrasının a bendinde ise uluslararası korunmaya layık kişiler olarak, *yabancı bir ülkede buldukları sırada* ilgili devletin anayasasına göre yabancı devlet başkanı, başbakan, dışişleri bakanı ile kendisine refakat eden aile üyeleri sayılmıştır. Bu Sözleşme ile her bir üye devlete, söz konusu kişilerin ziyaret edilen ülkede sorunsuz bir şekilde konaklamalarının sağlanmasına ilişkin bir tür koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda söz konusu Sözleşmede öngörülen korumaların sağlanabilmesi için her şeyden önce uluslararası hukuk anlamında korunan kişilerin yabancı bir ülkede bulunmalarının şart olduğu görülmektedir. Ayrıca Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendine göre uluslararası korumaya sahip kişilerin şahıslarına veya hürriyetlerine karşı gerçekleştirilecek öldürme, kaçırma ve diğer saldırıların taraf devletlerce suç olarak düzenlenmesi gerektiği de belirtilmektedir. Bu Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrasında ise *önleyici korumalara (präventiver Schutz)* ilişkin bir hükme yer verilmiştir: *“Bu maddenin birinci ve ikinci paragrafları, taraf devletlerin devletler hukuku kapsamında uluslararası korunmaya sahip kişilerin şahısları, hürriyetleri ve onurlarına karşı yapılacak diğer saldırıları önlemeyi amaçlayan yükümlülüklerini hiçbir şekilde ortadan kaldırmaz.”* Bu bağlamda yabancı devlet temsilcilerinin onurlarının korunmasına söz konusu Sözleşmede yer verilip verilmemesi hususu belirsizdir. Onura karşı bir saldırının, Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında *“şahıslara karşı yapılan diğer saldırı”* olarak değerlendirilmesi, Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrasında açık bir şekilde *“onur”* kelimesine yer verilmiş olmasından dolayı şüpheli karşılanmaktadır. Sözleşmede bahsedilen *“diğer saldırılar”* ifadesiyle kastedilmek istenenin Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının a bendinde belirtilen öldürme, kaçırma veya yaralama suçları olarak yorumlanması gerektiği, onura karşı ihlallerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği savunulmaktadır. Sonuç itibarıyla yabancı devlet temsilcilerinin onurlarının korunmasının yalnızca Sözleşmenin 2. maddesinin üçüncü fıkrası ile *önleyici koruma* şeklinde düzenlendiği, yani onura yönelik ihlallerin suç olarak düzenlenmesine ilişkin Sözleşmede herhangi bir düzenleme bulunmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca yabancı devlet temsilcilerinin onurlarının internet, televizyon veya basın yoluyla saldırıya uğraması durumunda ilgili devletin koruma yükümlülüğünün yabancı devlet temsilcilerinin ziyaret edilen yabancı ülkede bulunmaları şartıyla söz konusu olabileceği belirtilmektedir¹⁴².

Almanya Federal Meclisi tarafından hazırlattırılan bu akademik çalışmanın ikinci bölümünde, yabancı devletlerin temsilcilerine karşı gerçekleştirilecek saldırıların suç sayılmasının devletler hukukuna göre devletler için bir yükümlülük olup olmadığı hususu incelenmiştir.

Söz konusu çalışmanın bu bölümünde ilk olarak yabancı devlet temsilcilerinin yaşamlarına ve bedenlerine yönelik saldırıların suç sayılmasının devletler

¹⁴² Ausarbeitung, s. 8.

hukuku kurallarına göre ilgili devlet için bir yükümlülük olduğu belirtilmiştir. 14 Aralık 1973 Tarihli Diplomatların Yanında Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nde bu husus açıkça ifade edilmiştir. Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının a ve b bentleri şu şekildedir: “1. Taraf Devletlerin her biri aşağıda belirtilenlerin kasıtlı olarak yapılmasını iç hukuklarında suç olarak öngörecektir: (a) Uluslararası korunmaya sahip kişilerin şahıslarına veya hürriyetine karşı bir cinayet, kaçırma veya diğer bir saldırı; (b) Uluslararası korunmaya sahip bir kişinin şahsını veya hürriyetini tehlikeye düşürebilecek şekilde resmi çalışma mahalline, ikametgahına veya ulaşım araçlarına şiddetli bir saldırı...”. Sözleşmenin 2. maddesinin ikinci fıkrasında ise taraf devletlerin bu suçlara, vahametlerini de göz önüne alarak uygun cezaları verecekleri hükme bağlanmıştır (*devletler hukukundan kaynaklı ceza verme yükümlülüğü-völkerrechtliche Strafpflicht*). Alman Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde devletler hukukundan kaynaklı bu yükümlülüğün vücut bulduğu ve Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının yalnızca a bendinde belirtilen suçlar için koruma sağlandığı görülmektedir. Buna karşılık Sözleşmenin 2. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde belirtilen fiiller Al.CK'nın 102. maddesi içerisinde düzenlenmemiştir. Buna gerekçe olarak Alman kanun koyucusunun Al.CK'daki özel hükümlerdeki diğer suç tiplerinin bu korumayı sağlamak için yeterli olması gösterilmektedir. Bu bağlamda, devletler hukukundan kaynaklı ceza verme yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması için kural olarak Sözleşmede belirtilen suç tiplerinin ceza kanununda genel suç tipleri olarak düzenlenmesinin yeterli olacağı, bu suçlara ilişkin ceza kanununda özel ceza normları ihdas edilmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır¹⁴³.

