

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

Doktora Tezi

ASIYE SELCEN ATAÇ

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

Doktora Tezi

ASIYE SELCEN ATAÇ
Danışman: PROF.DR. AYŞE NUHOĞLU

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

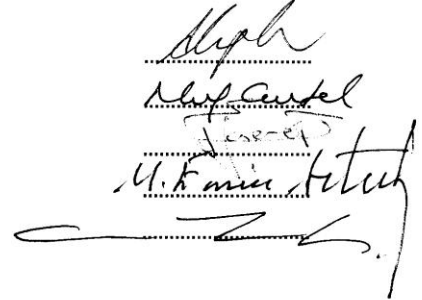
Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı Doktora öğrencisi ASIYE SELCEN ATAÇ'ın TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 19.07.2010 tarih ve 2010-14/20 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından ~~oybirliği~~oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

- Tez Savunma Tarihi : ...6.1.9.1.2010...
- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. AYŞE NUHOĞLU
- 2) Jüri Üyesi : PROF. DR. FATMA NUR CENTEL
- 3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. ÖZLEM ÇAKMUT YENERER
- 4) Jüri Üyesi : PROF.DR.MEHMET EMİN ARTUK
- 5) Jüri Üyesi : DOÇ.DR.CANER YENİDÜNYA



ÖZET

Hukuk devleti ilkesi, kesin bir hükümlle yargılanması sona ermiş bir kişinin aynı fiilden dolayı tekrar muhakeme sujesi olmasını engelleyerek hukuki güven ortamının yaratılmasını gerektirir. Kişinin aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması, birey bakımından kişisel özgürlüğün ihlali sonucunu doğurmakta, devlet bakımından ise hukuk devleti ilkesini zedelemektedir.

Kişinin tekrar yargılama sujesi olması, insan onurunun zedelenmemesi gereğine dayanan anayasal bir hakkın gereğidir. İlkenin temelinde anayasal bir hak olması, önleme etkisinin doğacağı an, farklı disiplinlerde göstereceği etki ve uygulama alanı bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Kural olarak mahkemenin uyuşmazlığı sona erdiren kararlarına tanınan kesin hükmün önleme etkisinin soruşturma aşamasında, özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara da tanınıp tanınmayacağı hususu tartışılmıştır. Kesin hükmün; hukuki güvenlik, hukuki barış ve kişisel özgürlüğe hizmet ettiği düşünüldüğünde, hukuki barışı sağlayan alternatif çözüm yollarının da kesin hükmün önleme etkisini yaratması gerektiği kabul edilmektedir. Böylece yeni bir delil ortaya çıkmadan kişi hakkında dava zamanaşımı süresince sürekli şüpheli statüsüne sokulma ihtimali bulunmayacaktır.

Ayrıca çalışma konusu içinde gerek kesin hükmün önleme etkisinin unsurları gerekse sonuçları bakımından Uluslararası Sözleşmelerde yer alan düzenlemeler incelenmiş; Anayasa 90. madde kapsamında, kesin hükmün önleme etkisinin uluslararası uygulama alanı olarak da bilinen Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama hükümlerine ilişkin etkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Sonuç olarak ilkenin, hem muhakemenin tamamında etkili olduğunun, hem de tekrar cezalandırma yasağı sonucunun doğduğunun altı çizilmeli, ilkeye Anayasa'da yer verilerek ilke anayasal bir güvenceye de kavuşturulmalıdır.

ABSTRACT

The rule of law entails certainty of law by ne bis in idem principle. Judging same person again from the same act violates the freedom of a person and also it offends the rule of law.

In this study, it is argued whether “ne bis in idem” is a right that is based on a fundamental right or stemmed from being a procedural provision. It’s a fundamental constitutional right that bases on human dignity. Due to that fact, this the effect of ne bis in idem that causes different results in the field of application and application of the principle on the other diciplines.

As a rule, the final judgements have the effect of ne bis in idem. In this study, it is also argued that “decisions on no ground for prosecution”, that’s given after alternative dispute resolutions (ADR) may have the effect of ne bis in idem. It is concluded that the results of ADR must have the effect because of providing legal peace. Thereby there is no probability to be put in constant in the situtiation of suspect during the limitation of action.

Also the effect of International Conventions is studied with in the context of the principle to the field of application rule of Turkish Criminal code respect of location.

As a result, it must be underlined that the ne bis in idem principle is effective in both investigation and prosecution. It must be regulated as a constitutional rule and must have a constitutional guarantee.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	4
KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ	4
I. KAVRAM VE TARİHİ GELİŞİM	4
II. HUKUKİ NİTELİK	6
A. Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Dayanağı.....	12
1. Hukuk Devleti İlkesi.....	12
2. İnsan Onuru	14
3. Adil Yargılanma Hakkı	17
III. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ.....	19
A. Hüküm Kavramı, Hüküm Çeşitleri ve Kesin Hüküm Kavramı	20
1. Hüküm Kavramı	20
2. Hüküm Çeşitleri.....	21
a. Beraat Kararı	22
b. Mahkumiyet Kararı.....	23
(1) Uyuşmazlığın Esastan Çözüldüğü ve Mahkemenin İşten El Çektiği Mahkûmiyet Kararları	23
(2) Uyuşmazlığın Esastan Çözüldüğü ve Mahkemenin İşten El Çekmediği Mahkûmiyet Kararları - Koşullu Mahkûmiyet Kararı -	24
c. Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Dair Karar	29
d. Güvenlik Tedbiri Kararı.....	31
e. Düşme Kararı	33
f. Görevsizlik Kararı	34
3. Kesin Hüküm Kavramı.....	35

B. Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Unsurları.....	39
1. Aynı Kişi.....	39
2. Aynı Fiil.....	42
C. Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Sonuçları	49
1. Tekrar Yargılama Yasağı	49
2. Tekrar Cezalandırma Yasağı	53
IV. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİNİ YARATAN HALLER	62
A. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar	65
1. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi Sebebiyle Verdiği Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar	66
2. Kamu Davasının Açılması İçin Yeterli Şüphe Oluşturacak Delilin Elde Edilememesi veya Kovuşturma Olanığının Bulunmaması Sebebiyle Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Karar	68
3. Kovuşturmaya Yer Olmadığına Dair Kararın Yarattığı Önleme Etkisi	70
B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi	73
C. Önödeme.....	75
D. Uzlaşma.....	77
İKİNCİ BÖLÜM	84
TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ.....	84
I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN YER BAKIMINDAN UYGULAMA HÜKÜMLERİ VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ.....	84
A. Mülklik İlkesi.....	84
B. Şahsilik İlkesi	95
1. Faile Göre Şahsilik İlkesi	95
a. Türkiye Namına Memuriyet veya Görev Yapan Kişilerin Yabancı Ülkede İşlediği Suçlar (TCK. m.10)	96
b. Türk Vatandaşlarının Yabancı Ülkede İşlediği Suçlar (TCK. m.11/1)	99
2. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi.....	102
C. Koruma İlkesi	104
1. Devleti Koruma İlkesi (TCK. m.12/1)	105

2. Devleti Koruma İlkesi (TCK. m.13/1-b)	105
D. Evrensellik İlkesi.....	106
E. İkame Yargı Yetkisi.....	110
II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI	
SÖZLEŞMELER VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ.....	111
A. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri	111
B. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nde ve Ceza Koğuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Kesin Hükmün Önleme Etkisi.....	120
1. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Koğuşturulmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Yer Alan Kesin Hükmün Önleme Etkisi'nin Unsurları.....	123
a. Tarafların Aynılığı	123
b. Fiilin Aynılığı	124
c. Kesin ve Yerine Getirilebilir Yargı Kararı	124
2. Sözleşmelerde Yabancı Yargıya Tanınan Kesin Hükmün Önleme Etkisinin İstisnaları	126
C. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Kesin Hükmün Önleme Etkisi	128
III. DİĞER ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME	
ETKİSİ.....	134
A. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü)	134
1. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi	135
2. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde Kesin Hükmün Önleme Etkisi.....	137
3. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde Yer Alan Kesin Hükmün Önleme Etkisinin İstisnaları	140
a. Önceki Yargılamanın Ceza Sorumluluğu Bulunan Şahsı Koruma Amacı ile Yapılmış Olması	141
b. Yargılamanın Bağımsız ve Tarafsız Şekilde Yapılmamış Olması ve Yargılamanın Söz Konusu Şahsı Adalet Önüne Getirme Niyetiyle Bağdaşmayacak Şekilde Yapılmış Olması	142
(1) Bağımsızlık.....	143
(2) Tarafsızlık.....	148

(3) Yargılamanın Söz Konusu Şahsı Adalet Önüne Getirme Niyetiyle Bağdaşmayacak Şekilde Yapılmış Olması.....	149
4. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne Taraf Olunmasının Kesin Hükümün Önleme Etkisi Bakımından Doğuracağı Sonuçlar.....	150
B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'de Düzenlenen Kesin Hükümün Önleme Etkisi.....	154
1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'de Düzenlenen Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Unsurları.....	155
a. Aynı Suç.....	155
b. Kesin Hüküm.....	156
c. İki Kere Yargılama veya Cezalandırma Yasağı.....	157
(1) Suç İsnadı.....	157
(2) Verilen Cezanın Niteliği ve Ağırlığı Kriteri.....	159
C. Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. Maddesinde Düzenlenen Kesin Hükümün Önleme Etkisi.....	161
1. Schengen Uygulama Sözleşmesi 54. Maddesi Kapsamında Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Unsurları.....	163
a. Aynı Fiil.....	164
b. Kesinleşmiş Yargı Kararı.....	166
c. Yaptırımın İnfazı Koşulu.....	169
SONUÇ.....	171
KAYNAKÇA.....	181

KISALTMALAR

ABAD.	Avrupa Birliği Adalet Divanı
ATE.	Arupa Tutuklama Emri
AyM.	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
BM.	Birleşmiş Milletler
BM MvSHS.	Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
C.	Cilt
CD.	Ceza Dairesi
CKADAS.	Ceza Koğuşurmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi
CMK.	Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK.	Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu
CYMDAS.	Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi
çev.	Çeviren
dn.	Dipnot
E.	Esas
ECHR	European Court of Human Rights
ECJ	European Court of Justice
Ed.	Editör
hzl.	hazırlayan
İHAM.	İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İÜHFMD	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K.	Karar
KK.	Kabahatler Kanunu
KTK.	Karayolları Trafik Kanunu
m.	madde
MHAD.	Milletlerarası Hukuk Araştırmaları Dergisi
No	Numara
prg.	Paragraf
RG	Resmi Gazete
RS.	Roma Statüsü
S.	Sayı
s.	sayfa
ss.	sayfa aralığı
t.y	tarih yok
SİDAS	Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi
SUS.	Schengen Uygulama Sözleşmesi
UCM	Uluslararası Ceza Mahkemesi
VUK.	Vergi Usul Kanunu
Vol.	Volume
Y.	Yıl
YCGK.	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Kesin hükmün önleme etkisi (ne bis in idem ilkesi), aynı fiilden dolayı, aynı kişinin tekrar yargılanamayacağını ve cezalandırılmayacağını ifade eder. Kesin hükmün önleme etkisinin unsurları gerçekleştiğinde, devletin cezalandırma yetkisi ortadan kalkar. Hukuk devleti ilkesi, kesin bir hükümle yargılanması sona ermiş bir kişinin tekrar muhakeme sujesi olmasını engelleyerek hukuki güven ortamının yaratılmasını gerektirir. Bu durumda kesin hükmün önleme etkisinin doğmaması, birey bakımından kişisel özgürlüğün ihlali sonucunu doğurmakta, devlet bakımından ise hukuk devleti ilkesini zedelemektedir.

Çalışmanın amacı; Türk Ceza Hukukunda kesin hükmün önleme etkisinin sadece muhakeme şartı olmasından kaynaklanan bir hak mı yoksa, temelini insan onurunun zedelenmemesi gereğinden alan bir hak mı olduğu sorusuna cevap aramaktır. Zira kesin hükmün önleme etkisinin temelinde, insan onurunun zedelenmemesine dayanan anayasal bir hak olduğunun kabulü; önleme etkisinin doğacağı an, farklı disiplinlerde göstereceği etki ve uygulama alanı bakımından farklı sonuçlar doğurabilecektir. Diğer taraftan, kesin hükmün önleme etkisi, kural olarak sadece mahkemenin uyuşmazlığı sona erdiren kararlarına tanınmaktadır. Bu noktada, soruşturma aşamasında gerek 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda, gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan kurumların uygulanması ile birlikte verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, kesin hükmün önleme etkisine benzer bir hal yaratıp yaratmadığının tespiti, çalışmanın bir diğer amacını oluşturmaktadır.

Kesin hükmün önleme etkisi, çalışma konusu bakımından Türk ceza hukuku ile sınırlandırılmıştır. “Türk Ceza Hukuku” ifadesi geniş anlamda kullanılmış, çalışma konusu Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri ile sınırlandırılarak incelenmeye çalışılmıştır. Çalışma iki ana bölümden oluşmaktadır.

“Kesin Hükmün Önleme Etkisi” başlıklı birinci bölümde; “Kavram ve Tarihi Gelişim” başlıkları altında, ilkenin tarihsel kökeni incelenmiş; “Hukuki Nitelik” başlığı altında, Türk Ceza Hukukunda kesin hükmün önleme etkisinin dayanağı, “Hukuk Devleti İlkesi”, “İnsan Onuru Kavramı” ve “Adil Yargılanma Hakkı” alt başlıkları

altında irdelenmiş; önleme etkisinin, sadece muhakeme şartından kaynaklanan bir hak mı yoksa temeli insan hakkına dayanan anayasal bir hak mı olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisi” başlığı altında ise; hüküm kavramı, hüküm çeşitleri ve kesin hüküm kavramı hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, “Aynı Fiil” ve “Aynı Kişi” başlıkları altında, kesin hükümün önleme etkisinin unsurları incelenmiş; “Tekrar Yargılama Yasağı” ve “Tekrar Cezalandırma Yasağı” başlıkları altında ise kesin hükümün önleme etkisinin sonuçları ortaya konmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümde ayrıca, “Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisini Yaratan Haller” başlığı altında; kural olarak mahkemenin uyuşmazlığı sona erdiren kararlarına tanınan kesin hükümün önleme etkisinin soruşturma aşamasında, özellikle alternatif uyuşmazlık çözüm yolları kullanılarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara da tanınıp tanınmayacağı sorusuna cevap aranmaktadır. Gerek Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri, gerekse Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alınarak; “Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar”, “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi”, “Önödeme” ve “Uzlaşma” başlıkları altında bu soru cevaplandırılmaya çalışılmıştır.

“Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Kesin Hükümün Önleme Etkisi” başlıklı ikinci bölümde, kesin hükümün önleme etkisinin, Türk Ceza Kanunu’nun yer bakımından uygulama alanına ilişkin hükümleri açısından gösterdiği etki incelenmiştir. Kesin hükümün önleme etkisinin uluslararası uygulama alanı olarak da bilinen yer bakımından uygulama hükümlerine ilişkin olarak kısa açıklamalarda bulunulduktan sonra, yabancı yargının iç hukukta önleme etkisi yaratıp yaratmadığı hususu, yer bakımından uygulama ilkeleri ışığında tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde ikinci alt başlıkta; Anayasa’nın 90. maddesi gereğince temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuk metni olması, sözleşme hükmü ile iç hukuk kuralı çeliştiğinde sözleşme hükmünün uygulanacak olması nedeniyle, öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin Türk Ceza Hukuku’na etkisi hakkında genel bilgi verilmiştir. Bu başlık altında Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerden Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri

Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Ceza Koşuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde yer alan kesin hükmün önleme etkisine ilişkin düzenlemeler incelenmiştir. “Diğer Uluslararası Sözleşmelerde Kesin Hükmün Önleme Etkisi” başlığı altında ise; Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol ve Schengen Uygulama Sözleşmesi'nde kesin hükmün önleme etkisinin unsurları incelenmiştir. Türkiye, söz konusu Sözleşmelere henüz taraf değildir. Ancak, Anayasa'nın “Suç ve Cezalara İlişkin Esaslar” başlıklı 38. maddesinin 12. fıkrasında ve Türk Ceza Kanunu'nun “Geri Verme” başlıklı 18. maddesinin 2. fıkrasında, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler dışında, vatandaşın geri verilmeyeceğini belirten düzenlemelere yer verilmesi, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olunacağını bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle, Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde yer alan kesin hükmün önleme etkisine ilişkin düzenlemeler incelenmiş ve taraf olduğu takdirde kesin hükmün önleme etkisinin yaratacağı olası etkiler belirlenmeye çalışılmıştır. Diğer taraftan, Avrupa Birliği üyelik sürecinde olmamız sebebiyle, Avrupa Birliği Ceza Hukuku kapsamında, Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. maddesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 54. maddesi ile ilgili vermiş olduğu kararlar incelenmeye çalışılmıştır. Ayrıca, kesin hükmün önleme etkisinin evrensel bir hukuk ilkesi olması nedeniyle, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesiyle ilgili içtihadlarında karar verirken kullandığı ölçütlerle, söz konusu içtihadlarla yaratılan kesin hükmün önleme etkisinin etki alanı belirlenmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

I. KAVRAM VE TARİHİ GELİŞİM

Batı medeniyetinin en eski ilkelerinden biri olan “ne bis in idem” ilkesi olarak bilinen kesin hükmün önleme etkisi¹ Roma Hukukunda yer alan “nemo debet vis vexari pro una et eadam causa” hiç kimse aynı suçtan dolayı birden fazla kovuşturulamaz ve “nemo debet bis puniri pro uno delicto” hiç kimse aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılmaz ilkesine dayanır².

Kesin hükmün önleme etkisi (ne bis in idem) dayanağını Roma Dönemi’ndeki tüketme kuralından almaktadır. Tüketme kuralı, aynı konuda ikinci davanın görülmesini engelleyen bir kuraldı. Roma hukukundaki anlayışa göre dava konusu olan hayat olayı bir bütün oluşturduğundan, bundan doğan talepler ayrı davalara konu olamazdı. Tüketme kuralından sonra gelişen “exceptio rei iudicate” kesin hüküm itirazı kurumu ile önceden karara bağlanmış ya da derdest olan bir davanın yeniden açılması engellenmekteydi³.

Iustinianus Kanunları’nda da, yöneticinin, aynı kişinin beraat ettiği bir suçtan dolayı tekrar suçlanmasına izin vermemesi gerektiği kural olarak yer almıştı⁴.

Roma İmparatorluğu’nun çöküşünden sonra iki kere yargılamama ilkesinin resmileşmesine kilise hukuku içinde devam edilmiş, kilise tarafından Tanrı’nın bir

¹ Çalışma konusu içinde “kesin hükmün önleme etkisi” ve “ne bis in idem ilkesi” ifadeleri dönüşümlü olarak kullanılacaktır.

² Jay Sigler, “A History of Double Jeopardy”, **American Journal Of Legal History**, Vol.7, No.4 (October 1963), s. 283, 284; Gerard Conway, “Ne Bis In Idem Principle in International Law”, **International Criminal Law Review**, Vol.3, (2003), s. 221, 222; John Vervaele, “The Transnational ne bis in idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights”, **Utrecht Law Review**, Vol.1, Issue 2 (December 2005), s. 100.

³ Hamide Özden Özkaya Ferendeci, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul: XII Levha, 2009, s. 9, 11.

⁴ Book 48, Title 2 “Accusations and Indictments”, Note 7 Aktaran: Sigler, s. 284; Conway, dn. 17, s. 222; David Stewart Rudstein, **Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution**, Praeger Publishers, 2004, s. 4.

kişiyi aynı günahdan iki kere yargılamayacağı belirtilmiştir⁵. Modern kilise hukukunda, Tanrı, aynı günah için iki kere cezalandırmaz ilkesi doğmuştur.

İngiltere’de 1176 yılında Kral Henry, kilise hukukuna göre yargılanan ve mahkûm olan ruhban sınıfına ait kişileri tekrar yargılamak istediğinde, Thomas Becket, kilise hukukuna dayanarak, sonraki yargılamaya izin vermenin, “hiç kimse aynı suçtan iki kere yargılanamaz ilkesine” aykırılık oluşturacağı nedeniyle itiraz etmiştir. Bunun üzerine Kral Henry, ekolastik mahkemelerde yargılananların, Kral’ın mahkemelerinde yapılacak yargılamalardan muaf olacaklarını belirtmiştir⁶.

İngiltere’de iki kere yargılanmamayı sağlayacak koruma, XVII. yüzyılın ikinci yarısında “plea of autrefois acquit”, beraat itirazı ve “plea of autrefois convict” mahkumiyet itirazı olarak içtihadi hukuka girmiştir⁷. Bu itirazlar beraat eden ya da mahkûm olan sanığın aynı isnaddan dolayı ikinci kere yargılanmasını önlemekteydi, ancak bu usuli güvencelere rağmen ilkeyi tanımlayan yasal bir belge bulunmamaktaydı⁸. Sir William Blackstone, terimi tanımlayarak İngiliz adli sistemi içindeki yerini belirlemiştir. Blackstone, temeli “hiç kimse aynı suçtan iki kere yargılanamaz” düşüncesine dayanan beraat ve mahkumiyet itirazlarını, İngiliz içtihadi hukukunun evrensel ilkesi olarak belirtmiştir⁹. Bu hak, bir kişinin aynı fiilden dolayı tekrar yargılanmaktan ya da cezalandırılmaktan korunması için oluşturulan bir haktır¹⁰.

⁵ Sigler, s. 284; Dax Eric Lopez, “Not Twice For the Same: How The Dual Sovereignty Doctrine is used to Circumvent Non Bis In Idem”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol.33, (2000), s. 1267.

⁶ Lopez, s. 1267; Olaoluwa Olusanya, **Double Jeopardy Without Parameters**, Intersentia Publishers, (2004), s. 29, 30. İlkenin İngiliz hukukundaki kaynağını açıklayan bu teorilere göre, ilke İngiliz hukukunda hem kilise geleneklerinden, hem de İngiltere’ye giden Romalı bilim adamlarının etkisi ile ortaya çıkmıştır. Rudstein, *Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution*, s. 6.

⁷ David Stewart Rudstein, “Retrying the Acquitted in England, Part I: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for New and Compelling Evidence”, **San Diego International Law Journal**, Vol.8, 2007, s. 402.

⁸ Lopez, s. 1269.

⁹ Ryan H. Stuart, “A Critical Examination Of The Double Jeopardy Clause After United States V. Ursery”, **Saint Louis University Law Journal**, (Fall 1997), s. 3; Rudstein, “Double Jeopardy”, s. 4, 5; Rudstein, “Retring the Acquitted”, s. 402; Lopez, s. 1269; Reynaud N. Daniels, “Non Bis In Idem and International Criminal Court”, **Bepress Legal Series**, Paper 1365, (2006), <http://law.bepress.com/expresso/eps/1365>, (13 Ağustos 2007), s. 3.

¹⁰ M. Cherif Bassiouni, “Human Rights In The Context Of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections In National Constitutions”, **Duke Journal Of Comperative International Law**, (Spring 1993), s. 18.

İngiliz hukukundaki bu gelişmeler, Blackstone'un etkisiyle Amerikan hukukunun gelişimini etkilemiştir¹¹. Massachusetts eyaletinde ilkenin içeriği belirlenirken, İngiliz hukukundan etkilenilmiş ancak koruma alanının sadece ceza yargılamalarını değil medeni hukuk ihlallerini de içermesi bakımından farklı yaklaşımlar oluşmuştur. Massachusetts eyaletindeki bu gelişmeler diğer kolonilerin kendi kurallarını şekillendirmesi bakımından etkili olmuş, ilke, diğer kolonilerce de kabul edilerek 1791 yılında Haklar Bildirgesine dahil edilmiştir¹².

İlke aynı yılda, 1791 Fransa Anayasası'nın bir parçası olmuştur¹³. 1791 Fransa Anayasası'ndaki düzenlemeye göre jüri tarafından beraat ettirilen hiç kimse, aynı fiilden dolayı yakalanamaz ya da hakkında suçlamada bulunulamaz. İlke 1795 Fransa Anayasası'nda da tanınarak, jüri tarafından hakkında beraat kararı verilen hiç kimse, aynı suçtan dolayı yeniden yakalanamaz ya da hakkında suçlamada bulunulamaz hükmüne yer verilmiştir. 1808 Napolyon Ceza Kanunu'nun 360. maddesinde daha önce beraat eden hiç kimse, aynı eylemden dolayı ikinci kere yakalanamaz ya da hakkında isnadda bulunulamaz hükmü düzenlenmiştir¹⁴.

Türk hukukunda ise ilke, 1982 Anayasası'nda açık bir hükümlerle düzenlenmemiş olup, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK.) 253/5 maddesinde "aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş hüküm veya açılmış dava var ise, davanın reddine karar verilir" hükmü ile düzenlenmişti. İlke, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK.) m.223/7 hükmünde "aynı fiil sebebiyle, aynı sanık için verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verilir" düzenlemesi ile davanın reddi sebebi olarak yer almıştır.

II. HUKUKİ NİTELİK

Kesin hükmün önleme etkisi, kesin hükmün bir niteliği olmayıp, sonucudur. Bir kişinin sürekli olarak ceza yargılamasının sujesi olması, hukuk güvenliği ilkesini

¹¹ Conway, s. 222.

¹² Lopez, s. 1269; Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Sigler, s. 304 vd.; Amerikan Yüksek Mahkemesi, iki kere yargılanamama ve cezalandırılmama ilkesinin, Amerika Birleşik Devletleri yargısına Blackstone ile girdiğini ifade etmiştir. George C. Thomas III, **Double Jeopardy, The History, The Law**, New York University Press, 1998, s. 7.

¹³ Rudstein, "Retrying Acquitted in England", s. 402.

¹⁴ Rudstein, "Retrying Acquitted in England", dn. 75, s. 402.

zedeleyeceği gibi, bu durum insan hakkına da aykırıdır¹⁵. Kesin hükmün önleme etkisinin hukuki niteliği, önleme etkisinin uluslararası ve ulusüstü sözleşmelerdeki düzenleniş şekliyle mukayeseli hukukta ilkenin hangi yasal metinler içinde düzenlendiği de dikkate alınarak belirlenmeye çalışılacaktır.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi (CYMDAS.)¹⁶ ve Ceza Koğuşurmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi (CKADAS.)¹⁷ hükümlerinde yer alan koşulların mevcudiyeti halinde; aynı eylemden ötürü aynı kişi, diğere bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide infaz edilemez. Söz konusu Sözleşmelerde ilke, uluslararası uygulama alanı bularak, ikinci kere kovuşturulma ya da cezalandırılma engeli olarak düzenlenmiştir.

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS.)¹⁸ m.9’da kendisinden talepte bulunulan devlette, iadeye sebep olan fiillerden dolayı bir yargılama yapıp, kesin hüküm verilmişse bu kesin hükmün iadeye engel olacağı belirtilmiştir. Böylece kişi iade edilemeyeceğinden, diğere devlette kovuşturma yapılması bakımından önleme etkisi doğmaktadır.

BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (BM MvSHS.)¹⁹ m.14/7’de ise bir ülkenin ceza yasalarına ve usulüne göre daha önce kesin olarak mahkum olmuş ya da beraat etmiş kişinin aynı fiil için yeniden yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Ek 7 Nolu Protokol’ün 4. maddesinin 1. fıkrasına göre (İHAS. Ek 7/4-1)²⁰ işlediği bir suç nedeniyle yargılanan ve kesin

¹⁵ Faruk Turhan, “Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, Sayı. 4, (Ağustos 2005), s. 197 vd.

¹⁶ Sözleşme, 01.03.1977 tarih ve 2087 sayılı Kanun ile kabul edilmiş, 14.12.1977 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlkenin Sözleşme’de düzenleniş şekli hakkında, ayrıntılı bilgi için bkz. s. 120 vd.

¹⁷ Sözleşme, 27.12.1977 tarih ve 16157 sayılı Resmi Gazete’ yayımlanmıştır. İlkenin Sözleşme’de düzenleniş şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 120 vd.

¹⁸ Sözleşme, 18.11.1959 tarih ve 7376 sayılı Kanun ile kabul edilmiş, 26.11.1959 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. İlkenin Sözleşme’de düzenleniş şekli hakkında, ayrıntılı bilgi için bkz. s. 128 vd.

¹⁹ Sözleşme, 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 4.6.2003 tarih ve 4868 sayılı kanun ile kabul edilmiş, 18.06.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

²⁰ Türkiye Sözleşme’yi 14/3/1985 tarihinde imzalamış olup Sözleşme onaylanmadığından dolayı henüz Sözleşme ile bağlı bulunmamaktadır.

hükümle beraat eden ya da mahkûm olan kişi, aynı suç nedeniyle yargılandığı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz ya da cezalandırılmaz. Sözleşme'ye göre ilkenin uygulama alanı, aynı devletle sınırlıdır. İlke, iç hukukta geçerli olmak üzere, ikinci kere kovuşturulma ya da cezalandırılma engeli olarak düzenlenmiştir²¹.

Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) m.20'de kesin hükmün önleme etkisi, üç halde yargılama engeli olarak kabul edilmiştir. Roma Statüsü, devlet ve Uluslararası Ceza Mahkemesi arasında ulusüstü bir uygulama alanı yaratmıştır²².

Schengen Uygulama Sözleşmesi (SUS.) m.54'de ise anlaşmaya taraf devlet tarafından hakkında kesin karar verilmiş olan kişinin, mahkûmiyet durumunda yaptırımın infaz edilmiş veya edilecek olması veya kararı veren devletin hukukuna göre artık infaz edilmeyecek olması koşuluyla, aynı fiil nedeniyle anlaşmaya taraf başka devlet tarafından kovuşturulamayacağı düzenlenmiştir²³.

Kesin hükmün önleme etkisinin, Sözleşmelerdeki düzenleniş şekline bakıldığında, iki etkisi olduğu görülmektedir. Birincisi muhakeme hukuku bakımından tekrar yargılama yasağı oluşturması, ikincisi maddi hukuk bakımından tekrar cezalandırma yasağı getirmesidir²⁴. Kesin hükmün önleme etkisi, davanın açılmasına engel olması nedeniyle muhakeme hukukuna ilişkin etki yaratırken; yeniden cezalandırma engeli olması bakımından, maddi hukuka ilişkin bir etki yaratmaktadır.

Kesin hükmün önleme etkisinin, temel bir insan hakkı niteliği taşıyıp taşımadığı hususunun belirlenmesinde yardımcı olabilecek bir diğer ölçüt mukayeseli hukukta önleme etkisinin düzenlendiği yasal metinler ve söz konusu metinlerdeki düzenleniş şeklidir.

İlke, Kanada Haklar ve Özgürlükler Anayasası'nda, temel bir hak olarak yasal haklar başlığı altında düzenlenmiştir. Hükme göre, bir suçtan kesin hükümle beraat eden

²¹ İlkenin Sözleşme'de düzenleniş şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 154 vd.

²² <http://www.icc-cpi.int/Menu/icc/Legal+Texts+and+Tools> (10 Mart 2009). İlkenin Sözleşme'de düzenleniş şekli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 134 vd.

²³ Mustafa Ruhan Erdem, **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 343.

²⁴ José Luis De La Cuesta, "Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle "Ne Bis In Idem" General Raport", **International Review of Penal Law**, Vol.73, No.3-4, (2002), s. 710.

kişi, o suçtan dolayı yeniden yargılanmama hakkına; kesin hükümle suçlu bulunan veya cezalandırılan kişi, aynı suçtan tekrar yargılanmama ve cezalandırılmama hakkına sahiptir²⁵.

İlke, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası'nda temel haklar başlıklı ikinci bölümde “yakalananlara, tutuklananlara ve sanıklara adil yargılanma hakkı” içinde sayılan haklardan biri olarak kabul edilmiş ve adil yargılanma hakkının bir gereği olarak düzenlenmiştir. Buna göre; bir eylemden ya da ihmale dayalı bir suçtan dolayı hakkında beraat ya da mahkumiyet kararı bulunan kişi, aynı suçtan dolayı tekrar yargılanamaz²⁶.

Amerika Birleşik Devletleri, Temel Haklar Şartı Ek 5'te aynı kişinin aynı suçtan dolayı yeniden yargılanamayacağı ve aynı suçtan dolayı iki kere cezalandırılmayacağı düzenlemesi yer almaktadır. İlke Amerikan hukukunda üç koruma sağlamaktadır. Aynı suçtan daha önce yargılanarak beraat eden kişi, tekrar yargılanamaz; aynı suçtan daha önce yargılanarak mahkûm olan kişi, tekrar yargılanamaz ve aynı kişi, aynı suçtan dolayı birden çok cezalandırılmaz²⁷. Amerikan Yüksek Mahkemesi verdiği kararlarda ilkeyi 1989'a kadar sadece cezai nitelikteki davalarda ve cezalarda uygulamıştır. Halper davasında ise ceza yargılamasında hükmedilen mahkumiyet kararından sonra uğranılan zarar ile ilgili olarak hükmedilen tazminatın, iki kere cezalandırılmama ilkesi kapsamında bir ceza olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu tartışılmıştır. Mahkeme, ilke ile getirilen korumanın, şahsi bir koruma olduğunu, medeni ya da ceza gibi herhangi bir kategorik ayırım yapılmadan koruma sağlandığını belirtmiştir. Mahkeme, ceza yargılaması sonucunda mahkûm olan kişiye medeni yargılama sonucunda hükmedilen tazminatın, verilen zararın çok ötesinde bir miktar olduğundan hareketle yaptırım niteliğini cezai kabul ederek iki kere cezalandırılmama ilkesine aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkeme Hudson davasında ise

²⁵ *Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I, Legal Rights, Proceedings in Criminal and Penal Matters, Article 11-h*. Bkz. <http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:l I-gb:s.1> (28 Mart 2010).

²⁶ *Constitution of The Republic of South Africa, Act No:108 of 1996, Chapter 2, Bill of Rights, Section 35*, <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf> (28 Mart 2010).

²⁷ Rudstein, “Retrying Acquitted”, dn. 59, s. 400; Anne Bowen, Poulin, “Double Jeopardy and Multiple Punishment: Cutting The Gordian Knot”, **University Of Colorado Law Review**, Vol.77, (2006), s. 595, 596.

yaptırımın, medeni yaptırım niteliğinde olup olmadığı belirlenirken kanun koyucunun iradesinin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Kanun koyucunun iradesi, medeni nitelikte bir yaptırım düzenlemek olsa dahi yaptırımın, cezai nitelikte olduğu söylenebilecek kadar cezalandırıcı nitelikte olup olmadığının belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir²⁸.

İlke, Alman Anayasası'nın m.103/3'de, hiç kimsenin, genel ceza yasalarında yer alan aynı fiilden dolayı birden fazla kez cezalandırılmayacağı²⁹ şeklinde düzenlenmiştir. Alman hukukunda kesin hükmün önleme etkisinin, sadece iç hukukta geçerli olması yetersiz bulunarak eleştirilmiştir. Yabancı bir ülkede bulunmanın olağan bir hale geldiği, bu nedenle eylemin gerçekleştiği yer hukukunun göz önünde tutularak, yabancı mahkemeler tarafından verilen hükme de önleme etkisi tanınması gerektiği belirtilmiştir³⁰.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, ne bis in idem ilkesini, devletlerarası etki doğuran bir ilke olarak kabul etmemekte, ilkeyi, Alman Anayasası m.103/3'e dayandırarak, ilkenin çifte cezalandırmayı önleyen bir etkisi olduğunu belirtmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi kararına göre, yurtdışında bir suç işlendiğinde, suçun Almanya'da yargılanmasının gerekli olup olmadığı, Alman ceza normlarının korunan hukuksal bir değere karşılık gelip gelmemesine göre belirlenmelidir. Ancak yabancı ülkede kovuşturulan ve cezalandırılan bir fiilin, ülke içinde bir ceza muhakemesine konu edilmemesi hususunda, Anayasa'da emredici bir hükmün bulunmadığı bu nedenle ülke içindeki kovuşturma olanağından bağımsız olarak, yabancı ülkede verilen hükümlerin dikkate alınması hususunun düzenlenebileceği belirtilmiştir³¹.

²⁸ **American Journal of Criminal Law**, "Casenote, A Second Look at the Double Jeopardy: Hudson v. United States", Vol.25, No.3, (1997), s. 636; David Stewart Rudstein, "Civil Penalties and Multiple Punishment Under The Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions", **Oklahoma Law Review**, Vol.46, No.4, (Winter 1993), s. 599.

²⁹ *Constitution of Federal Republic of Germany*, <http://iuscomp.org/gla/statutes/GG.htm#103> (28 Mart 2010), Article 103; Wolfgang Schomburg, "Germany Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle "NE BIS IN IDEM", **International Review of Penal Law**, Vol.73, No.3-4, 2002, s. 941.

³⁰ Feridun Yenisey, **Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**, İstanbul: Beta, 1988, s. 216.

³¹ Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Adalet Kitapevi, 2010, s. 105. Alman İmparatorluk Mahkemesi, Alman Federal Yüksek Mahkemesi gibi kesin hükmün yeni bir davayı önleme etkisini kabul etmektedir. Re'sen delil araştırma ve delil serbestisi söz konusu

İtalyan Ceza Muhakemesi Kanunu m.90'da yer alan ilkede, kanunun istisna tuttuğu hükümler saklı kalmak kaydıyla, bir sanık, gıyabında olsa bile mahkûm olur veya beraat ederse, aynı fiil için tekrar bir ceza yargılaması yapılamayacağı düzenlenmiştir³².

Rusya Federasyonu Anayasası m.50/1'de, "hiç kimse tek ve aynı suçtan dolayı tekrar mahkûm olamaz" hükmü yer almaktadır. Rusya Ceza Kanunu m.6/2 hükmünde, "hiç kimse bir ve aynı suçtan dolayı tekrar yargılanamaz" hükmü yer almaktadır. Rusya Ceza Kanunu'ndaki düzenleme, ilkenin sadece ceza yargılamaları bakımından geçerli olduğunu da açıkça ifade etmektedir³³.

Hollanda Ceza Kanunu m. 68/2'de, yabancı mahkeme kararlarına, kesin hükmü önleme etkisi tanınmaktadır. Yabancı bir ülkede fail hakkında verilmiş beraat kararı varsa ya da fail hakkındaki yargılamaya son verilmişse, fail mahkûm edilmiş ve ceza infaz edilmişse veya affedilmişse veya ceza zamanaşımına uğramışsa fail tekrar koğuşturulamaz. Eğer fail, yabancı mahkeme kararının infazından önce kaçmış ve artık kararın infazı mümkün olmamışsa bu takdirde, Hollanda'da koğuşturulma yapılabilir³⁴.

İspanya'da ise yabancı mahkeme kararlarına insan onuru ve hukuk devleti ilkesine dayanan yazılı olmayan genel bir hukuk ilkesinden hareketle kesin hükmün önleme etkisi tanınmaktadır³⁵.

İncelenilen metinlerde ilke, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak ya da yasal haklar başlıkları altında, anayasal güvenceye sahip temel bir hak olarak düzenlenmiştir. İlke, genel olarak iç hukukta, ceza hukuku alanı ile sınırlı olarak uygulanan bir ilkedir. Ancak Hollanda ve İspanya örneklerinde olduğu gibi, kesin hükmün önleme etkisine, sınır ötesi geçerlilik tanındığı uygulamalar da mevcuttur.

olduğundan, hâkim vicdani olarak yanlış karar vermiş olsa dahi, kesin hüküm, ne bis in idem etkisi doğuracaktır. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 655.

³² Mustafa Özen, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XIV, Sayı. I (Haziran 2010), s. 396.

³³ Boris Andreev, "Russia Non Bis In Idem Principle In International and Russian Law", **International Review of Penal Law**, Vol.73, (2002), s. 1066.

³⁴ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R.Murat Önok, **Uluslararası Ceza Hukuku**, Ankara: Seçkin, 2009, dn. 352, s. 94,

³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 94.

Avrupa Konseyi Ceza Hukuku Komitesi, ilkenin failin subjektif bir hakkı olarak uluslararası düzeyde düzenleme konusu olması gerektiği hususunu tartışmış, ancak Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ceza hukukundaki farklılıklar nedeniyle düzenleme yapılması yönünde ilerleme kaydedilememiştir³⁶. 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde kesin hükmün önleme etkisinin, uluslararası ve sınıraşan ölçütlerde de uygulanabilen bir insan hakkı olarak tanınması gerektiği belirtilmiştir³⁷. 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde ise uluslarüstü ne bis in idem etkisinin tanınması için ulusal hukuk düzeninde kesin hükmün önleme etkisinin, insan hakkı olarak açık hükümle korunması gerektiği belirtilmiştir³⁸.

Kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılama sonrasında aynı kişinin, aynı eylemden dolayı tekrar yargılanması veya cezalandırılması, devlet ve birey nezdinde iki etki yaratır. Devlet bakımından hukuk devleti ilkesi zedelenirken, birey bakımından insan onuru zedelenmektedir.

Türk Ceza Hukuku bakımından kesin hükmün önleme etkisinin hukuki niteliğini belirlemek için, ilkenin dayanaklarının ortaya konulması gerekir.

A. Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükmün Önleme Etkisinin Dayanağı

1. Hukuk Devleti İlkesi

Hukukun idesi ve ideali adalettir. İnsanın hukuktan ilk ve asıl beklentisi, adaletin gerçekleşmesidir. İnsan, hukuk aracılığı ile adalet yüksek değerini gerçekleştirmeye çalışır³⁹. Hukuk devleti ilkesi, adaletin gerçekleştirilmesinde, devletin kendi koyduğu kurallara kendisinin de bağlı olmasını ifade eder. Hukuk devleti, hukuki

³⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 95.

³⁷ 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999), "Organize Suçun Meydan Okuması Karşısındaki Ceza Adalet Sistemi", Barış Erman (çev.), **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı. 3, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2009), s. 224.

³⁸ 17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin, 12-19 Eylül 2004) "Eşzamanlı Yürüyen Ulusal ve Uluslararası Ceza Yargılaması ve Ne Bis In Idem Prensipleri", Banu Kınıtoğlu (çev.), **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**, Sayı.3, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2009), s. 230.

³⁹ Vecdi Aral, **Toplum ve Adaletli Yaşam, "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması"**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988, s. 9.

güven ortamının bulunduğu, devletin karar ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı olduğu devlettir. Buradaki hukuk, değerlere bağlı, insan haklarına saygılı hukuktur⁴⁰.

Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda, hukuk devletine ilişkin özellikleri belirtmiştir. Buna göre; “*Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.*”⁴¹. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda, insan haklarına saygılı hukuk devletinde yasa koyucunun, yasaların yalnız Anayasa’ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Hukuk Devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir⁴². Hukuk güvenliği⁴³,

⁴⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul: Beta, 9. Bası, Eylül 2009, s. 97.

⁴¹ Anayasa Mahkemesi (AyM). 21.1.2010. E. 2008/85, K. 2010/12 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010); Anayasa Mahkemesi, hukuk devletinin özelliklerini, çeşitli kararlarında şu şekilde belirtmiştir: “*Hukuk Devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu, adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan devlet demektir*” AyM. 11.10.1963. E. 1963/124, K. 1963/243 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010); “*Hukuk Devleti, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturan, kanun önünde eşitlik bu temelde esaslı bir unsurdur*” AyM. 19.04.1966. E. 1966/1, K. 1966/21 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010); “*Hukuk Devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, kanunların üstünde kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir*” AyM. 27.03.1986. E. 1986/31, K.1986//11 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010).

⁴² AyM. 28.1.2010. E. 2008/19, K. 2010/17 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010).

⁴³ “*Hukuk güvenliği, hukukun evrimi sonucunda ortaya çıkmış olup, hukukun her disiplini için geçerlidir. Özel hukukta, Borçlar Hukukunun akitleri düzenleyen genel hükümlerine göre süreli bir icapta bulunanın kabul iradesi kendisine ulaşınca kadar icabı ile bağlı olacaktır; İdare Hukukunda idarenin yaptığı bir işlemle ortaya koyduğu iradenin yine kendisi bu işlemi değiştirmedeği sürece kendisini de bağlayacaktır; Ceza Hukukunda tabii hâkim ilkesi ve yargılamanın kesin hükümle sonuçlanıncaya kadar ancak isnat edilen suç eylemleriyle sınırlı olacaktır; Devletler Genel Hukukunda çok taraflı bir anlaşmaya katılmak niyetiyle imza koyan devletin, onay işlemlerini tamamlayıncaya veya onaylamayacağını açıkça bildirinceye kadar o sözleşmenin hükümlerine aykırılık taşıyan davranışlardan kaçınma mecburiyeti, uzun tarihsel gelişim sonucu kökleşmiş olan hukuk güvenliği ilkesinin çeşitli veçheleri olup, bir hukuk*

temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Bu noktada hukuk devletinin yaratacağı hukuki güven ortamı⁴⁴, sadece normların öngörülebilir olmasını, karar ve işlemlerin yargı denetimine bağlı olmasını değil, aynı zamanda kesin bir hükümle yargılanması sona eren kişinin, tekrar muhakeme sujesi olmasını engellemeyi gerektirir. Hukuk güvenliği, kişinin tekrar yargılanma ihtimali altında yaşaması halinde, ihlal edilecek bir değer olarak karşımıza çıkmaktadır.

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesinin yer alması nedeniyle ne bis in idem ilkesinin Anayasa'da düzenlenmesinin gerekli olmadığı düşünülebilir. Anayasa Mahkemesi, ne bis in idem ilkesini kabul etse de, Anayasa'da yer almayan bu ilkeye uygun hareket edip etmemeyi, kanun koyucunun takdirine bırakmıştır. Anayasa Mahkemesi, kanunların anayasaya aykırılığını incelerken, Anayasa metninin yanında, genel hukuk prensiplerini de dikkate almalıdır. Bu nedenle ilkenin Anayasa'da düzenlenmemiş olması, göz ardı edilmesini gerektirmez⁴⁵.

2. İnsan Onuru

Modern anlamda her hukuk düzeninin merkezinde insan onuru kavramı bulunmaktadır. İnsan, kendi varlığını ve kişiliğini geliştirmek istediği gibi, bu konuda devlet güvencesine de sahip olmak ister. Hukuk düzeninin merkezinde devletin kendisi ve hedefleri değil, bireyin gelişimi ve korunması amaçtır⁴⁶.

Belirtmek gerekir ki insan onuru kavramı, insanın yapısına ilişkin bilgilerden oluşur. İnsan türünün belirli yapısal özellikleri ile olanaklarının bunlardan kaynaklanan ve evrendeki yerini sağlayan tarihsel başarılarının bilgisinden oluşur⁴⁷. İnsan onuru kavramı ile vurgulanmak istenen, insanların onur bakımından eşit olduğudur. İnsan hakları ile insanı insan yapan ve evrensel olarak sahip olunan temel niteliklerin, insan

devletinin bağlı olduğu temel kurallardandır". AyM, 27.11.2007. E. 2007/99, K. 2007/86 www.anayasa.gov.tr (30 Mart 2010).

⁴⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 97.

⁴⁵ Ergan Şen, **Uluslararası Ceza Mahkemesi**, Ankara: Seçkin, 2009, s. 46.

⁴⁶ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 17.

⁴⁷ İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara: 2007, s. 73.

doğasının yani insan onurunun korunması somutlaştırılmaktadır⁴⁸. İnsan onuruna riayet, insanın suje niteliğine, insan olması sebebiyle sahip olduğu değerlere riayet anlamında, insanın hukuk sujesi niteliğine saygı anlamına gelmektedir⁴⁹.

Öte yandan, insan onuru kavramının gereklerinden birisi, insan haklarının önceliğidir. Genel insan hakları, onurlu bir insan yaşamını gerektirir⁵⁰. İnsan onuru, temel hak ve özgürlüklerin temelinde bulunmaktadır⁵¹. İnsan onuru ve insan hakları kavramları arasında iki yönlülük bulunur. Bu iki yönlülük, insan hakkı “olan” ve insan onuru “olması gereken” boyutlarından oluşmaktadır⁵². İnsan hakları, bütün insanların insan onuruna yaraşır maddi manevi düzeye ulaştırılmasını amaçlar⁵³. Her türlü toplumsal, siyasal ve hukuksal müdahaleye karşı öne sürülebilme özelliği taşıır⁵⁴. Temel

⁴⁸ Oktay Uygun, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, **Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri İnsan Hakları ve Anayasalar**, Seminer, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Uygulama Merkezi, (24 Haziran 2009), Yayınlanmamış Tebliğ Metni, s. 2.

⁴⁹ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999, s. 83. “*İnsan onuru her insana, somut, bireysel, fiziksel, ussal vs yeteneklerden bağımsız olarak gelmekte ve insana kendi yaşamını ve çevresini düzenleme ve şekillendirme yeteneğini kazandırmaktadır. İnsan somut olarak bu yeteneklere sahip olmasa bile insanın özünde bulunan bu konudaki potansiyel yetiler, insan onurunun temel gerekçesini oluşturmaktadır*” ; Manfred Lepa, *Der Inhalt der Grundrechte* 6. Auflage, 1990, s. 32 vd. Aktaran: Şimşek, s. 84; İnsan onurunun hukuki niteliğine ilişkin olarak üç temel görüş ortaya çıkmıştır: Anayasanın münferit temel hak hükümleri, insan onurunun bir sonucu olarak ortaya çıkarlar ve bu suretle kendi koruma alanlarını garanti altına alırlar. Lepa, s. 32 Aktaran: Şimşek, s. 98; İnsan onurunun hukuksal doğası, onun tıpkı eşitlik hakkı gibi temel hak olarak nitelendirilmesine uygundur. Wolfram Höfling, *Die Unantastbarkeit der Menschenwürde*, JuS 1995, s. 857 Aktaran: Şimşek, s.100. İnsan onurunun temel hak karakterine karşı çıkanlar, genel eşitlik ve genel kişilik hakkının temel haklardaki boşluğun doldurulmasına yeterli olduğunu insan onuruna temel hak niteliği vermenin gereksiz olduğunu ifade ederler Steinacker, s. 172 Aktaran: Şimşek, s. 102; İnsan onuru, ne münferit bir temel hak, ne de öteki temel hak ve hükümlerini koruma alanına girmeyen, özgürlük hareketlerini kapsayan bir çerçeve haktır. Münferit haklar insan onurunu koruduğu için, ayrıca insan onurunu temel bir hak olarak kabul etmeye gerek yoktur. Gunter Durig, *Der Grundrechtssatz der Menschenwürde* AÖR 8, 1956, s. 117 Aktaran Şimşek, s. 102. İnsan onuru, temel bir hak olmayıp temel bir Anayasal ilkedir. İnsan onuru, çoğu zaman temel bir norm olarak hukuksal kurallara ön düzenleme oluşturur ve Anayasanın yorumunda bir ölçüt niteliğindedir. Tatjana Geddert Steinacker, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin: 1990, s. 102 Aktaran: Şimşek, s. 117 vd.

⁵⁰ Yener Ünver, “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl. 3, Sayı. 7, (Ağustos 2008), s. 66.

⁵¹ İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul: İmge Kitapevi, 2002, s. 25.

⁵² İlyas Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.13, Sayı. 2, (2005), s. 56.

⁵³ Aydın Aybay ve Rona Aybay, **Hukuka Giriş**, 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s.76.

⁵⁴ Doğan, “Alman Öğretisinde İnsan Onuru”, s. 53.

hak, insan onurunun korunması bakımından sahip olduğu vazgeçilmez önem nedeniyle anayasal güvenceye bağlanmış hak demektir⁵⁵.

1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünün altıncı paragrafında, her Türk vatandaşının, onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisine doğuştan sahip bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. maddesi, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğunu ifade eder⁵⁶. Başlangıç bölümünde ifade edilen onurlu bir hayat sürdürme, maddi manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkını bağlayıcı olmayan bir açıklama olarak değil, uyulması gereken bir norm ve anayasal bir ilke olarak kabul edilmektedir⁵⁷.

Anayasa Mahkemesi de kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunmasını istemelerinin temel hakları olduğunu, bu nedenle kişilerin onur, namus ve haysiyetlerine dokunan fiillere karşı özel hukuk kuralları dışında ceza hukuku vasıtasıyla da koruma sağlandığını ifade etmiştir⁵⁸.

İnsan onurunun, bireye rağmen korunması gerektiğinden, maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda, gerek kanunkoyucu gerekse soruşturma kovuşturma makamları tarafından uyulması gereken bir takım sonuçları vardır⁵⁹. Kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılamadan sonra aynı eylemden dolayı aynı kişinin yargılama makamı önüne çıkarılmaması, tüm hakların özünü teşkil eden insan onurunun dokunulmazlığının, ceza muhakemesi hukukundaki yansıma şeklidir⁶⁰.

⁵⁵ Uygun, s. 23.

⁵⁶ Şimşek, s. 107.

⁵⁷ Hamide Tacir, **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 291.

⁵⁸ Tacir, s. 292.

⁵⁹ Ünver, "Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru", s. 81.

⁶⁰ Maddi ceza hukuku bakımından insan onuru ile bağdaşmayacak cezaların verilemeyeceği, infaz hukuku bakımından cezanın yerine getirilmesi aşamalarında infaz koşullarının insan onuru ile bağdaşır nitelikte olması gerekliliği, insan onurunun dokunulmazlığının yansıma şeklidir. Bu nedenle insan onuru, gerek suç tiplerinin yaratılmasında gerek suçlar için öngörülen ceza yaptırımlarının düzenlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli değerlerdendir. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 5. Bası, İstanbul: Beta, 2008, s. 548; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 713; Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, s.519; Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Baskı, Ankara: Seçkin, 2008, s. 342; Yener Ünver, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 937; Muhakeme hukukunda insan onurunun zedelenmemesi gereğinin en

3. Adil Yargılanma Hakkı

Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Adil yargılanma hakkı, pek çok hak ve ilkeyi içermektedir. Yargılamanın hakkaniyete uygun, adil bir biçimde yapılmasını amaçlar. Adil yargılama, yargılamaya ilişkin ilkeleri belirleyerek, hukuk devletinin temel unsurunu oluşturur. İHAS m.6/1 hükmünde adil yargılanma kavramını oluşturan hak ve ilkelerin bir kısmına yer verilirken; hakkaniyete uygun yargılama kavramından hareketle pek çok ilke ve hak belirlenmiştir⁶¹. Davanın hakkaniyete uygun biçimde dinlenmesini düzenleyen adil yargılanma hakkı, torba bir hakır⁶². Ceza ve ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerinden türeyen; silahların eşitliği, yargılamada yüze karşılık, doğrudan doğruyalık gibi hakları da kapsamaktadır⁶³. Bu hakkın kapsam ve içeriği, İHAM kararları ile gelişmektedir ve bu nedenle sınırları belli değildir⁶⁴.

Adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama⁶⁵ olarak tanımlandığından; kesin hükmün önleme etkisi, adil yargılanma hakkının bir gereği olarak da düşünülebilir. Bu nedenle, kişinin soruşturma aşamasında olsa dahi tekrar muhakeme sujesi olmaması gerekir. Bu durumda, aynı kişinin, daha önce hakkında kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılamadan sonra aynı fiilden dolayı hakkında tekrar soruşturma başlatılması, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görülebilir. Zira adil

açık biçimde ifade edildiği hüküm, CMK. 148/3 hükmüdür. Bu hükme göre; insan onuruna aykırı işlemler ve bu işlemlerle elde edilecek delillerin muhakemede kullanılmasına gösterilecek rıza, kabul edilmemektedir. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun (CGTİHK)'un 2. maddesinde yer alan “ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında, zalimane, insanlık dışı aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz” hükmü ile infazda insan onurunun zedelenemeyeceği belirtilmektedir. Veli Özer Özbek, **İnfaz Hukuku İnfaz Hukuku İle İlgili Güncel Mevzuat**, Ankara: Orion Yayınları, 2007, s. 25.

⁶¹ Sibel İnceoğlu, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**, İstanbul: Beta, 2002, s. 4; Adil Yargılanma Hakkına ilişkin ayıntılı bilgi için ayrıca bkz. Yener Ünver (hzl.), **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, Ankara: Seçkin, 2004.

⁶² Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 17.

⁶³ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 137.

⁶⁴ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008, s. 34.

⁶⁵ Nur Centel, “Adil Yargılama Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”, **Prof. Dr. Çetin Özek'e Armağan**, s. 200.

yargılanma hakkı, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde geçerli olan bir haktır. Öte yandan, önleme etkisinin özünde insan onurunun zedelenmemesi gereği yer aldığından, kişi hakkında açılan soruşturmanın devam etmemesi gerekir. Kesin hükmün önleme etkisinin temelinde, devletin cezalandırma yetkisi karşısında vatandaşın korunması gerekçesi mevcuttur. Tekrar yargılanma korkusunu yaşayan birey, kendisini güvenliği olmayan bir devlette yaşamaya zorlanmış gibi hisseder⁶⁶.

Belirtmek gerekir ki aynı kişinin tekrar şüpheli veya sanık statüsüne sokulması, salt insan olmasından kaynaklanan varlığını yani onurunu zedeleyici niteliktedir. İlkenin temelinde, insan onurunun zedelenmemesi gereği bulunmaktadır. Anayasa hukuku bakımından insan onurunun korunması, münferit temel hakların, insan onuru çekirdeklerini garanti etmeleri ile olur. Bu temel hakkın insan onuru çekirdeğini ortaya koymak için de temel hakkın koruma alanını ortaya koymak gerekir⁶⁷. Bu nedenle kesin hükmün önleme etkisi, anayasal bir ilke olarak açıkça anayasada düzenlenmelidir. Mevcut hükümlerle koruma alanı, muhakeme hukuku içinde, dava engeli olarak sınırlanmıştır. Anayasal güvence ile ceza muhakemesi alanındaki güvence alanı da genişletilmiş olacaktır. İnsan onuru bu temel hakkın özünde bulunduğu için koruma alanı bakımından yaratacağı alan genişleyecektir. Bu noktada, hakkında daha önce aynı fiilden dolayı kesin hüküm bulunan bir kişi hakkında soruşturma açılmışsa sona erdirilmesi, soruşturma devam etmişse iddianame düzenlenmemesi, düzenlenmişse iade edilmesi, kamu davası açılmışsa davanın reddedilmesi ve sanık hakkında hüküm kurulmuşsa da bozma sebebi olarak etki yaratacaktır. Temel bir insan hakkı olarak yer alacak olan ilke, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen koruma alanı bakımından bir garanti getirecek ve aynı zamanda ilkenin unsurları arasında yer alan iki kere cezalandırma yasağı bakımından disiplinlerarası bir etki yaratabilecektir.

Sonuç olarak ne bis in idem ilkesine, Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan insan onuru, hukuk devleti ilkesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı gibi dayanak olabilecek birçok ilke ve hak bulunmaktadır. Bu nedenle Anayasa'da açık bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığı belirtilse de, ilkenin Anayasa'da açıkça

⁶⁶ Jennifer E. Costa, "Double Jeopardy And Non Bis In Idem: Principles of Fairness", **Davis Journal of International Law and Policy**, (1998), s. 184,185; Verveale, s. 100.

⁶⁷ Şimşek, s. 123.

düzenlenmesi ve düzenlenme şekli, ilkenin önleme etkisinin yaratacağı güvencenin doğacağı an bakımından belirleyici olacaktır. Kesin hükmün önleme etkisinin hukuki niteliği, ihlal edilmesi halinde insan onuru zedelendiğinden temel bir insan hakkı görünümündedir. İnsanın şüphe altında sürekli muhakeme sujesi olmasının, insan onurunu zedelediği kabul edildiğinde, kesin hükmün önleme etkisi, sadece yargılama evresinde değil, muhakemede soruşturma aşaması bakımından da önleyici bir etki yaratmalıdır. Kesin hükmün önleme etkisi uygulama alanı bakımından, tüm yasal sistemi etkileyen bir ilkedir. Sadece ceza muhakemesi yasalarında yer alan bir ilke değil, temel bir insan hakkıdır⁶⁸. Bu nedenle Anayasal bir hükümle somutlaştırılması gerekir. İlke CMK. m.223/7'deki mevcut düzenleme ile iç hukukta sadece bir dava engelidir. Taraf olunan uluslararası sözleşmelerle⁶⁹ uluslararası uygulama alanı bulan ilkenin, Anayasa'da düzenlenmesi ilkeyi, sadece yazılı hale getirmek sonucunu⁷⁰ yaratmayacak, ilkenin ceza muhakemesi alanındaki güvence alanını da genişlemiş olacaktır.

Uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin dahi, ilkenin uygulanmasını kanun koyucunun takdirine bırakmış olması, ilkenin anayasal güvenceye sahip olması gerektiğinin ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile yaratılan güvencenin kuvvetlendirilmesi gereğinin bir göstergesidir. Anayasal bir garantiye sahip olan ilke, adalet duygusundan kaynaklanır. Anayasa, vatandaşlarına adil davranacağını garanti eder ve aynı suçtan dolayı iki kere yargılamama bu adalet duygusunun yapısında var olan bir korumadır⁷¹.

III. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

Bu başlık altında, hüküm kavramı, hüküm çeşitleri ve kesin hüküm kavramları hakkında kısaca bilgi verildikten sonra kesin hükmün önleme etkisinin unsurları ve sonuçları incelenecektir.

⁶⁸ Tijana Surlan, "Ne Bis In Idem in Conjunction with the Principle of Complementarity in the Rome Statute", www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf. (04 Aralık 2008), s. 1.

⁶⁹ 1982 Anayasası'nın 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin, kesin hükmün önleme etkisi bakımından, Türk Ceza Hukukuna etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. s. 111.

⁷⁰ Erdener Yurtcan, **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**, 2. Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No:57, 1987, s. 103.

⁷¹ Costa, s. 182.

A. Hüküm Kavramı, Hüküm Çeşitleri ve Kesin Hüküm Kavramı

1. Hüküm Kavramı

Uyuşmazlığın yargılama makamınca yargılanmış olması, muhakemenin bir yargı ile sona ermesidir⁷². Hüküm; uyuşmazlığı çözen, uyuşmazlığa son veren⁷³, mahkemenin yargılama sonunda vardığı sonucu belirleyen karardır⁷⁴. Kovuşturma evresinin son safhası, karar safhasıdır. Karar safhasında, maddi olayların ispatı ve ispat edilen olgularla birlikte hukuksal niteleme yapılarak, hüküm oluşturulmaktadır⁷⁵. Hüküm; kovuşturmanın sebebini teşkil eden, belirli bir şekle tabi olan ve tanınmış olan mahkemenin özel sonuçlar içeren kararıdır⁷⁶.

Uyuşmazlığın esasının, yargılama makamlarınca çözümlenerek, muhakemenin bir yargı ile sona ermesi ile birlikte uyuşmazlık, doğrudan doğruya yargılanmış olur. Ceza yargılamasında maddi gerçek, iddianın sübuta erip ermemesi ile ortaya çıkar. Ceza yargılamasında iddianın sübuta ermesi ya da ermemesi, muhakemenin kovuşturma aşamasında bir yargı ile sona erdirilmesi halinde gerçekleşir. Böylece, uyuşmazlığın esasının çözümlenmesinin sonucu olarak, iddia makamının suçlaması hakkında; olumlu (beraat), veya olumsuz (mahkûmiyet) bir karara ya da sorumsuzluk (ceza verilmesine yer olmadığına dair) kararına⁷⁷ varılmıştır. Bu durumda, hükmün mesele unsuru, yargılama organlarınca verilen karar ile doğrudan doğruya çözülmüş olur⁷⁸. Bu suretle verilen kararlar için uyuşmazlığı doğrudan çözen hükümler terimi kullanılabilir.

Uyuşmazlığın esasının çözülmemesine rağmen, muhakeme sonunda verilen kararın, yargı halini alması ile uyuşmazlık, dolayısıyla yargılanmış olur. Dolayısıyla yargılanan uyuşmazlıklar, fiilin sanık tarafından işlenip işlenmediğini veya fiilin suç teşkil edip etmediğini herhangi bir sonuca bağlamaz. Örneğin, zamanaşımının dolması

⁷² Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap**, 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2010, s. 455.

⁷³ Öztekin Tosun, **Suç Muhakemesi Hukuku, Cilt I, Genel Kısım**, Genişletilmiş Dördüncü Bası, İstanbul: Hukuk Fakültesi No.685, 1984, s. 666; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 651.

⁷⁴ Süheyl Donay, **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**, İstanbul: Beta, 2009, s. 349.

⁷⁵ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 647.

⁷⁶ Koray Doğan, "Ceza Muhakemesinde Hüküm", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl. 3, Sayı. 7, (Ağustos 2008), s. 172.

⁷⁷ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 455.

⁷⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 458.

nedeniyle verilen düşme kararı, artık o davaya bakılamayacağını açıklayan bir hükümdür. Ancak, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir hüküm değildir⁷⁹.

Muhakemenin her evresinde verilebilen düşme kararları ile muhakemenin ileri safhalara geçmesini engelleyen kararlar, gerekçelerinde uyuşmazlığın esasını çözmeleri kaydı ile uyuşmazlığı dolayısıyla çözen kararlardır. Dava şartlarının gerçekleşmemesi ya da cezanın düşme nedenleri ortaya çıktığında verilen kararın kesinleşmesi ile o uyuşmazlığa ilişkin tekrar yargılama yapılamaz⁸⁰. Bu suretle yargı halini alan kararlar için uyuşmazlığı dolayısıyla çözen hükümler terimi kullanılabilir.

Uyuşmazlığı doğrudan çözen hüküm, uyuşmazlığı dolaylı çözen hüküm kavramları arasındaki temel fark, uyuşmazlığın esasının çözülüp çözülmediğidir. Uyuşmazlığın esasının çözülmesi, fiilin suç teşkil edip etmediği ya da sanık tarafından işlenip işlenilmediğinin, kısaca maddi gerçeğin ortaya çıkartılması demektir⁸¹.

2. Hüküm Çeşitleri

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, beraat, mahkûmiyet, davanın reddi, davanın düşmesi, muhakemenin durması kararlarını hüküm olarak nitelendirmektedir (CMUK. m.253). 5271 sayılı CMK. m.223'de ise, hüküm çeşitleri ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, beraat, mahkûmiyet kararları ile ceza verilmesine yer olmadığına dair kararların⁸² verilebileceği haller, sayma usulü kullanılarak tek tek gösterilmiştir⁸³.

⁷⁹ Feridun Yenisey, **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları**, İkinci Bası, İstanbul: Beta, 1990, s. 148, 157; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 458; Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, s. 667; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 667.

⁸⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 458; Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, C.I, s. 667.

⁸¹ Alman hukukunda ise; esasa ilişkin karar, usule ilişkin karar ayırımı yapılmaktadır. Bkz. Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 148.

⁸² Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın verileceği hallerin, muhakeme kanunu olan CMK'nda sayılarak, ceza kanununda yer alan kurumların, hukuki niteliklerinin belirlenmemesi veya niteliklerinin değiştirilmemesi gerektiği, bu hususların ceza kanunlarında belirtilmesi gerektiği hususunda bkz. Doğan, Kesin Hüküm, s. 181.

⁸³ Öğretide Şahin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin, Türk Ceza Kanunu ile uyum sağlandığını; ikinci fıkranın (d) bendi uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde beraat kararı verileceği halde, üçüncü fıkranın (b) bendinde hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi ve zorunluluk halinin varlığının, kusurun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesini gerektirdiğini, böylece hukuka aykırı fakat bağlayıcı olan emrin ifası ve zorunluluk halinin kusurluluğu ortadan kaldıran sorumsuzluk nedenleri olduğunun açıkça vurgulandığını belirtmektedir. Cumhuriyet Şahin, **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Ankara: Seçkin, 2005, s. 708.

Ayrıca, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da, kanun yolu bakımından hüküm sayılmaktadır (CMK. m.223/10).

a. Beraat Kararı

Beraat kararı savcının iddianamesinde ileri sürdüğü iddiayı tasdik eden bir karar olmayıp, “tespit kararı” hükmündedir⁸⁴. Beraat, mahkumiyet, ceza verilmesine yer olmadığı kararları ile güvenlik tedbirine hükmedilen kararlar, mahkemenin uyuşmazlığın esasını çözerek işten el çektiği kararlardır.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/2’de hangi hallerde beraat kararı verileceği belirtilmiştir. Buna göre beraat kararı;

- a)Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
 - b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
 - c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
 - d)Yüklenen suç sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk sebebi bulunması,
 - e)Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması,
- hallerinde verilir.

