

**İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI**

TÜRK CEZA HUKUKU BAĞLAMINDA NE BIS İN IDEM İLKESİ

**Şeyma CEBECİ
115612009**

Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU

**İSTANBUL
2018**

Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi
The Principle of Ne Bis in Idem in The Context of Turkish Criminal Law

Şeyma Cebeci

115612009

Tez Danışmanı : Dr. Öğr. Üyesi Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU (İmza)

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Jüri Üyeleri : Dr. Öğr. Üyesi R. Barış ERMAN (İmza)

Yeditepe Üniversitesi

Dr. Öğr. Üyesi M. Buket SOYGÜT ARSLAN (İmza)

İstanbul Bilgi Üniversitesi

Tezin Onaylandığı Tarih : 04 Temmuz 2018

Toplam Sayfa Sayısı : 157.....

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) *Ne bis in idem* ilkesi
- 2) Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması
- 3) Ceza hukuku
- 4) Uluslararası ceza hukuku
- 5) Ceza muhakemesi hukuku

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) The principle of *ne bis in idem*
- 2) Territorial application of criminal codes
- 3) Criminal law
- 4) International criminal law
- 5) Criminal procedure law

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	vi
ABSTRACT.....	viii
ÖZET.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, KAPSAM, TARİHÇE VE HUKUKİ NİTELİK.....	3
A. KAVRAM.....	3
B. TARİHÇE.....	4
C. KAPSAM VE HUKUKİ NİTELİK	9
1. Genel Olarak.....	9
2. Unsurları	19
a. Aynı Fiil Unsuru	19
aa. İç Hukukta Aynı Fiil Unsuru	19
ab. Uluslararası Ceza Hukukunda Aynı Fiil Unsuru	23
b. Aynı Kişi Unsuru.....	24
ba. İç Hukuk Bakımından Aynı Kişi Unsuru	24
bb. Uluslararası Ceza Hukuku Bakımından Aynı Kişi Unsuru.....	25
D. CEZA KANUNLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMA ALANLARININ TESPİTİNDE KABUL EDİLEN İLKELER	26
1. Mülkiyet İlkesi.....	28
2. Şahsiyet İlkesi.....	31
a. Faile Göre Şahsiyet İlkesi.....	31
b. Mağdura Göre Şahsiyet İlkesi	33

3. Devleti Koruma (Gerçeklik) İlkesi.....	34
4. Evrensellik İlkesi	35
5. İkame Ceza Yargısı	37

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE’NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI VE BÖLGESEL SÖZLEŞMELERDE NE BİS İN İDEM İLKESİ.....	39
A. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ	40
B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NE EK 7. PROTOKOL	43
C. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME.....	50
D. CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE CEZA YARGILARININ MİLLETLERARASI DEĞERİ KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ	53
E. SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ.....	64
F. HÜKÜMLÜLERİN NAKLİNE DAİR SÖZLEŞME.....	70

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEVZUATINDA NE BİS İN İDEM İLKESİ	72
A. ANAYASAL İLKELER VE NE BİS İN İDEM İLKESİ	72
1. Hukuk Devleti İlkesi.....	72
2. İnsan Onurunun Korunması İlkesi	74
3. Adil Yargılama İlkesi	75
B. TÜRK CEZA KANUNU’NDAKİ YER BAKIMINDAN UYGULAMA HÜKÜMLERİ VE NE BİS İN İDEM İLKESİ	77
1. Mülklik İlkesi.....	77
2. Şahsilik İlkesi.....	81
a. Faile Göre Şahsilik	81

b. Mağdura Göre Şahsilik	86
3. Devleti Koruma İlkesi	89
4. Evrensellik İlkesi	93
5. İkamet Ceza Yargısı İlkesi.....	98
C. CMK'DA YER ALAN NE BİS İN İDEM İLKESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER.....	98
1. Hüküm Kavramı	100
2. Hüküm Çeşitleri	101
a. Beraat Kararı.....	102
b. Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı.....	103
c. Mahkûmiyet Kararı	105
d. Güvenlik Tedbiri Kararı	106
e. Davanın Reddi Kararı.....	107
f. Düşme Kararı	111
g. Durma Kararı.....	111
h. Adli Yargı Dışındaki Bir Yargı Merciiine Yönelik Görevsizlik Kararı.....	112
3. Diğer Kararlar	113
a. Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması.....	113
b. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı	114
ba. Önödeme Sebebiyle Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı	120
bb. Uzlaştırma Sebebiyle Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı.....	122
c. Kamu Davasının Açılmasının (İddianamenin Düzenlenmesinin) Ertelenmesi	127
d. Hapis Cezasının Ertelenmesi	129
4. Kesin Hüküm	130
5. Yargılamanın Yenilenmesi	131
SONUÇ.....	134
KAYNAKÇA	139

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz. (bkz.)	: Bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CKADAS	: Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
CYMDKAS	: Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa
Çev.	: Çeviren
D.	: Dipnot
E.	: Esas
Ed.	: Editör
HAGB	: Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması
HNDS	: Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme
K.	: Karar
m.	: Madde
MSHS	: Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi

No. (no.)	: Numara
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SİDAS	: Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Sözleşmesi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
UCM	: Uluslararası Ceza Mahkemesi
v.	: versus
Y.	: Yıl
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

ABSTRACT

The principle of *ne bis in idem* disrupts the person from being tried and punished more than once for the same act. There are two application areas of the principle: domestic and international. In the context of Turkish Criminal Law, these two application areas were examined in the study. In the first part, the principle has been discussed in general and a conceptual ground was established for the other two parts. In the second part of the study international and regional treaties which regulate the principle that Turkey is a Party were examined. In the last part, after studying the constitutional bases of the principle, study was concluded by considering the regulations in Turkish Penal Code and Criminal Procedure Code.

In the study, it was aimed to demonstrate the contradictions between the domestic law and international or regional treaties which regulate the principle after the link between the principle and human rights was clarified. Whether the decision of non-prosecution has an influence of the principle was also examined. As a result, it is reached that the *ne bis in idem* principle has an effect in both investigation and prosecution.

Key Words: The principle of *ne bis in idem*, territorial application of criminal codes, criminal law, international criminal law, criminal procedure law.

ÖZET

Ne bis in idem ilkesi, kişinin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanması ve cezalandırılmasına engel olur. İlkenin ulusal ve uluslararası olmak üzere iki uygulama alanı bulunmaktadır. Çalışmada Türk Ceza Hukuku bağlamında ilkenin hem iç hukuktaki hem de uluslararası hukuktaki etkisi ele alınmıştır. Bunun için ilk bölümde ilke genel olarak ele alınmış, diğer iki bölüm için kavramsal bir zemin oluşturulmuştur. Çalışmanın ikinci bölümünde ilkeyi düzenleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası ve bölgesel andlaşmalara yer verilmiştir. Son bölümde ise ilkenin Anayasal dayanakları incelendikten sonra Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki düzenlenişi ele alınarak çalışma nihayetlendirilmiştir.

Çalışmada ilkenin insan haklarıyla bağlantısı kurulduktan sonra Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası ve bölgesel sözleşmeler ve iç hukukta ilkeye yer veren kanunlar arasındaki çelişkilerin ortaya konması amaçlanmıştır. Yine, kovuşturmayaya yer olmadığı kararının *ne bis in idem* etkisine sahip olup olmadığı da ayrıca incelenmiştir. Bu noktada ilkenin sadece kovuşturma aşamasında değil muhakemenin tümünde etki doğuracağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Ne bis in idem* ilkesi, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması, ceza hukuku, uluslararası ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku.

GİRİŞ

Kişinin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanmaması ve cezalandırılmaması gerektiğini ifade eden *ne bis in idem* ilkesi, hem iç hukukta hem de uluslararası hukukta etki doğurmaktadır. İç hukuklardaki uygulaması bakımından büyük bir sorunla karşılaşmamaktadır. Zira pek çok ülke, ceza ya da ceza muhakemesi kanunlarında veya istisnai olarak Anayasalarında ilkenin iç hukuklarında etki doğuracağını düzenlemiş durumdadır.

Yargılama yetkisi, devletin egemenliğiyle sıkı sıkıya bağlı olduğundan ülkeler yabancı ülkede yapılan bir yargılamanın iç hukuklarında doğrudan etki doğurmasını çoğunlukla kabul etmemektedirler. İlke, kaynağını oldukça eski dönemlerde bulmasına rağmen bir teamül kuralı değildir. Tartışmalı olmakla birlikte hukukun genel ilkeleri arasında sayıldığı görülmektedir. Bu sebeplerle ilkenin uluslararası boyutu uluslararası ya da bölgesel sözleşmelerle düzenlenmektedir. Bu bakımdan ilkenin uluslararası alanda etki doğurmasının istisnai olduğu söylenebilir.

Çalışmanın birinci bölümünde *ne bis in idem* ilkesine ilişkin kavramsal bir analiz yapılacaktır. Bu kapsamda ilke tarihçesiyle birlikte ele alınacak, ardından hukuki niteliği ortaya konmaya çalışılacak ve hem iç hukuktaki hem de uluslararası hukuktaki görünümü bakımından unsurları incelenecektir. Bu bölümde son olarak ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması konusunda uluslararası hukukta benimsenen temel ilkelere yer verilecektir. Bunun sebebi ise *ne bis in idem* ilkesinin hem uluslararası hukuktaki düzenlenişi hem de iç hukuktaki düzenlenişinin bir boyutunu oluşturan Türk Ceza Kanunu ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleri bakımından ikinci ve üçüncü bölümlerde yapılacak açıklamalara kavramsal bir temel hazırlaması niyetidir.

İkinci bölümde ise ilkenin hem iç hukuklardaki hem de uluslararası hukuktaki uygulamasını düzenleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası ve bölgesel

andlaşmalara yer verilecektir. Bu noktada ilkeye yer vermekle birlikte Türkiye'nin taraf olmadığı sözleşmeler ile, Türkiye'nin taraf olmasına rağmen ilkeyi sadece belli suç tipleri bakımından düzenleyen andlaşmalara çalışmanın kapsamını aşmaları sebebiyle yer verilmeyecektir. Bu bölümde incelenen sözleşmeler ile aynı konuda düzenlemeler içeren kanun hükümlerinin çelişmesi halinde hangi hükmün, niçin esas alınması gerektiğini tespit edebilmek adına, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına değinilecektir.

Çalışmanın son bölümünde, ilkenin iç hukukta düzenlenişi ele alınacaktır. Bu bağlamda öncelikle ilkenin Anayasal ilkelerle bağlantısı kurulmaya çalışılacak, ardından Türk Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulama kuralları *ne bis in idem* bakımından incelenecektir. İlk bölümde yer bakımından uygulama kurallarına genel olarak değinildiği için tekrara düşmemek adına, bu kısımda Türk Ceza Kanunu'ndaki yer bakımından uygulama kurallarına sadece ilkeyle bağlantılı oldukları ölçüde yer verilecektir. Bu bölümde son olarak ilkenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili hükümleriyle bağlantısı kurulacak, hüküm çeşitleri ve diğer kararların *ne bis in idem* etkisi doğurup doğurmayacakları tartışılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KAVRAM, KAPSAM, TARİHÇE VE HUKUKİ NİTELİK

A. KAVRAM

Aynı kişi hakkında aynı fiilden dolayı iki kez soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma yasağı¹ anlamına gelen ve bire bir çevirisi “Aynısı için iki kez olmaz.” şeklinde ifade edilebilecek olan *ne bis in idem* ya da *non bis in idem*² ilkesi Roma Hukuku’nun *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (Hiç kimse aynı suçtan dolayı birden fazla kovuşturulamaz.) ve *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (Hiç kimse aynı suç için birden fazla cezalandırılmaz.) ilkelerine dayanmaktadır³. İlke, temelini *res iudicata* ilkesinde bulmaktadır⁴. Tam çevirisiyle “yargılanmış şey” anlamına gelen *res iudicata*’nın negatif ve pozitif olmak üzere iki etkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. *Ne bis in idem* olarak da ifade edilen negatif etkisi, kesin olmasından ileri gelir. Yargıya konu olay, hakkında yetkili bir mahkemece nihai karar verilmekle kesinleşir ve bu karar ayakta olduğu sürece aynı olay, aynı taraflar arasında

¹ Stefan Trechsel, *Human Rights In Criminal Proceedings*, Oxford University Press, New York 2006, s. 381; Isidoro Blanco Cordero, Genel Rapor - Evrensel Yargı Yetkisi, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul 20 – 27 Eylül 2009, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2009, s. 328; Ersan Şen, *Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık*, 1. Bası, Ankara 2009, s. 45.

² İlke doktrinde çoğunlukla *non bis in idem* olarak ifade edilse de Latince dilbilgisi bakımından *ne bis in idem* ifadesinin daha doğru olduğu hakkında bkz. Albin Eser, *The Need for a General Part, Commentaries on the International Law Commission’s 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind*, (Ed. M. Cherif Bassiouni), Érès, Toulouse 1993, s. 48, D.16.

³ John Vervaele, *The Transnational Ne Bis In Idem Principle in the EU Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human Rights*, *Utrecht Law Review*, Aralık 2005, C. 1, S. 2, s. 100.

⁴ Bin Cheng, *General Principles of Law As Applied by International Courts And Tribunals*, Cambridge University Press, 2006, s. 22; Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, *Brown - Felsen Davası*, 442 U.S. 131 (1979): “...*Res iudicata* (*res iudicata*), mahkeme kararlarının kesinliğini güvence altına alır.”; Mustafa Özen, *Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi*, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 14, S. 1, 2010, s. 390.

yeniden tartışma konusu edilemez⁵. Pozitif etkisi⁶ ise kararın taraflar arasında bağlayıcı olması anlamına gelmektedir. Bu etki sebebiyledir ki *res iudicata*⁷ niteliğine sahip olan karar verilmekle, taraflar o kararın icra edilmesi yükümlülüğü altına girerler⁸.

B. TARİHÇE

Ne bis in idem ilkesi Yunanlılar ve Romalılara dek tamamıyla bilinmez değildi⁹. İlkenin son hali Justinianus'un *Digesta*'sında "Vali, bir kimsenin beraat ettiği suçlardan dolayı tekrar yargılanmasına izin vermemelidir." ifadesiyle yer almıştır¹⁰. Buna göre, bir sanık beraat ettikten sonra ne sanık ne de başka bir davacı tarafından aynı suç için yeni bir dava açılmazdı. Roma hukukunda suçlar topluma karşı ve kişiye karşı işlenen suçlar olarak ikiye ayrılmakta ve topluma karşı bir suç işlendiğinde herkes dava açma yetkisine sahip olmaktadır. Fakat her suç için sadece bir dava açılabilirdi. Birtakım istisnaları olmakla birlikte, aynı fiilden dolayı aynı kişi hakkında ikinci kez dava

⁵ Cheng, s. 22.

⁶ *Res iudicata*'nın pozitif etkisi kimi kaynaklarda çelişme yasağı olarak daha farklı biçimde ifade edilmiştir. Buna göre, kesin hükmün sonradan başka bir davada ön mesele teşkil etmesi halinde hakimin kararların çelişmesini mutlak olarak engellemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle, daha önce bir ceza yargılamasına konu olan uyuşmazlığın sonradan yargılanan uyuşmazlık bakımından ön mesele teşkil etmesi gerektiği belirtilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, Adalet Yayınevi, 14. Bası, Ankara 2017, s. 635; Hamide Özden Özkaya Ferendeci, *Kesin Hükmün Objektif Sınırları*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2009, s. 99.

⁷ Kavram hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Res Iudicata*'nın Türkçesi Üzerine, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 56, S. 2, 2007, s. 46.

⁸ Cheng, s. 23.

⁹ Jay A. Sigler, *A History Of Double Jeopardy*, *The American Journal of Legal History*, C. 7, S. 4, October 1963, s. 283.

¹⁰ *Digest of Justinian*, 48. Kitap, 2. Başlık, 7. Not, (Çev. Alan Watson, *The Digest Of Justinian*, Vol. 4, 2009).

açılırsa bu kişiye “*exceptio rei judicatae*” denilen bir kesin hüküm def’i tanınır, böylece ikinci davaya engel olunurdu¹¹. Fakat ilke o dönemde, bugünkü gücüne sahip değildi¹².