Söz konusu akademik çalışmanın devamında, yabancı devlet temsilcilerinin onuruna karşı gerçekleştirilecek saldırıların özel ceza normları vasıtasıyla korunmasının devletler hukukunca öngörülen bir yükümlülük olup olmadığı sorusu ele alınmıştır. Bu bağlamda 14 Aralık 1973 Tarihli Diplomatların Yanında Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin 2. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen önlemlerin kolluk faaliyetleri yoluyla sağlanması gerektiği, başka bir ifadeyle Sözleşmeyle bu konuyla ilgili ulusal ceza hukuku yoluyla bir önlem getirilmesi istenmediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda söz konusu Sözleşmeyle, yabancı devlet temsilcilerinin yaşamlarına ve bedenlerine yönelik saldırılardan farklı olarak bu kişilerin onurlarının korunması noktasında prensip olarak devletlere ceza hukuku yaptırımını getirme yükümlülüğünün öngörülmediği belirtilmektedir. Buna rağmen devletlerin, Sözleşmede öngörülen koruma hükümlerini genişletici şekilde yorumlama konusunda takdir yetkilerinin olduğu da ifade edilmektedir. Bu bağlamda yabancı devlet başkanlarına hakaretin suç olarak öngörülmesinin, yabancı devlet

¹⁴³ Ausarbeitung, s. 10-11.

temsilcilerinin onurlarının ve şereflerinin korunması için Sözleşme kapsamında *uygun önlemler (geeignete Maßnahmen)* olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Buna karşın yabancı devlet başkanına karşı gerçekleştirilecek hakaretlerde normal insanlara karşı gerçekleştirilenden daha fazla cezalar öngören cezai normlar öngörülmesinin devletler açısından bir yükümlülük olarak düşünülemediği savunulmaktadır¹⁴⁴.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında söz konusu akademik çalışmada, Al.CK m.103'ün devletler hukukunda öngörülen koruma sistemini fazlasıyla aştığı belirtilmektedir. Buna göre Al.CK'nın 103. maddesinin, yabancı devlet başkanlarının korunması hususunda aşırıya kaçtığı, yabancı hükümet üyelerinin bu korumadan yararlanmaları için "*resmi sıfatla Almanya'da bulunmaları*" şart olarak öngörülmüş olmasına rağmen konu yabancı devlet başkanı olduğunda kendisi Almanya'da bulunmasa bile bu korumadan yararlandığına vurgu yapılmakta ve 1973 tarihli Sözleşmede bu farklılığı haklı gösterecek bir hüküm bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁴⁵.

Sonuç itibariyle, Almanya Federal Meclisi tarafından hazırlattırılan bilimsel çalışmada, klasik devletler hukuku öğretisinde, yabancı devlet başkanlarının ceza hukuku normlarıyla korunmalarının devletler hukukundan kaynaklı bir yükümlülük olduğu kabul edilmesine karşın, günümüz devletler hukukunda bu kapsamda bir ceza yükümlülüğü getirilmesinin tamamıyla reddedildiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda yabancı devlet başkanlarının onurunun, normal insanlar gibi hakarete ilişkin genel hükümlerle (Al.CK m.185 vd.) koruma altına alındığı; devletlerin, yabancı devlet başkanlarının saygınlığını ve onurunu ceza kanununda özel suç tipleri ihdas ederek korunmalarının artık günümüzde devletler için devletler hukukundan kaynaklı bir yükümlülük olarak kabul edilmediği belirtilmektedir. Bu bağlamda Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının devletler hukuku kurallarına göre tartışmasız mümkün olduğu; buna karşılık Al.CK m.102'nin muhafaza edilmesinin, Almanya için 1973 tarihli Sözleşmeden kaynaklı bir yükümlülük olduğu tespit edilmiştir.

20.02.2017 tarihinde Almanya Federal Meclisine sunulan "*Yabancı devletlere karşı işlenen suçlarda reform yapılmasına ilişkin tasarı*" başlıklı Alman hükümeti tarafından hazırlanan kanun tasarısında¹⁴⁶ Al.CK'nın 103. maddesinin, 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılması öngörülmüştür. Söz konusu tasarıda ifade edilen gerekçelerin çoğunun Almanya Federal Meclisi tarafından hazırlattırılan ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan akademik çalışmayla (Ausarbeitung) büyük ölçüde örtüştüğünü ifade etmek gerekmektedir. Bu nedenle tekrara kaçmamak amacıyla tasarının ana hatları üzerinde durulacaktır.

¹⁴⁴ Ausarbeitung, s. 12.

¹⁴⁵ Ausarbeitung, s. 12.

¹⁴⁶ Bkz. <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/112/1811243.pdf> (E.T.: 01.06.2017).

Söz konusu tasarıya göre, devletler hukuku kuralları, devletlere, yabancı devletlerin temsilcilerinin lehine özel ceza normları ihdas etmeleri hususunda bir yükümlülük yüklememektedir. Bu bağlamda Al.CK'nın hakarete ilişkin 185 vd. maddelerinin bunun için yeterli korumayı sağlayacağını ortada olduğu, ayrıca yabancı devletlerin temsilcileri ve organları için Al.CK'nın 185. maddesine kıyasla çok yüksek ceza miktarları belirlendiği, bu sebeplerle de Al.CK m.103'ün artık gereksiz olduğu ve yürürlükten kaldırılması gerektiği ifade edilmektedir.

Tasarıda, Al.CK'nın 102 vd. düzenlenmiş bulunan maddelerin ikili bir koruma amacına hizmet ettiği, bu bağlamda bu maddelerin bir yandan yabancı devlet temsilcilerinin vücut bütünlüklerini ve onurlarını, öte yandan ise yabancı devletlerle olan iyi ilişkilerinin sürdürülmesindeki milli menfaatleri koruduğu belirtilmektedir. Ayrıca hakarete ilişkin Al.CK'nın 185. maddesinde bir yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörüldüğü, oysa Al.CK'nın 103. maddesinde üç yıla kadar hapis veya adli para cezası öngörüldüğü, bu artırılmış cezanın açıklanabilir bir izahının olmadığı, bu bağlamda Al.CK'nın 103. maddesinde öngörülen korumanın pekala Al.CK'nın 185 vd. maddeleri ile de sağlanabileceği ifade edilmiştir.

Ayrıca tasarının, Avrupa Birliği hukuku ve uluslararası sözleşmelerle de uyumlu olduğu, bu bağlamda yabancı devlet temsilcilerinin onurlarının korunması için özel hükümler konulmasının devletler hukuku açısından zorunlu olmadığı, söz konusu korumanın Al.CK'nın 185 ila 187. maddeleri ile yeterince sağlanabileceği belirtilmiş ve Almanya Federal Meclisi tarafından hazırlattırılan akademik çalışmayla aynı meyanda açıklamalara yer verilmiştir. Tasarının sonuç kısmında, yabancı devletlerle olan ilişkilerin bozulacağıyla ilgili bir endişenin yersiz olduğu¹⁴⁷, çünkü yabancı devlet başkanını bugüne kadar koruyan Al.CK'nın 103. maddesinin yerine aynı korumanın Al.CK'nın 185 ve devamındaki maddelerle sağlanacağı ifade edilmiştir.

Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının açıklanmasından sonra Almanya'da *Schelzke ve Klein* tarafından yapılan önemli iki çalışmaya da aşağıda kısaca değinilecek, sonrasında ise konuyla ilgili değerlendirmelere yer verilecektir.