Beraat kararının verildiği hallere bakıldığında kararın; maddi unsur, manevi unsur, hukuka aykırılık unsurunun bulunmadığı hallerle, suç işlendiğinin tespit edilmesine rağmen, bu suçu sanığın işleyip işlemediği konusundaki şüphenin yenilememesi nedeniyle, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince verildiği görülmektedir. Beraat kararı, uyuşmazlığın esasını çözen bir karardır. Ancak şüphenin yenilememesi nedeniyle beraat kararı verilmesi, uyuşmazlığı esastan çözen bir karar niteliğinde değildir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraat kararı verildiğinde, sanığın fiili işlediği ispatlanamadığından, sanık o fiili işlememiş sayılır⁸⁵.

⁸⁴ Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 148.

⁸⁵ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 669.

Beraat kararı verilen hükmün gerekçesinde, CMK. m.223/2’de belirtilen hallerden hangisine dayanıldığıнын yanı sıra, dayanma gerekçesinin de belirtilmesi gereklidir⁸⁶.

b. Mahkûmiyet Kararı

Bu başlık altında, mahkûmiyet kararı, uyuşmazlığın esastan çözüldüğü ve mahkemenin işten el çektiği mahkûmiyet kararı ve koşullu mahkûmiyet kararı olarak ikili bir ayrıma bağlı olarak incelenecektir. Söz konusu ayırım, ne bis in idem etkisinin, hangi andan itibaren geçerli olacağını belirlemede önemli olması nedeniyle yapılmaktadır.

(1) Uyuşmazlığın Esastan Çözüldüğü ve Mahkemenin İşten El Çektiği Mahkûmiyet Kararları

Mahkûmiyet hükmü, iddianın haklı ve yerinde olduğunu açıklayan ve belli bir yaptırımın tespit edilip şekillendirildiği bir karar olup, kurucu bir karardır⁸⁷. Yargılama makamı tarafından, mahkûmiyet hükmünün kurulabilmesi için, hâkimin suçun sübuta erdiği konusunda, şüpheyi %100 yenmesi gerekir. Şüpheden sanık yararlanır şeklinde ifade edilen bu prensibe göre, eğer şüphe %100 yenilemezse, o husus sabit görülemeyecek ve beraat kararı verilecektir. Bu durumda sanık, suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılır ve bir suçlunun cezasız kalması, bir masumun mahkûm olmasına tercih edilir⁸⁸. Uyuşmazlığın esastan çözüldüğü ve mahkemenin işten el çektiği mahkûmiyet kararları, adli para cezasına ve/veya hapis cezasına hükmedilen kararlardır. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yatırımlara çevrilmesi (TCK. m.50) ya da hapis cezasının infazının ertelenmesi (TCK. m.51) kararlarında, mahkûmiyete hükmedildiğinde, hükmün seçenek yaptırımlardan birine çevrilip kesinleşmesi ile ya da hapis cezasının infazının ertelenmesine ilişkin hükmün kesinleşmesi ile birlikte denetim süresi başlamaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun m.5’e göre infaz, hükmün kesinleşmesi ile başlayacağından, mahkeme işten elini çekmiş sayılacaktır. Denetim süresi içinde yükümlülükler uyulup uyulmaması ya da yeni bir suç işlenmesi, infaz sürecine ilişkin hususlardır. Ancak, ihlallerin ısrarla gerçekleşmesi

⁸⁶ Doğan, Kesin Hüküm, s. 177.

⁸⁷ Yenisey, Duruşma ve Kanun Yolları, s. 148.

⁸⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 628.

ya da yeni bir suç işlenmesi halinde, TCK. m.51 hükmü gereğince erteleme kararı veren mahkeme tarafından erteleme kararı geri alınır.

(2) Uyuşmazlığın Esastan Çözüldüğü ve Mahkemenin İşten El Çekmediği Mahkûmiyet Kararları - Koşullu Mahkûmiyet Kararı -

Mahkûmiyet hükmü, suçluluğun tespit edilerek, yaptırımın belirlendiği karardır. Ancak, sanığın suçu işlediğini ispat eden mahkeme, yaptırımı belirleyerek mahkûmiyete hükmedebileceği gibi, koşulları oluştuğunda suçluluğu tespit edip, yaptırımı belirleyerek, hükmün açıklanmasını geri bırakabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde düzenlenen, erteleme çeşitlerinden biri olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu, CMK'nda düzenlenmiş olması nedeniyle bir yönü ile muhakeme hukuku kurumudur; ancak, bir düşme nedeni olması nedeniyle de maddi ceza hukukuna ilişkindir⁸⁹. Sadece bir muhakeme hukuku kurumu olmaması nedeniyle, derdest bütün davalara ve kesinleşmiş ancak infaz edilmemiş tüm hükümlere uygulanmaktadır⁹⁰.

⁸⁹ “ Sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünün hukuki bir sonuç doğurmamasını ifade eden ve doğurduğu sonuçlar itibarıyla karma bir özelliğe sahip bulunan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu denetim süresi içinde kasten yeni bir suçun işlenmemesi ve yükümlülükler uygun davranılması halinde, geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak kamu davasının 5271 sayılı CYY'nin 223. maddesi uyarınca düşürülmesi sonucu doğurduğundan, bu niteliğiyle sanık ile devlet arasındaki cezai nitelikteki ilişkiyi sona erdiren düşme nedenlerinden birisini oluşturmaktadır. Müessesenin yargılama yasasında düzenlenmiş bulunması da onun karma niteliğini değiştirmeyecektir...” YCGK. 19.02.2008. E. 2006/6-346, K. 2008/25; Aynı yönde bkz. YCGK. 03.02.2009. E. 2008/11-250, K. 2009/13 www.kazancı.com (10 Aralık 2009) Kemalettin Erel, “Yargıtay Kararları Işığında Hükmün Açıklanması Geri Bırakılması”, **Sempozyum Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 11 Haziran 2009, s. 345; Özgenç, muhakeme hukuku ile olan ilişkisinin daha yoğun olduğu bu nedenle, derhal uygulanırlık ilkesi gereğince tamamlanmış işlem ve ilişkilerde geriye dönük olarak kurumun uygulanmasının mümkün olmadığını, bu suretle kesinleşmiş olan dosyalarda yeniden inceleme yapılmasına gerek olmadığını ifade etmektedir. İzzet Özgenç, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, Bahri Öztürk (Ed.), **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu** içinde (49-67), Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s. 57.

⁹⁰ Bahattin Aras, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar”, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl. 3, S. 22, (Haziran 2008), s. 86-88; Kurum, bu özelliği nedeniyle kamuoyunda af yasası olarak algılanmıştır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu ile erteleme kurumu arasında bir takım benzerlikler bulunduğu belirtilmesi gereken bir diğer husustur. Uygulanacak ceza miktarları, uygulama koşulları ve karara uygun davranılmamasının sonuçları bakımından benzerlikler bulunmaktadır. Ancak, hapis cezasının ertelenmesi bir ceza infaz kurumu iken, hükmün açıklanmasının geri bırakılması bir ceza muhakemesi kurumudur. Fatih, Mahmutoğlu, “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, **Sempozyum, Ceza Muhakemesi Kanununun**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi için, suça ve sanığa ilişkin bir takım koşulların gerçekleşmiş olması gerekir. Suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl ya da daha az süreli hapis ya da adli para cezası ise mahkemenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilmesi için, suça ilişkin gerekli olan koşullar gerçekleşmiş olur (CMK. m.231/5). Ancak, suça ilişkin bu koşulların yanı sıra, sanığa ilişkin bir takım özelliklerin mevcudiyeti ile birlikte, bir takım koşulların da gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı mahkûm olmamış bulunması, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak, yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkemenin kanaate varması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi gerekmektedir (CMK. m.231/6). Ayrıca 6008 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle⁹¹ birlikte, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının uygulanması, sanığın kabulüne bağlı hale getirilmiştir. Sanığa ve suça ilişkin bu koşulların mevcudiyeti halinde, mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte, sanık beş yıl denetim süresine tabi tutulacaktır. Bu süre içinde, hâkimin takdirine bağlı olarak, bir yıldan fazla olmamak kaydıyla, mahkemenin belirleyeceği sürede denetimli serbestlik tedbiri de yüklenebilir⁹². Eğer sanık, denetim süresi içinde, kasten yeni bir suç işlemez ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerine uygun davranırsa, hüküm ortadan kalkar ve davanın düşmesine karar verilir (CMK. m.231/10). Denetim süresi içinde, kasten bir suç işler veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklerle

3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 11, İstanbul: 2009, s. 355, 356.

⁹¹ 25.07.2010 tarih ve 27652 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 22.7.2010 tarih ve 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Dair Kanun, m.7; Bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr> (31 Temmuz 2010)

⁹² “.....sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

- a) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,
 - b) Bir meslek ya da sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,
 - c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,
- karar verilebilir. Denetim süresinde dava zamanaşımı durur.” CMK. m.231/8.

aykırı davranırsa, mahkeme hükmü açıklar (CMK. m.231/11). Sanık, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremiyorsa, mahkeme, sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmesine ya da koşulların varlığı halinde, hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir (CMK. m.231/11).

“Duruşmanın sona ermesi ve hüküm” başlıklı CMK. 223. maddede, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına, hüküm çeşitleri arasında yer verilmemiştir. Ancak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, kendi içinde mahkûmiyet hükmünü ve erteleme kararını barındırmaktadır⁹³. Suçluluk tespit edilmiş, mahkûmiyet hükmü kurulmuş, tutanağa yazdırılmış ancak belirli koşullara bağlı olarak açıklanmamıştır. Denetim süresi içinde, belirlenen yükümlülüklerin ihlal edilmemesi ve kasıtlı bir suç işlenilmemesi halinde, kamu davası düşecek; aksi takdirde mahkûmiyet hükmü açıklanacaktır. Bu durumda hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, sanığın suç işlediğinin tespit edilmesi ve cezanın belirlenmesi nedeniyle uyumsuzluğu doğrudan çözen, esas meseleyi çözen bir karardır. Ancak, bu mahkûmiyet hükmünün hukuki sonuç doğurması, koşula bağlı olarak ertelenmektedir. Bu koşullar, denetim süresi içinde kasten suç işlemek ve belirlenen yükümlülüklere uygun hareket etmektir. Suç işlendiğinde ya da yükümlülükler ısrarla ihlal edildiğinde, geri bırakılan hüküm açıklanacak ve hukuki sonuçlarını doğuracaktır. Dolayısıyla burada Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, koşullu bir düşme kararından ziyade, koşullu bir mahkûmiyet kararı sözkonusudur⁹⁴.

⁹³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 681. Mahkeme verdiği mahkûmiyet hükmünü öncelikle CMK. 231. madde bakımından mutlaka değerlendirmeli ve bir karar vermelidir. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 674; Özgenç, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”, s. 54; Nevzat Özsoy, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun Uygulama Açısından Değerlendirilmesi” <http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=6785> (20 Mart 2009).

⁹⁴ “Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için, mahkemenin öncelikle sanık hakkında bir hüküm tayin etmesi, saptadığı sonuç cezanın Yasa’da ceza miktarı ve süresi bakımından öngörülen sınırlar içinde kaldığını tespit etmesi, ayrıca yine Yasa’da fail bakımından aranılan, diğer koşulların da gerçekleştiğini belirlemesi gerekmektedir. Kuşkusuz mahkeme sanık hakkında saptadığı cezayı hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararında gösterecektir. Böylece sanık denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlediği veya öngörülen denetimli serbestlik yükümlülüğüne aykırı davrandığında, kendisine açıklanacak ve mahkemece değiştirilmemesi halinde de infaz edilecek olan cezayı önceden öğrenmiş olacaktır” YCGK. 25.09. 2007. E. 2007/1-183, K. 2007/190 www.kazanci.com. (20 Nisan 2010).

Söz konusu kararın, hangi andan itibaren kesin hükmün önleme etkisini göstereceği, bünyesinde mahkûmiyet ve erteleme kararı barındırması nedeniyle, kanunyolları bakımından yapılacak değerlendirme ile ortaya konmaya çalışılacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, itiraz kanun yolu tanınmıştır (CMK. m.231/12). İtiraz merci olan üst dereceli mahkeme, itirazı sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulları yönünden inceleyecek, dosyanın esasına ilişkin herhangi bir inceleme ve değerlendirmede bulunmayacaktır. Üst dereceli mahkeme, itirazı yerinde görürse ve duraksamaksızın karar vermesi mümkünse, kendisi karar verecektir. Yeniden değerlendirme yapılması, delillerin yeniden toplanılması, takdir hakkının kullanılması gibi konular söz konusu ise, mahkemenin kararı kaldırılarak, yeniden değerlendirme yapmak üzere dosya, kararı veren mahkemeye gönderilecektir. Koşullar olduğu takdirde mahkeme, itirazı reddedecek ve beş yıllık denetim süresi başlayacaktır⁹⁵.

Eğer itiraz, mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiğine, suçun hukuki niteliğinin yanlış yapıldığına ya da hukuki niteliğinin doğru yapılması halinde CMK'nun 231. maddesinin uygulanmayacağı gerekçesine dayanıyorsa; bu başvurular, eylemi ve suçu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamından çıkartılabileceğinden, yapılan başvuru itiraz değil, temyiz olarak kabul edilmelidir⁹⁶. Ancak Yargıtay, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, kanunda sadece itiraz yolu öngörüldüğü için bu kanun yoluna başvurulabileceğini, yasanın öngörmediği bir istisnanın yargı kararları ile tanınarak, suçun niteliği ve sübuta yönelik başvuruların, kanun yolunu temyiz yolu olarak değiştiremeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay, itiraz kanun yolunda, sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilebileceğini, esasa ilişkin değerlendirmelerin, mahkûmiyet hükmü içindeki hukuka aykırılıkların denetlenemeyeceğini, bu gibi hukuka aykırılıkların, ancak düşme kararı verildiğinde veya hükmün açıklanması ya da yeni bir hüküm verilmesi halinde, temyiz yolu ile

⁹⁵ Aras, s. 82; Necati Meran, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl. 3, Sayı. 23, (Temmuz 2008), s. 70; Erel, s. 345.

⁹⁶ Aras, s. 83; Özgenç, "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması", s. 55.

incelenebileceğine karar vermiştir⁹⁷. Yargıtay sonuç olarak, erteleme kararı ara karar olarak değerlendirmekte, denetim süresi sonunda düşme kararının verilmesini ya da ertelenen hükmün açıklanmasını, nihai karar olarak görmektedir. Hükmün kesinleşmesi, düşme kararının kesinleşmesiyle birlikte ya da hükmün açıklanmasından sonra gerçekleşecektir.

Bu durumda, kendi içinde mahkûmiyet kararı ve erteleme kararı barındıran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, kesin hükmün önleme etkisinin hangi andan itibaren geçerli olacağına ilişkin olarak şu değerlendirmeler yapılabilir:

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, mahkeme, uyuşmazlığı esastan çözümlenerek mahkûmiyet hükmü kurmuş ancak, hükmün açıklanmasını erteleyerek, işten elini çekmemiştir. İşin esası çözüldüğünden, buradaki erteleme kararı, aslında mahkûmiyeti koşula bağlayan bir karardır⁹⁸. Ancak erteleme kararının ara karar niteliğinde olduğu kabul edilerek, sadece itiraz yolunun kabul edilmesi, mahkûmiyet hükmüne ilişkin olarak bu aşamada temyiz yolunun kapalı tutulması, sanık haklarını ihlal edici niteliktedir. Mevcut düzenlemede ancak, denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde hükmün açıklanması ile birlikte temyiz yolu açılacak ve kesinleşme ile birlikte önleme etkisi geçerli olacaktır. Bu aşamada, mahkûmiyet kararı, temyiz yolu ile kesinleşebilseydi, denetim sürecinin başlaması ile birlikte, kesin hükmün önleme etkisi geçerli olabilecekti. Bu halde, denetim sürecinin başarılı ya da başarısız geçmesi durumunda verilecek olan düşme kararının kesinleşmesi ya da açıklanması ertelenen hükmün açıklandıktan sonra kesinleşmesiyle doğacak etkinin öncesinde, gerekli güvence sağlanmış olacaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yolu kullanıldığında, itiraz merci, verilen cezanın süresi, adli para cezası olup olmadığı, aranan diğer koşulların bulunup bulunmadığı, denetimli serbestliğin yasaya uygun olarak verilip verilmediği gibi konuları inceleyecek; esasa ilişkin herhangi bir

⁹⁷ YCGK. 03.02.2009. E.2009/4-13, K.2009/12 www.kazanci.com.tr (12 Temmuz 2010).

⁹⁸ Ancak, hapis cezanın infazının ertelenmesinden yarattığı sonuçlar bakımından farklıdır. Hapis cezasının infazının ertelenmesinde, denetim süresi başarılı geçtiğinde ceza infaz edilmiş sayılırken; hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının ertelenmesinde denetim süresi başarılı geçerse kamu davası düşer.

değerlendirme yapmayacaktır. İtirazın reddedilmesi ile birlikte, suçluluğu sabit olmayan sanık hakkında, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanacaktır. Denetimli serbestlik tedbiri, hükmün esasına ilişkin bir inceleme yapılamadan, mahkûmiyet hükmünün sonucu olarak uygulanmaktadır. Bu süreçte yapılan bir adli hata, ancak denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasından sonra incelenebilecektir⁹⁹. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, ara karar niteliğinde olduğu, davanın devam ettiği, bu nedenle aynı konuda açık bir davanın bulunuyor olmasının da, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı, ikinci bir dava açılmasını önleyici bir etki doğuracağı ileri sürülebilir. Ancak burada önemli olan husus, mahkemenin işin esasını çözümlenerek verdiği mahkûmiyet kararına karşı, denetim yolunun açık olmaması, sübuta ilişkin kesinleşmenin, beş yıllık süre boyunca ya da yeni bir suç işlenene kadar sağlanamaması ve önleme etkisinin bu suretle, etkisini geç göstermesi sorunudur. Önemli olan, hüküm verildikten sonra kesinleşme yolunun açık olması, buna bağlı olarak kesin hükmün önleme etkisinin doğmasının sağlanmasıdır. Beş yıllık süre boyunca hükmün denetlenme ve kesinleşme yolunun kapalı olması, önleme etkisinin geçerli olmaması, sanık haklarını ihlal edici niteliktedir. Yapılan kanun değişikliği ile birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının, sanığın kabulüne bağlı olarak uygulanacak olması, söz konusu aykırılıklara karşı sanığın rızasının mevcudiyetini göstermez. Kabule bağlı olarak uygulansa dahi, söz konusu uygulama, sanık haklarını açıklanan nedenlerle ihlal edici niteliktedir.

c. Ceza Verilmesine Yer Olmadığına Dair Karar

Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nun 253. maddesinde, ceza verilmesine yer olmadığına dair karara hüküm türü olarak yer verilmemişti. Suçun sadece maddi unsurdan meydana gelmediği, suçun oluşabilmesi için hukuka aykırılık unsuru ile manevi unsurun da gerçekleşmesi gerektiği belirtilerek, hukuka aykırılık unsurunun oluşmadığı durumlarda, yine beraat kararı verilebileceği¹⁰⁰; ancak cezasızlık halinin olduğu durumlarda, suçun oluşmadığını belirten beraat kararı yerine,

⁹⁹ Üye Mehmet Erten'in karşı oy gerekçesi; AyM. 7.5.2009. E. 2009/22, K. 2009/55 www.anayasa.gov.tr (10 Mayıs 2010).

¹⁰⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1298.

sorumsuzluk veya cezasızlık gibi ayrı bir kararın verilmesi gerektiği belirtilmekteydi¹⁰¹. Uygulamada ise, ceza tayinine mahal olmadığı, beraat kararının gerekçesi olarak kullanılmaktaydı¹⁰².

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise, ceza verilmesine yer olmadığına dair karar, hüküm çeşitleri arasında yer almaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan ceza verilmesine yer olmadığı kararına ilişkin olarak, ikili bir ayırım yapmak gerekir. CMK. m.223/3'de, kusurluluğun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilirken, CMK. m. 223/4'de, işlenen fiil suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir. Öğretide Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, CMK. m.223/3'de ve CMK. m.223/4'de ikili bir ayırım yaparak; kusurun bulunmaması nedeniyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı (CMK. m.223/3) ve etkin pişmanlık, şahsi cezasızlık sebebinin varlığı, karşılıklı hakaret ve işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı hallerinde de ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın hüküm çeşidi olarak belirlenmesinin (CMK. m.223/4), her ayrıntı için, ayrı bir karar adı verilmesinin sistematik olmadığı gerekçesiyle, yerinde olmadığını belirtmekte, bu kararların mahkûmiyetin bir çeşidi olan sorumsuzluk kararları olduğunu ifade etmektedirler. Centel/Zafer ise, kusurun bulunmaması hallerinde, artık beraat kararı yerine, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesinin nedeninin, suç genel teorisinde suçun unsurlarına ilişkin görüşlerin değişmesi olduğunu ifade etmektedirler¹⁰³.

Kusurun bulunmaması nedeniyle verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı, beraate yakın olduğu halde, fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair karar, mahkûmiyete daha yakındır. Bu iki kararın farkı, adli sicil kayıtlarında ortaya çıkmaktadır. 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m. 4/1' e göre, etkin pişmanlık dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair karar,

¹⁰¹ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul: Beta, 2003, dn. 112, s. 564.

¹⁰² Veli Özer Özbek, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi, Ankara: Seçkin, 2005, Özbek/Bacaksız, CMK İzmir Şerhi, s.865.

¹⁰³ Centel/Zafer, 6. Bası, dn. 82, s. 669; Özbek/Bacaksız, CMK İzmir Şerhi, s. 867.

adli sicile kaydedilirken; kusur yokluğu dolayısıyla verilen ceza verilmesine yer olmadığı kararı, adli sicile kaydedilmeyecektir¹⁰⁴.

Bu çalışma bakımından önemli olan husus, her iki durumda verilen ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın, uyuşmazlığın esasını çözen, suçun sanık tarafından işlendiğinin tespit edildiği kararlar olmasıdır. Bu nedenle bu kararlar uyuşmazlığı doğrudan çözen hüküm niteliğindedir.

d. Güvenlik Tedbiri Kararı

Güvenlik tedbirleri, suçlunun tehlikelilik haline bağlı ve tehlikelilik hali ile orantılı olarak hükmedilebilen, suçlunun sosyalleştirilmesi, iyileştirilmesi yoluyla toplumun korunmasına hizmet eden yaptırımlardır¹⁰⁵. Güvenlik tedbirleri, cezalar gibi suç karşılığında öngörülen yaptırımlar olmaları nedeniyle, suç işlememiş kişilere uygulanmazlar¹⁰⁶. Güvenlik tedbirlerinin amacı, suçta tekerrürün engellenmesidir¹⁰⁷. Bu tedbirlerinin uygulanması için dört koşulun mevcudiyeti gereklidir:

- a- Suç, toplum için tehlikeli halin belirtisini oluşturmalı,
- b- Güvenlik tedbirine, suçun işlenmesinden sonra hükmedilmeli,
- c- Güvenlik tedbiri, kanun tarafından öngörülmeli,
- d- Güvenlik tedbirine, hâkim tarafından hükmedilmelidir¹⁰⁸.

Bu koşulların gerçekleşmesiyle hükmedilen güvenlik tedbirlerinin, iki yönlü uygulama alanı mevcuttur. Bir yönüyle, kusurlu olmadıklarından dolayı ceza verilemeyenler için uygulanabilen bir yaptırım niteliğindeyken; diğer yönüyle ceza sorumluluğu bulunan kişiler bakımından, cezanın yanı sıra tehlikelilik haliyle bağlantılı

¹⁰⁴ Şahin, s. 708.

¹⁰⁵ Ayşe Nuhoglu, **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**, Ankara: Adil Yayınevi, 1997, s. 9.

¹⁰⁶ Nur Centel, “Yeni Türk Ceza Yasası’nın Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım”, **Prof. Dr. Yavuz Alangoya’ya Armağan**, İstanbul: Alkım Yayınları, 2007, s. 812.

¹⁰⁷ Zeki Hafızoğulları, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, 2. Bası, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996, s. 238.

¹⁰⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 905.

olarak uygulanmaları nedeniyle, ceza sistemini tamamlayıcı niteliktedir¹⁰⁹. Bir kişi hakkında güvenlik tedbirine hükmetmek için eylemin, hem sanık tarafından işlendiğinin, hem de suç teşkil ettiğinin sabit olması gerekir. Sanığın eylemi işlediği sabit değilse ya da eylemin suç teşkil etmediği anlaşılırsa, güvenlik tedbiri muhakemesi bakımından da beraat kararı verilecektir¹¹⁰.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbirleri; "belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma"¹¹¹, "eşya müsaderesi", "kazanç müsaderesi", "çocuklara özgü güvenlik tedbirleri", "akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri", "tekerrür", "sınır dışı edilme", "tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri" olarak düzenlenmiştir. Bu yaptırımlar, cezanın uygulanamadığı veya uygulansa bile yetersiz kaldığı hallerde uygulanır¹¹². Her iki halde de, güvenlik tedbirine hükmedildiğinde, güvenlik tedbiri kararının kesinleşmesi ile birlikte, kesin hükmün önleme etkisi geçerli olacaktır¹¹³.

Ancak, hüküm verilmeden önce, koşula bağlı olarak davanın düşmesi sonucunu doğuracak bir güvenlik tedbiri kararı söz konusu olduğunda, kesin hükmün önleme etkisi ne zaman doğacaktır? Örneğin; TCK. m.191/2 hükmünde yer alan, hükmün verilmesinin ertelenmesi kararı ile birlikte hükmedilen denetimli serbestlik tedbiri uygulandığında, hangi andan itibaren, kesin hükmün önleme etkisinin doğacağı sorunu çıkmaktadır.

Türk Ceza Kanunu m.191/1'e göre, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alma, kabul etme veya bulundurma suçundan dolayı dava açıldığında, mahkeme, bu suçtan dolayı hüküm vermeden önce, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla

¹⁰⁹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Bası, Ankara: Seçkin, 2009, s. 519.

¹¹⁰ Kunter/Yenisey/ Nuhuğlu, 16. Bası, s. 1320.

¹¹¹ Hak yoksunluklarını gerektiren yaptırımlar, mahkûmiyetin kanuni sonucudur, fer'i cezadır. Her ne kadar kanunkoyucu güvenlik tedbiri olarak düzenlese de, hak yoksunlukları geri alınabilir ve değiştirilebilir nitelikte olmadığından, güvenlik tedbiri niteliğini haiz değildir. Zeki Hafizoğulları, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", www.ahukuk.org/guvenlik (10 Eylül 2009), s. 2.

¹¹² Ayşe Nuhuğlu, "5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri", **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10, 2008, s. 192.

¹¹³ Türk Ceza Kanunu'nda yer alan yaptırımlar sistemi hakkında kesin hükmün önleme etkisi bakımından yapılan değerlendirme için bkz. s. 55.

birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulduran kişi hakkında ise, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir (TCK. m.191/2). Sanık, denetim süresinde, yükümlülüklerine uygun davrandığı takdirde, açılan dava düşer¹¹⁴. Düşme kararının kesinleşmesi ile birlikte, kesin hükmün önleme etkisi doğacaktır. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir (TCK. m.191/5). Ayrıca, denetim süresi içinde davaya devam olduğundan, aynı kişi hakkında, aynı eylemden dolayı, yeni bir dava açılmayacaktır.

e. Düşme Kararı

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan düşme nedenlerinin varlığı ya da soruşturma ya da kovuşturma şartlarının gerçekleşmeyeceği anlaşıldığında, davanın düşmesine karar verilir (CMK. m.223/8). Düşme kararı ile birlikte, suçun varlığı, yokluğu veya cezanın verilip verilmeyeceği hakkında bir tespit bulunmamakta¹¹⁵, uyuşmazlığın esası çözülmemektedir. Bu tür kararlar, gerçek anlamda bir hüküm olmamakla birlikte, uyuşmazlığı dolaylı biçimde çözmektedirler¹¹⁶. Bir diğer görüş ise, duruşmanın başında verilebilen bu kararların, gerçek anlamda değil, görünüşte son kararlar olduğunu; gerçek anlamda kararların, yargılamanın sonunda verileceğini belirtmektedir¹¹⁷.

Olumsuz muhakeme şartları olarak adlandırılan düşme nedenleri; sanığın veya şüphelinin ölümü (TCK. m.64), af (TCK. m.65), dava zamanaşımı (TCK. m.66), şikâyetten vazgeçme (TCK. m.73) ve önödemedir (TCK. m.75). Ayrıca soruşturma ya da kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halleriyle (CMK. m.223/8), hükmün açıklanmasının geri bırakılması¹¹⁸ (CMK. m.231), uzlaşma (CMK. m.253) durumlarında da düşme kararı verilebilmektedir.

Düşme nedenleri arasında yer alan, önödeme ve uzlaşma kurumları, soruşturma evresinde uygulandıklarında, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilirken; kovuşturma evresinde uygulandıklarında, düşme kararı verilir. Bu tür kararlar,

¹¹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1314.

¹¹⁵ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 672.

¹¹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s.1298.

¹¹⁷ Erdener Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul: Beta, 2007, s. 455.

¹¹⁸ Donay, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında verilen düşme kararını koşullu bir düşme olarak ifade etmektedir. Koşul; denetim süresi içinde yeni bir suç işlenmemesi ve koşullara uygun davranılmasıdır. Donay, Şerh, s. 351.

uyuşmazlığı esastan çözmekle birlikte, hukuki barışın sağlandığı kararlardır. Bu kurumların işleyişi ile birlikte verilen düşme kararı kesinleştiğinde, kesin hükmün önleme etkisi doğacaktır¹¹⁹.

Önödeme ve uzlaşmaya dayalı olarak verilen bu kararların uygulanmaları ile verilecek düşme kararlarının, kesin hükmün önleme etkisi yaratacağına dair kanunda açıkça düzenleme yapılmalıdır. Bu kurumlar ve benzeri kurumlar açısından, yabancı ülke makamlarının, önödeme ve uzlaşma kararlarına aynı etki tanınmalıdır. Önödeme ve uzlaşma kurumlarına benzer kurumlar bakımından, bu kurumların; önödeme, uzlaşma ve kesinleşmiş yargı kararı niteliğinde olup olmadığının değerlendirilmesi ve tespitinin yapılması açısından yetki tanınmalıdır. Değerlendirme sonucunda verilecek kararın sonucuna göre, aynı etkiyi tanınmalı ya da tanınmamalıdır¹²⁰.

f. Görevsizlik Kararı

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/10 gereğince, adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı, kanunyolu bakımından hüküm sayılır. Bu görevsizlik kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir. Ancak Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, yargı yolunu değiştirmeye yönelik görevsizlik kararlarının temyize tabi olduğunu belirtmiştir¹²¹.

¹¹⁹ Önödeme için bkz. s. 75; Uzlaşma için bkz. s. 77.

¹²⁰ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 659.

¹²¹ “Dosyanın incelenmesinde, adli yargı yerince verilen görevsizlik kararında, karara karşı itiraz yolunun açık bulunduğu belirtildiği görülmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 34. maddesinin 2. fıkrasında “Kararlarda, başvurulabilecek kanunyolu, süresi, mercii ve şekilleri belirtilir” denilmiş, 223. maddesinin 10. fıkrasında, “Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı kanunyolu bakımından hüküm sayılır” düzenlemesi yer almıştır. Uyuşmazlığın incelenebilmesi için, 2247 sayılı Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 1 ve 14. maddeler uyarınca, yargı yerlerince verilen kararların kesin veya kesinleşmiş olması gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri dışında ayrıca, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 9.12.1931 gün ve E:1931/12, K:1931/48 sayılı kararında da belirtildiği gibi yargı yolunu değiştirmeye yönelik görevsizlik kararlarının temyize tabi oldukları kuşkusuzdur. Böylece sanığa başvurabileceği kanun yolu, mercii ve şekli gösterilmeyen, itiraz yolunun açık olduğu bildirilen kararın kesinleşmesinden söz edilmesine olanak yoktur. Bu nedenle sanığa yukarıda açıklanan haklarını belirtir nitelikte tebligat yapılarak temyiz süresinin beklenmesi, dava dosyası kesinleştikten sonra dosyanın Mahkememize gönderilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle, Gelibolu Asliye Ceza Mahkemesince verilen görevsizlik kararının kesinleşmemiş olması nedeniyle, 2247 sayılı Yasa'nın 1 ve 14. maddesinde belirtilen koşullar oluşmadığından, aynı Yasa'nın 27. maddesi uyarınca yöntemine uygun bulunmayan başvurunun reddine karar verilmesi gerekmektedir.” Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 02.04.2007. E. 2007/17, K. 2007/17; Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü, 05.02.2007. E. 2007/1, K. 2007/1, www.kazanci.com.tr (10 Ağustos 2010).

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere hüküm çeşitleri, uyuşmazlığın esasını çözen ve esasa ilişkin bir tespitin yapılmadığı hüküm çeşitleri olarak iki şekilde sınıflandırılabilir. Ancak, söz konusu ayırımın, kesin hükmün önleme etkisi bakımından yaratacağı bir farklılık yoktur; uyuşmazlığın esasını çözülsün ya da çözülmesin, hükmün kesinleşmesi ile birlikte önleme etkisi doğacaktır. Kaldı ki, yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanunyolu gereğince, yeni bir delil ya da olay ortaya çıktığında yeniden yargılama yapılması mümkündür.

3. Kesin Hüküm Kavramı

Yukarıda kısaca bilgi verilen, ceza yargılaması sonucunda verilen kararlar, her zaman yargılamayı sona erdirici nitelikte değildir. Yargılama makamlarının vermiş oldukları kararlarda da, bir yanlışlık ya da haksızlık söz konusu olabilir. Taraflar, yargılama makamının kararını hukuka aykırı bulabilirler, bunun için kanun yolları adı verilen tali davalar açılmaktadır. Kanunyolu aşamaları ile verilen kararların, hukuka uygunluğu tekrar denetlenir ve verilen karar, bu yollar tüketildikten sonra kesinleşir¹²². Uyuşmazlığın çözülmesi, bir sonuca bağlanması demektir¹²³. Uyuşmazlığı çözen kararların kesinleşmesi, yargılama faaliyetinin zorunlu bir sonucudur.

Devletin bir organının kararı, diğer organın kararının parçasını oluşturmaktadır. Bu nedenle sonsuz bir denetim olanağının kapatılması, hukuksal uyuşmazlıkların, tatmin etmese dahi, bir noktada kesilip atılması gerekir¹²⁴. İlk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlar, kanun yollarına başvurulduktan sonra kesinleşebileceği gibi, kendiliğinden de (temyiz edilemeyen kararlar) kesinleşebilir. Bu suretle hüküm; hükme karşı kanun yolları kapalıysa, artık kanun yoluna gidilemeyecekse (şekli olarak), hükümle maddi hukuka ilişkin sonuçlar geleceğe yönelik olarak tespit edilmiş veya reddedilmişse¹²⁵ (maddi olarak) kesinleşir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kesinleşmemiş olan yargısal kararlara karşı

¹²² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1376.

¹²³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 303.

¹²⁴ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 654.

¹²⁵ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 27; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 561.

açık olan denetim yollarına, “olağan kanunyolları”; kesinleşmiş yargısal kararlara karşı tanınan başvuru yollarına,“olağanüstü kanunyolları” denir¹²⁶. Ceza Muhakemesi Kanunu’nda itiraz (CMK. m.267-271), istinaf (CMK. m.272-285) ve temyiz (CMK. m.286-307) olağan kanunyolları; olağanüstü itiraz (CMK. m.308), yazılı emir (CMK. m.309, 310) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK. m.311-323) ise olağanüstü kanunyolları olarak düzenlenmiştir.

1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu arasında kanunyolları bakımından temel fark, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda ilk derece mahkemesinin verdiği son karara karşı, Yargıtay’da temyiz kanunyoluna başvurularak tek dereceli; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ise, ilk derece mahkemesinin verdiği son karara karşı, bölge adliye mahkemelerinde istinaf kanunyoluna başvurulabilmesi ve istinaf incelemesi sonunda verilen kararlara karşı, Yargıtay’da temyiz kanunyolunun açık olması nedeniyle iki dereceli denetim muhakemesi öngürülmüş olmasıdır¹²⁷. 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun temyize ilişkin hükümleri, bölge adliye mahkemelerinin kuruluşu tamamlanıp bu durum resmi gazetede ilan edilinceye kadar, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan istinaf ve temyize ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.

Bu suretle kesinleşen hükmün sonuçları, öğretide çeşitli sınıflandırmalar yapılarak incelenmiştir.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, kesin hükmü, yargının otoritesi olarak adlandırmış; yargının değerliliğini, yargının yerine getirilebilmesi (infaz) ve göz önünde tutulabilmesi ayırımını yapmış, göz önünde tutma başlığı altında, bağlayıcılık ve önleme etkisini incelemiştir¹²⁸.

¹²⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1392, 1486.

¹²⁷ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 688.

¹²⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 301 vd.

Erem, kesin hükmün, hükmün bir sonucu değil, niteliği olduğunu; hükmün kesin hüküm haline gelerek, değişmez olduğunu ifade eder. Kesin hükmün değişmezliği, zorunluluk, infaz ve önleme olmak üzere bir takım sonuçlar doğurur¹²⁹.

Yurtcan ise, ikili bir ayırım yaparak, şekli kesin hükmün ve maddi kesin hükmün sonuçları başlığı altında; hükmün infazını, şekli kesin hükmün sonucu olarak incelerken, maddi kesin hükmün sonucu başlığı altında, göz önünde bulundurmaya incelemiş, bunu da olumlu –bağlayıcılık- ve olumsuz – önleme- etkisi olarak, ikiye ayırmıştır¹³⁰.

Kesin hükmün sonucu olan, ne bis in idem ilkesi olarak bilinen kesin hükmün önleme etkisi, muhakeme hukukunun ana ilkelerindedir.

Öğretide, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre, kesin hükmün önleme etkisi, bir ceza muhakemesi şartıdır. Ceza muhakemesi şartları, muhakeme görevini oluşturan üç görev–iddia, savunma ve yargılama- bakımından sözkonusudur. Gerçekleşmemesi durumunda muhakemeye engel olurlar. Kesin hükmün önleme etkisinin unsurları gerçekleştiğinde, davanın kabul edilmemesi gerekir, eğer edilmişse dava reddedilmelidir¹³¹.

Tosun, kesin hükmün önleme etkisini, dava şartı olarak ifade etmektedir. Tosun'a göre dava şartları, suçun kurucu unsurları bir araya geldikten sonra gerçekleşmedikleri takdirde, davanın açılmasına engel olan şartlardır. Tosun, yargı bulunmamasını da bir dava şartı olarak görmektedir¹³².

Yurtcan, kesin hükmün önleme etkisini, maddi kesin hükmün olumsuz etkisi olarak kabul etmekte aynı filden dolayı, aynı kişinin birden fazla suçlanamayacağını ve yargılanamayacağını belirtmektedir¹³³.

¹²⁹ Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, 2. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 231, s. 547 vd.

¹³⁰ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 18-21; 27-34.

¹³¹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 82.

¹³² Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, C. I, s. 213, 233.

¹³³ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 554.

Centel/Zafer, kesin hükmün önleme etkisini, muhakeme şartı olarak kabul etmektedir. Kesin hüküm bulunması halinde, soruşturma aşamasında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilir, dava açılmışsa kesin hükmün bulunması, davanın reddi sebebidir¹³⁴.

Öztürk/Tezcan/Erdem ise, ceza muhakemesi şartlarını, dava şartları ve yargılama şartları olarak ayırmakta; kesin hükmün önleme etkisini, dava şartları arasında saymaktadır¹³⁵.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava olması, davanın reddi sebebi olarak kabul edilmiştir (CMK. m.223/7). CMK. 223/7 hükmü dikkate alındığında, kesin hükmün önleme etkisinin, bir dava şartı olarak kabul edildiği söylenebilir. Ancak, CMK.172/1 hükmüne göre, kesin bir hükmün bulunması, kovuşturma olanağının bulunmaması olarak değerlendirileceğinden, verilecek kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, aynı zamanda bir soruşturma engeli de yaratacaktır. Bu durumda, CMK. m.223/7 ve CMK. m.172/1 hükmü, birlikte değerlendirildiğinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, kesin hükmün önleme etkisinin, muhakeme şartı olarak yer aldığı söylenebilir.

Bir yargılama makamının çözmüş olduğu sorunu, diğerinin çözülmüş kabul etmesi gerekir¹³⁶. Bu nedenle bir kimse hakkında, aynı fiil nedeniyle, ancak bir kez yargılama yapılabilir¹³⁷. Aynı devletin, bir kişiyi, iki kez kendi ceza yargısına tabi tutması, ilkenin iç hukuktaki uygulama alanını oluştururken; aynı konuda, aynı kişi hakkında, yabancı bir mahkeme karar verdiğiğinde, bir diğer devletin, mülkilik, şahsılık, korunma ve evrensellik ilkeleri uyarınca yeniden yargılama yapması ise uluslararası uygulama alanını oluşturmaktadır¹³⁸. Kesin hükmün önleme etkisinin unsurları; aynı kişi ve aynı fiil, başlıkları altında incelenecektir.

¹³⁴ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 566.

¹³⁵ Öztürk ve Diğerleri, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**. Ankara: Seçkin. 2009, s. 47.

¹³⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 308.

¹³⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 654.

¹³⁸ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 530.

B. Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Unsurları

1. Aynı Kişi

Kişinin aynı olması, aynı sanık hakkında ikinci davanın açılmasıdır¹³⁹. Kesin hükümün önleme etkisi gereğince, belli bir fiilden dolayı yargılanan kimsenin, aynı fiilden dolayı, ikinci bir kovuşturmayaya maruz kalmaması gerekir¹⁴⁰. Bir kimse hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunması, aynı fiilden dolayı, başka bir şahıs hakkında, dava açılmasına engel değildir¹⁴¹. Kısacası ilke, belli bir fiilden dolayı yargılanan kişi dışında bir istisna getirmemektedir¹⁴².

Kişinin aynılığı, kesin hükümle sonuçlanan davada, kabul edilen iddianamede nüfus bilgileri ve fiziki özellikleri somutlaştırılmış olan kişidir¹⁴³.

Mahkeme, aynı sanık hakkında, aynı fiilden dolayı, önceden verilmiş bir hükümün bulunup bulunmadığını araştırırken; davanın ve yargılamanın konusunu dikkate alarak, kişinin ve fiilin aynılığını değerlendirecektir. Bu unsurlardan birisi bulunmadığı takdirde, önleme etkisi doğmayacaktır. Zira kesin hükümün önleme etkisinden bahsedebilmek için, iki unsurun bulunması zorunludur¹⁴⁴. İlkenin asıl işlevi, bir kimsenin, aynı fiilden dolayı, ikinci kez sanık olmaması ve cezalandırılmamasıdır¹⁴⁵.

¹³⁹ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 116; Erem, s. 549.

¹⁴⁰ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 43.

¹⁴¹ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 550.

¹⁴² Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 45.

¹⁴³ Özen, s. 393.

¹⁴⁴ “Kesin hükümün biri olumlu diğeri olumsuz iki etkisi vardır. Kesin hükümün olumlu etkisi bağlayıcılık, olumsuz etkisi ise hükümün konusunu oluşturan eylemden dolayı aynı kişinin ikinci kez koşuşturulamamasıdır. Bu kural öğretide ne bis in idem olarak ifade olunmakta ve aynı fiilden dolayı aynı kişi bir defa suçlanabilmektedir. Durum böyle olunca kesin hüküm etkisinden söz edilebilmesi için iki unsurun bulunması zorunludur. Bunlar kişinin aynılığı ve fiilin aynılığıdır”. YCGK. 02.06.1986. E. 1986/2-78, K. 1986/324. www.kazanci.com (10 Şubat 2010); “ Sanık F. Hakkında Tekirdağ Sulh Ceza Mahkemesince verilen ve kanunyoluna başvurulmadan kesinleşen 18.5.1995 gün ve 838/388 sayılı beraat hükmü yargılama yapılarak tesis edildiğinden esasa etkili yasaya aykırılık içerse dahi kanunyolu ile kaldırılmadıkça, kesin hüküm niteliğini koruyacağı, bu aşamada yazılı emir yoluyla bozmanın dahi aleyhe netice doğurmayacağı nazara alınarak bu hükmün kesinleşmesinden sonra 16.1.1997 günlü iddianame ile açılan davanın eylem ve sanık aynı olduğundan açılmış ikinci dava niteliğinde bulunduğu cihetle CMUK.nun 253/3 maddesi uyarınca reddine karar verilmesi gerekirken, mahkûmiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiş...” Y.2.CD. 30.3.2000. E. 2000/2756, K. 2000/3338 www.kazanci.com.tr (10 Şubat 2010).

¹⁴⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 657.

Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/7'nin kaleme alınış şeklinde, ilkenin, hakkında etki yaratacağı sujenin, sadece “sanık”¹⁴⁶ ile sınırlandırıldığı görülmektedir¹⁴⁷. Ancak, eğer aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında, daha önce verilmiş bir hüküm var ise, bu hükmün önleme etkisi, muhakemenin başında geçerli olmalıdır. Bu durumda soruşturma başlatılmış ise kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmelidir¹⁴⁸. Soruşturma devam etmiş ise, iddianame düzenlenmemeli; söz konusu ilke, iddianamenin iade sebeplerinden biri olarak yer almalıdır. Bu durumda önleme etkisi, soruşturma aşamasında şüpheliler bakımından geçerli olabilecektir¹⁴⁹. Mevcut hüküm, kesin hükümle biten bir ceza davasından sonra, “aynı kişi” ikinci bir “dava açılmasını” engellemektedir¹⁵⁰. Kesin hükme rağmen, aynı kişi hakkında, aynı fiile dayanılarak açılan soruşturma hakkında, Cumhuriyet savcısı CMK. m.172/1 hükmüne dayanarak, kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermektedir. Böylece, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı verilen bir kesin hükmün mevcudiyeti halinde, CMK. m.172 hükmü gereğince, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı açılan soruşturmaya devam olunamamaktadır.

Kişinin aynılığı unsuru, iştirak halinde işlenen suçlarda da, geçerli olacaktır. Kesin hükmün önleme etkisi, kendi fiilinden dolayı yargılanan ve hakkında kesin hüküm verilen kimse üzerinde etki gösterir. Öğretide Yurtcan'a göre, kesin hüküm, aynı fiilden dolayı başka kimselerin birlikte fail ya da suç ortağı olarak yargılanmalarına engel olmaz. Örneğin, suç ortaklarından biri hakkında, beraat hükmü verilmiş olması, yargılanmamış diğer ortaklar hakkında, kamu davası açılmasına engel değildir¹⁵¹.

¹⁴⁶ İHAS Ek Protokol 7/4 “kişi”, Roma Statüsü'nde “kimse”, Schengen Uygulama Sözleşmesi m.54, CYMDAS. m.53 ve CKADAS. m.35 “kişi” kelimeleri tercih edilmiştir. Söz konusu Sözleşmelerde şüpheli ya da sanık terimi kullanılmamıştır.

¹⁴⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 658.

¹⁴⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Birinci Kitap, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 117; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 566.

¹⁴⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Birinci Kitap, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 117; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 658.

¹⁵⁰ Erol Cihan ve Feridun Yenisey, “Ne Bis In Idem İlkesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul: s. 221; Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 173. maddesine göre (Mülga madde: 21/05/1985 - 3206/82 md.) yargı bulunması kamu davasının kabule şayan olmaması sebeplerinden bir olarak sayılmaktaydı. Yargı bulunduğunu gören sorgu hakimi, talepten reddine karar verirdi. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, Birinci Kitap, 17. Bası, Birinci Kitap, dn. 155, s. 117.

¹⁵¹ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 44.

Kunter/Yenisey Nuhoglu; fiilin maddi mevcudiyeti bulunmadığı ya da objektif sebeplerle ceza davasının düşmesine karar verildiği durumlarda, verilen hükmün lehte olmak kaydıyla diğer sanıklara da etki edeceğini belirterek bu durumun, kişilerin aynı olmasının istisnası olduğunu belirtmektedirler¹⁵². Söz konusu istisnanın tanınmaması yönünde görüş ileri süren Yurtcan ise, bir kişi hakkında verilen beraat kararının, yalnız o kişiyi koruması gerektiğini, aynı fiilden dolayı, suç ortağı sanık veya suç ortağı olmayan bağımsız sanık olarak, bir diğer kişinin yargılanması gerektiğini savunarak, aksi durumda, ceza yargılamasının maddi hakikati değil, şekli hakikati aramış olacağını ileri sürmektedir¹⁵³.

İştirak halinde işlenen suçlar söz konusu olduğunda, aynı kişi unsuru bakımından kesin hükmün önleme etkisine istisna tanınıp tanınmaması gerektiği, hükmün verilme gerekçesine göre değişecektir. Buna göre;

1-Suç ortaklarından birisi hakkında, beraat hükmü verilmiş olmasının, yargılanmamış diğer ortaklara etki edip etmeyeceği, beraat kararının hangi duruma dayanılarak verildiğine göre değişir. Örneğin, beraat kararı, fiilin suç oluşturmadığına dayanılarak verilmişse, diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılmayacaktır. Ancak suç ortaklarından biri hakkında verilen beraat kararı, kast ya da taksirin bulunmadığına, ya da suçun, sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerine dayanılarak verilmişse diğer şerik hakkında kamu davası açılacaktır.

2- Suç ortaklarından birisi hakkında, düşme kararı verildiğinde, diğer suç ortakları bakımından kamu davası açılıp açılmayacağı, düşme kararının verilme nedenine göre değişecektir. Suçun affa uğraması, suça ilişkin olarak dava zaman aşımının dolması hallerinde, suç ortaklarından biri hakkında verilen düşme kararının kesinleşmesi, diğer suç ortaklarını da etkileyecek, böylece diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılmayacaktır. Uzlaşma bakımından suç iştirak halinde işlendiğinde, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır (CMK. m.255). Bu durumda, suç ortaklarından birinin mağdur ile uzlaşması halinde, uzlaşma, kovuşturma

¹⁵² Kunter/Yenisey/Nuhoglu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 117.

¹⁵³ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 45.

aşamasında gerçekleştiğinde, verilen düşme kararının kesinleşmesi, diğer suç ortakları hakkında kamu davasının açılmasını önleyici bir etki yaratmayacaktır.

2. Aynı Fiil

Ceza muhakemesi hukuku anlamında fiil, uyuşmazlık konusu olaydır¹⁵⁴. Kesin hükmün önleme etkisi, dava konusu fiil kavramının tanımlanmasını ve sınırlandırılmasını gerektirir¹⁵⁵. Bu konuda çeşitli görüşler öne sürülmüştür.

Tarihi olay görüşüne göre, ceza yargılaması yapan hâkim, iddianamede belirtilen olayla bağlı değildir. Hâkim, fiili, tabii görünüşü içinde alır. Olayı bütün tavsif olasılıklarını göz önünde tutarak yargılar ve hüküm verir. İddianamede belirtilen olay ve bu olaya ait objektif olarak belirlenen bütün hususlar da, tarihi olay içinde değerlendirilir. Hâkim fiili yargılarken, tarihi olayı bir bütün olarak göz önünde tutacak, hayattaki telakkilere göre bu olayla bütün teşkil eden olayları, yargılamanın kapsamına alabilecektir. Yer ve zaman bakımından birbirini izleyen olaylar, fiilin parçası sayılarak, tarihi olayla bir bütün teşkil eder¹⁵⁶.

Fiilin aynılığını hukuki ölçütlere göre açıklayan görüş, fiilin aynılığını, hukuki esaslardan hareket ederek, açıklamaktadır. Fiilin aynılığının, ihlal edilen hukuki menfaatin aynı olup olmadığına göre belirlenebileceğini ileri sürerler. İhlal edilen hukuki menfaatin aynı olup olmadığı sorunu, hukuki menfaatin aynılığı ve ihlalin aynılığının belirlenmesi ile iki aşamalı olarak çözümlenir. Hukuki menfaatin aynılığı sorunu, yorum ve nitelermeye bağlıdır. İhlalin aynılığında ise belirli bir hukuki menfaati bireyselleştiren maddi unsurlar değerlendirilir. İhlalin, farklı hukuki menfaat sonucunu doğurup doğurmamasına göre, fiilin aynılığı değerlendirilir¹⁵⁷.

Öğretide, Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, ceza muhakemesi hukukundaki fiil kavramının, maddi ceza hukukundaki anlamından farklı olduğunu, ceza muhakemesindeki fiilin, şüphelinin suç fiilinden önceki davranışlarını bütün olarak

¹⁵⁴ Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 117.

¹⁵⁵ Centel/Zafer, 6.Bası, s. 527.

¹⁵⁶ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 68 vd.

¹⁵⁷ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 86.

kapsayan ve genel hayat tecrübesine göre, iddianamedeki fiil ile bağlantılı davranışların bütünü olduğunu belirtmektedirler¹⁵⁸.

Cihan/Yenisey'e göre fiil, iddianamede sınırı çizilen eylemdir. İddianamede belirtilen olaylar ile bu olayların içinde olan suçun maddi unsuru, ikinci bir dava konusu yapılamaz¹⁵⁹.

Centel/Zafer, iddianamede belirtilen olay ve bu olayla bağlantı içinde olan olayların, muhakemenin konusunu, yani fiili oluşturduğunu ifade etmektedirler¹⁶⁰.

Ünver/Hakeri ise, aynı fiilin, aynı olay şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmektedirler¹⁶¹.

Yurtcan'ın ileri sürdüğü, iddianamede bireyselleştirilen fiil görüşüne göre, muhakeme hukuku bakımından fiil, iddianamede belirtilen ve ferdileştirilen olaylar bütünüdür. Ferdileştirilmiş fiil kavramının içeriği ve kapsamı, iddianamedeki olay, maddi vakıalar ve bundan çıkan uyuşmazlıktır¹⁶². Fiil, suçun işlendiği yer, işlendiği zaman, kullanılan araçlar ve kullanım şekilleri belirtilmelidir. Bu suretle dava konusunun kapsam ve sınırı belirlenebilecektir. Mahkeme, iddianamede belirtilen fiilin dışına çıkamaz veya fiili değiştiremez. Ferdileştirilmiş fiil ölçütüne göre, yargılama sırasında iddianamede belirtilen maddi vakıalar dışındaki vakıalar, ancak ferdileştirilmiş fiille aynı hukuki konuya ait olmaları halinde, aynı dava içinde ileri sürülebilir. Örneğin, sanık meskun mahalde silah atmak fiilinden dolayı yargılanırken, sanığın attığı kurşunlardan biriyle bir kişinin ölümüne sebebiyet verdiği hususu, bu dava içinde ileri sürülemez. Çünkü meskun mahalde silah atmak fiili, “kamu düzenini” korurken; öldürme fiili, yaşam hakkını korumaktadır. Bir diğer örnek vermek gerekirse, sanık yaralamadan dolayı yargılanırken, mağdur, failin fiili neticesinde ölürse, bu durumda

¹⁵⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 41.

¹⁵⁹ Cihan/Yenisey, “Ne Bis In Idem”, s. 220.

¹⁶⁰ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 530.

¹⁶¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 656.

¹⁶² Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 560.

ölüm maddi vakasını, bu dava içinde ileri sürmek mümkündür. Çünkü her iki suçta kişiye karşı suçlardandır ve hukuki konu değişmemiştir¹⁶³.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun uyuşmazlık konusu olan fiili belirlemede kullandığı ilk ölçüt, iddianamedir¹⁶⁴. Fiilin aynılığı, iddianame ile bağlantılı olup, iddianamede belirtilen olaylar ile bunların içinde olan suçun maddi unsuru, ikinci bir dava konusu yapılamaz¹⁶⁵. Ceza muhakemesi hukukunda fiil; iddianamede fiilin işlendiği yer, fiilin süresi, zamanı, kullanılan araçlar, kullanılma biçimleri belirtilmek suretiyle bireyselleştirilerek tanımlanan olaylar bütünüdür.

İddianamede belirtilen olaylarla, daha sonra ortaya çıkan olaylar arasında yer, zaman, mağdur, nedensellik bağı ve sosyal bakımdan bir iç içe geçme durumu ve ilişki varsa bağlantı mevcuttur demektir. İddianamede gösterilmeyen, ancak bağlantı içinde olan bu olaylar, ayrı bir suç görünümünde değillerse, iddianamedeki olayın parçası sayılırlar. Bu olayların hükme esas sayılması için, ek savunma hakkı tanınması yeterlidir. Hukuki olarak olaylar, ayrı bir suç görünümünde ise, yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekmektedir. İddianamede yer alan olaylar, muhakeme konusunu oluşturur ancak, muhakemede belirtilmeyen ancak doğal bağlantı içinde olan olaylar, cezanın artırılması ya da ek güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiriyorsa ek savunma

¹⁶³ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 561. “Ceza davasının konusunu iddianamede yer alan maddi vakialardan doğan insan davranışları oluşturur.

Fiilin aynılığını belirlemedeki kriterin ne olması gerektiği hususunda öğretilerde çeşitli görüşler ortaya atılmış, kalıcı ve doyurucu tanımlama yapmanın zorluğu karşısında bu konuda yasal düzenlemeye gidilmemiştir. Bununla birlikte sosyal yaşamın gereği olarak belli bir görüşe bağlı kalmadan hareket etmek durumunda olan uygulamacı yeri geldiğinde birden çok görüşleri birleştirerek sonuca varımalıdır. Bu düşünce ışığında tarihi ve hukuki normatif kriterine dayalı olarak iddianamede yer alan maddi vakia ve sosyal ölçüsüne başvurulmalıdır.

Fiilin aynılığını belirleme ölçüsü; tarihi ve hukuki normatif kriterlerin karması suretiyle bulunan ve iddianamede yer alan maddi ve vakia ve sosyal olaylarda bir örnek vermek gerekirse; sanık, etkili eylemde bulunmaktan yargılanırken mağdur failin fiiline bağlı olarak ölmüşse “ölüm” maddi vakiası yargılamanın konusuna dahil edilebilir çünkü hukuki konunun değişmesi “şahsa karşı bir suç” normunun varlığının korunmasıdır.

Yine meskun yerde silah atma fiilinden dolayı yargılanırken sanığın attığı kurşunlardan biriyle bir şahsın ölümüne sebebiyet verdiği olayda ölüm vakasını ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü meskun mahalde silah atma fiili kamu düzenini koruduğu halde adam öldürme fiilinin cezalandırılması yaşama hakkının gereğidir.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere mahkemenin tavsif görevi fiili ferdileştiren maddi vakialar ve yargılama sırasında bu fiille aynı hukuki konuya dahil olan maddi fiil ile sınırlıdır. Mahkeme bu sınır dışına çıkarak karar veremez.” YCGK. 2.6.1986. E. 1986/2-78, K. 1986/324, www.kazancı.com (2 Mayıs 2009).

¹⁶⁴ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s. 560; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 527.

¹⁶⁵ Cihan/Yenisey, “Ne Bis In Idem” İlkesi”, s. 220.

verilerek kesin hüküm kapsamı içine alınır¹⁶⁶. Bununla birlikte, mahkemede sanığın iddianamedeki suçtan başka bir suç işlediği kanaati oluşmuşsa, bu konuda ek iddianame talep edilmesi yerine, Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulması gereklidir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ek iddianame ile ilgili açık bir düzenleme bulunmadığını, ek iddianame düzenlenmesinin Kanun'un duruşmaların bir oturumda bitirilmesini amaçlayan sistemine uygun düşmediğini ayrıca, ek iddianame talebinin, hakimin tarafsızlığıyla bağdaşmayacağını ifade etmektedir¹⁶⁷.

Yaşanmış bir olay olan fiilde, cezalandırılabilir hareket bulunur. Cezalandırılabilir hareket ise, yargılanacak uyuşmazlığın objektif unsurunu teşkil eder¹⁶⁸. Bu noktada, sanık tarafından işlenen fiilin, hukuki nitelemesinin bir önemi yoktur. Hüküm, fiilin bütün nitelene şekilleri dikkate alınarak verilmektedir. Bu nedenle, aynı fiil başka bir şekilde nitelendirilerek, başka bir suç olduğu gerekçesi ile yeni bir davaya konu olamaz. Genel ceza kanununa giren bir fiilden dolayı yargılanan bir kimse, fiilin özel ceza kanununa giren bir suç olduğu gerekçesiyle tekrar yargılanamaz. Aynı şekilde, suçun manevi unsuruna ilişkin farklı bir nitelendirme, fiilde

¹⁶⁶ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 528. "...İddianame ile sanıklar A., E. ve E. haklarında H.'i öldürmeye teşebbüs suçundan kamu davası açıldığı halde ek savunma hakları verilmeden tehdit suçlarından hüküm kurulmak suretiyle CMK'nun 226. maddesine aykırı davranılması", Y.1.CD, 30.06.2008. E. 2008/1037, K. 2008/5485; "CYY.226/2.madde ve fıkrası uyarınca iddianamede yer almayan tekerrür maddesinin uygulanabilmesi için sanığa ek savunma hakkı verilmesi gereğine uyulmaması... Bozmayı gerektirmiş ve sanığın temyiz temyiz ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hükmün bozulmasına...", Y.4.CD. 29.01.2009. E. 2008/17499, K. 2009/221 www.hukukturk.com (10 Nisan 2010).

¹⁶⁷ "ek iddianame talebinin yeni CMK'daki hakimlerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik hükümler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 tarih ve 315 sayılı kararı ile de benimsenen Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri nazara alındığında, hakimlerin dava konusu ve taraflarla ilgisiz olması ilkesine ters düştüğü, ek iddianame talebi ile mahkeme baştan iddianamenin düzenlenmesini istemekle bir nevi suçun sübuta erdiğini belirterek baştan sanığın mahkumiyetine dair görüşünü ortaya koyar nitelikte görüş belirtmiş olduğu ve ek iddianame uygulamasının, iddianamenin kabulü ile hakim önüne gelen iddianamede gösterilen suçla ilişkin olarak fiil ve fail hakkında karar verilmesini öngören CMK'nın 225. maddesine açıkça aykırılık oluşturduğu, bununla beraber mahkeme hakimlerinin yargılama esnasında sanıkların iddianamedeki suçtan başka suç işlediklerini düşünüyorsa, bu konuda sadece Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunabilecekleri, iddianame düzenleyip düzenlememek savcının görevi ve takdirinde olduğundan, ek iddianame düzenlenmesi talebinin yapılamayacağı nazara alınmadan yazılı şekilde uygulama yapılması.... Bozmayı gerektirmiştir" Y.3.CD. 29.06.2009. E. 2009/27, K. 2009/13450, www.kazancı.com (10 Mayıs 2010).

¹⁶⁸ Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, C.I, s. 389; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 529.

bir değişiklik yapmayacaktır. Örneğin kasten öldürmeden dolayı beraat eden sanık, taksirle öldürmeden dolayı yargılanamayacaktır, zira fiil aynıdır¹⁶⁹.

Aynı fiil unsuru içinde, suçların içtimaı hallerinin önleme etkisi bakımından gösterdiği özelliklere değinmek gerekmektedir.

Zincirleme suçta suçlar, ayrı ayrı bağımsız yapılarını korumakta, ancak cezanın tespiti bakımından tek suç olarak sayılmaktadır¹⁷⁰. Zincirleme suç ve kesin hükmün önleme etkisine ilişkin olarak üç soruyla karşılaşılabılır.

1- Zincirleme suçta, suçların bağımsız yapılarını koruması, fiilin aynılığı unsuru içinde kabul edilecek midir?

Zincirleme suçta, ayrı ve bağımsız yapılarını koruyan birden fazla suç mevcuttur. Bu durumda, zincirleme suç oluşturulan suçlar bakımından, fiilin aynılığı unsurunun oluşmadığı düşünülebilir. Ancak, zincirleme suç oluşturulan suçlar, aynı iddianamede yer alarak tek tek yargılanmakta, cezalandırma politikası bakımından, tek suç varmış gibi cezalandırılmakta, ancak ceza ağırlaştırılmaktadır¹⁷¹. Ceza muhakemesi anlamında fiil, iddianamede yer alan yargılanacak uyumsuzluk olduğuna göre, bu durumda zincirleme suç içindeki suçlar bakımından, fiilin aynılığı unsuru geçerli olmaktadır. Aksine bir yorum, ne bis in idem ilkesinin gereği olan, aynı fiilden dolayı birden fazla cezalandırma yasağına da aykırı olacaktır. Hükümden sonra teselsül devam ettiği takdirde, bu fiiller bakımından yeni bir dava açılacaktır.

2- Sanığın iddianame tarihinden önce de iddianameye konu olan fiili işlediği ortaya çıktığında, yargılanan olay hakkında kesin hüküm verildiğinde, bu fiillerle iddianame tarihinden önce işlenen fiiller arasında sıkı bir bağ olduğu kabul edilerek, kesin hükmün bu fiilleri de kapsadığı, bu nedenle önleyici bir etki yarattığı söylenebilir mi?

¹⁶⁹ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 555; Tosun, olayın tesbitinde fiilin maddi ve manevi unsurlarla birlikte göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, C.I, s. 214, 215.

¹⁷⁰ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt. I**, İstanbul: 1997, s. 391; Centel/ Zafer, 6. Bası, s. 535.

¹⁷¹ Özen, "Non Bis In Idem", s. 407.

İddianamede gösterilmeyen, ancak bağlantı içinde olan bu olaylar, ayrı bir suç görünümünde değillerse, iddianamedeki olayın parçası sayılırlar. Bu olayların hükme esas sayılması için ek savunma hakkı tanınması yeterlidir. Hukuki olarak olaylar ayrı bir suç görünümünde ise, aynı fiil kapsamı içinde değerlendirilmediklerinden; yeni bir iddianame düzenlenmesi gerekmektedir¹⁷².

3- Yargılama sırasında sanığın zincirleme suç çerçevesinde hareketlerine devam ettiği, kesin hükümden sonra ortaya çıktığında, bu fiiller bakımından da kesin hüküm verilmiş kabul edilebilir mi? Bu fiiller hakkında dava açıldığında, aradaki bağlantı sebebiyle kesin hükmün önleyici etkisi geçerli olabilir mi? Kesin hükümden önce, fakat ceza soruşturması veya kamu davası açıldıktan sonra zincirleme suç devam etmişse ne olacaktır¹⁷³?

Öğretide Erem, bu konuda, failin hakkındaki soruşturmayı veya davayı öğrenmiş olup olmamasına göre iki yorum yapılabileceğini belirtmektedir. Eğer kişi, hakkında bir soruşturma ya da kovuşturma başladığını biliyorsa ve buna rağmen fiillerine devam ediyorsa, bu durumda aynı suç işleme kararından bahsetmek mümkün değildir. Hakkında soruşturmaya geçildiğini bilen kimsedeki suç işleme kararı, parçalanmıştır. Eğer kişi, fiilleri hakkında soruşturma açıldığını öğrendikten sonra ve fakat buna rağmen işlemişse, bu fiiller kesin hükümden sonra çıkmış olsa dahi, yeni bir kamu davası açılabilir¹⁷⁴.

Bu konuda, Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, zincirleme suçtan dolayı verilen mahkûmiyet hükmü, hükümden önce işlenmiş bütün fiilleri, bu fiillerin mahkemece dikkate alınıp alınmadıkları önemli olmaksızın kapsar. Bu nedenle, hükümden önce işlenen ancak hükümde dikkate alınmayan bir fiilden dolayı dava açılmışsa, ne bis in idem ilkesi gereğince düşme kararı verilmesi gerekir. Ancak beraat kararı verilmişse, sonsoruşturmanın açılması kararında gösterilenlerin dışındaki fiiller

¹⁷² Centel/Zafer, 6. Bası, s. 528.

¹⁷³ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 535.

¹⁷⁴ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 552; Hakan Hakeri, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 8. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 440.

hakkında, yeni bir davanın açılması mümkün olabilecektir¹⁷⁵. Öğretide Centel/Zafer de zincirleme suçtan dolayı beraat kararı verildiğinde, sonradan ortaya çıkan fiiller hakkında beraat hükmü ile kurulan fiil arasında teselsül bağı bulunamayacağından, hükmün dışında kalan ve mahkemece bilinmeyen fiillerin yeni bir dava konusu oluşturabileceğini belirtmektedirler¹⁷⁶.

İçel ise, zincirleme suçta her fiilin bağımsız yapısını koruduğunu ve bu nedenle kanunun gösterdiği haller dışında, her fiilin bağımsız niteliğine göre hareket etmek gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda, fiil aynı olmayacağından, hükümde dikkate alınmayan bir fiilden dolayı dava açılmasına ne bis in idem ilkesinin engel oluşturmayacağını ifade etmektedir¹⁷⁷.