İlkenin modern hukuktaki ilk izlerine İngiliz Hukuku’nda *double jeopardy* (çift yargılama) yasağı adıyla rastlanmaktadır¹³. 1164 yılında Kral II. Henry zamanında kanunlaştırılan Clarendon Anayasası ruhban sınıfının kilise mahkemelerinde ve kraliyet mahkemelerinde yargılanmasına ilişkin hükümler içermekteydi. II. Henry 1176’da, kilise hukukuna göre yargılanıp mahkûm olan ruhban sınıfına ait kişileri kraliyet mahkemelerinde tekrar yargılamak istediğinde Thomas Becket, kilise hukukunu dayanak göstererek, sonraki yargılamaya izin vermenin “Hiç kimse aynı suçtan iki kere yargılanamaz.” ilkesine aykırılık oluşturacağı gerekçesiyle itiraz etmiştir. Becket’in ölümünün ardından Kral II. Henry, kilise mahkemelerinde yargılananların, kraliyet mahkemelerinde yapılacak yargılamalardan muaf olacaklarını kabul etmiştir¹⁴. 17. yüzyıla gelindiğinde iki kez yargılanmamayı sağlayan koruma *plea of autrefois acquit* (beraat itirazı) ve *plea of autrefois convict* (mahkûmiyet itirazı) olarak müşterek hukukta (*common law*) yer bulmuştur¹⁵. Bu itirazlar beraat eden ya da mahkûm olan sanığın aynı suç isnadından dolayı ikinci kere yargılanmasını önlemekteydi; ancak bu usulî güvencelere rağmen ilkeyi tanımlayan yasal bir belge bulunmamaktaydı¹⁶. Sir William Blackstone, ilkeyi 1759-1769 yılları arasında hazırladığı dört ciltlik “*Commentaries on the Laws of England*” adlı kitabının 4. cildinde tanımlamıştır. Blackstone, temelinde “Hiç kimse aynı suçtan iki kere

¹¹ Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, Kazancı Hukuk Yayınları, No. 57, 2. Bası, İstanbul 1987, s. 11.

¹² Sigler, s. 283.

¹³ Kenneth G. Coffin, *Double Take: Evaluating Double Jeopardy Reform*, *Notre Dame Law Review*, C. 85, S. 2, 2010, s. 776.

¹⁴ Olaoluwa Olusanya, *Double Jeopardy Without Parameters*, Intersentia Publishers, Oxford, 2004, s. 29, 30.

¹⁵ 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*, C. 8, 2007, s. 402.

¹⁶ 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*, C. 33, 2000, s. 1269.

yargılanamaz.” düşüncesi bulunan beraat ve mahkûmiyet itirazlarını İngiliz müşterek hukukunun evrensel ilkesi olarak belirtmiştir¹⁷.

Aydınlanma Çağı ile birlikte ilke yeni bir boyut kazanmıştır. Artık, bireyin özgür olarak yaratıldığı kabul edildiği için kişi, devletin birey haklarına yönelik yersiz saldırılarından korunmalıydı. Söz konusu korumanın kapsamına aynı suç nedeniyle defalarca yargılanmamak da dâhildi¹⁸.

İlkenin İngiltere’deki gelişimi Amerika’yı da etkilemiştir¹⁹. Böylece Bill of Rights ile Amerikan Anayasası’na “*double jeopardy* yasağı” olarak entegre edilmiştir²⁰. Fakat, Amerikan Anayasası’nın 5. ek maddesinde yer alan ilke sınırlı bir etkiye sahiptir. Yüksek Mahkeme’nin 1922 tarihli bir kararında aynı fiil hem Federal hem de Federe Devlet’te suç olarak düzenlenmişse her iki hükümet tarafından cezalandırılabileceği belirtilmiştir. Zira Yüksek Mahkeme’ye göre, bir fiil hem Federal Devlet tarafından hem de Federe Devletlerden biri tarafından suç olarak düzenlenmişse bu suçun işlenmesi her iki devletin güvenliğini ve barışını ihlal edecektir²¹.

İlke, Fransa’da ise ilk kez 1791 Anayasası’nda “Jüri tarafından beraat ettirilen hiç kimse, aynı fiilden dolayı yeniden yakalanamaz ya da suçlanamaz.” ifadesiyle yer almıştır²². Alman hukukunda ise 1877 tarihli Ceza Usul Kanunu ile yer edinmiştir²³.

¹⁷ William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, 4. Kitap, Clarendon Press, 1. Bası, Oxford, 1765, s. 335.

¹⁸ Juliette Lelieur-Fischer, La Règle Ne Bis In Idem, Doktora Tezi, Danışman: Mireille Delmas-Marty, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), 9 Kasım 2005, s. 16.

¹⁹ Sigler, s. 303.

²⁰ Amerikan Anayasası 5. Ek maddesi: ... Hiç kimsenin, aynı suç için, iki defa hayatı tehdit altına giremez ve şahsı zorlanamaz, (put in jeopardy of life or limb)... Bkz. Muvaffak Akbay, Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1 s. 486, 1950.

²¹ Feridun Yenisey, Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta Basım, İstanbul 1988, s. 238, 239.

²² 3-14 Eylül 1791 Anayasası, Bölüm: 3, Başlık: 5, Madde: 9, “Tout homme acquitté par un jury légal ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.”

²³ Wolfgang Schomburg, Germany, Concurrent National and International Criminal Jurisdiction And The Principle “Ne Bis In Idem”, Revue Internationale de Droit Penal, C. 73, S. 2, 2002, s. 942.

Ulusal düzeyde ilke, bazı devletlerin²⁴ Anayasalarında ceza hukukunun genel ilkelerinden biri olarak düzenlenmişken²⁵; Fransa, Hollanda, İsveç gibi bazı ülkelerin Ceza Kanunlarında; Belçika, Almanya, Macaristan, İtalya, Polonya, Romanya, İspanya, Hırvatistan gibi bazı ülkelerin de Ceza Muhakemesi Kanunlarında düzenlenmiştir²⁶. Uluslararası düzeyde ise, yabancı kesin hükme *ne bis in idem* etkisi tanınması istisnaidir²⁷. Örneğin Almanya, Avrupa Birliği'ne taraf olmayan bir devletin verdiği karara *ne bis in idem* etkisi tanımamaktadır. Bu hallerde, yabancı ülkede infaz olunan ceza miktarı, aynı fiil sebebiyle Almanya'da yapılan yargılama sonunda verilecek cezadan mahsup edilmektedir²⁸. Türkiye'de ise ilke, anayasal bir güvence olarak tanınmamıştır. Anayasa Mahkemesi ("AYM"), geçmişte verdiği bir kararında²⁹ bu hakkın Anayasa'da korunmadığını söylemişse de, ilkenin hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olduğunu gözetmek ve bu bağlamda Anayasal olarak korunduğunu kabul etmek gerektiği doktrinde belirtilmektedir³⁰. İlkenin Türk hukukunda açıkça yer bulması 1973 yılında 1916 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikte olmuştur³¹. Buna göre ilke; 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ("CMUK") madde ("m.") 253/5'te "Aynı konuda aynı sanık için evvelce verilmiş hüküm veya açılmış dava var ise, davanın reddine karar verilir." hükmü ile düzenlenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ("CMK") m. 223/7 hükmünde ise "Aynı fiil sebebiyle, aynı sanık

²⁴ Amerikan Anayasası 5. Ek madde, Kanada Haklar ve Özgürlükler Beyannamesi m.11/h, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası m. 103, Japon Anayasası m. 39, Hindistan Anayasası m. 20/2, Meksika Anayasası m. 23, Makedonya Cumhuriyeti Anayasası m. 14, Paraguay Cumhuriyeti Anayasası m. 17/4, Papua Yeni Gine Anayasası kısım 37/8-9, Portekiz Cumhuriyeti Anayasası m. 29/5, Rusya Federasyonu Anayasası m. 50/1, Güney Afrika Cumhuriyeti Anayasası bölüm 3 kısım 25/3/g, Güney Kore Cumhuriyeti Anayasası m. 13/1, Solomon Adaları Anayasası kısım 10/5-6, Yeni Zelanda Haklar Beyannamesi kısım 26/2. Daha detaylı bilgi için bkz. Gerard Conway, *Ne Bis In Idem Principle in International Law*, *International Criminal Law Review*, C. 3, 2003, s. 220, 221, D. 12.

²⁵ Vervaele, s. 100.

²⁶ Cordero, s. 326.

²⁷ Cordero, s. 326.

²⁸ Cordero, s. 327.

²⁹ AYM (Genel Kurul), E. 1980/1, K. 1980/25, T. 19.04.1980.

³⁰ Tolga Şirin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme, *Güncel Hukuk Dergisi*, S. 152, Ağustos 2016, s. 41; Ersan Şen, s. 46.

³¹ Erol Cihan, Feridun Yenisey, "Ne Bis In Idem" İlkesi, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s. 220.

için verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa, davanın reddine karar verilir.” şeklinde düzenlenerek davanın reddi sebebi sayılmıştır. Ayrıca TCK m. 44 de ilkenin yasal dayanaklarından biri olarak gösterilmektedir. Türk Ceza Kanunu’nda fikri içtima kurumuna yer verilmesinin sebebi madde gerekçesinde³² *ne bis in idem* ilkesi uyarınca failin fiilinden dolayı bir kez cezalandırılması gerekliliği olarak ifade edilmiştir³³. TCK’nın 44. maddesine göre; “İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.” Böylece fail tek fiiliyle birden fazla suç işlemiş olsa bile, işlediği suçlar bakımından en ağır cezayı gerektiren suç işlemiş kabul edilir ve birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilir³⁴.

İlkenin bir görünümü de Kabahatler Kanunu’nda bulunmaktadır. Kabahatler Kanunu’nun 15. maddesine göre; bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyorsa sadece suçtan dolayı yaptırım uygulanabilecektir. Ancak suçtan dolayı yaptırım uygulanamadığı hallerde kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanabilecektir³⁵. Madde gerekçesinde bir fiilin hem suç hem de kabahat teşkil etmesi “Bu gibi durumlarda kişi hakkında sadece suçtan dolayı ceza veya güvenlik tedbirine hükmedilebilecektir.”

³² TCK m. 44 gerekçesi: “Madde metninde, farklı neviden fikri içtima düzenlenmiştir.

Kişi, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olabilir; ancak non bis in idem kuralı gereğince bu fiilden dolayı ancak bir defa cezalandırılabilir. Gerçekleştirdiği fiilin birden fazla farklı suçun oluşumuna neden olması durumunda, failin bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç nedeniyle cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Böylece, bir fiilden dolayı kişinin birden fazla cezalandırılmasının önüne geçilmek amaçlanmıştır...” Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 1480.

³³ Farklı neviden fikri içtima halinde, faile bir fiille işlemiş olduğu suçlardan sadece en ağır cezayı gerektirenden ceza verilmesinin *ne bis in idem* kuralıyla gerekçelendirilmesinin doğru olmadığı, farklı neviden fikri içtimanın düzenleniş amacının çifte değerlendirme yasağıyla açıklanabileceği, çifte değerlendirme yasağının, *ne bis in idem* ilkesi ile benzerlik arz ettiğini fakat bu ilkinin cezanın belirlenmesinde suçun karşılığı olarak yasada öngörülen soyut ceza ile faile verilecek somut ceza arasındaki ilişkiye temas ederek ve kusur ilkesi gereği -aynı yargılamada- aynı hususun cezanın belirlenmesinde birden fazla defa dikkate alınmasını önleme amacı taşıması sebebiyle *ne bis in idem* ilkesinden farklı olduğu yönündeki eleştiri için bkz. Neslihan Coşkun, Fikri İçtima (Suçların İçtima), Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2013, s. 70.

³⁴ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 7. Bası, Ankara 2016, s. 606; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara 2016, s. 514.

³⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara 2017, s. 73.

şeklinde ifade edilmiştir³⁶. Bu ifade dolayısıyla maddenin uygulama alanının aynı kişiler bakımından söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Bu düzenleme de *ne bis in idem* ilkesinin kabahatler hukukundaki yansımasını teşkil etmektedir.

İlke 20. yüzyılda uluslararası hukukun da bir parçası haline gelmiş, pek çok uluslararası ya da bölgesel sözleşmede yer almıştır. İlerleyen başlıklarda ilkenin hem iç hukuktaki hem de uluslararası düzenlemelerde ele alınış şekline yer verilecektir.

C. KAPSAM VE HUKUKİ NİTELİK

1. Genel Olarak

Ne bis in idem ilkesi, kişinin yargılama yapıldıktan sonra aynı fiilden tekrar yargılanmasını engeller. Bunun yanında ilke, aynı fiilden dolayı birden fazla cezalandırmayı da engeller. Aynı devletin, bir kişiyi, iki kez kendi ceza yargısına tabi tutması ilkenin iç hukuktaki uygulama alanını oluştururken; aynı fiilinden dolayı, aynı kişi hakkında, yabancı ülke mahkemesince karar verildikten sonra, bir diğer devletin mülkilik, şahsılık, devleti koruma veya evrensellik ilkeleri uyarınca yeniden yargılama yapması ise uluslararası uygulamasını oluşturur³⁷. Devletler, cezalandırma yetkilerinin (*ius puniendi*) tam icrasını egemenliklerinin ayrılmaz bir parçası olarak görme eğiliminde³⁸ olduklarından, ilke çoğunlukla yalnızca iç hukukta geçerli olacak şekilde uygulanmaktadır³⁹. Bu sebeple, ilkenin uluslararası uygulaması bakımından, yabancı

³⁶ TBMM 22. Dönem, 3. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 840, Kabahatler Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, (1/993), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm> (son erişim 5.5.2018).

³⁷ Nur Centel, Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul 2017, s. 633.

³⁸ Vervaele, s. 101.

³⁹ İlkenin uluslararası alanda uygulanması bakımından; hiçbir uluslararası sözleşmede, yabancı bir ülkede verilen kararın ceza davasını tüketici bir etkiye sahip olduğu şeklinde bir düzenleme bulunmadığı da savunulmaktadır. Bu konuda bkz. Durmuş Tezcan, Ruhan Erdem, Murat Önok, Uluslararası Ceza

yargı kararlarının *ne bis in idem* etkisi doğuracağı konusunda açık düzenleme bulunmayan hallerde tekrar yargılama yapılabileceği kabul edilmektedir⁴⁰. Özel hukuk alanında yabancı mahkemelerce verilmiş kararların basit bir denetim yargılaması (tenfiz) neticesinde tanınmaları üzerine tüm sonuçlarıyla başka bir ülkede uygulanması mümkünken, ceza kararlarının çoğunlukla iç hukuklarda geçerli olmasının sebebi iki karar türüne bakıştaki farklılıktır⁴¹. Ceza kararlarının devletin egemenliğiyle ilgili olduğu kabul edilirken, özel hukuk kararlarının kazanılmış haklara ilişkin olduğu ve bu hakların da yer ve devlete göre değişmediği düşünülmektedir⁴². Yabancı ceza mahkemesi tarafından verilen karardaki aynı fiil ve kişi hakkında başka bir ülkede yeniden kovuşturma yapılmasının diğer nedenleri ise yabancı mahkemenin objektifliğine ve adilliğine karşı duyulan güvensizlik, ulusal hukuk düzenleri arasındaki farklılıklar ve uygulamada yabancı mahkeme kararlarının tanınması konusunda yaşanan güçlükler olarak gösterilmektedir⁴³.

İç hukuktaki uygulaması bakımından ilkenin mutlak olmadığı, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olduğu için ayrı hukuk disiplinlerinde aynı fiilin farklı şekillerde değerlendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, ceza hukuku ilkesi⁴⁴ olduğu için aynı kişinin aynı fiilinden dolayı ceza davasının yanında özel hukuk davası veya idari dava açılabilecektir⁴⁵. Yine de, medeni hukuk ile

Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2017, s. 101, D. 93, (Aktaran: Markus Mayer, *Ne Bis In Idem Wirkung europäischer Strafscheidungen*, Frankfurt am Main, s. 55.)

⁴⁰ Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1. Kitap, Beta Basım, 17. Bası, İstanbul 2009, s. 120.

⁴¹ Hasan İsmet Bıyıklı, *Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği*, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1974, s. 439, 440.

⁴² Bıyıklı, s. 440.

⁴³ Erdem, s. 333; Tezcan, Erdem, Önok, s. 109.

⁴⁴ Ceza hukuku ilkesi olduğu için, aynı fail aynı fiilinden dolayı bir adliye mahkemesinde bir de adliye dışı mahkemede yargılanacak olsa, ilke yine de geçerli olacaktır. Başka bir deyişle, askeri mahkemeden verilmiş bir yargı varken adliye mahkemesinde aynı fiilden tekrar yargılama yapılamayacağı hakkında bkz. Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s. 117.

⁴⁵ Vervaele, s. 100; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 13. Bası, Ankara 2017, s. 661; Özen, s. 390. Aynı yönde bkz: Anayasa Mahkemesi, 31.5.2017 T., 2017/28 E., 2017/107 K., www.anayasa.gov.tr (son erişim 5.11.2017).

ceza hukuku arasındaki ilişkiyi düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi⁴⁶ uyarınca, ceza mahkemesince verilen beraat kararı suçun o kişi tarafından işlenmediğini kesin olarak tespit ediyorsa, bu tespit hukuk hâkimini de bağlayacaktır⁴⁷. Ayrıca, ilkenin kapsamına ancak mahkemelerce verilen kararlar girdiği için kovuşturamama kararları bu kapsamda değerlendirilmemekte ve fail hakkında aynı fiili dolayısıyla dava açılabilir⁴⁸. Öte yandan, her ne kadar CMK m. 174'te sayılmasa da *ne bis in idem* ilkesinin iddianamenin reddi için de uygulanabileceği doktrinde belirtilmektedir⁴⁹. Bu tartışmaya ilgili bölümde detaylıca yer verilecektir.