Schelzke tarafından, Almanya Federal Cumhuriyeti'nin, devletler hukukundan kaynaklı, yabancı devletlerin temsilcilerine veya organlarına karşı gerçekleştirilecek hakaretleri ceza yaptırımına altına alacak hükümler kabul etme yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir. Başka bir deyişle, bu tarzda özel cezai normlar konulmasına ilişkin devletler hukukundan kaynaklı bir yükümlülük olmadığı belirtilmektedir. Buna karşın devletler hukukuna ilişkin kabul edilen

¹⁴⁷ Buna karşılık Alman doktrininde, Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının, Almanya'nın söz konusu yabancı devletle olan ilişkilerini olumsuz etkileyeceği görüşü de savunulmaktadır. Bkz. Klein, Neue Umgangsformen, <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-fall-boehmermann-neue-umgangsformen-14203000.html>.

teamül hukukunda, yabancı devletlerin onuruna yönelik saldırıyı gerçekleştiren kişinin cezalandırılması veya failin yabancı devlete iade edilmesinin gerektiği vurgulanmaktadır¹⁴⁸.

Schelzke'ye göre, Al.CK'nın 103. maddesinin kaldırılmasının veya madde değişikliği yapılmasının gerekli olup olmadığının tespit edilebilmesi için her şeyden önce Alman politikacılarının ve devlet organlarının aşağılanması özel olarak düzenlendiği Al.CK'nın 188, 90 ve 90b maddelerindeki düzenlemelere bakılması faydalı olacaktır.

Al.CK'nın "*Siyasi yaşamdaki kişilere karşı kötüleme ve sövme*" (*Üble Nachrede und Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens*) suçunu düzenleyen 188. maddesinin birinci fıkrasına göre siyasi hayatta rol alan bir kişi hakkında alenen bir toplantıda veya yazı yayınlamak suretiyle, hakarete uğrayan kişinin toplumsal yaşantısındaki pozisyonunu etkilemek saiki ile kötüleme suçunun (m.186) işlenmesi ve gerçekleştirilen fiilin hakarete uğrayan kişinin toplumsal faaliyetlerini önemli ölçüde zorlaştırmaya elverişli olması halinde üç aydan beş yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasında ise sövme suçunun (m.187) aynı koşullar altında işlenmesi altı aydan beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiştir.

Bu bağlamda ele alınması gereken diğer maddelerin ise "*Almanya Federal Cumhurbaşkanı ağır bir şekilde aşağılama*" (*Verunglimpfung des Bundespräsidenten*) başlıklı Al.CK'nın 90. maddesi ile "*Anayasal organları Anayasaya karşı düşmanca amaçla ağır bir şekilde aşağılama*" (*Verfassungsfendliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen*) başlıklı 90b maddesi olduğu ifade edilmektedir.

Al.CK'nın 90. maddesinin birinci fıkrasına göre aleni olarak bir toplantıda veya yazı yayımlayarak, Federal Almanya Cumhurbaşkanı'nın ağır bir şekilde aşağılanması üç aydan beş yıla kadar hapis cezasını gerektiren bir fiil olarak düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre söz konusu fiil sövme suretiyle gerçekleştirilirse verilecek cezanın altı aydan beş yıla kadar hapis cezası olacağı öngörülmüştür.

Al.CK'nın 90b maddesine göreyse aleni olarak bir toplantıda veya yazı yayımlayarak yasama organını veya Almanya Federal Devletinin veya bir eyaletinin hükümetini veya Anayasa Mahkemesini veya bunların üyelerinden birini devletin itibarını tehlikeye düşürecek şekilde ağır bir şekilde aşağılanması ve böylelikle Almanya Federal Cumhuriyetinin mevcudiyetine veya anayasal temel ilkelerine karşı fiillerde bulunulmasının savunulması üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır.

¹⁴⁸ Schelzke, Über die Abschaffung, s. 250.

Schelzke tarafından Al.CK'nın 90 ve 90b maddelerinde korunması amaçlanan hukuki menfaatin, anayasal organlara karşı gerçekleştirilecek ağır aşağılamaların engellenmesi suretiyle Almanya Federal Cumhuriyetinin ve onun anayasal düzeninin korunması olduğu ifade edilmektedir. Her iki maddenin de esas itibarıyla demokratik hukuk devletine yönelik tehlikeleri bertaraf etmeyi amaçladığı, kişisel onurun doğrudan değil yalnızca dolaylı olarak korunduğu çünkü Federal Almanya Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı makamının o makamı temsil eden cumhurbaşkanı ile ayrılmaz bir biçimde bütünleştiği belirtilmektedir. Buna karşılık Al.CK'nın 103. maddesinde yabancı devletlerin onurunun ve yabancı devletle olan ilişkilerin korunmasının amaçlandığı ve bu nedenle korunması amaçlanan hukuki değer dikkate alındığında Al.CK'nın 103. maddesinin Al.CK'nın 90 ve 90b maddeleriyle değil daha çok Al.CK'nın 188. maddesiyle kıyaslanabilir nitelikte olduğu ifade edilmektedir¹⁴⁹.

Benzer hukuki menfaatleri düzenlemeleri itibarıyla *Schelzke* tarafından Al.CK'nın 103. maddesi ile 188. maddesinin karşılaştırılabilir olduğu belirtilmektedir. Bu bağlamda ilk olarak Al.CK'nın 103. maddesinin, hakaret suçunun genel olarak düzenlendiği Al.CK'nın 185. maddesini kapsadığı, buna karşın Al.CK'nın 188. maddesinin 185. maddeyi kapsamadığı ifade edilmektedir. Zira 188. maddenin uygulama alanının çok dar olduğu çünkü maddede hem saik hem de fiilin elverişli olma unsuruna yer verildiği belirtilmektedir. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edildiği üzere Al.CK'nın 103. maddesi yabancı devlet başkanının ve yabancı devlet temsilcilerinin onurlarının korunmasını amaçlıyorsa, neden Al.CK'nın 188. maddesi çerçevesinde Alman politikacılarının onurlarına yabancı devletlerin politikacılarının onurlarından daha dar kapsamlı bir koruma sağlandığı hususunun belirsiz olduğu ifade edilmektedir. Buna karşın, Al.CK'nın 188. maddesinin 103. maddeye göre sınırlı bir koruma getirmesinin temelinde her iki suç tipiyle korunması amaçlanan hukuki menfaatlerdeki farklılığın yattığı söylenmektedir. Zira Al.CK'nın 103. maddesiyle, yabancı devlet vatandaşlarının korunması suretiyle yabancı devletlerle olan politik iş birliğinin güçlendirilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir. Ayrıca Al.CK'nın 188. maddesinin sadece onurun korunmasını değil aynı zamanda politik ortamın bozulmasının önlenmesini de güvence altına aldığı ifade edilmektedir¹⁵⁰.