Fiilin aynılığı unsuru içinde incelenecek olan suçların içtimaı hallerinden bir diğeri, bileşik suçtur. Bileşik suçlarda bir suç, diğer bir suçun unsuru ya da nitelikli halini oluşturmaktadır¹⁷⁸. Bileşik suçlarda önleme etkisi, iki şekilde tartışılabilir. Bileşik suçta birden çok suç, tek suç altında eriyerek, tek suç kabul edilmektedir. Bu nedenle, bileşik suçtan dolayı yargılama yapılmışsa bileşik suçu oluşturan diğer suçlar bakımından, ceza soruşturması ya da kovuşturması başlatılamayacağı gibi, hüküm kurulamayacak, kesin hükmün önleme etkisi doğacaktır. Böylece, kesin hükmün önleme etkisi, bileşik suç ile bileşik suçu oluşturan suçlar arasında geçerli olacaktır¹⁷⁹.

Yurtcan, bireyselleştirilmiş fiil ölçütünü, kesin hükmün bileşik suçlar üzerindeki önleyici etkisinin geçerliliğini tartışırken uygulamaktadır. Bu görüşe göre, ancak iddianamede bireyselleştirilmeyen olaylara ilişkin olarak yeni bir dava açılabilir¹⁸⁰. Örneğin, klasik örnek üzerinden gidildiğinde, hırsızlık suçundan yargılanmış olan kişi hakkında, kesin hüküm kurulduktan sonra, işlenen suçun, yağma suçu olduğu anlaşıldığında, kişi, yağma suçundan dolayı yargılanabilecek midir?

¹⁷⁵ Kayıhan İçel, **Suçların İçtimaı, (Genel Bilgiler- Fikri İçtima- Müteselsil Suçlar- Görünüşte İçtima)**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1762, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 385, Sermet Matbaası, 1972, s. 163.

¹⁷⁶ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 536.

¹⁷⁷ İçel, Suçların İçtimaı, s. 164.

¹⁷⁸ Bir suç diğerinin unsur ya da ağırlatıcı nedeni ise, her iki suçun niteliği değişerek yeni bir suç ortaya çıkmaktadır. Bir suç diğerinin içinde erimektedir. Bir suç diğerinin ağırlatıcı nedeni ise suçun niteliği değişmemekte ancak suçun basit şekli kalarak nitelikli hali söz konusu olmaktadır.

¹⁷⁹ Erem, Ceza Usulü Hukuku, s. 551, 552; Hakeri, s. 440.

¹⁸⁰ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 100.

Yurtcan'ın ölçütü uygulandığında, kişi hakkında, cebirden dolayı yeni bir dava açılabilir, hırsızlık suçuna ilişkin kesin hükümle tespit edilen hususlar, belirlenmiş sayılacaktır. Muhakeme sonunda da, hırsızlık hükmünü de içerecek yeni bir hüküm kurulacaktır¹⁸¹.

Bileşik suç ile bileşik suçu oluşturan suç arasında önleme etkisinin oluşmayacağını ifade etmek, bileşik suçlarda önleme etkisi bakımından fiilin değil, hukuki nitelemenin ölçüt olarak alındığını gösterir ki, bu da, Türk Ceza Muhakemesi Hukuku bakımından kabul edilen bir ölçüt değildir.

Fiilin aynılığı unsuru içinde incelenecek olan suçların içtimaı hallerinden bir diğeri, fikri içtimaı halidir. Tek fiille, kanunun çeşitli hükümlerinin ihlali anlamına gelen fikri içtimada¹⁸², fiilin tek olması hali sözkonusu olur. Bu durumda, iki ayrı suç, tek fiil gibi kabul edileceğinden, her iki suç bakımından, tek fiil bünyesinde ne bis in idem etkisi doğacaktır¹⁸³. Hükümün konusu, iddianamede gösterilen fiil olduğuna göre, fikri içtimaı halinde, suçlardan biri hakkında verilen kesin hüküm, diğer suçları da kapsar. Mahkûmiyet hükmü, hafif suça ilişkin ya da daha az cezayı gerektiren suça göre kurulmuş olsa dahi, daha sonra ağır suçtan dolayı fail hakkında kovuşturma yapılamaz. Suçlardan biri hakkında beraat kararı verilmesi veya fikri içtimaı ilişkisine dahil bir suçun, şikayet koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle kovuşturulmamış olması hallerinde de, kovuşturma yapılamaz¹⁸⁴.

Gerçek içtimada fiiller birbirinden bağımsızdır; aralarında bağlantı olsa dahi bir fiil hakkında yargılama yapılmışsa o fiil bakımından yapılan yargılama sonucunda verilen hükmün, diğer fiil bakımından yargılama yapılmasını engellemeyeceği açıktır.

C. Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Sonuçları

1. Tekrar Yargılama Yasağı

¹⁸¹ Centel/Zafer, 6.Bası, s. 537.

¹⁸² Fikri İçtimaı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, Suçların İçtimaı, s. 57 vd.

¹⁸³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, dn. 152, s. 117.

¹⁸⁴ Bkz. Kayıhan İçel ve Hakan Evik, **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları ve Genel Görünüş Biçimleri**, Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta, 2007, s. 299.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/7'ye göre, aynı fiil nedeniyle aynı sanık hakkında daha önce hüküm verilmiş olması nedeniyle, tekrar yargılama yapılamayacak ve açılan dava reddedilecektir¹⁸⁵. Önleme etkisi içinde konunun aynılığı olarak da ifade edilen bu husus, açılan ikinci davanın da, ceza davası olması gerektiğini ifade eder¹⁸⁶. Bu düzenleme ışığında kesin hükmün önleme etkisinin geçerli olacağı evre, davanın reddi kararının ancak dava açıldıktan sonra verilebilecek bir karar olması nedeniyle, iddianamenin kabulü ile başlayan kovuşturma evresidir.

Oysa ki, kesin hükmün önleme etkisi, insan onurunun zedelenmemesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle; aynı fiile dayanılarak, aynı kişi hakkında, daha önce kesin hükümle sonuçlandırılmış bir dava var ise CMK. m.172/1 gereğince kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilecektir. Eğer soruşturma devam etmişse iddianame düzenlenmemeli, düzenlenmiş ise iade edilmelidir¹⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, iddianamenin iadesi yolunu düzenleyen

¹⁸⁵ “Sanıklar hakkında dava konusu fiilden dolayı 10.7.1980 günlü iddianame ile dolandırıcılık suçundan dava açılmış ve Altındağ Birinci Asliye Ceza Mahkemesi'nin 27.5.1981 günlü ilamı ile beraat kararı verilerek kesinleşmiş olduğu göz önüne alınmayarak aynı fiil dolayısıyla bu defa irtikap tavsifiyle açılan dava üzerine duruşma yapılarak mahkumiyet hükmü kurulması,

Usul ve yasaya aykırı, sanıkların temyiz itirazları bu itibarla yerinde olduğundan tebliğname gibi hükmün bozulmasına, yeniden yargılama yapılmasına gerek bulunmadığından CMUK.nun 253/3 fıkrası gereğince sanıklar için aynı konuda evvelce verilmiş bir hüküm bulunduğundan her üç sanık hakkında davanın reddine karar verilmesine, 21.12.1983 tarihinde oybirliğiyle karar verildi” Y.5.CD. 21.12.1983. E. 1983/3236, K.1883/4400; “Sanığın aynı eylem ile ilgili olarak Ankara 21. Asliye Ceza Mahkemesince verilen 1.10.1998 tarih ve 1998/473-924 sayılı beraat kararının kesinleşmiş bulunması karşısında, aynı eylem nedeniyle 16.12.1998 tarihli iddianameyle açılan ikinci davanın CMUK.'nun 253/3. maddesi uyarınca reddi gerektiği gözetilmeden beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiş...”Y.6.CD. 4.12.2000. E 2000/9275, K. 2000/9081, www.kazancı.com (03 Nisan 2009).

“Sanığın Türkiye Halk Bankası Bingöl Şubesi nezdinde bulunan hesabından keşide ettiği çekin karşılıksız çıkması nedeniyle, karşılıksız çek keşide etmek olarak belirlenen eyleminin tek suç oluşturacağı, Elazığ 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 03.05.2005 tarihli ve 2005/187-463 sayılı kararı ile cezalandırılmış olması sebebiyle, aynı nedenle açılan diğer davanın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223/7. maddesi gereğince reddine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir” denilerek, Elazığ 2. Asliye Ceza Mahkemesinin anılan hükmünün bozulması istenmiştir.

Dosya kapsamına göre, her iki davaya konu çekin aynı çek olduğu; böylelikle aynı eylem nedeniyle sanığın iki kez cezalandırıldığına anlaşılması karşısında, kanun yararına bozma talebine dayanan ihbarnamede ileri sürülen düşünce yerinde bulunduğundan; Elazığ 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 28.06.2005 gün ve 2005/20 esas, 2005/655 karar sayılı hükmünün 5271 sayılı CMK'nun 309. maddesi uyarınca bozulmasına; aynı Kanunun 309/4-d maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak, mükerrer açılan iş bu kamu davasının CMK 223/7. maddesi uyarınca reddine; verilen cezanın kaldırılmasına, dosyanın mahalline gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı makamına tevdiine, 19.10.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi.” Y.10.CD. 19.10.2006. 6183-11851 Aktaran: Osman Yaşar, **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Cilt**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2009, s. 2051, 2052.

¹⁸⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 117.

¹⁸⁷ Aynı yönde bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1235; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 658.

CMK. m.173 hükmüne bakıldığında, iade sebepleri arasında, daha önce aynı kişi hakkında, aynı eylemden dolayı kesin hüküm bulunmasının, bir iade sebebi olarak düzenlenmediği görülmektedir. İlgili hüküm, sayma usulünü benimsediğinden madde metninde yer almayan bir sebep, iade sebebi olarak kabul edilemeyecektir¹⁸⁸.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda; açılan ceza davasının, daha önce hakkında dava açılan fiile ilişkin olduğu iddiasının bulunması halinde, önceki dava dosyasının getirtilip, her iki dosyanın birlikte değerlendirilmesi suretiyle bu iddianın, gerçek olup olmadığının saptanması gerektiğini belirtmiştir¹⁸⁹. Ayrıca, kesin hükmün önleme etkisine rağmen, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı, ikinci bir dava açılarak, kesin hüküm verilmişse, ikinci hüküm yok sayılmamalı, muhakemenin yenilemesi yoluna gidilmelidir¹⁹⁰. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, Cumhuriyet savcısının sanık lehine yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine, duruşma açılması ve yapılan

¹⁸⁸ “İddianame içeriklerine göre sanık hakkında aynı fiil nedeniyle önceden açılmış dava bulunmadığı gibi, 3. Ağır Ceza Mahkemesinin iade kararında gösterilen hata ve noksanlıkların iddianamenin iadesi nedenlerini düzenleyen CMK.nun 174. maddesinde yer almadığı nazara alınarak itirazın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi,

Kanuna aykırı ve bu sebeple Kanun Yararına Bozmaya dayanan ihbarname içeriği yerinde görülmele 1. Ağır Ceza Mahkemesinden kesin olarak verilen 12.03.2008 gün ve 2008/194 değişik iş sayılı Kararın CMK.nun 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA, müteakip işlemlerin mahkemesince yapılmasına ve dosyanın mahalline gönderilmesi için Yargıtay C.Başsavcılığına TEVDİİNE, 02.06.2008 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. Y.5.CD. 02.06.2008. E. 2008/7404, K. 2008/5570; Benzer yöndeki bir diğer karar için bkz. Y.4.CD. 05.11.2008. E.2008/11263, K. 2008/1999, www.hukukturk.com (05 Nisan 2010).

¹⁸⁹ “Dosya içeriğinden sanıklar hakkında aynı eylem ve ayrı suç tespit tutanağına dayalı olarak İznik Sulh Ceza Mahkemesinde derdest olan1995/320 Esas sayılı dosyanın bulunduğu anlaşıldığından bu dosyanın karara çıkıp çıkmadığı sorulup ve dosya getirtilerek orada sanıklar ile suç konusu emval ve nakil aracı hakkında ne gibi bir karar verildiği belirlendikten sonra neticesine göre hukuki durumun tayini gözetilmeyerek bu yönden eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiş...” Y.3.CD. 28.10.2003.E.2003/5179, K. 2003/6451, www.kazancı.com.tr (03 Mart 2010); “Aynı eyleme ilişkin olarak açıldığı bildirilen Üsküdar 4. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2002/1018 Esas sayılı dosyasının denetime olanak sağlayacak şekilde getirildikten sonra delillerin birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayini gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması...”

Yasaya aykırı, müdahil vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülüş olduğundan, hükmün istem gibi bozulmasına...” Y.10.CD. 19.12.2005. E. 2004/20474, K. 2005/19223 www.kazancı.com (03 Mart 2010); “Sanığın 11.6.1999 günlü oturumdaki savunmasında aynı konuda yargılanıp ceza aldığını, bu kararı temyiz ettiğini bildirmiş olmasına göre sanığın bu savunmasının araştırılarak aynı konuda olup olmadığının belirlenmesi ve aynı konuda olduğu anlaşıldığı takdirde sonradan açılan davanın CMUK.nun 253. maddesi uyarınca reddi gerekeceğinin düşünülmemesi.....Kanuna aykırı ve C.Savcısı ile sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı istem gibi bozulmasına 2.5.2000 gününde oybirliği ile karar verildi” Y.9.CD. 2.5.2000. E. 2000/1209, K. 2000/1288, www.kazancı.com (03 Mart 2010).

¹⁹⁰ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s.119.

yargılama sonucunda açılan ikinci kamu davası hakkında red kararı verilmesi gerektiğini, içtihatlarında belirtmektedir¹⁹¹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin 7. fıkrasına göre, davanın görülüyor olması da, bir red sebebi olarak düzenlenmektedir. Öğretide, aynı konuda açılmış bir dava bulunmasının red sebebi olması, geniş anlamda kesin hükmün önleme etkisinin uygulanması olarak da ifade edilmektedir¹⁹². Ancak, davanın görülüyor olması, davanın açılmış olmasının bir sonucu iken, önleme etkisi, açılan dava sonucunda verilen kesin hükmün sonucudur.

Kesin hükmün önleme etkisinin doğması için, hükmün doğru olması gerekmez. Verilen hükmün doğru olmadığı gerekçesi ile aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı ikinci bir dava açılamaz. Yargılama makamı, yargının doğru olmadığı kanısında olsa ya da olağanüstü kanun yollarına başvurulma imkânı olsa dahi, ikinci dava bakımından red kararı vermelidir¹⁹³.

Aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı, daha önce kesin hükümle uyuşmazlığın çözülmüş olmasına rağmen, ikinci bir dava açılması için, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden birinin gerçekleşmiş bulunması gerekir. Uyuşmazlık kesin hükümle sonuçlandığında, adli bir hata yapıldığı sonradan anlaşılabilir¹⁹⁴. Kesin hükmün amacı, hukuki güvenliği kurmaktır ancak, adaletin gerçekleşmesi gereği, hatalı olan kesin hükmün ortadan kaldırılmasını ve yargılamanın yeniden yapılmasını gerektirir¹⁹⁵. Bu nedenle, kesin hükmün ortadan kaldırılması sonucunu doğuran olağanüstü bir kanunyolu olan yargılamanın yenilenmesine, ceza muhakemesi sisteminde yer verilmiştir.

Sonuç olarak, Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/7'ye göre, sadece bir yargılama engeli olarak düzenlenen kesin hükmün önleme etkisi, CMK. m.172/1 dikkate alındığında; kesin hükmün mevcudiyeti, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı, ikinci kez açılan bir soruşturma bakımından, kovuşturma olanağının bulunmaması

¹⁹¹ Y.11.CD, 13.02.2006, 5906/815 Aktaran: Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.106.

¹⁹² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s.131.

¹⁹³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s.117.

¹⁹⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s.1486.

¹⁹⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, s.566.

nedeniyle, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararının verilmesini gerektirdiğinden, önleme etkisi sadece bir dava engeli değil, bir muhakeme engeli olarak kabul edilmelidir.

2. Tekrar Cezalandırma Yasağı

Daha önce yargılanarak, kesin hüküm değerini kazanan bir fiil ve bu fiilden mahkûm olan kişinin, tekrar yargılanarak cezalandırılması, adalet duygularını rencide ettiği gibi, haksızlık ve ceza arasındaki oranı kişi aleyhine bozmaktadır¹⁹⁶.

Aynı fiilden dolayı, iki kere cezalandırılmama, kesin hükmün maddi ceza hukuku boyutundaki önleme etkisidir. İlkenin tekrar cezalandırma engeli olması, suç ile cezanın orantılı olması gereğinin sonucudur. Cezaların, işlenen suçla orantılı olması ise, hukuk devleti ilkesinin gereğidir.

Anayasa Mahkemesi, suç ve ceza arasında bulunması gereken orantılılık konusunda, kanun koyucunun kamu yararı düşüncesiyle dilediği miktarda ceza saptayamayacağını, hukuk devleti ilkesinin, yasa koyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını oluşturduğunu belirtmektedir¹⁹⁷. Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararlarda, ayrıca suç ile ceza arasındaki oranın, adalete uygun olup olmadığı, suçun o toplumda yarattığı ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu bulunduğunu belirterek, suç ile ceza arasında oransallık bağının bulunmasının, hukuk devleti ilkesi ve adalet anlayışının bir gereği olduğunu ifade etmektedir. Anayasa Mahkemesi, cezaların suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutulduğunda, adaletli bir ölçü içinde konulmasının, ceza hukukunun temel esaslarından olduğunu belirtmiştir¹⁹⁸. Cezanın türü, miktar ve uygulanışı bakımından insan onuru kavramı, sınırlandırıcı bir işleve sahiptir¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Hakkı Demirel, “Yabancı İlamların Değeri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. IX, Sayı. 1-4, 1952, s.314.

¹⁹⁷ Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi*, Ankara: Seçkin Yayınları, 2002, s.241.

¹⁹⁸ Metin, *Ölçülülük*, dn.187, s. 242.

¹⁹⁹ Ünver, *Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru*, s.73.

Konu, maddi ceza hukuku boyutu ve disiplinler arasındaki etkisi olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmeye çalışılacaktır. Maddi ceza hukuku boyutunda, önleme etkisi ile ilgili olarak ele alınacak ilk husus, fikri içtima hükmüdür.

Bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlal edilmesiyle oluşan suçların, fikri olarak toplanması olarak tanımlanan²⁰⁰ fikri içtima, TCK. m.44’de “işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır” şeklinde düzenlenmiştir. Fikri içtimada, ihlal edilen kanun hükmü sayısınca değil de, en ağır hükmün cezasının verilmesinin hukuki esası, iki görüşle açıklanmaktadır. Gerçek birlik teorisine göre, fikri içtima nedeniyle birleşen suçlar, gerçek bir birlik oluşturur ve maksada uygunluk nedeniyle, en ağır ihlali belirten hükmün içinde erir. Görünürde birlik teorisine göre ise, ortada bulunan ihlal kadar suç vardır ve her suç, bağımsızlığını korur. Fiilin tek olması, suçların tek olmasını gerektirmez. Fikri içtimada meydana gelen birden çok suçun ortak unsuru, tek fiilin sonucu olmalarıdır²⁰¹.

Türk Ceza Kanunu’nun 44. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, fikri içtimada, failin, ihlal edilen hükümlerden, en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması öngörülmüş ve erime sistemine taraftar olunmuştur²⁰². Fikri içtima²⁰³ hükmü, sadece cezanın verilmesini düzenleyen bir hüküm olup, ceza verilmesi dışında her hükmün bağımsızlığını koruduğunu kabul etmek gerekir²⁰⁴. TCK. m.44’de düzenlenen fikri içtima, aynı fiilden dolayı fail hakkında birden fazla ceza verilemeyeceği prensibinin yansımasıdır²⁰⁵.

²⁰⁰ Kayıhan İçel, “Fikri İçtima Üzerine İnceleme”, **İÜHFİM**, C.XXX, S.1-2, s. 172.

²⁰¹ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım**, C.II, 11. Bası, İstanbul: Beta, 1997, s. 382, 383

²⁰² Öğretide İçel, fikri birleşme halinde suçların failine verilecek cezanın tek bir suç işleyen kişinin cezasından farklı olması gerektiğini öne sürerek, ihlal edilen hükümlerin sayısının dikkate alınmasını ve en ağır cezanın yukarı sınıra doğru çekilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. İçel/Evik, s. 298.

²⁰³ “Öğreti ve uygulama fikri içtima olarak isimlendirirse de, buradaki toplanma fikri değil, suçların gerçek içtimadır. Fiil kanunun birden fazla normunu ihlal etmekte, bu normlar için öngörülen cezaların ayrı ayrı uygulanabilme imkânı vardır. Ancak yasa koyucunun iradesi de, failin ihlal ettiği normlardan en ağırı ile cezalandırılması yönündedir.” Bkz. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 685.

²⁰⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s.484.

²⁰⁵ Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 46.

Maddi ceza hukuku boyutunda önleme etkisi ile ilgili olarak ele alınacak bir diğer husus, yaptırımlar sistemidir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler dikkate alındığında, kanun koyucunun yaptırımlar sisteminde iki izlilik sistemini kabul ettiği sonucu çıkartılabilir. Kanun koyucu, cezalar yanında ve/veya cezalar yerine güvenlik tedbirleri sistemini yerleştirmiştir. TCK'na bakıldığında, cezalar yanında uygulanacak yaptırımların, güvenlik tedbiri olarak; cezalar yerine uygulanacak yaptırımların, seçenek yaptırımlar olarak kabul edildiği görülmektedir. Güvenlik tedbirleri, suçlunun tehlikelilik haline bağlı ve onunla orantılı, suçlunun sosyalleşmesi, iyileştirilmesi yolu ile toplumun korunmasına hizmet eden yaptırımlardır. Yaptırımlar sistemi içinde cezaları tamamlayıcı niteliktedir²⁰⁶. Ceza ve güvenlik tedbirleri, nitelik bakımından farklıdır. Ceza ve güvenlik tedbirleri arasında, süre, nevi, infaz bakımından, ceza hukukunda genel kuralların uygulanması bakımından, hakkında uygulandıkları kişi, ya da üzerinde uygulanan suçlu bakımından, bir takım farklılıklar söz konusudur²⁰⁷. Bu farklılıkların olmaması demek, ceza ve güvenlik tedbirinin bir arada uygulandığı durumlar bakımından, aynı eylemden ötürü iki kere cezalandırma sonucunu doğurur ki, bu da iki kere cezalandırılmama ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin, TCK. m.158'e göre, dolandırıcılık suçunun, banka veya diğer kredi kurumlarınca tahsis edilmemesi gereken bir kredinin açılmasını sağlamak maksadı ile işlenmesi halinde, adli para cezası, suçtan elde edilecek maddi menfaatin iki katından az olamaz. Böylece, hem dolandırıcılığın konusu olan para müsadere edilecek, hem de dolandırıcılığın konusu olan maddi menfaatin iki katı kadar adli para cezasına hükmedilecektir. Müsadere, kanunda güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiş olsa da²⁰⁸, verilen örnekte nispi para cezası

²⁰⁶ Nuhoğlu, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", s. 192, 194.

²⁰⁷ Nuhoğlu, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri", s. 194.

²⁰⁸ Eşya ve kazanç müsadereesine ilişkin hükümlerin, TCK'ndaki yeri dikkate alındığında, müsadere hukuki niteliği bakımından güvenlik tedbidir. Müsadereye karar verebilmek için suçun işlenmesi zorunludur ancak bu suçtan dolayı bir kimsenin cezaya mahkûm edilmiş bulunması gerekmemektedir. Ahmet Caner Yenidünya, "Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere", Bahri Öztürk, (Ed.), **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, içinde (113-121), Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, s. 113; Müsadere TCK hükümlerinde güvenlik tedbiri olarak düzenlenmektedir. Ancak madde içeriğine bakıldığında, bu yaptırımların güvenlik tedbiri değil, mahkûmiyetin sonucu olan yaptırımlar olduğu görülmektedir. Bu durumda, ceza olma nitelikleri de devam etmektedir. Bkz Yunus Kiremit, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi", **Sempozyum Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulama da Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No: 10, 2008, s. 217.

niteliğindedir. Bu durumda kişi, aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırılmış olmaktadır²⁰⁹.

Bir diğer örnek olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 142/4 hükmü gösterilebilir. TCK.'nun 116. maddesinde, konut dokunulmazlığını ihlali suçu, ayrı bir suç olarak düzenlenmektedir. Aynı fiil, hırsızlık suçunun ağırlaştırıcı nedeni sayılarak, TCK m. 142/1-b'de bileşik suç oluşmuştur²¹⁰. Konut niteliğindeki bir bina içinde hırsızlık yapan fail, hırsızlık suçunun basit şeklinden değil, nitelikli şeklinden ceza aldığından, konut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, cezasız kalmamaktadır. Bina içinde muhafaza altına alınmış eşya üzerinde yapılan hırsızlığın, cezayı ağırlaştırmasının nedeni, binaya girilmek suretiyle kişi hürriyetinin korunması şeklindeki farklı bir hukuki menfaatin ihlal edilmiş olmasıdır. Kanun, birden fazla hukuki konuyu ihlal eden bir suçun, daha ağır biçimde cezalandırılmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Ancak fail, TCK. m. 142/4 hükmüne göre, hırsızlığın bina içinde yapılması halinde ayrıca konut dokunulmazlığının ihlalinden dolayı da cezalandırılacaktır. Böylece TCK.142-4 hükmü, bir fiilden dolayı faile iki ceza verilmesine yol açacaktır. Oysa ki, hırsızlık suçunun işlenmesi amacıyla konut dokunulmazlığının ihlali halinde, sadece TCK. m. 142/1-b'nin uygulanması gerekirdi²¹¹.

Maddi ceza hukuku boyutunda, önleme etkisi ile ilgili olarak ele alınacak bir diğer husus, tekrar cezalandırılma engelinin, disiplinlerarası bir etki gösterip göstermeyeceği konusudur.

14 üncü Uluslararası Viyana Ceza Kongresi'nde, aynı kişinin, aynı eylem ya da davranışının, hem idarece idari yaptırım uygulanmasının, hem ceza verilmesinin

²⁰⁹ Nuhoğlu, Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri, s. 199.

²¹⁰ Metin, Feyzioğlu ve Devrim Güngör, "Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 2007, s. 140.

²¹¹ Feyzioğlu/Güngör, s.141-143. Öğretide, TCK'nun 142. maddesinde ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için sadece eşyanın bina içinde bulunması yeterli olmayıp, ayrıca muhafaza altına alınmış olması gerektiği; sadece eve girmek suretiyle işlenen hırsızlık suçunda ağırlaştırıcı sebebin uygulanamayacağı, ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için ev içerisinde muhafaza altına alınmış bir eşya hakkında hırsızlık fiilinin işlenmesi halinde uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Bu suretle, aynı fiilden iki kere ceza verilmesi endişesini bertaraf edici nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Karşı görüş, Asuman Aytekin İnceoğlu, "Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Mevcut ve Olası Sorunları ile Uzlaşma Kurumu", Bahri Öztürk, (Ed.), **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu**, içinde (650-660), Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, dn. 23, s. 654.

yasal düzenlemelerle engellenmesi gerektiği, idari yaptırımın, ceza mahkemesi kararıyla verilen cezadan mahsup edilmesi gerektiği belirtilmiştir²¹².

İdari yaptırımların ve ceza yaptırımlarının, aynı amaç için konulduğu durumlarda, kesin hükmün önleme etkisi bakımından, çifte cezalandırma sorunu ortaya çıkmaktadır²¹³. İki kere cezalandırılmama ilkesi bakımından önemli olan, her iki normun unsurları, amacı, neticesi ve korunan hukuki yararı farklı ise, ilke ihlal edilmemiş sayılacaktır. Örneğin; failin bulunduğu yerdeki akarsuyu, zararlı maddeler boşaltarak kirletmesi halinde ve o yerde bulunan insanlar ve hayvanlar suyu içerek ve kullanarak hastalandığında, fail hakkında, Çevre Kanunu'na aykırı hareket etmekten, Çevre Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilen ceza uygulanacaktır. Suyu bilerek ve isteyerek kirleten, fakat insanların hastalanması ya da hayatlarını kaybetmesi sonucunu düşünemeyen veya istemeyen fail hakkında, taksirle yaralama veya taksirle ölüme sebebiyet verme suçlarından dolayı ceza yaptırımları uygulanacaktır. Ayrıca fail kasten hareket etmişse, kamu sağlığını tehlikeye düşürme suçunun düzenlendiği TCK. 185 hükmü söz konusu olabilecektir. Taksirle hareket etmişse, TCK. 185/2 hükmü söz konusu olacaktır. Bu durumda, bir fiile birden fazla ceza verilmesi söz konusu değildir. Çevre Kanunu'nda uygulanan idari para cezasının amacı, çevreyi kirleten ve bozan fiili cezalandırmaktır. Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen yaptırımların uygulanmasındaki amaç ise, çevreyi korumak değil, kişilerin bedenlerine veya hayatlarına ve kamu sağlığına yönelik ihlalleri cezalandırmaktır²¹⁴. Bu durumda, unsur ve hukuki yarar farklılığı nedeniyle, aynı eylemden dolayı, iki kere cezalandırılma söz konusu olmamaktadırlar. Çevre Kanunu'nun 27. maddesinde de, Çevre Kanunu'nda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezaların, diğer kanunlarda söz konusu fiiller için yazılı cezaların uygulanmasına engel olmayacağı düzenlenmektedir. Bu hükme göre aynı eylemden dolayı, hem idari para cezası, hem de adli ceza uygulanabilecektir²¹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki ilgili hüküm unsur ve hukuki yarar

²¹² Nur Centel, "Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları 1-7.10.1989 Viyana", **Argumentum**, Y.1, S.1, s. 7.

²¹³ Durmuş Tezcan, "Çevre Suçları İle İlgili Bazı Değerlendirmeler" **Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan**, İzmir: 1997, s. 373.

²¹⁴ Ersan Şen, **Çevre Hukuku**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1994, s. 246, 247.

²¹⁵ Ayşe Nuhoglu, "İlaç Şirketlerinin Çevreye Verdikleri Zararlardan Doğan Ceza Sorumluluğu" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı -2 İlaç Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: 2007, s. 92.

farklılıklarını dikkate almaması nedeniyle ne bis in idem ilkesine aykırı bir düzenleme içermektedir²¹⁶.

Öte yandan, mevzuata bakıldığında Kabahatler Kanunu (KK.) 15/3 hükmünde “bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” düzenlemesine yer verilerek, suçlar ve kabahatler arasında iki kere cezalandırılmama bakımından kesin hükmün önleme etkisi tanınmıştır²¹⁷. Örneğin, Karayolları Trafik Kanunu (KTK) 44. maddesi uyarınca, uyuşturucu ve keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin, kara yolunda araç sürmeleri yasaktır. Madde hükmüne uymayan sürücüler, derhal araç kullanmaktan men olunur. TCK. m.179/3’e göre ise, alkol veya uyuşturucu madde etkisi ile ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle, güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin, kara yolunda araç sürmeleri, TCK’nda suç, KTK’nda kabahat olarak düzenlenmiştir²¹⁸. Her iki eylemin öğeleri aynıdır. Kabahatler Kanunu m.15/3 gereğince, ilgili kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilecek, fiilin kabahat oluşturması dolayısıyla ayrıca idari yaptırım uygulanmayacaktır²¹⁹.

²¹⁶ Şen, Çevre Hukuku, s. 241 vd.

²¹⁷ Bir eylemin kabahat mi, suç mu olduğu konusunda tereddüt bulunması halinde, soruşturmayı başlatan makam değerlendirmede bulunmalıdır. Eğer fiil kabahat oluşturuyorsa, kanunda açıkça yetkilendirme yapılması ile cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı verebilir. Necati Meran, **Açıklamalı İctihathı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, s. 41.

²¹⁸ Salt alkollü araç kullanmak promil sınırını geçildiğinde güvenli sürme yeteneğini kaybetmiş olma nedeniyle, idari para cezasını gerektiren bir kabahattir. Kişinin TCK. kapsamında cezalandırılabilmesi için, aldığı alkol ya da uyuşturucu maddenin veya içinde bulunduğu ev kendisini etkileyen nedenin “emniyetli bir şekilde araç sürme” durumunu ortadan kaldırmış olması gerekir. TCK’nun 179/3 hükmündeki suç, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Ancak Yargıtay, kişinin sorumlu tutulabilmesi somut tehlike doğmasını kabul etmektedir. Bu durumda failin söz konusu maddeleri aldığı anda bu maddelerin etkisinde güvenli biçimde araç sevk ve idare edemeyerek bir başka ihlale sebebiyet vermiş olması, bu durumun tıbbi olarak tespit edilmiş olması gerekmektedir. Özlem Yenerer Çakmut, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)”, Eric Hilgendorf ve Yener Ünver (hızl.), **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III**, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, s. 782.

²¹⁹ Meran, Kabahatler Kanunu, s. 40.

Bir diğer örnek, Vergi Usul Kanunu'ndan (VUK.) verilebilir. Vergi Usul Kanunu'nun kaçakçılık suçları ve cezaları başlıklı 359. maddesinde yer alan fiillerin işlenilmesi halinde hapis cezası öngöröldüğü gibi, son fıkra hükmüne göre kaçakçılık suçunu işleyenler hakkında, vergi ziyayı cezasının uygulanmasına engel teşkil etmeyeceğı düzenlenmiştir.

Vergi Usul Kanunu 359/son hükmüne göre; vergi kaçakçılığı suçunu işleyen bir kimse hakkında ayrıca koşulları oluştuğunda, VUK. 344.maddesine göre, zıya uğratılan verginin miktarına bağılı olarak üç katına kadar idari para cezasına hükmedilebilecektir²²⁰. VUK. 359/son maddesine göre, kaçakçılık suçunu işleyenler bakımından, VUK. 359. maddedeki hapis cezalarının yanında, VUK'nun 344. maddesine göre vergi ziyayı cezası uygulanabilecektir. Örneğın, VUK. m.359/son hükmü, kaçakçılık suçu dolayısıyla hapis cezası alanlara uygulanabilecek idari cezayı, vergi ziyayı suçu ile sınırlandırmıştır. VUK. 359/son hükmü gereğince, kaçakçılık suçu işleyenler, koşulları bulunuyorsa, vergi ziyayı cezası ile cezalandırılabilirlerdir. Vergi işlemlerinde, içerik ile ilgili yanılııcı fatura kullanma eylemi, VUK. 359/a-2 hükmünde, ceza mahkemelerince yargılamayı gerektiren kaçakçılık suçunu oluşturur ve yaptırımı hapis cezasıdır. Mükellef, bu faturalarla giderlerini fazla göstererek, gelir vergisini azaltırsa, azaltılmış olan bu miktar üzerinden matrahını beyan ederek tahakkuk ettirdiğı vergi noksan olacağından, vergi ziyayı oluşur. Bu kişi hakkında, ayrıca vergi ziyayı cezası kesilecek, kişi VUK. 359/son hükmüne göre hapis cezası ile birlikte vergi ziyayı cezası ile de cezalandırılabilir²²¹. Vergi ziyayı, mükellefler ve vergi sorumluları tarafından işlenebilecek bir kabahattir; amaç vergi geliri kaybının önlenmesidir. Vergi ziyayı kabahatinin meydana gelmesi için, vergi geliri kaybı temel şarttır. Ancak kaçakçılık suçunda dahi vergi kaybı, suçun oluşması için aranmaz. Kanun koyucu bu kabahatin oluşması için tahakkuk aşamasını esas almıştır. Vergi bir kez zamanında tahakkuk etmediğinde ya da eksik tahakkuk ettiğinde veya haksız yere iade edildiğinde vergi

²²⁰ İlhan Ulsan ve Funda Başaran Yavaşlar, "III. Bölüm: İdari Ceza Hukukunun Bir Alt Dalı Olarak Vergi Ceza Hukuku, Tartışmalar", Prof. Dr. İlhan Ulsan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara: Seçkin, 2009, s. 298.

²²¹ Turgut Candan, "Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler", Prof. Dr. İlhan Ulsan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** içinde (246-283), Ankara: Seçkin, 2009, s. 282.

ziyai kabahati gerçekleşir. Vergi kaybının giderilmesi cezalandırmaya engel değildir²²². VUK. 359/son hükmüne göre; vergi kaçakçılığı suçunu işleyen bir kimse ayrıca koşulları oluştuğunda, VUK. 344 hükmüne göre, vergi ziyai kabahatini de kaçakçılık suçuna yol açan fiillerle işlemişse, o kişi hakkında, ziya uğratılan verginin miktarına bağlı olarak üç katına kadar idari para cezasına hükmedilebilecektir²²³. Bu durumda vergi ziyasına neden olma, bir vergi suçuna bağlı olarak işlendiği için, işlenen suç nedeniyle hem ceza yargılaması yapılmakta, hem de eksik alınan verginin tahsili yoluna gidilmekte; VUK. 359/son ve VUK. 344. hükümleri uygulandığında, hem hapis cezası, hem de oluşan vergi kaybının üç katına kadar idari para cezasına hükümlenabilmektedir²²⁴.

Ancak, vergi ziyai kabahat teşkil eden bir eylem olduğuna göre, Kabahatler Kanunu hükümleri ışığında bir değerlendirme yapmak gerekir. Vergi ziyai, idari para cezasını gerektiren bir kabahat olduğu için, kabahatlere ilişkin genel hükümler, KK. 'nun 3.maddesi gereğince, VUK'ndaki kabahatler için de geçerlidir. Bu hükme göre, Kabahatler Kanunu'nun idari yaptırım kararlarına karşı, kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmaması halinde uygulanırken (KK. m.3/1); diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır (KK. m.3/2). Bu durumda, KK. 15/3 hükmü, KK. m.3 gereğince VUK. bakımından da hüküm ifade edecektir.

Ancak, Vergi Usul Kanunu'nun 344. maddesine bakıldığında, ilgili kanun hükmünün, 5728 sayılı kanun ile değişikliğe uğradığı, madde başlığının vergi ziyai cezası olarak değiştirildiği, madde metninde, birinci ve ikinci fıkraların birleştirilerek değiştirildiği görülmektedir. Bu durumda, Kabahatler Kanunu'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girdiği, VUK'nun 344. maddesinde ise, 2008 yılında değişiklik yapıldığı göz önünde bulundurulduğunda, yürürlük tarihi bakımından daha sonra yürürlüğe giren özel normun, Kabahatler Kanunu'ndaki yer alan genel normdan önce uygulanacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Bu durumda, vergi ziyai kabahatini, kaçakçılık

²²² Funda Başaran Yavaşlar, “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”, Prof. Dr. İlhan Ulsan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** içinde (285-297), Ankara: Seçkin, 2009, s. 289, 290.

²²³ İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, III. Bölüm Tartışmalar, s. 298.

²²⁴ Süheyl Donay, **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul: Beta, 2008, s. 243.

suçuna yol açan eylemlerle işleyen bir kimse hakkında, hem idari yaptırım, hem de ceza yaptırımını uygulanabilecektir²²⁵.

Ayrıca, vergi kaçakçılığı suçundan dolayı hükmedilen hapis cezası ile birlikte, oluşan vergi kaybının üç katına kadar vergi ziyai cezasına hükmedilebilmesi, cezalandırma bakımından belirsizlik yaratacak niteliktedir. Kabahatler Kanunu'nun m.4/2 hükmüne göre, kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi, miktarı ancak kanunla belirlenebilir. Kabahat sayılan eylemlerin belirlenmesinde, çerçeve hükmün içeriğini oluşturma yetkisi verilmesine rağmen (m.4/1), bunlara ilişkin yaptırımların ancak kanunla belirlenebileceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen kanunilik ilkesine, kabahatlere ilişkin yaptırımların belirlenmesinde de geçerlilik tanınmıştır²²⁶.

Bu durumda, ceza hukukunda geçerli olan cezaların belirliliği ilkesi, kabahatler için öngörülen idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Vergi ziyai cezasında miktar, uğranılan gelir kaybına göre belirlenmektedir. Bu durumda, bir belirlilik söz konusu değildir. Ayrıca vergi kaybının üç katına kadar vergi ziyai cezasına hükmedilmesi, bazı durumlarda orantılılık ilkesinin ihlali sonucunu ortaya çıkarabilir. Orantılılık ilkesi, kabahatler bakımından da geçerli bir ilkedir. İdari hâkimin kararda, kayba uğratan vergi miktarının çok üzerinde olan bir meblağa hükmedilmesi, "idari yaptırımın amacını aşan" bir sonuç doğurabilir. Ayrıca, hükmedilen miktarın, orantısız bir biçimde çok olduğu durumlarda, idari nitelikteki bu yaptırımın, idari cezanın amacını aşan sonuçlar doğurması halinde, idari bir ceza olarak düzenlenmiş olsa dahi, nitelik değiştirerek cezalandırıcı niteliği ağır bastığından, adli ceza niteliğini kazandığı, hem hapis cezasının hem de bazı durumlarda üç kat vergi ziyai cezası uygulanmasının iki kere cezalandırılmama yasağına aykırılık oluşturacağı söylenebilir²²⁷.

²²⁵ Benzer bir yorum Çevre Kanunu'nun 27. maddesi için yapılabilir. Kabahatler Kanunu'nun 15/3 hükmünün yürürlük tarihi Çevre Kanunu'ndan sonraki bir tarih olup Kabahatler Kanunu'nun yürürlük tarihinden sonra Çevre Kanunu'nun 27. maddesinde herhangi bir değişiklik yapılmamıştır. Bu nedenle, Kabahatler Kanunu'nun kanunyollarına ilişkin hükümleri dışındaki diğer genel hükümlerinin, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağını düzenleyen hükmü gereğince (KK. m.3/2), Kabahatler Kanunu'nun 15/3 hükmündeki düzenleme Çevre Kanunu'nun 27. maddesi bakımından da geçerli olacaktır.

²²⁶ Meran, Kabahatler Kanunu, s. 14.

²²⁷ Bu konuda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararları ile ilgili açıklamalar için bkz. s. 155 vd.

IV. TÜRK CEZA HUKUKUNDA KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİNİ YARATAN HALLER

Ceza adalet sisteminde, uyuşmazlığın bir yargı kararı ile çözülüp atılmadığı ancak etki bakımından tekrar soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engelleyici kararların yer aldığı görülmektedir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları olarak da bilinen bu kurumların uygulanması ile hukuki barış sağlanmış olur. Ceza muhakemesinin amacı ise, maddi gerçeği hukuka uygun biçimde ortaya çıkarmaktır. Hukuki barışın sağlanması, her zaman için maddi gerçeğin ortaya çıkarıldığı manasına gelmemektedir. Bu durumda, ceza muhakemesinin amacı, bir taraftan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması iken, diğer taraftan hukuki barışın sağlanması olabilmektedir.

Özellikle onarıcı adalet anlayışının uygulandığı soruşturma aşamasındaki uzlaşma, kamu davasının açılmasının ertelenmesi, önödeme gibi kamusal yaptırımları içeren alternatif çözüm yollarının uygulandığı durumlar ya da savcılık tarafından verilen bir takım kararlar, önleme etkisi göstermektedir.

Kesin hükmün önleme etkisi, alternatif çözüm yollarının uygulanması ile ve bu suretle hukuki barışın sağlanması ile ortaya çıkan ve kesinleşen kararlar bakımından da geçerli olmalı mıdır? Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle ceza adalet anlayışının geçirdiği aşamaları dikkate almak gerekmektedir.

Ceza adalet sistemine, adalet anlayışı çerçevesinden bakıldığında, adalet anlayışının ve ceza adalet sistemlerindeki gelişimin, denkleştirici adaletten, dağıtıcı adalete ve onarıcı adalet anlayışına kadar uzandığı görülmektedir.

Denkleştirici adalet anlayışına göre herkes, kendisini diğerlerinden ayırt edici özellik dikkate alınmadan, aynı biçimde ele alınmaktadır. Herkes eşit işleme tabi tutulmaktadır. Bu bakımdan denkleştirici adalet, aritmetik bir eşitlik düşüncesine dayanır. Dağıtıcı adalet ise denkleştirici adalette olduğu gibi salt bir eşitlik ilkesinin değil, orantılı bir eşitlik ilkesinin ürünüdür. Dağıtıcı adaletin istediği eşitlik, herkesin eşit bir işleme tabi tutulmasını gerektirmez ancak, ihtiyaç, yetenek ve olanakları açısından aynı olan birden çok kişilerin, eşit tutulmasını öngörür.

Dağıtıcı adalet anlayışında tek başına bireyin sahip olduğu özellikler dikkate alınmamaktadır²²⁸. Adalet somut olayların ve insanların özelliklerinin ve ayırıcı unsurlarının dikkate alınmasını gerektirir ki, buna da hakkaniyet adı verilir. Hakkaniyet de ancak hâkimin somut olaylardaki uygulaması ile gerçekleştirilebilir²²⁹.

Onarıcı adalet anlayışında ise, her bir bireyin eşitliğine ve onuruna saygı gösterilmektedir. Onarıcı adalet anlayışı; mağduru, suçluyu, toplumu iyileştirerek, toplumsal uyumu geliştiren, bu suretle suça karşı gelişen bir cevaptır. Bir taraftan suç işleyene, davranışlarının etki ve sebeplerini kavrama ve sorumluluk üstlenme imkanı tanınırken, diğer taraftan mağdura, kendini güvende hissetme, kendini toparlama, zararını giderme imkan ve fırsatı tanınmaktadır²³⁰. Onarıcı adalet anlayışı içinde uygulanacak yaptırım ve tedbirlerle, toplum, kendini koruma sürecine kendisi de katılabilmektedir. Bu suretle, mağdur ve suç işleyen, yeniden toplumla bütünleşme fırsatı da yakalayabilmektedir.

Onarıcı adalet anlayışı, mağdur ve fail ile devlet arasındaki ilişkiye dayanır. Devletten ziyade, mağdura ve topluma verilen zarar ön planda olduğu için, öncelikli olarak suçlunun cezalandırılması değil, zararın tazmin ve telafisi amaçlanmaktadır²³¹. Birleşmiş Milletler Çalışma Topluluğu'nun tanımına göre onarıcı adalet; işlenmiş bir suçtan etkilenen tarafların tümünü, suçun ortaya çıkardığı zararlı sonuçları ve suçun geleceğe yönelik etkilerini, nasıl gidecekleri konusundaki meseleyi, toplu olarak çözmeleri için bir araya getiren bir süreçtir²³². Buna göre, onarıcı adalet kavramında suça karşı; mağdur, suç işleyen ve toplum bir bütün olarak ele alınır. Onarıcı adalet anlayışında suçtan doğan zarar, mağduru, suçluyu ve toplumu etkilediğinden,

²²⁸ Aral, s. 191, 192.

²²⁹ Aral, s. 192.

²³⁰ BM Genel Kurulu 2002/12 sayılı Tavsiye Kararına Ek Önsöz. Bkz.Necati Nursal ve Selcen Ataç, **Denetimli Serbestlik veYardım Sistemi, Probation**, Ankara: Yetkin, 2006, s. 569.

²³¹ Mustafa Özbek, Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabulucuk Uygulaması, Feridun Yenisey (hızl.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, s. 112; 18-25 Nisan tarihinde Bangkok'ta yapılan Suçun Önlenmesi ve Ceza Adaleti Konulu Birleşmiş Milletler 11. Kongresinde, BM. 2002/12 sayılı Ceza Meselelerinde İyileştirici Onarıcı Adalet Progamlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler başlıklı tavsiye kararına atıf yapılarak onarıcı adalet; mağdur ve suçlu ile suçtan zarar gören diğer bireyler veya toplum üyelerinin yer aldığı ve genellikle bir uzlaştırıcı aracılığıyla suçtan ortaya çıkan meselelerin çözümüne etkin olarak beraberce katıldıkları bir yöntem olarak tanımlanmıştır. Onarıcı adalet, hapis cezasının kullanılmasına karşı önemli bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Bkz. Nursal/Ataç, s. 85.

²³² Özbek, Arabuluculuk, s. 112

mağdurlar, suç işleyenler ve toplum, ceza adalet sürecine katılmalıdırlar. Onarıcı adalet anlayışı içinde zararın giderilmesinin bir önkoşul olarak belirlenmesi, suçu sadece yasa ihlali olarak gören sistemlerin ötesinde mağduru, daha etkili bir konuma getirmiştir²³³. Birleşmiş Milletler Tavsiye Kararları ile²³⁴ Avrupa Konseyi Kuralları ve Tavsiye Kararları'nda²³⁵, onarıcı adalet programlarının kullanılması yönünde devletlere tavsiye verilirken, kullanıma ilişkin temel ilkeler belirlenmiştir.

Birleşmiş Milletler “Ceza İşlerinde Onarıcı Adalet Programlarının Uygulanmasına İlişkin Temel Prensipler 2000” başlıklı kararda, onarıcı adalet programlarının uygulanması ile ortaya çıkan ve dava açılmamasını sonuçlayan kararların, hükümlerle aynı statüde olması gerektiği ve aynı eylemden dolayı tekrar soruşturmayı ve kovuşturmayı önlemesi gerektiği belirtilmektedir. Bu suretle, BM tavsiye kararında, onarıcı adalet anlayışının gereği olarak uygulanan kurumların neticesinde elde edilen kararlara, kesin hükmün önleme etkisinin tanınması gerektiği ifade edilmiştir²³⁶.

Ceza adalet sistemine bakıldığında; alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak uzlaşma, önödeme kurumları işletildiğinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi sonucunda ya da koşulları oluştuğunda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildiğinde, kesin hükmün önleme etkisini yaratan halin doğduğu görülmektedir.

²³³ Nursal/Ataç, s. 84 vd.

²³⁴ Bkz. 28 Temmuz 1999 tarih ve 99/26 sayılı BM “Ceza Adaletinde Uzlaştırmanın ve Onarıcı Adalet Tedbirlerinin Geliştirilmesi ve Uygulanması” başlıklı karar; 27 Temmuz 2000 Tarih 200/14 sayılı “Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler” başlıklı karar; 31 Ocak 2002 tarih 56/261 sayılı “Suç ve Adaletle İlişkin Viyana Bildirisi'nin Uygulanması için Eylem Planları: 21.Yüzyılın güçlüklerinin Karşılanması” başlıklı Genel Kurul Tavsiye Kararı, Hapis Dışı Tedbirlere İlişkin Birleşmiş Milletler Minimum Standart Kuralları (Tokyo Kuralları); Çocuk Adaletinin İcrasına Dair BM Minimum Standart Kuralları, BM Ekonomik ve Sosyal Konseyin Ceza İşlerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler başlıklı 2002/12 Tavsiye Kararı.

²³⁵ AK Kamusal Cezalar ve Tedbirlere İlişkin (92) 16 sayılı Tavsiye Kararı, AK Uzlaşmaya ilişkin (99) 19 sayılı Tavsiye Kararı, AK Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkında Avrupa Kurallarının Uygulanmasının Geliştirilmesi Konusunda (2000) 22 sayılı Tavsiye Kararı, onarıcı ceza adalet anlayışı doğrultusunda alternatif çözüm yollarının uygulanmasını tavsiye etmektedir. Metinler için Bkz. Necati Nursal, **Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler**, Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı Eğitim Serisi:11, 2002.

²³⁶ Birleşmiş Milletler 2002/12 sayılı Ceza Meselelerinde Onarıcı Adalet Programlarının Kullanımına İlişkin Temel İlkeler Tavsiye Kararına Ek Onarıcı Adalet programlarının işlemesi başlıklı 2. bölümde aynı düzenlemeye yer verilmiştir.

A. Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar

Ceza Muhakemesi Kanunu, muhakemeyi soruşturma ve kovuşturma olmak üzere iki ana evreye ayırmıştır. Bir suç işlendiği şüphesini öğrenen savcı, kamu davasını açmaya yer olup olmadığını tespit etmek üzere, işin gerçeğini araştırmak mecburiyetindedir. Soruşturma evresi sonunda savcı, yaptığı araştırma faaliyetlerinin neticesinde bir sonuç çıkarmaktadır. Bu sonuç, kamu davası açılmasına gerek olduğu ya da olmadığı yönünde olabilir. Soruşturma aşamasında, savcı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar²³⁷, muhakeme faaliyeti sonunda, yargılama makamı tarafından verilmiş kararlar olmayıp, yürütme organı olan savcılığın idare hukuku bakımından icrai nitelikteki kararlarıdır²³⁸. Ancak, bu kararlara itiraz yolunun açık olması nedeniyle itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, mahkeme denetiminden geçerek, yargı halini alır ve yargı otoritesi özelliğini gösterir²³⁹. Gerek itiraz üzerine kesinleşen, gerekse itiraz yolunun kapalı olduğu kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar bakımından, yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı savcı aynı işe tekrar el atamayacağından, kesin hükmün önleme etkisi yaratan bir hal doğmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre savcının, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi amaçlarıyla²⁴⁰ çerçevelenen faaliyeti sonucunda²⁴¹ kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar iki şekilde verilir:

²³⁷ Savcı, kamu davası açmaya yer görmezse kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar terimi kullanılırken, suç isnadı yapıp yapılmadığına göre bir ayırım yapılmamıştır. Öğretide Kunter, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar terimi yerine; suç isnadı yapılmayan hallerde koğuşturmmama kararnamesi, suç isnadı yapıldıktan sonra muhakemenin devam etmeyeceğini açıklayan kararlara koğuşturmmaya son verme kararnamesi denilmesini önermektedir. Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu gibi “koğuşturmmama kararnamesi” “koğuşturmmaya son verme kararnamesi” ayrımı yapmadan, ikisine de takibata yer olmadığı kararı demektedir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1158 vd.

²³⁸ Muhakeme hukukunda karar denildiğinde yargılama makamı kararı anlaşıldığından savcılığın kararına kararname denilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1156.

²³⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1165.

²⁴⁰ Makam itibarıyla taraf olan savcı, maddi gerçeğin bulunması amacıyla objektif bir adalet organı olarak görevini yapmalıdır. Bkz. Centel, “Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı” s. 210.

²⁴¹ Ceza Muhakemesi Kanunu m.160/2'de sanığın lehine ve aleyhine delilleri araştırma yükümlülüğü belirtilmiş, ancak önceki yasadaki farklı olarak ilk kez amaç unsuruna da yer verilerek savcının yükümlülüğü genişletilmiştir. Bkz. Nur Centel, “Hazırlık Soruşturmasının Başlatılması ve Yürütülmesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2005/1, s. 136.

1- Cumhuriyet savcısının takdir yetkisi sebebiyle verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK. m.171)²⁴²,

2- Kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delilin elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması sebebiyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı (CMK. m.172)²⁴³.

1. Cumhuriyet Savcısının Takdir Yetkisi Sebebiyle Verdiği Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar

Ceza davasının açılmasında kullanılan sistemlerden biri olan takdirilik sisteminde, suçun unsurları gerçekleştiğinde, savcı dava açıp açmamakta takdir yetkisine sahiptir²⁴⁴. Bu sisteme göre, kamu davası açılması için, kanuni şartların bulunması yetmemekte, maslahata uygunluk olarak ifade edilen lüzum şartının da araştırılması gerekmektedir. Her olay bakımından kamusal fayda düşüncesi ile lüzum takdir edilecektir. Dava açılması, suçtan meydana gelen zarardan veya suçlunun cezasız kalmasındaki toplum zararından daha büyük bir zarar doğuracaksa veya suçlunun şahsiyeti bakımından işlediği suça göz yummak daha faydalı ise dava açılmayabilecektir²⁴⁵. CMK. m.171/1 hükmünde sayılan hallerde suçun unsurları gerçekleşmiş ya da iddianame düzenlemek için yeterli delile ulaşılmış ancak savcıya takdir hakkı tanınarak, kamu davasının açılmasına lüzum görmemesi halinde, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilmesi imkânı tanınmıştır²⁴⁶. Bu suretle mecburilik sistemi içinde takdirilik, istisnai olarak kabul edilmiştir²⁴⁷.

Cumhuriyet savcısının, kamu davasını açmada takdir yetkisini kullandığı haller bakımından, kamu davası açmaya yer olmadığına karar verdiği, aslında iddianame

²⁴² Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı da Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanarak verdiği bir karardır. Ayrı bir başlık altında incelendiğinden, bu başlık altında konuya yer verilmemiştir.

²⁴³ Öztürk ve Diğerleri, s. 501.

²⁴⁴ Öztekin Tosun, "Ceza Davasının Açılmasında Sistemler", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXIV, S.1-4, s. 45 vd.

²⁴⁵ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 217.

²⁴⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu m. 171/1'de düzenlenen takdir yetkisi iddianame düzenlenmesi konusunda kullanılan ve dava açılmasını engelleyen bir takdir yetkisi olup, TCK. 22/son hükmünde yer alan düzenlemeden farklıdır. TCK. 22/son hükmü, sadece dava açıldıktan sonra yetkili mahkeme tarafından kullanılabilen, açılan davada ceza vermektan kaçınmaya ilişkin bir hükümdür. Bkz. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s.505.

²⁴⁷ Suçla mücadelede takdirilik sisteminin rolü için bkz. Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s.242.

düzenlenmesine yer olmadığı kararı verdiği hallerde, kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilir. Buna göre Cumhuriyet savcısı, cezayı kaldıran şahsi cezasızlık sebebi olarak etkin pişmanlık hükümlerinin²⁴⁸, kişisel cezasızlık sebebinin²⁴⁹, kamu davasının açılmasının ertelenmesinin uygulanma koşulları mevcutsa, kamu davasını açmada takdir yetkisini kullanarak davayı açmayabilir, daha doğru bir ifade ile iddianame hazırlamayabilir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.171/1'e göre, Cumhuriyet savcısına takdir yetkisini kullanarak kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi tanınmıştır. Cezayı kaldıran şahsi sebep olarak, etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların varlığı halinde ya da şahsi cezasızlık sebeplerinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararı, denetime tabi değildir. İtiraz kanun yolu bu halde tanınmamıştır. Bu durumda savcılık makamının vermiş olduğu idari bir karar söz konusudur. Başsavcının denetimi mümkün ise de, CMK. m.173'de düzenlenen itiraz yoluna başvurulamaz. Bu durumda Cumhuriyet savcısı yeni bir delil meydana çıkmadıkça, tekrar soruşturma başlatamaz²⁵⁰.

Savcılık takdir yetkisini, her etkin pişmanlık halinde değil, sadece cezanın ortadan kaldırılmasını gerektirecek türde etkin pişmanlık hallerinde kullanabilecektir. Cezada indirim yapılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinde, savcıya takdir yetkisi tanınmamıştır. Takdirilik yetkisi bakımından, genel iki nedene dayalı olarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlarda, hukuksal bir ölçüte yer verilmediği gibi, davanın açılmasında kamu yararının bulunup bulunmadığı

²⁴⁸ TCK. m.93, TCK. m.184/2, TCK. m.192, TCK. m.201, TCK. m.254, TCK. m. 274.

²⁴⁹ TCK. m.22/6, TCK m. 273/1, TCK. m.281/1, TCK. m.283/3, TCK. m.284/4.

²⁵⁰ Öztürk ve Diğerleri, s. 502. Takdir yetkisinin kullanımının denetlenmesini engelleyen bu hüküm keyfilik yaratabilir. Öğretide, Ünver/Hakeri, CMK. 171 hükmüne göre savcının kamu davasını açmama hususunda takdir yetkisini kullandığı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı, başka bir kanun yoluna başvurmanın mümkün olup olmadığı konusunda, iki şekilde düşünülebileceğini belirtmiştir. İlk olarak, kanun koyucunun amaç ve iradesi, herhangi bir kanun yoluna gidilmesini istemediği ve takdirine bağlı olarak verdiği kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verildiği anda diğer bütün savcılara da bağlamasını istediği yönündedir. İkinci olarak, kanun koyucu sadece itiraz olanağını yasaklamış ancak Başsavcılara başvuru olanağını açık tutmuştur. Kaldı ki CMK. 173/5 hükmü hukuk devleti ilkesini zedeleyici biçimde yorumlanamaz. Savcıların iddianame ve kovuşturmama kararlarını nezdinde çalıştıkları Başsavcılıklar adına vermeleri Başsavcılarının soruşturmaya her zaman müdahale edebilmelerinin mümkün olması, başsavcının savcının amiri olması ve gerektiğinde soruşturmayı yapacak savcıyı değiştirebilmesi göz önünde bulundurulduğunda, CMK. 173/5 hükmünün yalnızca en yakın ağır ceza mahkemesine başvurmayı yasakladığı ortaya çıkmaktadır. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku s. 504, 505.

değerlendirmesinin yapılması da aranmamaktadır. Bu durumda, eşitsizlik ve keyfilik sonucunu doğuracak uygulamalar sözkonusu olabilir. Zira aynı ve benzer nitelikteki olaylarda, bazı savcılar bu yetkiyi kullanırken, bazı savcılar ise kullanmayacaktır. Ayrıca, savcının kanundan kaynaklanan gerekçe gösterme zorunluluğu da yoktur²⁵¹. Ancak, her somut olayda Cumhuriyet savcısı, şüpheli açısından kamu davası açılıp açılmamasının, iddianame düzenlenmesinin ya da düzenlenmemesinin daha yararlı olacağını takdir etmeli ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verdiğinde, gerekçesini de göstermelidir²⁵².

Ceza Muhakemesi Kanunu m.171/1'e dayanılarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara karşı itiraz yolu kapalıdır. Ancak savcılar iddianameyi ve kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararları, nezdinde çalıştıkları başsavcılar adına vermektedirler. Başsavcılar soruşturmaya her zaman müdahale edebilirler. Gerekğinde soruşturmayı yapacak savcıyı değiştirebildikleri düşünüldüğünde, CMK. m.173/5'e göre itiraz yolu kapalı olsa da, Cumhuriyet Başsavcısı denetim yapılabilir. Bu denetim, ilgililerin iddianamenin düzenlenmesi talebiyle, kovuşturmama kararını veren savcının bağlı bulunduğu başsavcılığa başvurarak, başsavcının bizzat ya da görevlendireceği başka bir savcı ya da kovuşturmama kararını veren savcıya emrederek, iddianame düzenlenmesini isteyebilme yolunun işletilmesi şeklinde gerçekleşebilir. Zira CMK. 173/5 hükmü, sadece en yakın ağır ceza mahkemesi başkanına başvurmayı yasaklamakta, Cumhuriyet Başsavcılığı'na yapılacak başvuru ile tekrar iddianame düzenlenmesini isteyebilme yolunu engelleyen herhangi bir hukuk kuralı ya da kanun hükmü bulunmamaktadır²⁵³.

2. Kamu Davasının Açılması İçin Yeterli Şüphe Oluşturacak Delilin Elde Edilememesi veya Kovuşturma Olanığının Bulunmaması Sebebiyle Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Karar

Ceza Muhakemesi Kanunu m.172/1'e göre kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilebilmesi için, kamu davasının açılması için yeterli delil bulunmaması tek sebep değildir. Kovuşturma olanağının bulunmaması da kovuşturmayaya yer olmadığına dair

²⁵¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 503, 504.

²⁵² Centel/Zafer, 6. Bası, s. 435.

²⁵³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 505.

kararın verildiği durumlardan bir tanesidir. Ceza sorumsuzluğu, suça tesir eden sebepler, davayı düşüren sorumsuzluk halleri, dava düşme sebepleri (muhakeme şartlarının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halleri) Bu kapsamda sayılabilir²⁵⁴. Kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesini gerektiren durumlar şu şekilde sıralanabilir:

- Takibi şikayete bağlı suçlarda, şikayet gerçekleşmediğinde;
- Suçu işlediği tarihte 12 yaşını doldurmamış küçükler ile 15 yaşını doldurmamış sağır dilsiz küçükler hakkında,
- Soruşturma aşamasında şüphelinin ölümü halinde,
- Soruşturma aşamasında önödeme veya uzlaşma gerçekleştirildiğinde,
- TCK. m. 66. maddede öngörülen dava zamanaşımı süresi dolduğunda,
- İşlenen suç yasa gereği izne tabi olupta izin verilmediğinde,
- Olayın niteliği gereği faillik ve mağdurluk sıfatının aynı kişide birleşmesi nedeniyle ilgilinin sadece kendisinin zarar görmesi, kaza, intihar, düşme, yanma, suda boğulma, yıldırım çarpması gibi failin kendisine zarar vermesi durumunda, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir²⁵⁵.

Fiilin suç teşkil etmediği hazırlık soruşturması sırasında anlaşılabilir. Bu noktada savcının, maddi olaya ilişkin delilleri takdir edemeyeceği sorunu çıkmaktadır. Yargıtay, mülga CMUK. yürürlükte iken verdiği kararlarda, savcının delilleri takdir edemeyeceğini, eylemin suç oluşturması yoruma dayanıyorsa,

²⁵⁴ Yargılanacak uyumsuzluğun maddi ve hukuki meselesi vardır. Hukuki mesele bakımından koğuşturamama gerekebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun kovuşturma olanağının bulunmaması hali olarak adlandırdığı bu durumlar, mülga CMUK'nda "keyfiyetin takibe değer görülmemesi hali" olarak adlandırılmıştı. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1161.

²⁵⁵ İsmail Malkoç ve Mert Yüksektepe, **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (Madde 1- 202) 1. Cilt**, Malkoç Kitapevi, 2008, s. 963, 964.

yorumlardan birini seçemeyeceğini belirterek, delillerin en geniş şekilde kamu davasında mahkeme tarafından takdir edilmesi gerektiğini ifade etmiştir²⁵⁶.

Hukuka uygunluk sebepleri açıkça gerçekleştiği hallerde ve kusurun bulunmadığı hallerde de, savcı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilmelidir. Taksirli suçlar bakımından savcı gerekli araştırmayı yaparak, kusursuzluğu ortaya koyduğu hallerde de suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçesi ile söz konusu karar verilebilmelidir²⁵⁷. Kaldı ki savcı, CMK. m.160 gereğince maddi gerçeği ortaya çıkartmak ve adil bir yargılama yapılması için gerekli araştırmayı yapmakla yükümlüdür. İddianame yeterli delil ve yeterli şüphe oluştuğunda hazırlanacağına göre, elde edilen deliller doğrultusunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ya da failin kusursuzluğu açıkça ortada ise savcı, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilmelidir.

3. Kovuşturmayaya Yer Olmadığına Dair Kararın Yarattığı Önleme Etkisi

Mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu uyarınca, Cumhuriyet savcısının verdiği takipsizlik kararı (kovuşturmama kararnamesi), yargı otoritesi göstermeyen, idari bir karar olarak kabul edilmekteydi. Savcı, bu kararını, kendiliğinden ya da ilgilinin isteği üzerine geri alıp kovuşturma yapabilir ve kamu davası açabilirdi. Yani savcı, hiçbir koşula bağlı olmadan, takipsizlik kararından sonra, dava zamanaşımı süresi dolmadan kamu davası açabilirdi²⁵⁸. Ancak öğretilerde, takipsizlik kararından sonra yeni bir dava açılması için yeni delil şartı aranması gerektiği ileri sürülmekteydi²⁵⁹.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.172/2'de yer alan düzenlemeye göre, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, yeni bir delil ortaya çıkması halinde, kamu davası açılabilir. Daha doğru bir ifade ile, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra, ortaya yeni bir delil çıkmadığı müddetçe aynı

²⁵⁶ Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 240.

²⁵⁷ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 508.

²⁵⁸ Yenisey, Hazırlık Soruşturması ve Polis, s. 249; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s. 1162; Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü**, İstanbul 1973, s. 57 vd.

²⁵⁹ Nurullah Kunter ve Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Bası, İstanbul: 1998, s. 849.

delil ve emarelere dayanarak yeni bir iddianame düzenlenemeyecektir²⁶⁰. Bu nedenle, CMK. m.172/2'de yer alan yeni delil ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir.

Kovuşturmama kararından önce mevcut olan, ancak, ele geçirilemeyen delil²⁶¹, dosyada bulunan, ancak savcı tarafından görülmeyen ve değerlendirilmeyen delil²⁶², yeni delildir. CMK. m.172/2'de yer alan düzenlemede, yeni delilin, belirli bir kararın verilmesini gerektirir nitelikte olması aranmamıştır. Yeni bir soruşturmanın başlatılabilmesi için, delilin yeni olmasının yanında, tek başına veya diğer delillerle birlikte bir suçun işlendiğini kuvvetle ispatlama gücüne sahip olması gerekir. Dava açmaya yetecek kadar güçlü elverişlilikte veya kovuşturmama kararının nedenini ortadan kaldırıcı ve ayrıca davanın da açılmasına yetecek kuvvette, suç şüphesini kuvvetlendirici nitelikte bulunması gerekir²⁶³. Bu nitelikte yeni bir delil ortaya çıktığında, Cumhuriyet savcısı işe tekrar el atarak, iddianame düzenleyecek, kabulü halinde kamu davası açılmış olacaktır.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz²⁶⁴ edilmesi üzerine, itiraz reddedildiğinde, bu karar kesinleşir. İtirazın reddi üzerine yeni delil olsa dahi, aynı konuda savcının kendiliğinden dava açması mümkün değildir. Önceden verilen dilekçe hakkında, karar vermiş olan ağır ceza mahkemesi başkanının, kamu davasının açılması hususunda karar vermesi gerekir. Bu durumda savcı, kendiliğinden kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verdiğinde, işe tekrar el atması için, yeni bir delilin ortaya çıkması gerekirken; kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilerek en yakın ağır ceza

²⁶⁰ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 508. Kanun, savcının kamu davası açmasından bahsetmektedir. Ancak, CMK. sistemine göre savcının hazırladığı iddianamenin ilgili mahkeme tarafından kabul kararı vermesi ile birlikte kamu davası açılmaktadır. Madde metnindeki ifade, iddianame düzenleyerek mahkemeye sunmak biçiminde anlaşılmalıdır. Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 510.