İlkenin uluslararası hukuktaki uygulaması bakımından; her devletin maddi ceza hukukunun mülklik, şahsılık, evrensellik ilkeleri gibi farklı bağlama noktalarına dayanarak aynı fiili kovuşturamaya kendini yetkili görmesi nedeniyle aynı fiille ilgili olarak bir kimsenin birden fazla kovuşturulması veya cezalandırılması sorunu ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Oysa *ne bis in idem*, adalet ilkesiyle doğrudan ilişkili olduğu için, faile ceza verilip de fiilin haksızlık içeriği tüketildikten sonra faili ikinci kez cezalandırmak adil olmayacaktır. Hukuk devleti ve hukuksal güvenlik ilkeleri de ikinci kez yargılama ve cezalandırma yapılmamasını gerektirmektedir⁵¹. Bu nedenlerle, son zamanlarda öğretide birçok yazar *ne bis in idem* ilkesinin ulus üstü geçerliliğinin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵². Bu kapsamda, 16. Uluslararası Ceza

⁴⁶ “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.”

⁴⁷ Nazlı Hilal Çelik, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Genel Hükümler, C. 1, (Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Murat Develioğlu) Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 571.

⁴⁸ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 659.

⁴⁹ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 660.

⁵⁰ Tezcan, Erdem, Önok, s.108.

⁵¹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 108, D. 116.

⁵² Tezcan, Erdem, Önok, s. 108, D. 120.

Hukuku Kongresi’nde *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası ve sınır aşan ölçütlerde de uygulanabilen bir insan hakkı olarak tanınması gerektiği belirtilmiştir⁵³.

Aynı fiilin uluslararası düzeyde birden fazla kez cezalandırılmasının önlenmesi için birtakım çareler üretilmektedir. Bunlardan en çok tercih edileni bu konuda uluslararası andlaşmalar yapmaktır⁵⁴. Pek az ülke uluslararası bir sözleşme olmaksızın yabancı ülkelerin cezai konulardaki kararlarının iç hukuklarında sonuç doğurmasını kabul etmiş durumdadır⁵⁵. Bu konudaki istisnai düzenlemelerden biri Hollanda Ceza Kanunu’nda bulunmakta ve hem iç hukuk kararlarına hem de yabancı devlet mahkemelerinin verdiği kararlara, suçun nerede işlendiğine bakılmaksızın *ne bis in idem* etkisi tanınmaktadır⁵⁶. Ayrıca İspanya’da yüksek mahkeme, insan onuru ve hukuk devleti ilkesine dayanan “yazılı olmayan genel bir hukuk ilkesi”nden yola çıkarak yabancı kararlara da *ne bis in idem* etkisi tanımaktadır⁵⁷. Bu istisnai örnekler dışında, sanık hakkında aynı fiil nedeniyle yabancı mahkemede verilen kararlar başka ülkede kovuşturma yapılmasını engellememekte ve fakat yalnızca cezanın indirilmesinde göz önünde bulundurulmaktadır⁵⁸. Buna ek olarak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 153c maddesinde, yabancı ülkede işlenmiş suçlarda savcının kovuşturmadan vazgeçebilmesine de olanak tanınmaktadır⁵⁹.

İlkenin devletlerarası uygulaması bakımından uluslararası hukukta *ius cogens* (emredici hükümler) ya da uluslararası teamül niteliğinde bir kural bulunmamakta, bu sebeple “sınır ötesi” uygulaması uluslararası sözleşmelerde düzenlenmektedir⁶⁰. Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın ayrılmaz bir parçası olan Uluslararası Adalet

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

⁵⁴ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13. Bası, Ankara 2017, s. 957.

⁵⁵ Vervaele, s. 101.

⁵⁶ Vervaele, s. 102.

⁵⁷ Tezcan, Erdem, Önok, s. 102, D. 101.

⁵⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s. 103.

⁵⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 104.

⁶⁰ Vervaele, s. 102, Conway, s. 218.

Divanı Statüsü'nün 38. maddesi⁶¹ uluslararası hukukun kaynakları arasında, uluslararası sözleşmelerin ve uluslararası teamül kurallarının yanında, uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini de saymıştır. Hukukun genel ilkeleri, farklı hukuk geleneklerine sahip ülkelerin iç hukuklarında uyması gereken hukuksal esaslardır⁶². Bu ilkeler uluslararası hukuk doktrininde büyük tartışmalara yol açsa ve Divan'ın uygulamalarında açıktan Statü referanslarına rastlamak zor olsa da andlaşma ve teamülden doğan boşluklar hukukun genel ilkeleri ile doldurulmuş, bu ilkeler ile verilen kararlar desteklenmiş ve sağlamlaştırılmıştır⁶³. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın ve Divan Statüsü'nün bugün itibariyle neredeyse tüm Dünya Devletleri tarafından kabul görmesinin yarattığı otorite sayesinde, sayılan üç asıl uluslararası hukuk kaynağından biri hukukun genel ilkeleri olarak benimsenmiştir⁶⁴. *Res iudicata*'nın hukukun genel ilkeleri arasında kabul edilmesi ve *ne bis in idem* ilkesinin de *res iudicata*'nın negatif etkisi olarak kabul edilmesi sebebiyle⁶⁵ hukukun genel ilkeleri üzerinde durmak gerektiği kanaatindeyiz.

Hukukun genel ilkelerinin üç işlevinden söz etmek mümkündür. İlk olarak, bunlar çeşitli hukuk kurallarının kaynağını oluştururlar. İkinci olarak, hukuk kurallarının uygulanması ve yorumlanmasında yargı makamlarına rehberlik ederler. Son olarak da konuyu düzenleyen bir hukuk kuralı yoksa doğrudan olaya uygulanırlar. Bu üçüncü

⁶¹ Madde 38: "1. Kendisine sunulan uyuşmazlıkları uluslararası hukuka uygun olarak çözmekle görevli olan Divan:

a. uyuşmazlık durumundaki devletlerce açık seçik kabul edilmiş kurallar koyan, gerek genel gerekse özel uluslararası antlaşmaları;

b. hukuk olarak kabul edilmiş genel bir uygulamanın kanıtı olarak uluslararası yapılageliş kurallarını;

c. uygar uluslarca kabul edilen genel hukuk ilkelerini;

d. 59. Madde hükmü saklı kalmak üzere, hukuk kurallarının belirlenmesinde yardımcı araç olarak adli kararları ve çeşitli ulusların en yetkin yazarlarının öğretilerini uygular.

2. Bu hüküm, tarafların görüş birliğine varmaları halinde, Divan'ın hakça ve eşitçe karar verme yetkisini zedelemeyiz."

⁶² Turgut Tarhanlı, Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 688.

⁶³ Mehmet Emin Büyük, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 170.

⁶⁴ Büyük, s. 323.

⁶⁵ Aksi yönde bkz. Erdem, s. 329.

fonksiyonun, uluslararası hukuk gibi az sayıda açıkça formüle edilmiş kuralı bulunan bir hukuk dalı bakımından özellikle önemli olduğu belirtilmektedir⁶⁶. 1920 yılında Statü'nün hazırlanmasıyla görevli Hukukçular Komitesi'nde, 38. maddeye göre teamül hukukunun olaya uygulanıp çözüm bulunamaması halinde genel ilkelerin nereden nasıl alınacağı sorusu tartışılmıştır. Lord Phillimore bu soruya, hukukun genel ilkeleri ile kastedilenin tüm ulusların iç hukuklarında kabul görmüş usule ilişkin ilkeler, iyiniyet ilkesi veya *res iudicata* ilkesi gibi ilkeler olduğu cevabını vermiştir⁶⁷. Bu sebeple, *res iudicata*'nın bizzat Komite'de hukukun genel ilkelerinden biri olarak tanındığı görülmektedir⁶⁸.

İlkenin düzenlendiği uluslararası sözleşmelerden bir diğeri Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ("CYMDKAS")⁶⁹ dir. Sözleşmenin *Ne bis in idem* başlıklı 53. maddesine göre; sayılan koşulların varlığı halinde aynı kişi, aynı eylemden dolayı diğer sözleşen devlette kovuşturulamaz, mahkûm edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez. Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi ("CKADAS")⁷⁰ nin de yine *Ne bis in idem* başlıklı 35. maddesi, maddede sayılan koşulların varlığı halinde aynı kişinin aynı eylemden dolayı diğer sözleşen devlette kovuşturulamayacağını, mahkûm edilemeyeceğini veya hakkındaki müeyyidenin yerine getirilemeyeceğini düzenlemektedir. Böylece, ilke her iki sözleşmede de uluslararası uygulama alanı bulmuş ve ikinci kere kovuşturulma ve/veya cezalandırılma engeli olarak düzenlenmiştir⁷¹.

⁶⁶ Cheng, s. 390.

⁶⁷ Büyük s. 247, (Aktaran: Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, Procès Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th, The Hague, Van Langenhuisen Brothers, 1920, s. 335.)

⁶⁸ Büyük, s. 247.

⁶⁹ Sözleşme Türkiye bakımından 28.01.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁰ Sözleşme Türkiye bakımından 28.01.1979 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 957.

Suçluların⁷² İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (“SİDAS”)⁷³’nin 9. maddesine göre; iadesi talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın yetkili makamlarınca, iade talebine sebep olan fiilden dolayı nihaî olarak karar verilmiş ise iadeye izin verilmeyecektir. Bu durumda kişi iade edilemeyeceğinden iade talep eden devlette aynı fiilden dolayı ikinci kez kovuşturma yapılması mümkün olmamaktadır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, iade konusunda ikili anlaşma akdetmek ya da mevcut anlaşmalarını revize etmek isteyen devletler için hazırladığı, bağlayıcı olmayan fakat yol gösterici mahiyette bir model sözleşme hazırlamıştır. İadeye İlişkin Model Anlaşma⁷⁴ adını taşıyan metnin 3. maddesinin d bendinde iade istenen devlette, iadesi istenen kişi hakkında aynı konuda verilmiş bir kesin hüküm bulunması iadenin mutlak surette reddedileceği hallerden biri olarak düzenlenmiştir.

Uyuşturucu Maddelere Dair 1961 Tek Sözleşmesi⁷⁵’nin 36/2/a/iv maddesi⁷⁶ de *ne bis in idem* ilkesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. 36/1’e göre; uyuşturucu maddelerin Sözleşme hükümlerine aykırı olarak ekim ve üretiminin, imalinin, istihracının⁷⁷, hazırlanmasının, elde bulundurulmasının, arzının, satışa arzının, dağılımının, satın alınmasının, satışının, herhangi bir maksatla tesliminin,

⁷² Orijinal metinde “European Convention on Extradition” olarak ifade edilen ve fakat Türkçe’ye “Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi” olarak çevrilen Sözleşme’deki “suçlu” ifadesinin masumiyet karinesi ile bağdaşmayacağı, suçluluğu bir yargı kararı ile tespit edilen hükümlünün suçlu olarak adlandırılması yerinde ise de hakkında soruşturma veya kovuşturma başlatılmış kişinin suçlu olarak nitelendirilmesinin masumiyet karinesini ihlal edeceği, bu sebeple çeviride tercih edilen adın yerinde olmadığı yönündeki eleştiri için bkz. Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukuku’na Giriş, Beta Basım, 9. Bası, İstanbul 2016, s.178, D. 5; Süheyl Donay, Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 239.

⁷³ Sözleşme, 18.11.1959 tarih ve 7376 sayılı Kanun ile onaya uygun bulunmuş, 26.11.1959 tarih ve 10365 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, 18.04.1960 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁴ Model Anlaşma, BM Genel Kurulu’nun 14.12.1990 tarih ve 45/116 sayılı kararıyla ilan edilmiştir. <http://www.un.org/documents/ga/res/45/a45r116.htm> (son erişim 11.5.2018).

⁷⁵ Sözleşme, 27.12.1966 tarih ve 812 sayılı Kanun ile uygun onaya bulunmuş, 12.5.1967 tarih ve 12596 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, 22.6.1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁷⁶ Orijinal İngilizce metinde ilgili kısım şu şekilde ifade edilmektedir:

“Serious offences heretofore referred to committed either by nationals or by foreigners shall be prosecuted by the Party in whose territory the offence was committed, or by the Party in whose territory the offender is found if extradition is not acceptable in conformity with the law of the Party to which application is made, and if such offender has not already been prosecuted and judgement given.”

⁷⁷ Orijinal metindeki karşılığı “extraction” olarak ifade edilmiştir.

simsarlığının, gönderilmesinin, transit olarak sevkinin, naklinin, ithal ve ihracının veya Sözleşme hükümlerine aykırı olabilecek her türlü fiillerin kasten yapılmasının iç hukuklarca suç olarak düzenlenmesi konusunda taraf devletlere yükümlülük getirilmiştir. Sözleşme'nin 36/2/a/i bendinde ise bu suçları işleyenlerin vatandaş veya yabancı olup olmamasına bakılmaksızın, suçun ülkesi üzerinde işlendiği tarafça veya iade talep edilmesi ve bu talebin kabul edilmesi halinde, suçlunun önceden takip ve muhakeme edilmemiş olması koşuluyla, faili elinde bulunduran devletçe takip edileceği ifade edilmiştir. Ancak aynı maddede, iade söz konusu olduğunda kişilerin aynı fiillerinden ötürü ikinci kez kovuşturulup cezalandırılmalarına engel olan bir düzenleme getirilmiştir. Doktrinde bazı yazarlar tarafından sözleşmedeki bu düzenleme ilkenin uluslararası geçerliliğine dayanak olarak gösterilmektedir⁷⁸. Kanaatimizce, her ne kadar Sözleşmede belli koşullar dâhilinde *ne bis in idem* ilkesine geçerlilik tanınmışsa da, bu durum ilkenin uluslararası alanda uygulanmasına ilişkin bir düzenleme olarak kabul edilmemelidir. Zira Sözleşme sadece belli suçlar söz konusu olduğunda ilkeye geçerlilik tanımaktadır.

Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme ("HNDS")⁷⁹'nin 8. maddesindeki düzenleme *ne bis in idem* ilkesinin nakilden sonra hükmün infazı bakımından uygulanmasını güvenceye almaktadır. 8. maddeye göre; hükümlünün yerine getiren devlet mercilerince teslim alınmasıyla birlikte, kişinin birden fazla yargılanmasının önüne geçilmesi için *ne bis in idem* ilkesine uygun olarak hüküm devletinde mahkûmiyet durmaktadır. Yerine getiren devlet mahkûmiyetin infazının tamamlandığı görüşüne varırsa hüküm devleti bundan böyle hükmü infaz edemeyecektir. Böylece Sözleşmede kişinin infazı tamamlanan suçtan dolayı cezalandırılmasına devam edilmemesi de düzenlenmiştir.

⁷⁸ Erdem, s. 330, D. 422, (Aktaran: Rainer Endriß, Jörg Kinzig, Eine Straftat-Zwei Strafen Nachdenken über ein erweitertes "ne bis in idem", StV 1997, s. 666.)

⁷⁹ Sözleşme, 26.3.1987 tarih ve 3339 sayılı Kanun ile onaya uygun bulunmuş, 13.06.1987 tarih ve 19486 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış, 01.01.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (“MSHS”)⁸⁰nin 14. maddesinin 7. fıkrasında da bir ülkenin ceza yasalarına göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmiş kişinin aynı fiil için yeniden yargılanamayacağı ve cezalandırılmayacağı düzenlenmiştir. Doktrinde bu maddenin uygulama alanının aynı devletle sınırlı olduğu kabul edilmektedir⁸¹.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Ek 7 No.lu Protokol (“Ek 7. Protokol”)⁸²ün 4. maddesinin 1. fıkrasına göre; işlediği bir suçtan yargılanan ve hakkında kesin hüküm verilen kişi, aynı suç nedeniyle yargılandığı devlet mahkemeleri tarafından tekrar kovuşturulamaz ya da cezalandırılmaz. Buradaki önemli nokta, maddenin uygulama alanının, aynı devletle sınırlı olmasıdır. İlke, iç hukukta geçerli olmak üzere, ikinci kere kovuşturulma ya da cezalandırılma engeli olarak düzenlenmiştir.