Benzer şekilde Al.CK'nın 103. maddesi ile Al.CK'nın 90 ve 90b maddeleri karşılaştırıldığında, 103. maddenin daha geniş koruma sağlayacak şekilde kaleme alındığı görülmektedir. Her şeyden önce Al.CK'nın 103. maddesinde özel bir manevi unsura (*ein besonderes subjektives Element*) yer verilmediği oysa Al.CK'nın 90 ve 90b maddelerindeki nitelikli hallerin uygulanması için özel manevi unsurlara yer verildiği ifade edilmektedir. Ayrıca Al.CK'nın 103. maddesinin

¹⁴⁹ Schelzke, Über die Abschaffung, s. 251.

¹⁵⁰ Schelzke, Über die Abschaffung, s. 251.

de, Al.CK'nın 90. maddesinden farklı olarak yalnızca yabancı devlet başkanının değil aynı zamanda yabancı hükümet üyelerinin de koruma altına alınmış olması diğer bir farklılık olarak gösterilmektedir. Diğer taraftan Al.CK'nın 103. maddesinde belirtilen kişilere karşı gerçekleştirilecek şahsi hakaretler madde kapsamına girerken, Al.CK'nın 90, 90b ve 188. maddelerinde belirtilen kişilere karşı gerçekleştirilen şahsi hakaretler bu maddeler kapsamına girmemektedir¹⁵¹.

Al.CK'nın 103. maddesinin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlükten kalkmasından sonra, yabancı devletlerin organ ve temsilcilerine karşı gerçekleştirilecek hakaret suçlarında Al.CK'nın 185 vd. maddelerinin ve bunlara ilişkin yargılama kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren bu fiiller cezasız kalmayacak yalnızca bu fiillere uygulanacak madde değişmiş olacaktır. Daha önce de ifade edildiği üzere Al.CK m.103'ün Al.CK 185 vd. maddelerine göre özel hüküm niteliğinde olduğu, bu bağlamda Al.CK'nın 104a maddesinde belirtilen şartlardan birinin gerçekleşmemesi durumunda her ne kadar Al.CK'nın 103. maddesi uygulanamasa da Al.CK'nın 185 vd. maddelerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁵².

Schelzke çalışmasının sonuç kısmında, Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının doğru bir tercih olmayacağını savunmaktadır. Yazara göre, Al.CK m.103'ü tamamen yürürlükten kaldırmak yerine maddenin daha dar bir şekilde formüle edilerek korunmasının daha doğru bir tercih olacağı, bu bağlamda yapılması gerekenin, Al.CK m.103'e, Al.CK'nın 188. maddesindeki gibi özel bir manevi unsur ilave edilmek suretiyle (örneğin, failin, hakarete uğrayan kişinin toplumsal yaşantısındaki pozisyonunu etkileyecek şekilde hakaret etmesinin zorunlu tutulması gibi) maddenin içeriğinin sınırlandırılması ya da Al.CK'nın 90b maddesindeki formülasyonun da benzer şekilde 103. maddeye uyarlanması olduğu (örneğin, yabancı devletin mevcudiyetine veya anayasal temel ilkelerine karşı fiillerde bulunulmasının savunulması) ifade edilmektedir¹⁵³.

Bu konuyla ilgili, Almanya Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht) eski üyesi ve emekli öğretim üyesi Prof. Dr. *Hans Hugo Klein*'in, Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını öngören tasarı Almanya gündemine geldikten sonra kaleme aldığı çalışmasının satır aralarında ifade ettiği ve bizim de katıldığımız bazı tespitlere de burada yer verilmesinde fayda görülmektedir. *Klein* her şeyden önce Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının yabancı devletlerin Almanya ile olan ilişkilerine ilerde zarar vereceği görüşündedir. Çalışmanın devamında -her ne kadar 1 Ocak 2018 tarihinde yürürlükten kaldırılacak olsa da- Al.CK m.103'ün halen yürürlükte olduğu, söz konusu maddenin *modus geçmişi* olduğunu iddia ederek maddenin uygulanamayacağını savunul-

¹⁵¹ Schelzke, Über die Abschaffung, s. 251.

¹⁵² Schelzke, Über die Abschaffung, s. 252.

¹⁵³ Schelzke, Über die Abschaffung, s. 253.

masının ise hukuk devletinin temel prensiplerinin ihlali anlamına geleceği belirtilmektedir. Zira hukuk devleti, kanunlara riayet edilmesini emretmektedir. Hukuk devletinde, bir suçun işlenip işlenmediğine karar verme yetkisi savcılıkların ve mahkemelerin dahil olduğu yargı organlarına aittir. Buna karşılık bu yetkinin bundan böyle yargı organlarından alınıp Almanya Başbakanı *Angela Merkel*'e verildiği sonucunun çıkarılabileceğini savunan yazar, hukuk devleti prensipleri açısından konuya yaklaşıldığında, Al.CK'nın 103. maddesinin Almanya başbakanı tarafından Al.CK'nın 104a maddesine göre verilen izin gibi hızlı bir şekilde yürürlükten kaldırılmasının çok hayati bir hata olacağını savunmaktadır. Yazara göre adli makamlarca yürütülmekte olan bir yargılama süreci devam etmekteyken yapılacak bu tarz bir düzenlemenin verilecek kararı yasal dayanaktan yoksun bırakacağı ortadadır. Yazar, böyle bir uygulamanın, adli organların ve adalet mekanizmasının doğruca kanun koyucunun tahakkümüne girmesi sonucunu getireceğini savunmaktadır. *Klein* çalışmasının devamında, basın özgürlüğüne sahip olan kişilerin hukuk kurallarının dışında olmadıklarını, bu kişilerin de gerçekleştirecekleri ihlallerden dolayı mahkemeler önünde hesap vermeleri gerektiğini belirttiikten sonra çok çarpıcı şu sözlerle çalışmasını noktalamaktadır: “*Şu anda kendilerini Böhmermann ile dayanışma içerisinde hisseden ve basın özgürlüğüne yönelik ihlali engellemek adına alelacele fikirlerini ortaya atanların kendilerini bir kez daha sorgulamaları ve şayet bu hakaretlerin muhatabı Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı değil de Rusya Devlet Başkanı olsaydı da aynı şekilde tepki gösterip göstermeyeceklerinin kritiğini yapmaları gerekir.*”¹⁵⁴