²⁶¹ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 349, 350.

²⁶² Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, Ankara: Seçkin, 2008, s. 716.

²⁶³ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 509.

²⁶⁴ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı açılan dava, itiraz olarak adlandırılrsa da, idari bir makamın kararına karşı açılan tali ceza davası niteliğindedir Kanun hatalı olarak bu başvuruya itiraz adını vermiştir. Ancak, itiraz bir kanunyolu davasıdır. Daha önce yargılama makamının karar vermesini ve birinci davanın açılmasını gerektirir. Burada savcılık karar vermektedir, savcılık yargılama makamı değildir ve ilk defa yargılama makamına başvurulmaktadır. Daha önce bir dava açılmamıştır. Kunter, bu nedenle itiraz yerine koğuşturmama davası terimini kullanmaktadır. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1164.

mahkemesine başvurulduğunda; ağır ceza mahkemesinin kararı ile kovuşturmayaya yer olmadığı kararı kesinleşmişse, aynı veya başka bir savcının iddianame düzenlemesi için, yeni delilin yanında, önceden verilmiş itiraz dilekçesi hakkında karar veren ağır ceza mahkemesi başkanının, kamu davasının açılması hususunda, yeniden bir karar vermesi gereklidir²⁶⁵.

Kanun koyucu, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, dava zamanışımı süresince bir tehdit oluşturmasını önlemek amacıyla, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturma başlatmak için yeni delil koşulunu getirerek, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara kesin hüküm niteliğini kazandırmış²⁶⁶ ve adeta “kesin hükmün önleme etkisini yaratan bir hal” tanımıştır (CMK.m.172/2). Bu suretle, insan haklarını ilgilendiren yönü nedeniyle şüpheliye önemli bir yargısal güvence getirilmiş, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, kesin hükmün önleyici etkisini gösteren bir karar niteliğine sahip olmuştur. Böylece, kişilere getirilen yasal teminatla, soruşturma aşamasına tekrar dönülebilir endişesi ortadan kalkmış olmaktadır²⁶⁷.

Savcılığın takdir yetkisine bağlı olarak verdiği ve denetime tabi olmayan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile itirazın reddedilmesi ile kesinleşen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar arasında, önleme etkisi bakımından bir farklılık yoktur. CMK. m.172/2’de “kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra” ifadesi kullanılmakta, yeni bir delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacağı (iddianame düzenlenemeyeceği) ifade edilmektedir. Madde metni dikkate alındığında; kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, denetime tabi olup olmaması arasında bir fark olmayıp, gerek takdir yetkisine dayanılarak verilen ancak denetime tabi olmayan, gerekse CMK. m.172/1’e göre verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, önleme etkisi göstermektedir.

²⁶⁵ Feridun Yenisey, Stephen Mazza ve Frank Tom Read, **Uzlaşma**, İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Merkezi ve CMK Uygulama Servisi Eğitim Seminerleri Dizisi, Cep Kitapları I, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları 2006, s. 12; Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 510.

²⁶⁶ Mülga Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu yürürlükteyken, takipsizlik kararı idari bir karardı. Savcı dava zamanışımı dolana kadar aynı fiilin davasını açabilirdi. Yenisey/ Mazza/ Read, s. 11.

²⁶⁷ Bahri Öztürk, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Ara Muhakeme Evresi” Prof. Dr. Bahri Öztürk (Ed.), **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi**, içinde (485-523), Ankara: Seçkin, 2009, s. 489.

Belirtilmesi gereken bir diğere husus, iddianamenin iadesi kararı üzerine savcının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, önleme etkisi bakımından bir farklılık gösterip göstermeyeceği hususudur. İddianamenin iadesi kararı, hukuki bir sebebe dayanılarak verilmişse, iddianame mahkeme tarafından iade edildikten sonra, savcının tekrar iddianame düzenlemeyerek verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın önleyici etkisi, yeni bir delil ya da olay çıksa da devam etmelidir. Çünkü bu gerekçeye dayanılarak verilen karar, işin esasını çözmektedir ve beraat kararı niteliğindedir²⁶⁸.

B. Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi

Ceza muhakemesi hukukunda, kamu davasının açılması konusunda kabul edilen sistemler mecburilik ve takdirilik sistemidir. Mecburilik sistemine göre savcı, kanunda suç olarak düzenlenmiş bir fiilin işlendiğini haber aldığında, yeterli şüphe varsa, kamu davası açmak mecburiyetindedir. Takdirilik sistemine göre ise, savcı ceza davasını açmak zorunda değildir, ceza verilmesini uygun bulduğu takdirde, dava açar; uygun bulmadığı takdirde, dava açmaz²⁶⁹.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda istisnaları kanunda gösterilmek kaydı ile mecburilik sistemi kabul edilmiş, iki yönlü takdir yetkisi öngörölmüştür. Buna göre; CMK. 171/1 ve CMK. 171/2 hükümlerinde düzenlenen kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu ile kamu davasının açılmasında kamu yararı bulunup bulunmadığının savcı tarafından takdir edilmesini düzenleyen takdirilik sistemine yer verilmiřtir²⁷⁰.

²⁶⁸ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1509, 1510.

²⁶⁹ Tosun, Ceza Davasının Açılmasında Sistemler, s. 45. Her iki prensibin kuvvetler ayrılığı, suçların kanuniliği, cezaların kanuniliği, cezaların bireyselleştirilmesi ve kamu önünde eşitlik gibi prensiplere dayalı farklılıkları mevcuttur. Tosun, Suç Muhakemesi Hukuku, C.I, s. 57.

²⁷⁰ Feridun Yenisey, "Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi", **Sempozyum Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği, 2009, s. 237. Mukayeseli hukukta kamu davasının açılmasının ertelenmesi iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Savcı başka bir makamın ya da merciin onayına gerek olmadan erteleme kararı verebileceği gibi; kamu davasını erteleme konusunda başka bir merciin onayı ile kamu davasının açılmasını erteleme kararı verebilir. Bkz. Caner Yenidünya, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda şartla Sahverme**, Legal Yayınevi, Eylül 2002, s. 36 vd; Mehmet Emin Artuk, Caner Yenidünya, "Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi", **Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan**, s. 59, 60. Ayrıca daha ayrıntılı bilgi için bkz, Ayhan Önder, **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler (Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda)**, İstanbul: 1963, s. 95 vd.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, savcının kamu davası için yeterli delil elde etmesine rağmen, failin daha lehine sonuç doğuracağı kanaatine ulaşması durumunda dava açmama yetkisini ifade eder²⁷¹. Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde, şüpheli hakkında iddianame düzenlenmesi için bütün koşullar mevcuttur ancak, suçun şikayete bağlı olması, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezası gerektirmesi, daha önce kasıtlı bir suçtan hapis cezası ile mahkumiyetin bulunmaması, şüphelinin suç işlemekten çekinmeyeceği kanaatinin, oluşması ertelenmenin dava açılmasından daha yararlı olması, mağdur veya kamunun uğradığı zararın giderilmesi koşuluyla, Cumhuriyet savcısı iddianameyi düzenlemede takdir hakkını kullanarak, iddianameyi düzenlemeyi erteleyebilir. CMK. m.171/2'ye göre bu süre 5 yıl; Çocuk Koruma Kanunu (ÇKK) m. 19'a göre 3 yıldır. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı ile birlikte hükmedilen denetim süresi içinde, kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Erteleme süresinde kasıtlı bir suç işlenirse, kamu davası açılır (CMK. m.171/4).

Kamu davasının açılmasının ertelenmesinde, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir çözüm yoktur. Bu halde iddianamenin düzenlenmesi için yeterli şüphe mevcuttur ya da suçluluğun ya da suçsuzluğun tespiti söz konusu değildir. Erteleme, dava açılmasından daha yararlı olacağı için, kamu davasının açılması, daha doğrusu Cumhuriyet savcısı tarafından iddianamenin düzenlenmesi ertelenmektedir. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı, idari nitelikte bir karardır. Söz konusu karar itiraz yolunun açık olması nedeniyle denetime tabidir ve itiraz yoluna başvurulduktan sonra kesinleşme ile birlikte yargı otoritesi halini alır. Ancak bu şekli bir kesinleşmedir. Erteleme süresi içinde, kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. CMK. 172/2 hükmü uyarınca, yeni bir delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası tekrar açılmaz. Bu noktada, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda belirtilen hususlar geçerli olacaktır. Yeni bir delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında, yeniden soruşturma başlatılmaması gereklidir. Söz konusu etki, itirazın kesinleşmesi ile doğacaktır.

²⁷¹ Bahri Öztürk, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti**, Ankara: 1991, s. 49.

C. Önödeme

Önödeme kurumu, suç niteliğindeki bir fiilin işlenmesi sonucu, Devlet ile fail arasında meydana gelen ceza ilişkisini sona erdiren nedenlerden birisidir. Cumhuriyet savcısı, soruşturma aşamasında, iddianame düzenlemek için yeterli delil elde etmiş, yeterli şüpheye ulaşmıştır ancak, iddianame düzenlemeden, şüphelinin belirlenecek para cezasını ödemesi karşılığında iddianame düzenlenmesini önleyerek, ceza uyuşmazlığını ortadan kaldırmaktadır. Bu bakımdan kurum, kamu davası açma mecburiyeti ilkesinin istisnası olarak görülebilir. Öte yandan önödeme kurumu kamu davası açılmışsa sanığın belirlenen miktardaki parayı yatırması ile birlikte kamu davasının düşmesi sonucunu doğuran bir kurumdur²⁷². Önödeme kurumu mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacı ile uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere, yalnız adli para cezasını gerektiren veya yukarı sınırı üç ayı aşmayan hapis cezasını gerektiren suçlarla sınırlı olarak kabul edilmiş bir kurumdur²⁷³. Önödeme bu yönüyle Devlet ile birey arasında bir uzlaşma olarak da nitelendirilebilir²⁷⁴.

Önödemenin hukuki niteliği hususunda çeşitli görüşler mevcuttur.

Dönmezer/Erman, önödemenin, yargılamasız cezalandırmanın türü olarak, ceza muhakemesi kurumu olduğu görüşündedir²⁷⁵.

Önder, önödeme uygulanabilecek cezalarda, Cumhuriyet savcısının kamu davası açmaması söz konusu olduğundan, kurumun bir muhakeme engeli olduğunu ileri sürmektedir²⁷⁶.

Önödemeyi suç ve ceza hukukuna ilişkin bir kurum olarak kabul eden Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre; önödeme yapılırsa ceza davası açılmaz denilerek, önödemenin yapılmamasını bir muhakeme şartı saymak isabetli değildir. Savcının

²⁷² Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 647; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1024; Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 687; Özgenç, Genel Hükümler, s. 614.

²⁷³ Öztürk ve Diğerleri, s. 754; Öğretide Özgenç, uzlaşma kamu davasının açılmasının ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin düzenlemelerin varlığı nedeni ile önödeme kurumuna artık yer verilmemesi gerektiğini düşünmektedir. Özgenç, Genel Hükümler, s. 619.

²⁷⁴ Kunter/Yenisey /Nuhoğlu, 16. Bası, dn. 13, s. 1208; Centel/Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 647; Artuk/ Gökçen/Yenidünya, s. 1024.

²⁷⁵ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C.III**, s.320.

²⁷⁶ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 699.

gerekli bildiriği yapması da, muhakeme şartı değildir. Önödeme, bir çeşit uzlaşma olup; suç ve ceza hukukuna ilişkin bir kurumdur. Zira dava veya muhakeme şartı denilirken, dava açılmasını veya muhakeme yapılmasını gerekli kılan “sebeğ” ve dolayısıyla sebebi oluşturan şartları değil, sebepten farklı olan ve sözü geçen işlemlerin yapılabilmesi için gerçekleşmesi ayrıca aranan şart kasdolunur²⁷⁷.

Önödemeği, idari bir yaptırım olarak kabul eden Erem/ Danışman/Artuk’a göre; kamu davasını düşüren nedenlerden biri olan önödeme kurumu, ceza hukuku ilkeleri ile bağdaşamaz. Önödeme, idari bir kurumdur; idari bir yaptırımdır. Önödemeği kabul eden fail, idari bir yaptırımı kabul ederek, kendisine bir ceza yaptırımı uygulanmasından kurtulmuş olacaktır²⁷⁸.

Önödeme, karma nitelikli bir kurum olarak gören Centel/Zafer/ Çakmut’a göre ise, önödeme somut dava ilişkisine son vererek, soyut ceza ilişkisini düşüren; muhakeme ilişkisine son vererek, ceza ilişkisini düşüren karma nitelikli bir kurumdur²⁷⁹.

Önödeme, soruşturma aşamasında gerçekleştirildiğinde; soruşturma aşamasında belirlenen miktarın, şüpheli tarafından yatırılması ile birlikte, savcı kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verir. Bu durumda, aynı fiilden dolayı şüpheli hakkında ikinci bir soruşturma ya da kovuşturma yapılmayacaktır. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun belirttiği üzere, önödeme kapsamına girmeyen bir suçtan dolayı önödeme kurumu işletilerek devlet hazinesine belirlenen sürede belirlenen para

²⁷⁷ Kunter /Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, dn. 13, s. 1208.

²⁷⁸ Faruk Erem, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 14. Bası, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1997, s. 1025. Karşı görüş taraftarları, Cumhuriyet savcısının sadece bir idari makam olarak görülmesinin doğru olmadığını, yaptığı işlemler bakımından savcının adli idari bir makam olduğunu ileri sürmektedirler.

²⁷⁹ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 648. Hakeri, önödeme kurumunu yargılamasız cezalandırma çeşidi olarak görmekte, ancak TCK.75/2 hükmünde dava açıldıktan sonra sanığın para cezası ile yargılama giderlerini merciiine ödeyerek kamu davasının ortadan kalkacağı belirtildiğinden, kurumun davanın düşme sonucunu doğurduğunu ve ceza kurumu halini aldığını belirtmektedir. Hakeri, s. 537; Karagülmez, önödeme kurumunu; suç karşısında, sanığın kabulü ile yasaya göre belirlenen para cezasının süresinde yatırılarak sonsoruşturmanın açılmasına engel olan, dava sırasında ise yargılama yapılmasına son verip davanın düşmesini sağlayan bir ceza yargılaması kuru olarak tanımlamaktadır. Ali Karagülmez, **Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi ve Önödeme**, Ankara: Adalet Yayınevi, 1999, s. 205.

yatırılmışsa, Cumhuriyet savcılığınca verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, kesin hükmün önleme etkisini yaratan bir hal doğurmayacaktır²⁸⁰.

Önödeme, kovuşturma aşamasında da gerçekleştirilebilir. Mahkemenin önödeme önerisinde bulunması ve sanığın öneriyi kabul ederek ödemede bulunması halinde, suçun niteliğinin değiştiği ileri sürülerek, yargılama yapılması mümkün değildir. Mahkeme, ödemenin yapıldığını tespit ettiğinde, düşme kararı vermek zorundadır. Mahkemenin bu konuda herhangi bir takdir yetkisi yoktur. Hâkimin vereceği kamu davasının düşmesi kararı hüküm niteliğinde olduğundan, ne bis in idem etkisi doğacaktır²⁸¹. Önödeme üzerine mahkemelerce verilen kararların yargılamayı önleyici hukuksal sonuç doğuracakları, Yüksek mahkeme tarafından açıkça belirtilmiştir. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, mahkemenin önödeme tebligatı üzerine yapılan ödeme ile kamu davasının düşeceğini, düşme kararının hüküm niteliğinde olup, sanığın yargılmasını önleyici nitelikte hukuki sonuç doğuracağını belirtmiştir²⁸².

D. Uzlaşma

Alternatif uyuşmazlık çözüm şekli olan uzlaşma, yargılama benzeri bir görevdir. Toplumun suç ile bozulan kamu düzeni, tarafların barışması yoluyla yeniden oluşturulurken, mağdurun zararı da giderilerek, adalet yerine getirilmektedir. Bu yönüyle uzlaşma, yaptırım benzeri bir kurumdur. Ceza Muhakemesi Hukuku açısından incelendiğinde, uzlaştırmacının, “iddia” ya da “müdafaa” görevi yapmadığı görülür. Taraflar arasında, edime dayanan, parasal ve maddi yönü uzlaştırdığı için, “yargılama benzeri bir görev” yaptığı söylenebilir. Uyuşmazlığın esasına girilmediği için, tam bir

²⁸⁰ Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2005, s. 772.

²⁸¹ Hakeri, s. 538; Ayrıca bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Sorularla Hukuk Dizisi 5**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, Mayıs 2006, s. 297.

²⁸² “Cumhuriyet savcılarınca TCK'nın 119. maddesine göre verilen takipsizlik kararları diğer takipsizlik kararlarından kamu davasının açılması veya yargılamanın önlenmesi bakımından farklı olup, önödemeye tabi suçlarda mahkemece tebligat yapıp önödeme yapılması üzerine verilen kamu davasının ortadan kaldırılmasına dair kararlarla aynı mahiyette olup, aynı hukuki sonucu doğuran bir karar olmakta ve CMUK'un 253/2. maddesinde sayılan ve hüküm niteliğini taşıyan kararlar meyanında sayılmak zorunluluğu bulunmaktadır.” Y.10.CD.3.3.1992. 690/1776. www.kazanci.com (13 Ağustos 2009).

yargı görevi yapılmamaktadır. Amaç, hukuki barışın sağlanmasıdır²⁸³. Uzlaşma, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında en hızlı ve ucuz olan yöntemdir²⁸⁴.

Türk Hukukunda uzlaşma, şikayete bağlı suçlarda²⁸⁵ ve şikayete tabi olup olmamasına bakılmaksızın kanunun sayma usulü ile belirttiği bazı suçlarda²⁸⁶ ve özel ceza kanunlarında şikayete bağlı olmayan, ancak uzlaşmaya başvurulabileceği hususunda kanunda açık hüküm bulunan suçlar bakımından uygulanabilir²⁸⁷. Uzlaşmaya tabi olan suçlarda, uzlaşma yolu denenip²⁸⁸ olumsuz sonuç alınmadan iddianame düzenlenemeyeceğinden, uzlaşma, dava açılmasını engelleyen bir muhakeme şartıdır²⁸⁹.

Soruşturma aşamasında;

²⁸³ Kunter/ Yenisey /Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1212, 1213; Feridun Yenisey, “ Ceza Muhakemesi Hukukunda “Uzlaştırma” Hakkında Temel Bilgiler”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Uzlaşma, (2010), Özel Sayı.1, s. 7 vd.

²⁸⁴ Carolyn Chalmers, “Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları Dersi” Hande Ulutürk (çev.), **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Uzlaşma, Özel Sayı.1 (2010), s. 30.

²⁸⁵ Ayşe Nuhoğlu, “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”, Feridun Yenisey (hızl.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma** içinde (281-284), İstanbul: Arıkan, 2005, s. 281 vd. Uzlaşma 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ilk düzenleniş şekli ile sadece şikayete bağlı suçlarda kabul edilmişti. Ancak öğretilerde, uygulamada şikayete tabi olan suçlarda suçtan zarar gören ve sanığın anlaşma olanağını aradığı ve bu olanağın bulunması ile birlikte şikayetten vazgeçme kurumu işletilerek muhakemenin sona erdiği; buna bağlı olarak uzlaşmanın ceza muhakemesinde işlevselliğinin atması için korunan hukuksal değer ve cezanın türü ve miktarı dikkate alınarak şikayete tabi olmayan suçlarda da uzlaşmanın kabul edilmesi gerektiği belirtilmekteydi. Ali Kemal Yıldız, “Uzlaşma-Şikayet İlişkisi”, Feridun Yenisey (hızl.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, Arıkan 2005, s. 276, 277; Şikayete bağlı suçlar için bkz. Feridun Yenisey, “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”, Feridun Yenisey (hızl.), **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, İstanbul: Arıkan 2005, s. 248, 247; Suçla korunan hukuki değer ile suçun ağırlığının kriter olarak alınması ve ülkenin sosyo kültürel-ekonomik yapısının göz önünde bulundurulması geniş kapsamlı anket çalışmaları yapılarak suçların belirlenmesi gerektiği konusunda bkz. Mualla Buket Soygüt Arslan, **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu**, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008, s. 37.

²⁸⁶ Ceza Muhakemesi Kanunu 253. maddesine göre şikayete bağlı olan suçlar dışında uzlaşma kapsamında olan suçlar şunlardır: Şikayete bağlı olup olmadıklarına bakılmaksızın; kasten yaralama suçu (TCK. m.86 üçüncü fıkra hariç, TCK. m.88); Taksirle yaralama (TCK. m.89); Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (TCK. m. 116); Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması Suçu (TCK m.234); Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu (TCK. m.239 dördüncü fıkra hariç). Ayrıca soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir (CMK. m.253/2).

²⁸⁷ Kunter/Yenisey/ Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1214

²⁸⁸ Şüpheliye uzlaşma kabul edip etmediğinin sorulması, sorumluluğu kabul etmesi demektir. Ancak uzlaşma sağlanamadığı zaman bu açıklamalar soruşturma da ya da kovuşturmada delil olarak kullanılamaz. Bkz.Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1214. Şüpheli daha ağır bir cezaya mahkum olabileceği düşüncesi ile suçsuz olduğu halde sorumluluğu kabul edebilir. Bu durum cezaların şahsiliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Çünkü maddi gerçek araştırılmadığı için kusur araştırması yapılamamaktadır. Soygüt Arslan, s. 27.

²⁸⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 16. Bası, s. 1214.

Şüpheli, uzlaşma sonucunda edimini defaten yerine getirirse hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, CMK.171. maddeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Bu sürede zamanaşımı işlemez (CMK. m.253/19). Belirlenen sürede edim yerine getirildikten sonra²⁹⁰, kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilir. Bu durumda, aynı eylemden dolayı, aynı şüpheli hakkında, yeni bir delil ortaya çıkmadıkça tekrar kamu davası açılmayacaktır (CMK m.172/2).

Kovuşturma evresinde, uzlaşma kapsamındaki bir suç, hata sonucu iddianamenin kabulü aşamasından geçerek, kovuşturma evresi başlamış veya kovuşturma evresinde fiilin hukuki nitelenmesi değişmiş olabilir. Bu durumda, uzlaştırma işlemleri mahkeme tarafından yapılır. Uzlaşma sonucu sanık edimini defaten yerine getirirse, mahkemenin tespiti ile kamu davası düşer. Eğer edimin yerine getirilmesi ileri tarihe bırakılır, takside bağlanır veya süreklilik arz ederse CMK. m.231 deki koşullar aranmadan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.

Uzlaşma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı sonucunda verilebilen, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonucunda verilen düşme kararı, nitelikleri gereği kesin hükmün önleyici etkisini yaratan kararlardır²⁹¹. Uzlaşma ile biten bir ceza soruşturması adli sicile kaydedilmez. Ancak, uzlaşma sonucunda verilen bu kararların önleyici etkisi, kanunda açık biçimde düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu etkinin uygulanması ve bireyler açısından yarattığı önleme etkisi ile getirdiği güvencenin hayata geçmesi için uzlaşma sonucunda içinde bulunulan aşamaya göre verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın ve düşme kararlarının ayrı bir sicilde tutulması gerekir. Böylece dava tehdidi ile

²⁹⁰ Şüphelinin edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi İİK m. 38'de belirtilen ilam niteliğindeki belgelerden sayılır (CMK. m.253/19).

²⁹¹ Feridun Yenisey, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, (Uzlaştırmacı Eğitimi, Rehber Kitapçık)**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayını, s. 10-13.

karşılaşan birey, uzlaşmaya dayalı olarak verilmiş, bir karar olduğunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır²⁹².

Uzlaşmanın sağlanmasından sonra, soruşturma konusu suç nedeni ile tazminat davası açılmaz, açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Burada kesin hüküm etkisi yaratan halin disiplinlerarası etkisi görülmektedir. Ancak, uzlaşma sağlandıktan sonra, zararın giderilmeyen bölümü kalırsa mağdur fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak, hukuk mahkemesinde bu kısma ilişkin olarak tazminat davası açabilmeli veya icra takibi yapabilmelidir. Uzlaşma, şikayet gibi bir muhakeme şartı olduğundan, şikayetten vazgeçme, aksi açıkça belirtilmediği takdirde, mağdurun hukuk mahkemelerinde dava açma hakkına son vermemektedir. Uzlaşma da şikâyet gibi bir muhakeme şartı olduğuna göre, hukuk mahkemesinde, zararın giderilmeyen bölümü için tazminat davası açılabilir²⁹³.

Uzlaşma ile ulaşılmak istenen amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması değil, hukuki barışın sağlanmasıdır. Ne bis in idem, bir insan hakkı olarak düşünüldüğünde amaç, bireyler açısından bir güvence sağlamaktır. Uzlaşma sonucunda, her zaman maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin esasa yönelik bir karar çıkmamakta; failin sorumluluğu kabul etmesi koşulu ile yapılan görüşmelerle, hukuki barış sağlanmaktadır. Bu suretle uyuşmazlık ortadan kaldırılmaktadır.

Yargı sistemindeki zorluklar ve yargılama sürecinin uzun sürmesi nedeniyle taraflar, aralarındaki uyuşmazlıkları, dava yoluyla çözümlenememektedirler. Her türlü uyuşmazlığın yargıya götürülmesi, yargıda tıkanmaya neden olmakta ve yargının iş yükü artmaktadır. Hem yargının iş yükünün azalması hem de tarafların çözüme ulaşma süreçlerini hızlandırmak amacıyla kabul edilen alternatif usuller, taraflar arasındaki anlaşmaya dayandığı için, ayrıca yargının çözümüne göre daha uzun ömürlü olabilecektir²⁹⁴. Alternatif çözüm yollarının uygulanması, kamusal yaptırımların infazı,

²⁹² Ünver/Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 461; Soygüt-Arslan, Uzlaşma, s. 157.

²⁹³ Nur Centel ve Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Beta, 2006, s. 424.

²⁹⁴ Tamer Soysal, “ Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma ” **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**, Feridun Yenisey (hızl.), İstanbul: Arıkan 2005, s. 210; Suçun işlenmesi ile ortaya çıkan uyuşmazlık hakim önünde hüküm çeşitlerinden birinin verilmesi ile çözümlenmektedir. Ancak her suç bakımından soruşturma ve kovuşturma mecburiyetinin kabul edilmesi yani mecburilik ilkesinin katı biçimde uygulanması, devlet ve mağdur ile yargılama ve iddia makamları bakımından iyi bir sonuç doğurmaz. Bu nedenle, tarihi süreç

onarıcı adalet anlayışının sonucudur. Ceza adalet sistemindeki adalet anlayışı değişikliği etkisini, bir tarafta yaptırımların infaz şeklinde gösterirken, diğer taraftan ceza muhakemesinde kesin hükmün önleme etkisi kapsamında göstermektedir.

Gerek alternatif çözüm yollarının uygulanması, gerekse kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun uygulanması sonucunda savcı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermektedir. Adli idari nitelikte bir makam olan savcılık makamının verdiği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, önleme etkisi yarattığı görülmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer alan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın yarattığı önleme etkisi bakımından, şu sonuçlara ulaşılmaktadır:

1- Öğretide, Ceza Muhakemesi Kanunu m.172/2'de yer alan “kamu davası açılmayacağı” ifadesi eleştirilerek, bu ifadenin, “iddianame düzenlenemeyeceği” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmektedir²⁹⁵. Ancak ifade, “yeni bir delil ortaya çıkmadan tekrar soruşturma açılmayacağı” şeklinde anlaşılmalı ya da bu şekilde düzeltilmelidir. Zira aynı kişi hakkında tekrar soruşturma başlatılması, o kişiyi şüpheli statüsüne sokacaktır. “Kamu davasının açılmasına gerek yoktur” ifadesi, “iddianamenin düzenlenmesine gerek yoktur” şeklinde anlaşıldığında, tekrar o kişi hakkında soruşturma başlatılacağı ve yeterli şüphe safhasına gelince, önceki kovuşturmaya yer olmadığına dair karar nedeniyle, iddianame düzenlenemeyeceği anlamı doğmaktadır. Oysa ki, “kesin hükmün önleme etkisini yaratan hal”, açılan soruşturma hakkında ilerleme kaydedilmeden, derhal kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın verilmesi, şüpheli statüsünde bulunup hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilen kişinin, yeni bir delil ortaya çıkana dek tekrar muhakeme sujesi olmaması için gereklidir. Çünkü bir kişinin soruşturma aşamasında olsa dahi tekrar muhakeme sujesi haline gelmesi, şüpheli statüsünde bulunması insan onurunu zedeleyici niteliği haiz olduğu gibi hukuk güvenliği ilkesini de zedeleyici niteliği haizdir.

inde, ceza uyuşmazlıklarının çözümünde alternatif yöntemler ortaya çıkmıştır. Bkz. Hamide Zafer, “Türk Ceza Hukukunda Fail Mağdur Uzlaşması” **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006/2, s. 118.

²⁹⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 510. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu sistemine göre, kamu davası savcının iddianameyi mahkemeye sunduğu andan itibaren değil mahkemenin yapacağı değerlendirme sonucunda iddianameyi kabulü anından itibaren kamu davası açılmış sayılacaktır.

2- Kesin hükmün önleme etkisi, kamu davasının mecburiliği sonucunda, kamu davası açılması gerekliliği ve ceza davasının devamlılığı sonucunda, maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için verilen hükmün kesinleşmesinin etkisi olarak kabul edilmektedir. Yukarıda açıklamaya çalışılan şekilde takdirilik sistemi içinde verilen ya da dava açılmadan yargılama dışına çıkılarak alternatif çözüm yollarının kullanılması sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin savcılık kararlarına kesin hükmün önleme etkisinin tanınması gerekliliği, ortada teknik olarak uyuşmazlığı çözen bir hüküm bulunmadığından, sadece önleme etkisinin insan hakkı olmasından kaynaklanan hukuki niteliğinin sonucudur.

3- Savcılığın yaptığı iş, uyuşmazlığı çözüp atmak ya da uyuşmazlık konusunda karar vermek değildir. Bu nedenle savcılığın faaliyeti, yargı faaliyeti olarak nitelendirilmemektedir. Savcının yürüttüğü iddia faaliyeti, devletin yasama, yürütme, yargı şeklindeki üç temel faaliyetinden yürütme faaliyetini teşkil etmektedir. Savcılığın görevi, adalete ilişkin idari bir görevdir²⁹⁶. Diğer taraftan, savcıların mahkemelerden bağımsız olmaları, sanığın lehine ve aleyhine delilleri toplamaları, kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verebilmeleri, savcının da adli bir makam olduğunu göstermektedir²⁹⁷. Bu noktadaki savcı işlemleri, hâkim denetimine bağlıdır. Denetimden geçen kararlar, yargı halini alır ve yargı otoritesinin özelliğini gösterir²⁹⁸. Bunların dışındaki işlemler, idari işlem niteliğinde olup, idari yargı yolu açıktır²⁹⁹. Hâkim denetimine tabi olmayan kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar³⁰⁰, yargı halini de almamaktadır. Ancak, CMK. m.172/2, tekrar soruşturma başlatmak için yeni bir delilin ortaya çıkma önşartı, bu tür kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar için de geçerli olduğundan, sözkonusu kararın geri alınıp, dava zamanaşımı süresi içinde, tekrar aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında soruşturma başlatmak mümkün değildir. Bu noktada, yukarıda açıklandığı üzere, kişinin sürekli şüpheli statüsüne sokulması ihtimali insan onurunu zedeleyeceğinden, kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar bakımından denetime tabi olan ya da olmayan karar ayırımı yapılmaması, önleme etkisinin özünde

²⁹⁶ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 106.

²⁹⁷ Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, 2. Bası, Ankara 1968, s. 130; Centel/Zafer, 6. Bası, s. 105; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 188, 189.

²⁹⁸ Kunter/ Yenisey/ Nuhoglu, 16. Bası, s.1165.

²⁹⁹ Centel/Zafer, 6. Bası, s. 105.

³⁰⁰ Bu kararlar hakkında Başsavcılık denetimi mümkündür. Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 514.

insan hakkı olması niteliğinin bulunması nedeniyle yerinde olduğu söylenebilir. CMK. m.172/2, itiraz yolunun kapalı olduğu kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlar bakımından da geçerli olup, bu konuda bir ayırım yapılmamıştır.

Sonuç olarak kesin hükmün önleme etkisi, uyuşmazlığın esastan çözülüp çözülmemesine bağlı olmadan, yargı kararı ile sona ermesi halinde kabul edilmiştir. Ancak soruşturma aşamasında gerek alternatif çözüm yollarının kullanılması gerek savcının takdir hakkını kullanması sonucunda verilen kararlar bakımından kesin hükmün önleme etkisinin ortaya çıktığı açıktır. Uyuşmazlığın esastan çözülüp atıldığı kararların gösterdiği kesin hükmün önleme etkisi dar anlamda önleme etkisi dolduğu kabul edilirse, bu tür kararlar bakımında da geniş anlamda önleme etkisi tanınmaktadır denilebilir.

Ayrıca kesin hükmün önleme etkisinin kabul edilme nedenleri ve kesin hüküm kavramının, amaçsal yorumlanarak, hukuki güvenlik, hukuki barış ve kişisel özgürlüğe hizmet ettiği düşünüldüğünde, hukuki barışı sağlayan alternatif çözüm yollarının da kesin hükmün önleme etkisini yaratması gerektiği kabul edilmektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

I. TÜRK CEZA KANUNU'NDA YER ALAN YER BAKIMINDAN UYGULAMA HÜKÜMLERİ VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

A. Mülklik İlkesi

Mülklik sistemi, devletin egemenliği ilkesine dayanır. Devlet, egemen olduğu sınırlar dışında işlenmiş olan suçların cezalandırılmasına karışmaz³⁰¹. Mülklik ilkesine göre, fail veya mağdur yabancı olsa dahi, devlet kendi ülkesinde işlenen tüm suçları kendi yasalarına göre cezalandırır³⁰². Söz konusu ilkeye göre, İşlenen suçun cezalandırılmasında uygulanacak kanunun belirlenmesinde tek ölçüt, suçun işlendiği yerdir, failin ya da mağdurun vatandaşlığının bir önemi yoktur. Ülke kavramından ne anlaşılması gerektiği ve suçun ne zaman ülkede işlenmiş sayılacağı sorularının cevaplandırılması önemlidir³⁰³.

Ceza kanunlarının uygulanması bakımından ülke kavramı, gerçek ve farazi (sanal) ülke olmak üzere ikili bir ayırım yapılarak belirlenir. Gerçek ülke, aynı egemenliğe tabi kişiler tarafından işgal edilmekte olup, komşu devletlerden sınırlarla ayrılmış bulunan toprak parçası ve bunun içindeki göller, nehirler ve her türlü sulardır³⁰⁴. Ülke kavramına; kara parçası, göller, ırmaklar, kara parçasının toprak altı,

³⁰¹ Ayhan Önder, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 91.

³⁰² Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 122.

³⁰³ Önder, s. 90.

³⁰⁴ Dönmezer/Erman, C.I, s. 239; Ayferi Göze, **Devletin Ülke Unsuru**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1959, s. 68 vd.; Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 90 vd.

kıyıları limanları, karasuları³⁰⁵, karasularının toprak altı ve bunların üzerindeki hava sahası³⁰⁶ da dahildir³⁰⁷. Bayrak ilkesi gereğince, suçun işlendiği yer bakımından, devletin bayrağını taşıyan deniz, hava ve demiryolu araçları da, sanal anlamda ülke sayılır³⁰⁸. Askeri işgal altında bulunan yerler de, sanal anlamda ülkedir³⁰⁹.

Türk Ceza Kanunu'na göre, açık denizde ve açık deniz üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen suçlar, Türkiye'de işlenmiş sayılır (TCK. m.8). Yabancı ülke karasularında işlenen suçların, nerede işlenmiş sayılacağı konusunda TCK'nda düzenleme yoktur³¹⁰ ancak, CMK. m.15/1'de bu konuda bir düzenleme mevcuttur. Yabancı ülke karasularında işlenen suçların, Türkiye'de yargılanması, Türk mahkemelerinin yetkisindedir. Mülkilik ilkesi dışındaki bir ilkenin uygulanması, TCK. m.19'un uygulanması sonucunu doğuracaktır³¹¹.

Belirtmek gerekir ki suçun işlendiği yerin ve suçun ne zaman ülkede işlenmiş sayılacağı belirlenmesi, hem iç hukuk, hem de uluslararası ceza hukuku bakımından önemlidir. Çünkü davaya bakma yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir (CMK. m.12/1). Uluslararası ceza hukuku bakımından ise, suçun işlendiği devlet cezalandırma yetkisine sahiptir. Bu nedenle, mülkilik ilkesi incelenirken, suçun işlendiği yer konusunun, suç tipleri ve suçun özel görünüş şekilleri bakımından göstereceği farklılıklar üzerinde durulması gerekmektedir³¹².

Suçun işlendiği yerin belirlenmesi, mesafe suçları bakımından özellik gösterir. Mesafe suçları, hareket ile neticenin ayrı yerlerde gerçekleştiği, icra hareketlerinin yapıldığı yer ile neticenin gerçekleştiği yer arasında, yargısal ve siyasi sınırın

³⁰⁵ Karasuları, ülkeyi çevreleyen denizlerin belli bir uzaklığa kadar olan kısmıdır. 20.05.1982 tarih ve 2674 sayılı Kanun ile Türk Karasuları'nın ülkeye dahil olduğu belirtilmiş ve Türk Karasuları 6 deniz mili olarak belirlenmiştir. Bakanlar Kurulu'na belirli denizlerle ilgili bütün durumları ve özellikleri göz önünde bulundurarak ve hakkaniyet ilkesine uygun olarak altı deniz mili üzerinde karasuyu genişliği tespit etme yetkisi verilmiştir. Dönmezer/Erman, C.I, s. 241.

³⁰⁶ Türk Sivil Havacılık Kanunu m.3/a'da, Hava sahası, "Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliği altındaki ülke ile Türk karasuları üzerindeki sahayı ifade eder" şeklinde düzenlenmektedir.

³⁰⁷ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 123.

³⁰⁸ Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, C.I**, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1984, s. 157 vd.

³⁰⁹ Dönmezer/ Erman, C.I, s. 240; Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 125.

³¹⁰ Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 127.

³¹¹ Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 127.

³¹² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1043.

bulunduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır³¹³. Bu konuda çeşitli teoriler bulunmakla birlikte³¹⁴, TCK. karma teoriyi kabul etmiştir. Bu teoriye göre suç; hareketin yapıldığı, neticenin meydana geldiği ve hareketin ilk ve doğrudan etkisinin gerçekleştiği yerlerde işlenmiş sayılır. TCK. m. 8/1.c.2’de, fiil kısmen veya tamamen Türkiye’de işlendiğinde veya netice Türkiye’de gerçekleştiğinde suçun, Türkiye’de işlenmiş sayılacağı belirtilmektedir. Böylelikle TCK. karma teoriyi benimsemiş, hareketin bir kısmının, tamamının ya da neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde, suçun işlendiği yerin Türkiye olduğu kabul edilerek, mülklik sisteminin sınırları ve buna bağlı olarak Türk Mahkemelerinin yargı yetkisi genişletilmiştir³¹⁵.

Suçun işlendiği yerin özellik gösterdiği bir diğer suç tipi, kesintisiz suçlardır. Kesintisiz suçlar söz konusu olduğunda, suç, sürekliliğin devam ettiği ülkelerde de işlenmiş sayılır³¹⁶. Bu durumda, suçun Türkiye’de işlenen bölümü dikkate alınacak ve suç, Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır. Dolayısıyla Türkiye’de işlenmeye başlanan hareketin icrasına, başka bir ülkede devam edilmiş olması veya tamamlanmış olması ya da yabancı bir ülkede işlenmesine başlanan bir suçun, icra hareketlerinin Türkiye’de devam etmiş olması hallerinde, suç Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır³¹⁷.

Suçların içtimaı hallerinden biri olan zincirleme suçlarda, zincirleme suç ilişkisine giren suçlardan birisinin, Türkiye’de işlenmiş olması durumunda, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır. Zincirleme suç ilişkisi içinde bulunan suçlardan bir kısmı, yabancı bir ülkede işlenmiş olsa dahi, aynı suç işleme kararı kapsamında ise, TCK.

³¹³ Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul: 1954, s. 91; Ayhan Önder, “Suçun İşlendiği Yer”, **Adalet Dergisi**, Yıl. 52, Sayı. 1-2, (Ocak- Şubat 1961), s. 97; Hamide Zafer, “Mesafe Suçu”, **Argumentum**, Cilt.1, Sayı. 3, (Ekim 1990), s. 32.

³¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Önder, “Suçun İşlendiği Yer”, s. 100 vd.

³¹⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1048; Hakeri, Genel Hükümler, s. 77. Bilişim sistemine erişim suçunun nerede işlendiği sorunu bakımından mesafe suçları özellik arz etmektedir. Bilişim sistemine fiziksel temas ile girilmesi halinde, eylemin yapıldığı yerde suç işlenmiş sayılır. Ancak bilişim sistemine ağ ile erişildiği takdirde suçun, araç bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi, yoksa hedef bilişim sisteminin bulunduğu yerde mi işlendiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Öğretide Artuk/Gökçen/Yenidünya suçun, hareket, hareketin kısımları ve neticenin gerçekleştirildiği her yerde işlenmiş sayılması gerektiği görüşündedirler. Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1051.

³¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s.1049.

³¹⁷ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 120.

m.43 gereğince ceza artırılabilir ancak yabancı ülkede işlenen suç ve hakkında hüküm verilmiş olan suçlar, zincirleme suç ilişkisine girmezler³¹⁸.

Suçun özel görünüş şekillerinden biri olan teşebbüs hali de, suçun işlendiği yer bakımından bir takım özellikler göstermektedir. Buna göre, teşebbüs halinde kalmış suçlarda, fiilin icra hareketleri kısmen de olsa Türkiye’de gerçekleştirilmelidir. Teşebbüsün, mülkîlik ilkesine göre cezalandırılabilmesi için son icra hareketinin yapıldığı yerin, Türkiye olması gerekmektedir (CMK. m.12/2). Salt hazırlık hareketleri, başlı başına suç oluşturuyorsa veya iştirak halinde işlenen suçlarda fiile katkı niteliği taşıyorsa, suçun işlendiği yerin belirlenmesinde göz önünde bulundurulur³¹⁹. Öğretide, failin, neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi için icra hareketlerini yurt dışında gerçekleştirmesi halinde, suçun Türkiye’de işlenmiş sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, neticenin gerçekleşmesinin istenildiği yerde de suç işlenmiş sayılacaktır³²⁰. Diğer bir görüşe göre ise, icra hareketlerinin ve neticenin Türkiye’de gerçekleşmediği bir halde, suçun Türkiye’de işlenmiş sayılması mümkün değildir³²¹. TCK’nun 8. maddesinde de belirtildiği üzere, suçun Türkiye’de işlenmiş sayılabilmesi için, icra hareketlerinin ya da neticenin Türkiye’de gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Suçun bir diğer özel görünüş şekli olan iştirak halinde işlenen suçlarda, suçun işlendiği yerin belirlenmesine ilişkin TCK’nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. İştirak halinde işlenen suçun, icra hareketleri ya da neticesi Türkiye’de gerçekleşmişse, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır. Tüm şerikler hakkında TCK. uygulanır. Ancak, fail icra hareketlerini yabancı ülkede gerçekleştirmişse ve Türkiye’de bulunan kişi, azmettiren veya yardım eden olarak suçun işlenmesine iştirak etmişse TCK. m.8’e göre suç, Türkiye’de işlenmiş sayılmaz. Suç tipinde belirtilen fiilin ya da neticenin Türkiye’de meydana gelmesi halinde, suç Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır. TCK’nun 8.

³¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 92.

³¹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 92.

³²⁰ Veli Özer Özbek, **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı, (Açıklamalı, Gereççeli İctihadlı) Cilt.1, Genel Hükümler, (Madde1-75)**, 4. Baskı, Ankara: Seçkin 2010, s. 226.

³²¹ Hakeri, s. 72. Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s.92; Koca/Üzülmez, s. 72.

maddesinin, bu durumda uygulama alanı olmasa da, koşulları oluştuğunda TCK. m.10-13 hükümlerine göre yargılama yapılması ve cezalandırılma mümkündür³²².

Öğretide iştirak halinde işlenen suçlarla ilgili olarak, suçun işlendiği yerin nasıl tespit edileceği hususunda açık bir düzenlemenin olmamasının eksiklik oluşturduğu ifade edilmektedir³²³. Alman Ceza Kanunu m.9/2’de³²⁴ iştirakin, hem fiilin işlendiği yerde, hem de şerikin hareketi yaptığı veya ihmali suçlarda hareketi yapmakla yükümlü olduğu veya tasavvuruna göre fiilin işlenmesini istediği yerde gerçekleşeceği belirtilmiştir. Yurt dışında işlenen bir suça, ülke içinde bir hareketle iştirak edilmişse şerik, fiil suçun işlendiği yer hukukuna göre cezayı gerektirmese dahi, iştirak bakımından Alman Ceza Kanuna’na göre cezalandırılacaktır³²⁵. Türk Ceza Hukuku’nda ise, yabancı ülkede işlenen suça, Türkiye’den azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak edilmesi durumunda, suçun Türkiye’de işlenmiş sayılması için, TCK’nda açık bir düzenlemeye gerek vardır. Açık bir düzenleme yapılmadan yabancı ülkede işlenen suça Türkiye’den iştirak edilmesi halinde şeriklerin, TCK’nun 8. maddesi gereğince yargılanmaları, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacaktır³²⁶.

Türk Ceza Kanunu’nun 8. maddesinde, bir suçun Türkiye’de işlenmiş sayılacağı durumlar belirtilmekte; TCK’nun 9. maddesinde ise, Türkiye’de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimsenin, Türkiye’de yeniden yargılanacağı düzenlenmektedir. TCK’nun 8. ve 9. maddeleri, mülkiyet

³²² Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1050; Koca/Üzülmez, s. 73.

³²³ Mehmet Emin Artuk, Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s. 74; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s. 337; Mahmut Koca, “Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanması”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, (Bahar 2005), s. 28.

³²⁴ “1-) Bir suç, failin hareketi yaptığı veya ihmali suretiyle işlenen suçlarda hareketi yapmak zorunda olmasına rağmen yapmadığı veya kanundaki suç tipinde gösterilen neticenin gerçekleştiği veya failin tasavvuru gereğince gerçekleşmesi gereken her yerde işlenmiş sayılır.

2- İştirak halinde işlenen suç, gerek fiilin işlendiği yerde gerekse şerikin hareketi yaptığı veya ihmali suretiyle işlenen suçlarda hareketi yapmak zorunda olmasına rağmen, yapmadığı veya kendi tasavvuruna göre, fiilin işlenmesinin gerektiği her yerde işlenmiş sayılır. Şerik yurt dışında işlenen bir suça, ülke içinde yaptığı bir hareket ile iştirak etmişse, hareketi fiilin işlendiği yer hukukuna göre ceza tehdidi altına alınmış olmasa dahi, şeriklik hakkında Alman Ceza Hukuku uygulanır.” Alman Ceza Kanunu m.9. Bkz. Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük**, İstanbul: Beta, 2009, s. 9.

³²⁵ Koca/Üzülmez, s. 73.

³²⁶ Koca/Üzülmez, s. 74.

ilkesinin TCK'ndaki yansıma şekilleridir. Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesine göre, Türkiye'de işlenen bir suçun yabancı ülkede yargılanması ve hüküm verilmesi durumunda, bu hükme önleme etkisi tanınmamaktadır. Klasik örnek üzerinden hareket edecek olursak; Türkiye üzerinden Almanya'ya uyuşturucu madde ihraç eden kimse, bu fiili dolayısıyla Almanya'da Almanya'ya uyuşturucu madde ithal suçunu işlediğinden dolayı yargılandığı zaman, TCK. m.8 gereğince suçu Türkiye'de gerçekleştirdiğinden, Türkiye'de yeniden yargılanabilecektir³²⁷. TCK'nun 188. maddesinin gerekçesinde, diğer ülkede uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yargılama yapılmasının veya bir cezaya mahkûm olunmasının, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yargılama yapmasına engel teşkil etmediği, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal veya ticareti suçlarıyla ilgili olarak uluslararası alanda ne bis in idem ilkesine geçerlilik tanınmadığı belirtilmiştir³²⁸.

Türkiye'den yapılan uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı, karşı ülke açısından ithal oluşturduğu için, bu ülkede yapılan yargılama sonucunda mahkum olunan hapis cezasının kurumda infaz edilen kısmı, Türkiye'de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılan yargılama sonucunda mahkum olunan hapis cezasından mahsup edilecektir. Bu suretle, aynı fiilden dolayı yabancı ülkede verilen mahkûmiyet kararı infaz edildiği halde, infaz edilen kısmın gözönünde tutulmaması ve Türkiye'deki mahkûmiyetten mahsup edilmemesi halinde, Türkiye'nin uluslararası alanda zorda kalmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır³²⁹. Ancak, mahsup ne bis in idem ilkesinin aykırılığını ortadan kaldıracak bir etkiyi haiz değildir, sadece çifte cezalandırmanın ortaya çıkaracağı sonucun ağırlığı hafifletilmek istenilmiştir³³⁰.

Öğretide Yenisey, aynı uyuşturucu maddenin, çeşitli devletlerin sınırından geçirilerek, suçun birkaç devletin ülkesinde işlenmesi halinde, fiilin tek sayılması gerektiğini belirtmiştir. Uyuşturucu madde ticareti suçlarında, ceza hukuku açısından aynı uyuşturucu maddenin, birden fazla devletten geçirilmesi ile suçun her bir devlette

³²⁷ Hakeri, s. 87.

³²⁸ Madde gerekçesi için bkz. Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **TCK Şerhi, 4. Cilt, Madde 132-234**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 3916.

³²⁹ Hamide Zafer, "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188)", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı-2 İlaç Hukuku Sempozyumu**, İstanbul: 2007, s. 123.

³³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, s. 658.

işlendiği kabul edilmektedir. Ancak, fiil, ceza muhakemesi hukuku bakımından tek fiildir. Sanık tarafından Türkiye’de yapılmış bulunan fiiller ve hareketler, diğer ülkede yargılanmamış suçun parçaları iseler, yurt dışındaki yargılama sırasında iddianameye girmiş, duruşmada tartışılmış, yargılanmamışlardır. Bu durumda yabancı ülkede verilen hüküm, yurt dışında infaz edilmişse ikinci bir dava Türkiye’de açılmaz. Ancak ilk davada hiç ileri sürülmemiş ve tartışılmamış yeni bir olay, Türkiye’de işlenmiş suç durumunu ortaya koyarsa, bu fiillerin cezalandırılması için Türkiye’de ikinci dava açılabilir ve hüküm verilebilir³³¹.

Türk Ceza Kanunu m.188/2’de yer alan uyuşturucu madde ticareti suçunda, Türkiye’de işlenen fiil ile yurt dışında işlenen fiil, ayrı ve bağımsız bir suç oluştursaydı bu durumda, Türkiye’de işlenen fiil dolayısıyla Türkiye’de yargılama yapılması, doğal bir sonuç olacaktı ancak ithal ve ihraç fiilleri seçimlik hareketlerdir ve hareketlerden birinin yapılması ile suç tamamlanır. Ortada bağımsız iki suç bulunmamaktadır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, Türk Ceza Kanunu’nun 9. maddesinin, kesin hükmün önleme etkisi bakımından göstereceği özellikler şu şekilde sıralanabilir:

Öncelikle, Türk Ceza Kanunun’unun 9. maddesinde, suçun işlendiği yer ölçüt olarak alınmadığı, yabancı yargıya kesin hükmün önleme etkisi tanınmadığı ifade edilmelidir. Bu durumda, Türkiye’de işlenen bir suçtan dolayı bir kişi, yabancı ülkede yargılanıp hakkında hüküm kurulduğunda, Türkiye’de tekrar yargılanabilecektir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, madde metninde, işlenen suçlar ve fail bakımından bir ayırım yapılmamış olmasıdır. Türkiye’de suç işleyen herhangi bir kişi, vatandaş, yabancı veya vatansız, bu fiil nedeniyle, yurt dışında yargılansa, mahkûm olsa, cezasını çekmiş dahi olsa Türkiye’de re’sen yeniden yargılanabilecektir³³². Bu durumda, Türkiye’de suç işleyen bir yabancı, yabancı ülkede, işlediği bu suçtan dolayı

³³¹ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 248, 251. Yurt dışında hükümlü olan vatandaşların çoğu cezasının geri kalan kısmını Türkiye’de çekmek istemekte ancak yeniden yargılanma ve cezalandırılma korkusu taşımaktadır. Bu nedenle, sorgulama esnasında uyuşturucunun Türkiye bağlantısı, Türkiye’deki deliller ve failer hakkında beyanda bulunmamakta, bu nedenle, ülkemizde işlenen pek çok yasadışı eylem gizli kalmaktadır. Ergil Ergül, “Ne Bis In Idem İlkesi Açısından TCK’nun 403/4 Maddesi”, **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**, S. 26, (Ocak 1998), s. 15.

³³² Erol Cihan ve Feridun Yenisey, “TCK’nun Yer Bakımından Uygulanması ve Evrensellik İlkesi”, **Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt I**, Ankara: Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Derneği, Şubat 2008, s. 558.

yargılandığında, mahkûm olduğunda ve hatta cezası da infaz edildiğinde, Türkiye’de tekrar ve re’sen yargılanacaktır. Yargılanmaktan kurtulmanın tek yolu, zamanaşımının dolmasını beklemektir³³³.

Madde metninde hüküm kelimesi kullanıldığından, mahkûmiyet ya da beraat kararları arasında bir fark görülmemektedir³³⁴. Ayrıca, yabancı ülkede verilen hükmün kesinleşmiş olup olmaması, infaz edilmiş olup olmaması arasında bir ayırım yapılmamıştır³³⁵. Öğretide bir görüşe göre, madde metninde yer alan hüküm ifadesi, uyumsuzluğu esastan çözen kararlar olmaması nedeniyle davanın reddi ve düşme kararını içermemektedir³³⁶. Bir diğer görüş ise, TCK. m.9 anlamındaki hüküm deyiminden CMK. m.223/1. c.1’de ifade edilen hüküm çeşitlerinin anlaşılması gerektiğini, bu nedenle düşme kararının da, hüküm ifadesi kapsamı içerisinde değerlendirileceğini belirtmektedir³³⁷.

Ancak, Türk mahkemesinin, Türk hukukuna göre yargılama yapıp hüküm vereceği göz önünde bulundurulduğunda, yabancı ülkede yapılan yargılama sonucunun hüküm olup olmadığının, Türk hukukuna göre belirlenmesinin bir anlamı olmadığı ifade edilebilir. Bu durumda, Türkiye’de yapılacak olan yargılamada, yabancı mahkemenin yapmış olduğu işlemler dikkate alınmayacak, Türk hukukuna göre yargılama yapıp hüküm verilecektir³³⁸. Eğer yabancı ülkede yapılan yargılama sonucunda ceza infaz edilmişse, TCK.m.16 hükmüne göre mahsup işlemi gerçekleştirilecektir.

Öğretide, Türk Ceza Kanunu’nun 9. maddesindeki düzenlemenin, ne bis in idem ilkesine aykırı olup olmadığı hususu konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK’nun 9. maddesinin ne bis in idem ilkesine aykırı

³³³ Türkiye’de suç işleyen kimse, Türk kamu düzenini bozmuştur. Bu açıdan failin, Türk ya da yabancı olması arasında fark gözetilmeksizin TCK. 8. ve 9. maddeleri gereğince, Türkiye’de yargılanması isabetlidir. Türk ya da yabancı arasında ayırım yapılmaması, eşitlik ilkesinin gereğidir. 765 sayılı TCK’nun 3. maddesine göre, bir yabancı, Türkiye’de suç işlerse ve hakkında yabancı bir ülkede hüküm verilmişse, bu yabancı Türkiye’de Adalet Bakanı’nın talebi ile yeniden yargılanabiliyordu. Türk vatandaşı ise Türkiye’de re’sen yargılanıyordu. 5237 sayılı TCK. bu durumun eşitlik ilkesine aykırı olduğundan bahisle bu ayırımı kaldırmıştır. Koca, “Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanması”, s. 30; Koca/Üzülmez, dn. 193, s. 80.

³³⁴ Cihan/Yenisey, “Evrensellik İlkesi”, s. 558.

³³⁵ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 657.

³³⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 765 vd.

³³⁷ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 94.

³³⁸ Koca/Üzülmez, s. 81; Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 229.

olduğunu, ilkenin sadece bir iç hukuk kuralı olmadığını belirtmektedirler. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nde ilkeye yer verildiğini, Türkiye'nin Sözleşme'yi onayladığını, Sözleşme'ye katılan devletlerin ülkelerinden birinde yapılan yargılama nedeniyle, aynı kişinin, aynı eylemden dolayı, diğer bir sözleşen devlet ülkesinde yargılanamayacağını belirtmektedirler³³⁹.

Yarsuvat/Bayraktar da TCK'nun 9. maddesinin, ne bis in idem ilkesine aykırı olduğu, Türkiye'de egemenlik ilkesi gereğince yargılama yapılması isteniyorsa, sadece TCK'daki yaptırımın daha ağır olması halinde, Türkiye'de yeniden yargılama yapılacağını belirten bir düzenlemenin yapılabileceği görüşündedirler³⁴⁰.

Ünver/Hakeri, maddenin düzenleniş şeklinin, İHAS Ek protokol 7/4 ve CMK. m.223/7 hükümlerine aykırı bir düzenleme getirdiğini belirtmektedirler³⁴¹.

Tezcan/Erdem/Önok ise, söz konusu düzenlemenin ne bis in idem ilkesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülse de, egemen görüşe göre, ne bis in idem ilkesinin uluslararası hukuk ilkesi, uluslararası örf adet hukuku ya da hukukun genel ilkesi olmadığını; İHAS Ek Protokol 7/4, BM MvSHS m.14/7 hükümlerinde ne bis in idem ilkesine yer verildiğini, ancak bu Sözleşmeler'de, yabancı ülkede verilmiş olan bir karara ceza davasını tüketici bir etki, uluslararası bir etki tanınmadığını belirtmektedirler. Sözleşmelerde aynı fiilin, aynı devlet tarafından kovuşturulması yasağının düzenlendiği, ancak, aynı fiilin farklı devletler tarafından kovuşturulması yönünde bir yasak getirilmediği, bu nedenle yabancı mahkeme kararlarının suçun işlendiği ülkede kovuşturma engeli yaratmamasının, ne bis in idem ilkesine aykırılık oluşturmadığı görüşündedirler³⁴².

Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinin, ne bis in idem ilkesine aykırı olup olmadığı, maddenin düzenlenmesinde kullanılan ölçüt ile taraf olduğumuz uluslararası

³³⁹ Artuk/Çınar s. 75; Artuk /Gökçen/ Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1052.Aynı yönde bkz. Veli Özer Özbek, TCK İzmir Şerhi, s. 166.

³⁴⁰ Duygun Yarsuvat, Köksal Bayraktar "Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Görüşleri", **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s. 292.

³⁴¹ Ünver/Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 656 vd.

³⁴² Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Ceza Hukuku, s. 94.

sözleşmelerin TCK. m.9 hükmü üzerindeki etkisi dikkate alınarak değerlendirilebilir. Buna göre:

Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde, devletin egemenlik hakkına dayanılarak, suçun Türkiye'de işlenmiş olması ölçüt olarak alınmıştır. Buna göre, Türkiye'de işlenen suç, Türk kamu düzenini bozduğundan, fail Türkiye'de yargılanır. Ancak, ne bis in idem ilkesi bakımından önemli olan husus, suçun işlendiği yer değil, suçun kesinleşmiş bir yargı kararına konu olup olmamasıdır. Ne bis in idem ilkesinde kural, TCK'nun 9. maddesinde olduğu gibi tekrar yargılamayı kabul etmek değil, ikinci kez dava açılmasının ve yargılama yapılmasının engellenmesidir³⁴³. Ölçüt olarak fiilin daha önce kesinleşmiş bir yargı kararına konu olup olmadığı alınmalıdır. Bu nedenle maddede ne bis in idem ilkesine aykırı bir düzenleme getirildiği söylenebilir.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde işlenen suçlar bakımından da herhangi bir ayırım yapılmamış olmasıdır. Buna göre, eğer Türkiye'de işlenen suç, uluslararası bir suç ise ve bu suçtan dolayı yabancı bir ülkede yargılama yapılmış ise, Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilecektir. Ancak ifade edilmelidir ki, uluslararası suçlar, uluslararası toplumun yararını ihlal etmektedir. Bir uluslararası suçun, bir ülkede yargılanması ile uluslararası toplumun menfaatinin gereği yerine getirilmektedir. Bu nedenle, uluslararası bir suç Türkiye'de işlenmiş olsa dahi, yabancı ülkede yargılama yapılarak hüküm verilmişse, aynı kişi TCK'nun 9. maddesi gereğince tekrar Türkiye'de yargılanmamalıdır. Bu nedenle TCK'nun 9. maddesinde uluslararası suçlara ilişkin olarak istisna hükmü konulması düşünülebilir. Ya da Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinde, uluslararası suçun Türkiye'de işlenmiş olması halinde yabancı ülkede hüküm verilmişse, aynı suçtan dolayı, aynı kişi hakkında Türkiye'de yargılama yapılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılabilir. Zira evrensellik ilkesi kapsamında olan uluslararası suçlara ilişkin düzenlemeye bakıldığında TCK m.13'de yabancı ülkede suçun işlenilmesi söz konusudur.

Ayrıca taraf olduğumuz Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nin, ne bis in idem ilkesine uluslararası geçerlilik tanınmasının, TCK'nun 9. maddesi üzerindeki etkisi değerlendirilmelidir. Söz konusu Sözleşme, ne

³⁴³ Ünver/ Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 657.

bis in idem ilkesine ancak belirli koşullar söz konusu olduğunda istisna getirilebileceğini, bu istisnalar dışında, ne bis in idem ilkesinin, sözleşen devletler arasında, uluslararası geçerliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Söz konusu istisnalar, failin kamusal nitelik taşıması ve fiilin kamusal nitelikte kişiye, kuruma, şeye karşı işlenmiş olmasıdır. Bu gibi durumlarda, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Koğuşurmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde ne bis in idem ilkesine istisna getirilebileceği ifade edilmektedir. Bu noktada her iki Sözleşme'nin istisna tanıyan hükümlerinin geçerli olabilmesi için, iç hukukta bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Çünkü istisna tanıyan söz konusu Sözleşme hükümleri, soyut norm niteliğindedir. Soyut norm niteliğindeki düzenlemeler suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince iç hukukta somutlaştırılmadan bir etki göstermez. Bu nedenle söz konusu istisnaların hüküm ifade edebilmesi için, TCK'nun 9. maddesinde "Fiil kamusal nitelikte bir kişiye, kuruma ya da şeye karşı işlenmişse veya fail kamusal bir nitelik taşıyorsa tekrar Türkiye'de yargılanır" gibi³⁴⁴ açık bir düzenlemeye yer verilmesi gereklidir. Bu suretle işlenen suçlar bakımından da bir ayırım yapılmış olacaktır.

Diğer taraftan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi m.53/3'de "ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de kendisi koğuşurma istemiş olmadıkça " ne bis in idem" sonucunu kabule mecbur değildir" düzenlemesi yer almaktadır. Buna göre, eğer bir suç Sözleşen devletin ülkesinde işlenmiş, bir diğer Sözleşen devlet yargılama yaparak karar vermişse; ülkesinde suç işlenen Sözleşen devlet, diğer Sözleşen devletin ceza yargısını kabul etmek mecburiyetinde olmayıp, kendisi yeniden yargılama yapabilir. Dolayısıyla Sözleşme hükmü ile TCK m.9 arasında bu bakımdan bir çelişki söz konusu değildir; zira Sözleşme bu durumda, Sözleşen devlete iç hukukunda önleme etkisine geçerlilik tanımama imkanı vermektedir.

³⁴⁴ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 235.

B. Şahsilik İlkesi

Şahsilik ilkesi ve ne bis in idem başlığı altında, faile göre şahsilik ve mağdura göre şahsilik ilkeleri hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan ilgili hükümlerde kesin hükün önelem etkisi incelenecektir.

1. Faile Göre Şahsilik İlkesi

Yabancı ülkede işledikleri suçlardan dolayı failin vatandaşlığı dikkate alınarak, haklarında vatandaşı oldukları devlet ceza kanunlarının uygulanması sistemi, faile göre şahsilik sistemidir³⁴⁵. Ceza kanunlarının yalnız vatandaşlar hakkında uygulanmasını isteyen bu sisteme³⁴⁶ “ceza kanunlarının uyruğa ait olması” denir. Suç ister ülkede, ister ülke dışında işlenmiş olsun, yurttaş uyruğu bulunduğu devletin kanununa tabidir³⁴⁷. Bu ilke, insanın hukuki statüsünün belirlenmesinde, vatandaşlık bağının önemli olmasına dayanır. Kişiler, vatandaşı olduğu devletin kanunlarına uygun hareket etmek zorundadır. Diğer yandan devlet, vatandaşını koruma yükümlülüğü yanında, yabancı ülkede suç işleyen yurttaşlarını cezalandırabilme yetkisine sahiptir³⁴⁸. Özellikle Kıta Avrupası'nda, vatandaş iade edilmez kuralı gereğince çoğu zaman, söz konusu kişinin ülkede bulunması koşuluna bağlı olarak, yurt dışında suç işleyen vatandaşlar yargılanmaktadır. Anglo Amerikan sistemde ise, yargılamaya ilişkin gerekli güvence verildiği takdirde, yurt dışında suç işleyen vatandaşı, başka ülkeye geri vermekte büyük sakınca görülmemektedir. Anglo-Amerikan sistemi, şahsilik ilkesi çerçevesinde vatandaşın geri verilmesini kabul ederek mülkilik ilkesine bağlı kalmaya ve yetki çatışmalarını önlemeye çalışmaktadır. Vatandaşın bir suç nedeniyle başka bir devlete iadesini, vatandaşın iade edilmeyeceği gerekçesi ile yasaklayan sistemlerde, faile göre şahsilik ilkesi pratik bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. Fail, yabancı devlette suçu işledikten sonra kaçtığına, geri verilmeyecek ve bu ilke gereğince vatandaşı olduğu ülkede ceza sorumluluğuna gidilebilecektir³⁴⁹.

³⁴⁵ Dönmezer/Erman, C.III, s. 250.

³⁴⁶ Faile göre şahsilik ilkesinin lehinde ve aleyhinde görüşler için bkz. Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 113.

³⁴⁷ Erem/Danışman/Artuk, s. 152.

³⁴⁸ Centel/Zafer/Çakmut, genel Hükümler, s. 129.

³⁴⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s.134, 135; Demirbaş, Genel Hükümler, s.161.

Türk ceza hukukunda, faile göre şahsılık ilkesi ve ne bis in idem ilkesi; Türkiye namına memuriyet veya görev yapan kişilerin, yabancı ülkede işlediği suçlar ve Türk vatandaşlarının, yabancı ülkede işlediği suçlar başlıkları altında incelenecektir.

a. Türkiye Namına Memuriyet veya Görev Yapan Kişilerin Yabancı Ülkede İşlediği Suçlar (TCK. m.10)

Türkiye namına memuriyet veya görev yapan kişilerin, yabancı ülkede işlediği suçlar, şahsılık ilkesi içinde değerlendirilen özel bir durumdur. Yurt dışında görevlendirilen memurlarla, görevleri sırasında veya görevlerinin devam ettiği dönemde işledikleri suçların yargılanmasına ilişkin olan bu konu TCK m.10'da düzenlenmiştir³⁵⁰.