Uluslararası Ceza Mahkemesi’ni (“UCM”) kuran ve Türkiye’nin henüz taraf olmadığı Roma Statüsü’nün “Ne Bis In Idem” başlıklı 20. maddesinde, mahkeme düalist yargılama sistemini benimsediği için ilke farklı bir biçimde düzenlenmektedir. Maddenin 2. fıkrasına göre; Statü’nün 5. maddesinde⁸³ sayılan suçlardan dolayı Divan tarafından yargılanıp da mahkûmiyetine ya da beraatine karar verilen sanık aynı suçtan dolayı başka bir mahkemede yeniden yargılanamayacaktır. Bu fıkrada UCM tarafından verilen mahkûmiyet ya da beraat kararının ulusal mahkemeleri bağlayacağı düzenlenmekle *ne bis in idem* ilkesinin korunduğu anlaşılmaktadır. Maddenin 3. fıkrasına göre ise; soykırım, savaş suçu ya da insanlığa karşı suçlar bakımından ulusal düzeyde bir yargılama yapılmışsa, Uluslararası Ceza Mahkemesi kural olarak, ikinci bir yargılama yapmayacaktır. İç hukukta yapılan ve sayılan suçlara ilişkin yargılama,

⁸⁰ Sözleşme 04.06.2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun ile onaya uygun bulunmuş, 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, 23.12.2003’te yürürlüğe girmiştir.

⁸¹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 101; Erdem, s. 329.

⁸² Sözleşme 10.03.2016 tarih ve 6684 sayılı Kanun ile onaya uygun bulunmuş, 25.03.2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış, 01.08.2016’da yürürlüğe girmiştir.

⁸³ Bu suçlar 5. maddede soykırım, insanlığa karşı suç, savaş suçları ve saldırı suçu olarak sayılmış, Mahkemenin yargı yetkisinin bu suçlarla sınırlı olduğu belirtilmiştir. https://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/ea9aeff7-5752-4f84-be94-0a655eb30e16/0/rome_statute_english.pdf (son erişim 15.5.2018).

UCM’de yeniden yargılama yapılmasını engellediği için bu fıkrada da *ne bis in idem* ilkesine geçerlilik tanındığını görmekteyiz. Ancak fıkranın a ve b bentlerinde, ulusal mahkemedeki yargılamanın kişiyi korumak amacıyla yapıldığı veya yargılamanın bağımsız ya da tarafsız olmadığı ve yargılamanın kişiyi adalet önüne getirme niyetiyle bağdaşmayacak biçimde yapıldığı anlaşılırsa tamamlayıcılık ilkesi gereği UCM’nin yargılama yetkisinin ortaya çıkacağı belirtilmiştir⁸⁴. Başka bir deyişle, ulusal yargı makamlarının suçu ciddi bir biçimde kovuşturma ve yargılamada isteksiz veya yetersiz olması halinde ilkeye geçerlilik tanınmamıştır⁸⁵. Uluslararası suçları kovuşturmanın devletler açısından sadece bir hak değil aynı zamanda uluslararası topluma karşı bir yükümlülük olduğu kabul edildiğinden, yukarıda sayılan hallerde UCM’nin yargılama yapamaması ihtimalini bertaraf etmek için ilkeye istisna tanınmıştır⁸⁶.

Avrupa Birliği (“AB”) vatandaşlarının Avrupa Birliği içinde, aynı fiilden dolayı birden çok kez kovuşturulmaları serbest dolaşım haklarını ihlal edeceğinden, Schengen Uygulama Sözleşmesi’nin (“SUS”) 54. maddesinde *ne bis in idem* ilkesine yer verilmiştir⁸⁷. Buna göre; anlaşmaya taraf devletlerden biri tarafından verilen kesin hükmün icrasından sonra aynı fiile ilişkin ikinci bir dava açılması yasaklanmıştır⁸⁸. Böylece sınırları kalkmış ve hukuk düzenleri belli bir seviyede birbirine yaklaşmış bulunan Avrupa Birliği’ne üye devletler arasında ilkenin uluslararası geçerliliği benimsenmiştir⁸⁹.

⁸⁴ Günal Kurşun, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2016, s. 61, D. 117.

⁸⁵ Illias Bantekas, International Criminal Law, Hart Publishing, 4th Edition, Oxford 2010, s. 430.

⁸⁶ Faruk Turhan, Uluslararası Ceza Mahkemesi’nin Yargı Yetkisi, Uluslararası Ceza Divanı, (Ed. Feridun Yenisey), Arıkan Basım, İstanbul 2007 s. 132.

⁸⁷ Erdem, s. 333.

⁸⁸ Cordero, s. 326.

⁸⁹ Recep Gülşen, Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında “Non Bis İn İdem” İlkesi, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. 3, S. 6, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır Eylül 2005, s. 319.

2. Unsurları

İlke, aynı kişinin aynı fiil nedeniyle ikinci kez yargılanmasını ve ikinci kez cezalandırılmasını engellediğinden “aynı kişi” ve “aynı fiil” olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Türk Hukuku’ndaki dayanağını ileride detaylı biçimde anlatılacak olan CMK m. 223/7’de bulan *ne bis in idem* ilkesi, maddede şu şekilde ifade edilmiştir: “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.” Bu düzenleme sadece iç hukuka ilişkin bir kural olup “Yatay Ne Bis İn İdem İlkesi” olarak da adlandırılmaktadır⁹⁰. Burada öncelikle “aynı fiil” daha sonra da “aynı kişi” kavramı iç hukuk ve uluslararası ceza hukuku bakımından incelenecektir.

a) Aynı Fiil Unsuru

aa. İç Hukukta Aynı Fiil Unsuru

Aynı fiilden ne anlaşılması gerektiği CMK’da açıklanmış değildir. Ceza hukukunda fiil çoğunlukla; kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik, dış dünyada etki yaratan davranış olarak kabul edilmektedir⁹¹. Ceza muhakemesi bakımından fiilin tanımı üzerinde ise doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu sebeple ilk olarak kısaca doktrinindeki görüşlere yer verilecektir.

⁹⁰ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 219.

⁹¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 166; Centel, Zafer, Çakmut, s. 233; Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2016, s. 254; Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin, Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 232.

Yenisey/Nuhoğlu'na göre ceza muhakemesi alanındaki fiil maddi ceza hukukundaki fiilden farklıdır. Ceza muhakemesindeki anlamıyla fiil, Őphelinin suç teşkil eden fiilinden önceki davranıŐlarını da içeren ve genel hayat tecrübesine göre iddianamede tanımlanan fiil ile bağlantılı davranıŐlar btndr⁹². Cihan/Yenisey'e göre de; fiilin aynılığı iddianame ile bağlantılıdır ve iddianamede sınırı çizilen eylem esas alınır. Buna göre; eylemin nitelendirilmesi deđiŐse de iddianamede belirtilen olaylar ve suçun maddi unsuru ikinci bir davaya konu edilemez. Öte yandan, iddianamede, suçu oluşturan olayları açıklamak için yer verilen başka olaylar hakkında ayrıca dava açılması mmkndr⁹³. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'na göre fiil uyuşmazlık konusu olan olaydır. Bu sebeple fiilin hukuki tavsifinin deđiŐmesinin bir önemi bulunmaz. Zira mahkeme fiilin muhtemel tüm tavsif Şekillerini dikkate alarak karar vereceği için fiil başka Şekilde tavsif edilerek yeniden dava aılamaz⁹⁴.

nver/Hakeri'ye göre aynı fiil, aynı olay olarak anlaŐılmalıdır⁹⁵. Bu durumda, sanığın eyleminin hukuki nitelemesinin deđiŐmesi önemli değildir. Örneğin, sanık hakkında hırsızlık suçundan iddianame düzenlenmiş ve yapılan muhakeme neticesinde beraat etmişse, aynı eylem bu defa yağma olarak nitelendirilip yeni bir iddianame düzenlenerek dava açılması mümkün deđildir⁹⁶.

Centel/Zafer'e göre; iddianamede belirtilen olay ve bu olayla bağlantı içinde olan olaylar muhakemenin konusunu, yani fiili oluŐturmaktadır⁹⁷.

zbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre; CMK'daki fiil kavramıyla TCK'daki fiil kavramı birbirinden farklıdır. Ceza muhakemesinde fiil, sınırı iddianame ile çizilen uyuşmazlık konusu olaydır⁹⁸.

⁹² Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2016, s. 777.

⁹³ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 220.

⁹⁴ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s. 116.

⁹⁵ nver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 659.

⁹⁶ Kurşun, s. 94.

⁹⁷ Centel, Zafer, s. 732.

⁹⁸ zbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 679.

Balcı'ya göre; mekân ve zaman bildiren tarihi olay, CMK anlamında fiili (maddi olayı) ifade etmektedir⁹⁹.

Kurşun'a göre fiil davanın konusudur. Yapılmak istenen ikinci muhakemenin konusu, ilk muhakemenin konusuyla aynıysa *ne bis in idem* etkisi doğacaktır. Fiilin ne olduğu araştırılmak istendiğinde ise maddi ceza hukukuna başvurulmalıdır. Yazara göre fiil; hareket, netice ve illiyet bağından meydana geldiğinden bu unsurlardan birinin farklı olması fiilin farklılaşmasına neden olacaktır¹⁰⁰.

Özen'e göre; ceza yargılamasında fiilin aynılığı iddianamede somutlaşan olayı ifade eder. Olayın hukuki nitelendirilmesi ise fiilin aynılığını etkilemeyecektir. Başka bir deyişle, olay iddianamede farklı nitelendirilirken mahkemece farklı nitelendirilebilir. Bu durumda da fiilin aynılığı değişmeyecektir.

Yurtcan'a göre; fiilin aynılığı unsurunun tespiti dava konusuyla yakından ilgilidir. Dava konusuysa iddianamede belirtilen fiiller, yani olaydır. Fiillerin iddianamede belirtilmesi ise maddi vakıaların, yani dış dünyada değişiklik meydana getiren olayların anlatılmasıyla olur. Buna, davanın konusunu oluşturan fiilin ferdileştirilmesi de denebilir ve örneğin fiilin işlendiği yer, zaman, icra vasıtaları ve şekli, fiilin doğurduğu zarar ya da tehlike ferdileştirmenin unsurları olarak sayılabilir. Fiilin aynılığı, iddianame ile bağlantılı olup, iddianamede ferdileştirilen fiil; yani iddianamedeki olaylar, maddi vakıalar ve bundan ortaya çıkan uyuşmazlık ikinci bir dava konusu yapılamaz¹⁰¹.

Kanaatimizce ceza muhakemesinde fiil, iddianamede belirtilen, uyuşmazlık konusu olayı ifade etmektedir¹⁰². Fiilin aynılığı konusunda gözetilmesi gereken iki nokta bulunmaktadır. Bunlar fiilin hem maddi hem de hukuki nitelendirilmesidir. Fiilin

⁹⁹ Murat Balcı, Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2012, s. 220.

¹⁰⁰ Kurşun, s. 94, 95.

¹⁰¹ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 649, 650.

¹⁰² Aynı yönde bkz. YCGK, 19.1.2016 T., 2015/911 E., 2016/1 K.; www.kazanci.com (son erişim 15.5.2018).

hukuki nitelmesi değiştirildikten sonra aynı olaya ilişkin olarak yeni bir hukuki niteliklemeyle tekrar ceza davası açılmayacaktır. Bunun sebebi ise, mahkemenin fiili, muhtemel tüm hukuki nitelikleme şekillerini gözeterek ele almak mecburiyetinde olmasıdır. Örneğin, bir fiil dolandırıcılık suçu olarak nitelendirildikten ve mahkemece failin beraatine karar verildikten sonra, aynı fiilin hırsızlık suçu teşkil ettiğinden bahisle yeniden dava açılmayacaktır¹⁰³. Zira CMK m. 225/2 uyarınca “Mahkeme fiilin nitelendirilmesinde iddia ve savunmalarla bağlı değildir.” Buna göre; Mahkeme yargılama sırasında fiilin dolandırıcılık değil de hırsızlık suçu teşkil ettiğini görseydi, CMK m. 226/1 uyarınca sanığı bu durumdan haberdar edip savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundururdu. Mahkeme bunu yapmadığına göre, fiille ilgili tüm hukuki nitelikleme şekillerini göz önüne alarak, mahkemenin beraat kararı verdiğini kabul etmek gerekecektir. Bu sebeple, iddianamede yer alan olayla ilgili, suç vasfının değiştiiğinden bahisle de yeni bir dava açılmayacaktır. Ancak, iddianamede suçu oluşturan olayları açıklamak için yer verilen başka olaylar hakkında ayrıca dava açılması mümkündür.

Bu noktada Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 16.4.1994 tarihli kararına¹⁰⁴ değinmekte fayda görüyoruz. Karara konu olayda, sanık mağduru taammüden öldürmeye tam teşebbüs suçundan yargılanmış ve verilen mahkûmiyet kararı kesinleşmiştir. Kesinleşmeden sonra mağdur ateşli silah yaralanmasına bağlı kafatası kırığı ve beyin dokusu lezyonu sonucunda hayatını kaybetmiş, yerel mahkemece bunun üzerine yargılanmanın yenilenmesine karar verilmiş ve bu karar temyiz edilerek ilgili Yargıtay dairesinin önüne gelmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi kararında *ne bis in idem* ilkesinin aynı kişi ve aynı fiil olmak üzere iki etkisi bulunduğunu, olaydaki tartışmanın aynı fiile ilişkin olduğunu belirttikten sonra; “(Mahkeme) fiilin aynılığı hususunda iddianamede yer alan maddi vakıa ile sınırlıdır. Fiil mahkeme tarafından yargılanabildiği ölçüde

¹⁰³ Tahir Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1955, s. 103.

¹⁰⁴ Yargıtay 1. CD, 16.5.1994 T., E. 1994/1547 E., 1994/1538 K.; www.kazanci.com (son erişim 15.5.2018).

mevcuttur. Fiilin önceki ve yargılamada aynı olup olmadığı hakkında karar verirken mahkemenin olayı yargılamak yetkisinin hukuken var olup olmadığına bakılmamalı, fiili durumun maddi bakımdan mümkün olup olmadığı esas alınmalıdır. Hüküm kesinleştikten sonra mağdurun ölmesi nedeniyle birinci yargılamada fiili durum "ölüm" olayını mahkeme gözönünde bulundurmamıştır. Mahkemenin bu durumu gözönünde bulundurarak karar vermesi mümkün değildir.” diyerek öldürme suçundan ek dava açılıp yargılama yapılmasını ve verilecek cezadan daha önce verilmiş ve kesinleşmiş hükümdeki cezanın mahsubuna karar verilmesi gerektiğini belirterek yerel mahkemenin yargılanmanın yenilenmesine ilişkin kararını bozmuştur. Öğretide Yurtcan’a göre; iddianamede ağır suç oluşturana fiil hafif (geçit) suç da kapsayacak şekilde ferdileştirilmişse artık geçit suç için yeniden yargılama yapılamaz; yani bu durumda *ne bis in idem* ilkesi geçerli olacaktır¹⁰⁵. Ancak, iddianamede sadece geçit suç ferdileştirilmişse daha sonra ağır suç için tekrar dava açılacaktır¹⁰⁶.

ab. Uluslararası Ceza Hukukunda Aynı Fiil Unsuru

İlkenin “aynı fiil” unsuru bakımından uluslararası ceza hukukunda, iç hukukumuzla nazaran farklı bir inceleme söz konusudur. Her devletin düzenlemesi farklı olduğundan, eylemin aynılığını tespit etmek güçleşmektedir. Karşılaşılabilecek zorluklardan ilki kamu davasının açılması konusunda kabul edilen prensibin farklı olmasıdır. Eğer bir devlette kamu yararı şartı kabul edilmiş ise eylemin tamamı kovuşturma konusu yapılmamış olabilir ve diğer devlet bakımından önem arz eden eylemin kısımları son kararda yer almamış olabilir. Bir diğer problem ise hukuki nitelendirme konusunda çıkabilir. Uluslararası ceza hukuku alanında farklı milletlerin ceza kanunlarında aynı adla yer verilen suçun kapsamına farklı fiiller girebilir. Bu nedenle

¹⁰⁵ Yurtcan Kesin Hüküm, s. 98, Yurtcan Ceza Yargılaması, 654.

¹⁰⁶ Özen, s. 409.

“*idem*”in kapsamı deęişebilmektedir¹⁰⁷. 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, “tarihi olay” olarak kabul ederek, fiilin hukuki nitelemesi ile bağlı olmamak gerektiği grŐne varmıŐtır¹⁰⁸. Kanaatimizce de “aynı fiil”in iç hukuktaki kapsamına da uygun olacak Şekilde, ilkenin uluslararası uygulamasında “aynı fiil”, “tarihi olay” olarak anlaŐılmalıdır. Bu sayede aynı fiilin farklı ülkelerde farklı suç tipleri olarak düzenlenmesinin yaratabileceği problemler bertaraf edilebilecektir.

b) Aynı Kişi Unsuru

ba. İç Hukuk Bakımından Aynı Kişi Unsuru

Aynı kişi, açılan dava veya verilen hükme esas teşkil eden iddianamede nüfus bilgileri ve fiziki özellikleri somutlaştırılmış kişiyi ifade eder. Başka bir deyişle, iddianamede yer almayan başka bir kişi aynılık kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle kişinin aynılığı, iddianamede ve hükümde yer alan kişinin aynılığı olarak anlaŐılmalıdır¹⁰⁹.