Gerek *Schelzke* gerek *Klein* tarafından yapılan bu tespitlere biz de büyük ölçüde katılmaktayız. Bu bağlamda, kanaatimizce, Al.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının/kaldırılma prosedürünün gerek devletler hukukunun gerek hukuk devletinin gerekse ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu düşünülmektedir. Bu kapsamdaki itirazlarımızı ve değerlendirmelerimizi şu şekilde sıralamak mümkündür:

- Her şeyden önce Al.CK'nın 103. maddesinin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmasına ilişkin olarak kabul edilen kanunun, *kanunların genelliği ilkesiyle* çelişmekte olduğu aşikardır. Bu açıdan bakıldığında söz konusu değişikliğin hukuk devleti ve dolayısıyla da hukuki güvenlik ilkesi ile açık bir şekilde çatıştığı söylenebilir. Doktrinde bu tip kanunlar “*ad hoc kanunlar*” (*ad hoc legislation*) olarak nitelendirilmekte olup, yasama organının, siyasal açıdan bir sonuca ulaşmak için belli bir olaya özgü olmak üzere kabul ettiği kanunları karşılamak için kullanılmaktadır. Al.CK'nın 103. maddesini yürürlükten kaldıran kanun değişikliğine bakıldığında, *Böhmermann* hakkında soruşturma başlatılması için verilen izin üzerine giderek

¹⁵⁴ Klein, Neue Umgangsformen, <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-fall-boehmermann-neue-umgangsformen-14203000.html>.

artan kamuoyu baskısından kurtulma ve *Böhmermann* hakkında başlatılan soruşturmayı sonuçsuz bırakma amacını taşıdığı, bu bağlamda da hukuk devleti ilkelerine açıkça aykırı bir *ad hoc kanun* olarak nitelendirilebileceği rahatlıkla söylenebilir.

- Çalışmada ayrıntılı olarak üzerinde durulan gerek 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkındaki Viyana Sözleşmesi'nin ve 14 Aralık 1973 Tarihli Diplomatların Yanında Uluslararası Alanda Korunan Kişilere Karşı İşlenen Suçların Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi'nin gerek devletler hukukunda kabul edilen evrensel prensiplerin değerlendirilmesi sonucunda, yabancı devlet başkanlarının yaşamlarına ve bedenlerine olduğu kadar onurlarına yönelik saldırılar için de özel nitelikte maddelere yer verilmesinin devletler için bir yükümlülük olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.
- Ceza hukuku açısından olaya yaklaşıldığında ise, her şeyden önce yabancı bir devlet başkanının onuruna yönelik gerçekleştirilen bir saldırının, o devlet başkanının temsil ettiği devletin vatandaşlarına karşı da dolaylı bir saldırı niteliğinde görülebileceği ortadadır. Bu bağlamda, sıradan bir kişinin onuruna yönelik gerçekleştirilecek saldırı ile bir devlet başkanının onuruna yönelik gerçekleştirilecek saldırının haksızlık içeriklerinin aynı olmadığı ve bundan dolayı da aynı kanun hükmüne göre (Al.CK m.185 vd.) cezalandırılmalarının düşünülmemeyeceği ortadadır. Kaldı ki Al.CK'da da bu nitelikte özel suç tiplerine (Al.CK m.90, 90b, 188) yer verilmesi de savunulan bu görüşü doğrular niteliktedir.
- İlgili bölümde de üzerinde durulduğu üzere karşılıklılık şartının varlığından bahsedilebilmesi için yabancı ülkede söz konusu suç tipine yer veren genel bir hükmün varlığı (örneğin hakaretin, kasten yaralamanın, adam öldürmenin vs. suç olarak düzenlenmiş olması) yeterli olmayıp bunun için özel bir suç tipinin (örneğin Al.CK m.102-104) mevcut olması gerekmektedir. Bu bağlamda Al.CK'da 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren 103. madde yürürlükten kaldırılacağından ve Al.CK'nın 185 vd. maddeler de bu özel korumayı sağlamaktan uzak olduğundan dolayı karşılıklılık şartını arayan ülkeler açısından Almanya'nın bu şartı yerine getirememiş olacağı ortadadır. Bu bağlamda yurt dışında Almanya Cumhurbaşkanına, Alman hükümet üyelerine veya diplomatik temsilcilerine karşı gerçekleştirilecek hakaret fiilleri, karşılıklılık şartı yerine getirilmemiş olduğundan dolayı özel korumadan mahrum kalmış olacaktır.
- Türkiye Cumhuriyeti hükümeti tarafından *Böhmermann*'ın cezalandırılması için yapılan resmi talebin ardından Almanya hükümeti tarafından 15 Nisan 2016 tarihinde ceza soruşturması başlatılması için Al.CK'nın 104a maddesine göre gerekli olan izin verilmiş ve *Böhmermann* hakkında Al.CK'nın 103. maddesini ihlalden dolayı soruşturma başlatılmıştır. Verilen bu izinden sonra eş zamanlı olarak yapılan açıklamada Al.CK'nın 103. maddesinin artık ge-

reksiz olduğu için 1 Ocak 2018'e kadar kaldırılması için gerekli çalışmaların başlatıldığı da ifade edilmiştir. Alman hükümetince soruşturma izninin verilmesiyle birlikte *Böhmermann* hakkında ceza soruşturmasına başlanıldığı ancak izinle eş zamanlı yapılan açıklamada bu maddenin yürürlükten kaldırılacağına da açıklandığı görülmektedir. Olaya ceza muhakemesi hukuku kuralları açısından yaklaşıldığında, yürütülmekte olan bir ceza soruşturması varken soruşturmanın sonucu bile beklenmeksizin bu şekilde bir açıklama yapılmasının soruşturma organlarını baskı altına alma amacını taşıdığı ortada olup bunun da hukuk devleti olduğunu iddia eden bir ülkede kabul edilebilmesinin mümkün olmadığı düşünülmektedir.