Türk Ceza Kanunu'nun 10. maddesine göre, yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenen ve memuriyet veya görevden dolayı suç işleyen kimse, fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş olsa dahi Türkiye'de yeniden yargılanır³⁵¹. Fail Türk ya da yabancı olabilir. Yurt dışında görev yapan kişi, bir askeri birlik mensubu olabileceği gibi, diplomatik veya konsolosluk statüsüne sahip bir misyonda görevlendirilen memur da olabilir. Kişinin bu statüye sahip olması şart olmayıp örneğin, ikili kültür anlaşmaları çerçevesinde görevlendirilen bir öğretmen olması da mümkündür³⁵². Ancak, Türkiye adına memuriyet yapan kişi, ancak bir Türk vatandaşı olabilirken; Türkiye adına görev yapan kişi, bir yabancı da olabilir³⁵³. Memuriyet veya görevin geçici veya sürekli devlet veya herhangi bir kuruluş

³⁵⁰ Öğretide Koca/Üzülmez, faile göre şahsılık sisteminin, yurt dışında suç işleyen vatandaşa ülke kanununun uygulanması esasına dayandığını; yurt dışında suç işleyen kişinin, Türk vatandaşı olmasının zorunlu olduğunu belirterek, görev suçlarını, koruma ilkesi başlığı altında incelemektedirler. Görev suçlarında, yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet yapan kişinin, Türk vatandaşı olması zorunlu iken, Türkiye namına görev yapan kişinin, Türk vatandaşı olması zorunlu değildir. Vatandaş olmayan kişiye TCK'nun uygulanmasının nedeni, Türkiye adına üstlenilen görev dolayısıyla işlenen suçun, devlet idaresinin uluslararası saygınlığını rencide ediyor olmasıdır. Bkz. Koca/Üzülmez, s. 89. Özbek ise, TCK. m.10'un, şahsılık prensibinin sonucu olduğunu, amaç devleti koruma olsa da, hükmün uygulanması için devletin menfaatinin zedelenmiş olmasının şart olmadığını, bu nedenle, faile göre şahsılık prensibinin ön planda tutulduğunu belirtmektedir. Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 143.

³⁵¹ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 130; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler s. 1059; Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 143; Demirbaş, Genel Hükümler, s.162; Hakeri, s. 89.

³⁵² Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 143.

³⁵³ Uluslararası bir yargı organı önünde, Türkiye'yi temsil eden yabancı uyruklu bir hukukçu veya bir danışmanın bu görevi esnasında suç işlemesi halinde, Türk vatandaşı olmayan bir kişinin işlediği suç söz konusudur. Kayıhan İçel, Süheyl Donay, **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap**, Yenileştirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul: Beta, 1999, s. 177.

adına yapılmış bulunması önemli değildir³⁵⁴. Türkiye adına memuriyet veya görev yapan ifadesinden ne anlaşılmalıdır? Bir görüşe göre, yapılan görevin, Türk Devleti adına yapılması gerektiğinden, Belediyeler ve iktisadi devlet teşekkülleri tarafından yabancı ülkelere gönderilen kişiler, Türkiye adına görev yapmış sayılmazlar. Bu kişiler bakımından vatandaşın yurt dışında suç işlemesine ilişkin hükümler uygulanır³⁵⁵. Diğer görüş ise, “Türkiye adına” ifadesinin dar yorumlanmaması gerektiğini, anılan kimselerin de Türkiye adına görev yapan kişiler kapsamında olduğunu belirtmektedir.

İşlenen suçun, yapılan memuriyet veya görevden doğmuş olması yeterli olup, suçun niteliği önemli değildir. Görev veya memuriyetle işlenen suç arasında bağlantının bulunması yeterlidir. Görev suçu, TCK. m.13 kapsamına girse dahi, fail hakkında TCK'nun 10. maddesinin uygulanması gerekir. TCK. m.10'da, işlenen suçun TCK'nun 13. maddesinde sayılan suçlardan birisi olmaması koşuluna yer verilmemiştir³⁵⁶. Yabancı ülkede işlenen suç, şahsi suç ise TCK. m.10 değil, TCK. m.11 hükmü uygulanacaktır³⁵⁷.

Yukarıda kısaca açıklanan koşullar gerçekleştiği takdirde, yabancı ülkede hüküm verilmiş olması halinde, Türkiye'de suçun türüne, cezanın ağırlığına, suçtan zarar görenin uyruğuna ilişkin başkaca koşul aranmadan, yargılama yapılabilir. Yabancı ülkede çekilen ceza, Türkiye'de verilen hükümden mahsup edilebilir³⁵⁸.

Ancak maddenin kaleme alınmış şeklinden, yabancı ülkede yapılan yargılamada, beraat kararı verildiği durumda, Türkiye'de yeniden yargılama yapıp yapılamayacağı hususunun anlaşılmadığı söylenebilir. TBMM Adalet Alt Komisyonu çalışmalarında, beraat ya da zamanaşımının dolması suretiyle, kamu davasının düşürülmesine karar verilmesi halinde, öncelikle yeniden yargılama yapılabileceği öne sürülerek, madde metni mevcut hali ile kaleme alınmıştır³⁵⁹. Hüküm çeşidinin önemi yoktur. Mahkûmiyet halinde yeniden yargılama yapıldığına ve mahkûmiyet hükmü kesin hükmün önleme etkisi göstermediğine göre, beraat ve düşme kararları da önleme etkisi göstermeyecek

³⁵⁴ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 132.

³⁵⁵ Dönmezer/Erman, C.III, s. 372.

³⁵⁶ Koca/Üzülmez, s. 89.

³⁵⁷ Özbek ve Diğerleri, Genel Hükümler, s. 144.

³⁵⁸ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 160.

³⁵⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 771.

ve yeniden yargılama yapılabilecektir³⁶⁰. Madde metninde “mahkûmiyet hükmü verilmiş bulunda bile” ibaresine yer verilme nedeni, olası tartışmaları kaldırmak amaçlıdır.

Belirtilmesi gereken bir diğer husus, yabancı ülkede işlenen görev suçundan dolayı, Türkiye’de bulunma koşulu aranmadan re’sen kovuşturma başlatılacağıdır. Bu suçlar, Türkiye zararına işlenmiş olduklarından, yabancı yasa hükümleri göz önünde bulundurulmayacaktır³⁶¹. Eğer yabancı ülkede mahkûm olunan ceza, bu ülkede tamamen ya da kısmen infaz edilmişse, infaz edilen bu ceza miktarının, Türkiye’de hükümlenen cezadan mahsup edilmesi gerekir. Bu durumda, yabancı bir ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye’de verilecek cezadan mahsup edilir³⁶². Görevle ilgili suç, Türkiye zararına işlenmiş sayılacağından, TCK. m.19/2’ ye göre, cezalandırmada yabancı yasa lehte dahi olsa, uygulanmaz sadece Türk yasaları esas alınır³⁶³.

Yurt dışında memuriyet görevi yapan kişilerin çoğu, diplomasi dokunulmazlığından yararlanacağı için suçun işlendiği ülkede haklarında kovuşturulma yapılması imkânsızdır. Dokunulmazlığı bulunmayan kişilerin işledikleri suçtan dolayı, yabancı ülkede yargılanmaları mümkündür. Ancak, yabancı ülkede kovuşturulmaları ve haklarında hüküm verilmiş olması, Türkiye’de yeniden yargılanmalarına engel değildir³⁶⁴. TCK’nun 10. maddesinde yer alan, “mahkûmiyet hükmü verilmiş olsa bile” ifadesi, görev suçlarından dolayı kesin hükmün önleme etkisinin tanınmadığını açıkça göstermektedir³⁶⁵.

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu’nun 10. maddesine göre, yabancı ülkede hüküm verilmiş olmasının önleme etkisi yaratmaması, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere herhangi bir aykırılık yaratmamaktadır. Çünkü bu kapsama

³⁶⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 771.

³⁶¹ Dönmezer/Erman, C.III, s. 372.

³⁶² Centel/ Zafer /Çakmut, Genel Hükümler, s. 130; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1059.

³⁶³ Centel/ Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 130; Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 144.

³⁶⁴ Koca/Üzülmez, s. 89.

³⁶⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 144.

giren suçlar, Türkiye zararına işlenen suçlar olup, failer kamu görevlileridir³⁶⁶. CYMDAS. m.53/2'de ve CKADAS. m.35/2'de yer alan düzenlemelere göre, yargıya konu olan kişi, kamusal nitelikte ise Sözleşen devletler kovuşturma istemedikçe, kesin hükmün önleme etkisini kabul etmeye mecbur değildirler. Failler, kamu görevi yapan kişiler ya da memurlar oldukları için kamusal nitelik taşımaktadırlar. Bu sebeple, Sözleşmeler'e göre taraf devlet, iç hukukunda, bu kişilerin işledikleri suçlar bakımından, kesin hükmün önleme etkisini kabul etmeye mecbur değildir.

b. Türk Vatandaşlarının Yabancı Ülkede İşlediği Suçlar (TCK. m.11/1)

Faile göre şahsilik ilkesinin, Türk Ceza Kanunu'ndaki bir diğer yansıması, Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, Türk Vatandaşlarının yabancı ülkede işlediği suçlara ilişkin düzenlemedir. Buna göre:

Yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve kovuşturulabilirliğin bulunması koşuluyla;

a- Bir Türk Vatandaşının TCK. 13.maddede yazılı suçlar dışında

b- Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi de Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır.

Türk Ceza Kanunu m.11/1'e göre, yabancı ülkede suç işleyen failin, Türkiye'de cezalandırılması için Türk vatandaşı olması gerekir. Vatandaşlık, Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre belirlenir ve TCK. m.6/1- a gereğince, fiilin işlendiği anda vatandaşlığın var olması gerekir. Fiil işlendikten sonra vatandaşlığın kaybedilmesi, bu hükmün uygulanmasını engellemez. İşlenen suç, TCK. m.13 kapsamı dışındaki suçlardan olmalı ve hapis cezasını gerektirmelidir. Suçun karşılığında adli para cezası ya da seçimlik olarak adli para cezası öngörülmüşse, Türkiye'de yargılama yapılamaz. Eğer suçun cezası, aşağı sınırı bir yıldan az hapis cezasını gerektiriyorsa, Türkiye'de yargılama yapılması, zarar görenin ya da yabancı hükümetin şikayetine bağlıdır. Yurt dışında suç işleyen vatandaşın, Türkiye'de yargılanabilmesi için failin Türkiye'de

³⁶⁶ Centel/Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 132; Artuk/ Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1059.

bulunması, kovuşturma şartıdır³⁶⁷. Eğer suçtan dolayı mağdur olan kişi yabancı ise, fiilin işlendiği ülkenin yasalarına göre de suç olması gerekir. Eğer fiilden dolayı mağdur olan yabancıyı, söz konusu fiilin işlendiği ülkenin yasası korumuyorsa, Türk yasalarından da bu koruma beklenilmemelidir³⁶⁸.

Türk vatandaşı olan fail, yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı yargılanmış ve cezası infaz edilmişse, Türkiye'ye geldiğinde faile göre şahsılık ilkesi gereğince yeniden yargılanacak mıdır? Yabancı ülkede verilen hüküm, fail bakımından kesin hükmün önleme etkisini gösterecek midir? 765 sayılı TCK. yürürlükteyken yapılan tartışmalarda, 765 sayılı TCK. m.5'de, TCK. m.4'de olduğu gibi açık bir hükme yer verilmediğini bu nedenle yurtdışında hüküm verilse bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılabileceği ifade edilmekteydi³⁶⁹. Aksi görüşte olanlar ise, 765 sayılı TCK'nun 4. ve 7. maddelerinde, yabancı memlekette hüküm verilmesi durumunda, Türkiye'de yargılama yapılmasının Adalet Bakanı'nın talebine bağlı olduğunu, TCK'nun 5. maddesinde ise, bu koşuldan bahsedilmediğini, re'sen kovuşturma yapılacağını öne sürmekteydiler. Türkiye'de yeniden yargılama yapılabileceği ve yapılan yargılama sonucunda verilen ceza, yabancı ülkedeki cezadan fazla ise, yabancı ülkedeki cezanın bundan indirilerek, kalan kısmın infaz edileceği ifade edilmekteydi³⁷⁰.

Türk Ceza Kanunu'nun m.11/1'deki düzenleme ile bu tartışmalara son verilmiştir. Yabancı ülkede suç işlemiş Türk vatandaşı, yabancı ülkede yargılanmış ve hakkında hüküm verilmişse, bu hükme kesin hükmün önleme etkisini tanımıştır. Buna göre, eğer failin yurt dışında işlemiş olduğu suç, şahsi suç ise, TCK. 10. maddedeki

³⁶⁷ Bu durumda, Ceza Muhakemesi Yasası'nın, sanığın yokluğunda yargılama yapılmasına imkân verme hükümleri uygulanamaz. Çünkü Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu aynı tarihte yürürlüğe girmiş olduğundan her yasa kendi alanında özel yasa olup uygulama önceliğine sahiptir. Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 132.

³⁶⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1057; Öğretide Demirbaş, TCK. m.11'de 765 sayılı TCK m.5/3'deki mağdur yabancı ise, fiilin işlendiği ülke kanununa göre de suç olması gerekir şartına, 5237 sayılı TCK'nda yer verilmemesinin, önemli bir eksiklik olduğunu, gerekçede bu hususa yer verilmesinin yeterli olmadığı görüşündedir. Demirbaş, Genel Hükümler, s. 162.

³⁶⁹ Tahir Taner, **Ceza Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1953, s. 225; Erem/Danışman/Artuk, s. 186; Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 163.

³⁷⁰ Kayıhan İçel, "Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. Maddesinin Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza Yargısı Failin Türkiye'de Yeniden Yargılanmasına Engel Olur mu?, Ne Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. XXXVII, S.1-4, s. 409; Hakkı Yaşar, "Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamları Muvacehesinde Uygulama", **Adalet Dergisi**, Yıl. 60, S.4, (Nisan 1969), s. 196 vd.

düzenlemeden farklı olarak, yabancı ülkede hüküm verilmiş olması durumunda, bu hüküm, Türkiye’de önleme etkisi doğuracak ve Türkiye’de bir muhakeme engeli yaratacaktır³⁷¹.

Bu nedenle, yabancı ülkede verilen “hüküm”den ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevaplandırılması gerekir. Maddenin gerekçesine bakıldığında, Türk vatandaşı hakkında yurt dışında işlediği suçtan dolayı, yurt dışında mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olması halinde, Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacaktır. Fail hakkında yurt dışında yargılama yapılmış ise, hakkında beraat ya da mahkûmiyet kararı verilmesi arasında bir fark yoktur. Yabancı mahkemelerden verilen hüküm, Türk yasalarına göre bir haktan yoksunluğu gerektiriyorsa, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, Türk yasalarındaki sonuçlarının geçerli olmasına karar verilir³⁷².

Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu m.11’e göre, yabancı mahkeme hükmünün ne bis in idem etkisi göstermesi için yabancı ülkede kısmen ya da tamamen infaz edilmiş olması gerekmez, hükmün verilmiş olması yeterlidir. Bu bakımdan, TCK. m.11’in uygulama alanı Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusundaki Avrupa Sözleşmesi’nden daha geniştir. Sözleşme hükmüne göre, yabancı mahkeme hükmünün, ne bis in idem etkisi yaratabilmesi için beraat kararı verilmiş veya mahkûmiyet hükmünün, kısmen ya da tamamen infaz edilmeye başlanmış olması gerekir³⁷³. Hüküm verildikten ve fakat fail cezasını çekmeden Türkiye’ye kaçması halinde ne olacaktır? Bu durumda, 3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun hükümleri gereğince, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de infazı gerekecektir³⁷⁴. Kanun’un m.3/5 hükmü uyarınca daha önce Türkiye’de, mahkûmiyetine

³⁷¹ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 133; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 163; Hakeri, s. 87.

³⁷² Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 134.

³⁷³ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 133.

³⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 135. Bu kanundaki şartların gerçekleşmemesi halinde nasıl hareket edileceği TCK’nda belirtilmemiştir, Koca, “Yer Bakımından Uygulama”, s. 33.

esas olan fiil sebebi ile soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması gerekir, eğer yapılmışsa infaz gerçekleştirilemez³⁷⁵.

Öğretide, fail hakkında yurt dışında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmişse, kesin hükmün varlığından söz edilemeyeceği, bu nedenle Türkiye’de yargılama yapılabileceği ileri sürülmektedir³⁷⁶. Bu görüş, kesin hükmün önleme etkisinin, hükmün kesinleşmesiyle ortaya çıkmasına dayanır. Ancak ortada teknik olarak kesin hüküm mevcut olmasa da, kesin hükmün önleme etkisini yaratan bir hal oluşmuş olabilir. Örneğin; failin fail tarafından işlenmediğinin ortaya çıkması halinde, o kişi hakkında verilmiş olan kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın, Türkiye’de de etki göstermesi gerekmektedir. Ancak yeni bir delil ya da olayın öğrenilmesine bağlı olarak fail hakkında, Türkiye’de yeniden soruşturma başlatılmalıdır. Zira CMK. m. 172/2 gereğince kovuşturmaya yer olmadığına dair karar kesinleştikten sonra önleyici bir etki yaratmaktadır³⁷⁷. Dolayısıyla paralel düzenlemeleri içeren yabancı ülkede verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itirazın reddi kararı da, ne bis in idem etkisi yaratabilir³⁷⁸.

2. Mağdura Göre Şahsilik İlkesi

Şahsilik sistemi, bazı hallerde suç failini, bazı hallerde suç mağdurunu esas alır. Mağdurun esas alındığı durumlarda, mağdurun vatandaşı olduğu ülkenin yasası uygulanır. Devletler kendi vatandaşına karşı suç işlenmişse, suç nerede işlenirse

³⁷⁵ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler; Recep Gülşen, “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında “Non Bis In Idem” İlkesi”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**, Eylül 2005, S. 6, s. 390.

³⁷⁶ Artuk /Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1059; Centel/Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 135; Demirbaş, Genel Hükümler, s. 162.

³⁷⁷ 765 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlükteyken, yurt dışında verilen takipsizlik kararlarının, failin Türkiye’de yargılamasına engel teşkil etmediği yönünde kararlar verilmiştir. “Sanık Latif Çırak’ın Türk vatandaşı olan Ahmet Ervani’yi Norveç’te öldürmesi dolayısıyla Norveç Kraliyet Savcılığınca, olayda meşru müdafaa bulunduğu kabul edilerek “Takipsizlik Kararı” verilmesi göz önünde tutularak, Uşak Ağır Ceza Mahkemesince, 14.11.1989 gün ve 149/229 sayı ile “Kamu davasının reddine” karar verilmişse de “Non bis in idem” kuralı gereğince, aynı eylemden iki defa cezalandırılmayı engelleyebilmek için, yabancı ülkede verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türkiye’de geçerli sayılması gerekmektedir birlikte, TCK’nın 5. maddesinin açıklığı karşısında takipsizlik kararlarının, yabancı ülkede mahkum olmadan Türkiye’ye gelen sanıkların, Türk kanunlarınca yargılanıp cezalandırılmalarını engellemeyeceği ve 27.12.1977 gün, 16157 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “15.2.1972 tarihli Ceza Kovuşturmaların Aktarılması Konusundaki Avrupa Sözleşmesi’nin 35. maddesi hükmü göz önünde tutularak yargılamaya devamla sanık L.Ç.hakkında karar verilmesi gerekirken....” Y.1.CD.24.01.1990, 84/35, Özgenç, Gazi Şerhi, dn.50, s.139

³⁷⁸ Gülşen, s. 390.

işlensin, suç failinin cezasız kalmaması için bu yöntemi kabul etmişlerdir³⁷⁹. Bu ilkenin temelinde, bir devletin ülkesinde bulunan yabancıların, ceza hukuku açısından korunması konusunda yeterli özeni göstermeyeceği düşüncesi yatar³⁸⁰. TCK. m.12/2'deki düzenleme, mağdura göre şahsilik ilkesinin yansımasıdır. Buna göre; yurt dışında işlenen suçun:

- a- TCK m. 13 kapsamında yazılı suçlar dışında bir suç olması,
- b- Bir Türk vatandaşının³⁸¹ veya Türk yasalarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişilerinin zararına işlenmiş olması,
- c- Türk yasalarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiriyor olması,
- d- Failin Türkiye'de bulunması,
- e- Suçtan zarar görenin şikayetinin bulunması,

ve bu koşulların yanında, suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması gerekir³⁸². Eğer yabancı yurt dışında, Türk vatandaşı veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel tüzel kişiliklerin zararına işlenmiş bir suçtan dolayı yabancı devlette yargılanmış ve hakkında hüküm verilmişse fail Türkiye'de yeniden yargılanamaz. Bu durumda yabancı yargıya, önleme etkisi tanınmıştır. Türk Ceza Kanunu m.12/2'deki koşullar gerçekleştiğinde, yabancı mahkeme hükmü, iç hukuk bakımından bir muhakeme engeli olarak kabul edilmiştir³⁸³.

Ancak, Türk vatandaşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel tüzel kişilikler zararına suç işlendiğinde, yabancı ülkede yargılamaya devam ediliyor olması, Türkiye'de yargılama yapılmasına engel olmayacağı gibi, fail hakkında yabancı ülkede kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesi hallerinde, Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilir³⁸⁴.

³⁷⁹ İçel/ Donay, s.161; İlkenin lehinde ve aleyhinde olan görüşler için bkz. Önder, Genel Hükümler, s. 121.

³⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 139.

³⁸¹ Çifte vatandaşlık söz konusu olduğunda, bu vatandaşlıklardan birisi Türk vatandaşlığı ise Türkiye'de mağdura göre şahsilik ilkesi çerçevesinde değil, TCK. m.11 uyarınca faile göre kişisellik ilkesi içinde yargılama yapılır. Koca, "Yer Bakımından Uygulama" s. 34.

³⁸² Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 136, 137; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar s. 142.

³⁸³ Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 137.

³⁸⁴ Artuk/ Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1064.

Buna karşılık suç, Türkiye'nin zararına işlenmişse, yabancı ülkede bu suçtan dolayı hüküm verilmiş olsa bile, fail Türkiye'de yeniden yargılanır. TCK. m.12/1 hükmü söz konusu olduğunda yabancı yargıya ne bis in idem etkisi tanınmamıştır. Öğretide TCK. m.12/2'deki koşullar gerçekleştiğinde, yurt dışında verilen hükmün önleme etkisi doğurması, ancak suç Türkiye'nin zararına işlendiğinde ise, hükmün bu etkiyi doğurmaması, hem TCK. m.3'deki eşitlik ilkesine, hem de TCK'nun sistematik ve öz olarak bireyi ön planda tuttuğu iddialarına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁸⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusundaki Avrupa Sözleşmesi m.53/2'ye göre, kamusal nitelikte bir zarar söz konusu ise devlet, yabancı devletin verdiği yargıya kesin hükmün önleme etkisini tanımayabilir³⁸⁶. Bu nedenle, TCK. m.12/1 söz konusu olduğunda, yabancı yargıya önleme etkisi tanınmaması, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmemektedir.

C. Koruma İlkesi

Koruma ilkesine³⁸⁷ göre devlet, yabancı ülkede kendisinin ya da vatandaşlarının çıkarlarını tehlikeye düşüren ya da zarar veren eylemleri kendi yasalarına göre cezalandırır. Buna göre, koruma ilkesinin iki görünümü vardır. Devletin kendi çıkarlarına ve haklarına karşı işlenen suçları cezalandırması, “devleti koruma ilkesi”; vatandaşlarının çıkarlarına ve haklarına karşı işlenen suçları cezalandırması, “mağduru koruma ilkesi” (mağdura göre şahsilik ilkesi) olarak adlandırılır³⁸⁸. Bu çalışma konusu bakımından koruma ilkesi ve kesin hükmün önleme etkisi, TCK. m.12/1 ve TCK. m.13/1-b kapsamında ele alınacaktır.

³⁸⁵ Mehmet Emin Artuk, “Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Ceza Hukuku Reformu, Yıl. 2, Sayı. 5, (Nisan 2005), s.18; Koca, “Yer Bakımından Uygulama”, s. 35.

³⁸⁶ Artuk/ Gökçen/Yeni Dünya, Genel Hükümler, s. 1061; Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 138;

³⁸⁷ Öğretide, bu ilke açısından devlete ait bir çıkarın korunması anlamında gerçeklik, bireysel bir çıkarın korunması konusunda mağdura göre kişisellik ayrımı yapılmaktadır. Devletin cezalandırma yetkisi söz konusu olduğunda, cezalandırma yetkisini bizzat kendisine yönelik fiiller bakımından kullanması kabul görmekte, ancak yabancı ülkede vatandaşına karşı işlenen suçlar bakımından bu ilke uyarınca cezalandırma yetkisinin kullanılması tereddütle karşılanmaktadır. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 144.

³⁸⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 137.

1. Devleti Koruma İlkesi (TCK. m.12/1)

Türk Ceza Kanunu m.12/1, yabancı tarafından, yurt dışında Türkiye'nin zararına işlenen suçlarda uygulama alanı bulmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesi kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere; bir yabancı, en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu, yurt dışında Türkiye'nin zararına işlerse ve kendisi de Türkiye'de bulunursa, Türk kanunlarına göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Yargılamanın yapılması Adalet Bakanı'nın istemine bağlıdır.

Bununla birlikte, eğer yabancı, yabancı ülkede işlediği suçtan dolayı, yabancı ülkede yargılanmışsa; beraat etmiş, mahkûm olmuş ya da herhangi bir nedenle davası veya cezası düşmüş ya da suç kovuşturulabilir olmaktan çıkmışsa, Adalet Bakanı'nın talebi ile Türkiye'de yeniden yargılanır (TCK m.12/4).

Daha önce de belirtildiği üzere, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Sözleşmesi m.53/2'de suçun, devletin kamusal nitelikte kişi, kurum veya şeyine karşı işlendiğinde, suç işlenen devletin, yabancı devletin yargısını kabul etmeyebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle, TCK m.12/4'deki düzenleme, Sözleşmeye aykırılık teşkil etmemektedir.

2. Devleti Koruma İlkesi (TCK. m.13/1-b)

Türk Ceza Kanunu m.13/1-b'deki suçlar³⁸⁹ söz konusu olduğunda savcının re'sen soruşturma yapma mecburiyeti söz konusudur. Bu suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanı'nın talebine bağlı değildir. Çünkü bu suçların Türkiye'de kovuşturulmasında, devletin varlık ve devamına ilişkin menfaatlerinin korunması söz konusudur. Bu suçlar hakkında genellikle işlendikleri ülkelerde ceza

³⁸⁹ Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar (TCK. m.299-301), devletin güvenliğine karşı suçlar (TCK. m.309-316), anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar (TCK. m.317- 325), devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk (TCK. m.326-339), yabancı devletle olan ilişkilere karşı suçlar (TCK. m.340-343). Bu suçlardan, yabancı devletle olan ilişkilere karşı suçlar Adalet Bakanı'nın talebiyle kovuşturulurken, diğerleri re'sen kovuşturulur. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 146.

kovuşturması yapılmaz³⁹⁰. Sanık bir Türk vatandaşı olabileceği gibi, yabancı da olabilir³⁹¹.

Bu suçlardan dolayı yabancı ülkede yargılama yapılmış ve mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın talebi ile Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilir. TCK. m.13/1- b hükmündeki suçlar söz konusu olduğunda, yabancı ülkede verilen hükme kesin hükmün önleme etkisi tanınmamıştır (TCK. m.13/3).

Devletin kendi çıkarlarına ya da haklarına karşı işlenen suçları cezalandırmasında, devleti koruma ilkesi söz konusudur. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi m.53/2 uyarınca, suç, devletin kamusal nitelikteki kişi, kurum ya da şeyine karşı işlenmişse ise devlet, yabancı devletin verdiği yargıya önleme etkisi tanıyabileceği gibi tanımayabilir. Bu nedenle TCK. m.12/1 ve TCK.m.13/1-b gereğince yabancı ülkede yargılama yapılmış ve hüküm verilmişse Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilir. Bu durumda ne bis in idem ilkesine aykırılık söz konusu değildir³⁹². Türkiye'de yapılacak yargılamalar bakımından sadece Türk yasası uygulanacak; yabancı ülke yasası, TCK. m.19 hükmü gereğince dikkate alınmayacaktır³⁹³.

D. Evrensellik İlkesi

İşlenen bir suçla yer, fail ve mağdur yönünden hiçbir bağı bulunmayan bir ülkede, bu suçun kovuşturulmasını esas alan ilkeye, evrensellik ilkesi denir. İlke, hukuk düzeninin ortak düşmanına karşı mücadelede devletlerin dayanışmasının bir sonucudur³⁹⁴. Evrensellik ilkesi, cezalandırmanın evrenselliğinden hareket eder. Ortak kültür değerlerine yönelik olarak işlenen bir suçun, insanlık yararına cezasız kalmaması için bir başka devletin yokluğunda; mülkilik, kişiselik veya korunma ilkelerine göre

³⁹⁰ Turhan, "Evrensellik İlkesi" s.202.

³⁹¹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s.146.

³⁹² Centel/Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 138; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1061.

³⁹³ Centel/Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, s. 138.

³⁹⁴ Faruk Turhan, "Türk Ceza Kanununun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (MADDE 13), **Hukuki Perspektifler Dergisi**, S.4, (Ağustos 2005), s. 202.

yetkili sayılmayan bir devletin, dünyanın neresinde, kim tarafından, kime karşı işlenmiş olursa olsun, salt adaleti sağlamak amacıyla kendisini yetkili kılmasını ifade eder³⁹⁵.

Evrensellik ilkesi, genellikle sınır ötesi işlenen ve özel tehlike göstermesi nedeniyle, devletlerin uluslararası işbirliğini gerektiren suçlar bakımından uygulanır³⁹⁶. Diğer ilkelerden farklı olarak kovuşturmayı yapan devlet, en azından sadece kendi menfaatlerini korumak için değil, uluslararası toplumun menfaatlerini korumak için de harekete geçer. Bir devlet, ülkesi dışında işlenen bir suçu kovuşturarak, tüm devletlerin ortak güvenlik çıkarlarını ve ortak menfaatlerini savunmaktadır. 1933 yılında Palermo’da yapılan 3. Ceza Hukuku Kongresi’nde, tüm devletlerin ortak çıkarlarını ihlal eden suçlar, evrensellik ilkesi içinde kovuşturulacak suçlar olarak belirtilmiştir. Ek bir bağlantı noktasının mevcudiyeti aranmamaktadır. Zaten bizzat devletlerin ortak çıkarlarının korunmasının bir aracı olması, bir bağlantı noktası oluşturmaktadır³⁹⁷. Ayrıca evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlarda, fiilin, işlendiği yer kanununa göre suç teşkil etmesi gerekmez çünkü, evrensellik ilkesinin temeli, fiilin kovuşturulmasının, işlendiği yerde mümkün olmaması ya da istenmemesi nedeniyle ortaya çıkabilecek cezasızlığı önleme düşüncesine dayanır³⁹⁸.

Belirtmek gerekir ki, evrensellik yetkisi kapsamına giren bir suçtan dolayı bir devlet, yargılama yapmış ise, bir başka devletin aynı suçtan dolayı yargılama yetkisini kullanmaması gerekir. Evrensel yetkiye göre, tüm devletlerin yargılama yetkisi ortaya

³⁹⁵ Durmuş Tezcan, “Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Evrensel Yetki Kuralı” **Hukuk Kurultayı 2004**, Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2004, C.II, s.128 vd; Tezcan/ Erdem/ Önok, Uluslararası Suçlar, s. 148; Durmuş Tezcan, “Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, S. 1-4, s. 124, 126. “Evrensellik ilkesi ulusal mevzuatlarda tek yanlı evrensellik ilkesi ya da temsile dayalı evrensellik ilkesi (ikame yargı yetkisi) olarak yer almaktadır” Tezcan, “Belçika Evrensel Yetki Kuralı” s. 129.

³⁹⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 148.

³⁹⁷ Turhan, “Evrensellik İlkesi” s. 202; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 149.

³⁹⁸ Turhan, “Evrensellik İlkesi” s. 202. Fiilin, işlendiği yerde suç olarak düzenlenmemesi halinde, TCK. m.19 bakımından, yabancı kanunda göz önünde bulundurulacak bir hüküm söz konusu olmadığından ceza tespiti sadece Türk Ceza Kanunu’na göre yapılacaktır. Söz konusu fiiller hemen her ülkede suç teşkil etmesine ve 13. madde geniş kapsamlı düzenlenmiş olmasına rağmen, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma, çevrenin kasten kirletilmesi ve fuhuş gibi bazı suçlarda, ceza sorumluluğu kabul edilmemiş hukuk sistemleri olabilir. Turhan, “Evrensellik İlkesi”, s. 204.

çıkar. Bir devletin bu yetkiyi kullanmış olması, diğer devletlerin aynı konumda ikinci bir yetki kullanmasına engel oluşturur³⁹⁹.

Türkiye’de evrensellik ilkesi kapsamındaki suçların yargılanması, geri vermeye göre ikincil konumda olmalıdır. Suç, Türkiye’de işlenmediği ve suçun Türkiye ile herhangi bir bağlantı noktası olmadığı için Türkiye’de yapılacak ceza kovuşturması, özellikle ispat açısından birtakım zorluklar içerecektir. Bu nedenle, evrensellik ilkesi içinde Türkiye’nin yargı yetkisini kullanabilmesi, öncelikle failin diğer ilkelere göre yargılama yetkisine sahip olan bir devlete geri verilmemesi koşuluna bağlı olmalıdır⁴⁰⁰.

Evrensellik ilkesinin Türk Ceza Kanunu’ndaki görünümü, TCK. m.13/2-3’de yer alan düzenlemelerdir. Evrensellik ilkesi kapsamına giren suçların, Türkiye’de yargılanması Adalet Bakanı’nın talebine bağlıdır. Eğer işlenen suç; soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti suçlarından biri ise, bu suçlardan dolayı fail hakkında mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı’nın talebi⁴⁰¹ üzerine yeniden yargılama yapılabilir. Bu kapsamdaki suçlar, tüm insanlığı ilgilendiren suçlar olduğu için amaç bu suçların cezasız kalmamasını sağlamaktır ancak, bu düzenleme ile öngörülen yargılama mecburiyeti, ne bis in idem ilkesine aykırıdır. Bu suçların dışında kalan suçlara ilişkin olarak ise, fail hakkında yabancı ülkede beraat ya da mahkûmiyet kararı verilmemiş ise Adalet Bakanı’nın talebi ile Türkiye’de yeniden yargılama yapılabilir⁴⁰².

Ayrıca, Türk Ceza Kanunu m. 13/1-a’da yer alan suçlar ile evrensellik ilkesi uyarınca takip olunan diğer suçlar hakkında yabancı ülkede devam eden bir yargılama mevcutsa ya da soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmişse Adalet Bakanı’nın talebi halinde, Türkiye’de yeniden yargılama yapılabilir.

³⁹⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 156.

⁴⁰⁰ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 10. Bası, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 90; Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 155;

⁴⁰¹ 27.05.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce TCK. m.13’de sayılan suçlar bakımından Türkiye’de yargılama yapılması, herhangi bir koşula ya da sınırlamaya tabi kılınmamıştı. Herhangi bir sınırlamanın olmayışının çok ağır bir iş yükü getireceği ve uluslararası ilişkilerde sorunlar yaratacağı yönünde yapılan eleştiriler neticesinde, Türkiye’de yargılama yapılması Adalet Bakanı’nın talebine bağlı kılınmıştır. Bkz. Faruk Turhan, “Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, (Nisan 2005), s. 3 vd.; R.Murat Önok, “5237 sayılı Yeni TCK’ya göre Uluslararası Suçlar”, **Hukuk ve Adalet Dergisi**, Sayı.5, (Nisan 2005), s. 176; Centel/Zafer/Çakmut, 4. Bası, s. 142. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 155.

⁴⁰² Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 140.

Yabancı ülkede soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın ya da yabancı ülkede devam eden bir yargılamanın mevcudiyeti, Türkiye’de yeniden yargılama engeli oluşturmamaktadır⁴⁰³.

Eğer suç, TCK. m.13’e göre soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti suçlarından biri ise, bu suçlardan dolayı fail hakkında mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı’nın talebi⁴⁰⁴ üzerine yeniden yargılama yapılabiliyor olması, ne bis in idem ilkesine aykırıdır. Evrensellik ilkesi kapsamına giren bir suçtan dolayı, başka bir devlet tarafından yargılama yapılmış ise, bir başka devletin aynı suçtan dolayı yargı yetkisini kullanmaması gerekir. Yabancı ülkede verilen hüküm, beraat ya da mahkûmiyet değil de düşme veya davanın reddi kararı olsa sonuç ne olur? Bu halde, Türkiye’de yargılama yapılacak mıdır? Kanun metninde “mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile” ifadesinden a ve b bentleri söz konusu olduğunda Adalet Bakanı’nın talebi ile yargılama yapılabileceği, diğer bentler bakımından Türkiye’de yargılama yapılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁰⁵.

Öte yandan yabancı ülkede soruşturma sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın ya da yabancı ülkede devam eden bir yargılamanın mevcudiyeti, Türkiye’de yeniden yargılama engeli oluşturmamaktadır. Ancak, evrensellik ilkesinin devletler topluluğu ve insanlığı ilgilendiren ve ihlal edilmesi ortak değer yargılarını temelinden sarsan ve bu yüzden de evrensel geçerlik taşıyan belirli hukuksal yararların korunması ile ilgili olduğu kabul edilirken⁴⁰⁶, bir devletin, o suç hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar vermesine, neden kesin hükmün önleyici etkisi tanınmadığı tartışılmalıdır. Kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar, suç oluşmadığı için ya da daha önce belirtildiği üzere fiilin fail tarafından işlenilmediğinin tespiti üzerine verilmiş ise, diğer devletler bakımından da yeni bir delil ortaya

⁴⁰³ Caner Yenidünya, **İnsan Ticareti Suçu (TCK m.80)**, Ankara: 2007, s. 233, 234; Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1066,1067.

⁴⁰⁴ 27.05.2005 tarih ve 5357 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce TCK m.13 de sayılan suçlar bakımından Türkiye’de yargılama yapılması herhangi bir koşula ya da sınırlamaya tabi kılınmamıştı. Herhangi bir sınırlamanın olmayışının çok ağır bir iş yükü getireceği ve uluslar arası ilişkilerde sorunlar yaratacağı yönünde yapılan eleştiriler neticesinde, Türkiye’de yargılama yapılması Adalet Bakanı’nın talebine bağlı kılınmıştır. Bkz.Turhan, “Uluslararası Suçların Cezalandırılması”, **Hukuki Perspektifler Dergisi**, (Nisan 2005), s. 3 vd.; Önok, “ Uluslararası Suçlar”, s. 176; Centel/ Zafer/ Çakmut, Genel Hükümler, 4. Bası, s. 142; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 155; Koca/ Üzülmmez, s. 87.

⁴⁰⁵ Koca/Üzülmmez, s. 87.

⁴⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 149.

çıkmadıkça kesin hükmün önleyici etkisini göstermelidir. Zira söz konusu suçlar, genelde uluslararası sözleşmelerle içeriği belirlenen suçlardır⁴⁰⁷ ve unsurları bakımından bir farklılıkları yoktur.

E. İkame Yargı Yetkisi

İkame yargı ilkesine göre, failin bulunduğu ülkenin hâkimi, suçun işlendiği yer hâkimi ya da faili geri isteyen ülkenin hâkiminin yerine geçerek yargılama yapmakta ve kendi yasalarını uygulamaktadır⁴⁰⁸. Bu durumda, ikame yargı yetkisi, ikincil nitelikte olup, asıl yargı yetkisine sahip olan devletin, herhangi bir nedenle bu yetkisini kullanamaması durumunda, sanığın asıl yargılama yetkisine sahip olan devlete geri verilememesi koşuluna bağlı olarak devreye girer⁴⁰⁹. İkame yargı yetkisi kısaca, geri vermenin gerçekleşmemesi nedeniyle, failin bulunduğu ülkenin yargılama yetkisinin doğmasıdır⁴¹⁰.

İkame yargı yetkisinin doğması için, TCK. m.13 dışında kalan suçlardan, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren suçlardan birini, yabancı ülkede bir yabancının, bir yabancıya karşı işlemiş olması gerekir. Ayrıca, suçluların geri verilmesi anlaşması bulunmaması veya geri verilme isteminin, suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükümeti tarafından kabul edilmemiş olması ve Adalet Bakanı'nın istemde bulunmuş olması gerekir.

Failin suçu işlediği veya vatandaşı olduğu devlete geri verilmesi mümkün ise, bu hükme dayanılarak yargı yetkisi kullanılamaz. Ayrıca, kanunda açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, failin Türkiye'de bulunması gerekir⁴¹¹.

Ne bis in idem ilkesinin, ikame yargı yetkisinin TCK'ndaki yansıması olan hükümlere etkisi ile ilgili olarak belirtmek gerekir ki; TCK. m.12/4 hükmüne göre, TCK. m.12/1 kapsamında, Türkiye'nin zararına işlenen bir suçtan dolayı yabancı

⁴⁰⁷ Bu konuda biçimsel ve maddi anlamda olmak üzere, iki ölçütten yararlanılmaktadır. Biçimsel anlamda evrensellik, uluslararası sözleşmelere, örf adet hukukuna ve hukukun genel ilkelerine dayanır. Maddi anlamda evrensellik ise, işlenmesi insanlığın barış ve güvenliğine zarar veren veya bunları tehlikeye koyan suçlar bakımından söz konusu olmaktadır. Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 151.

⁴⁰⁸ Centel/Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 141.

⁴⁰⁹ Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 157; Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 141.

⁴¹⁰ Centel/ Zafer/Çakmut, Genel Hükümler, s. 141.

⁴¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 158

mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası düşen veya beraat eden yahut suçu kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında, Adalet Bakanı'nın istemi ile yeniden yargılama yapılabilir. Eğer suç, Türk vatandaşına ve Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişilerinin zararına işlenmişse, TCK m.12/3'e göre ikame yargı yetkisi devreye girer. Kanun hükmünde açıkça yazmasa da, TCK. m.12/4'e göre suç, Türk vatandaşına ve Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişilerinin zararına işlenmişse ve yabancı mahkemece yargılama yapılarak beraat ya da mahkûmiyet kararı verilmişse, Türkiye'de yapılacak yargılama bakımından, yabancı mahkeme hükmü ne bis in idem etkisi gösterir. Ayrıca yabancı mahkemede verilen hükmün 3002 sayılı Kanun uyarınca Türkiye'de infazı gerekir⁴¹².

Ayrıca, TCK. m.17'nin de dikkate alınması gerekmektedir. TCK. m.17'ye göre; yabancı mahkemelerde yapılan yargılama sonucunda verilen hüküm, Türk hukuk düzenine aykırı düşmemek kaydıyla, Türk kanunlarına göre haktan yoksunluğu gerektiriyorsa; mahkeme, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, Türk kanunlarındaki sonuçların geçerli olmasına karar verir.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

A. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmelerin Türk Ceza Hukukuna Etkileri

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk ilişkisini açıklayan, ikici (dualist) ve tekçi (monist) olmak üzere iki sistem mevcuttur. Dualist anlayışa göre, uluslararası sözleşmeye taraf olan devlet, sadece uluslararası boyutta o sözleşme ile bağlıdır. İç hukuk bakımından bağlayıcı olması için, sözleşmenin iç hukuka sokulması gerekir. Tekçi (monist) anlayışa göre, uluslararası hukuk, iç hukuk ile bir bütün oluşturur. Uluslararası hukuk kuralı, uluslararası sözleşmeye taraf olan devletin iç hukukunda

⁴¹² Koca, "Yer Bakımından Uygulama" s. 39.

normlar hiyerarşisi içinde yer alır ve uygulama sırası ve yerine göre uygulanır⁴¹³. Bu durumda, hiyerarşik kademelenmede uluslararası hukuk kuralının mı yoksa iç hukuk kuralının mı üstün sayılacağı sorunu ortaya çıkmaktadır⁴¹⁴.

Türk hukukunda tekçi (monist) sistem benimsenmiştir⁴¹⁵. Bu durumda uluslararası hukuk, ulusal hukuk ilişkisinde usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası sözleşmelerin, iç hukuka uygulanması için, başka bir iç hukuk işlemi gerekmemektedir. Ancak, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşme hükümleri, ulusal yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamlarınca doğrudan uygulanabilir nitelikte iseler, bu hükümlerin iç hukukta uygulanması için başka bir işleme gerek yoktur. Sözleşme hükümlerinden doğan haklar, ulusal yargı organları önünde aranabilir⁴¹⁶.

1982 Anayasası'nın 90. maddesinde “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda, milletlerarası anlaşma hükümleri esas*

⁴¹³ Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.44, S.1-4; Y.89, s. 157. Dualist görüşün kabulü durumunda şu sonuçlar çıkmaktadır:

- a- Bir hukuk düzeninin geçerli olan kurallarının, diğer hukuk düzeninde doğrudan uygulanma olasılığı yoktur.
- b- Her iki hukuk düzeni birbirinden bağımsız olduğu için, her iki düzene ilişkin kuralların birbirleriyle çatışma olasılığı yoktur.
- c- Bir düzende geçerli olan kuralın, diğer hukuk düzeninde geçerli olabilmesi için o hukuk düzenine atıf ya da aktarma yoluyla nakledilmesi gerekir. Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi, 1997, s.18 vd.

⁴¹⁴ Bu konuda uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü savunan görüşler iki okul çevresinde toplanmaktadır:

- a- G.Scelle tarafından geliştirilen gerçekçi okul görüşüne göre, uluslararası hukuk ve iç hukukun çatışma durumunda olması, uluslararası toplum çerçevesinde toplumlararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşam olanağını ortadan kaldırır. Toplumsal yaşam, insan doğasının gereği olduğu için, bu iki hukuk düzeninin sürekli çatışması olanağı yoktur. Bu nedenle her uluslararası kural, kendisi ile çelişen her iç hukuk kuralına üstün olacaktır.
- b- Normativist okul görüşüne göre, aynı temel kurala dayanan uluslararası hukuk ile iç hukuk, tek bir hukuk düzeni oluşturmaktadır. Bu durumda, uluslararası hukuk ya da iç hukukun üstün gelme olasılığı mevcuttur. Ancak Kelsen, uygulanan hukukun varlığının, uluslararası hukukun iç hukuka üstün olması ile olanaklı olduğu görüşündedir. Birbirleriyle eşit düzeyde var olan çeşitli iç hukuk düzenlerinin uygulanma alanlarını düzenlemek ve çatışmalarını ortadan kaldırmak için bu iç hukuk düzenlerinin üstünde bir hukuk düzeninin varlığı gereklidir. Bu nedenle uluslararası hukuk, iç hukuka göre üstün konumdadır. Pazarcı, s. 20 vd.

⁴¹⁵ Mümtaz Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, Ankara: **Anayasa Mahkemesi Yayınları**, 1986, s. 15 vd.

⁴¹⁶ Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.70, s.206, 207.

alınır.” (Any. m.90/son) hükmüne yer verilmiştir. Öncelikle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak düzenlenen uluslararası sözleşmelerin iç hukuka etkisi bakımından bazı hususları ifade etmek gerekir.

1- Öğretide, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerine ilişkin görüşler, iki grupta toplanmaktadır. Bir görüş, yasa hükmünde olan uluslararası sözleşmelerin, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğinden, sözleşmelere kanun üstü bir değer tanırken; diğer görüş kanun gücünde kabul etmektedir⁴¹⁷. Anayasa m.90/son’da ise, çatışma⁴¹⁸ halinde uluslararası sözleşme hükümleri “esas alınır” ifadesi kullanılmış,

⁴¹⁷ Tekin Akıllıoğlu “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, İstanbul Barosu Yayını Nisan 1992, 47 vd; Aybay, “Uluslar arası Antlaşmaları Türk Hukukundaki Yeri”, s. 198; İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitapevi, s. 228. Öğretide Batum, Sözleşmelerin iç hukuk düzeninde yasalara eşit olduğunun söylenebileceğini, ancak bir devletin bilerek imzaladığı “ortak kültürel miras” çerçevesinde tanıdığı kurallardan, daha sonra kabul edeceği bir yasa ile kurtulabileceğini ileri sürmenin, sözleşme kavramına ters düşeceğini, ayrıca, “tekçi düzeni” benimseyen ülkeler için bu durumun mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul: Üniversite Yayın No: 3761, Fakülte Yayın No:702, 1993, s. 273.

⁴¹⁸ Sözleşme ile kanun arasında çatışma çıktığında, Anayasa hükümlerine göre çözüm arandığında üç ihtimal söz konusu olacaktır:

- a- Anayasa ile uyumlu iken; kanun ile çatışabilir. Bu ihtimalde kanunun anayasaya aykırılığı sorunu söz konusudur ve Anayasa’nın öngördüğü prosedüre göre bu sorun çözüldüğünde Sözleşme ile kanun arasındaki çatışmada kendiliğinden çözülmüş olacaktır.
- b- Sözleşme ile kanunun çatıştığı konuda Anayasada açık bir düzenleme bulunmaması halinde, Anayasa’nın uluslararası hukuka açıklığı ilkesi, “insan haklarına saygılı devlet” ve “hukuk devleti” ilkeleriyle yollama yaptığı sözleşme hükümleri ile çözüm aranmalıdır. Sözleşmeye üstünlük veren çatışma hükmü uyarınca yargı yerleri kendiliğinden uygulanabilen sözleşme hükümlerini esas alarak sorunu çözeceklerdir.

Anayasa’da kanunla uyumlu fakat sözleşme ile çatışan açık bir düzenleme bulunması halinde, sözleşme Anayasa çatışması söz konusu olduğunda sorun nasıl çözülecektir? Öncelikle uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa’yı sözleşmeye uygun yorumlama yöntemi ile çözülemeyecek bir sorun ise iki ihtimal mevcuttur. Birincisi Anayasa Mahkemesi’nin sözleşmeyi ihmal edip Anayasa’yı uygulaması, diğeri ise Anayasa’yı ihmal edip sözleşmeyi uygulamasıdır. Anayasa’nın uygulandığı ihtimalde çözüm, iç hukuk yolları tüketildiğinden varsa, ulusalüstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacaktır. Anayasa’yı ihmal edip uluslararası sözleşmeyi uygulamayı seçerse, birçok Anayasa problemi ile karşılaşılacaktır. Bu konuda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin, Yüksek Askeri Şura Kararlarının iptalini isteyen bir davada vermiş olduğu kararda, Anayasa’nın 125/2. maddesinde öngörülen hukuki denetim yasağının, İHAS hükümleri dikkate alınarak, Anayasa hükmünün ihmalî yoluyla aşılamayacağına hükmedilmiştir. Anayasa hükmünün sözleşmelerin hükmüne aykırılık nedeniyle ihmal edilemeyeceği, uluslararası sözleşmelerin iç hukuka göre ayrıcalıklı olan yönünün, sadece Anayasa’ya aykırılıklarının ileri sürülememesi olduğu, Anayasa üstü bir konumda görülemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa’nın şekli ve maddi üstünlüğü vardır. Anayasa’nın ihmal edilmesi halinde, Meclis’in basit çoğunluğunun iradesi ile yürürlüğe giren sözleşmelerle, Anayasa’nın şekli üstünlüğü aşılabılır. Ayrıca Anayasa maddi bakımdan da üstündür. Anayasa kuralları eşdeğerdedir, hiçbirinin diğere mutlak üstünlüğü yoktur. Bu durumda, bir Anayasa hükmü ile sözleşme hükmü çatıştığında, Anayasa’nın uluslararası hukuka yollama yapan hükmünü üstün sayıp, sözleşme ile çatışan hükmü ihmal etmek demek, Anayasa kuralları ile eşdeğerde olmadığı sonucunu doğurur. Necmi Yüzbaşıoğlu, “Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, **Bülent Tanör Armağanı**, İstanbul: Legal, (2004), s. 800; Yılmaz Çimen, “İnsan

uluslararası sözleşme hükümlerinin üstün ya da öncelikli olarak uygulanacağından bahsedilmemiştir. Ancak madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporu'nda, uluslararası sözleşmenin, yasalardan üstün tutularak öncelikle uygulanacağı belirtilmiştir. Gerekçede “üstün” tutulmadan söz edilmişken, kabul edilen metinde “esas alınma” ifadesinin kullanılmasındaki amacın, üstün tutma olmadığı sonucuna da varılabilir. Uygulayıcı ulusal yasa ile sözleşme arasında, yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız bir seçim yapacak ve “insan haklarından yana” olana öncelik verecektir⁴¹⁹.

2- “Temel hak ve özgürlüklere⁴²⁰ ilişkin milletlerarası sözleşmeler” kapsamına, hangi sözleşmelerin girdiğinin belirlenmesi güçtür. Bir belirleme yapmak için sadece sözleşmenin başlığına (adına) bakılarak, dar bir yorum yapılabileceği gibi, içerdiği hükümlere bakılarak geniş bir yorum da yapılabilir. Sözleşmelerin adına bakılarak yapılacak dar yorum yaklaşımı benimsenirse, konuyla ilgili birçok uluslararası sözleşmenin adında, değişik deyimlerin kullanıldığı görülür: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) resmi adında, “insan hakları” deyiminin yanı sıra “temel özgürlükler” (fundamental rights) ifadesine yer verilmiş; buna karşılık “ikiz sözleşmeler” diye anılan iki Birleşmiş Milletler belgesinin adlarında “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” ve “medeni ve siyasal haklar” ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca, konuyla ilgili sözleşmelerin adlarında “çocuk hakları”, “kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi”, “insan onurunun (haysiyetinin) korunması” gibi deyimler de kullanılabilir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” bir sözleşme olup olmadığının belirlenmesinde, sözleşmenin başlığına bakılarak bir değerlendirme yapmak sağlıklı sonuçlara götürmez⁴²¹.

Kapsamının belirlenmesinde ölçüt olarak sözleşmelerin içeriğinin alınması halinde ise, sözleşme ve protokol gibi adlar altında “temel hak ve özgürlüklere ilişkin”

Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md.90/son)**, Ulusal Toplantı Adliye Sarayı, Ankara 5 Kasım 2004, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları:76, (2005), s. 97.

⁴¹⁹ Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, s. 212.

⁴²⁰ “Temel hak ve özgürlükler” deyimini, Anayasa'nın başka hükümlerinde kullanılmış bir deyim değildir. Bu deyim kapsamına, hangi tür sözleşmelerin girdiği ya da girmediği konusu bitmez tükenmez tartışmalara yol açabilecek niteliktedir. Özellikle de, gerekçede “insan hakları” denilmişken, metinde “temel hak ve özgürlükler” deyiminin kullanılmış olması, bu konudaki belirsizliği arttırmaktadır. Bkz. Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, s. 212.

⁴²¹ Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, s. 203.

hükümler içeren yüzlerce belgedeki hükümlerin değerlendirilmesi gerekecektir. Dolayısıyla, bir sözleşmenin “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olup olmadığının saptanması için ölçüt olarak, içerdiği hükümlerin alınması da, sorunun güçlüğünü azaltmayacak, büyük olasılıkla daha da arttıracak; içinden çıkılması zor durumlara yol açacaktır⁴²².

3- 1982 Anayasası m. 90/son’a göre çatışma, Türkiye’nin onayladığı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme ile iç hukuk kuralı arasında olacaktır. Ancak, bu noktada “doğrudan uygulanan” (self-executing) uluslararası sözleşmelerle bu nitelikte olmayan sözleşmeler arasındaki ayrıma dikkat etmek gerekir. Bir sözleşmenin, iç hukuk düzeninde, doğrudan uygulanır nitelikte olup olmaması, tarafların amaçları, sözleşme kurallarının konusu ve sözleşme hükümlerinin şekli olmak üzere, üç koşulun gerçekleşmesi ile bağlantılıdır. Buna göre, doğrudan uygulanır nitelikte olup olmadığının belirlenmesinde aranan ilk koşul, tarafların amaçlarıdır. Sözleşmeye taraf olan devletler, sadece devletler arasındaki ilişkilerde uygulanmak üzere değil, bu devletin topraklarında yaşayan kişilere, doğrudan haklar kazandıracak kurallar meydana getirmek isterlerse, o sözleşme doğrudan uygulanır niteliktedir. İHAS, bu nitelikte hükümler içermektedir. İkinci koşul, sözleşme kurallarının konusudur. Kişiler ile devlet arasındaki ilişkileri, “kişisel durumları” doğrudan ilgilendiren kurallara yer verilmesi durumunda, o sözleşmenin doğrudan uygulanır nitelikte olduğu kabul edilmektedir⁴²³. Sözleşme hükümlerinin şekli, doğrudan uygulanır bir sözleşme olup olmadığının tespitinde üçüncü koşuldur. Buna göre, bir sözleşme hükmü, ‘yeter ölçüde belirgin, açık’ olarak kaleme alınmış, ‘kendi kendine uygulanabilir’ ya da ‘kendi kendine yeterli’ olduğu takdirde doğrudan uygulanabilir. Eğer sözleşme hükmü, somut olaya, ulusal makamlarca ek işlem yapılmadan uygulanabiliyorsa, doğrudan uygulanabilir

⁴²² İnsan hakları belgelerinde yer alması tartışmalı bir hak olan mülkiyetin, Türkiye’nin de taraf olduğu İHAS’ne Ek 1. Protokol’ün 1. maddesi uyarınca temel haklardan sayıldığı anımsanmalıdır. İkili antlaşmalarda içinde olmak üzere hemen bütün sözleşmelerde, mülkiyet hakkıyla doğrudan ya da dolaylı biçimde ilgili hükümlere rastlanabilir. Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” s. 202. “Temel hak ve özgürlükler” teriminin Anayasadaki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulamayacağı, onaylanan uluslararası sözleşmelerdeki güvenceye bağlanan tüm insan hakları sözleşmelerini kapsayacağı yönünde Bkz. Mesut Gülmez “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md.90/son)**, Ulusal Toplantı Adliye Sarayı Ankara 5 Kasım 2004, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 76, 2005, s. 66.

⁴²³ Batum, s. 42.

niteliktedir⁴²⁴. Bu nedenle, sözleşme hükümlerinin açık, ayrıntılı ve kesin hükümler biçiminde yazılmış olması zorunlu olup, doğrudan ek hükümlere gerek göstermeksizin uygulanabilmesi için yeteri derecede tam ve belirleyici olması gerekir⁴²⁵.

Doğrudan uygulanırlığın iki anlamı bulunmaktadır. Geniş anlamı ile doğrudan uygulanırlık, uluslararası kuralın sadece Anayasal yönetime uygun olarak onaylanması ile, ulusal hukuk düzeninde, emredici güce sahip olacağını ifade eder. Sözleşme ulusal makamların değiştirme işlemine gerek kalmadan ülke içinde uygulanabilecektir. Dar anlamda doğrudan uygulanırlık ise, mahkemelerin Sözleşmeyi, önlerindeki davada uygulanacak kural olarak kullanabilecek olmalarıdır⁴²⁶.

Belirtmek gerekir ki, doğrudan uygulanabilen sözleşmeler, ulusal yasa koyucunun ayrıca bir düzenleme yapmasına gerek olmaksızın, iç hukukun bir parçası haline gelen; mahkemelerce ve öteki hukuk uygulayıcılarınca uygulanabilen kurallar (somut kural) içerir. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan sözleşme hükümlerinin (soyut kural) uygulanabilmesi için sözleşme hükümlerini, iç hukuk düzeyinde uygulanabilir kılacak bir yasama işleminin (kanunun) yapılması gerekir. Bu durumda Türk kanunu ile “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olan ama doğrudan uygulanabilir nitelik taşımayan bir sözleşme hükmünün çatışması halinde, Any m.90/son’un uygulama alanı yoktur. Çünkü böyle bir durumda, mahkemenin aynı konuya uygulaması söz konusu olabilecek, bağlayıcılık bakımından eşit nitelikte ve ayrı iki hüküm yoktur. Sadece bir hüküm (kanun hükmü) vardır; dolayısıyla “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” bir sözleşme ile kanun arasında bir “yasa çatışması” sorunundan söz edilemez⁴²⁷.

⁴²⁴ Yüzbaşıoğlu, s.797 vd.; Nitekim İHAM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi’ni kapatma kararında, İHAS’nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması üzerine davalılar, iç hukukta Anayasa Mahkemesi’nden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuşlardır. Anayasa Mahkemesi ise, Sözleşme’nin 11. maddesinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olmadığından hareketle red kararı vermiştir. Bkz. Rıza Türmen, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2000, C.17, s. 33; Elif Oral, “General Assessment on The Effect of The System of The European Convention On Human Rights in The National Legal Orders”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 10 Yıl Kuruluş Armağanı**, 2008/1, s. 82.

⁴²⁵ Batum, s. 45.

⁴²⁶ Batum, s. 42.

⁴²⁷ Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” s. 207. Doğrudan uygulanabilir nitelikteki antlaşmalar arasında, İHAS’ın özel bir yeri vardır; çünkü bu sözleşme ve eki protokollerle

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme ile düzenlenen bir konuda, kanunda açık bir düzenleme bulunmayabilir. Bu durumda, Any 90. madde uyarınca, kanunlar gibi kendiliğinden uygulanan nitelikteki sözleşmeler, tüm devlet organları, idari makamlar ve tüm yargı yerlerince doğrudan uygulanabilirler. Eğer sözleşme hükümleri bireylere haklar sağlıyorsa, bireyler de bu haklarını doğrudan kullanabilirler⁴²⁸.

Uluslararası sözleşmeler genellikle genel çerçeveli, devletten devlete farklılıklar gösterebilen ve takdir hakkı veren nitelikte kurallar içermektedir. Normatif çerçeve açısından sözleşme hükümlerine göre kanun hükümleri ise, kanuna dayalı çıkartılan tüzük ve hatta yönetmelik kuralı kadar ayrıntılı (somut) bir yapıda olabilmektedir. Bu nedenle, uygun bulma kanunu çıkartılıp, usulüne uygun yürürlüğe giren sözleşmenin (genel çerçeve içeren) kurallarının, çoğunlukla “uyum kanunları”nın kabulü ile iç hukukta gerekli değişiklikler yapılarak, iç hukuka uyumu sağlanmaktadır. Uyum kanununun kapsamı, sözleşmenin içeriğine göre değişebilmektedir. Kimi zaman, bir kanunda değişiklik yapılırken, genellikle “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” gibi bir adla birden fazla kanunda değişiklik yapıldığı görülmektedir⁴²⁹.

4- 1982 Anayasa 90/son hükmünde yer alan “*farklı hüküm*” kavramı, aleyhe sonuç doğuran bir aykırılığı anlatmaktadır. Sözleşme ve kanun hükmünde, takdir hakkı tanımayan süre, sayı gibi somut veriler söz konusu ise, bunlar arasındaki çelişmeyi tespit daha kolay yapılabilir. Ancak, sözleşme hükmüne göre, kanun hükmünün temel hak ve özgürlükler açısından sınırlayıcı olup olmadığı konusunun da değerlendirilmesi gerekecektir. Eğer kanun hükmü, sözleşme hükmüne göre, temel hak

getirilen düzen, bir uluslararası mahkemenin (İHAM) denetiminde işlemektedir. Taraf devletler, bu mahkemenin kararlarının bağlayıcılığını kabul etmiş durumdadır. Buna karşılık, doğrudan uygulanabilir nitelikte hükümler içeren ama bir uluslararası yargı organı eliyle sağlanan denetime yer vermeyen uluslararası antlaşmaların uygulanması ve bu uygulamanın temyiz yoluyla denetlenmesi, sadece ulusal yargı sisteminin sorumluluğundadır. Bu durumun, uygulama açısından çok önemli bir sonucu şudur: Bir Türk mahkemesince “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” olan, ama yargısal denetim içermeyen bir doğrudan uygulanabilir antlaşma hükmünün uygulanması ve denetimi sadece ulusal yargı sisteminin sorumluluğundadır. Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” s. 210.

⁴²⁸ Yüzbaşıoğlu, s. 797.

⁴²⁹ Ali Karagülmez, “5170 Sayılı Yasa İle Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.54, (2004), s. 172.

ve özgürlükler açısından daha genişletici (lehe) hüküm taşıyorsa, temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından bir çelişmeden söz edilemeyecektir⁴³⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin ceza hukukuna etkisi bakımından şu hususlar belirtilebilir:

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmenin ya da sözleşmede yer alan hükümlerin, ceza kanunlarına ilişkin olması halinde:

Taraf olunan uluslararası sözleşme hükmü, doğrudan uygulanabilir nitelikte değilse, söz konusu hükmün kendiliğinden hüküm ifade edeceğinden bahsedilemez, iç hukukta düzenleme yapılmalıdır.

Öte yandan taraf olunan uluslararası sözleşme hükmü, doğrudan uygulanabilir nitelikte ise sözleşme hükmü uygulanabilir. Örneğin; Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği bir kararda, İHAS 6/3- e maddesinde yer alan çevirmen yardımından ücretsiz yararlanma hakkına aykırı olarak, mahkemece mahkûm edilen dil bilmeyen sanıktan çevirmenlik ücreti alınmasına karar verilmesinin doğru olmadığını belirterek, karar gerekçesini doğrudan uygulanabilir nitelikte bir sözleşme hükmü olması gerekçesiyle İHAS m. 6/3-e'ye dayandırmıştır⁴³¹.

Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin doğrudan uygulanabilir nitelikte bir sözleşme hükmü, maddi ceza hukukuna ilişkin bir düzenleme içeriyorsa, sözleşme uygun bulma kanunu onaylanarak ve resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girdiğinde, bu normun kendiliğinden hüküm ifade etmesi konusunda bir takım hususların açıklanması gerekmektedir.

Anayasa'nın 90. maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir⁴³². Ancak, suç ihdas eden sözleşme

⁴³⁰ Karagülmez, s. 173.

⁴³¹ Yüzbaşıoğlu, s. 794.

⁴³² Uluslararası Sözleşmelerin, iç hukuka girmesini kabul eden sistemlerde, genelde Anayasalar bu işlemin kurallar karşısındaki yerini belirlemektedir. Buna göre, bazı ülkelerin Anayasalarında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmeler, yasalarla eşit konumdadır. Sözleşmeler yasa değerinde oldukları için, sözleşme yürürlükten kalkmasa dahi, iç hukukta Parlamento çıkaracağı yeni bir yasa ile Sözleşme hükümlerini yürürlükten kaldırabilir. Sözleşme hükümlerini, yasalardan üstün tutan sistemler bulunduğu gibi (Hollanda Anayasası m.94), Anayasa üstü değer veren sistemlerde mevcuttur. Batum, s.32. Öğretide

hükümünün, iç hukukta bu konuda herhangi bir düzenleme mevcut değilse, sözleşmelerin kanun hükmünde sayılacağı ve somut norm içermesi nedeniyle, doğrudan uygulanır nitelikte olduğu kabul edilemeyecektir. Zira uluslararası sözleşmede suça ilişkin bir düzenleme yapılmış olsa da ceza belirlenemeyecektir. Bu durumda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince iç hukukta suç ve cezaya ilişkin bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Aksine bir yorum hukuk güvenliği ilkesini zedeler. Diğer taraftan, suç ihdas eden bir uluslararası sözleşmeye taraf olunduğunda, bu konuda iç hukukta maddi ceza hukukuna ait bir normun mevcudiyeti halinde, suça ilişkin olarak sözleşme hükmü dikkate alınacak ancak ceza iç hukuktaki düzenlemeye göre belirlenecektir⁴³³. Ancak belirtmek gerekir ki temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükmü ile iç hukuk hükmü çeliştiğinde sözleşme hükümlerinin uygulanacağına dair Anayasa 90/son hükmünü amaçsal yorumlamak gerekmektedir. Bu noktada, eğer iç hukuktaki düzenleme, temel hak ve özgürlüğe ilişkin sözleşmeden, insan hakları bakımından daha etkili bir koruma sağlıyorsa iç hukuk hükmü uygulanacaktır⁴³⁴.

Bu çalışma konusu bakımından önemli olan husus, taraf olunan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusundaki Avrupa Sözleşmesi, Ceza Koğuşturulmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ve Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi hükümleri ile TCK'nun yer bakımından uygulanırlık hükümleri arasında, ne bis in idem ilkesi ile ilgili olarak çatışma yaratacak düzenlemelerin olup olmadığının tespiti ile iç hukukta düzenleme olmamasına rağmen taraf olunan sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilir nitelikte olup olmadıklarının tespitidir. Henüz taraf olunmamış olmasına rağmen, İHAS Ek 7 Nolu Protokol ve İHAM'ın ilgili kararları, Anayasa m.38/12 ve TCK. m.18'de Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler dışında, vatandaşın geri verilmeyeceğini belirten düzenlemelere yer verilmesi yer verilmesi nedeniyle Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü); AB üyelik sürecinde

Batum, Sözleşmelerin iç hukuk düzeninde yasalara eşit olduğunun söylenebileceğini, ancak bir devletin bilerek imzaladığı, “ortak kültürel miras” çerçevesinde tanıdığı kurallardan, daha sonra kabul edeceği bir yasa ile kurtulabileceğini ileri sürmenin, sözleşme kavramına ters düşeceğini ayrıca, “tekçi düzeni” benimseyen ülkeler için bu durumun mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. Batum, s. 273.