İŞtirak halinde işlenen suçlar bakımından “aynı kişi” üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. İŞtirak halinde işlenen suçlarda bir kişi hakkında yargılama yapılıp beraat veya düşme kararı gibi sanığın lehine karar verildiği durumlarda, suça iştirak ettiği halde hakkında dava açılmayan kişilerin hukuki durumlarının ne olacağı

¹⁰⁷ Yenisey, s. 237, 238.

¹⁰⁸ Yenisey, s. 239.

¹⁰⁹ zen, s. 393.

doktrinde tartışma konusudur¹¹⁰. Doktrindeki bir görüşe göre kesin hüküm, fiilin maddi mevcudiyeti ve objektif sebeplerle ceza davasının düşmesi konularında, lehte olmak şartıyla, aynı suçun diğer sanıklarına da tesir eder. Bu gibi durumlarda *ne bis in idem* ilkesinin aynı kişi unsuruna bir istisna getirilmiştir ve bu nedenle yargılanmayan sanık artık yargılanmamalıdır. Mehmet'i öldürmekten sanık olarak yargılanan Ali, Mehmet'in intihar ettiği sabit olduğu için beraat ettikten sonra Veli hakkında Mehmet'i öldürmek suçlamasıyla ceza davasının açılması kabul edilemezdir¹¹¹. Yurtcan'a göre ise bu gibi durumlarda *ne bis in idem* ilkesinin aynı kişi unsuruna istisna getirilmemiştir ve bu yüzden yargılanmayan sanık yargılanmalıdır. Bu durumda, Ali hakkında yapılan yargılamada Mehmet'i öldürmediği, Mehmet'in aslında intihar ettiği ortaya çıktığı için Ali beraat etmişse; Veli'nin de aynı fiilden yargılanmasına engel olunmamalıdır. Yurtcan'a göre, Veli'nin yargılanması sırasında aslında Mehmet'in intihar etmediğinin, Veli ve Ali tarafından öldürüldüğünün tespit edilmesi mümkün olabilecektir¹¹². Kanaatimizce kişinin aynılığı unsuruna sıkı sıkıya bağlı kalınması iştirak halinde işlenen suçlar bakımından sorun yaratabilecektir. Zira yargılama neticesinde fiilin suç oluşturmadığı kesinleşmişse hakkında dava açılmayan ve hüküm verilmeyen kişinin aynı fiil sebebiyle tekrar yargılanmasının usul ekonomisi açısından isabetli olmayacağı gibi hukuki güvenlik ilkesi ile de bağdaşmayacağını düşünüyoruz.

bb. Uluslararası Ceza Hukuku Bakımından Aynı Kişi Unsuru

İlkenin “aynı kişi” unsuru uluslararası ceza hukuku bakımından, sanığın aynı kişi olmasının yanında iddia makamının da aynı makam olması yani tarafların aynılığı şeklinde anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, sanığın aynı sanık olması ve iddia makamının da başka bir devlet makamı olmaması gerekir. Kovuşturmanın bütünlüğü

¹¹⁰ Özen, s. 394.

¹¹¹ Kunter, Yenisey, Nuhoğlu, s. 468.

¹¹² Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 45.

ilkesi gereğince, bir ülkede başlayan kovuşturmayı, başka bir kovuşturma makamı devam ettirebilir. Ancak kovuşturma ülke sınırlarını aştığında, diğer devletin kovuşturmaya devam etmesinin o devletin kamu yararı bakımından gerekli olup olmadığı önem kazanır. Buna karşın, medeni devletlerin suçu önleme faaliyetleri karşısında tarafların aynı olduğunun kabul edileceği, böylece iddia makamının aynılığı sorununun çözüleceği belirtilmektedir¹¹³.

Uluslararası düzenlemelerde *ne bis in idem* ilkesi ele alınırken ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması ilkelerine sıklıkla atıf yapıldığını görmekteyiz. Yine, ilkenin iç hukuktaki düzenlemesine yer veren TCK m. 9-13 de esasen yer bakımından uygulamaya ilişkindir. Bu sebeple, ilkenin uluslararası uygulaması ile Türk Ceza Hukuku'ndaki düzenlemesini ele almadan önce, bu ikisini daha iyi açıklayabilmek için birinci bölüm altında son olarak ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında benimsenen ilkelere değinilecektir.

D. CEZA KANUNLARININ YER BAKIMINDAN UYGULANMA ALANLARININ TESPİTİNDE KABUL EDİLEN İLKELER

Yargı yetkisini kullanmak, hüküm vermek, cezalandırmak ve cezayı infaz etmek devlet egemenliğinin göstergesi olduğu için, bu yetki kural olarak o devletin egemenlik alanı olan ülkesinde kullanılır. Fakat devletler, hukuk düzenlerini koruyabilmek için ülkeleri dışında işlenen suçlarda da yargı yetkilerini kullanmaktadırlar¹¹⁴. Devletler ceza kanunlarında, ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin ilkeler getirerek yargılama egemenliklerinin sınırlarını belirlemeye çalışmaktadır¹¹⁵. Bağımsız bir devlet kendi yargı yetkisinin sınırlarını belirleme konusunda karar verme

¹¹³ Yenisey, s. 236, 237.

¹¹⁴ Devrim Aydın, Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, TBB Dergisi, S. 94, 2011, s. 132.

¹¹⁵ Hilal Nur Şarbak, Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku'nda Non Bis In İdem İlkesi, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, 2013, s. 26.

yetkisine sahip olsa da bu tam bir yetki değildir, zira uluslararası hukukta devletlerin yargı yetkisini belirlemede birtakım sınırlar söz konusudur. Modern uluslararası hukuk egemen devletlerin eşitliği ilkesine¹¹⁶ dayandığı için bu sınırlamalardan biri başka devletlerin iç işlerine karışmamadır. Bu nedenle, makul ya da meşru bir bağlantı noktası olmaksızın bir devletin cezalandırma yetkisini kullanması, başka devletlerin iç işlerine karışmama ilkesini ihlal eder¹¹⁷. Özetle, her devlet, uluslararası hukukta geçerli olan kuralları ihlal etmeyecek, yetkisini kötüye kullanmayacak şekilde ve bu kuralların uygulanmasında yarar gördüğü sürece ceza kanunlarının yer bakımından uygulama alanını serbestçe belirleyecektir¹¹⁸.

Ceza yasalarının yer bakımından uygulanması, bu yasaların nerede işlenen suçlara uygulanabileceğine ilişkindir¹¹⁹. İç hukuk düzenlemeleriyle oluşturulan yer bakımından uygulama kuralları bu sebeple uluslararası hukukun değil, iç hukukun kapsama alanı içindedir¹²⁰. Ceza kanunlarının yer bakımından uygulanmasında makul bağlantı noktası olarak kabul edilen başlıca ilkeler şunlardır: mülklik (ülkesellik), devleti koruma, faile göre şahsılık, mağdura göre şahsılık, ikame ceza yargısı ve evrensellik. Evrensellik ilkesi hariç diğer ilkelere, suç ile devlet arasında suçun işlendiği yer, failin ya da mağdurun vatandaşlığı, suçun devletin zararına işlenmiş olması gibi bazı bağlama noktaları bulunmaktadır. Evrensellik ilkesinde ise suç ile devlet arasında bir bağlama noktası bulunmaz. Bu ilke ile suçtan aslında doğrudan zarar görmeyen bir devlet, suçun cezasız kalmaması için, kendi ceza kanununa göre yargılama yapmayı üstlenmektedir¹²¹.

¹¹⁶ Birleşmiş Milletler Antlaşması m. 2/1: “Örgüt, tüm üyelerinin egemen eşitliği ilkesi üzerine kurulmuştur.”

¹¹⁷ Faruk Turhan, Türk Ceza Kanunu’nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md.13, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Nisan 2005, s. 198, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 21.)

¹¹⁸ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 87.

¹¹⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 147.

¹²⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s. 148.

¹²¹ Durmuş Tezcan, TCK’da Yer Bakımından Yetki, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. 3, Prof. Köksal Bayraktar’a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2010, s. 1056.

Her devletin maddi ceza hukukunun mülkîlik, şahsîlik, evrensellik ilkeleri gibi farklı bağlama noktalarına dayanarak aynı fiili kovuşturmayaya kendini yetkili görmesi halinde yetki çatışmaları ortaya çıkmakta; bu da aynı fiil nedeniyle bir kimsenin birden fazla kovuşturulmasına veya cezalandırılmasına neden olmaktadır¹²². Aynı fiilin uluslararası düzeyde birden fazla kez cezalandırılmasının önlenmesi için birkaç seçenek bulunmaktadır. Bunlardan ilki, devletlerin iç hukuklarında, yabancı mahkemelerin kesin hükümlerinin göz önünde bulundurulmasına ilişkin hükümler içeren kanunlar yapmaktır. Bu kanunlar yabancı ceza mahkemesinin hükmünü kesin hüküm olarak tanıyabilir veya kesin hükmün doğurduğu sonuçları dikkate alabilir ya da yurt dışında infaz edilmiş olan hürriyeti bağlayıcı cezayı yurt içinde infaz edilecek hürriyeti bağlayıcı ceza süresinden mahsup edebilirler. İkinci yöntem suçluların iadesi konusunda iç hukukta kanun niteliğinde düzenlemeler yapmaktır. Üçüncü yöntem ise bu konuda uluslararası anlaşmalar yapmaktır¹²³.

Aşağıda ceza kanunlarının yer bakımından uygulanması konusunda kabul edilen beş temel ilke genel hatlarıyla incelenecek, daha sonra Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki *ne bis in idem* düzenlemelerine yer verilecek ve son olarak TCK ve CMK'daki yer bakımından uygulama kuralları *ne bis in idem* ilkesini ilgilendiren kısımlarıyla ele alınacaktır.

1. Mülkîlik İlkesi

Mülkîlik ilkesine göre; fail ya da mağdur yabancı bile olsa, devlet kendi ülkesinde işlenen tüm suçları kendi kanunlarına göre cezalandırır. Başka bir deyişle bu ilkede vatandaşlık bağının bir önemi yoktur, önemli olan suçun işlendiği yerdir¹²⁴. En temel

¹²² Tezcan, Erdem, Önok, s. 114, (Aktaran: Oliver Plöckinger, Franz Leidenmühler, Zum Verbot Doppelter Strafverfolgung nach Art. 54 SDÜ 1990, wistra 2003, s. 81.)

¹²³ Yenisey, s. 212.

¹²⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 154.

yargılama ilkesi olan mülkilik ilkesinin kaynağı, çoğunlukla kabul edilen görüşe göre devletin egemenlik yetkisidir¹²⁵.

İlkenin avantajları şunlardır: Suça ilişkin deliller suçun işlendiği yerde daha kolay, çabuk ve ucuz toplanacak, hâkim delillere doğrudan temas edebilecektir; ayrıca suçun işlendiği yerde cezalandırılması o devletin egemenliğini ve otoritesini pekiştirecektir. Öte yandan bu ilkenin sıkı sıkıya uygulanması, devleti sınırları dışında kendisi ya da vatandaşları aleyhine işlenen suçlara karşı hareketsiz kalmaya zorlayacaktır¹²⁶.

Ülke, devletin üzerinde egemenlik yetkilerini kullanacağı alanın belirlenmesi bakımından önemlidir. Gerçek anlamda ülke, iç hukuk ve uluslararası hukuktaki yerleşik görüşe göre; devlete ait kara, deniz ve hava sahasından oluşur¹²⁷. Farazi anlamda ülke ise devletin kara, deniz ve hava ülkesi dışında üzerinde egemenlik yetkilerini kullanabildiği, o devlete ait araç ve alanlarını ifade etmektedir¹²⁸. Buna göre; devlet kendi bayrağını taşıyan deniz veya hava araçlarında işlenen suçları kovuşturma yetkisine sahiptir ve kural olarak suçun açık denizde veya yabancı ülkenin karasularında işlenmesi ya da failin veya mağdurun yabancı olması bu uygulamayı engellemeyecektir¹²⁹. Buna bayrak ilkesi de denmektedir¹³⁰. Bir sonraki paragrafta daha detaylı biçimde ele alınacak olan Bozkurt- Lotus Davasında Uluslararası Adalet Divanı denizlerin serbestliği ilkesine değinmiştir. Bu ilkeye göre, açık denizlerde ülkesel egemenliğin bulunmaması sebebiyle hiçbir devlet, yabancı gemiler üzerinde

¹²⁵ Robert Cryer, *Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime*, Cambridge University Press, New York 2011, s. 75. Fakat uygulamada ceza hukukunda aşırı bir ulusçuluk yaratma ihtimali bulunan bu görüşün bugünkü mülkilik ilkesinin kaynağını oluşturamayacağı da savunulmaktadır. Egemenlik teorisi dışında, sosyal sözleşme görüşü de olası kaynaklardan biri olarak belirtilmektedir. Fakat bu teori de sosyal sözleşmeye taraf olduğu söylenemeyen yabancı suçluların durumunu açıklayamadığı için eleştirilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise mülkilik ilkesi kaynağını her iki teoriden de almaz. Bu görüşe göre ilke, devletlerin uluslararası alanda ortaya çıkabilecek yetki çatışmalarını önlemek için çözüm ararlarken ulaşılabildikleri en iyi sonuç olarak ortaya çıkmıştır. Daha detaylı bilgi için bkz. Tezcan, Erdem, Önok, s.88, 89.

¹²⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Genel Hükümler, s. 143, 144.

¹²⁷ Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk*, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara 2012, s. 143.

¹²⁸ Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara 2017, s. 148.

¹²⁹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Genel Hükümler, s. 147.

¹³⁰ Turhan, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, s. 199.

dilediği gibi yargı yetkisi kullanamaz. İlkenin bir sonucu olarak açık denizde gemi, bayrak devletinin ülkesinden bir parça sayılır. Zira bayrak devleti, tıpkı kendi ülkesinde olduğu gibi, gemi üzerinde de başka devletlerin sahip olmadığı bir etki ve güç sahibidir¹³¹.

Mülkilik ilkesi Bozkurt-Lotus Davasında detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Bu sebeple davaya kısaca değinmek faydalı olacaktır. 2.8.1926 tarihinde, açık denizde Fransız Lotus ve Türk Bozkurt gemileri arasında çatma meydana gelmiş, Bozkurt'un Türk mürettebat ve yolcularından sekizi hayatını kaybetmiş, yolcuların ve mürettebatın bir kısmı Lotus gemisince kurtarılmış ve Lotus İstanbul'a ulaşmıştır. Bunun üzerine Bozkurt'un kaptanı ile çatma esnasında Lotus'un Fransız vatandaşı olan yedek kaptanı aleyhinde Türkiye, Türk kanunları uyarınca cezai takibat yapmıştır¹³². Olayda Türkiye'nin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı meselesi Uluslararası Sürekli Adalet Divanı önüne taşınmıştır. Divan, uluslararası bir teamül ya da andlaşmadan kaynaklanan izin verici nitelikte bir kural yoksa yargı yetkisinin mülki olduğunu, buna rağmen bir devletin kendi ülkesi üzerindeki yargı yetkisini yabancı ülkede meydana gelecek olaylara fiilen genişletmesi hakkının ortadan kalkmayacağını, uluslararası hukukun devletleri kendi kanun ve yargı yetkilerini ülkeleri dışındaki mallara ve fiillere uygulamaktan yasaklamadığını, tersine bu konuda geniş bir serbesti sunduğunu, bu sebeplerle bazı sınırlamalar dışında devletlerin kendileri için en iyi ve uygun gördükleri sistemi benimsemekte serbest olduklarını belirtmiştir¹³³. Başka bir deyişle; Uluslararası Adalet Divanı, mülkilik ilkesinin uluslararası hukuk bakımından mutlak olmadığını, devletlerin uluslararası kamu hukuku tarafından yasaklanmayan her yetkiyi kullanmakta serbest olduklarını kabul etmiştir. Bugün devletler katı bir mülkilik ilkesi yerine, kendilerini yabancı ülkede işlenen suçlar için de yetkili kılan ilkelere

¹³¹ Uluslararası Adalet Divanı Lotus Kararı, 1927, s.25, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (son erişim: 5.5.2018).

¹³² Uluslararası Adalet Divanı Lotus Kararı, 1927, s.10, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (son erişim: 5.5.2018).

¹³³ Uluslararası Adalet Divanı Lotus Kararı, 1927, s.18-19, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (son erişim: 5.5.2018).

mevzuatlarında yer vermeyi tercih etmektedirler. Şahsilik, devleti koruma, evrensellik gibi ilkelerle desteklenen bu sistemlere “yarı mülkîlik sistemleri” denmektedir¹³⁴.