Sonuç itibarıyla, yukarıda ifade edilen ihlallerden ve sakıncalardan da anlaşılacağı üzere, A1.CK'nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının doğru bir tercih olmadığı ortadadır. Şayet söz konusu maddeyle ilgili illa bir değişiklik yapılmak isteniliyorsa A1.CK m.103'ü tamamen yürürlükten kaldırmak yerine maddenin daha dar bir şekilde formüle edilerek korunmasının daha doğru bir tercih olacağı söylenebilirdi. Bu bağlamda A1.CK m.103'e, ya A1.CK'nın 188. maddesindeki gibi özel bir manevi unsurun ilave edilmesi (örneğin, failin, hakarete uğrayan yabancı devlet başkanının toplumsal yaşantısındaki pozisyonunu etkileyecek şekilde hakaret etmesinin zorunlu tutulması gibi) ya da A1.CK'nın 90b maddesindeki formülasyonun maddeye uyarlanması (örneğin, yabancı devletin mevcudiyetine veya anayasal temel ilkelerine karşı fiillerde bulunulmasının savunulması) düşünülebilirdi. Ancak bunlar yapılmamış, pragmatist ve popülist saiklerle yukarıda belirtilen sakıncaları da beraberinde getirecek bir çözüm şekli tercih edilmiştir.

Sonuç

Çalışmada, Türk ve Alman ceza hukukunda düzenlenmiş bulunan yabancı devletlere karşı işlenen suçlar ele alınmış, her iki hukuk sistemindeki konuyla ilgili benzer ve farklı yönler incelenmeye gayret gösterilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'ndaki söz konusu maddelere bakıldığında hem Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin yabancı devletlerle olan iyi ilişkilerinin sürdürülmesindeki milli menfaatinin hem de yabancı devletlerin hukuki menfaatlerinin korunmasının amaçlandığı, başka bir ifadeyle bu suç tipleriyle ikili bir hukuki koruma sağlanmak istendiği görülmektedir. Benzer tespitler Alman Ceza Kanunu için de geçerlidir.

Alman ceza hukuku doktrininde yabancı devletlere karşı işlenen suçlarla ilgili en hararetli tartışmaların A1.CK'nın 104a maddesinde belirtilen dört şart üzerinden yapıldığı, buna karşın Türk ceza hukuku doktrininde ise yalnızca TCK'nın 343. maddesindeki karşılıklılık şartı üzerinden tartışmaların şekillendirildiği görülmektedir.

Çalışmada gerek Türk gerek Alman ceza kanunlarında aranan şartların hukuki nitelikleriyle ilgili olarak varılan sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür:

Kanun koyucunun karşılıklılık şartına yer vermekteki amacı yabancı devletlerin de kendi ülkelerinde Türkiye Cumhuriyeti'ne ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temsilcilerine karşı işlenebilecek suçlar için benzer korumalar getirmelerini sağlamaktır. Bu bağlamda karşılıklılık şartının *politik bir baskı aracı* olarak değerlendirilmesi yerindedir. Ayrıca söz konusu şartın güncel fiil durumunun görüntüsünü şekillendirmedeği yani fiil ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisinde olmadığı ve bu açıdan bakıldığında haksızlık açısından kurucu nitelikte bulunmadığı da ortadadır. Bu açıdan bakıldığında, yabancı devletlere karşı işlenen suçlara ilişkin düzenlemelerin -TCK'nın 341. maddesi hariç olmak üzere- cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu bağlamda karşılıklılık şartının dolaylı bir şekilde cezanın ağırlaştırılması sonucunu doğuracağı ortadadır ki bu durum objektif cezalandırılabilme şartlarının niteliğiyle bağdaşmaz. Bu açıdan bakıldığında, gerek TCK'daki gerek A1.CK'daki karşılıklılık şartının hukuki niteliğinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak değil yargılama şartı olarak kabul edilmesinin en doğru çözüm şekli olacağı düşünülmektedir.

Diplomatik ilişkilerin bulunması şartına A1.CK'dan farklı olarak TCK'da yer verilmemiştir. Çalışmada, yapılacak bir kanun değişikliğiyle bu şarta TCK'da da yer verilmesi gerektiği savunulmuştur. Buna göre gerek A1.CK'da gerek çalışmada önerilen değişiklik yapılırsa TCK'da, diplomatik ilişkilerin bulunması şartının hukuki niteliğinin ne objektif cezalandırılabilme şartı ne yargılama şartı değil bilakis suçun bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira diplomatik ilişkilerin bulunması şartı, haksızlık açısından kurucu bir önem arz etmektedir. Diplomatik ilişkilerin bulunması şartı, fiil ile doğrudan doğruya bir ilişki içerisinde bulunmaktadır. Yabancı devletlerle olan ilişkilerin ihlalini diplomatik ilişkiler mevcut olduğu müddetçe mümkün olacaktır. Aksi takdirde diplomatik ilişkilerin bulunmadığı bir ülkeye karşı bu nitelikte özel hükümlerin uygulanmasının açıklanabilir bir izahı olamaz. Bu nedenle, söz konusu şartın suçun bir unsuru olarak sınıflandırılması ve failin kastının bu şartı da kapsamasının zorunlu kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca TCK açısından bakıldığında söz konusu suç tiplerinin -341. madde hariç olmak üzere- cezayı ağırlaştırıcı nitelikli haller şeklinde kaleme alındığı ve bunun da objektif cezalandırılabilme şartlarının doğasıyla bağdaşmadığı ortada olduğundan bu şarta objektif cezalandırılabilme şartı olarak muamele edilmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç itibarıyla TCK'ya da dahil edilmesi savunulan diplomatik ilişkilerin bulunması şartının, ne yargılama şartı ne objektif cezalandırılabilme şartı olduğu bilakis suçun bir unsuru olarak yorumlanması gerektiği düşünülmektedir. Bu bağlamda, failin, diplomatik ilişkilerin varlığı hususunda hataya düşmesi durumunda, hataya ilişkin genel hükümlerin uygulama alanı bulabileceği rahatlıkla ifade edilebilir.