⁴³³ Bkz Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl. 2006, C.55, S.1, s. 167, 168.

⁴³⁴ Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri” s. 442.

olmamız sebebiyle, Avrupa Birliği Ceza Hukuku kapsamında Schengen Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın vermiş olduğu kararlar ne bis in idem ilkesi kapsamında irdelenmiştir.

B. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nde ve Ceza Koğuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Kesin Hükmün Önleme Etkisi

Uluslararası ceza hukukunun iki önemli konusu bulunmaktadır. Birincisi, yargılama yetkisi bakımından birden fazla devletin kendisini yetkili görmesi ile ortaya çıkan yetki çatışması konusu; diğeri ise, yapılan yargılama sonunda bir ülkede verilen hükmün uluslararası değeri konusudur⁴³⁵. Bu nedenle, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Koğuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi yetki çatışmasının giderilmesi ve kesin hükmün önleyici etkisinin uluslararası değeri konusunda mevcut ihtiyaçların giderilmesine yönelik olarak hazırlanmıştır.

Suç ve suçluluk kavramlarının sınır ötesi bir boyut kazanmasıyla birlikte, ceza alanında suçluların geri verilmesi, bilgi ve delil konusunda adli yardımlaşma gibi kurumlar yetersiz kalmış, egemenlik ve bağımsızlık kavramları yeni anlamlar kazanmıştır. Bu konuda Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ile bir devletin, diğer sözleşen devletin ceza mahkemesini kendi mahkemesi gibi sayıp, onun verdiği kararlara aynı değeri vermekle ilk adım atılmıştır. İkinci adım ise, Ceza Koğuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ile soruşturma ve yargılama safhalarında ceza adaletini en iyi gerçekleştirebilecek devleti belirlemek, diğer devletlerin kovuşturmalarını o devlete aktarmalarını sağlamakla gerçekleşmiştir⁴³⁶. Böylece egemenlik anlayışının esnekleşmesi ile birlikte ne bis in idem prensibi uluslararası ceza hukukuna girmiştir⁴³⁷.

⁴³⁵ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 299.

⁴³⁶ Nurullah Kunter, "Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi", **MHAD, Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı'ya Armağan**, Y.8, S.11, (1974), s. 223.

⁴³⁷ Kunter, "Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması", s. 232.

Suç Sorunları Avrupa Komitesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin görevlendirmesi üzerine cezai konularda yetki çatışması üzerine çalışmaya başlamıştır. Hazırlanan ilk tasarıda; uluslararası hukukta her ülkenin farklı prensiplere yer verdiği ve yabancılık unsuru taşıyan her suçun, ülkeler arasında yetki çatışması doğurduğu, suçun işlendiği yerin belirlenmesinde güçlükler çıktığı belirlenmiştir. Çözüm olarak farklı yetki yarışması olan durumlarda, aynı kişinin birden fazla cezalandırılmasının, devletler arasında bir uluslararası sözleşme yapılması ile önlenebileceği belirtilmiştir⁴³⁸.

Bu amaçla yürürlüğe giren Ceza Koğuşurmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi⁴³⁹ ile suçlu sanılan kişilerin gerçekten suçlu olup olmadıklarının araştırılması ve gerekiyorsa uygulanacak cezanın belirtilmesi düzenlenmektedir. Birden fazla devlet arasında yetki yarışması olduğu durumlarda bu devletler arasındaki uyumsuzluğun çözülmesi, suçluyu cezalandırma görevinin, ceza adaletini en iyi gerçekleştirecek devlet tarafından yapılmasının gerçekleştirilmesi için minimum kuralların düzenlendiği görülmektedir⁴⁴⁰.

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli husus, sözleşme ile bir kişinin birden fazla devlet tarafından yargılanmaması için ne bis in idem etkisinin uluslararası alanda tanınmasıdır. Amaç, bir kişinin birden fazla devlette yargılanıp cezalandırılmasının önüne geçmektir. Eğer aynı kişi hakkında, aynı fiil sebebiyle birden fazla devlette kamu davası açılmasına karar verilmiş ise ya da kamu davası açılmış ise ilgili devletler, Sözleşme gereğince kendi aralarında yargılamayı yapmaya en elverişli devleti

⁴³⁸ Avrupa Konseyi Danışma Meclisi 29 Aralık 1965 tarihinde kabul ettiği 420 sayılı tavsiye kararında; devletler arasında farklı sistemlerin kabul edilmesi nedeniyle yetki uyumsuzluklarının çıktığı bu sorunun çözülmesi için Suç Sorunları Avrupa Komitesinin bir Avrupa Sözleşmesi Tasarısı hazırlamasını öneriyordu. Bkz. Kunter, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması, s.218; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 294.

⁴³⁹ Sözleşme 15.05.1972 tarihinde imzaya açılmış 30.03.198 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme, altı bölümden oluşmaktadır. Birinci maddede suç ve yaptırım kavramları tanımlanmıştır. İkinci bölümde (m.2-5) sözleşmede öngörülen işbirliğini sağlamak için, devletlere gerekli yetkinin verilmesi konusu düzenlenmiştir (m.6-29). Üçüncü bölümde kovuşturulmaların aktarılması yöntemlerine yer verilmiştir (m.30-34). Beşinci bölümde ne bis in idem etkisi düzenlenmiştir (m.35-37). Altıncı bölümde ise sözleşmenin imzalanmasına, onaylanmasına ve çekincelere ilişkin kurallar getirilmiştir (m.38-47). Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 295.

⁴⁴⁰ Kunter, "Ceza Koğuşurmalarının Aktarılması", s. 219.

seçeceklerdir. Tarafların kendi aralarında anlaşamamaları durumunda her bir devlet, ne bis in idem ilkesini göz önünde bulundurarak, ayrı ayrı kovuşturma yapacaktır⁴⁴¹.

20. yüzyılda devletin cezalandırma yetkisinin sınırsız olduğu, devletin bağımsızlığı sınırsız olduğundan, ceza kanunlarının uygulanacağı yeri gösteren uluslararası ceza hukuku normlarının devlet tarafından serbestçe tayin edileceği ve bu belirleme yapılırken diğer devletlerin çıkarlarının göz önünde tutulmayacağı görüşü hakimdi⁴⁴². Daha sonraları, devletin uluslararası ceza hukuku normlarını belirlerken tamamen serbest olmadığı, eylem ile uygulanacak ceza kanunu arasında somut olayda eylemin gerçekleştirildiği yer, failin vatandaşlık durumu, ihlal edilen hukuki menfaati koruyan devletin çıkarı veya mağdurun vatandaşlık durumu gibi bağlama noktalarının bulunması gerektiği düşünülmüştür. Ulusal bağımsızlığa ve egemenliğe aykırı olduğu gerekçesi ile yabancı ceza yargısına bir değer verilmemiştir⁴⁴³.

Ancak dünyadaki teknolojik, ekonomik ve siyasal gelişmelerle birlikte sınırların kalkması, suç olgusunun gelişmelerle uluslararası bir boyut kazanması, klasik görüşleri uluslararası suçlulukla mücadelede etkisiz kılmıştır. Suçla mücadelede devletler arasında işbirliğinin artırılması, çifte cezanın önlenmesi ve suç işleyenin cezasız kalmaması, uluslararası suç siyaseti ile güdülen ana amaç olmuştur⁴⁴⁴.

Öte yandan, uluslararası suçlulukla mücadelede birden fazla devletin yargılama ve cezalandırma bakımından yetkili olması, aynı fiilin uluslararası düzeyde birden fazla yargılanması ve cezalandırılması sonucunu doğurmaktadır⁴⁴⁵. Böylece devletin cezalandırma yetkisinden hareketle, birden fazla cezalandırma sonucu ortaya çıkabilmektedir. Bu nedenle, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ile yabancı ceza yargısına ne bis in idem etkisi tanınmıştır. Böylece uluslararası suç siyasetinde fiilin cezasız kalmaması için birden fazla devlete yetki vererek, ceza yargısına milletlerarası bir değer verilirken, aynı zamanda ne bis in idem etkisi tanınarak, aynı fiilden dolayı iki kere cezalandırmanın da önüne geçilmek

⁴⁴¹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 299.

⁴⁴² Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 17, 18.

⁴⁴³ Tarihi gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 15 vd.

⁴⁴⁴ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 20.

⁴⁴⁵ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 212.

istenmiştir⁴⁴⁶. Ancak Komite aynı eylemden dolayı iki kere cezalandırılmamanın, muhakeme hukukundan kaynaklanan bir hak olduğunu; bu hakkın, sujenin insan olmasından kaynaklanmadığını, bu nedenle belli şartlara bağlanarak sözleşme ile düzenlenmesi gerektiğini kabul etmiştir⁴⁴⁷.

Ceza Koğuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m.35 ile Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'nde m. 53'de yer alan ne bis in idem ilkesine ilişkin hükümler birbirleriyle paraleldir. Bu nedenle her iki Sözleşme'nin ne bis in idem ilkesine ilişkin hükümleri bir arada incelenecektir⁴⁴⁸.

1. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Koğuşturulmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Yer Alan Kesin Hükümün Önleme Etkisi'nin Unsurları

a. Tarafların Aynılığı

Kesin hükümün önleme etkisinin aynı kişi, aynı fiil unsurları, uluslararası ceza hukukunda bir takım farklılıklar gösterir. Ne bis in idem ilkesinin, uluslararası ceza hukukunda uygulanabilmesi için sanığın aynı kişi olması, iddia makamının da aynı makam olması, başka bir devlet makamı olmaması gerekir. Kovuşturmanın bütünlüğü ilkesi gereğince, bir ülkede başlayan kovuşturmayı, başka bir kovuşturma makamı devam ettirebilir; ancak kovuşturma ülke sınırlarını aştığında, başka bir devletin o

⁴⁴⁶ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 251.

⁴⁴⁷ Kunter, "Ceza Koğuşturmalarının Aktarılması Sözleşmesi", s. 232.

⁴⁴⁸ "Kesin ve yerine getirilebilir yargı kararı ile yargılanmış olan kişi:

a- Beraat etmişse

b- Hakkında müeyyide hükmolunup da:

i- Bu müeyyide tamamen yerine getirilmişse veya yerine getirilmekte ise

ii- Müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa,

iii- Müeyyide zamanaşımı yüzünden yerine getirilemiyorsa,

iv- Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse

Aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkum edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez."(CKADAS m.35/1)

"Avrupa Ceza Yargısı ile Kesin ve yerine getirilebilir yargı kararı ile yargılanmış olan kişi:

a- Beraat etmişse

b- Hakkında müeyyide hükmolunup da:

i- Bu müeyyide tamamen yerine getirilmişse veya yerine getirilmekte ise

ii- Müeyyidenin tamamı veya yerine getirilmemiş kısmı genel veya özel affa uğramışsa,

iii- Müeyyide zamanaşımı yüzünden yerine getirilemiyorsa,

i- Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse

Aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkum edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez."(CYMDAS m.53/1)

kovuşturmaya devam etmesi için o devletin kamu yararı bakımından gerekli olup olmadığı önem kazanır. Bir devlet iddia makamı uluslararası suçluluğu önlemek amacı ile hareket ettiğine ve Avrupa Ceza Yargısına bu sözleşmeler ile ne bis in idem etkisi tanındığına göre iddia makamının aynılığı kabul edilmiş durumdadır⁴⁴⁹.

b. Fiilin Aynılığı

Uluslararası Ceza Hukuku alanında her bir devletin düzenlemesi farklı olduğundan, eylemin aynılığını tespit etmek konusunda zorluklar doğar. Karşılaşılabilecek ilk zorluk, kamu davasının açılması konusunda kabul edilen prensibin farklı olmasıdır. Eğer bir devlette maslahata uygunluk prensibi kabul edilmiş ise eylemin tamamı kovuşturma konusu yapılmamış olabilir ve diğer devlet bakımından önem arzeden eylemin kısımları son kararda yer almamış olabilir. Bir diğer problem ise hukuki nitelendirme konusunda çıkabilir. Uluslararası ceza hukuku alanında farklı milletlerin ceza kanunlarında aynı adı alan suçun kapsamına farklı fiiller girebilir. Bu nedenle “idem” kapsamı değişebilmektedir⁴⁵⁰. Aynı fiil bir devlet hukukuna göre suç teşkil ederken, başka bir devlet hukukuna göre suç teşkil etmeyebilir ya da farklı suç tipleri içinde düzenlenebilir. Milletlerarası Ceza Hukuku Kongresi La Haye’de yaptığı toplantıda, Uluslararası Ceza Hukukunda, ne bis in idem’deki fiili, bir “tarihi olay” olarak kabul etmiş, fiilin hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmamak gerektiği görüşünü kabul etmiştir⁴⁵¹.

c. Kesin ve Yerine Getirilebilir Yargı Kararı

Sözleşme metinlerinde yer alan, “kesin ve yerine getirilebilir yargı kararı” ifadesi ile kastedilen sadece kesin hüküm değildir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin Fransızca metninde “jugement repressif”, terimi kullanılmaktadır. Sözleşmedeki “jugement” terimi, “son soruşturmanın açılmaması kararı”nı da kapsamaktadır. Bu nedenle kesin ve yerine getirilebilir yargı ifadesi, uyuşmazlığı yarıp atan karar olarak anlaşılmalıdır. Ayrıca Sözleşme’de idari makamların verdiği ceza kararname, yerine getirme bakımından, ceza yargıları ile aynı

⁴⁴⁹ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 236, 237.

⁴⁵⁰ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 237, 238.

⁴⁵¹ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s.2 39.

kapsamda görülmüştür⁴⁵². Sözleşme'nin tanımlar başlıklı maddesinde, Avrupa Ceza Yargısı terimi ile Sözleşen devletlerden birinin bir ceza davası açılması üzerine, ceza yargılama makamları tarafından verilen ve yargı halini alan kararlarının ifade edildiği belirtilmektedir. Bu nedenle Sözleşme'nin kapsamı, Avrupa Konseyi üyesi olan ve sözleşmeye taraf olan devletlerle sınırlıdır (CYMDAS. m.1-a).

Bununla birlikte hüküm kavramı, yabancı devletin iç hukukuna göre belirlenir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, mahkûmiyet ve beraat kararı arasında bir ayırım yapmamış, sözleşen devletlerden birinde verilen beraat ya da mahkûmiyet kararını, diğer sözleşen devletin kendi mahkemelerinde verilen karar gibi saymasını esas kabul etmiştir⁴⁵³. Her iki Sözleşmede, beraat, infaz edilmek ya da infazına başlanmak koşulu ile mahkûmiyet kararı ile suçluluğun tespit edilip yaptırımın belirlenmediği kararlara, önleme etkisi tanınmıştır. Buna göre; bir sözleşen devlette yapılan yargılama sonucunda beraat, mahkûmiyet ya da suçluluğun tespitine ilişkin karar verilip bu karar kesinleştiğinde, aynı kişi, aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez (CYMDAS. m.53; CKADAS. m.35). Kesinleşme konusunda, hükmü veren devletin mevzuatı esas alınmalıdır⁴⁵⁴.

Her iki Sözleşme'ye göre, taraf devletlerden birinde, bir suçla ilgili olarak bir kişi hakkında beraat kararı verilmişse, bu karar mutlak olarak aynı kişinin, aynı suçtan dolayı diğer Sözleşen devlet mahkemelerinde yargılanmasına engel oluşturmaktadır. (CYMDAS. m.53/1; CKADAS. m.35/1-a).

Belirtmek gerekir ki, uluslararası ceza hukuku alanında, yabancı yargının yerine getirilmemesi ve vatandaşın iade edilmezliği kuraldır⁴⁵⁵. Kesin hükmün önleyici etkisinin uluslararası ceza hukuku alanında etki yaratması için cezanın çekilmiş olması

⁴⁵² Nurullah Kunter, "Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.XXXVI, S.1-4, (1971), s. 83.

⁴⁵³ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 242, 243.

⁴⁵⁴ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 86.

⁴⁵⁵ Ancak Roma Statüsü'nün kabulü ile birlikte UCM'nin yetkisi bakımından Uluslararası Ceza Hukuku alanındaki bu kurallar esnetilmiştir.

ya da infazına başlanılmış olması şartı aranmaktadır. İnfaz edilmiş olma şartı, failin cezadan kaçmasını engellemek amacıyla aranmaktadır⁴⁵⁶.

Belirlenen yaptırım, ceza ya da güvenlik tedbiri olabilir. Yaptırım infaz edilmişse veya edilmekte ise aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında kovuşturma yapılamaz, mahkûm edilemez ve yaptırım infaz edilemez. Her iki Sözleşme bakımından ya cezanın tamamen infaz edilmiş olması ya da infaza başlanılmış olması aranmaktadır. Bu nedenle, hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme kararlarından sonraki deneme süresinde ve kısa süreli hapis cezası yerine uygulanan yaptırımların uygulanmasında, yaptırımın infaz edilmekte olduğu kabul edilecektir. Sözleşme'ye taraf olan devletlerden biri tarafından verilmiş olmak kaydıyla, şartla salıverme ya da hapis cezasının infazının ertelenmesinde deneme süresinde yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi bakımından, bu süre içinde hüküm devletinde ikinci bir ceza davası açılmaz. Ayrıca, mahkûmiyet hükmünde belirlenen yaptırımın, tamamının ya da yerine getirilmemiş kısmının genel af, özel affa uğramamış olması ya da yaptırımın zamanaşımına uğramamış olması gerekmektedir (CYMDAS. m.35/1-b, CKADAS. m.53/1-b)

Beraat ve mahkûmiyet kararlarının yanında, mahkemece suçluluk tespit edilmiş ancak müeyyide tespit edilememişse, aynı fiilden dolayı diğer bir sözleşen devlet, aynı kişiyi kovuşturamaz, mahkûm edemez veya kişi hakkında belirlenen müeyyide yerine getirilmez (CYMDAS. m.35/1-c, CKADAS. m.53/1-c). Ertelemenin herhangi bir şekli, mahkûmiyet kararı ile aynı anda çıkan af kanunu, suçluluğun tespit edilip müeyyidenin belirlenmemesi kapsamında değerlendirilecektir⁴⁵⁷.

2. Sözleşmelerde Yabancı Yargıya Tanınan Kesin Hükümün Önleme Etkisinin İstisnaları

Fiil sözleşen bir devlette, kamusal nitelikte bir kişiye, kuruma ya da şeye karşı işlenmişse veya fail kamusal bir nitelik taşıyorsa devletler kendileri kovuşturma istemiş

⁴⁵⁶ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 241.

⁴⁵⁷ *Explanatory Report on the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments, Commentary on the Convention, Article 53, paragraph 1.* <http://conventions.coe.int/treaty> (03 Temmuz 2007).

olmadıkça ne bis in idem etkisi doğmaz⁴⁵⁸. Her iki sözleşme metninde “kamusal nitelik” yerine “devletin menfaatlerine zarar veren” eylemler teriminin kullanılması tartışılmış, ancak bu terimin çok kapsamlı ve belirsiz olacağı, bu tarz bir ifadenin devletlerin iç hukuklarındaki pek çok ticari düzenlemeyi de kapsayacağı düşünülerek tercih edilmemiştir⁴⁵⁹. Bununla birlikte, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nde kamusal değerlere ve kamu yetkisini kullanan şahıslara yönelik suçlarda ikinci bir yargılama yapılmasını devletlerin takdirine bırakmıştır. Kamusal nitelik taşıyan suçlar bakımından, devlete karşı işlenen suçlarda yurtdışında yargılama yapılmış olmasına rağmen, devletin korunmaya değer menfaatlerinin varlığını korumaya devam etmeleri gerekçesiyle tekrar yargılama yapabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁰.

Her iki Sözleşme’nin açıklama raporunda, kamusal nitelikteki suçlara örnek olarak kamu görevlilerine karşı yapılan saldırılar, kamu kurumuna karşı suçlara örnek olarak casusluk, kamusal nitelik taşıyan kişiler, rüşvet alma, kamusal nitelik taşıyan şeyler, sahtecilik suçları örnek olarak gösterilmektedir⁴⁶¹. Ancak, işlendiği yerde koğuşturulması şikayete bağlı olan bir suç söz konusu ise şikayet şartının gerçekleşmemiş olması nedeniyle suçun koğuşturulmadığı durumlarda, bir diğer devlette eylem re’sen koğuşturulabilen suç niteliğinde ise; suçun işlendiği yerde şikayet süresi geçmişse diğer devlette de suçun koğuşturulmaması gerekir⁴⁶².

Ayrıca her iki Sözleşme’ye göre ülkesinde eylem işlenen ya da işlendiğini kabul eden devlet de kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça ne bis in idem etkisini kabule mecbur değildir. Buna göre Sözleşen devletin ülkesinde işlenen suç, bir diğer Sözleşen devlet tarafından yargılanmış ve hüküm verilmişse, ülkesinde suç işlenen Sözleşen devlet, diğer Sözleşen devletin ceza yargısına önleme etkisi tanımayabilir. Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin açıklama raporunda m.53/2 ve m.53/3’deki istisnaların olmadığı durumlarda, özellikle suçun

⁴⁵⁸ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s.235.

⁴⁵⁹ *Commentary on the Convention, Article 53, paragraph 2.*

⁴⁶⁰ Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s.240.

⁴⁶¹ *Commentary on the Convention, Article 53, paragraph 2.*

⁴⁶² Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s.241.

işlendiği ülke devletinde karar verilmişse, bu karar m.53/1 deki koşulları taşımak kaydıyla kesin hükmün önleme etkisini göstereceği belirtilmiştir⁴⁶³.

C. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde Kesin Hükmün Önleme Etkisi

Kesin hükmün önleme etkisi, 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (SİDAS.)'nin, 9. maddesinde düzenlenmiştir. Kendisinden talepte bulunulan devlette, iadeye sebep olan fiillerden dolayı, bir yargılama yapıp kesin hüküm verilmişse, bu kesin hükmün iadeye engel olacağı belirtilmiştir. İade sözleşmesinde ayrıca takibat yapılmaması kararı ya da takibata son verme kararı verilmişse bu durumda kendisinden iade talep olunan devletin iade talebini reddedebileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca kovuşturma yapılmamasına kovuşturmaya son verme kararlarına⁴⁶⁴ da kesin hükmün önleme etkisi tanınmıştır⁴⁶⁵.

İade Sözleşmesi'ne göre verilen hükmün kesinleşmesi halinde, iade talebi mutlak bir red sebebi iken, kovuşturma yapılmamasına karar verilmesi ve kovuşturmaya son verme kararları bakımından iade talebinin değerlendirilmesinde iade ihtiyari olup, talep edilen tarafa takdir hakkı tanınmaktadır. İade talebinin reddedilmesini gerektirecek olan kararın, iade talebinde bulunulan devlet yargı organlarıncaya verilmesi gerekmektedir⁴⁶⁶. İade Sözleşmesi'nde ne bis in idem ilkesinin etkisi, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı da kapsayabilecek

⁴⁶³ *Commentary on the Convention, General Remarks*, (03 Temmuz 2007).

⁴⁶⁴ Sözleşme'nin resmi Türkçe metninde yer alan, "takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine" ifadesinde, takibat kelimesinin kullanıldığı görülmektedir. Sözleşme'nin Fransızca metninde "poursuites", İngilizce metninde ise "proceedings" kelimeleri kullanılmıştır. "Poursuites" ve "proceedings" kelimelerinin karşılığı kovuşturmadır. Öğretide ne bis in idem ilkesinin etkisine dair Sözleşme hükmündeki düzenleme, soruşturmaya son verilmesi, soruşturma yapılmaması kararı olarak değerlendirildiği gibi, kovuşturma yapılmamasına karar verilmesi, kovuşturmaya son verme kararları olarak da ifade edilmektedir. Takibat kelimesi ile kastedilen 1412 sayılı CMUK'da yer alan kovuşturma terimidir. Bu durumda takibat teriminin karşılığını kovuşturma olarak alırsak; kastedilen soruşturma yapılmaması, soruşturmaya son verme kararı, kovuşturma yapılmaması ve kovuşturmaya son verme kararlarıdır. Ancak gerek Türkçe metninde kullanılan takibat terimi, gerek Fransızca ve İngilizce metinlerinde kullanılan terimin Türkçe karşılığı kovuşturmadır.

⁴⁶⁵ Önder, Genel Hükümler, s. 140; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 265.

⁴⁶⁶ Dönmezer/Erman, C.III, dn. 42, s. 428; Özgenç, Genel Hükümler, s. 858; Artuk/Gökçen/Yenidünya, Genel Hükümler, s. 1122.

şekilde düzenlenmiştir⁴⁶⁷. Ancak, bu kararı etkileyecek yeni bir olay ya da yeni bir delil ortaya çıkarsa, iadeye engel teşkil etmez meğer ki talep eden devlet, 8. maddede belirtildiği üzere takibat başlatmamış olsun⁴⁶⁸. Ayrıca, geri verilmesi istenen kişinin, geri vermeyi isteyen devlette, aynı fiilden dolayı yargılanmış olması, bir geri verme engeli olabilmektedir. Mutlaka bir hükmün verilmiş olması gerekli değildir⁴⁶⁹.

Sözleşme'deki nihai karar ifadesi ile tüm başvuru yollarının tüketilmiş olması ifade edilmektedir. Hüküm beraat, mahkûmiyet, af kararı şeklinde olabilir⁴⁷⁰. Bu yargısal kararın iade isteminde bulunulan devletin yargı organlarınca verilmiş olması şarttır⁴⁷¹.

1975 yılında Ek 1. Protokol'ün 2 inci maddesi ile İade Sözleşmesi'nin 9. maddesine ek yapılmıştır. Buna göre; Sözleşme'ye taraf olan üçüncü bir devlet ülkesinde verilmiş kesin bir hükme konu olan kişi hakkında, aynı fiillerden dolayı iade talebinde bulunduğu takdirde, iade edilmesi gereken kişi hakkında beraat hükmü verilmişse, hürriyeti bağlayıcı bir ceza veya tedbire hükmedilmiş ve bu ceza tamamen çekilmişse, cezanın tamamı ya da infaz edilen kısmı genel af veya özel affa girmişse, suçluluk tespit edilmiş ancak müeyyide belirlenmemişse, iade isteminin reddolunacağı düzenlenmiştir⁴⁷². Bu durumda sözleşmeye taraf üçüncü devlet ülkesinde verilen kesin hüküm, ne bis in idem etkisi yaratacaktır.

Ek 1 nolu Protokol'ün 2. maddesi ile eklenen 3 paragrafta ise, kesin hükmün iade bakımından önleyiciliği konusunda istisnalar kabul edilmiştir. Buna göre; hakkında hüküm verilen suç iade talebinde bulunan devlette kamusal nitelik taşıyan kişiye kuruma ya da şeye karşı işlenmiş ise; hakkında hüküm verilen kişi iade talep eden devlette kamusal nitelik taşıyor ise; hükme konu olan fiil, kısmen ya da tamamen iade

⁴⁶⁷ Kayıhan İçel, “Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. Maddesinin Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza yargısı Failin Türkiye’de Yeniden Yargılanmasına Engel Olur mu? Ne Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri”, **İÜHFİM**, C. XXXVII, S.1-4, s. 402.

⁴⁶⁸ *European Convention On Extradition, Explanatory Report, Article 9*, <http://conventions.coe.int/treaty> (10 Eylül 2007).

⁴⁶⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s.265.

⁴⁷⁰ *Explanatory Report on Article 9*.

⁴⁷¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya, **TCK Şerhi, Genel Hükümler**, 1. Cilt, **Genel Hükümler, Madde1-36**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009, s. 238.

⁴⁷² Dönmezer/ Erman, s. 427; Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, s. 232, 233; Gülşen, s. 403

talep eden devletin ülkesinde ya da ülkesi sayılan bir yerde işlenmişse iadeye hükmolunabilir⁴⁷³.

Kişi hakkında iade talebinde bulunulan devlette, kesin hüküm verilmiş olsa dahi sayılan koşullardan biri gerçekleştiğinde, kesin hükmün iade bakımından önleyici bir etkisi bulunmamaktadır. Yabancı yargıya iç hukukta bu düzenlemelerden daha geniş uygulama alanı yaratılması Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaz. Çünkü bu kurallar minimum kurallardır⁴⁷⁴.

Ayrıca, İade Sözleşmesi'nin m.9/2'de, sadece kesin hüküm değil, yetkili makamların kovuşturma yapılmamasına (takipsizlik kararı) veya yapılan kovuşturmaya son verilmesine ilişkin kararların da, iade talebine engel olabileceği düzenlenmektedir. Sözleşme metninde "edilebilir" ifadesinin kullanılması, bu konuda takdir yetkisinin tanındığının göstergesidir⁴⁷⁵.

Türk Ceza Kanunu m.18'e göre, hakkında ceza kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancıнын, talep üzerine kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebileceği düzenlenmiştir. Maddede kesin hükmün önleme etkisi ile ilgili bir hüküm bulunmamakla birlikte, Türkiye yaptığı ikili anlaşmalarda prensibe yer vermiştir. Buna göre örneğin; Türkiye Cumhuriyeti ile Tunus Cumhuriyeti Arasında Cezai Konularda Adli Yardımlaşma ve Suçluların Geri Verilmesi Sözleşmesi'nin 26. maddesinde sadece kesin hükmün değil, yetkili makamların kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararlarının da iade talebinin kabulüne engel olacağı belirtilmiştir⁴⁷⁶.

Belirtmek gerekir ki, suçluların iadesi usulünün uygulanmasının zor olması, iadenin çok zaman alması, bazen yargılamayı ve cezalandırmayı imkânsız hale getirmektedir. İade Sözleşmesi'nin getirdiği problemlerin aşılması amacıyla, Avrupa Birliği içerisinde, yeni ve daha etkili bir çözüm yolu arayışları başlamıştır. Avrupa Birliği'nin amacı, bireylere "özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı içinde" yüksek ölçüde

⁴⁷³ Dönmezer/ Erman, dn. 41 bis, s. 427.

⁴⁷⁴ Dönmezer/ Erman, dn. 41 bis, s. 427.

⁴⁷⁵ Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 384.

⁴⁷⁶ Önder, Ceza Hukuku Dersleri, s. 140; İçel Donay, s. 228; Artuk/Gökçen/Yenidünya, TCK Şerhi, s. 238.

güvenlik sunmaktır. Yargı alanında işbirliği ile bu amaca ulaşılmaya çalışılmakta, karşılıklı güven ve tanımaya dayalı bir işbirliği sistemi hedeflenmektedir. Kararların karşılıklı tanınması ile karşılıklı güven ve anlayışın oluşması için; kişi hak ve özgürlüklerine dayalı asgari usuli güvenceler, ortak normlar ve ortak ilkelerin varlığı gerekir⁴⁷⁷. Adli alanda işbirliği için Europol, Eurojust, Avrupa Tutuklama Emri, bunu sağlamak üzere oluşturulan hukuki kurum ve araçlar olup, adli kararların, karşılıklı tanınma ilkesine dayanan Avrupa Tutuklama Emri, bu ilkenin uygulanması yönündeki ilk adımdır⁴⁷⁸. Avrupa Tutuklama Emri Çerçeve Kararı'nın 1. maddesinde “ bir üye devlette verilmiş olup da, bir başka üye devlet tarafından ceza kovuşturması veya özgürlüğü bağlayıcı cezanın veya özgürlüğü sınırlayıcı bir emniyet tedbirinin infazı için, aranan kişinin yakalanmasını ve gönderilmesini amaçlayan bir mahkeme kararı” olarak tanımlanmıştır⁴⁷⁹. Avrupa Tutuklama Emri, suçluların iadesi prosedürünün yerini almak üzere oluşturulmuştur. Amaç, iade sürecinin yerine basit, üye devletler arasında karşılıklı güvene ve bir üye devlette yargı kararı ile çıkarılan emrin, başka üye devletlerde otomatik olarak tanınarak uygulanmasının sağlanmasıdır⁴⁸⁰. Yargısal kararların serbest dolaşımının kabulüne dayanan bir sistem oluşturmaktır. Avrupa Tutuklama Emri usulünde, artık İade Sözleşmesi kapsamında devletten devlete talep yapılmamaktadır. Emrin kendisi usulü oluşturmaktadır. Bir ülkenin adli makamı tarafından alınan karar, diğer bir ülkede doğrudan uygulanabilmektedir. Tutuklama ve iade tek aşamada birleşmekte, tutuklama emri hakkındaki adli karar, tutuklama ve iadeyi birlikte sağlamaktadır. Geleneksel iade sistemi ile Avrupa Tutuklama Emri arasında, iki önemli sistematik farklılık mevcuttur. Birincisi, geleneksel iade sisteminde

⁴⁷⁷ Kocasakal, s. 139, 140.

⁴⁷⁸ Bulnes, Mar Jimeno, “The Enforcement of the European Arrest Warrant: A Comparison Between Spain and the UK” , **European Journal Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol.15, (2007), s. 265; Alegre, Susie and Marisa Leaf, “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Too Soon? Case Study - The European Arrest Warrant”, **European Law Journal**, Vol.10, No. 2, (March 2004), s. 201.

⁴⁷⁹ Erdem, s. 316, 317.

⁴⁸⁰ Louise Hodges, “AB Ceza Hukukuna Giriş”, **Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Kurumları Sempozyum, 30 Mart- 1 Nisan 2005 İstanbul**, içinde (203-222), Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 11, s. 211.

yakalama ve teslim, ayrı iki basamak teşkil eder. Avrupa Tutuklama Emri ise bu iki usulü, tek bir adli kararla birleştirmektedir⁴⁸¹.

Ayrıca, çerçeve kararda öngörülen katalog suçlar bakımından, çifte cezalandırılabilirlik koşulu kaldırılmaktadır. Bu istisnalar dışında, tutuklama emrini infaz edecek olan devlet, fiilin kendi kanunlarına göre cezalandırılmadığını ileri süremeyecektir⁴⁸². Katalog suçlar dışındaki durumlarda infaz, çifte cezalandırılabilirlik şartına bağlıdır. Ancak katalog suçlar suçluluk alanlarını genel olarak nitelendiren kavramlardan oluşmuştur. Bu nedenle uygulama alanını kesin olarak sınırlandırmak olanaksızdır⁴⁸³.

Bir diğer önemli farklılık, tutuklama kararının doğrudan yargı organları arasında gönderilmesine yer verilmesidir. Artık, ilgili üye devletin hükümeti ya da bakanı tarafından geri verme onayı verilmesi gerekmemektedir. Her üye devlet, kendi iç hukukuna göre yetkili makamı belirleyecektir (ATE. m.4,5)⁴⁸⁴.

Avrupa Tutuklama Emri, kendi vatandaşını geri vermeme, çifte cezalandırılabilirliğin kaldırılması özellikleri göz önünde bulundurulduğunda, AB'ye üye devletlerin egemenliklerinin sınırlandırılması yolunda bir araçtır⁴⁸⁵. Avrupa Tutuklama Emri daha basit bir usul oluşturmuştur. Diplomatik kanalların ya da Adalet Bakanlığı'nın kullanıldığı usulün yerine, yetkili adli otoriteler arasında, tutuklama emri aktarılması gibi daha doğrudan bir usul getirmektedir⁴⁸⁶. Bu usulde çerçeve karar, kişiyi yakalamak için üye devletlerin otomatik olarak birbirlerinin adli kararlarını tanıması ilkesine dayanır⁴⁸⁷.

⁴⁸¹ Nicola Venneman, "The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications", ZaöRV, 63, (2003), <http://www.zaoerv.de> (10 Eylül 2008), s.108.

⁴⁸² Erdem, dn. 374, s. 319

⁴⁸³ Erdem, s. 320.

⁴⁸⁴ Erdem, s. 317, 318.

⁴⁸⁵ Erdem, s. 318. Zsuzsanna Deen-Racsmany, "The European Arrest Warrant and the Surrender of Nationals Revisited: The Lessons of Constitutional Challenges", **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**, Vol.14/3, s. 273.

⁴⁸⁶ O. Lagodny, "Extradition" Without a Granting Procedure: The Concept of "Surrender", R. Blekxtoon and W. van Ballegooij, (Ed.), **Handbook on the European Arrest Warrant**, The Hague 2005, s. 39.

⁴⁸⁷ Wouters Jan and Frederik Naert, "Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU's Main Criminal Law Measures Against Terrorism After "11 September", **Common Market Law Review**, Vol. 41, s. 919.

Avrupa Tutuklama Emri'nde yer alan geri verme engelleri, Çerçeve Karar'ın 3. maddesinde sınırlayıcı şekilde sayılmıştır⁴⁸⁸. Buna göre:

- Tutuklama emrini infaz edecek olan devletin, kendi hukukuna göre ilgili suçu kovuşturma yetkisi bulunmasına rağmen fiilin affa uğramış olması,
- Mahkumiyet halinde, mahkumiyet hükmünün çekilmiş olması veya halen infaz ediliyor olması yahut mahkum edildiği ülke kanunlarına göre artık infazın mümkün olmaması koşuluyla, karar verecek yargı organının sahip olduğu bilgilerden, aranan kişi ile ilgili olarak bir diğer üye devlette aynı fiil ile ilgili olarak kesin hüküm verilmiş olduğunun ortaya çıkması,
- Tutuklama emrine konu kişinin, kararı verecek devlette kendisine isnat edilen fiilden dolayı yaşı sebebiyle cezaen sorumlu tutuluyor olması

halleridir.

Üçüncü maddede, sınırlayıcı şekilde sayılan hallerden ikincisi, kesin hükmün önleme etkisi ile ilgilidir. Ancak buradaki düzenleme, Avrupa İade Sözleşmesi'nden farklıdır. Avrupa İade Sözleşmesi, iadede kesin hükmün önleme etkisi talep eden ve talep olunan ülkelerden verilen kararlarla sınırlı tutulmakta iken; Avrupa Tutuklama Emri'nde bu ilke, ikili bir ayrıma tabidir. İlk olarak herhangi bir ülkede verilen kesin kararlar, aranan kişinin teslimine kesin olarak engeldir. İkinci olarak, 4. madde hükmüne göre, Birlik üyesi olmayan üçüncü bir ülkeden verilen hüküm, teslimi ihtiyari olarak engeldir. Yargı makamı, bu durumda teslim karar verebileceği gibi, talebi reddedebilir⁴⁸⁹. Karar makamının bunu araştırma yükümlülüğü yoktur. Eğer elinde bu yönde bir bilgi varsa dikkate alacaktır. Sürecin uzun sürmesi istenilmediğinden bu şekilde bir düzenleme yapılmıştır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Mackarel, s. 45.

⁴⁸⁹ Ümit Kocasakal, **Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 143,144; Erdem, s. 322.

⁴⁹⁰ Kocasakal, s. 144;

III. DİĞER ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE KESİN HÜKMÜN ÖNLEME ETKİSİ

A. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü)

II. Dünya Savaşı sonrasında özellikle soykırım suçunun işlendiği iddiası ile birçok kişi *ad hoc* mahkemelerde yargılanarak cezalandırılmıştır. *Ad hoc* mahkemeler, nitelikleri gereği işlenen fiilden sonra, o fiili ve işlediği iddia olunan kişiyi yargılamak üzere kurulmuş olmaları nedeniyle tabii hâkim güvencesine aykırı kabul edilmiştir. Oluşturulan *ad hoc* mahkemeler, hem ceza hukuku hem de ceza yargılaması hukuku kurallarını kendileri koymuşlardır. Ayrıca fiil işlendiği sırada suç olarak tanımlanmayan, cezası gösterilmeyen, bu konuda görev tanımı yapılmayan mahkemeler tarafından yargılama yapılması, kanunilik prensibine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁹¹.

Uluslararası suçların Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri'nin kurularak yargılanması, büyük devletlerin siyasi istekleri ile gerçekleşmiştir. Uluslararası suçların kovuşturulmasında daha objektif ve standart bir süreç ihtiyacı doğmuştur. Ayrıca *ad hoc* mahkemelerin kurulması zaman almakta ve vakit kaybı nedeniyle delil elde etme imkânı zorlaşmaktadır⁴⁹².

Bireysel temel hak ve özgürlüklerin korunması sadece bir iç hukuk meselesi değildir. Uluslararası alanda kişilerin ceza sorumluluğun sağlanması ile ağır insan hakları ihlallerinin ulusal düzeyde cezasız kalması engellenmek istenilmiştir. Ayrıca sürekli bir uluslararası ceza mahkemesi kurulması ile yargılamanın yapılıp mahkûmiyet hükmünün kurularak⁴⁹³ infaz edilmesinin caydırıcı etki yaratacağı düşünülmüştür⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 75-77.

⁴⁹² R. Murat Önok, **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Divanı**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s. 11, 12; Uluslararası Ceza Mahkemesinin kurulma süreci için ayrıca bkz. Albin Eser, "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 3 vd.

⁴⁹³ Roma Statüsü kapsamında düzenlenen yaptırımlar için Bkz. Ayşe Nuhoglu, "Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 245 vd.

⁴⁹⁴ Önok, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 14, 15.

Böylece uluslararası toplum ve devletler sürekli biçimde ceza yargılaması yapmak üzere kendi egemenlik alanlarından bağımsız bir ceza ve ceza yargısı süreci oluşturmak için 1998 yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü -Roma Statüsü (RS)- imzaya açılmıştır. 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren fiilen faaliyete geçen Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) kurulması ile olağan nitelikte, kanuni hâkim ilkesinin korunduğu sürekli bir mahkeme kurulmuştur. Kurulan Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemeleri tek taraflı olarak kurulmuşken UCM, uluslararası sözleşme ile uluslararası toplumun rızası ile kurulmuştur⁴⁹⁵.

1. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin devletler tarafından kabulü iki şekilde olmaktadır:

1. devletin Roma Statüsü'ne taraf olması,
2. mahkemenin yargı yetkisinin belirli bir suçla ilgili olarak kabul edilmesi.

Bunun dışında bir devletin Statü'ye taraf olmadan kendi askeri veya sivil vatandaşlarının, yöneticilerinin;

a- BM Güvenlik Konseyi BM Andlaşması VII. Bölüm çerçevesinde hareket etmesi ve durumu Mahkemeye havale etmesi

b- Statü'ye taraf devletin ülkesinde, Statü'ye taraf olmayan devletin vatandaşlarının Mahkeme yetkisinde bulunan suçları işlemesi durumunda bu devletçe mahkemeye sevk edilmeleri⁴⁹⁶ durumlarından birinin varlığı halinde UCM tarafından yargılanması mümkündür.

Uluslar arası Ceza Mahkemesi'nde yargılama yapılmasının birtakım ön şartları mevcuttur.

Söz konusu fiilin ülkesinde işlendiği devlet ya da statünün kapsamında bulunan bir fiili işleyen failin vatandaşı olduğu devlet Statü'ye taraf değilse, failin vatandaşı

⁴⁹⁵ Önok, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 16.

⁴⁹⁶ Yusuf Aksar, **Evrensel Yargı Kuruluşları**, Ankara: Seçkin, 2007, s. 150.

bulunduğu devlet somut olay için UCM'nin yargı yetkisini kabul ederse UCM yargılama yapabilir. Statüye taraf olmayan bir devletin vatandaşı, Statüye taraf olan bir devletin ülkesinde suç işlemişse UCM önünde yargılanabilecektir. Statüye göre UCM sadece, Statü'ye taraf olan devletlerin vatandaşları hakkında değil, Statü'ye taraf olmayan bir ülkenin vatandaşının Statü'ye taraf olan bir ülkede işledikleri suçlar hakkında da yargı yetkisine sahiptir. Hatta Statü'ye taraf olmayan bir devlet ülkesinde işlenen suçlar için geçici olarak Mahkeme'nin yargı yetkisini tanıyarak Statü'ye taraf olmayan başka bir ülkenin vatandaşları için UCM yargı yetkisini sağlayabilir⁴⁹⁷.

Diğer taraftan BM Güvenlik Konseyi, BM Sözleşmesi'nin VII. Bölümü'ne dayanarak alacağı bir kararla Statü'ye taraf olmayan bir devlet topraklarında işlenen suçları Mahkeme önüne getirebilir. Bu durumda, suçun işlendiği ülke devletinin veya suç faillerinin uyruğu bulunduğu devletlerin Statü'ye taraf olma veya Mahkeme'nin yargı yetkisini kabul etme şartlarına bakılmadan Mahkeme yargı yetkisini kullanabilir⁴⁹⁸.

Uluslararası Ceza Mahkemesi, Roma Statüsü yürürlüğe girdikten sonra işlenen suçlarla ilgili olarak yargılama yetkisine sahiptir. Tamamlayıcılık ilkesine göre Roma Statüsü'nde yer alan suçları yargılama görevi öncelikle taraflara aittir⁴⁹⁹. Yargı yetkisindeki suçları soruşturma ve kovuşturma bakımından, UCM devletlere göre ikincil konumdadır⁵⁰⁰.

Roma Statüsü'nün 17. maddesinde yer alan tamamlayıcılık ilkesi; uluslararası hukukta yer alan devletlerin hükümranlılığı ilkesinin sonucudur. Bu nedenle devletler

⁴⁹⁷ Pazarcı, s. 356.

⁴⁹⁸ Aksar, s. 150.

⁴⁹⁹ Hamide Zafer, "Ulusal Hukuk Sistemlerinin Roma Statüsü ile Uyumlaştırılması Alman Modeli", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Aydın Aybay Armağanı, 2007/1, s. 290; Nimet Güller, Hamide Zafer, **Uluslararası Ceza Mahkemesi El Kitabı**- Gustav- Stresemann-Institut, Bonn: 2006, s. 102.

⁵⁰⁰ Önok, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s.139, Yugoslavya, Ruanda Savaş Suçluları Mahkemeleri'nin öncelikli yargı yetkisi bulunmaktaydı. Soruşturma ya da kovuşturma aşamasında ulusal yargılama prosedürüne müdahale etme, davanın kendilerine iade edilmesini talep etme hakları bulunmaktaydı. Bu düzenleme ile devletlerle Uluslararası Mahkemeler arasında dikey bir ilişki kurulmuştu. Devletler yaptıkları ikili anlaşmalar, devletlerin eşitliği ilkesi gereğince, yatay ilişki kurulması üzerine gerçekleştirilmiştir. Aksar, s. 48.

cezai yargılama yetkilerini başka bir devlete veya uluslararası mahkemeye veya organa devretmek istemezler⁵⁰¹.

Ancak iç hukukta yargı yetkisinin usulüne uygun kullanılıp kullanılmadığının bir bakıma denetlenmesi söz konusudur. Bu suretle, yasal takibat, bağımsız ve tarafsız şekilde yerine getirilmediği veya getirilmemekte olması halinde ya da şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yasal takibat yürütülmesi halinde iç hukukta yapılan soruşturma ve/veya kovuşturma, UCM'nin tamamlayıcılık ilkesine göre yapılmasına rağmen, yargılama yetkisi devreye girebilecektir⁵⁰².

2. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nde Kesin Hükümün Önleme Etkisi

Roma Statüsü'nün 20. maddesinde, ne bis in idem ilkesi düzenlenmiştir. Statü'deki düzenlemeye göre ilke üç durumda etkisini gösterir:

Birincisi, Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından suçların temelini oluşturan aynı fiillerden dolayı yapılan yargılama sonucunda mahkûm olan ya da beraat eden bir kimse UCM tarafından yeniden yargılanamaz (RS.m.20/1). Uluslararası suçlar, birbirlerine benzemelerine rağmen ya da maddi unsurların aynı olmasına rağmen suçu oluşturan diğer unsurlar bakımından ayrılırlar. Bu durumda bir öldürme suçu; hem insanlığa karşı suç hem savaş suçu oluşturabilir. Bu nedenle RS. m. 20/1 düzenlemesinde suçların temelini oluşturan aynı fiiller ifadesi ile bu durum açıkça belirtilmiştir. Sadece suç ya da sadece fiil kriterine değil, suçun temelini oluşturan fiil diyerek, Statü'de yer alan suçların unsurlarını oluşturan fiilleri ifade etmek istemiştir. Zira RS. m.20/1 hükmünde düzenlenen önleme etkisi, UCM'nin tekrar suçun temelini oluşturan fiil ile ilgili yargılama yapmasını önleyecektir. Böylece bir fiil, örneğin savaş suçunun unsuru ise ve aynı fiil insanlığa karşı suçun da unsurunu oluşturuyorsa Mahkeme, savaş suçundan dolayı yargılama yaptığıında, tekrar insanlığa karşı suçtan dolayı yargılama yapamayacaktır. Bu nedenle RS.m.20/1 hükmünde “same conduct

⁵⁰¹ Aksar, s.148.

⁵⁰² Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s.101,103.

which formed the basis of a crime” ifadesi kullanılarak, suçların temelini oluşturan aynı fiilden dolayı, UCM’nin tekrar yargılama yapamayacağını düzenlemiştir⁵⁰³.

Öte yandan, Taraf Devletler Kurulunca Suçun Unsurları Belgesinin Genel Giriş Bölümü’nde “Belli bir davranış bir ya da daha fazla suç oluşturabilir” hükmüne yer verilmiştir (m.9). Eğer fail gerçekleştirdiği bir fiille birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet verirse fiilin kapsamına giren tüm suçlardan dolayı cezalandırılacağı anlamı çıkarılabilir. Ancak bu hüküm, kesin hükmün önleme etkisi ve fikri içtima müessesesi ile bağdaşmayacak şekilde yorumlanmamalıdır⁵⁰⁴.

İlkenin etkisini gösterdiği ikinci durum; UCM’nin ulusal mahkemelere etkisi olarak ifade edebileceğimiz etkidir. 5.maddede yer alan suçlardan dolayı UCM tarafından yargılanıp mahkûm edilen ya da beraat eden bir kimse başka bir mahkeme önünde yargılanamaz (RS.m.20/2)⁵⁰⁵. Eğer UCM 5.maddede yer alan suçlardan dolayı yargılama yapıp kesin hükümle sonuçlandırmışsa, ulusal mahkeme aynı suçtan dolayı yargılama yapamayacaktır. Bu durumda; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçları söz konusu olduğunda UCM’nin bu suçlara ilişkin kesin hükümle sonuçlanan bir yargılama yapmış olması halinde, aynı suçlardan dolayı ulusal adli mekanizma harekete geçemeyecektir. Ancak, uluslararası suçların maddi unsurunu oluşturan fiiller, ulusal hukukta adi bir suç olarak düzenlenmiş olabilir. Örneğin, UCM önünde insanlığa karşı suçtan ya da savaş suçundan dolayı yargılanmış olan bir kişi, ulusal hukuka göre kasten öldürmeden dolayı yargılanabilecek midir?⁵⁰⁶ Roma Statüsü m.20/2 açıktır. Bir kişi, hakkında 5. maddede yazılı suçlardan dolayı UCM’nin vermiş olduğu kesin hüküm nedeniyle tekrar yargılanamaz. RS. m.20/2 hükmünde hukuki nitelendirme dikkate alınarak “suç” terimi kullanılmıştır. Eğer Roma Statüsü m.20/2’de fiil terimi kullanılmış olsaydı, ulusal mahkeme, kasten öldürmeden dolayı yargılama

⁵⁰³ Surlan, s. 2. Frank Meyer, “Complementing Complementarity”, **International Criminal Law Review** 6 (2006), s. 554.

⁵⁰⁴ Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s.105.

⁵⁰⁵ Roma Statüsü m.20/2-3’de yer alan “başka bir mahkeme” ifadesinden ne anlaşılacak gerekir? Antlaşmalar hukuku ve Uluslararası Kamu Hukuku genel prensiplerine göre “başka bir mahkeme” ifadesi ile belirtilmek istenen Roma Statüsü’ne taraf olan devletin mahkemesi olabileceği gibi, başka bir uluslararası mahkeme de olabilir. Surlan, s.2.

⁵⁰⁶ Surlan, s. 3; Daniels, s. 25.

yapamayacaktı⁵⁰⁷. Ancak, bu durumda ulusal mahkeme aynı eylemden dolayı adi suçlar için yargılama yapabilir⁵⁰⁸. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi, belirli suçlar için sözkonusu olduğundan; aynı eyleme dayanıyor olsa dahi, UCM'nin yargılama yetkisinde olmayan suçlara ilişkin olarak aynı eylemden dolayı yargılama yapılması da kesin hükmün önleme etkisini göstermez. Eğer sanık, UCM önünde öldürme fiilinden dolayı savaş suçundan yargılanmışsa, ulusal mahkemede insan öldürmeden dolayı yargılanabilecektir⁵⁰⁹.

İlkenin etkisini gösterdiği üçüncü durum, ulusal mahkemenin UCM'ye etkisidir. Roma Statüsü m.20/3'de uluslararası suçlar bakımından ulusal yargılama yetkisinin önceliği söz konusudur. Eğer bir kimse, 6, 7, ve 8. maddelerde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmışsa, aynı fiilden dolayı UCM tarafından tekrar yargılanamaz. Örneğin, eğer bir kişi ulusal mahkemede kasten öldürmeden dolayı yargılanmış ve mahkûm olmuşsa, UCM bu kişiyi tekrar insanlığa karşı suçtan dolayı yargılayabilir mi⁵¹⁰? Bu konuda iki yorum yapılmaktadır. Birincisi “6, 7, 8. maddelerde yasaklanan fiillerden dolayı” ifadesinde yer alan “fiil” terimi, soykırım, savaş suçu, insanlığa karşı suçlarda tanımlanan fiillerdir dolayısıyla bu ifade ile sadece 6, 7 ve 8. maddede düzenlenen suçlar kastedilmektedir⁵¹¹. Ancak, bu yoruma göre devlet, kasten öldürmeden dolayı yargılama yaptığında UCM, aynı fiilden dolayı Statü'de düzenlenen aynı fiilin unsur olduğu diğer suçlardan dolayı da yargılama yapabilecektir. Diğer yoruma göre ise; üçüncü fıkrada “aynı fiil” ifadesi yerine “6, 7, 8. maddelerde yasaklanan fiiller” ifadesinin kullanılmasının nedeni, birinci paragraftaki koşulsuz “fiil” ifadesinden daha sınırlı bir anlam ortaya koyabilmektir. Zira taslak metni hazırlayanlar, 6, 7, 8. maddedeki suçları ifade etmek isteselerdi, 2. fıkrada olduğu gibi “suç” terimini tercih ederlerdi⁵¹². Roma Statüsü m.20/3'de ulusal hukuktaki

⁵⁰⁷ Surlan, s. 5

⁵⁰⁸ Immi Tallgren ve Astrid Reisinger Coracini, “Article 20-Ne Bis In Idem”, Otto Triffler (Ed.), **Commentary on The Rome Statute Of The International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article**, 2nd Edition, 2008, dn. 11, s. 686, 687; De La Cuesta; dn. 8, s. 732.

⁵⁰⁹ Dionysis Spinellis, “Global Report: The Ne Bis In Idem Principle in “Global” Instruments”, 73, **International Review Penal Law**, (2002), dn.18, s. 1158.

⁵¹⁰ Surlan, s. 4. Ayrıca bkz. Spinellis, s. 1149, 1150.

⁵¹¹ Mohammed Zeidy, **The Principles of Complementarity In International Criminal Law: Origin, Development and Practise**, 2008, dn. 50, s. 286, 287.

⁵¹² Linda E.Carter, “The Principle of Complimentarity and The International Criminal Court: The Role of Ne Bis In Idem”, **Santa Clara Journal of International of International Law** 2010, s. 12.

hukuki nitelgeler dikkate alınmadan, aynı fiilden dolayı yapılacak yargılamalarda ne bis in idem etkisinin doğacağı belirtilmektedir⁵¹³.

Roma Statüsü m.20/2’de, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin verdiği kararın, ulusal mahkemeler üzerindeki, RS.m.20/3’de ise ulusal mahkemelerin verdiği kararların UCM üzerindeki önleme etkisi düzenlenmektedir. İki fıkrada düzenlenen etki birbirinden oldukça farklıdır. İkinci fıkrada, UCM’nin verdiği kesin hükmün önleyici etkisi, 3. fıkrada ulusal mahkemenin verdiği kesin hükmün etkisinden daha dardır. 2. fıkrada UCM, bir kişiyi insanlığa karşı suçtan dolayı mahkûm ettiğinde, ulusal mahkeme aynı kişiyi kasten öldürmeden dolayı mahkûm edebilecektir. Çünkü ikinci fıkrada dikkate alınan ölçüt hukuki nitelgedir. 3. fıkrada ise, eğer ulusal mahkeme bir kişiyi kasten öldürmeden dolayı mahkûm ederse, UCM, aynı kişiye, insanlığa karşı suçtan dolayı isnatta bulunamaz. Çünkü 3. fıkradaki ölçüt “aynı fiil” ölçütüdür ve aynı fiilden dolayı ulusal mahkeme daha önce bir yargılama yaparak yargılamayı kesin hükümle sonuçlandırmıştır. 3. fıkra kapsamında kesin hükmün önleme etkisi beraat kararları bakımından da geçerlidir⁵¹⁴. Görüldüğü üzere hem devletler, hem de UCM birbirlerinin verdikleri kararları kabul etmek ve uygulamak zorundadırlar⁵¹⁵. Ancak RS. m.20 sözleşen devletler arasında birden çok yargılamalara ilişkin düzenleme getirmemiştir⁵¹⁶

3. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü’nde Yer Alan Kesin Hükmün Önleme Etkisinin İstisnaları

Roma Statüsü’nde düzenlenen ne bis in idem ilkesi, tamamlayıcılık ilkesinin doğal bir sonucudur. Bu nedenle, RS. m.20/3 hükmü, Statü’nün 17. maddesi ile birlikte değerlendirilmelidir⁵¹⁷. Roma Statüsü m.20/3’e göre “ne bis in idem” etkisi iki durumda geçerli değildir.

⁵¹³ Daniels, s. 27.

⁵¹⁴ Surlan, s. 4.

⁵¹⁵ Surlan, s. 2.

⁵¹⁶ Daniels, s. 28.

⁵¹⁷ Daniels, s. 23; Meyer, s. 558.

1- Önceki yargılamanın, Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapılmış olması,

2- Önceki yargılamanın, uluslararası hukukta tanınan usul normlarına uygun olarak, bağımsız ve tarafsız bir şekilde yapılmamış ve söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması⁵¹⁸ halinde UCM'nin yeniden yargılama yetkisi doğmaktadır (RS. m.20/3).

Belirtmek gerekir ki, Uluslararası Ceza Mahkemesi ile uluslararası toplumu ilgilendiren suçlar bakımından adil yargılama yapılması, adaletin gerçekleştirilmesi ve suçluların cezasız kalmaması sağlanmaktadır. RS. m.20/3'e göre UCM'nin iç hukukta yapılan yargılamayı adil bulmadığı durumlarda yargı yetkisi yeniden doğmaktadır⁵¹⁹. Bu nedenle Roma Statüsü'nün m.20/3, UCM'nin kuruluş amacına uygundur. Amaç, haklarında suç isnad edilen kişilerin hukuka aykırı biçimde korunmalarının önüne geçmek ve adil yargılanmalarını sağlamaktır. Şekli anlamda yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda suç işlendiği halde adaletin yerine gelmesinin engellenmeye çalışılması UCM'nin yargı yetkisini doğuracaktır⁵²⁰.

Buna göre, Roma Statüsü m.20/3'de yer alan bağımsız ve tarafsız yargılamanın yapılmaması ve yargılamanın söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması koşullarının bir arada bulunması gerekir⁵²¹.

a. Önceki Yargılamanın Ceza Sorumluluğu Bulunan Şahsı Koruma Amacı ile Yapılmış Olması

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisi tamamlayıcı nitelikte olup, ulusal yargı yetkisi önceliklidir. Ancak, eğer bir devlet, bir kişiye, uluslararası bir suçtan dolayı isnatta bulunmaktan imtina ediyorsa ve işlenen suçu adi bir suç olarak nitelendiriyorsa, UCM'nin yargı yetkisi doğabilecektir. Buna göre, UCM tamamlayıcı

⁵¹⁸ Güller/Zafer, s. 60.

⁵¹⁹ Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s.1 06.

⁵²⁰ Şen, Uluslararası Ceza Mahkemesi, s. 108.

⁵²¹ *International Criminal Court, Manual For The Ratification and Implimentation of Rome Statute Third Edition Vancouver, March 2008, www.icc.org s. 66, (25 Temmuz 2008).*

yargı yetkisi ile değil, adeta bir kontrol mekanizması olarak devreye girmektedir. Buradaki kontrol sadece soruşturmanın, kovuşturmanın başlayıp başlamamasına ya da kararın verilip verilmemesine yönelik değil, aynı zamanda fiillerin hukuki nitelendirmelerinin gereği gibi yapılıp yapılmadığına ilişkin olmaktadır⁵²². Önceki yargılama ceza sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacı ile yapılmış ise, ulusal mahkemede yapılan bu yargılama görünüşte yapılan bir yargılamadır. Bu durumda ulusal mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda bir hüküm verilmiş olsa dahi UCM'nin aynı fiilden dolayı tekrar yargılama yetkisi doğacaktır⁵²³.

Bir örnek vermek gerekirse, ulusal hukukta kasten öldürme suçu ve insanlığa karşı suç ayrı ayrı düzenlenmişse ve unsurları oluşmasına rağmen mahkeme insanlığa karşı suçtan değil de kasten öldürmeden dolayı yargılama yapmış ve hüküm kurmuşsa, bu durumda RS. m.17/1-c ve RS. m.20/3 uyarınca UCM'nin ulusal hukukta verilmiş bir kesin hüküm bulunmasına rağmen aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapması mümkün olacaktır⁵²⁴. Zira bu durumda yargılamanın, UCM'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı ceza sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapıldığı hususu ileri sürülebilir⁵²⁵. Soruşturmanın eksik yapılması ya da delillerin değiştirilmesi, kişiyi sorumluluktan kurtarmaya örnek olarak verilebilir⁵²⁶.

b. Yargılamanın Bağımsız ve Tarafsız Şekilde Yapılmamış Olması ve Yargılamanın Söz Konusu Şahsı Adalet Önüne Getirme Niyetiyle Bağdaşmayacak Şekilde Yapılmış Olması

Roma Statüsü m.20/3-b'de düzenlenen istisnanın, oluşabilmesi için sadece yargılamanın bağımsız ya da tarafsız biçimde yapılmamış olması yeterli olmayıp, aynı zamanda yargılamanın şahsı adli makamların önüne çıkarma niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması gerekir⁵²⁷. “Yargılamanın, bağımsız ve tarafsız şekilde yapılmamış olması” unsurunda yer alan, bağımsızlık ve tarafsızlık kavramları, evrensel

⁵²² Surlan, s.6.

⁵²³ Carter, s.22.

⁵²⁴ Carter, s.23.

⁵²⁵ Bu düzenleme bakımından getirilen eleştiri düzenlemenin belirsiz olmasıdır. İlk istisnada yer verilen “şahsı korumak amacıyla” ifadesi maddenin subjektif biçimde yorumlanmasına neden olacaktır. **Daniels**, s. 27.

⁵²⁶ El Zeidy, dn. 50, s. 175-180.

⁵²⁷ International Criminal Court, Manual 2008, s. 69.

hukuk ilkesi niteliğinde olmaları nedeniyle, uluslararası belgelerde bağımsızlık ve tarafsızlık kavramlarının ne şekilde yer aldığı ve bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği ortaya konularak açıklanmaya çalışılacaktır.

(1) Bağımsızlık

Yargılamanın bağımsız ve tarafsız şekilde yapılmış olması, hükmün adil olması sonucunu doğurur. Hükmün adil olmasının unsurlarından birisi, hâkimin ve mahkemenin, bağımsız ve tarafsız yargılama yapmış olmasıdır⁵²⁸. Bu şekilde yapılan yargılama, adil yargılanma hakkının gereğidir.

Hakimin bağımsız olması, kararını verirken hür olması, hiç bir dış baskı ve tesir altında bulunmaması ve baskı yapılabilme ihtimalinin dahi olmaması demektir⁵²⁹. Bir hukuk devletinin temel niteliklerinden biri, hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığıdır. Hâkim bağımsızlığı, şekli ve maddi bağımsızlık olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Maddi bağımsızlık emir almamayı, şekli bağımsızlık ise azledilmezlik ile görev yerinin değiştirilmezliğini kapsamaktadır⁵³⁰. Hakimin bağımsızlığı, sadece hiçbir merci ve kişiden emir almamayı değil, aynı zamanda yargılama faaliyetini yürütürken ve karar verirken, yasama organı, medya ya da kişilerden gelebilecek, hiçbir etki ve baskı altında kalmamayı gerektirir. Ancak bağımsızlık, hâkimlere bir ayrıcalık ya da keyfi hareket edebilme özgürlüğünün tanınması manasına gelmez. Hâkimin bağımsız olması, adil hüküm verme özgürlüğüne sahip olması demektir Hâkimler, sadece yasa ve hukukla bağlı olup, hukuka bağlılık hâkimin varlık nedenidir⁵³¹.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁵³², Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi⁵³³, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi⁵³⁴

⁵²⁸ Nur Centel, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı**, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1996, s. 6.

⁵²⁹ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, 17. Bası, Birinci Kitap, s. 189.

⁵³⁰ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 11.

⁵³¹ Centel, Hâkimin Tarafsızlığı, s. 13, 14.

⁵³² “Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır” BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m.10;

⁵³³ “...Herkes, hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ilgili bir hukuki uyumsuzluğun karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahiptir....” BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.14/1.

metinlerinde, “yasayla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkı” adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak düzenlenmiştir⁵³⁵. Bu belgelerde bağımsızlık ve tarafsızlık, yargıya ilişkin, devletin yükümlülüğü olarak düzenlenmektedir.

Yargının çalışma biçimi, mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı insan haklarının korunması ve hukuk devletinin bir gereği olması nedeniyle önemlidir. İnsan hakları ve hukukun üstünlüğüne inanan toplumlar, yargının etkinliği ve doğru işleyebilmesi için yargıçlara yönelik bazı davranış ilkeleri benimsemiştir. Bu alanda ulusal ve uluslararası belgelerden⁵³⁶ yararlanılarak hazırlanan “Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri”⁵³⁷, diğer uluslararası sözleşme ve belgelerden farklı olarak, yargıya ilişkin devletin yükümlülüklerine değil, yargıçların kendilerinin, davranışlarında uymaları gereken ilkelere yer vermektedir.

Bangalor Yargı Etiği İlkeleri’nde, yargı bağımsızlığının, hukuk devletinin ön koşulu ve âdil yargılanmanın temel garantisi olduğu, bu nedenle hâkimin, hem bireysel hem de kurumsal yönleriyle yargı bağımsızlığını temsil ve muhâfaza etmesi gerektiği

⁵³⁴ “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.6/1.

⁵³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aysun Altuntaş, “Adil Yargılanma Hakkı-İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007/1, s. 59.

⁵³⁶ Birleşmiş Milletler 7. Suç Sorunları Kongresi, 28 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano’da yaptığı toplantıda, “Yargı Bağımsızlığının Temel İlkeleri” başlığı altında bir kurallar dizisi kabul etmiştir. Söz konusu kurallar, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 13 Aralık 1985 tarih ve 40/146 sayılı kararıyla onaylanmış ve Genel Kurul, üye devletleri milli mevzuatları ve uygulamalarında bu kurallara uymaya ve Genel Sekreteri 5 yılda bir uygulama sonuçları hakkında rapor vermeye davet etmiştir. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Yargıçların Rolü, Etkinliği ve Bağımsızlığı Hakkında R (94) 12 sayılı Tavsiye Kararı mevcuttur.

⁵³⁷ “1-) Bu ilkeler, Birleşmiş Milletler’in 2000 yılı Nisan ayında Viyana’da gerçekleştirilen ilk toplantısından sonra Şubat 2001 tarihinde Hindistan’ın Bangalor şehrinde gerçekleştirilen ikinci toplantıda, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından taslak olarak kabul edilmiştir.

2-) 25-26 Kasım tarihlerinde Lahey Barış Sarayında yapılan Adalet Başkanları Yuvarlak Masa Toplantısında, Yargısal Tutarlılığın Kuvvetlendirilmesi Hakkındaki Yargı Grubu tarafından ilk taslak gözden geçirilmiş ve taslak üzerinde anlaşma sağlanmıştır.

3-) Bangalor İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir.