2. Şahsilik İlkesi

Şahsilik ilkesi, mülkîlik ilkesi gereğince ülke sınırları dışında işlenen suçlara ülke kanunlarının uygulanmadığı ve yargı yetkisinin kullanılmadığı hallerde suçluların cezalandırılmasını sağlamaktadır¹³⁵. İlkenin faili ve mağduru esas alan iki görünümü bulunmaktadır.

a) Faile Göre Şahsilik İlkesi

Faile göre şahsilik ilkesi (*active personality principle*) devletin vatandaşı üzerindeki egemenliği prensibine dayanmaktadır. Buna göre; kişi ülke içinde olduğu kadar yurt dışında da ülkesinin kanunlarına uygun hareket etmelidir¹³⁶. Vatandaş, yurt dışında vatandaşı olduğu ülkenin korumasından faydalandığı için kendi devletinin kanunlarına saygı göstermeye devam etmelidir¹³⁷. Kimi ülkeler yurt dışında işlenen suçlarla ilgili bazı kriterler (eylemin meydana geldiği yerde de suç olması, idari talep, failin vatandaşı olduğu ülkenin ceza kanunlarındaki belli ağırlıktaki suçlarla sınırlama gibi) öngörmekteyken bazıları da bu yükümlülüğü vatandaşlarına ceza kanunlarındaki tüm suçlar için yüklemektedir¹³⁸. Fakat sınırsız biçimde faile göre kişisellik ilkesinin

¹³⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1004.

¹³⁵ Erdem İzzet Külçür, Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, 1. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 103.

¹³⁶ Demirbaş, s. 745; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1024.

¹³⁷ İlyas Şahin, Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanunu’nda Esas Alınan İlkeler, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Haziran 2015, s. 123.

¹³⁸ Külçür, s. 104.

kabul edilmesinin fiilin işlendiği devletin iç işlerine müdahale teşkil edeceği ve bu durumun devletler hukukuna aykırı olacağı kabul edilmektedir¹³⁹. Faile göre şahsılık ilkesi iade konusunda önem kazanmaktadır¹⁴⁰. Ceza hukukunda vatandaşın iade edilmezliği kuralı genel olarak benimsenen, anayasal temellere dayanan bir ilkedir. Bu sebeple, vatandaşın yabancı ülkede işlediği bir suçun cezasız kalmaması için devletlerin yargı yetkilerini kullanmaları uluslararası hukukta haklı görülmektedir¹⁴¹. Buna göre, bir devletin vatandaşın yabancı ülkede suç işleyip kendi ülkesine dönmesi ve yabancı ülkenin mülklik prensibine dayanarak cezalandırma yetkisini kullanmak için failin iadesini istemesi halinde, talep edilen devlet faile göre şahsılık ilkesini kabul etmişse, iade talebini reddedip vatandaşını yabancı ülkede işlediği suçtan yargılayabilecektir¹⁴². Aksi halde kişinin birden fazla devlet tarafından yargılanması söz konusu olabilecektir. Bu durum ise *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil eder¹⁴³.

Faile göre şahsılık ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının birtakım sorunlara yol açacağı kabul edilmektedir. Vatandaşın yabancı bir ülkede yabancıya karşı işlediği suç nedeniyle kendi ülkesinde, mağdurun bu ülkeyle bir bağının bulunmaması sebebiyle, gereği gibi yargılanamayacağı¹⁴⁴, mülklik ve faile göre şahsılık ilkelerinin uyumsuzluğa konu olayın iki tarafındaki devletlerce mutlak biçimde kabul edilmesi halinde de bu durumun yine *ne bis in idem* ilkesine aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir. Bu sebeple, faile göre şahsılık ilkesinin failin vatandaşlığının yanı sıra fiilin işlendiği yer kanunlarına göre de suç teşkil etmesi gibi kısıtlamalar dâhilinde

¹³⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 117.

¹⁴⁰ Cryer, s. 76.

¹⁴¹ Şahin, s. 124; Önder, s. 113.

¹⁴² Külçür, s. 105, (Aktaran: Zsuzsanna Deen-Racsmány, Active Personality and Non-Exytadition of Nationals in International Criminal Law at the Dawn of the Twenty-First Century: Adapting Key Functions of Nationality to the Requirements of International Criminal Justice, Doctoral Thesis, Leiden University, 2007, s. 3.)

¹⁴³ Külçür, s. 108.

¹⁴⁴ Cryer, s. 76, 77.

uygulanması önerilmektedir. Böylece ilke, mülkilik ilkesini tamamlayıcı hale gelmektedir¹⁴⁵.

b) Mağdura Göre Şahsilik İlkesi

Mağdura göre şahsilik ilkesinde (*passive personality principle*) ise, bir ülkede suç işlendiğinde mağdurun vatandaşı olduğu devletin yabancı faili yargılama yetkisi doğacaktır¹⁴⁶. İlke, devletin vatandaşlarını ülke dışında da koruması görevine dayanmaktadır¹⁴⁷. UAD, Lotus kararında yabancılar tarafından yabancı ülkede işlenen suçları bir devletin yalnız kurbanların uyuşuna dayanarak cezalandırabileceğini, bunu yasaklayan bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadığını¹⁴⁸ belirterek mağdura göre şahsilik ilkesinin benimsenmesinin mümkün olduğunu dile getirmiştir. İlkenin standart bir uygulaması olmayıp, uygulamada pek çok farklı kriterin benimsendiği gözlenmektedir. Devletler ilkeyi ceza kanunlarında yer alan tüm suçlar bakımından; belirli katalog suçlar bakımından; aşağı sınırı belirlenmiş ceza miktarları bakımından; idari bir merciin onayının bulunması bakımından; failin, yetki iddiasında bulunan devlette bulunması bakımından; mülkilik ilkesi gereği suçun işlendiği yer devletin yargılama yapmaması bakımından (kişiyi birden fazla kez ceza yargılamasıyla karşı karşıya bırakmamak için ve *ne bis in idem* ilkesine uygun olarak); eylemin işlendiği yer kanunlarına göre de suç teşkil etmesi bakımından çeşitli şekillerde kriterlere tabi kılmıştır¹⁴⁹. Mağdura göre şahsilik ilkesi, mağdurun vatandaşı olduğu devletin bu ilkeyi benimsemiş olması halinde, failin her zaman mağdurun vatandaşlığını bilmesi

¹⁴⁵ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 199, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 36-37.)

¹⁴⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s. 162.

¹⁴⁷ Külçür, s. 111.

¹⁴⁸ Uluslararası Adalet Divanı Lotus Kararı, 1927, s. 22, 23, http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf (son erişim: 5.5.2018).

¹⁴⁹ John G. McCarthy, The Passive Personality Principle and Its Use in Combatting International Terrorism, Fordham International Law Journal, C. 13, S. 3, 1989, s. 313, 314.

ve anlaması mümkün olmayacağı için, kişileri farkında olmadan bilmedikleri kanunlara göre cezalandırma ihtimalini barındırması sebebiyle eleştirilmektedir¹⁵⁰.

3. Devleti Koruma (Gerçeklik) İlkesi

Devleti koruma ilkesi; devletlerin iç ve dış güvenliğine, varlığına, bütünlüğüne yönelik suçlar üzerinde, suçun işlendiği yere ve failin uyruğuna bakılmaksızın devletin cezalandırma yetkisini kullanmasına imkân verir¹⁵¹. İlkenin kaynağı meşru savunma ilkesidir. Buna göre, devlet iç ve dış güvenliğine karşı işlenen haksız fiiller bakımından meşru savunma hakkını kullanacak, bunu da yasalarında söz konusu fiiller kim tarafından, nerede işlenirse işlensin bunları suç sayan düzenlemelerle yapacaktır. İlke, fiilin işlendiği devlette cezalandırılmaması veya politik nedenlerle kovuşturulmak istenmemesi ihtimalinin bertaraf edilmesi mantığına dayanmaktadır. Bu fiillerin cezalandırılması, ayrıca bunların işlendikleri yer kanununa göre de suç oluşturmasına bağlı değildir¹⁵².

İlke, kapsamının belirsizliği, bu belirsizliğin kötüye kullanılmaya açık olması, korunan menfaatlerin soyut niteliği ve geniş yoruma müsait olması gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁵³.

¹⁵⁰ Külçür, s. 116.

¹⁵¹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 126.

¹⁵² Tezcan, Erdem, Önok, s. 242, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 40.)

¹⁵³ Malcolm N. Shaw, International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, 2008, s. 667.

4. Evrensellik İlkesi

Evrensellik ilkesi, bütün kültürlerde tanınmış ortak hukuki menfaatleri ihlal eden suçların mülkîlik, faile ya da mağdura göre şahsîlik ilkeleri vasıtasıyla herhangi bir bağlantısı bulunmasa da her devlet tarafından cezalandırılabilmesini öngörmektedir¹⁵⁴. İlkenin mantığı; işlendiği yerde fiilin kovuşturulmasının mümkün olmaması ya da kovuşturulmak istenmemesi nedeniyle yaşanabilecek cezasızlığı engellemektir¹⁵⁵. Diğer yer bakımından uygulama ilkelerinden ayrılan en önemli özelliği, sadece ilgili devletin değil tüm insanlığın menfaatlerini korumayı amaçlamasıdır. Bu sebeple ilke kapsamına giren suçların şu iki özelliğe sahip olması gerekmektedir: Birincisi, bu suçların içerdiği haksızlık nedeniyle insanlığın barış ve güvenliği açısından zarar ya da tehdit bulunmasıdır. İkincisi, bu suçların cezalandırılmasıyla evrensel alanda korunması kabul edilmiş hukuki menfaatler söz konusu olduğu için uluslararası bir sözleşmede veya uluslararası teamül hukukuna göre kovuşturulması kabul edilmiş olmalıdır¹⁵⁶. Oehler'e göre; bir devletin, bir uluslararası sözleşmede ya da uluslararası teamül hukukunda evrensellik ilkesi kapsamında kabul edilmeyen bir suç için ceza kanununda evrensellik ilkesi içinde düzenleme yapması, başka devletlerin iç işlerine karışmama ilkesine aykırılık teşkil edecektir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Shaw, s. 668.

¹⁵⁵ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 202, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 49.)

¹⁵⁶ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 202, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 49.)

¹⁵⁷ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 202, D. 36.

Uluslararası suç oluşturulan ölçütler¹⁵⁸ ve uluslararası suç¹⁵⁹ kategorileri bakımından doktrinde bir uzlaşma bulunmamaktadır¹⁶⁰. Tanımında birlik bulunmasa da uluslararası suçun, örf ve adet hukuku veya uluslararası sözleşmelerle yasaklanan eylemler olarak anlaşıldığı görülmektedir¹⁶¹. Ayrıca, uluslararası suçların doktrinde çoğunlukla iki başlık altında incelendiği, bunlardan ilkinin çekirdek suçları da kapsayan, uluslararası bir ceza normuyla yasaklanan eylemlerden oluştuğu, ikinci başlık altında ise uluslararası bir sözleşmeyle devletlere önleme, soruşturma, kovuşturma ve cezalandırma yükümlülüğü getirilen eylemlerin yer aldığı anlaşılmaktadır¹⁶². Kalıcı bir uluslararası ceza mahkemesi kuran Roma Konferansı ile çekirdek suçlar oluşturulmuştur. Buna göre; saldırı suçu, soykırım suçu, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar üzerinde Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisinin bulunduğu kabul edilmiştir¹⁶³.

İlke kapsamındaki suçlar bakımından devletler pratiğinde bir yeknesaklık bulunmamakla birlikte genel olarak üç suç grubunun varlığı kabul edilmektedir. İlk grup, uluslararası hukukta *ius cogens* olarak kabul edilen savaş suçları, soykırım ve insanlığa karşı suçlar, deniz haydutluğu, kölelik, ırk ayrımcılığı suçlarından oluşmaktadır. İkinci grup, gelecekte *ius cogens* düzeyine ulaşma potansiyeli olan nükleer terörizm, uyuşturucu madde ticareti, uçak kaçırmaya, uluslararası terörizm,

¹⁵⁸ Örneğin, doktrinde Jescheck; uluslararası suçun üç ölçütünden söz etmektedir. Bunlar; ceza normunun uluslararası hukuk yoluyla yaratılmış olması (teamül veya uluslararası sözleşmeyle), mevcut hükümlerin eylemin uluslararası ceza mahkemeleri veya üçüncü devletler tarafından kovuşturulmasına müsaade etmesi ve ceza normunun yarattığı uluslararası durumun devletlerin çoğu tarafından bağlayıcı kabul edilmesi. Olgun Değirmenci, Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013, s. 253, (Aktaran: H. Jescheck, International Crime, Encyclopedia of Public International Law (Ed. Rudolf Bernhardt), Vol. 2, 1992, s. 1119, 1120.)

¹⁵⁹ Uluslararası suç (*international crime*) kavramını ifade etmek için; *crimes under international law*, *international crimes*, *international crimes largo sensu*, *international crimes stricto sensu*, *transnational crimes*, *international delicts*, *ius cogens crimes* ve *ius cogens international crimes* terimlerinin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. M. Cheriff Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, 2003, s. 114.

¹⁶⁰ Bassiouni, s. 114.

¹⁶¹ Değirmenci, s. 255.

¹⁶² Değirmenci, s. 255.

¹⁶³ Değirmenci, s. 247.

terörün finansmanı, organize suçlar, patlayıcı kullanımı, açık denizlerdeki tesislerin güvenliğine karşı suçlar, ulusal zenginliklerin tahrip edilmesi ve çalınması, nükleer maddelerin çalınması, uluslararası düzeyde korunan kişilere karşı kuvvet kullanılması ve tehdidi gibi suçlardan oluşmaktadır. Üçüncü grupta yer alan, uluslararası menfaatlerin daha az olduğu diğer suçlar ise yabancı kamu görevlisinin rüşvet suçu, taklit ve sahtecilik suçları, müstehcen yayınların uluslararası dolaşımı ve uluslararası denizaltı kablolarına haksız müdahale gibi suçlardan oluşmaktadır¹⁶⁴.

5. İkame Ceza Yargısı

Bu ilkeye göre; faili elinde bulunduran devlet, suçun işlendiği devleti temsilen yargı yetkisini kullanmaktadır. İlkenin uygulanabilmesi; failin ülkede bulunması, mülkilik ve diğer ilkelere göre yargı yetkisini haiz devletin kovuşturma yetkisini kullanamaması ya da kullanmak istememesi, fiilin işlendiği yer kanunu uyarınca da suç teşkil etmesi ve iadenin gerçekleşmemiş olması gibi kriterlere bağlanmaktadır¹⁶⁵. İlkenin uygulanması, iadenin gerçekleşmemesine bağlı olduğu için iadeye göre ikincil niteliktedir¹⁶⁶.

İlke temelini *aut dedere aut judicare* özdeyişinden almaktadır. Bu özdeyiş ise Hugo Grotius'un *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) adlı eserinde yer alan *aut dedere aut punire* ilkesinden kaynaklanmaktadır¹⁶⁷. 2. Dünya Savaşı öncesinde evrensel yargı ilkesini benimseyen sadece iki uluslararası andlaşma mevcutken, 2. Dünya Savaşı'ndan sonra evrensellik ilkesi uluslararası andlaşmalarda hızla benimsenmeye başlanmıştır. Zira, savaştan sonra oluşturulan küresel ve bölgesel

¹⁶⁴ Bassiouni, s. 124, 133.

¹⁶⁵ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 200.

¹⁶⁶ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 200, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 58.)

¹⁶⁷ Serhat Sinan Kocaoğlu, Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1, s. 76.

örgütlenmeler benzer olayları engellemek adına evrensel ceza takibatını benimseyen uluslararası andlaşma yapım süreçlerini hızlandırmıştır¹⁶⁸.

Temel kural, suçun işlendiği ülkede cezalandırılması ise de suç işleyen kişiler mülkilik ilkesi uyarınca yargılanamadan ülkeyi terk edip başka bir ülkeye gitmiş olabilirler. Bu durumda da yapılması gereken suçlunun yargı yetkisini haiz devlete iade edilmesidir; fakat bu her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda, suçun cezasız kalmaması için suçluyu elinde bulunduran devletin yabancı mahkemenin yerine geçerek ve onun adına suçluyu yargılayabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹. Kimi hukuk sistemlerinde evrensellik ilkesi ve ikame yargı ilkesi birbirinden ayrılmamaktadır¹⁷⁰. Hâlbuki, iki ilke arasında benzerlikler bulunsa da farklı temellere dayanmaktadırlar. Öncelikle, ikame yargı yetkisi sanığın iadesi karşısında ikincil niteliktedir. Oysa evrensellik ilkesinin uygulanabilmesi için sanığın iadesinin mümkün olup olmaması önemli değildir. Başka bir deyişle, evrensellik ilkesi kapsamındaki suçlar bakımından faili elinde bulunduran devletin yargılama yetkisi birincil niteliktedir. Yine; evrensellik ilkesinin kapsamına giren suçlarda, fiilin işlendiği yer kanununa göre de suç olması gerekmemektedir. Ayrıca; ikame yargı yetkisi ancak yabancı üzerinde kullanılabilirken, evrensellik ilkesi hem vatandaş hem de yabancı üzerinde uygulama alanı bulmaktadır¹⁷¹. Son olarak; ikame yargı yetkisi ilgili devlet adına kullanılırken, evrensellik ilkesinde devlet yargılama yetkisini kendi adına ve tüm insanlık namına kullanmaktadır¹⁷². Doktrinde ilkenin, Türk hukukunda evrensellik ilkesi içinde

¹⁶⁸ Kocaoğlu, s. 79.