Çalışmada savunulan bir diğer görüşe göre, TCK'nın 340 ila 342. maddelerdeki suç tiplerinin normalde şikayete tabi olsalar bile re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar olarak düzenlenmesi ancak soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için ilgili devlet tarafından yapılmış bir talebin varlığı şartının aranması en sağlıklı yol olacaktır. Bu bağlamda TCK'nın 340/2, 341/2 ve 342/2. fıkralarının kaldırılıp, TCK'nın 343. maddesine “*yabancı devlet tarafından yapılmış bir talebin varlığı*” ifadesinin eklenmesinin bu suçlarla korunması amaçlanan hukuki menfaat ve ceza hukuku sistematigi açısından daha uygun olacağı düşünülmektedir.

Al.CK'dan farklı olarak TCK'da izin şartına yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte bu suç tipleriyle korunması amaçlanan hukuki menfaat ve sistematik dikkate alındığında izin şartının da yapılacak bir kanun değişikliğiyle TCK'ya alınmasının yararlı olacağı düşünülmektedir. İzin şartının TCK'ya alınmasıyla birlikte politik bir baskı aracı niteliğinde olan karşılıklılık şartının varlığıyla amaçlanan menfaatlerin daha da pekiştirilmiş olacağı söylenebilir.

Bu açıklamalar ışığında TCK'nın 343. madde başlığının “*Ortak hükümler*” olarak, madde içeriğinin ise şu şekilde değiştirilmesi önerilmektedir:

“Bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması için, Türkiye Cumhuriyeti'nin söz konusu yabancı devletle diplomatik ilişkilerinin bulunması, karşılıklılık şartının gerçekleşmiş olması, yabancı devlet tarafından yapılmış bir talebin mevcut olması ve Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından soruşturma ve kovuşturmayla izin verilmiş olması şarttır.”

Bu bağlamda, söz konusu değişiklik artık gereksiz hale gelecek olan TCK'nın 340. maddesinin ikinci fıkrasının, 341. maddesinin ikinci fıkrasının ve 342. maddenin ikinci fıkrasının da yürürlükten kaldırılması gerektiği düşünülmektedir.

TCK'nın 340. maddesindeki korumanın yalnızca yabancı devlet başkanı için öngörülmüş olması büyük bir eksiklik. Al.CK'nın 102. maddesinden farklı olarak yabancı hükümet üyelerinin (başbakan ve bakanlar) TCK'nın 340. maddesindeki korumadan yararlanamayacakları anlaşılmaktadır. TCK'da neden bu şekilde sınırlayıcı bir düzenlemeye gidildiği anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce maddede koruma alanının genişletilmesi ve bu bağlamda yabancı hükümet üyelerinin de madde metnine dahil edilmeleri daha sağlıklı olacaktır. Zira yabancı bir büyükelçiye sağlanan korumanın yabancı bir dışişleri bakanına sağlanmaması çok da mantıklı bir durum olarak görülmemektedir. Bundan dolayı TCK'nın 340. maddesinin şu şekilde değiştirilmesi gerektiği düşünülmektedir: “*Yabancı bir devlet başkanına veya resmi bir sıfatla Türkiye'de bulunan yabancı bir hükümetin üyesine görevi dolayısıyla kasten suç işleyen kişiye, o suç için öngörülen ceza yarı oranında artırılarak verilir.*”

TCK m.342’de belirtilen kişilere karşı suç işlenmesi durumunda bu kişilerin Türkiye’de bulunmaları gerekip gerekmediği cevaplandırılması gereken önemli bir sorudur. Madde metninde bu konuda bir açıklık bulunmamakta olup, yalnızca “Türkiye Cumhuriyetinde sürekli veya geçici olarak görevlendirilmiş...” denilmekle yetinilmiş, Al.CK’daki gibi “yurtiçinde bulunduğu sırada” şeklinde net bir ifadeye yer verilmemiştir. Kanaatimizce TCK’da, Al.CK’dan farklı olarak, bu kişilere karşı görevlerinden dolayı suç işlendiği sırada Türkiye’de bulunmaları zorunluluğu açıkça öngörülmemiş olduğundan dolayı bu kişilere karşı Türkiye dışında buldukları sürede işlenen suçlar bakımından da TCK m.342 hükmü tatbik edilebilecektir. Ancak bu kabul söz konusu korumanın sınırlarını çok fazla genişlettiği için maddenin bu kişilerin Türkiye’de buldukları sırada işlenen suçlarla sınırlandırılması gerekmektedir. Bu bağlamda söz konusu maddede yapılacak bir değişiklikle bu maddenin uygulanabilmesi için suç işlendiği sırada bu kişilerin Türkiye’de bulunmaları şartının getirilmesi sağlıklı olacaktır.

765 sayılı TCK’nın 164. maddesinde verilecek cezanın 1/6’dan 1/3’e kadar artırılması öngörülmüşken, 5237 sayılı TCK’nın 340. maddesi ile artırım oranı sabitlenmiş ve 1/8 olarak belirlenmiştir. Bu açıdan bakıldığında 5237 sayılı TCK’nın bu suç için daha az bir artırım oranı belirlediği görülmektedir. Bu bağlamda maddede öngörülen artırım oranının çok az olduğu ve yeterli korumayı sağlamaktan uzak olduğu ortadadır. Bundan dolayı TCK’nın 340. maddesindeki artırım miktarının 1/8’den 1/2’ye çıkartılmasının daha yerinde olacağı düşünülmektedir.

Çalışmada son olarak Al.CK’nın 103. maddesinin 1 Ocak 2018 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılacak olmasıyla ilgili tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur. Al.CK’nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının/kaldırılma prosedürünün gerek devletler hukukunun gerek hukuk devletinin gerekse ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel prensiplerine aykırı olduğu savunulmuştur. Bu bağlamda, Al.CK’nın 103. maddesinin yürürlükten kaldırılmasının doğru bir tercih olmadığı; şayet söz konusu maddeyle ilgili illa bir değişiklik yapılmak isteniliyorsa Al.CK m.103’ü tamamen yürürlükten kaldırmak yerine maddenin daha dar bir şekilde formüle edilerek korunması daha doğru bir tercih olabilirdi. Bu bağlamda Al.CK m.103’e, ya Al.CK’nın 188. maddesindeki gibi özel bir manevi unsurun ilave edilmesi (örneğin, failin, hakarete uğrayan yabancı devlet başkanının toplumsal yaşantısındaki pozisyonunu etkileyecek şekilde hakaret etmesinin zorunlu tutulması gibi) ya da Al.CK’nın 90b maddesindeki formülasyonun maddeye uyarlanması (örneğin, yabancı devletin mevcudiyetine veya anayasal temel ilkelerine karşı fiillerde bulunulmasının savunulması) düşünülebilirdi. Ancak bunlar yapılmamış, pragmatist ve popülist saiklerle yukarıda belirtilen sakıncaları da beraberinde getirecek bir çözüm şekli tercih edilmiştir.