4-) Avrupa Konseyi’nin Avrupa Hakimleri Danışma Komitesi de bu ilkeleri, 13 Kasım 2000 tarihli oturumunda (ilkeler henüz BM tarafından onaylanmadan) Bakanlar Komitesi’ne bu konuda tavsiye kararı vaz’etmek üzere önerilmiştir.” Öztürk ve Diğerleri, s.174.

belirtmiştir⁵³⁸. Bağımsızlığın sağlanması, hâkimi dış etkenlerden koruyacak yapısal unsurlar ve hâkimin kendi bağımsızlığını koruması için, bir takım sorumluluklar üstlenmesi ile gerçekleşir⁵³⁹. Hâkimlerin atanma ve kariyerlerine ilişkin güvenceler, görev süre ve şartlarına ilişkin güvenceler, mali güvence, yargının iç işleyişine ilişkin bağımsızlık, yargıçların meslektaşlarına karşı bağımsızlığı ve mahkemelerin bağımsız görünümü, hâkim bağımsızlığını sağlayacak yapısal unsurlardır⁵⁴⁰.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, yargılama organının bağımsız olup olmadığını incelerken; mahkeme üyelerinin niteliği, atanma ve görevden alınma şekli, görev süresi, üyelere emir verme yetkisine sahip bir makamın mevcut olup olmaması, dışarıdan gelecek müdahalelere karşı sahip olduğu güvenceler, bağımsız bir görüntü verip vermemesi kriterlerine göre değerlendirme yapmaktadır⁵⁴¹.

Öte yandan, hâkimlerin atanma ve kariyerlerine ilişkin olarak verilen tüm kararlar, objektif kriterlere dayanmalı, seçimleri ve kariyerleri; eğitimsel nitelikleri, bağımsız ve tarafsız davranabilme yetenekleri, dürüstlük etkinlik yetenek ve niteliklerine dayalı kriterler açıkça ortaya konulmalı, ilan edilmeli ve uygulanmalıdır. Örneğin, eğer adayın daha önce içine girdiği faaliyetler ve meşru ilişkiler, adayın bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda objektif ve meşru bir kuşku yaratırsa atanmasına engel oluşturabilir⁵⁴². Mahkeme üyelerinin bağımsızlığı değerlendirilirken, üyelerin sahip oldukları nitelikler tek başına bir şey ifade etmemekle birlikte, bağımsızlıklarının göstergelerinden birisidir. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'na göre, ayrımcılık yasağı atanma kriterleri arasında yer almaktadır. Cinsiyet, etnik, sosyal köken, felsefi, siyasi veya dini kanaatleri nedeniyle adaylar arasında ayırım yapılamaz⁵⁴³.

⁵³⁸ Sibel İnceoğlu, **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**, İstanbul: Beta, 2008, s. 16.

⁵³⁹ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 17, 18.

⁵⁴⁰ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 17.

⁵⁴¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 163; Ayrıca, mahkemelerin bağımsızlığının güvenceleri için bkz. Nur Centel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı İle Tarafsızlığı ve Türk Hukuku", **Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan**, s. 47 vd.; Hans Meyer Ladewig, "Adil Yargılanma Hakkı – I", Özlem Yenerer Çakmut (çev.), Yener Ünver (hızl.) **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3**, Ankara: Seçkin, 2004, s. 255, 256.

⁵⁴² İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 18.

⁵⁴³ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 18.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi R (94) 12 Tavsiye Kararı'na göre, hâkimlerin seçimi ve kariyerleri konusunda karar veren merci, hükümet ve idareden bağımsız olmalı, bu merciiin üyeleri yargı tarafından seçilmeli ve usul kuralları kendisi tarafından belirlenmelidir. Anayasa ve diğer yasa hükümlerine göre hâkimlerin hükümet tarafından atandığı hallerde; hâkimlerin atanma usullerinin şeffaflığını ve uygulamada bağımsızlığını sağlayacak, özel bağımsız bir makamın tavsiyesi ile atama ya da atanmayan hâkimin bağımsız bir makam önünde itiraz hakkı tanınması gibi teminatların sağlanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁴⁴.

Belirtmek gerekir ki, hâkimlerin bağımsızlığı, yargının iç işleyişindeki bağımsızlığın sağlanması ile gerçekleştirilebilir. Mahkemenin dış müdahalelere karşı korunması için mahkeme üyelerine idare tarafından emir, talimat verilememesi önemli bir güvencedir. Yargı ile yürütme arasında kurumsal bir ilişki mevcuttur ancak belirli bir uyumsuzluğun çözümünde hukuk ve anayasal değerlerin ele alınmasında yargının özgürlüğüne müdahale tarzında bir ilişki olmamalıdır⁵⁴⁵.

BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Temel İlkeler” İlke 5’de de ifade edildiği üzere, herkes tayin edilmiş usulleri kullanarak olağan mahkemelerde yargılanma hakkına sahiptir. Olağan mahkemelerin yargı yetkisine giren konularda, bu etki bertaraf edilerek başka mahkeme kurulmamalıdır⁵⁴⁶.

Hâkimlere yukarıda sayılan güvencelerin getirilmesinin yanı sıra, aynı zamanda mahkemenin bağımsız bir görünüm sunması, bağımsızlık unsurunun

⁵⁴⁴ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 19. BM “Yargı Bağımsızlığı Hakkındaki Temel İlkeler”e göre seçilmiş veya atanmış olsun, hâkimlerin zorunlu bir emeklilik yaşına veya sürelerin dolmasına kadar görevde kalmaları teminat altına alınmalıdır. (İlke 12) İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s.21. Yargıçların Statüsü Hakkında Avrupa Şartı'na göre ilke olarak mahkemede görev yapan bir hakim başka bir yargısal makama ya da başka bir göreve yükseltile yoluyla da olsa özgür iradesi ile atanmalıdır. Ancak a- bir disiplin cezası olarak yer değiştirilmenin öngörülmesi ve uygulanması halinde b- mahkeme sisteminin hukuka uygun olarak değiştirilmesi halinde c- geçici olmak üzere yapılacak görevlendirme ile yasayla süresi belli olmak kaydı ile yapılacak yakın bir mahkemeye takviye hallerinde hakimlerin özgür iradesi ile atanması gerekliliğine ilişkin ilkeye istisna tanınmıştır. Hâkimler ancak ehliyetsizlik ve görevlerini yapmaya uygun olmayan davranışlar nedeni ile geçici veya sürekli olarak görevden alınabilir. Görevden almaya ya da göreve son vermeye ilişkin disiplin işlemleri ancak temel yargı ilkeleri çerçevesinde yapılmalıdır. Disiplin kararlarına karşı yargı yolu açık olmalıdır İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 23; Hâkimlere maaş ve emekli aylığı hakkının güvence altına alınmış olması ile hâkimlere ilişkin mali güvence sağlanacaktır. Mali güvencenin sağlanmış olması bağımsızlığın yapısal unsurlarında birisidir.

⁵⁴⁵ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 25.

⁵⁴⁶ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 26.

değerlendirilmesinde önemli bir kriterdir. Adil yargılanma ilkesinin bir unsuru olarak, mahkemenin aynı zamanda bağımsız bir görünüm sunması da önemlidir⁵⁴⁷. Önemli olan mahkemenin halk tarafından bağımsız olarak görülmesidir. Makul bir gözlemcinin mahkemeyi bağımsız olarak algılayıp algılamaması kriterdir. İHAM, ulusal bir mahkeme önünde görülen bir davada, uluslararası sözleşmelerin yorumu gerektiğinde, mahkemenin yorum yetkisinin kendi alanında olmadığına hükmederek dışişleri bakanlığından görüş istemesini ve buna göre karar vermesini, adil yargılanma hakkının ihlali olarak görmüştür. Çünkü yürütme organının bir üyesi, yargı organının yasal bir sorununun çözümünde etkili olmuştur⁵⁴⁸. İHAM, Campell ve Fell davasında verdiği kararda belirttiği üzere “adaletin yerine getirilmesi yetmez, yerine getirildiğinin görülmesi de gereklidir”⁵⁴⁹.

Hâkimin sorumluluğu, dış etkenlerden bağımsız olarak, vereceği kararın halk tarafından sevilen sevilmeyen bir karar olup olmadığına bakmaksızın, olayları değerlendirip hukuku anladığı biçimde uygulamaktır⁵⁵⁰.

Yargının toplum gözünde bağımsız olarak algılanması ve güven duyulması için, yani yargı bağımsızlığının sağlanması, yargısal usullerin adil biçimde yürütülmesini ve tarafların haklarına saygı gösterilmesini gerektirir. Yargısal usullerin adil biçimde sürdürülmesi demek, adil yargılanma hakkının gereklerinin yerine getirilmesi demektir⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 27.

⁵⁴⁸ “Beaumartin –Fransa davasında Fransız hukukuna göre, idare mahkemeleri uluslararası anlaşmaların yorumunda önemli sorunlarla karşılaştıklarında Dışişleri Bakanlığı’ndan ilgili andlaşma hükmünün anlamını açıklamasını istemek zorundadır. Ve İdare Mahkemeleri bu yorumla bağlıdır. İHAM’ne göre Bakan’ın davaya müdahalesi davanın sonucu açısından bağlayıcı olup, bu karara karşı başvuruçuların dava hakkı yoktur. Sözleşme’nin 6/1 hükmüne göre eğer bir kurum taraflardan ve yürütmeden bağımsızlık koşulunu yerine getirmiyorsa mahkeme olarak değerlendirilemez. Bu nedenle tam yetkili bağımsız bir mahkeme tarafından karara bağlanmamıştır. Beaumartin davasında tartışılan sorun, genel anlamda emir, talimat veya tavsiyede bulunan bir kurumun veya kişinin mevcudiyeti değil, ulusal mahkeme önünde bir dava görülürken davadaki hukuki sorunun yürütme kararına göre çözüme kavuşturulmasıdır. İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 173. “Hakim sadece diğer devlet organlarında değil medya ve toplumun diğer kesimlerinden müdahalelerle de karşılaşabilir. Ancak hakim doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir yerden gelen tehdit baskı teşvik ve tüm dış etkenlerden uzak bir biçimde olayların değerlendirilmesine dayanarak hukuki vicdani kanaatlerine göre anlayarak ve bağımsız olarak yargı işlevini yerine getirmek zorunda olduğunun bilincinde olmalıdır.” İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 29.

⁵⁴⁹ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 173.

⁵⁵⁰ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 30.

⁵⁵¹ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 32.

(2) Tarafsızlık

Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Hâkimin yargılama yaparken muhakeme içi etkilere karşı korunması, hâkimin objektifliği ile sağlanabilir. Hâkimin objektifliğinin, hakimin tarafsızlığı ve kendi kişiliğinden sıyrılması olmak üzere iki yönü mevcuttur. Hâkimin taraflar bakımından subjektif davranmamasına hâkimin tarafsızlığı denilir. Taraf makamlarında aynı durumda başkalarının olması halinde de hâkim aynı kararı veriyorsa tarafsızdır. Hâkimin objektifliğinin diğer yönü hâkimin kendi kişiliğinden sıyrılmasıdır⁵⁵². Hakim tarafların üstünde olmalı ve kararları kişiyi göz önüne almaksızın vermelidir⁵⁵³.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafsızlığı, hâkimin birey olarak tarafsız olması (subjektif tarafsızlık) ve mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünüm (objektif tarafsızlık) olarak tanımlamıştır⁵⁵⁴. Bir hâkimin belirli bir davadaki başvuruca yönelik olarak önyargılı ve taraflı bir tutumu olmaması gerekir. Mahkeme üyelerinin tarafsız olduğu, karine olarak kabul edilir meğer ki subjektif bir taraflılık olduğunu doğuracak delil olmasın veya kanıtlanmasın. Özel (subjektif) tarafsızlık, mahkeme üyesi yargıcın, birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığına ilişkindir. Mahkeme, hak arayanlara güven veren tarafsız bir görünüme sahip olmalıdır. Tarafsızlığı sağlamak için alınan tedbirlerin, mahkemenin tarafsızlık konusunda makul her türlü kuşkuyu ortadan kaldırır nitelikte olması gerekir⁵⁵⁵. Nesnel tarafsızlık bakımından ise yargılama sırasında hâkimin sarf ettiği sözler dikkate alınır. Nesnel tarafsızlıkta, hâkimin tarafsızlığına ilişkin, herhangi meşru bir kaygıyı, korkuyu bertaraf edecek yeterli güvence sunulup sunulmadığı önemlidir. Dış görünüşün adil yargılanma beklentisi üzerindeki etkisi, yargılamanın adil yapıp yapılmadığının belirlenmesinde etkilidir⁵⁵⁶.

⁵⁵² Kunter/Yenisey/ Nuhoglu, s. 199;

⁵⁵³ Centel, "Mahkemelerin Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", s. 55.

⁵⁵⁴ Centel, Hakimin Tarafsızlığı, s. 29, 30; İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 183; Vesile Sonay Evik, Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı", Yener Ünver (hızl.) **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 3**, Ankara: Seçkin, 2004, s.296.

⁵⁵⁵ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 183; Ayrıca bkz. Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı I, Özlem Yenerer Çakmut (çev.), s. 256, 257.

⁵⁵⁶ İnceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 184.

Bangalor Yargısal Davranış İlkeleri'ne göre ise, tarafsızlık yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Tarafsızlık, bir gerçeklik olarak mevcut olmanın yanı sıra, algılamada da mevcut olmalıdır. Bir ceza davasında, hâkimin tarafsız olmadığına dair sanığın görüşü önemlidir ancak belirleyici değildir. Önemli olan, toplumu temsil eden makul bir gözlemci önünde, nesnel olarak korkunun meşru görülmesidir⁵⁵⁷. Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul bir gözlemcide tarafsız karar veremeyeceği izlenimini yaratması halinde, yargılamaya katılmaktan çekinmelidir⁵⁵⁸.

(3) Yargılamanın Söz Konusu Şahsı Adalet Önüne Getirme Niyetiyle Bağdaşmayacak Şekilde Yapılmış Olması

Yargılamanın, söz konusu şahsı adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak şekilde yapılmış olması ile kastedilen; ulusal ceza yargılamasında yargılamanın, maddi gerçeği hukuka uygun biçimde ortaya çıkartmak amacıyla yapılması yerine; ilgili kişinin cezalandırılması niyetiyle bağdaşmayacak şekilde geciktirilmesi, ceza kovuşturması sanığını, UCM önündeki ceza kovuşturmasından kurtarmak amacı ile yapılması ya da bağımsız ve tarafsız şekilde yapılmamış olmasıdır. Kovuşturma ve cezalandırmada isteksizlik olarak adlandırılabilir bu durum RS. 17.maddede de düzenlenmiştir⁵⁵⁹.

Ayrıca Roma Statüsü'nün 27.maddesinin, 1.fıkrasında ise, Statü'nün tüm kişilere eşitçe uygulanacağı, devlet veya hükümet başkanı, meclis üyesi, seçilmiş bir temsilci veya devlet memurunun, hiçbir şekilde cezai sorumluluktan bağışık tutulamayacağı veya resmi bir ünvanın, cezada indirim sebebi olamayacağı hüküm altına alınmıştır. RS. m.27/2 hükmü; UCM'nin yargı yetkisine giren suçlar dolayısıyla,

⁵⁵⁷ İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 34, 35.

⁵⁵⁸ Bangalor Yargısal Davranış İlkelerinde Hakimin çekinmesi gereken haller “ a- Yargıcın yargılamaya ilişkin delil kabilinden tartışılan olaylarla ilgili kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili fiili bir önyargı veya tarafluluk içinde olması(2.5.1), b- Yargıcın ihtilaf konusu sorunda, olaya ilişkin bir tanıklığın olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması (2.5.2) c- hakim ya da hakimin ailesinden birisinin ihtilaf konusu dava sonucuna ilişkin maddi bir menfaatinin olması (2.5.3)” şeklinde sıralanmıştır. AK R (94) 12 Tavsiye Kararına göre hâkimin sorumluluğu, davaya bakmamasını gerektiren nedenlerin varlığı halinde davadan çekinmektir (İlke V/3c). İnceoğlu, Davranış İlkeleri, s. 40

⁵⁵⁹ Faruk Turhan, “Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi”, Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 132.

iç hukuktan veya uluslararası hukuktan doğan bağımsızlık ve özel yargılama usullerini geçersiz kılmaktadır. Dokunulmazlığa sahip bir milletvekilinin de dokunulmazlık nedeniyle yargılanamaması, UCM tarafından isteksizlik ya da şahsı koruma amacıyla yapılmış olarak değerlendirilebilir. RS. m.27/2'ye göre, asker kişilerin yargılanması için öngörülen özel yargılama usulleri geçerli değildir. Statü, bu suçlar hükümette karar verme yetkisine sahip kişiler tarafından işlendiği zaman, bu kişiler bakımından dokunulmazlık tanımaz⁵⁶⁰. Statü'ye taraf bir devletin iç hukukta bağımsızlık sağladığı ya da özel yargılama rejimine tabi tuttuğu kişiler ve uluslararası hukuka göre bu teminat altında olan kişiler, RS. m.27/2'ye göre bu teminattan yararlanamayacaktır⁵⁶¹.

4. Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'ne Taraf Olunmasının Kesin Hükümün Önleme Etkisi Bakımından Doğuracağı Sonuçlar

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, Türkiye Roma Statüsü'nü imzaladığı takdirde, RS. m.20 gereğince doğabilecek sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:

1- Roma Statüsü'nün 20. maddesinin 2.fıkrası gereğince, bir kişi, RS. 5.maddede yer alan suçlardan dolayı, UCM tarafından yargılanıp mahkûm edilmiş ya da beraat etmişse, aynı kişi, ulusal ceza mahkemeleri tarafından yargılanabilecektir. Örneğin; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçları söz konusu olduğunda, UCM bu suçlara ilişkin yargılama yapıp, kesin hükümle sonuçlandırdığında, uluslararası suçların maddi unsurunu oluşturan fiiller, ulusal hukukta adi bir suç olarak düzenlenmişse, ulusal ceza mahkemeleri, adi suçtan dolayı yargılama yapabilecektir. Örneğin, UCM önünde insanlığa karşı suçtan dolayı yargılanmış olan bir kişi, ulusal hukuka göre cinsel saldırı suçundan dolayı tekrar yargılanabilir. Çünkü RS. m.20/2'de suç terimi kullanılarak fiile ilişkin hukuki nitelme dikkate alınmaktadır.

2- Roma Statüsü'nün 20. maddesinin 3. fıkrası gereğince, eğer bir kimse, 6, 7, ve 8. maddelerde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmışsa, aynı fiilden dolayı UCM tarafından tekrar yargılanamaz. Roma Statüsü.

⁵⁶⁰ Bu konuda ayrıca bkz. Silvia Tellenbach, "Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri", Feridun Yenisey (hzl.), **Uluslararası Ceza Divanı** içinde (71-80), İstanbul: Arıkan 2007, s. 71 vd.

⁵⁶¹ Uğur Bayılıoğlu, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.56, S.1, (2007), s. 90.

m.20/3'de ulusal hukuktaki hukuki nitelemeler dikkate alınmadan, aynı fiilden dolayı yapılacak yargılamalarda kesin hükmün önleme etkisinin doğacağı belirtildiğinden; örneğin, eğer bir kişi ulusal ceza mahkemesinde kasten öldürmeden dolayı yargılanmışsa, UCM bu kişiyi tekrar insanlığa karşı suçtan dolayı yargılayamaz.

Bununla birlikte örneğin, TCK. m.76'da düzenlenen insanlığa karşı suç'un TCK. hükmünde ayrıca düzenlenmiş olmasına rağmen, unsurları gerçekleştiğinde TCK. m.76 hükmü yerine TCK. m.102'de düzenlenen cinsel saldırı suçundan dolayı yargılanmışsa RS. m.17/1-c ve RS.m.20/3 uyarınca UCM'nin, ulusal ceza mahkemelerinde verilen bir kesin hüküm bulunmasına rağmen, aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapması mümkün olabilecektir⁵⁶². Zira bu durumda yargılamanın, UCM'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapıldığı yorumunun yapılmasına elverişlidir.

3- Roma Statüsü'nün 20. maddesinin 3.fıkrasının a ve b bentlerinde yer alan ne bis in idem ilkesine ilişkin istisnalar, iç hukukta Cumhurbaşkanı sorumsuzluğu, milletvekili dokunulmazlığı, asker kişilerin yargılanması konularında bir takım problemler doğurabilir. Yargılanmaları özel bir rejime bağlı bulunan memurlar ve askeri personel bakımından RS. m.27/2 özel yargılama usullerini geçersiz kılmaktadır. Bu durumda Statü'nün bir iç hukuk metni haline geldiği kabul edildiğinde, sözleşme hükümleri ile bazı kanunlar arasında çatışma çıkacaktır. Buna göre örneğin, bir askeri personel özel bir yargılama usulüne göre yargılandığı için, asker kişiler için öngörülen özel yargılama usulleri bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali kabul edilerek, asker kişilerin UCM'de tekrar yargılanması söz konusu olabilecektir⁵⁶³. Bu durumda Türkiye'nin, Statü'ye taraf olması halinde dokunulmazlık, sorumsuzluk ve özel yargılama usullerine tabi olanlar bakımından, ayrı bir yargılama prosedürünün olması, tamamlayıcılık ilkesi gereğince isteksizlik olarak kabul edilebilir ve bu nedenle 6,7,8 maddelerdeki fiiller bakımından UCM'nin yargı yetkisini devreye girebilir⁵⁶⁴.

Bunu önlemek için, askeri hâkimlerin statüleri, askeri mahkemelerin kuruluşu ve görevleri kanunu, Anayasa m.9 ve m.38 hükümlerine göre mahkemelerin

⁵⁶² Carter, s. 23.

⁵⁶³ Bayillioğlu, s. 90.

⁵⁶⁴ Bayillioğlu, s. 88-90.

bağımsızlığı ve hâkim teminatı ilkelerine göre yeniden düzenlenmelidir. Askeri hâkimlerin, atama, disiplin ve meslekte yükselmeleri, yüksek mahkeme üyeleri tarafından oluşturulan bağımsız bir kurul tarafından yürütülmeli, komutanın, subay üyeyi seçme hakkı kaldırılmalıdır. Aksi takdirde, bağımsızlık ve tarafsızlığın görünüşte dahi sağlanamadığı ileri sürülebilecektir⁵⁶⁵.

Ayrıca, dokunulmazlığa sahip bir milletvekilinin de, dokunulmazlık nedeniyle yargılanamaması, UCM tarafından isteksizlik ya da şahsı koruma amacıyla yapılmış olarak değerlendirilebilir. RS. m.27/2'ye göre, asker kişilerin yargılanması için öngörülen özel yargılama usulleri geçerli değildir. Statü, bu suçlar hükümünde karar verme yetkisine sahip kişiler tarafından işlendiği zaman, bu kişiler bakımından dokunulmazlık tanımaz⁵⁶⁶. Statüye taraf bir devletin, iç hukukta bağışıklık sağladığı ya da özel yargılanma rejimine tabi tuttuğu kişiler ve uluslararası hukuka göre bu teminat altında olan kişiler, RS.m.27/ 2 hükmü gereğince bu teminattan yararlanamayacaktır⁵⁶⁷.

Ayrıca, “askeri mahkemeler, asker olmayan kişilerin özel kanunda belirtilen askeri suçlar ile kanunda gösterilen görevlerini ifa ettikleri sırada işledikleri veya kanunda gösterilen askeri mahallerde askerlere karşı işledikleri suçlara bakmakla görevli olduklarını ifade eden Anayasa'nın 145/2 hükmü, tarafsızlık ilkesi bakımından sorun çıkartabilir. Belirtmek gerekir ki bu konuda İHAM'nin, askeri personelin, askeri yargıçlar tarafından yargılanmasına ilişkin olarak verdiği kararlar ile sivil kişilerin askeri hâkimler tarafından yargılamaları ile verdikleri kararlar farklıdır. İHAM, askeri personelin, askeri hâkimler tarafından yargılanmasına ilişkin Sutter kararında, hakim güvencelerini ele almış, hükümet tarafından üç yıl için atanan askeri yargıçların hakimlik görevini yaparken bir otoriteye tabi olmamasını yeterli bulmuş, hakimlik görevi dışındaki hiyerarşik bağları bağımsızlığı zedeleyici görmemiştir⁵⁶⁸.

Sonuç olarak ulusal ceza yargısı öncelikli olmakla birlikte, kovuşturma organlarının, suçu ciddi bir şekilde kovuşturmada isteksiz veya yetersiz olması halinde,

⁵⁶⁵ Fahrettin Demirağ “ Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları- Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”, Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arkan, 2007, s. 121.

⁵⁶⁶ Tellenbach, s. 11.

⁵⁶⁷ Bayıllıoğlu, s. 90.

⁵⁶⁸ Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 180.

UCM'nin yargılama yetkisi devreye girecektir⁵⁶⁹. Statü'nün 5-8. maddeleri arasında suç olarak düzenlenen fiillerin, TCK'nda da etkili şekilde cezalandırılması sağlanmalıdır. Soykırım ve insanlık aleyhine suçlar hakkında TCK hükümlerinin yanında, savaş suçları bakımından Askeri Ceza Kanunu'ndaki hükümler statü hükümlerini tam olarak karşılamamaktadır⁵⁷⁰.

Öte yandan Türkiye'nin Roma Statüsü'ne taraf olması yeterli değildir. Roma Statüsü, suç yaratma yükümü getiren ve usul hükümleri içeren bir sözleşme olup, taraf olduğu takdirde, sözleşmeyi iç hukuka uyarlayan normların mevcudiyetini gerektirir. Bu nedenle Sözleşme hükümleri kendiliğinden uygulanamaz. Sözleşme'de yer alan suçlar ile TCK'nda yer alan suçlar arasında paralellik olması gerekir. Örneğin zorla kaybolmalar suçu ya da zorla hamile bırakma suçu, TCK'nda düzenlenmemiştir⁵⁷¹. Bu durumda UCM'nin yargılama yetkisi doğacaktır. Bu nedenle Yenisey, Almanya'da olduğu gibi, Uluslararası Ceza Divanına Uyum Kanunu oluşturulması ve bu kanun uyarınca Uluslararası Suçlar Ağır Ceza Mahkemeleri'nin kurulması gerektiği görüşündedir⁵⁷². Almanya, bir taraftan Roma Statüsü'nün 5-8. maddelerinde yer alan fiillerin, aynı içerikle Alman Hukuku'na göre cezalandırılmasını sağlayan bir uluslararası ceza kanunu hazırlayıp yürürlüğe koyarken, diğer taraftan teslim ve adli yardımlaşmaya ilişkin Uluslararası Ceza Mahkemesi İşbirliği Hakkında Kanun'u yürürlüğe koymuştur. Böylelikle ulusal ceza yargısının önceliğini kullanabilmesi için kendi maddi hukukuyla Statü ile yasaklanmış olan fiilleri kendi ulusal hukukunda kovuşturulabilecek şekilde düzenlemiş ve diğer taraftan UCM ile işbirliği yükümlülüğünü yerine getirmek için gerekli düzenlemeleri yapmıştır⁵⁷³.

Türkiye, henüz Sözleşme'yi imzalamamış ve onaylamamış olmasına rağmen, iç hukukta statüye paralel bir takım düzenlemeler yapmıştır. Anayasa'nın 38/12 hükmünde Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın getirdiği yükümlükler hariç olmak

⁵⁶⁹ Faruk Turhan, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 131.

⁵⁷⁰ Turhan, "UCM'nin Yargı Yetkisi", s. 134.

⁵⁷¹ Feridun Yenisey, "Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 278.

⁵⁷² Feridun Yenisey, "Uluslararası Ceza Divanı Kabul Edildiği Takdirde, "Türk Uyum Kanunu Nasıl Düzenlenmelidir?", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, Arıkan, İstanbul 2007, s. 377.

⁵⁷³ Albin Eser, "Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri", Feridun Yenisey (hızl.), **Uluslararası Ceza Divanı**, İstanbul: Arıkan, 2007, s. 4.

üzere vatandaşın suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilmeyeceği düzenlemesine yer verilmiştir. Geri verme başlığını taşıyan TCK. m.18'e göre ise, yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç sebebiyle kovuşturma başlatılan veya mahkumiyet kararı verilmiş olan bir yabancının, talep üzerine kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmedilen cezanın infazı amacıyla geri verilebilmesi öngörülmüştür. Ayrıca 5237 sayılı TCK'nda uluslararası suçlara yer verilerek, Roma Statüsü'nde tanımlanan suçlar düzenlenmiştir⁵⁷⁴.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'de Düzenlenen Kesin Hükümün Önleme Etkisi

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 7 nolu Protokol'ün⁵⁷⁵ 4. maddesinde (İHAS Ek Protokol 7/4) aynı devlette, aynı suçtan dolayı, kesin hükümle mahkûm olan ya da beraat eden kişinin iki defa yargılanamayacağı veya cezalandırılmayacağı düzenlenerek ne bis in idem ilkesine yer verilmiştir. Ek Protokol ile aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama bir hak olarak garanti altına alınmıştır⁵⁷⁶. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesinde düzenlenen ne bis in idem ilkesinin uygulama alanına bakıldığında, ilkenin etkisinin ulusal düzeyle sınırlandığı görülmektedir. İlke, aynı devlet içinde yapılan yargılamalar bakımından geçerli olacaktır. Avrupa Konseyi'nin diğer sözleşmelerine bakıldığında; Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Sözleşmesi, Ceza Koşuşturmalarının Aktarılması Sözleşmesi ile ne bis in idem ilkesine uluslararası düzeyde uygulama alanı yaratıldığı görülmektedir. Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi uyarınca, işlendiği iddia olunan belli bir suç, yabancı bir devletin ceza mevzuatı uyarınca tekrar yargılanabilir⁵⁷⁷.

⁵⁷⁴ Zafer, "Ulusal Hukuk Sistemlerinin Roma Statüsü ile Uyumlaştırılması" s. 299, 230.

⁵⁷⁵ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol 22 Kasım 1984'de Strasbourg'da imzalanmış ve 1 Kasım 1988'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 19 Ekim 1992'de imzalandı. 23 Şubat 1994 gün ve 3975 sayılı Yasa ile onaylanması uygun bulundu. 9 Haziran 1994 tarihinde Bakanlar Kurulu'na onaylandı.

⁵⁷⁶ Serkan Cengiz ve Diğerleri, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, Council of Europe, European Union, 2008, s. 211.

⁵⁷⁷ *Explanatory Report to the Additional Protocol No.7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, paragraf 27*, www.conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/117.htm (10 Nisan 2008); Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, **Avrupa İnsan Hakları**

1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'de Düzenlenen Kesin Hükümün Önleme Etkisinin Unsurları

a. Aynı Suç

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesinde, aynı devlette, aynı suçtan dolayı, kesin hükümle mahkûm olan ya da beraat eden kişinin, iki defa yargılanamayacağı veya cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadlarına bakıldığında, Mahkeme'nin “aynı suç” kavramına ilişkin üç farklı yaklaşımının olduğu görülmektedir.

İlk yaklaşımda Mahkeme, “idem factum” “aynı eylem” ölçütünden hareket etmiştir. Gradinger –Avusturya davasında⁵⁷⁸, alkollü araç sürmekten dolayı taksirle ölüme sebebiyet veren başvurucunun eyleminde, başvurucu, hem ceza yaptırımına hem de idari para cezasına çarptırılmış; Mahkeme bu davada iki suçun yapı ve amaç bakımından birbirlerinden farklı olmasına rağmen, aynı eyleme dayandıkları için Ek Prt. 7/4 ihlalinin oluşacağını belirtmiştir⁵⁷⁹.

İkinci yaklaşım, aynı eylemin farklı usullerde yargılanabilen birden fazla suç oluşturabileceği yönündedir. Bu yaklaşım, İHAM'ın Oliveria-İsviçre davasındaki kararı ile oluşmuştur. Oliveria davasında başvurucu, arabasını yolun koşullarına göre ayarlamaması sonucunda kontrolü kaybetmiş, buz ve karla kaplı bir yolda seyrederken arabası kayarak yolun diğer kısmına geçmiş; birinci arabaya vurduktan sonra, sürücüsünün ağır biçimde yaralandığı ikinci arabaya çarpmıştır. İlk olarak, arabasını yolun koşullarına göre ayarlamaması sonucunda kontrolünü kaybetmesi nedeniyle Sulh Ceza Yargıcı 200 Frank para cezası ödemesi emrini vermiştir. Zürich Bölge Mahkemesi ve Zürich Temyiz Mahkemesi ise, ihmal nedeniyle yaralanmaya neden olduğu

Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 314; Sure Log, “The Practical Applications of Ne Bis In Idem in International Criminal Law” Sienho Yee (Ed.), **International Crime and Punishment, Selected Issues**, Volume 2, 2004, içinde (169-205), s. 181; Danny Pieters and Bernhard Zaglmayer, **Social Security Cases in Europe: National Courts**, Antwerpen-Oxford: Intersentia, 2006, s. 47, 48; Dirk Ehlers, **European Fundamental Rights and Freedoms**, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags, 2007, s. 171.

⁵⁷⁸ *European Court of Human Rights (ECHR), 23 October 1995, Case of Gradinger v. Austria*; www.echr.coe.int/echr/en/hudoc (18 Ocak 2010), prg. 55.

⁵⁷⁹ *ECHR, 10 February 2009, Case of Zolotukhin v. Russia, Application No:14939/03*, www.cmiskp.echr.coe.int/ (10 Ocak 2010), prg. 71.

gerekçesiyle 1500 Frank ödemeye mahkum etmiştir⁵⁸⁰. Mahkeme, söz konusu olayları aynı eylemle birden fazla suç işlemenin tipik bir örneği olarak değerlendirmiş; Ek Protokol 7/4 düzenlemesinin aynı suçtan dolayı iki kere yargılanmayı yasakladığını belirterek, herhangi bir ihlalin oluşmadığı yönünde karar vermiştir⁵⁸¹.

Üçüncü yaklaşım, her iki suçun “temel unsurları”na önem vermektedir. Franz Fischer-Avusturya davasında, Fischer, alkollü araç kullanarak ölüme sebebiyet vermiştir. İdari bir suç olan alkollü araç sürmek ile taksirle ölüme sebebiyet vermek suçlarında “bilerek sarhoş olmak ” eylemi, her iki suç bakımından aynı temel unsur olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Mahkeme aynı fiil nedeniyle hem idari yaptırıma hem de ceza davası sonucunda mahkûmiyete hükmolunmasını, ne bis in idem ilkesine aykırı bulmuştur. Bu yaklaşım W.F. Avusturya Sailer - Avusturya davalarında da sürdürülmüştür⁵⁸².

Sonuç olarak Ek 7 Nolu Protokol’ün 4. maddesinde “aynı suç” kavramının kullanılması, lâfzî yorum yapıldığında hukuki nitelemenin esas alındığını göstermektedir. Ancak Mahkeme içtihadlarında, Sözleşme’nin sınırlayıcı biçimde değil; yaşayan bir araç olarak bugünün koşullarına uygun, amacına uygun biçimde, hakların etkili olacağı şekilde yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁵⁸³. Bu nedenle, eylemin hukuki nitelemesinin ölçüt olarak alınması halinde, bireyin haklarını kısıtlayıcı bir yorum yapılarak Ek Prtk. 7/4 ile getirilmek istenen güvence zayıflatılmış olur. Eğer söz konusu suçlar; ağırlık ve sonuçları, korunan sosyal değer ve birbirlerinden ayrılabilirlerse farklı temel unsurlara sahiptirler ve farklı suçlar söz konusudur. Bu nedenle ne bis in idem ilkesine aykırılık söz konusu olmaz⁵⁸⁴.

b. Kesin Hüküm

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, verdiği kararlarda Ek Protokol m.7/4’ün bir kimsenin aynı suçtan dolayı tekrar yargılanmaması ve tekrar cezalandırılmaması

⁵⁸⁰ Serkan Cengiz ve Diğerleri, s. 212.

⁵⁸¹ *ECHR, 30 July 1998, Case of Oliveira v. Switzerland*, www.cmiskp.echr.coe.int/, (27Aralık 2009), prg.26.

⁵⁸² *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.73.

⁵⁸³ *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.80.

⁵⁸⁴ *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.77, 81.

garantilerini içerdiğini belirtmektedir⁵⁸⁵. Kesin hükmün önleme etkisi, sadece kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından değil, kesinleşmiş beraat kararları bakımından da geçerlidir⁵⁸⁶. Ek Protokol m.7/4 düzenlemesinin amacı, kesin hükümle sona ermiş olan bir yargılamanın tekrarını önlemektir. Protokol, sadece iki kere cezalandırılmamayı değil, aynı fiilden iki kere yargılama yapılmasını da yasaklamaktadır⁵⁸⁷. Açıklama raporuna bakıldığında, bir kararın ne zaman kesinleşmiş sayılacağına Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'ne atıf yapılarak açıklandığı görülmektedir. Buna göre, kesin hüküm etkisi yarattığında, taraflar olağan kanun yollarını tükettiklerinde ya da olağan kanun yoluna başvuru süresi içinde herhangi bir başvuruda bulunmadığında ve süre dolduğunda karar kesinleşmiştir⁵⁸⁸.

c. İki Kere Yargılama veya Cezalandırma Yasağı

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi, sadece iki kere cezalandırılmama hakkını değil, iki kere yargılanmama hakkını da düzenlemektedir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; bir fiil ulusal hukuka göre idari bir suç olarak düzenlenmiş olsa dahi, bu fiil karşılığında öngörülen yaptırımın cezai bir nitelik taşıyıp taşımadığını, isnadın ceza anlamında suç isnadı olup olmadığını, iç hukuktaki nitelermeye bağlı kalmaksızın değerlendirmektedir. Bu nedenle, öncelikle İHAM içtihadlarında suç isnadı kavramından ne anlaşıldığı, İHAS'nin 6. ve 7. maddesindeki düzenlemeler ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

(1) Suç İsnadı

Suç isnadı, ulusal nitelendirmeden bağımsız otonom bir kavramdır. Mahkeme'ye göre "suçlamanın varlığı" konusundaki en önemli husus, suçlamanın

⁵⁸⁵ ECHR, 29 May 2001, Final, 29.08.2001. *Case of Franz Fischer v. Austria*, Application No:37950/97, www.cmiskp.echr.coe.int/, (27 Aralık 2009), prg. 29; ECHR, 20 July 2004, Final, 15.12.2004. *Case of Nikitin v. Russia*, Application No: 50178/99, www.cmiskp.echr.coe.int/, (10 Aralık 2009), prg.36; *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg. 110.

⁵⁸⁶ *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg. 110.

⁵⁸⁷ *Case of Fischer v. Austria*, prg. 22; *Case of Gradinger v. Austria*, prg.53; *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.107.

⁵⁸⁸ Explanatory Report to the Additional Protokol No.7, prg. 22.

içeriğidir. Suçlamanın şeklinin, suçlayan makamın sıfatının ya da suçlamanın zamanının bir önemi yoktur. Ulusal mevzuatın suç saydığı bir fiil Sözleşme'ye göre de suçtur. Ancak, ulusal kanunun suç olarak nitelendirmediği bir fiil, daha açık bir ifade ile idari bir suç olarak düzenlenen bir fiil, Sözleşme bakımından suç teşkil edebilecektir. Belirtmek gerekir ki Mahkeme için suçun hukuki nitelemesi sadece bir başlangıç noktası olarak öneme sahiptir.

Ayrıca Mahkeme, bir yaptırımın cezai niteliği haiz olup olmadığını belirli ölçütler kullanarak belirlemektedir. Engel kriterleri olarak bilinen bu ölçütler; yaptırımın ulusal hukuktaki nitelemesi, suçun niteliği ve verilen cezanın niteliği ve ağırlığı⁵⁸⁹ olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Mahkeme suçun niteliğini değerlendirirken bir takım kriterler dikkate almaktadır. Ortak payda yaklaşımına göre önemli olan, söz konusu suçun, Sözleşmeye taraf devletlerde nasıl görüldüğüdür. Eğer dava konusu olan fiil, davanın tarafı olan devlet dışındaki diğer sözleşen devletlerin büyük bir çoğunluğunda suç olarak tanımlanmışsa cezanın ağırlığı ve niteliği kriteri daha az bir öneme sahip olacaktır⁵⁹⁰. İlgili suçun, ceza hukukunda yer alan suçlarla benzerliği, uygulanan usullerin özellikleri ve bu usullerin ceza hukuku alanındaki yargısal usullerle benzerliği veya bağlantısı, suçun sadece belirli bir gruba yönelik mi, yoksa konunun içeriği veya kamu yararı nedeniyle genel olarak herkesi etkileyen bir niteliği olup olmaması yani potansiyel bir etkiyi haiz olup olmadığı Mahkeme'nin dikkate aldığı diğer yaklaşımlardır⁵⁹¹.

Mahkeme'nin içtihadlarına bakıldığında; vergi cezaları gibi idari cezalar, davacının inşaat yapma hakkını ortadan kaldıran süreklilik arz eden yasaklamalar, havaalanının yakınında oturanların gürültü ve kirlilik nedeni ile idareye karşı ileri sürdükleri kişisel ve aynı hak iddialar, likit gaz işletmeciliği ile ilgili uyuşmazlıklar, toplu taşımacılıkta ruhsatın idarenin iznine bağlı olması, içki satma ruhsatı, meslekten çıkarma sonucunu doğuran disiplin cezalarının uygulanması, takdir hakkının kötüye kullanılması, kanuni bağımsız ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı gibi idari

⁵⁸⁹ Gölcüklü/Gözübüyük, s. 275, 276.

⁵⁹⁰ Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, dn. 316, s. 85.

⁵⁹¹ Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 86.

işlem ve eylemleri, suç isnadı niteliğinde değerlendirmiş; böylece suç isnadı kavramını, idari cezaları gerektiren fiilleri de kapsayacak biçimde genişletmiştir⁵⁹².

(2) Verilen Cezanın Niteliği ve Ağırlığı Kriteri

Mahkeme cezanın niteliği ve ağırlığı ölçütünü; cezanın niteliği ve amacı ile cezanın ağırlığı olmak üzere iki şekilde ele almaktadır. Mahkeme cezanın niteliği ve amacı bakımından, cezanın verilişindeki amacı dikkate almaktadır. Caydırıcılık ve cezalandırıcılık ön plana çıktığında, dava konusu suçun cezai nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Örneğin, bir disiplin soruşturması sonucunda hapis cezası verilme ihtimali varsa yani kişi özgürlüğünün kaybını gerektirecek bir ceza verilme ihtimali varsa, isnad, ceza hukuku anlamında suç isnadı olarak kabul edilmektedir⁵⁹³.

Mahkeme, para cezalarına ilişkin değerlendirme yaparken, para cezalarının ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilip çevrilmediğini ve para cezasının niteliğini belirlerken maddi bir tazminat ya da caydırma amaçlı olup olmadığını dikkate almaktadır. Önemli olan miktarın azlığı ya da çokluğu değil, suçun niteliği ve cezanın veriliş amacıdır. Mahkeme Lauko davasında, idari para cezasının hapis cezasına çevrilme olanağı olmamasına rağmen, suçun niteliği ve cezanın caydırıcı amacı olmasını dikkate almıştır⁵⁹⁴.

Önemle belirtmek gerekir ki, devletlerin iç hukukunda idari bir suç olarak nitelendirilen fiil, Mahkeme tarafından, eğer içtihadları doğrultusunda geliştirdiği kriterleri karşılıyorsa, ceza hukuku anlamında bir suç olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, Zolotukhin davasında, iç hukuka göre idari bir suç olan ve İdari Suçlar Kanunu 158. maddede düzenlenen “Basit Düzene Aykırılıklar Suçu” belirli bir gruba değil, toplumun genelinde vatandaşları etkileyen bir düzenlemedir. İnsan onurunu, kamu düzenini korumak gibi ceza hukuku alanına giren değerleri ve yararları korumaktadır. Mahkeme, idari bir suç olan ve üst sınırı 15 gün hapis cezasını gerektiren, basit düzene aykırılıklar suçunun ihlali nedeniyle 3 günlük hapis cezası verilmesini; fiil her ne kadar iç hukukta idari bir suç olarak düzenlenmiş olsa da, verilen

⁵⁹² Tezcan/ Erdem/Sancakdar, **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s. 234, 235.

⁵⁹³ Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 94, 95; *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg. 56.

⁵⁹⁴ Inceoğlu, Adil Yargılanma Hakkı, s. 97.

cezanın özgürlük kısıtlamasını içermesi nedeniyle isnadı, suç isnadı olarak kabul etmiştir. Bu nedenle iç hukuka göre 3 günlük hapis cezası idari bir ceza olsa da, Mahkeme suçun niteliği ve cezanın ağırlığı nedeniyle ceza hukuku anlamında bir ceza olduğunu belirtmiştir⁵⁹⁵.

Zolotukhin davasında Rus İdari Suçlar Kanunu m.158’de yasaklanan üç tip eylem, Ceza Kanunu m.213/2-b’de düzenlenen eylemler ile aynıdır. Rus makamları, başvurucuyu, İdari Suçlar Kanunu’na göre suçlu bulmuş, daha sonra aynı eylemden dolayı Ceza Kanunu m.213’e göre yargılamış ve beraat kararı vermiştir. Mahkeme Zolotukhin davasında; aynı kişinin, İdari Suçlar Kanunu ve Ceza Kanunu’na göre suç sayılan eylemlerden dolayı, İdari Suçlar Kanunu’na göre suçlu bulunmasından sonra hakkında aynı eylemlerden dolayı ceza yargılamasının yapılmış olmasının, başvurucunun ceza yargılamasından beraat etmiş olmasının Ek Protokol m.7/4 anlamında mağdur statüsünü değiştirmedini belirterek, iki kere yargılanma yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁹⁶.

Öte yandan İHAM, ulusal makamlar tarafından iki kovuşturma yapıldığı durumlarda, eğer makam ne bis in idem ilkesinin ihlal edildiğini kabul ederek ikinci kovuşturmayı sona erdirmişse ya da ikinci kovuşturmanın etkilerini ortadan kaldırma gibi bir onarma önermişse, başvurucunun Ek Protokol m.7/4 anlamında mağdur statüsünün ortadan kalktığını kabul etmektedir⁵⁹⁷.

Sonuç olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 7 Nolu Protokol’ün 4. maddesinde düzenlenen ne bis in idem ilkesinde, “aynı suç kavramı” kullanılmış olsa da, Mahkeme içtihadlarında “aynı suç” kavramının aynı fiil olarak yorumlandığı görülmektedir. Mahkeme, bir isnadın suç isnadı olup olmadığını iç hukuktaki nitelmeden bağımsız olarak değerlendirmekte, içtihadları ile oluşan kriterleri karşılaması durumunda, ceza hukuku anlamında isnad olarak kabul etmektedir. Eğer ceza yargılaması yapılmış ise, sanık beraat etmiş olsa dahi, her iki düzenlemedeki

⁵⁹⁵ *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg. 56.

⁵⁹⁶ Rus sisteminde iki kere yargılama yasağı ceza hukuku alanıyla sınırlıdır ve temelde benzer bir idari suç, ceza kovuşturmasını sona erdirici bir etkiyi haiz değildir. *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.118,119.

⁵⁹⁷ Bkz. *ECHR*, 3.10.2002. *Zigarella v.Italy*, Application No: 48154/99; Bkz. *Case of Zolotukhin v. Russia*, prg.13.

eylemler aynı olmak kaydı ile iki kere yargılama yasağına aykırı olduğunu belirtmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda ne bis in idem ilkesi, etkisini kural olarak ceza hukuku alanında göstermektedir. Ancak 5329 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 15. maddesinin 3. fıkrasında yer alan düzenleme ile ilke, iki kere cezalandırma yasağı boyutunda disiplinler arası bir etki yaratmaktadır. İdari yaptırımlarla ceza yaptırımları kural olarak ayrı hukuk dallarına ilişkindir. Bu nedenle kural olarak hem ceza yaptırımını hem idari yaptırım uygulanabilir. Ancak Kabahatler Kanunu m.15/3'de "bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır" düzenlemesine yer verilerek, suçlar ve kabahatler arasında cezalandırma bakımından kesin hükmün önleyici etkisi tanınmıştır⁵⁹⁸. Böylelikle iç hukuk bakımından ilke sadece ceza hukuku alanı içinde değil, disiplinler arası boyutta uygulama alanı bulmuştur. Bu düzenleme, İHAS Ek Protokol m.7/4 hükmüne ilişkin İHAM içtihatları ile paralellik göstermektedir.

C. Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. Maddesinde Düzenlenen Kesin Hükmün Önleme Etkisi

Kesin hükmün önleme etkisinin sadece ülkesellik ilkesine dayanılarak aynı devlet içinde tanınması, Avrupa Birliği (AB) içinde sorun yaratmaktadır. Aynı olay, sınırları olmayan bir Avrupa'da birden çok devletin yargılama yetkisi içine girmektedir. Bir üye devlette yargılanan kişinin, aynı fiil nedeniyle değişik AB üyesi devletlerde tekrar sorumluluğuna gidilmesi, "Avrupa Vatandaşlarının" serbest dolaşım özgürlüğünü de önemli ölçüde sınırlandırmaktadır. Topluluk hukukuna özgü ülkesellik ilkesinden hareket edildiğinde, aynı fiilden dolayı ve birden fazla kovuşturma ve cezalandırma sorun yaratmaktadır⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ "Bir eylemin kabahat mi suç mu olduğu konusunda tereddüt bulunması halinde, soruşturmayı başlatan makam değerlendirmede bulunmalıdır. Eğer eylem kabahat oluşturuyorsa kanunda açıkça yetkilendirme yapılması ile Cumhuriyet savcısı idari yaptırım kararı verebilir.", Meran, Kabahatler Kanunu, s. 41.

⁵⁹⁹ Erdem, s. 333.

Avrupa Konseyi, 15-16 Ekim 1999 tarihinde Tampere’de yapılan toplantıda, üye devletler arasında işbirliğini desteklemek için “karşılıklı tanıma” ilkesini kabul etmiştir⁶⁰⁰. Avrupa Konseyi, karşılıklı tanıma ilkesinin hem hükümlere hem de yargısal makamların diğer kararlarına uygulanması gerektiğini belirtmiş⁶⁰¹; 4-5 Kasım 2004 tarihinde Brüksel’de kabul edilen Lahey Planı’nda karşılıklı tanıma prensibinin ceza işlerinde adli işbirliğinin köşe taşı olduğunu tekrarlamıştır⁶⁰². Karşılıklı tanıma ilkesi, terörizm ve sınır aşan suçların yarattığı tehlikeye karşı ulusal hukuk sistemlerinin yakın biçimde çalışmasına izin vermektedir. Karşılıklı tanıma, üye devletlerin yasal ve içtihadi geleneklerinin çeşitliliğine saygı duyulmakta, yasal çeşitlilik kabul edilmektedir⁶⁰³. Bu nedenle üye devletler, AB standartlarını uygulamak için kendi iç hukuklarında değişiklik yapmak zorunda değildiler⁶⁰⁴. Üye devletlerin yasal sistemleri birbirinden farklı olmasına rağmen AB adli makamları tarafından alınan *sonuçlar*, eşdeğer olarak kabul edilmelidir. Karşılıklı tanıma, bir üye devlette alınan karar ya da hükmün, başka bir üye devletin adli makamı tarafından tanınması ve uygulanmasıdır⁶⁰⁵. Böylece bir üye devlette alınan adli kararlar, bir başka üye devlette tanınarak minimum bürokrasi ile uygulanacaktır⁶⁰⁶.

Schengen Uygulama Sözleşmesi, temelini karşılıklı tanıma ilkesinden almaktadır. AB vatandaşlarının birlik içinde, aynı fiilden dolayı birden çok kovuşturmayaya maruz kalmaları, temel haklardan olan serbest dolaşım hakkını ihlal edeceğinden, Schengen Uygulama Sözleşmesi 54. maddesinde ne bis in idem ilkesine yer verilmiştir.

⁶⁰⁰ Katalin Ligeti, “Mutual Recognition Of Financial Penalties In The European Union”, **International Review of Penal Law**, Vol.77, No.1, (2006), s. 145 vd.; Hans Nilsson, “From Classical Judicial Cooperation To Mutual Recognition”, **International Review of Penal Law**, Vol 77, No.1-2 (2006), s. 56.

⁶⁰¹ *Tampere European Council 15 and 16 October 1999, Presidency Conclusions*, http://www.concilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/oo200-rl.en9.htm (13 Nisan 2008) prg. 33.

⁶⁰² *Council Of European Union, Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, Brussels, 13. December 2004*, http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/doc/hague_programme_en.pdf (10 Mart 2008) prg. 3.3.1.

⁶⁰³ Kristof Fabry, “The European Arrest Warrant: no security without human rights”, **A SIPRI Project Paper**, (September 2007), s. 10.

⁶⁰⁴ Valsamis Mitsilegas, “The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU”, **Common Market Law Review**,” Vol 43, (2006), s. 1260.

⁶⁰⁵ Marc Mackarel, “The European Arrest Warrant- The Early Years: Implementing and Using the Warrant”, **European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice**, (2007), s. 41.

⁶⁰⁶ Alegre/Leaf, s. 200, 201.

1. Schengen Uygulama Sözleşmesi 54. Maddesi Kapsamında Kesin Hükmün Önleme Etkisinin Unsurları

İç sınırları ortadan kalkmış hukuk düzenleri birbirine yakınlaşmış olan AB içinde, aynı fiil nedeniyle birden fazla kovuşturma yapılması yasağının yalnızca bir devletle sınırlı olarak geçerli olduğunu kabul etmek için bir neden kalmamıştır. Üye devletler karşılıklı güven ilişkisi içerisinde; özgürlük, güvenlik ve hukuk alanında güvene dayanarak işbirliği içerisinde girdikleri alanda, ne bis in idem ilkesinin geçerliliği zorunlu görünmektedir⁶⁰⁷.

Schengen Uygulama Sözleşmesi'nde kesin hükmün önleme etkisine sınır ötesi geçerlilik tanınarak, aynı fiil nedeniyle birden fazla ceza kovuşturmasının ortaya çıkardığı yetki çatışmasının engelleneceği düşünülmüş, bu nedenle Sözleşme'nin 54. maddesinde⁶⁰⁸ çifte kovuşturma yasağına yer verilmiştir⁶⁰⁹. Bu düzenleme 1957 tarihli Suçluların Geri Verilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin (SİDAS) 9. maddesindeki düzenlemeye benzerdir. Ancak Geriverme Sözleşmesi, kesin hükmün yalnızca bir geri verme engeli olarak düzenlerken, SUS. çifte kovuşturma ve yargılama engeli olarak düzenlemiştir.

Ancak, Schengen Uygulama Sözleşmesi'nde anlaşmaya taraf devletlere bazı durumlarda 54. madde ile bağlı olmayacağına ilişkin olarak imza, onay, kabul aşamalarında; ülkesellik, güvenlik ve istisna olmak üzere üç şekilde çekince koyma yetkisi düzenlemiştir.

Buna göre; eğer yabancı karara konu olan fiil, kısmen ya da tamamen kendi ülkesinde işlenmiş ise, ülkesellik çekincesi gereğince o devlette tekrar kovuşturulabilmektedir. Eğer fiil kısmen kararı veren devlette işlenmişse, bu istisna geçerli değildir. Ayrıca üye devletlerin iç hukukları bakımından fiilin nerede işlendiği

⁶⁰⁷ Erdem, s. 333; Martin Wasmeier, "The Principle of Ne Bis In Idem", **International Review of Penal Law**, Vol.77, No.1-2, (2006), s. 124; Wolfgang Bogensberger and Rudi Troosters, "The End of Soft Law Cooperation: The Court's Jurisprudence In Criminal Matters" **International Review of Penal Law**, Vol. 77, No.1-2 (2006), s. 336, 337.

⁶⁰⁸ "Anlaşmaya taraf bir devlet tarafından hakkında kesin karar verilmiş olan bir kişi, mahkûmiyet durumunda yaptırımın infaz edilmiş veya edilecek olması veya kararı veren devletin hukukuna göre artık infaz edilemeyecek olması koşuluyla, aynı fiil nedeniyle anlaşmaya taraf başka devlet tarafından kovuşturulamaz." (SUS. m.54), Erdem, s. 338.

⁶⁰⁹ Erdem, s. 339.

konusunda farklılık olacağından bu konuda sorun çıkabilecektir (SUS. m.55/1-a). Fiil devletin güvenliğine ya da aynı değerdeki bir başka menfaatine yönelik suç olarak değerlendiriliyorsa, hangi suçlar olduğu gösterilerek, güvenlik çekincesi konulabilir (SUS. m.55/2). Anlaşmaya taraf devletin memurları tarafından göreve ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi suretiyle işlenen fiiller sözkonusu olduğunda ise istisna çekincesi konulabilir (SUS. m. 55/1c)⁶¹⁰.

a. Aynı Fiil

Schengen Uygulama Sözleşmesi 54. madde kapsamında fiil kavramının üye devletlerde farklı yorumlanması sorunlara yol açmaktadır. İlk sorun, fiil kavramının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkindir. Bir görüş, ilk kovuşturmayı yapan devletin hukukunun fiile verdiği anlamın belirleyici olduğunu, ortak bir “Avrupa fiili” kavramının bu nedenle geliştirilmesine gerek olmadığını ileri sürerken; diğer bir görüş fiil kavramının ulusal hukuka göre değil, Topluluk hukukuna göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶¹¹.

Bir diğer sorun, fiilin aynılığı ile kastedilenin fiilin hukuksal niteliği mi yoksa fiilin kendisi mi olduğunun belirlenmesi gerekliliğidir. Madde metnine bakıldığında “aynı suç”tan değil, “aynı fiil”den bahsedilmektedir. Dolayısıyla Sözleşme’de ifade edilen fiilin hukuki nitelenmesi değil, fiilin kendisidir. Fiilin aynılığının belirlenmesinde bağlantı noktası, bir bütün olarak yaşanmış olaydır. Tek başına netice ya da hukuksal yarar dikkate alınırsa olay Schengen içindeki farklı üye ülkelere dağılır. Bu nedenle fiilin bir diğer Schengen devletinde farklı bir suç oluşturması ya da suç oluşturmaması halinde de verilen karar önleme etkisi gösterecektir⁶¹². Ancak verilen kararda fiilin haksızlık içeriği tamamen gözden kaçırılmış ise “geçmişte kalan bir yaşam ilişkisi” olan fiilin normatif yönden düzeltilmesi gerekir. Bu durumda ilk kovuşturmayı yapan devlet korunan hukuksal yararı göz önünde bulundurmamış ise ikinci devletin fiilin yeniden kovuşturulması bakımından çıkarı vardır⁶¹³. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), ileri sürülen bu hususlara karşılık, Sözleşme’nin 54. maddesinin bu şekilde yorumlanmasına

⁶¹⁰ Erdem, s. 340.

⁶¹¹ Erdem, s. 353.

⁶¹² Erdem, s. 354, 355; Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 117, 118.

⁶¹³ Erdem, s. 354; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, dn. 447, s. 117.

karşı herhangi bir engel olmadığını belirtmiştir. Ayrıca SUS'nin 54. maddesi, mağdurun ya da zarar gören diğer kişilerin uğradığı zararları giderebilmeleri için hukuk yollarına başvurmalarına engel olmadığı için mağdur haklarına herhangi bir zarar vermemektedir⁶¹⁴.

Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarına bakıldığında, aynı fiil kavramının içeriğinin ilk defa Van Esbroeck davasında tartışıldığı görülmektedir. Uyuşturucu ticareti ile ilgili olan bu davada, uyuşturucu madde ithalinden cezalandırılan sanığın daha sonra başka bir devlet mahkemesince yeniden yargılanmasına ilişkin olarak, ithal ve ihracın aynı fiil kavramı içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışılmış, Divan, ithal ve ihracın SUS 54. madde uygulaması kapsamında aynı fiil olarak yorumlanması gerektiğini söyleyerek, ne bis in idem ilkesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶¹⁵.

Kraaijenbrink davasında ise, Hollanda'da yasa dışı uyuşturucu ticareti yapmak ve para kazanmaktan dolayı mahkûm olan sanığın, Belçika'da uyuşturucu ticaretinden kazandığı parayı aklamaktan dolayı mahkûm edilip edilemeyeceği tartışılmıştır. Bu davada Savcı Sharpston zaman, yer ve fiilin konusu bakımından birbirinden ayrılmaz nitelikteki eylemlerin, hukuki nitelermeye bakılmaksızın, aynı eylem kavramı içinde değerlendirileceğini belirtmiştir⁶¹⁶.

Divanın, SUS'nin 54. maddesinin uygulanmasında aynı eylem kavramını, korunan hukuksal yarar ya da hukuki nitelendirmeden ayrı olarak, ayrılmaz biçimde bağlı olan eylemler grubu olarak yorumladığı görülmektedir⁶¹⁷. Divan, Sözleşme'nin 54.maddesini yorumlarken, ortak özgürlük, güvenlik, adalet alanının yaratılması

⁶¹⁴ Kocasakal, s. 171.

⁶¹⁵ *European Court of Justice (ECJ), 9 March 2006. Case C- 436/043*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin>, prg.27, prg.43/2, (04 Eylül 2009); Isidoro Blanco Corderes, "IV- Evrensel Yargı Yetkisi- Genel Rapor", **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi İstanbul 20-27 Eylül 2009** içinde (305-351), İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, 2009, s. 328; Bogensberger/Troosters, s. 339.

⁶¹⁶ *European Court of Justice, Case C- 367/05, 18 July 2007, Opinion of Advocate General Sharpston, 5 December 2006*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin> (29 Ağustos 2009), prg. 27-30; Corderes, Genel Rapor, s. 331.

⁶¹⁷ *Kraaijenbrink*, prg.36; *Van Esbroeck*, prg.36, 43/2; *European Court of Justice Case, C-467-04, Gasparini and Others*, <http://curia.europa.eu/jurisp> (15 Ağustos 2009), prg. 54; Van Straaten davasında hukuki nitelme ya da korunan hukuksal yarara bakılmaksızın eylemlerin aynı olduğu yönünde karara varılmıştır bkz. *European Court of Justice, Case C-150/05, 28 September 2006*, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin> (15 Ağustos 2009), prg. 53.

amacını, ana yorum aracı olarak kullanmaktadır. Bunun yanında Divan, maddeyi yorumlarken şu hususları da dikkate almıştır:

Sözleşme metninin dili, Divan'ın kullandığı yorum araçlarından biridir. Sözeşmenin İngilizce ve Almanca metinlerinde eylem anlamına gelen “act”⁶¹⁸ ve “Tat”⁶¹⁹ terimleri kullanılmıştır⁶²⁰. Divan, Sözleşme metninde kullanılan bu terminolojiyi de dikkate alarak, hukuki nitelermeye bağılı olmaksızın eylemlerin yapısının dikkate alınması gerektiğine işaret etmiştir. Divan, ayrıca aynı eylem kavramını yorumlarken, hukuki nitelendirmeyi esas alan uluslararası metinlerle sözleşme metnini karşılaştırmıştır.

Divan'ın dikkate aldığı bir diğler husus, karşılıklı tanıma prensibidir. Hukuki nitelik ya da korunan hukuksal yarara göre aynı eylem kavramı belirlenirse, bu kriterler devletten devlete değışeceğınden, Schengen alanındaki serbest dolaşım özgürlüğünün önünde bir engel oluşturacaktır. Bu noktada Divan, aynı eylem kavramını yorumlarken “birbirine sıkı biçimde bağılı eylemlerin varlığı”nı en uygun kriter olarak belirlemiştir⁶²¹.

Sonuç olarak Divan “aynı fiil ” kavramını, yorumlarken hukuki nitelermeyi dikkate almamakta, aynı fiil kavramını, ayrılmaz biçimde birbirine bağılı olan eylemler grubu olarak tanımlamaktadır⁶²².

b. Kesinleşmiş Yargı Kararı

Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. maddesine göre, aynı anda iki devlette kovuşturma yapılabilir. Ancak, Sözleşme'ye taraf devletlerden birisi tarafından fiil hakkında yargısal nitelikte bir karar verildiğinde, bu fiil bir başka devlette tekrar kovuşturulamaz. Diğler devlette bir kovuşturma yapılması, SUS m. 54'ün amacına aykırılık oluşturur. Öte yandan, bu durumu engelleyen herhangi bir mekanizma oluşturulmamıştır. SUS'nin 54. maddesi yalnızca Sözleşme'ye taraf olan devletin

⁶¹⁸ İngilizce act kelimesinin karşılığı eylemdir. Bkz. <http://www.ingilizcesozluk.gen.tr/sozluk.php?word=act> (10 Ağustos 2009).

⁶¹⁹ Almanca “Tat” kelimesinin karşılığı eylemdir. Bkz. <http://www.almancasozluk.net/index.php?word=Tat&dil=detr> (10 Ağustos 2009).

⁶²⁰ *Van Esbroeck*, prg. 27; Wasmeier, s. 127.

⁶²¹ Wasmeier, s. 128; Bogensberger-Troosters, s. 339.

⁶²² Wasmeier, s. 129.

verdiği yargılamayı sona erdiren kararlar bakımından geçerlidir. Bu nedenle, eğer bir devlette kesin karar verilmemişse, ilke, iki ya da daha fazla üye devlette devam eden kovuşturmalarda bakımdan uygulanamaz⁶²³.

Sözleşme'nin 54. madde metnine bakıldığında, “yargılamayı sona erdiren kesin karar” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. SUS kapsamındaki ne bis in idem ilkesinin uygulama alanının belirlenmesi bakımından “kesin karar” koşulundan ne anlaşılması gerektiği önemli bir sorudur. Bu konuda farklı görüşlerin çıkma nedeni, Sözleşme'nin Almanca, Fransızca ve Hollanda dillerindeki metinlerinde farklı terimlerin kullanılmış olmasıdır. Bu durum, Sözleşme'ye taraf olan devletler arasında, mahkeme kararıyla uyuşmazlığın çözülüp atılması dışında yargılamaya son verme olanağı tanıyan ülkeler açısından farklılık yaratacak niteliktedir⁶²⁴.

Bu konuda öğretide görüşler iki ana gruba ayrılmaktadır. Bir görüş, kesin karar koşulunu, son karar niteliği taşıyan ve yargı organınca verilmiş beraat ve mahkûmiyet kararları ile sınırlı tutmaktadır. Son karar ve son karar benzeri nitelik taşımayan, son soruşturmaya gelmeden yargılamanın sona ermesi sonucuna yol açan kararların, Sözleşme'nin 54. maddesi kapsamına girmediğini kabul etmektedir. Ebensberger, hükmün amacının göz önünde bulundurarak, geniş yorumlanması gerektiğini belirtmekte, sadece “ bir mahkeme tarafından “ yargılamayı sona erdiren kararların önleme etkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁶²⁵. Bu görüşte olanlar, SUS m.54'ün, SUS. m.58 ile olan ilişkisine dayanırlar⁶²⁶. SUS m.58'de anılan maddelerin başka ülkeler tarafından verilmiş kararlar üzerinde, ne bis in idem ilkesine daha geniş bir etki tanıyan ulusal hükümlerin uygulanmasına engel oluşturmayacağı belirtilmektedir⁶²⁷.

Bir diğer görüş ise, yargısal nitelikte olsun olmasın, yargılamayı sona erdiren tüm kararlar için SUS. m.54'ün uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu görüş içinde

⁶²³ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 106; Polyvios Panayides “Conflicts Of Jurisdiction In Criminal Proceedings: Analysis and Possible Improvements To The EU Legal Framework” , **International Review of Penal Law**, Vol.77, No.1-2 (2006), s. 114, 116.

⁶²⁴ Erdem, s. 342.

⁶²⁵ Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 107.

⁶²⁶ Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s.114.

⁶²⁷ Kocasakal, s. 166.

savcılığın kamu davası açılmaması yönündeki kararının, SUS 54.madde uyarınca bir başka devlette aynı fiil nedeniyle kovuşturma yapılmasına engel oluşturmayacağını düşünen müelliflerde mevcuttur. Karşı görüşte olanlar ise; SUS’ne katılan devletlerin, yargı alanında artan işbirliği ve bu suretle gerçekleşen bütünleşme göz önünde tutulduğunda, bireyin yeni bir ceza kovuşturmasına karşı korunması amacıyla hareket edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶²⁸.

Belirtmek gerekir ki Sözleşme’nin 54. maddesinde yer alan, “yargılamayı sona erdiren kesin karar” koşulunun, yargılamayı sonuçlandıran ancak yargısal nitelikte olmayan kararları da kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Sözleşme’nin diline bakıldığında, bir devlette bir kişi hakkında yargılamayı sonuçlandıran bir karar verildiğinde, karşılıklı bilgi verilmesi gerekliliğinin düzenlendiği 57. maddesinde daha geniş yorumlanabilecek “kararlar” ifadesine yer verildiği görülmektedir. Oysa, SUS. 54. maddenin lafzına bakıldığında, yalnızca yargı organı tarafından verilen kararların madde kapsamında olduğu sonucu çıkmaktadır⁶²⁹.