¹⁶⁹ Şahin, s. 128, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 58.)

¹⁷⁰ İlke, özellikle *Common Law* hukuk sisteminde evrensellik ilkesi içinde kabul edilmektedir. Bkz. Şahin, s. 129, (Aktaran: Kai Ambos, Münchener Kommentar Strafgesetzbuch, München, 2003, vor § 3-7 no: 59.)

¹⁷¹ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 201, 202.

¹⁷² Şarbak, s. 30.

incelendiğini belirten yazarlar¹⁷³ olduğu gibi, TCK'nın 12/3. maddesinde ikame yargı ilkesine yer verildiği de kabul edilmektedir¹⁷⁴.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRKİYE'NİN TARAF OLDUĞU ULUSLARARASI VE BÖLGESEL SÖZLEŞMELERDE NE BIS IN IDEM İLKESİ

Uluslararası hukukun temel ilkelerinden “devletlerin egemen eşitliği ilkesi” gereğince, hiçbir devlet başka bir devletin uygulamalarını ve neticede yargı kararlarını benimsemeye zorlanamayacağından *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulaması tehlikeye düşmektedir. Bugün çoğunlukla kabul edilen görüşe göre; ilke iç hukukta geçerlidir; uluslararası ceza hukukunda ise istisnaen uygulanır¹⁷⁵. Bu bakımdan, ilkenin uluslararası alanda uygulanması ve yabancı devletlerin yargı kararlarına değer verilmesi ancak ikili ya da çok taraflı andlaşmalar veya devletlerin iç hukuklarında yapacakları düzenlemelerle mümkün olmaktadır¹⁷⁶. İlk bölümde *ne bis in idem* ilkesine genel olarak değinmiştik. Bu bölümde ise ilkenin uluslararası uygulaması Türkiye'nin taraf olduğu bölgesel ve uluslararası sözleşmeler üzerinden ele alınacaktır. Fakat sözleşmeleri incelemeye geçmeden önce, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin Türk hukukundaki yerine değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

¹⁷³ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 200; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Genel Hükümler, s. 162.

¹⁷⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 174, 175; Demirbaş, s. 179, 180; Şahin, s. 128.

¹⁷⁵ Özgenç, Genel Hükümler, s. 957.

¹⁷⁶ Yenisey, s. 245, 246.

A. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." Bu çalışma bakımından önem taşıyan fıkranın son cümlesi, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde ulusal hukuk-uluslararası hukuk ilişkileri bağlamında bir çatışma kuralıdır¹⁷⁷.

Madde incelemeye geçilmeden önce *ne bis in idem* ilkesinin hukuki niteliğine tekrar değinilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre; ilke aynı kişinin, aynı fiili nedeniyle birden fazla kez yargılanmaması ve cezalandırılmamasını güvence altına aldığı, adil yargılanma ve lekelenmeme hakkının bir görünümü olduğu için temel bir insan hakkıdır¹⁷⁸. Nitekim ilkenin bir insan hakkı olarak görülmesi gerektiği 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi'nde de açıkça ifade edilmiştir¹⁷⁹. Bu sebeple de *ne bis in idem* ilkesine yer veren uluslararası andlaşmalar herhangi bir uluslararası andlaşma kapsamında değil, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma kategorisinde değerlendirilmelidir. Nitekim bu andlaşmalarda ilke, bireysel bir hak olarak saptanmıştır¹⁸⁰.

Değişikliğin gerekçesinde hangi sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu belirtilmemiş; ancak madde metninde yer almayan "insan haklarına ilişkin

¹⁷⁷ Necmi Yüzbaşıoğlu, Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2004, s. 809.

¹⁷⁸ Illias Bantekas, s. 375; Tezcan, Erdem, Önok, s. 108, D. 120.

¹⁷⁹ 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, s. 224.

¹⁸⁰ Cordero, s. 326.

milletlerarası andlaşmalar” referans gösterilmiştir¹⁸¹. Bu sebeple, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmeler kapsamına hangi sözleşmelerin dâhil olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Dar yorum yapılarak sözleşmenin adından hareket etmek yeterli olmayacaktır; çünkü pek çok sözleşme farklı isimlere sahip olsa da temel hak ve özgürlükleri düzenlemektedir¹⁸². Geniş yorum yapılarak sözleşmenin içeriğinin esas alınması da benimsenebilir; fakat bu durumda da temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler içeren yüzlerce belgenin hüküm hüküm değerlendirilmesi gerekeceği doktrinde belirtilmektedir¹⁸³. Bu noktada görüşümüze yer vermeden önce, 2004 yılında Anayasa’da yapılan ve 90/son fıkrasına usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların çelişmesi halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı hükmünün eklenmesi şeklindeki değişikliğin¹⁸⁴ amacına bakılması gerektiği kanaatindeyiz. Değişiklik paketinin hazırlık çalışmalarında, 2004 değişikliklerinin Avrupa Birliği’ne uyum amacıyla gerçekleştirildiği görülmektedir¹⁸⁵. Bahsi geçen uyum, AB organları tarafından aday ülkelerin gözetmesi beklenen insan hakları hukukuna uyum olduğu için, değişiklikle amaçlananın iç hukukla insan hakları sözleşmeleri arasındaki çelişkinin giderilmesi olduğu görülmektedir¹⁸⁶. Bu husus anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde “...temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız

¹⁸¹ TBMM 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 430, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (son erişim 23.04.2018).

¹⁸² Rona Aybay, Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB Dergisi, S. 70, 2007, s. 203.

¹⁸³ Aybay, s. 204.

¹⁸⁴ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, (Kanun No. 5170, Kabul Tarihi: 7 Mayıs 2004), Madde 7, (R.G. 22 Mayıs 2004-25469).

¹⁸⁵ Olgun Akbulut, Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 115-116, Mart-Nisan 2014, s. 35.

¹⁸⁶ Akbulut, s. 36.

olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.” şeklinde ifade edilmiştir¹⁸⁷. Değişikliği dar yorumlamak eklenen cümlenin amacı ile bağdaşmayacağı için tercih edilmemelidir¹⁸⁸. Bu sebeple hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğuna dair belirlemenin andlaşmaların içeriğine bakılarak yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

İç hukukta uygulanabilen, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası hukuk kuralının, kendisiyle bağdaşmayan bir iç hukuk kuralı karşısında nasıl uygulama alanı bulacağı da tespit edilmelidir. Söz konusu olan insan haklarının korunması olduğu için en elverişli, başka bir deyişle hakların korunmasında en etkili olan kuralın saptanması ve uygulanması gerekmektedir¹⁸⁹. Bu bağlamda, Anayasa 90/son hükmü göz önünde bulundurularak, iç hukuktaki düzenleme, temel hak ve özgürlüğe ilişkin sözleşmeye göre insan haklarını daha etkili biçimde koruyan bir düzenleme getiriyorsa iç hukuk normu uygulanmalıdır¹⁹⁰. Şayet hakların korunması bakımından daha ileri bir düzenleme getiren uluslararası sözleşme ise bu durumda sözleşme uygulanacaktır. Usulüne göre yürürlüğe giren temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmayla aynı konuda farklı hükümler içeren ve andlaşmaya göre insan haklarının korunması bakımından daha aleyhe olan kanun, andlaşmadan sonraki bir tarihte yürürlüğe konmuş bile olsa maddenin açık hükmü karşısında *lex posterior* ilkesi değil, andlaşma hükümleri uygulanacaktır¹⁹¹. Kaldı ki kanun koyucu da Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen insan haklarına saygılı devlet ilkesiyle bağlı olduğundan ve insan haklarına saygılı olma yükümlülüğü bulunduęundan¹⁹² usulüne göre yürürlüğe konan temel hak

¹⁸⁷ TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 430, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (son erişim 23.04.2018).

¹⁸⁸ Akbulut, s. 38.

¹⁸⁹ Tarhanlı, s. 674.

¹⁹⁰ Aybay, s. 212.

¹⁹¹ Tarhanlı, s. 687.

¹⁹² Tarhanlı, s. 681.

ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşma ile aynı konuyu düzenleyen ve çelişen iç hukuk düzenlemeleri yapmamalıdır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaların iç hukuk ile ilişkisine değindikten sonra bu bölümün kalanında, *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası veya iç hukuklardaki uygulamasını düzenleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası ve bölgesel andlaşmalar incelenecektir.

B. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE EK 7. PROTOKOL

Türkiye, 7 Numaralı Protokol'ü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamıştır. 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı onaya uygun bulma kanunu, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 2 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiş ve Protokol, Türkiye bakımından 1 Ağustos 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Protokolün imzalandığı fakat yürürlükte olmadığı 31 yıllık süreçte ulusal hukuk bakımından bağlayıcı olup olmadığı, bu Protokolün ihlali sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun işletilip işletilemeyeceği doktrinde tartışılmıştır¹⁹³. Bugün, Protokol'ün Türkiye açısından yürürlükte olması sebebiyle uluslararası hukuk yönünden Türkiye'ye karşı İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne taşınacak ek yeni haklar söz konusudur. Ulusal hukuk yönünden ise; Anayasa m. 90 gereğince, ceza hukuku başta olmak üzere, idare hukuku ve medeni hukuk ile ilgili bazı sonuçları olan bu Protokol, Anayasa Mahkemesi'ne

¹⁹³ Didem Yılmaz, 6216 Sayılı Kanundaki "Taraf Olma" Koşulu ve AIHS'e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015, s. 819; Öykü Didem Aydın, Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 2011, s. 131. Türkiye'nin imzaladığı fakat henüz yürürlüğe girmeyen 4. Protokol bakımından yürütülen benzer bir tartışma için bkz. Ece Göztepe, Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2014, s. 1121, 1150.

yapılacak bireysel başvurularda da herhangi bir tartışmaya mahal vermeksizin Mahkeme'nin konu yönünden yetki alanını genişletmiştir¹⁹⁴.

Protokol, AİHS metninde yer almayan, seçilmiş bazı medeni ve siyasi hakları korumaktadır. Bu haklar; yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin belli usuli güvenceler, ceza davalarında temyiz hakkı, haksız mahkûmiyetten dolayı tazminat hakkı, ikinci kez yargılanmama veya cezalandırılmama hakkı ve eşler arasında eşitlikle ilgili haklardır. Protokol'ün bu çalışma bakımından önemi ise 4. maddesinde *ne bis in idem* ilkesine yer vermesidir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Sözleşmenin 6. maddesinde *ne bis in idem* ilkesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, bir başvuruda ilgili davalı devlet Protokol'ü onaylamadıysa, başvurunun *ne bis in idem* ile ilgili iddiaların dile getirildiği kısmı kabul edilebilirlik aşamasında reddedilecektir¹⁹⁵.

Maddenin incelemesine geçmeden önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM")'in "suç" ve "ceza" kavramlarını ele alış şekline değinmekte fayda olduğu görüşüdeyiz. Mahkeme suç ve cezayı özerk biçimde yorumlamaktadır. Bir suç veya cezanın cezai nitelikte olup olmadığını üç unsurlu bir incelemeyle belirlemektedir. Bu unsurlar; a) suçun iç hukuktaki tasnifi, b) suçun niteliği ve c) öngörülen cezanın niteliği ve ağırlığıdır¹⁹⁶.

İlk unsur bakımından; iç hukukta ceza hukuku çerçevesinde tanımlanan bir suç Mahkeme tarafından da otomatik olarak suç kabul edilmektedir; fakat iç hukukta ceza hukuku alanı dışında tanımlanan bir suç varsa (bir disiplin suçu ya da idari yaptırım gibi) bunların cezai nitelikte olup olmadıkları konusunun araştırılmasında diğer iki kriter önem kazanmaktadır. Önemle belirtilmelidir ki, Mahkeme bu iki kriterin

¹⁹⁴ Şirin, s. 41.

¹⁹⁵ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, (Çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan) Oxford University Press, 2009, s. 778.

¹⁹⁶ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Basım, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 85.

muhakkak aynı anda gerçekleşmesini aramamaktadır; fakat her iki kriter ayrı ayrı incelendiğinde bir sonuca ulaşamıyorsa ikisi birlikte değerlendirilebilecektir¹⁹⁷.

Suçun niteliği değerlendirilirken göz önünde bulundurulacak faktörler; o suçun Sözleşmeye taraf diğer devletlerin çoğunluğunda nasıl görüldüğü, ceza hukuku anlamındaki suçlarla benzerliği, uygulanan usullerin özellikleri ve bunların ceza hukuku alanındaki yargısal usullerle benzerlik veya bağlantıları, suçun sadece belli bir gruba yönelik mi yoksa herkesi etkileyen bir niteliği mi olduğudur¹⁹⁸. Mahkeme'ye göre, disiplin suçları bakımından özel bir rejim altındaki kişiler için (örneğin belirli meslek grupları) öngörülmuş suçlarla herkese yönelik suçlar arasında bir ayırım yapılacaktır¹⁹⁹. İkincisi söz konusuysa iç hukukta disiplin suçu olarak bahsedilse bile bu, Mahkeme tarafından ceza hukuku anlamında bir suç olarak kabul görmektedir. Trafik kabahatleri gibi karşılığında idari para yaptırımını öngörülen eylemler bakımından da kuralın herkese uygulanabilen nitelikte olması ve öngörülen yaptırımın cezalandırıcı ve caydırıcı niteliği haiz olması sebepleriyle bunların da ceza hukuku anlamında suç olarak kabul edilebileceği Mahkemenin çeşitli kararlarında belirtilmiştir²⁰⁰.

Cezanın niteliği ve ağırlığı kriteri bakımından cezalar verilirken güdülen gayeler ön plana çıkmaktadır. Cezanın caydırıcı ve cezalandırıcı nitelikte olması, çok kısa bir süreliğine olması hariç cezanın kişi özgürlüğünün kaybına neden olması, ödenmemesi halinde hapis cezasına çevrilebilen para cezaları, suçun cezai nitelikte olduğunun göstergeleri olarak kabul edilmektedir²⁰¹.

¹⁹⁷ İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 85.

¹⁹⁸ İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 85.

¹⁹⁹ Weber v. İsviçre, 22.05.1990, para. 33, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57629%22%5D%7D> (son erişim: 5.5.2018).

²⁰⁰ Öztürk v. Almanya 21.2.1984, para. 53, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57553%22%5D%7D> (son erişim: 5.5.2018).

²⁰¹ İnceoğlu, Adil Yargılanma, s. 95-97.

Protokol'ün Aynı Suçtan İki Kez Yargılanmama ve Cezalandırılmama Hakkı başlıklı 4. maddesinin²⁰² resmi çevirisi²⁰³ şu şekildedir:

- 1) “Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.
- 2) Yukarıdaki fıkra hükümleri, davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir.”
- 3) Bu maddeye, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmak suretiyle herhangi bir istisna getirilemez.

Görülmektedir ki, 4. maddenin getirdiği yasak, aynı devlet içinde geçerlidir. Bu nedenle bir kişi hakkında aynı suç nedeniyle bir ülkede kesin hüküm verilmiş olmasına rağmen; başka bir ülkede yargılama veya cezalandırma yapılması kural olarak

²⁰² İngilizce metin: “Right not to be tried or punished twice

1.No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

2.The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.

3.No derogation from this article shall be made under Article 15 of the Convention.

Fransızca metin: Droit à ne pas être jugé ou puni deux fois

1.Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat.

2.Les dispositions du paragraphe précédent n'empêchent pas la réouverture du procès, conformément à la loi et à la procédure pénale de l'Etat concerné, si des faits nouveaux ou nouvellement révélés ou un vice fondamental dans la procédure précédente sont de nature à affecter le jugement intervenu.

3.Aucune dérogation n'est autorisée au présent article au titre de l'article 15 de la Convention.”

²⁰³ Protokol'ün resmi çevirisi 08.04.2016 tarihli ve 29678 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

yasaklanmamıştır. Yine, maddenin uygulanması açısından ilk yargılamada verilen kararda kişinin mahkûm edilmesi ya da edilmemesi bir fark yaratmayacaktır²⁰⁴.

Maddenin kesinleşmiş hükümler bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir. Açıklayıcı Rapor'da bir kararın ancak geleneksel ifade ile *res judicata* gücü kazandığında nihai hale geleceği belirtilmektedir. Karar iptal edilemez nitelikteyse; yani karara karşı başvurulabilecek başka bir olağan kanun yolu kalmamışsa ya da taraflar bu yolları tüketmiş olmaları veya başvuru süresini kaçırmaları nedeniyle bu haktan yararlanamıyorlarsa kararın nihai olduğu ifade edilmektedir²⁰⁵. Ayrıca maddedeki düzenleme sadece ikinci kez cezalandırmama yasağına ilişkin değildir. Düzenlemeye göre, aynı fiil nedeniyle aynı kişinin ikinci kez yargılanması da yasaklanmaktadır.