Kaynakça

- Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2010.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006.
- Artuk, Mehmet Emin/Alşahin, Mehmet Emin, “Objektif Cezalandırılabilme Şartı ve Zamanlaşımı”, MÜHFHAD, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Yıl: 2013, Cilt: 19, Sayı: 2, s.17-44.
- Beck’sche Kurz Kommentare, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 59. Auflage, München 2012 (BeckK-StGB).
- Bemmann, Günter, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, Göttingen 1957.
- Bringewat, Peter, Grundbegriffe des Strafrechts - Grundlagen - Allgemeine Verbrechenslehre - Aufbauschemata, Baden-Baden 2003.
- Can, Sibel, Ceza Hukukunda Şikayet, Kırıkkale 2016 (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Duttge, Gunnar/Rössner, Dieter/Dölling, Dieter, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2011, s.789 (HK-GS/Bearbeiter).
- Erem, Faruk, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt: III, Özel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1985.
- Ersoy, Uğur, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları, Ankara 2015.
- Finger, August, “Thatbestandsmerkmale und Bedingungen der Strafbarkeit”, Archiv für Strafrecht und Strafprozess, 50. Jahrgang, Berlin 1903, s.32-59.
- Frister, Helmut, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin 1988.
- Geisler, Claudius, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip - Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin 1998.
- Gözübüyük, Abdullah Polat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt: II (Madde 125-201), 4. Bası, İstanbul 1980.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler - Millete ve Devlete Karşı Suçlar, Ankara 2016.
- Heinen, Holger, Beleidigung eines ausländischen Staatsoberhauptes - Historische Entwicklung und aktüelle Gesetzeslage in den Niederlanden (Art. 118 Sr) und in Deutschland (§103 StGB), Münster 2005.
- İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları - Özel Görünüş Biçimleri ve Yaptırımları, 5. Bası, İstanbul 2013.

- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün/Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, Suç Teorisi, 2. Kitap, 2. Bası, İstanbul 2000.
- Jescheck, Hans-Heinrich, "Straftaten gegen das Ausland", Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, Aalen 1957.
- Jescheck, Hans-Heinrich, "Straftaten gegen das Ausland", Festschrift für Theodor Rittler zu seinem achtzigsten Geburtstag, Aalen 1957, s.275-285.
- Kangal, Zeynel T., "Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları", İÜHFM, C: 68, S: 1-2, s. 151-168.
- Kaya, İslam Safa, Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Gazze ve Mavi Marmara, Ankara 2016.
- Kindhäuser, Urs, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfried/Paeffgen, Hans-Ullrich, Strafgesetzbuch Großkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.
- Klein, Hans Hugo, "Neue Umgangsformen", <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/gastbeitrag-fall-boehmermann-neue-umgangsformen-14203000.html> (E.T.: 01.06.2017).
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Kommentar zum Strafgesetzbuch, Reihe Alternativkommentare, Band 3, §§80-145d, Neuwied 1986, Wassermann, Rudolf (Hrsg.) (AK-StGB).
- Kunter, Nurullah, Suçun Kanuni Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1949.
- Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006.
- Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Auflage, München 2011.
- Leipold, Klaus/Tsambikakis, Michael/Zöllner, Mark A., AnwaltKommentar StGB, 2. Auflage, München 2015 (AnwK-StGB).
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, 11. Auflage, Viertes Band, §§80 bis 145d, Berlin 2005 (LK-StGB).
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Großkommentar, 12. Auflage, Dritter Band, §§ 56 bis 79b, Berlin 2008 (LK-StGB).
- Lüttger, Hans, Vorträge und Abhandlungen, Ausgewählte Beiträge zum Strafrecht, zur Strafrechtsreform und zum Strafverfahrensrecht aus den Jahren 1950-1985, Berlin-New York 1986.
- Mahrer, Herbert, "Die Bedingungen der Strafbarkeit", Breslau 1930.
- Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 2 - Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, 10. Auflage, München 2012.
- Mollamahmutoğlu, Sadık/Savaş, Vural, Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, II. Cilt (Madde 95-315), Ankara 1999.

- Müller, Reinhard, “Majestätsbeleidigung abschaffen?”, <http://www.faz.net/aktuell/politik/nach-boehmermanns-erdogan-gedicht-majestaetsbeleidigung-streichen-14178612.html> (E.T.: 01.06.2017).
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht - Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005.
- Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2015.
- Rittler, Theodor, “Der Grundsatz der Schuldhaftung und die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit”, ÖstrZStr, Jahrgang 8 (1918-1920), s.323-367.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrennslehre, 4. Auflage, München 2006.
- Satzger, Helmut/Schluckebier, Wilhelm/Widmaier, Gunter, StGB-Strafgesetzbuch Kommentar, 3. Auflage, Köln 2016 (SSW-StGB).
- Schaad, Pierluigi, Die objektiven Strafbarkeitsbedingungen im schweizerischen Strafrecht mit Berücksichtigung des deutschen und des österreichischen Rechts, Wintertur 1964.
- Schelzke, Ricarda Christine, “Ändert Jan Böhmermann das Strafgesetzbuch? - Über die Abschaffung des §103 StGB”, HRRS, Heft: 5/2016, s.248 vd., <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/16-05/index.php?sz=9> (E.T.: 01.06.2017).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst/Eser, Albin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, München 2010 (S/S-Eser).
- Strafgesetzbuch Kommentar, München 2010, von Heintschel-Heinegg, von Bernd (Hrsg.) (HH-StGB).
- Stree, Walter, “Objektive Bedingungen der Strafbarkeit”, JuS 1965, s.465- 474.
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2/1, 8. Auflage, Frankfurt a.M. 2007, Rudolphi, Hans-Joachim/Horn, Eckhard/Samson, Erich/Günther, Hans-Ludwig (Hg.) (SK-StGB).
- Şöhret, Mesut, Uluslararası Hukukta Devletlerin Tanınması (Tanınmamış Bölgeler), Ko-caeli 2014 (Yayımlanmamış doktora tezi).
- Talmon, Stefan, “Muss am Ende Deutschland haften?”, <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/staatenbeschwerde-gegen-deutschland-nicht-ausgeschlossen-14176519.html> (E.T.: 01.06.2017).