Diğer taraftan, Avrupa Birliği Antlaşması taraf devletlere “özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı”nın gerçekleştirilmesine katkıda bulunma yükümlülüğü getirmiştir. Özgürlük, güvenlik ve hukuk alanı da ancak, üye devletin bir diğer üye devletin verdiği karara olabildiğince geniş kapsamlı bağlı olmasıyla gerçekleşebilir. SUS’nin amacı, ortak sınırlar içinde, kişi dolaşımına ilişkin denetimleri ortadan kaldırmak, mal dolaşımını kolaylaştırmaktır. SUS. 54. madde ile de yargılaması sona eren bir kimsenin, başka devlette yeniden kovuşturulma yapılmadan serbestçe dolaşabilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır⁶³⁰. Bu nedenle, kesin karar koşulunun mümkün olduğu kadar geniş yorumlanması gerekmektedir.

Belirtilmesi gereken bir diğer önemli nokta, hukuksal kesinlik koşulunun hangi devlet hukukuna göre belirleneceği hususudur. Hukuksal kesinliğin, üye devletler içinde en az gereklilik arayan devlet hukukuna göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülürken, diğer taraftan bu görüş, Sözleşme ile hukukunun bu denli tekdüzeleşmesi değil, yalnızca

⁶²⁸ Erdem, dn. 479, s. 343; Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 108.

⁶²⁹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 113, 114.

⁶³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 115.

yabancı mahkeme kararlarına güvenin sağlanması amaçlandığı ileri sürülerek eleştirilmiştir⁶³¹.

Divan'ın Gözütok Brügge Kararı'nda belirttiği üzere, savcı eğer belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak ya da belli bir miktar paranın ödenmesi ile birlikte kamu davası açılmasına gerek olmadığı yönünde karar vererek soruşturmayı sona erdiriyorsa, savcının vermiş olduğu bu karara da ne bis in idem etkisi tanınması gerekir. Savcılık makamının verdiği kararda, isnad edilen hukuka aykırı bir fiil yaptırıma bağlanmış, ceza adaletinin yürütülmesine katılan bir makam tarafından karar verilmiştir. Bu durum, SUS m.54 bakımından yeterli kabul edilmelidir⁶³². Eğer amaç birlik vatandaşlarının aynı fiil nedeniyle birden fazla kovuşturulma korkusu olmaksızın serbestçe dolaşmalarının sağlanması ise savcının vereceği kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın da kesin hükmün önleme etkisine sahip olması gerekir⁶³³. Savcılığın belirlediği koşulların yerine getirilmesi sonunda öngörülen yaptırım çekilmiş olacaktır. Bu kararın hüküm niteliğinde olmaması ve yargı organı tarafından verilmemiş olması önemli değildir. Çünkü bu kararlar, mahkeme tarafından verilmese dahi, ceza adaletinin yürütülmesinde rol alan bir otorite tarafından verilmektedir⁶³⁴.

c. Yaptırımın İnfazı Koşulu

Schengen Uygulama Sözleşmesi'nin 54. maddesine göre, birden fazla ceza kovuşturması yasağının uygulanabilmesi için; mahkumiyet durumunda yaptırımın infaz edilmiş veya ediliyor olması veya karar veren devletin durumuna göre artık infaz edilemeyecek olması gerekir. Böylece, ilk kovuşturma sonucunda hükmedilen cezanın infazına başlanılmadıkça, başka bir taraf devlette ceza kovuşturması yapılabilecektir.

Bu durumda, SUS 54. madde kapsamında belirli koşulların yerine getirilmesinden sonra verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararının önleme etkisini yaratması üç şarta bağlıdır. Buna göre;

⁶³¹ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, dn. 444, s. 114

⁶³² Kocasakal, s. 169.

⁶³³ Tezcan/Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 110; Kocasakal, s. 170; Wasmier, s. 125.

⁶³⁴ Kocasakal, s. 169.

1- belirlenen ve yerine getirilmesi gerekli olan koşullar, yaptırım niteliğinde olmalıdır.

2- Savcılık ile suçlanan kişi arasındaki anlaşmanın eylemlerin suç teşkil ettiğini açıkça içermesi gerekir.

3- Anlaşmanın mağdurun ve suçtan etkilenen (zarar gören) diğer kişilerin hukuk davası açma haklarına zarar vermemesi gerekir⁶³⁵.

Böylece Divan, özgürlük, güvenlik alanının hayata geçirilmesi için usulden ziyade sonucun, yani öngörülen yükümlülüklerin, hukuka aykırı eylemi yaptırma bağlama niteliğinin daha önemli olduğunu belirtmiştir⁶³⁶.

Ayrıca koşullu salıverme ve erteleme durumunda da denetim süresi içinde yaptırım infaz ediliyor sayılmalıdır. Deneme süresinin sonunda ceza infaz edilmiş sayılacağından, deneme süresinin sona ermesini beklemeye gerek yoktur; bu süreç, infaz süreci olarak görülmelidir⁶³⁷.

Diğer taraftan ceza ilişkisini ortadan kaldıran af, zamanaşımı gibi nedenler de önemle etkisi yaratmaktadır. Ancak, bu koşul bakımından belirleyici olan, ilk kararı vermiş olan devletin hukukudur⁶³⁸.

Sonuç olarak SUS.m.54'e ilişkin ABAD içtihadlarına bakıldığında, madde metninde yer alan aynı fiil kavramının, içtihadlarda hukuki niteleme esas alınmayarak, fiilin kendisi olarak yorumlandığı; Savcılık tarafından, belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararlara, kesin hükmün önleme etkisi tanındığı görülmektedir.

⁶³⁵ Hakan Taşdemir ve Pınar Girgin, "III. Sütuna İlişkin İlk Ön karar Davası Gözütok –Brügge Kararına İlişkin Bir Değerlendirme", **Doğuş Üniversitesi Dergisi**, 9 (1) (2008), s. 83.

⁶³⁶ Taşdemir/Girgin, s. 87.

⁶³⁷ Erdem, s.355; Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 119.

⁶³⁸ Erdem, s.356; Tezcan/ Erdem/Önok, Uluslararası Suçlar, s. 119.

SONUÇ

Kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılama sonrasında aynı kişinin, aynı fiilden dolayı tekrar yargılanması veya cezalandırılması, devlet ve birey nezdinde iki etki yaratır. Devletin, bir hukuk devleti olarak yaratacağı hukuki güven ortamı, kesin bir hükümle yargılanması sona eren kişinin, tekrar muhakeme sujesi olmasını engellemeyi gerektirir. Aksine bir durum hukuk devleti ilkesini zedeler.

Diğer taraftan, kesin hükümle sonuçlanmış bir yargılamadan sonra aynı fiilden dolayı, aynı kişinin tekrar yargılama makamı önüne çıkarılmaması ve cezalandırılmaması, tüm hakların özünü teşkil eden insan onurunun dokunulmazlığının, ceza hukuku alanındaki yansıma şeklindedir. Bu nedenle kesin hükmün önleme etkisi, sadece muhakeme şartından kaynaklan bir hak olmayıp, özünde insan onurunun zedelenmemesi gereği bulunduğundan, temel bir insan hakkı niteliğindedir. Türk ceza hukukunda ise kesin hükmün önleme etkisi CMK. m.223/7'de düzenlenmiş olup, anayasal bir hak görünümünde değildir. Her ne kadar Anayasa'nın başlangıç kısmında yer alan insan onuru ve Anayasa'nın diğer maddelerinde yer verilen hukuk devleti ilkesi, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı gibi dayanak olabilecek birçok ilke ve hak bulunduğu ileri sürülerek, Anayasa'da açık bir düzenleme yapılmasının gerekli olmadığı belirtilebilirse de ilkenin Anayasa'da açıkça düzenlenmesi ve düzenlenme şekli, önleme etkisinin doğacağı an, farklı disiplinlerde göstereceği etki ve uygulama alanı bakımından güvence yaratacaktır.

Kesin hükmün önleme etkisi, sadece ceza muhakemesi yasalarında yer alan bir ilke değil, temel bir insan hakkıdır. Bu nedenle Anayasa'da düzenlenmesiyle ilkenin ceza muhakemesi alanındaki güvence alanı da genişleyerek somutlaşmış olacaktır.

Türk Ceza Hukuku'nda kesin hükmün önleme etkisi, CMK. m.223/7'de bir dava engeli olarak düzenlenmiştir. Buna göre; aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm bulunması, davanın reddi sebebidir. CMK. m.223/7 gereğince kural olarak mahkemenin, uyuşmazlığı sona erdiren kararlarına, kesin hükmün önleme etkisi tanınmaktadır. CMK. m.223'de sayılan hüküm çeşitleri, uyuşmazlığın esasını çözen ve esasa ilişkin bir tespitin yapılmadığı hüküm çeşitleri olarak ikiye ayrılabilir. Ancak bu ayrımın kesin hükmün önleme etkisi bakımından

yaratacağı bir fark yoktur. Uyuşmazlığın esası çözülsün ya da çözülmeyin, hükmün kesinleşmesi ile birlikte kesin hükmün önleme etkisi doğacaktır. Ayrıca yargılamanın yenilenmesi olağanüstü kanun yolu gereğince, yeni bir delil ya da olay ortaya çıktığında yeniden yargılama yapılması mümkündür.

Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/7'nin kaleme alınış şekline göre kesin hükmün önleme etkisinin, sadece "aynı sanık" hakkında etki yaratacağı anlaşılmaktadır. Ancak, eğer aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında, daha önce verilmiş bir hüküm var ise, bu hükmün önleme etkisi, muhakemenin başında "şüpheli" hakkında da geçerli olmalıdır. Kesin hükmün önleme etkisinin unsurlarından, kişinin aynılığı unsuru, iştirak halinde işlenen suçlarda da, geçerli olacaktır. Ancak iştirak halinde işlenen suçlar söz konusu olduğunda, aynı kişi unsuru bakımından kesin hükmün önleme etkisine istisna tanınıp tanınmaması gerektiği, hükmün verilme gerekçesine göre değişecektir. Buna göre; suç ortaklarından birisi hakkında, beraat hükmü verilmiş olmasının, yargılanmamış diğer ortaklara etki edip etmeyeceği, beraat kararının hangi duruma dayanılarak verildiğine göre değişir. Örneğin, beraat kararı, fiilin suç oluşturmadığına dayanılarak verilmişse, diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılmayacaktır. Ancak suç ortaklarından biri hakkında verilen beraat kararı, kast ya da taksirin bulunmadığına veya suçun, sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerine dayanılarak verilmişse diğer suç ortağı hakkında kamu davası açılabilir.

Suç ortaklarından birisi hakkında, düşme kararı verildiğinde de diğer suç ortakları bakımından kamu davası açılıp açılmayacağı, düşme kararının verilme nedenine göre değişecektir. Suçun affa uğraması, suça ilişkin olarak dava zaman aşımının dolması hallerinde, suç ortaklarından biri hakkında verilen düşme kararının kesinleşmesi, diğer suç ortaklarını da etkileyecek, böylece diğer suç ortakları hakkında kamu davası açılmayacaktır.

Uzlaşma bakımından da, suç iştirak halinde işlendiğinde, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır. Bu durumda, suç ortaklarından birinin mağdur ile uzlaşması halinde, uzlaşma, kovuşturma aşamasında gerçekleştiğinde, verilen düşme kararının kesinleşmesi, diğer suç ortakları hakkında kamu davasının açılmasını önleyici bir etki yaratmayacaktır.

Kesin hükmün önleme etkisinin diğer unsuru, “aynı fiil”dir. Fiilin, hukuki nitelemesinin bir önemi yoktur. Hüküm, fiilin bütün nitelene şekilleri dikkate alınarak verilmektedir. Bu nedenle, aynı fiil başka bir şekilde nitelendirilerek, başka bir suç olduğu gerekçesi ile yeni bir davaya konu olamaz. Ceza muhakemesi hukukunda fiil; iddianamede bireyselleştirilmiş olaylarla yargılama sırasında bireyselleştirilen bu fiille aynı hukuki konuya dahil olan maddi olay ile sınırlıdır.

Kesin hükmün önleme etkisinin unsurlarının mevcudiyeti halinde; muhakeme boyutunda tekrar yargılanma yasağı sonucu doğarken, maddi ceza hukuku boyutunda tekrar cezalandırma yasağı sonucu doğmaktadır. Buna göre;

Ceza Muhakemesi Kanunu m.223/7’ye göre aynı fiil nedeniyle aynı sanık hakkında daha önce verilmiş bir hükmün mevcudiyeti, davanın reddi sebebidir. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar CMK. m.223/7 dikkate alındığında kesin hükmün önleme etkisinin bir dava engeli olarak düzenlendiği söylenebilirse de, CMK. m.172/1’in de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında kesin bir hükmün bulunması, kovuşturma olanağının yokluğu olarak değerlendirilebileceğinden, verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, aynı zamanda bir soruşturma engeli yaratabilecektir. Bu durumda CMK. m.223/7 ve CMK. m.172/1 birlikte değerlendirildiğinde, kesin hükmün önleme etkisinin muhakeme engeli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu durumda soruşturma açılmışsa, kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmelidir. Soruşturma devam etmiş ise, iddianame düzenlenmemeli; söz konusu ilke, iddianamenin iade sebeplerinden biri olarak kanunda düzenlenmelidir. Mevcut hüküm, kesin hükümle biten bir ceza davasından sonra, “aynı kişi” hakkında daha sonra açılmış soruşturmanın devamını engellemektedir. Ancak kesin hükme rağmen, aynı kişi hakkında, aynı fiile dayanılarak açılan soruşturma hakkında, Cumhuriyet savcısının CMK. m.172/1’e dayanarak kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar vermesiyle; aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı verilen bir kesin hükmün mevcudiyeti halinde, CMK. m.172 gereğince açılan soruşturmaya devam olunmamaktadır. CMK. m.223/7’de sadece davanın reddi sebebi olarak değil, tüm

muhakemeyi kapsayacak bir ifade kullanılarak, kesin hükmün önleme etkisinin bir muhakeme şartı olduğunun altı çizilebilir.

Kesin hükmün önleme etkisi nedeniyle aynı fiilden dolayı aynı kişinin tekrar cezalandırılmaması, maddi ceza hukukunda tekrar cezalandırma yasağı sonucunu doğurmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 44. maddesinde düzenlenen fikri içtima hükmü; aynı fiilden dolayı, aynı kişi hakkında birden fazla ceza verilemeyeceğinin yansıması olarak ifade edilmiştir. Tekrar cezalandırma yasağı, yaptırımlar sistemi bakımından da özellik arz eder. Ceza ve güvenlik tedbirleri arasında nitelik bakımından farklılık oluşturan unsurların kalkması halinde, ceza ve güvenlik tedbirinin bir arada uygulandığı durumlar bakımından, aynı fiil nedeniyle iki kere cezalandırılma sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan, Kabahatler Kanunu (KK.) 15/3 hükmünde “bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise, sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” düzenlemesine yer verilerek, suçlar ve kabahatler arasında iki kere cezalandırılmama bakımından kesin hükmün önleme etkisi tanınmıştır. Kesin hükmün; maddi ceza hukuku boyutunda disiplinler arası etkisi olarak adlandırabileceğimiz bu etkinin uygulama alanını somutlaştırmak için, Kabahatler Kanunu m.15/3'ü, aynı Kanun'un 3.maddesi ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi gereğince, Kanun'un idari yaptırım kararlarına karşı, kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine bir hüküm bulunmaması halinde uygulanırken; diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanır. Bu durumda, KK.'nin genel hüküm niteliğinde olan 15/3 hükmü, KK. m.3 gereğince idari para cezası gerektiren ve aynı zamanda suç olarak tanımlanan fiiller hakkında hüküm ifade edecek ve sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak belirtmek gerekir ki, Kabahatler Kanunu'ndan sonra yürürlüğe giren özel bir kanunda ya da özel bir kanun hükmünde değişiklik yapıldığında; yürürlük tarihi daha sonra olan norm, KK'nda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezaların, diğer kanunlarda söz konusu fiiller için yazılı cezaların uygulanmasına engel olmayacağını düzenleyen bir hüküm içerdiği takdirde uygulama alanı bulacaktır.

Ceza muhakemesi hukukunda kesin hükmün önleme etkisi, uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararı bakımından kabul edilmiştir. Ancak soruşturma aşamasında; gerek alternatif çözüm yollarının kullanılması, gerekse savcının takdir hakkını kullanması sonucunda ve CMK m.172'deki koşullar gerçekleştiğinde, CMK. m.172/2 gereğince kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil ortaya çıkmadıkça aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacaktır. Kesin hükmün önleme etkisini yaratan hal gereğince, açılan soruşturmada ilerleme kaydedilmeden, derhal kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın verilmesi, şüpheli statüsünde bulunup, hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilen kişinin, yeni bir delil ortaya çıkana dek tekrar muhakeme sujesi olmaması için gereklidir. Uyuşmazlığı sona erdiren mahkeme kararları bakımından kabul edilen kesin hükmün önleme etkisine, dar anlamda etki denilirse; savcının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığına dair kararın, kesin hüküm etkisi yaratan bir hal oluşturmasına, geniş anlamda önleme etkisi denilebilir. Kesin hükmün önleme etkisinin kabul edilme nedenleri ve kesin hüküm kavramı, amaçsal yorumlanarak, hukuki güvenlik, hukuki barış ve kişisel özgürlüğe hizmet ettiği düşünüldüğünde, hukuki barışı sağlayan alternatif çözüm yollarının da kesin hükmün önleme etkisini yaratması gerektiği kabul edilmektedir. Böylece yeni bir delil ortaya çıkmadan kişi hakkında dava zaman aşımı süresince sürekli şüpheli statüsüne sokulma ihtimali bulunmayacaktır. Savcılık kararlarına kesin hükmün önleme etkisinin tanınması gerekliliği, ortada teknik olarak uyuşmazlığı çözen bir hüküm bulunmadığından, önleme etkisinin insan hakkı olmasından kaynaklanan hukuki niteliğinin sonucudur.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama alanını oluşturan maddelerine bakıldığında, yabancı yargıya genel olarak kesin hükmün önleme etkisinin tanınmadığı görülmektedir. Buna göre suç; yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenen kişi tarafından memuriyet veya görevden dolayı işlendiğinde (TCK. m.10); suç yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlendiğinde (TCK. m.12/1); yabancı ülkede işlenen suç nedeniyle devletin varlık ve devamına ilişkin menfaatlerinin korunması söz konusu olduğunda (TCK. m.13/1-b), yabancı yargıya kesin hükmün önleme etkisi tanınmamakta ve Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki bu durum, Türkiye'nin taraf

olduğu Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'ne bir aykırılık oluşturmamaktadır. Zira Sözleşme'nin 53/2 hükmü gereğince işlenen suç devletin kamusal nitelikteki kişisine, kurumuna ya da şeyine ilişkin olarak işlenmişse Sözleşen devlet yabancı yargıya kesin hükmün önleme etkisi tanımayabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Türk Ceza Kanunu'nun 9. maddesinde; yabancı ülkede, Türkiye'de işlediğı suçtan dolayı hakkında hüküm verilen kimsenin Türkiye'de yeniden yargılanacağı düzenlenerek, yabancı yargıya kesin hükmün önleme etkisi tanınmamıştır. TCK. m.9'da, işlenen suçlar bakımından da herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Buna göre; eğer Türkiye'de işlenen suç, uluslararası bir suç ise ve bu suçtan dolayı yabancı bir ülkede yargılama yapılmış ise, Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilecektir. Ancak ifade edilmelidir ki, uluslararası suçlar, uluslararası toplumun yararını ihlal ettiğinden; bir uluslararası suçun, bir ülkede yargılanması ile uluslararası toplumun menfaatinin gereğı yerine getirilmektedir. Bu nedenle, uluslararası bir suç Türkiye'de işlenmiş olsa dahi, yabancı ülkede yargılama yapılarak hüküm verilmişse, aynı kişinin TCK'nun 9. maddesi gereğince tekrar Türkiye'de yargılanmaması gerekir. Bu nedenle TCK'nun 9. maddesinde uluslararası suçlara ilişkin olarak istisna hükmü konulması düşünülebilir. Ya da Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinde, uluslararası suçun Türkiye'de işlenmiş olması halinde yabancı ülkede hüküm verilmişse, aynı suçtan dolayı, aynı kişi hakkında Türkiye'de yargılama yapılamayacağına ilişkin açık bir düzenleme yapılabilir. Zira evrensellik ilkesi kapsamında olan uluslararası suçlara ilişkin düzenlemeye bakıldığında, TCK m.13'de yabancı ülkede suçun işlenilmesi söz konusudur. Ayrıca Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi'de belirtilen istisnalara madde metninde yer verilerek, suçlar bakımından da bir ayrıma gidilebilir. Türk Ceza Kanunu m.9'da, CYMDAS'nin kesin hükmün önleme etkisini düzenleyen hükümlerine herhangi bir aykırılık söz konusu değildir. Sözleşme m.53/1'de belirtilen koşulların mevcudiyeti halinde, yabancı yargıya kesin hükmün önleme etkisi tanınmış, ancak m.53/3'de yer alan, ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden devlet de kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça “ne bis in idem sonucunu kabule mecbur değildir” düzenlemesi gereğince, Sözleşen devletlerin suç kendi ülkelerinde işlendiğinde kesin hükmün önleme etkisini tanımayabileceğini belirtmiştir.

Yabancı yargıya, Türk Ceza Kanunu 13/2-3 hükümlerinde de kesin hükmün önleme etkisi tanınmamaktadır. Buna göre evrensellik ilkesi kapsamına giren suçların, Türkiye’de yargılanması Adalet Bakanı’nın talebine bağlıdır. Eğer işlenen suç; soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı, insan ticareti suçlarından biri ise, bu suçlardan dolayı fail hakkında mahkûmiyet ya da beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı’nın talebi üzerine yeniden yargılama yapılabilir. Bu kapsamdaki suçlar, tüm insanlığı ilgilendiren suçlar olduğu için amaç bu suçların cezasız kalmamasını sağlamaktır ancak, bu düzenleme ile öngörülen yargılama mecburiyeti, kesin hükmün önleme etkisine aykırıdır. Zira evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlar uluslararası nitelikte suçlar olup, bu ilke ile uluslararası toplumun menfaati korunmaktadır. Bu nedenle bir devlette evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlardan dolayı yargılama yapılmış ve hüküm verilmişse uluslararası toplumun menfaatinin gereği yerine getirilmiştir demektir.

Taraf olunan Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ve Ceza Koğuşurmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nde; beraat, infaz edilmek ya da infazına başlanmak koşulu ile mahkûmiyet kararı ile suçluluğun tespit edilip yaptırımın belirlenmediği kararlara, önleme etkisi tanınmıştır. Buna göre; bir sözleşen devlette yapılan yargılama sonucunda beraat, mahkûmiyet ya da suçluluğun tespitine ilişkin karar verilip bu karar kesinleştiğinde, aynı kişi, aynı fiilden ötürü diğer bir sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez (CYMDAS. m.53; CKADAS. m.35). Bu durumda; hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme kararlarından sonraki deneme süresinde ve kısa süreli hapis cezası yerine uygulanan yaptırımların uygulanmasında, yaptırımın infaz edilmekte olduğu kabul edilecektir. Sözleşme’ye taraf olan devletlerden biri tarafından verilmiş olmak kaydıyla, şartla salıverme ya da hapis cezasının infazının ertelenmesinde deneme süresinde yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi bakımından, bu süre içinde hüküm devletinde ikinci bir ceza davası açılmaz. Ayrıca, mahkûmiyet hükmünde belirlenen yaptırımın, tamamının ya da yerine getirilmemiş kısmının genel af, özel affa uğramamış olması ya da yaptırımın zamanaşımına uğramamış olması gerekmektedir (CYMDAS. m.35/1-b,

CKADAS. m.53/1-b). Ayrıca mahkûmiyet kararı ile aynı anda çıkan af kanunu, suçluluğun tespit edilip müeyyidenin belirlenmemesi kapsamında değerlendirilecektir.

“Diğer Uluslararası Sözleşmelerde Kesin Hükümün Önleme Etkisi” başlığı altında incelenen Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü (Roma Statüsü) 20. maddesinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ek 7 Nolu Protokol’ün 4. maddesinde ve Schengen Uygulama Sözleşmesi 54. maddesinde yer alan kesin hükümün önleme etkisine ilişkin olarak ise şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Roma Statüsü m.20/2 gereğince, bir kişi, RS. 5.maddede yer alan suçlardan dolayı, Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) tarafından yargılanıp mahkûm edilmiş ya da beraat etmişse, aynı kişi, ulusal ceza mahkemeleri tarafından yargılanabilecektir. Örneğin; soykırım, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları, saldırı suçları söz konusu olduğunda, UCM bu suçlara ilişkin yargılama yapıp, kesin hükümle sonuçlandığında, uluslararası suçların maddi unsurunu oluşturan fiiller, ulusal hukukta adi bir suç olarak düzenlenmişse, ulusal ceza mahkemeleri, adi suçtan dolayı yargılama yapabilecektir. Örneğin, UCM önünde insanlığa karşı suçtan dolayı yargılanmış olan bir kişi, ulusal hukuka göre cinsel saldırı suçundan dolayı tekrar yargılanabilir. Çünkü RS. m.20/2’de suç terimi kullanılarak, fiile ilişkin hukuki niteleme dikkate alınmaktadır.

Roma Statüsü m.20/3 gereğince, eğer bir kimse, 6, 7 ve 8. maddelerde yasaklanan fiillerden dolayı başka bir mahkeme tarafından yargılanmışsa, aynı fiilden dolayı UCM tarafından tekrar yargılanamaz. Roma Statüsü m.20/3’de ulusal hukuktaki hukuki nitelermeler dikkate alınmadan, aynı fiilden dolayı yapılacak yargılamalarda kesin hükümün önleme etkisinin doğacağı belirtildiğinden; örneğin, bir kişi, ulusal ceza mahkemesinde kasten öldürmeden dolayı yargılanmışsa, UCM bu kişiyi tekrar insanlığa karşı suçtan dolayı yargılayamaz.

Bununla birlikte örneğin, TCK. m.76’da düzenlenen insanlığa karşı suçun TCK. hükmünde ayrıca düzenlenmiş olmasına rağmen, unsurları gerçekleştiğinde TCK. m.76 hükmü yerine, TCK. m.102’de düzenlenen cinsel saldırı suçundan dolayı yargılanmışsa RS. m. 17/1-c ve RS.m.20/3 uyarınca UCM’nin, ulusal ceza

mahkemelerinde verilen bir kesin hüküm bulunmasına rağmen, aynı fiilden dolayı yeniden yargılama yapması mümkün olabilecektir. Zira bu durumda yargılamanın, UCM'nin yargı yetkisine giren bir suçtan dolayı cezai sorumluluğu bulunan şahsı koruma amacıyla yapıldığı yorumunun yapılmasına elverişlidir.

Roma Statüsü m.20/3-a,b'de yer alan kesin hükmün önleme etkisine tanınan istisnalar, iç hukukta Cumhurbaşkanı sorumsuzluğu, milletvekili dokunulmazlığı, asker kişilerin yargılanması konularında bir takım problemler doğurabilir. Yargılanmaları özel bir rejime bağlı bulunan memurlar ve askeri personel bakımından RS. m.27/2 özel yargılama usullerini geçersiz kılmaktadır. Bu durumda Statü'nün bir iç hukuk metni haline geldiği kabul edildiğinde, Statü hükümleri ile bazı kanunlar arasında çatışma çıkacaktır. Buna göre örneğin, asker kişiler için öngörülen özel yargılama usulleri, bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkının ihlali kabul edilerek, asker kişilerin UCM'de tekrar yargılanması söz konusu olabilecektir. Bu durumda Türkiye'nin, Statü'ye taraf olması halinde dokunulmazlık, sorumsuzluk ve özel yargılama usullerine tabi olanlar bakımından, ayrı bir yargılama prosedürünün olması, tamamlayıcılık ilkesi gereğince isteksizlik olarak kabul edilebilir ve bu nedenle 6, 7, 8. maddelerdeki fiiller bakımından UCM'nin yargı yetkisi devreye girebilir.

Sonuç olarak ulusal ceza yargısı öncelikli olmakla birlikte, kovuşturma organlarının, suçu ciddi bir şekilde kovuşturmada isteksiz veya yetersiz olması halinde, UCM'nin yargılama yetkisi devreye girecektir.

Diğer sözleşmeler başlığı altında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7 Nolu Protokol'ün 4. maddesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin içtihadları ışığında incelendiğinde, Sözleşme metninde “aynı suç” ifadesi kullanılmış olsa da, Mahkeme içtihadlarında “aynı suç” ifadesinin, “aynı fiil” olarak değerlendirdiği görülmektedir.

Ayrıca Mahkeme, bir isnadın suç isnadı olup olmadığını, iç hukuktaki nitelmeden bağımsız olarak değerlendirmekte, içtihadları ile oluşan kriterleri karşılaması durumunda, söz konusu isnadı ceza hukuku anlamında isnad olarak kabul etmektedir. Buna göre Mahkeme, örneğin; devletlerin iç hukukunda idari bir suç olarak nitelendirilen fiili, ceza hukuku anlamında bir suç olarak değerlendirebilmektedir. Ayrıca ulusal makamlar tarafından iki kovuşturma yapıldığı durumlarda, eğer yargılama

makamı kesin hükmün önleme etkisinin ihlal edildiğini kabul ederek ikinci kovuşturmayı sona erdirmişse ya da ikinci kovuşturmanın etkilerini ortadan kaldırma gibi bir onarma önermişse, başvurusunun Ek Protokol m.7/4 anlamında mağdur statüsünün ortadan kalktığını kabul etmektedir. İç hukukta Kabahatler Kanunu m.15/3’de yer alan “bir fiil hem kabahat hem de suç olarak tanımlanmış ise sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanır” düzenlemesi, İHAS. Ek Protokol m.7/4’e ilişkin İHAM. içtihadları ile paralellik göstermektedir. Böylece ilke, iç hukuk bakımından sadece ceza hukuku alanı içinde değil, disiplinler arası boyutta uygulama alanı bulmuştur.

Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde olmamız nedeniyle incelenen Schengen Uygulama Sözleşmesi m. 54’te düzenlenen kesin hükmün önleme etkisi; Avrupa Birliği Adalet Divanı içtihadları ışığında incelenmiştir. Buna göre 54. maddede yer alan aynı fiil kavramının, içtihadlarda hukuki nitelendirme esas alınmayarak, fiilin kendisi olarak yorumlandığı; Savcılık tarafından, belirli koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara, kesin hükmün önleme etkisi tanındığı görülmektedir.

Sonuç olarak kesin hükmün önleme etkisi, temeli insan onurunun zedelenmemesi gereğine dayanan, ceza adalet sisteminin işleyişinde muhakemenin tamamını etkileyen bir ilkedir. Bu nedenle ilkenin düzenlendiği mevcut CMK. m.223/7’de “aynı sanık” ifadesinin kullanılması ve sadece davanın reddi sebebi olarak düzenlenmesi nedeniyle tek başına bu etkiyi yaratmamaktadır. Bu nedenle “aynı sanık” ifadesi yerine “aynı kişi” ifadesi kullanılmalı, aynı kişi hakkında daha önce verilmiş bir hüküm varsa soruşturmanın devamı mümkün olmamalı ve kişinin aynı fiilden dolayı iki kere cezalandırılmayacağına yer verilmelidir. Böylece ilkenin, hem muhakemenin tamamında etkili olduğunun, hem de tekrar cezalandırma yasağı sonucunun doğduğunun altı çizilmelidir. Ayrıca ilkeye Anayasa’da yer verilerek ilke anayasal bir güvenceye de kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

Aksar, Yusuf. **Evrensel Yargı Kuruluşları**. Ankara: Seçkin, 2007.

Aral, Vecdi. **Toplum ve Adaletli Yaşam, “Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması”**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

Aybay, Aydın ve Rona Aybay. **Hukuka Giriş**. 5. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.

Batum, Süheyl. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**. İstanbul: Üniversite Yayın No: 3761, Fakülte Yayın No:702, 1993.

Cengiz, Serkan, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, Council of Europe, European Union, 2008.

Centel, Nur. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Hakimin Tarafsızlığı**. İstanbul: Kazancı Yayınları, 1996.

Centel Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. İstanbul: Beta, 2003.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2006.

Centel, Nur ve Hamide Zafer. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 6. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Yenerer Çakmut. **Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 5. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Demirbaş, Timur. **İnfaz Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2003.

Donay, Süheyl. **Ceza Mahkemesinde Yargılanan Vergi Suçları**, İstanbul: Beta, 2008.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt. I**. 11. Bası, İstanbul: Beta 1997.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt. II.** 11. Bası, İstanbul: Beta,1997.

Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman. **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt. III.** 11. Bası, İstanbul: Beta,1997.

Ehlers, Dirk. **European Fundemantel Rights and Freedoms.** De Gruyter Rechtstswissenschaften Verlags. 2007.

Erdem, Mustafa Ruhan. **Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri.** Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Erem, Faruk. **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Cilt. I Genel Hükümler.** 12. Baskı, Ankara: Seçkin Kitabevi.

Erem, Faruk. **Ceza Usulü Hukuku.** 2. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.231,1968.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman ve Mehmet Emin Artuk. **Ceza Hukuku Genel Hükümler.** 14. Bası, Ankara: Seçkin Kitabevi, 1997.

Ferendeci, Hamide Özden Özkaya. **Kesin Hükmün Objektif Sınırları.** İstanbul: XII Levha, 2009.

Göze, Ayferi. **Devletin Ülke Unsuru Sınırları ve Devletle Olan Münasebetleri.** İstanbul: 1959.

Gözübüyük, Şeref ve Feyyaz Gölcüklü. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması.** 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

Güller, Nimet ve Hamide Zafer, **Uluslararası Ceza Mahkemesi Elkitabı.** Gustav- Streseman Institut, Bonn: 2006.

Hafizoğulları, Zeki. **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni.** 2. Bası, Ankara: US-A Yayıncılık, 1996.

Hakeri, Hakan. **Ceza Hukuku Genel Hükümler.** Ankara: Seçkin Yayınevi, 2009.

İçel, Kayıhan ve Süheyl Donay. **Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1.Kitap.** Yenileştirilmiş Üçüncü Bası, İstanbul: Beta, 1999.

İçel, Kayıhan ve Hakan Evik. **Ceza Hukuku Genel Hükümler II, Suçun Yapısal Unsurları ve Genel Görünüş Biçimleri.** Yenilenmiş 4. Bası, İstanbul: Beta, 2007.

İnceoğlu, Sibel. **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler**. İstanbul: Beta, 2002.

İnceoğlu, Sibel. **Yargı Bağımsızlığı ve Yargıya Güven Ekseninde Yargıcın Davranış İlkeleri**. İstanbul: Beta, 2008.

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı**. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitapevi.

Karagülmez, Ali. **Türk Hukukunda Ceza Kararnamesi ve Önödeme**. Ankara: Adalet Yayınevi, 1999.

Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**. 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2009.

Kocasakal, Ümit. **Avrupa Birliği Ceza Hukuku Esasları**. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2004.

Kuçuradi, İoanna. **İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları**. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, Kurumsal Kitaplar Dizisi, 2007.

Kunter, Nurullah. **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**. İstanbul: 1954.

Kunter, Nurullah ve Feridun Yenisey. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 10. Bası, İstanbul: 1998.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 16. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2008.

Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu. **Ceza Muhakemesi Hukuku Birinci Kitap**. 17. Bası, İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

Metin, Yüksel. **Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2002.

Nuhoğlu Ayşe. **Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri**. Ankara: Adil Yayınevi. 1997.

Nursal, Necati. **Uluslararası Cezaevi Standart Kuralları ve İlgili Sözleşmeler**. Ankara: Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı Eğitim Serisi:11, 2002.

Nursal, Necati ve Selcen Ataç. **Denetimli Serbestlik ve Yardım Sistemi, Probation**. Ankara: Yetkin, 2006.

Olusanya, Olaoluwa. **Double Jeopardy Without Parameters**. Intersentia Publishers, 2004.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukukunda Tecil ve Benzeri Müesseseler, Mukayeseli Hukukta ve Hukukumuzda.** İstanbul 1963.

Önok, R. Murat. **Tarihi Perspektifiyle Uluslararası Ceza Mahkemesi.** Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.

Önder, Ayhan. **Ceza Hukuku Dersleri.** İstanbul 1992.

Özbek, Veli Özer. **İnfaz Hukuku İnfaz Hukuku İle İlgili Güncel Mevzuat.** Ankara: Orion Yayınları, 2007.

Özbek, Veli Özer, M. Nihat Kanbur, Pınar Bacaksız, Koray Doğan, İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.** Ankara: Seçkin, 2010.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler.** Ankara: Seçkin Yayınları, 2009.

Öztürk, Bahri. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Kovuşturma Mecburiyeti.** Ankara: 1991.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku.** 10. Bası, Ankara: Seçkin, 2008.

Öztürk Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku.** 12. Bası, Ankara: Seçkin, 2008.

Öztürk Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma, Yasemin Saygılar, Esra Alan. **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı.** Ankara: Seçkin, 2009.

Pazarıcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap.** Ankara: Turhan Kitabevi, 1997.

Pieters, Danny ve Bernhard Zaglmayer. **Social Security Cases in Europe: National Courts.** Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2006.

Rudstein, David Stewart. **Double Jeopardy: A Reference Guide to the United States Constitution.** Praeger Publishers, 2004.

Soygüt Arslan, Mualla Buket. **Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaşma Kurumu.** Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ocak 2008.

Soysal, Mümtaz. **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler.** Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara: 1986.

Şen, Ersan. **Çevre Hukuku.** İstanbul: Kazancı Yayınları. 1994.

Şen, Ersan. **Uluslararası Ceza Mahkemesi,** Ankara: Seçkin, 2009.

Taner, Tahir. **Ceza Hukuku**. 3. Baskı, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1953.

Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. İstanbul: Beta, 9. Bası, 2009.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve. R. Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**. 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Oğuz Sancakdar. **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2004.

Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **Uluslararası Ceza Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2009.

Thomas George C III. **Double Jeopardy, The History, The Law**. New York University Press, 1998.

Tosun, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Muhakemenin Yürüyüşü**. İstanbul 1973.

Tosun, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku**. Cilt.I. İstanbul 1984.

Ünver, Yener. **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**. Ankara: Seçkin, 2003.

Ünver Yener ve Hakan Hakeri. **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Sorularla Hukuk Dizisi 5**. Türkiye Barolar Birliği, Mayıs 2006.

Ünver Yener ve Hakan Hakeri. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 3. Baskı, Ankara: Adalet Kitapevi, 2010.

Yenidünya, Caner. **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme**. Legal Yayınevi, Eylül 2002.

Yenidünya, Caner. **İnsan Ticareti Suçu (TCK m.80)**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.

Yenisey, Feridun. **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Hazırlık Soruşturması ve Polis**. İstanbul: Beta, 1987.

Yenisey, Feridun. **Milletlerarası Ceza Hukuku, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri ve Mevzuatı**. İstanbul: Beta Yayını, 1988.

Yenisey, Feridun. **Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku, Duruşma ve Kanun Yolları**. 2. Bası, İstanbul: Beta, 1990.

Yenisey, Feridun. **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma, (Uzlaştırıcı Eğitimi, Rehber Kitapçık)**. Bahçeşehir Üniversitesi Yayını.

Yenisey, Feridun ve Gottfried Plagemann. **15 Mayıs 1871 tarihli Alman Ceza Kanunu, Almanca Metin, Türkçe Çeviri ve Sözlük**. İstanbul: Beta, 2009.

Yenisey, Feridun. Stephen Mazza ve Tom Read, Frank. **Uzlaşma**. İstanbul Barosu Meslek İçi Eğitim Merkezi ve CMK Uygulama Servisi Eğitim Seminerleri Dizisi Cep Kitapları I. İstanbul Barosu Yayınları, 2006.

Yurtcan, Erdener. **Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm**. 2. Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No:57, 1987.

Yurtcan, Erdener. **Ceza Yargılaması Hukuku**. 12. Bası, İstanbul: Beta, 2007.

Zeidy, Mohammed. **The Principles of Complementarity In International Criminal Law: Origin, Development and Practise**. 2008.

Sürelî Yayınlar

Akıllıoğlu, Tekin. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”. **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. Cilt.44, Sayı.1-4, Yıl.89, ss. 155-173.

Alegre, Susie ve Marisa Leaf. “Mutual Recognition in European Judicial Cooperation: A Step Too Far Soon? Case Study-The European Arrest Warrant”. **European Law Journal**. Vol.10, No.2, March 2004, ss. 200-217.

Altuntaş, Aysun. “Adil Yargılanma Hakkı -İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları ve Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü Işığında”. **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 2007/1, ss. 59-105.

American Journal of Criminal Law. Casenote, A Second Look at the Double Jeopardy: Hudson v.United States. Vol. 25, No.3, 1997, ss. 631-638.

Andreev, Boris. “Russia, Non Bis In Idem Principle In International and Russian Law”. **International Review of Penal Law**. Vol.73, 2002, ss. 1065-1070.

Aras, Bahattin. “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulamadaki Sorunlar”. **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**. Yıl.3, Sayı.22, Haziran 2008, ss. 71-89.

Artuk, Mehmet Emin. “Yeni Türk Ceza Kanununun Temel İlkeleri”. **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Ceza Hukuku Reformu**. Yıl.2, Sayı.5, Nisan 2005, ss. 11-19.

Aybay, Rona. “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.70, ss. 187-214.

Bassiouni, M. Cherif. "Human Rights In The Context Of Criminal Justice: Identifying International Procedural Protections And Equivalent Protections In National Constitutions". **Duke Journal Of Comparative International Law**. Spring 1993, ss. 235-297.

Bayıllıoğlu, Uğur. "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Türkiye". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**. Cilt.56, Sayı. 1, 2007, ss. 50-121.

Bogensberger Wolfgang ve Rudi Troosters. "The End of Soft Law Cooperation: The Court's Jurisprudence In Criminal Matters". **International Review Of Penal Law**. Vol.77, No.1-2, 2006, ss. 333-346.

Bulnes, Mar Jimeno. "The Enforcement of the European Arrest Warrant: A Comparison Between Spain and the UK". **European Journal Of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**. Vol. 15, 2007, ss. 263-309.

Carter, Linda E. "The Principle of Complimentarity and The International Criminal Court: The Role of Ne Bis In Idem". **Santa Clara Journal of International of International Law**. 2010, ss.1-26.

Centel, Nur. "Viyana 14. Uluslararası Ceza Kongresi Kararları 1-7.10.1989 Viyana". **Argumentum**. Y.1, S.1, ss.6-7.

Centel, Nur. "Hazırlık Soruşturmasının Başlatılması ve Yürütülmesi". **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**. 2005/1, ss.129-146.

Chalmers Carolyn. "Uyuşmazlıkların Mahkeme Dışı Çözüm Yolları Dersi" Hande Ulutürk, (çev.). **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Uzlaşma**. Özel Sayı:1, 2010, ss. 22-37.

Conway, Gerard. "Ne Bis In Idem Principle in International Law". **International Criminal Law Review** 3. 2003, ss. 217-244.

De La Cuesta, José Luis. "Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle "Ne Bis In Idem" General Raport". **International Review of Penal Law**. Vol.73 No.3-4, 2002, ss.707-737.

Costa, E. Jennifer. "Double Jeopardy And Non Bis In Idem: Principles of Fairness". **Davis Journal of International Law and Policy**. 1998, ss. 181-200.

Demirel, Hakkı. "Yabancı İlamların Değeri". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**. Cilt. IX, Sayı. 1-4, 1952, ss. 300-316.

Doğan, İlyas. "Alman Öğretisinde İnsan Onuru ve Güncel Sorunlar Hakkında Kısa Bir Giriş". **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**. Cilt. 13, Sayı.2, 2005, ss. 52-59.

Doğan, Koray. “Ceza Muhakemesinde Hüküm”. **Ceza Hukuku Dergisi**. Yıl.3, Sayı.7, Ağustos 2008, ss. 171-201.

Ergül, Ergil. “Ne Bis In Idem İlkesi Açısından TCK’nun 403/4 Maddesi”. **Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi**. Sayı.26, Ocak 1998, ss. 12-19.

Feyzioğlu, Metin ve Devrim Güngör. “Bir Suç İçin Bir Ceza Verilir İlkesinin İhlali”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Yıl. 2007, ss. 139-143.

İçel, Kayıhan. “Fikri İçtima Üzerine İnceleme”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt. XXX, S.1-2, ss. 171-199.

İçel, Kayıhan. “Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. Maddesinin Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza Yargısı Failin Türkiye’de Yeniden Yargılanmasına Engel Olur mu?, Ne Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt. XXXVII, S.1-4, 1972, ss. 399-410.

İçel, Kayıhan. “Yabancı Mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. Maddesinin Kapsamına Giren Bir Suça İlişkin Ceza yargısı Failin Türkiye’de Yeniden Yargılanmasına Engel Olur mu? Non Bis In Idem Kuralının Milletlerarası Değeri”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt. XXXVII, Sayı.1-4, ss. 399-410.

Karagülmez, Ali. “5170 Sayılı Yasa İle Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”. **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**. Sayı. 54, 2004, ss. 163-178.

Katoğlu, Tuğrul. “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. Cilt.55, Sayı.1, Yıl. 2006, ss. 157-193.

Koca, Mahmut. “Yeni Türk Ceza Kanununu Yer Bakımından Uygulanması”. **Hukuk ve Adalet Dergisi** M. Haldun Karacabey’e Armağan. Sayı. 5, Nisan 2005, ss. 23-42.

Kunter, Nurullah. “Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt. XXXVI, S.1-4, 1971, ss. 79-93.

Kunter, Nurullah. “Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi”. **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, **Prof. Dr. Hüseyin Nail Kubalı’ya Armağan**. Yıl.8, Sayı.11, 1974, ss. 217-236.

Ligeti, Katalin. “Mutual Recognition Of Financial Penalties In The European Union”. **International Review of Penal Law**. Vol.77, No.1-2, 2006, ss. 145-154.

Log, Sure. "The Practical Applications of Ne Bis In Idem in International Criminal Law". Sienho Yee (Ed.), **International Crime and Punishment, Selected Issues**. Vol.2, 2004, ss. 169-205.

Lopez, Dax Eric. "Not Twice For the Same: How The Dual Sovereignty Doctrine is used to Circumvent Non Bis In Idem". **Vanderbilt Journal of Transnational Law**. Vol.33, 2000, ss. 1263-1303.

Mackarel, Marc. "The European Arrest Warrant- The Early Years : Implementing and Using the Warrant". **European Journal of Crime Criminal Law and Criminal Justice**. 2007, ss.37-65.

Meran, Necati. "Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Konusunda Bazı Çözüm Önerileri". **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**. Yıl:3, Sayı:23, Temmuz 2008, ss. 61-73.

Meyer, Frank. "Complementing Complementarity". **International Criminal Law Review** 6. 2006, ss. 549-583.

Mitsilegas Valsamis. "The Constitutional Implications of Mutual Recognition in Criminal Matters in the EU". **Common Market Law Review**". Vol 43, 2006, ss. 1277- 1311.

Morgan, Caroline. "Procedural Safeguards". **International Review of Penal Law**. Vol.77, No. 1-2, 2006, ss. 307-312.

Nilsson, Hans. "From Classical Judicial Cooperation To Mutual Recognition". **International Review of Penal Law**. Vol.77, 2006, ss. 53-58.

Oral, Elif. "General Assessment on The Effect of The System of The European Convention On Human Rights in The National Legal Orders". **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** 10. Yıl Kuruluş Armağanı. 2008/1, ss. 73-101.

Önder, Ayhan. "Suçun İşlendiği Yer". **Adalet Dergisi**. Yıl. 52, Sayı.1-2, Ocak-Şubat 1961, ss. 95-107.

Önok, R.Murat. "5237 sayılı Yeni TCK'ya göre Uluslararası Suçlar". **Hukuk ve Adalet**. Sayı. 5, Nisan 2005, ss. 176-219.

Özen, Mustafa, "Non Bis In Idem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz İlkesi)". **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. XIV, Sayı I, Haziran 2010, ss. 389-413.

Panayides, Polyvios. "Conflicts Of Jurisdiction In Criminal Proceedings: Analysis and Possible Improvements To The EU Legal Framework". **International Review of Penal Law**. Vol.77, No.1-2, 2006, ss. 113-119.

Poulin, Anne Bowen. "Double Jeopardy and Multiple Punishment: Cutting The Gordian Knot". **University Of Colorado Law Review**. Vol.77, 2006, ss. 595-647.

Racsmany, Zsuzsanna Deen. "The European Arrest Warrant and the Surrender of Nationals Revisited: The Lessons of Constitutional Challenges". **European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice**. Vol.14/3, 2006, ss. 271-306.

Rudstein, David Stewart. "Civil Penalties and Multiple Punishment Under The Double Jeopardy Clause: Some Unanswered Questions". **Oklahoma Law Review**. Vol.46, No.4, Winter 1993, ss. 587-654.

Rudstein, David Stewart. "Retriying the Acquitted in England, Part I: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for "New and Compelling Evidence". **San Diego International Law Journal**. Vol. 8, 2007, ss. 307-457.

Schomburg, Wolfgang. "Germany Concurrent National and International Criminal Jurisdiction and The Principle "NE BIS IN IDEM". **International Review of Penal Law**. Vol.73, No.3-4, 2002, ss. 941-496.

Sigler Jay. "A History of Double Jeopardy". **American Journal Of Legal History**. Vol:7, No:4, October 1963, ss. 283-309.

Spinellis, Dionysis. "Global Report: The Ne Bis In Idem Principle in "Global" Instruments". **International Review Penal Law**. 2002, ss. 1149-1150.

Stuart, Ryan H. "A Critical Examination Of The Double Jeopardy Clause After United States V. Ursery". **Saint Louis University Law Journal**. Fall, 1997, ss. 1-28.

Taşdemir Hakan ve Pınar Girgin. "III. Sütuna ilişkin İlk Ön Karar Davası Gözütok –Brügge Kararına İlişkin Bir Değerlendirme". **Doğuş Üniversitesi Dergisi**, 9(1) 2008, ss. 77-88.

Tezcan, Durmuş. "Yurt Dışında İşlenen Suçlarda Türk Hukuku Bakımından Yabancı Ceza Kanununun Değeri Sorunu". **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. S. 1-4, ss. 111-156.

Tosun, Öztekin. "Ceza Davasının Açılmasında Sistemler". **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. Cilt. XXXIV, Sayı.1-4. ss. 42-71.

Turhan, Faruk. "Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Uluslararası Suçların Cezalandırılması". **Hukuki Perspektifler Dergisi**. Nisan 2005, ss. 8-19.

Turhan Faruk. "Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK (Madde 13)". **Hukuki Perspektifler Dergisi**. Sayı: 4, Ağustos 2005, ss. 197-211.

Türmen, Rıza. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuzda Etkileri”. **Anayasa Yargısı Dergisi**. Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2000, Cilt.17, ss. 32-42.

Ünver Yener. “Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız”. **Ceza Hukuku Dergisi**. Yıl.3, Sayı.7, Ağustos 2008, ss. 41-83.

Vervaele, John. “The Transnational ne bis in idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights”. **Utrecht Law Review**. Vol.1, Issue 2 (December), 2005, ss.100-118.

Wasmeier, Martin. “The Principle of Ne Bis In Idem”. **International Review of Penal Law**. Vol.77, No.1-2, 2006, ss. 121-130.

Wouters Jan and Frederik Naert. “Of Arrest Warrants, Terrorist Offences and Extradition Deals: An Appraisal of the EU’s Main Criminal Law Measures Against Terrorism After “11 September””. **Common Market Law Review**. Vol.41, 2004, ss. 909-935.

Yaşar, Hakkı. “Yabancı Memlekette İşlenen Suçlar ve Yabancı Mahkeme İlamları Muvacehesinde Uygulama”. **Adalet Dergisi**. Yıl. 60, S.4, Nisan 1969, ss. 192-205.

Yenisey, Feridun. “Ceza Muhakemesi Hukukunda “Uzlaştırma” Hakkında Temel Bilgiler”. **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Uzlaşma**. Özel Sayı:1, 2010, ss. 7-17.

Zafer, Hamide. “Mesafe Suçu”. **Argumentum**. Cilt.1, Sayı.3, Ekim 1990, ss. 32-35.

Zafer, Hamide. “Türk Ceza Hukukunda Fail Mağdur Uzlaşması”. **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. 2006/2, ss. 117-140.

Zafer, Hamide. “Ulusal Hukuk Sistemlerinin Roma Statüsü ile Uyumlaştırılması Alman Modeli”. **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Aydın Aybay Armağanı**. 2007/1, ss. 289-305.

Diğer Kaynaklar

Akıllıoğlu, Tekin. “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”. **Tarık Zafer Tunaya Armağanı**. İstanbul Barosu Yayını, Nisan 1992, ss. 47-52.

Artuk, Emin Mehmet ve Ali Rıza Çınar. “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”. **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar**. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, ss. 37-85.

Artuk, Mehmet Emin ve Caner Yenidünya. “Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Erteleme Müessesesi”. **Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan**. ss. 55-87.

Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. **TCK Şerhi, 1. Cilt, Genel Hükümler Madde1-36**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. **TCK Şerhi, 4. Cilt, Özel Hükümler, Madde 132- 234**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009

Candan, Turgut. “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”. Prof. Dr. İlhan Ulusan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** içinde. Ankara: Seçkin, 2009, ss. 246-283.

Centel, Nur. “Adil Yargılama Hakkı ve Savcının Tarafsızlığı”. **Prof. Dr. Çetin Özek’e Armağan**. ss.199-210.

Centel, Nur. “Avrupa İnsan Sözleşmesine Göre Mahkemelerin Bağımsızlığı ile Tarafsızlığı ve Türk Hukuku”. **Prof Dr. Nurullah Kunter’e Armağan**. ss. 45-57.

Centel, Nur. “Yeni Türk Ceza Yasası’nın Yaptırımlar Sistemine Eleştirel Yaklaşım”. **Prof. Dr. Yavuz Alangoya’ya Armağan**. İstanbul: Alkim Yayınları, 2007, ss. 791-818.

Cihan, Erol ve Feridun Yenisey. “Ne Bis In Idem İlkesi” . **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**. İstanbul, ss. 219, 224.

Cihan, Erol ve Feridun Yenisey. “TCK’nun Yer Bakımından Uygulanması ve Evrensellik İlkesi”. **Sulhi Dönmezer Armağanı Cilt.I**. Atatürk Kültür Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Atatürk Araştırma Merkezi Türk Ceza Hukuku Derneği Ankara Şubat 2008, ss. 555-575.

Corderes, Isidoro Blanco. “IV- Evrensel Yargı Yetkisi- Genel Rapor”. **18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi İstanbul 20-27 Eylül 2009**. İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:11, 2009, ss. 305-351.

Çakmut, Yenerer Özlem. “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçları (TCK m. 179-180)”. Eric Hilgendorf ve Prof. Dr. Yener Ünver (hızl.). **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III**. İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 18, ss. 771-794.

Çimen, Yılmaz. “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”. **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md.90/son)**. Ulusal Toplantı Adliye Sarayı Ankara 5 Kasım 2004, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 76, Ankara: 2005, ss. 92-99.

Demirağ, Fahrettin. “Uluslararası Ceza Divanı Savaş Suçları- Saldırı Suçu Mevzuatımıza Göre Savaş Hali”. Feridun Yenisey (hızl). **Uluslararası Ceza Divanı**. Arıkan, 2007, ss. 89-123.

Donay, Süheyl. **Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi**. İstanbul: Beta, 2009.

Erel, Kemalettin. “Yargıtay Kararları Işığında Hükümün Açıklanması Geri Bırakılması”. **Sempozyum Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**. İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 11, Haziran 2009, ss. 329-349.

Eser, Albin. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsünün Ortaya Çıkışı ve Temel Özellikleri”. Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslararası Ceza Divanı**. İstanbul: Arıkan, 2007. ss. 3-36.

Evik, Vesile Sonay. “Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”. Yener Ünver (hızl.). **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi 3**. Ankara: Seçkin, 2004. ss. 283-309.

Fabry, Kristof. “The European Arrest Warrant: No Security Without Human Rights”. **A SIPRI Project Paper**. September 2007.

Gülmez, Mesut. “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”. **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerini İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa md.90/son)**. Ulusal Toplantı Adliye Sarayı Ankara 5 Kasım 2004. Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 76, Ankara 2005, ss. 38-82.

Gülşen, Recep. “Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında “Non Bis İn İdem” İlkesi”. **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan**. Eylül 2005, S.6, ss. 373-409.

Hodges, Louise. “AB Ceza Hukukuna Giriş”. **AB Ceza Hukukuna Giriş, Avrupa Birliği Hukuku ve Avrupa Birliği Kurumları Sempozyum, 30 Mart- 1 Nisan 2005 İstanbul**. Türkiye Barolar Birliği Yayınları:11, ss.203-222.

İnceoğlu, Asuman Aytekin. “Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Mevcut ve Olası Sorunları ile Uzlaşma Kurumu”. Bahri Öztürk, (Ed.). **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu** içinde. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, ss. 650-660.

Kiremit, Yunus. “Cezalar ve Güvenlik Tedbirleri Sistemi”, **Sempozyum Türk Ceza Kanunu 2 Yılı Teori ve Uygulama da Karşılaşılan Sorunlar**, İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları No: 10, 2008, ss. 207-220.

Ladewig, Hans Meyer. “Adil Yargılanma Hakkı – I”, Özlem Yenerer Çakmut (çev.)Yener Ünver (hızl.) **Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku**. Ankara: Seçkin, 2004, ss. 245-265.

Lagodny, O. “Extradition” Without a Granting Procedure: The Concept of “Surrender”, R.Blekxtoon and W. Van Ballegooij (Ed.), **Handbook on the European Arrest Warrant**. The Hague 2005.

Mahmutoğlu, Fatih Selami. “Kamu Davasının Açılmasının Ertelenmesi ve Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması”. **Sempozyum Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**. İstanbul: Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları: 11, İstanbul: 2009, ss. 349-368.

Malkoç, İsmail ve Mert Yüksektepe. **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu (Madde 1- 202)**. 1. Cilt, Malkoç Kitapevi, 2008.

Meran, Necati. **Açıklamalı İçtihatlı Kabahatler Kanunu ve Kabahat İçeren Kanunlar**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2008.

Nuhoğlu, Ayşe. “Uluslararası Ceza Mahkemesi Tarafından Uygulanabilecek Yaptırımlar”. Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslararası Ceza Divanı**. İstanbul: Arıkan, 2007, ss. 245-255.

Nuhoğlu, Ayşe. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Güvenlik Tedbirleri”. **Sempozyum Türk Ceza Kanununun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**. Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları:10. ss. 192-206.

Nuhoğlu, Ayşe. “Uzlaşma Bakımından Şikayete Bağlı Suçlar”. Feridun Yenisey (hızl.). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**. İstanbul: Arıkan, 2005, ss. 281-284.

Nuhoğlu, Ayşe. “İlaç Şirketlerinin Çevreye Verdikleri Zararlardan Doğan Ceza Sorumluluğu”. **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı -2 İlaç Hukuku Sempozyumu**. İstanbul: 2007, ss. 82-93.

Özbek, Mustafa. “Çağdaş Ceza Adaleti Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabulucuk Uygulaması”, Feridun Yenisey (hızl.) **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**. İstanbul: Arıkan, 2005, ss.73-85.

Özbek, Veli Özer. **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi**. Ankara: Seçkin, 2005.

Özbek, Veli Özer. **TCK İzmir Şerhi, Türk Ceza Kanununun Anlamı, (Açıklamalı- Gerekçeli İçtihatlı)**. Cilt.1, Genel Hükümler, (Madde 1-75). 4. Baskı, Ankara: Seçkin 2010.

Özbek, Veli Özer. **Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı, CMK İzmir Şerhi**. Ankara: Seçkin, 2005.

Özgenç, İzzet. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması”. Bahri Öztürk (Ed.), **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu** içinde. Ankara: Seçkin Yayınları, 2009, ss. 49-67.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**. 2. Bası, Ankara: Seçkin Yayınları, 2005.

Öztürk, Bahri. “Yeni Ceza Muhakemesi Kanununda Ara Muhakeme Evresi”. Prof. Dr. Bahri Öztürk (Ed.), **Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu, 3.Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi** içinde. Ankara: Seçkin, 2009, ss. 485-523.

Soysal, Tamer. “Türk Ceza Hukukunda Uzlaşma”. Feridun Yenisey (hızl.). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**. İstanbul: Arıkan, 2005, ss. 203-246.

Şahin, Cumhur. **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**. Ankara: Seçkin, 2005.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması**. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1999.

Tacir, Hamide. **Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı**. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Talgren Immi ve Astrid Reisinger Coracini. “Article 20- Ne Bis In Idem”. Otto Triffler (Ed.). **Commentary on The Rome Statute Of The International Criminal Court: Observer’s Notes, Article by Article**. 2nd. Edition, 2008.

Tellenbach, Silvia. “Roma Statüsü Kabul Edilmeli midir? Sözleşmeye Taraf Olmayan Devletlerin Tereddütleri”. Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslar arası Ceza Divanı**. İstanbul: Arıkan 2007, ss. 71-80.

Tezcan, Durmuş. “Çevre Suçları İle İlgili Bazı Değerlendirmeler”. Prof. Dr. Şükrü Postacıoğlu’na Armağan. İzmir: 1997, ss. 363-378.

Tezcan, Durmuş. “Ulusal Mahkemelerin Evrensel Yargı Yetkisi ve Belçika Evrensel Yetki Kuralı”. **Hukuk Kurultayı 2004 C. II**. Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2004, ss. 128-145.

Tezcan, Durmuş ve Mustafa Ruhan Erdem. “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesinin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”. **Türk Ceza Kanunu**

Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004 ss. 23-41.

Turgut, Candan. “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”. Prof. Dr. İlhan Ulusan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.), **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** içinde. Ankara: Seçkin, 2009, ss. 246-283.

Turhan, Faruk. “Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi”. Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslararası Ceza Divanı.** İstanbul: Arıkan, 2007, ss. 123-135.

Ulusan İlhan ve Funda Başaran Yavaşlar, “III. Bölüm: İdari Ceza Hukukunun Bir Alt Dalı Olarak Vergi Ceza Hukuku, Tartışmalar”, Prof. Dr. İlhan Ulusan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.). **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu.** Ankara: Seçkin, 2009.

Uygun, Oktay. “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri İnsan Hakları ve Anayasalar”. Seminer, Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları ve Uygulama Merkezi, Yayınlanmamış Tebliğ, 24 Haziran 2009.

Ünver Yener (hızl.). **Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan.** Ankara: Seçkin 2004.

Venneman, Nicola. “The European Arrest Warrant and Its Human Rights Implications”. ZaöRV, 63, 2003, ss.103-121.

Yarsuvat, Duygun ve Köksal Bayraktar. “Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Görüşleri”. **Türk Ceza Kanunu Reformu, İkinci Kitap Makaleler, Görüşler, Raporlar.** Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, ss. 285-319.

Yaşar, Osman. **Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu 2. Cilt.** 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2009.

Yavaşlar, Funda Başaran. “Danıştay Kararlarında Vergisel Kabahatler ve Yaptırımlar Hukukuna İlişkin Temel İlkeler”. Prof. Dr. İlhan Ulusan ve Doç. Dr. Funda Başaran Yavaşlar (Ed.). **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu** içinde. Ankara: Seçkin, 2009, ss. 285-297.

Yenidünya, Ahmet Caner. “Yeni Türk Ceza Kanununda Müsadere”. Bahri Öztürk (Ed.) **3. Yılında Yeni Ceza Adalet Sistemi, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyumu.** Seçkin Yayınları ss. 113- 121.

Yenisey, Feridun. “Ceza Muhakemesinde Uzlaşma”. Feridun Yenisey (hızl.). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma.** Arıkan 2005, ss. 247-256.

Yenisey, Feridun. "Roma Statüsüne Göre Soruşturma Evresi ve Deliller". Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslararası Ceza Divanı**. İstanbul: Arıkan, 2007.

Yenisey, Feridun. "Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi". **Sempozyum Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**. Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2009, ss. 232-251.

Yenisey, Feridun. "Uluslararası Ceza Divanı Kabul Edildiği Takdirde, Türk Uyum Kanunu Nasıl Düzenlenmelidir?". Feridun Yenisey (hızl.). **Uluslararası Ceza Divanı**. İstanbul: Arıkan, 2007, ss. 377- 400.

Yıldız, Ali Kemal. "Uzlaşma- Şikayet İlişkisi". Feridun Yenisey (hızl.). **Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**. İstanbul: Arıkan 2005, ss. 259-281.

Yüzbaşıoğlu, Necmi. "Mayıs 2004'te Anayasanın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri", **Bülent Tanör Armağanı**, ss. 782-818.

Zafer, Hamide. "Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde İmal ve Ticareti Suçu (TCK m.188)". **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Sempozyum Özel Sayısı -2 İlaç Hukuku Sempozyumu**. İstanbul: 2007, ss. 94-125.

16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999), "Organize Suçun Meydan Okuması Karşısındaki Ceza Adalet Sistemi", Barış Erman (çev.), **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**. Sayı. 3, (Temmuz-Ağustos-Eylül 2009).

17. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Pekin,12-19 Eylül 2004) "Eşzamanlı Yürüyen Ulusal ve Uluslararası Ceza Yargılaması ve Ne Bis In Idem Prensibi", Banu Kınıtoğlu (çev.), **Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi**. Sayı.3, Temmuz-Ağustos-Eylül, 2009.

İnternet Kaynakları

Constitution of Federal Republic of Germany. (t.y.)
<http://iuscomp.org/gla/statutes//GG.htm#103>, Article 103 (28 Mart 2010).

Constitution of The Republic of South Africa, Act No:108 of 1996. (t.y.)
<http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>. (28 Mart 2010).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I, Legal Rights, Proceedings in Criminal and Penal Matters . (t.y.)
<http://laws.justice.gc.ca/en/charter/1.html#anchorbo-ga:l I-gb:s 1>. (28 Mart 2010).

Council Of European Union. Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union. Brussels, 13 December 2004.

(t.y.)

http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/doc/hague_programme_en.pdf.
(10 Mart 2008).

Daniels, N. Reynaud. “Non Bis In Idem and International Criminal Court”.
Bepress Legal Series, Paper 1365, 2006.
<http://law.bepress.com/expresso/eps/1365>. (13 Ağustos 2007).

*Explanatory Report on the European Convention on the International Validity
of Criminal Judgments, Commentary on the Convention.* (t.y.) (03 Temmuz
2007).

European Convention On Extradition, Explanatory Report. (t.y.)
<http://conventions.coe.int/treaty> (10 Eylül 2007).

*Explanatory Report to the Addiaitonal Protocol No.7 to the Convention for the
Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.* (t.y.)
www.conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/117.htm (10 Nisan 2008)

Hafizoğulları, Zeki. “5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cezalar ve Güvenlik
Tedbirleri”. (t.y.) www.ahukuk.org/guvenlik (10 Eylül 2009).

*International Criminal Court, Manual For The Ratification and
Implamentation of Rome Statute Third Edition Vancouver, March 2008.*(t.y.)
www.icc.org s. 66, (25 Temmuz 2008).

Özsoy, Nevzat. “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kurumunun
Uygulama Açısından Değerlendirilmesi”.
(t.y.)<http://www.adalet.org/makale/xysbekran.php?idno=6785>. (20 Mart 2009)

Surlan, Tijana. “ Ne Bis In Idem in Conjunction with the Principle of
Complementarity in the Rome Staute”. (t.y.) [www.esil-
sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf](http://www.esil-sedi.eu/fichiers/en/Surlan_800.pdf). (04 Aralık 2008), ss. 1-8.

Tampere European Council, Precidency Conclusions. (t.y.)
[http://www.concilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/oo20
0-rl.en9.htm](http://www.concilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/ec/oo200-rl.en9.htm). (13Nisan 2008).

Venneman, Nicola, “The European Arrest Warrant and Its Human Rights
Implications”, *ZaöRV*, 63, (2003), <http://www.zaoerv.de> (10 Eylül 2008),
ss.103-121.

Yararlanılan İnternet Adresleri

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin>

<http://www.icc-cpi.int/Menus/icc/Legal+Texts+and+Tools>

www.almancaozluk.net

www.anayasa.gov.tr

www.cmiskp.echr.coe.int

www.echr.coe.int/echr/en/hudoc

www.iccnw.org

www.kazanci.com

<http://www.resmigazete.gov.tr>