Madde, bir kişinin ceza davasında yargılanması bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Bu sebeple kişinin ceza yargılamasına konu olduktan sonra aynı fiili nedeniyle cezai nitelikte olmayan bir takibata uğraması (örneğin bir memur hakkında ceza yargılaması yapıp bir karar verilmesinden sonra disiplin soruşturması yürütülüp ayrı bir karar verilmesi) bu hükmü ihlal etmeyecektir²⁰⁶. AYM de 2017 tarihli bir kararında²⁰⁷ ilkenin sadece ceza davalarına ilişkin olduğunu ve bu sebeple aynı fiilden

²⁰⁴ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 778.

²⁰⁵ Ek 7. Protokol Açıklayıcı Raporu, para. 22, <https://rm.coe.int/16800c96fd> (son erişim 15.5.2018).

²⁰⁶ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 779.

²⁰⁷ "...hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan "*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (ne bis in idem)*" ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle ayrı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve "*aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz*" ilkesine aykırılık oluşturmaz. Bu nedenle izinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında farklı amaç ve hukuki yararları gerçekleştirmeye yönelik olarak hem disiplin cezası hem de ceza yaptırımı verilebilmesinde Anayasa'ya ve ceza hukukunun belirtilen temel ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır." Anayasa Mahkemesi Kararı, 31.5.2017 T., 2017/28 E., 2017/107 K. Aynı yönde bkz. Anayasa Mahkemesi, 5.3.2015 T., 2014/124 E., 2015/24 K., www.anayasa.gov.tr (son erişim: 5.5.2018).

dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmeyeceğini belirtmiştir.

Farklı bir makam tarafından verilse dahi, ilk yargılamanın parçası olan ek veya tali cezalar (örneğin alkollü araç kullanmak suçundan kişinin mahkûm olmasının ardından sürücü belgesine el koyma tedbiri uygulanması gibi) bu yasak kapsamında değildir. Önem taşıyan nokta, yaptırımlar arasında içerik ve zaman yönünden yeterince bağlantı kurulabiliyor olmasıdır. Bu sebeple ilk yaptırımla diğeri arasında zamansal olarak yeterince yakın bir bağlantı varsa hüküm ihlal edilmemiş demektir²⁰⁸.

Aynı eylemden kaynaklanan yargılama ve cezalarla ilgili AİHM farklı belirlemeler yapmıştır. Mahkeme'ye göre tek bir hareket, aynı veya farklı mahkemelerce birden fazla suç²⁰⁹ yönünden yargılamaya konu edilebilir. Fakat farklı mahkemeler, aynı eyleme dayanarak aynı suçtan dolayı ceza verilerse bu durum ihlal yaratır. Buna karşın; aynı fiil için farklı mahkemelerin iki ayrı suçtan dolayı yaptıkları yargılama maddeyi ihlal etmez²¹⁰. Burada öncelikle aynı fiilin ayrı suçlar oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir. Bir fiilin birden fazla suç oluşturduğu ve bu fiillerin farklı zamanlarda ve belki de farklı mahkemelerde kovuşturulduğu durumlarda AİHM doğrudan Protokol'ün ihlal edildiğine karar vermemektedir. Bir fiile dayanan farklı suçlar için müteakip kovuşturmalar yapıldığında; yani ilk nihai kararın ardından yeniden kovuşturma başlatıldığında Mahkeme'nin ölçütü bu suçların "aynı temel unsurlara" sahip olup olmadığıdır²¹¹. Mahkeme'ye göre bir suçun unsurları, diğer bir suçun temel

²⁰⁸ Olayda Mahkeme, ehliyet elkoymanın Sözleşme kapsamında bir "ceza" olduğunu kabul etmekle birlikte iki cezai yaptırımın zamansal açıdan yakın bağlantı içinde oldukları gerekçesiyle iki ayrı ceza olarak kabul edilemeyeceğini ve bunun 4. maddeyi ihlal etmediğini belirtmiştir. AİHM Nilsson v. İsveç, No: 73661/01, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-72028%22%5D%7D> (son erişim: 5.5.2018).

²⁰⁹ Mahkeme, yasadışı yollardan ülkeye sokulan uyuşturucuyu satmanın hem ceza kanununda hem de para cezasıyla birlikte ödenmediği takdirde ayrıca hapis cezasının öngörüldüğü gümrük mevzuatında düzenlenmiş bir suç olması sebebiyle 4. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. AİHM Gökten v. Fransa, No: 33402/96, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60555%22%5D%7D> (son erişim: 5.5.2018).

²¹⁰ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 780.

²¹¹ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 781.

unsurlarını içeriyor ve ayrıca ek bir unsur öngörüyor ise bu suçların birinden kesinleşmiş bir karar verildikten sonra, diğer suça dayalı başlatılan yeni yargılama maddenin ihlaline neden olabilecektir²¹².

Maddenin istisnaları ikinci fıkrada düzenlenmiştir. Buna göre, davanın yeniden açılması, ilgili devletin hukukuna ve ceza usul mevzuatına uygun olmalıdır. Ayrıca yeni ve yakın zamanda ortaya çıkan deliller veya önceki muhakemelerde dava sonucunu etkileyen esaslı bir hata yapılmışsa yeniden yargılama mümkündür. AİHM, yeniden yargılamayı gerektirecek durumun, davanın esasını etkileyecek düzeyde önemli olması gerektiğini ifade etmiştir²¹³. Açıklayıcı Rapor'a göre, Protokol'ün 4/2. maddesi mahkûm olan kişi lehine yeniden yargılama yapılmasını ve bu yargılama neticesinde mahkûmun lehine bir karar verilerek ilk mahkûmiyet kararı üzerinde değişiklik yapılabilmesini engellemektedir²¹⁴.

Türkiye 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca yükümlülük azalttığını (*derogation*) bildirmiştir²¹⁵. Fakat Protokol'ün 4. maddesinin 3. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere bu maddeye Sözleşme'nin 15. maddesine dayanmak suretiyle herhangi bir istisna getirilemeyecektir. Dolayısıyla, Türkiye'nin yükümlülük azaltması bu madde bakımından bir sonuç doğurmamaktadır.

²¹² AİHM Nikitin v. Rusya, No: 50178/99, para. 35, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-61928%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-61928%22]}) (son erişim: 5.5.2018).

²¹³ Harris, O'Boyle, Bates, Buckley, s. 781.

²¹⁴ Explanatory Report to the Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, para. 31, <https://rm.coe.int/16800c96fd> (son erişim 20.5.2018).

²¹⁵ Bildirim metni için bkz.

<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2930086&SecMode=1&DocId=2380804&Usage=2> (son erişim 20.5.2018).

C. MEDENİ VE SİYASİ HAKLARA İLİŞKİN ULUSLARARASI SÖZLEŞME

Birleşmiş Milletler Sözleşmelerinden olan MSHS²¹⁶ 14. maddesi ile yargısal hakları düzenlemektedir. Maddenin 7. fıkrası²¹⁷ ise *ne bis in idem* ilkesine yer vermektedir. Buna göre; “Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” Sözleşme’nin açık olmayan ifadesi dolayısıyla doktrinde MSHS’nin ilkeye uluslararası geçerlilik tanıdığını savunan yazarlar ve mahkeme kararları²¹⁸ mevcut olmakla birlikte çoğunluk görüşü düzenlemenin aynı ülke içinde geçerli olduğu şeklindedir²¹⁹. İnsan Hakları Komitesi’nin 32 Numaralı Genel Yorum’u²²⁰ uyarınca da *ne bis in idem* ilkesi Sözleşmede uluslararası boyutuyla düzenlenmemektedir. Fakat Komite bu yorumun, Devletleri aynı suçtan ikinci kez yargılanmayı önlemeye yönelik uluslararası anlaşmalar yapmak konusunda engellemediğini de belirtmiştir²²¹. Komite aynı zamanda, bir İtalyan vatandaşının aynı suç nedeniyle iki ayrı devlette mahkûm edildiğine ve bunun Sözleşme uyarınca *ne bis in idem* ilkesini ihlal ettiğine yönelik bireysel başvurusuyla ilgili, Sözleşme’nin çifte

²¹⁶ Türkiye Sözleşme’yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış, Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulan 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun, 18 Haziran 2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Bakanlar Kurulu’nun 7 Temmuz 2003 tarih ve 2003/5851 sayılı kararıyla Sözleşme’nin onaylanması kararlaştırılmış ve Sözleşme’nin resmi Türkçe çevirisi, 21 Temmuz 2003 sayılı ve 25175 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Türkiye, onay belgelerini 15 Eylül 2003 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği’ne tevdi etmiş ve 49. madde uyarınca, Sözleşme Türkiye bakımından 23 Aralık 2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

²¹⁷ Fıkranın İngilizce metni: “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.” <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (son erişim 15.5.2018).

²¹⁸ Dionysios Spinellis, *Revue Internationale de Droit Pénal*, Global Report The Ne Bis In Idem Principle In “Global” Instruments, C. 3, S. 73, 2002, s. 1152.

²¹⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 101; Erdem, s. 329.

²²⁰ 23.08.2007 tarihli, CCPR/C/GC/32 adlı Genel Yorum için bkz. <http://undocs.org/CCPR/C/GC/32> (son erişim 15.5.2018).

²²¹ CCPR/C/GC/32, 23.08.2007, para. 57, <http://undocs.org/CCPR/C/GC/32> (son erişim: 15.5.2018).

cezalandırma yasağını sadece aynı devlette kabul ettiğini, aynı suçun iki ya da daha fazla devlette kovuşturulmasını yasaklamadığını belirtmiştir²²².

Maddeye göre, herhangi bir suçtan daha önce kesinleşmiş bir kararla hüküm giyen veya beraat eden bir kişi, aynı suçtan dolayı daha önceki mahkemeye veya bir başkasına çıkarılamaz. Bu sebeple, örneğin daha önce sivil bir mahkeme tarafından hakkında beraat kararı verilen bir kişi aynı suçtan dolayı askeri veya özel bir mahkemede tekrar yargılanamaz. Ancak, üst mahkemenin mahkûmiyet kararını bozup yeniden yargılama emri verdiği durumlarda Ek 7. Protokol m.14/7 ihlal edilmiş olmaz. Ayrıca aynı hüküm, beraat kararı verilirken ortada olmayan veya bilinmeyen bir kanıtın ortaya çıkması gibi istisnai durumlar söz konusuysa yargılamanın yenilenmesini de yasaklamaz²²³. Dikkat edilirse madde, ilkenin uygulanması için kesin hükmün infaz edilmiş ya da edilmekte olmasını aramamaktadır. Bu sebeple hüküm infaz edilmiyor olsa bile kişi aynı suçtan dolayı tekrar yargılanamayacak veya cezalandırılmayacaktır²²⁴.

Her ne kadar Sözleşme'nin resmi çevirisi "bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre" şeklinde olsa da orijinal metindeki²²⁵ "in accordance with the law and penal procedure of each country" ifadesi dikkate alındığında bu kısmın "bir ülkede geçerli hukuk ve ceza usulü çerçevesinde" şeklindeki bir çevirisinin daha uygun olduğu görüşünderiz. Buna göre Sözleşme, usul haricinde verilen kararları, örneğin idari yaptırımları dışlamaktadır. Komite'nin Genel Yorumuna göre de *ne bis in idem* ilkesinin sağladığı güvence yalnızca ceza gerektiren suçlar için geçerli olup Sözleşme'nin 14'üncü maddesinin içeriği bağlamında suç teşkil eden bir fiil

²²² United Nations Doc. A/6316 (1966), 999 United Nations Treaty Series 171. In A.P. v. Italy, para. 7.3. <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/204-1986.htm> (son erişim 15.5.2018).

²²³ CCPR/C/GC/32, 23.08.2007, para. 56, <http://undocs.org/CCPR/C/GC/32> (son erişim: 15.5.2018).

²²⁴ Spinellis, s. 1153.

²²⁵ "No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country." <http://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ccpr.pdf> (son erişim 15.5.2018).

karşılığında uygulanan yaptırım anlamını taşımayan disiplin önlemleri bakımından uygulanamayacaktır²²⁶.

Türkiye, TBMM'nin 20.07.2016 tarihinde ilan ettiği Olağanüstü Hal sebebiyle Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne Sözleşme'nin 4/3 maddesi²²⁷ uyarınca 21.07.2016 tarihinde yükümlülük azaltma bildiriminde bulunmuş, Sözleşmenin 2/3, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26 ve 27. maddelerini uygulamaktan kaçındığını belirtmiştir²²⁸. İnsan Hakları Komitesi'nin 29 Numaralı Genel Yorum'u uyarınca; Sözleşme'nin 4. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği gibi, Sözleşme'den doğan yükümlülüklerden ayrılan tedbirler alınması, alınacak tedbirlerin olağanüstü durumun gerektirdiği ölçüde olmasını gerektirmektedir. Yani bu tedbirler olağanüstü halin süresi, coğrafi alanı, içeriği ile sınırlı ve orantılı olmalıdır²²⁹. Ayrıca, 5. maddede de belirtildiği üzere, Sözleşme'deki hiçbir hüküm, herhangi bir Devlete, gruba ya da kişiye, bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin herhangi birinin ortadan kaldırılmasına ya da bu Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına yönelik olarak yorumlanamayacaktır.

²²⁶ CCPR/C/GC/32, 23.08.2007, para. 57.

²²⁷ Madde 4: "1. Ulusun hayatını tehdit eden ve varlığı resmen ilan edilmiş olan olağanüstü bir durum ortaya çıkması halinde, bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, uluslararası hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülüklerine aykırı olmamak ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.

2. Bu hükme dayanılarak Sözleşme'nin 6, 7, 8 (1. ve 2. fıkralar), 11, 15, 16 ve 18 nci maddelerine aykırılık getirilemez.

3. Aykırılık hakkından yararlanmak isteyen bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, hangi hükümleri uygulamaktan kaçındıklarını ve bu davranışta bulunmalarına yol açan nedenleri, Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri aracılığıyla, bu Sözleşme'ye Taraf diğer Devletlere derhal bildireceklerdir. Böyle bir aykırılığı sona erdirdikleri tarih konusunda da yine aynı kanal aracılığıyla bir bildirimde bulunacaklardır."

²²⁸ Metnin tamamı için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf> (son erişim 15.5.2018).

²²⁹ CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31.08.2001, para. 4.

D. CEZA KOVUŞTURMALARININ AKTARILMASINA DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ VE CEZA YARGILARININ MİLLETLERARASI DEĞERİ KONUSUNDA AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Ekonomik, sosyal, teknolojik ve hukukî alanda yaşanan gelişmeler nedeniyle devletlerin diğer devletlerle iş birliği geliştirmeleri kaçınılmaz bir hal almıştır. Günümüzde devletlerarası ilişkilerde her konuda sınır ötesi iş birliği ve yardımlaşmaya ihtiyaç duyulmakta; cezaî alanda uluslararası adli yardımlaşma da bu iş birliğinin yoğun şekilde hissedildiği alanlardan biri olmaktadır. Uluslararası nitelik arz eden soruşturma, kovuşturma, infaz ve tebligat işlemlerinde ilgili devletten talepte bulunurken uluslararası hukuk kurallarına göre kabul edilmiş sözleşmelere, ikili andlaşmalara, karşılıklılık ilkesine (mütekabiliyet) ve teamüllere uygun hareket edilmektedir. Cezai alanda uluslararası adli iş birliği; adli yardımlaşma, suçluların iadesi, muhakeme veya infazın devri ve hükümlülerin nakli başlıkları altında gruplandırılmaktadır. Bu grupların her birine ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalar bulunmakta olup bu ve aşağıdaki başlıklarda söz konusu andlaşmalar *ne bis in idem* ilkesi bağlamında incelenecektir. Uluslararası adli iş birliğine ilişkin iç hukuktaki temel düzenleme ise 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu²³⁰,dur²³¹.

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi taraf devletler arasındaki olumlu ya da olumsuz yetki uyuşmazlıklarından doğan sakıncaları önlemek

²³⁰ Kanun, 23/4/2016 tarihinde kabul edilmiş, 5/5/2016 tarih ve 29703 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

²³¹ 6706 sayılı Kanun'dan önce, cezaî konularda uluslararası adli iş birliği alanını bütüncül olarak düzenleyen bir kanunumuz bulunmamaktaydı. Suçluların iadesine ilişkin düzenleme, 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18. maddesinde; hükümlülerin nakline ilişkin düzenleme ise 8.5.1984 tarih ve 3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkûmiyetlerinin İnfazına Dair Kanun'da yer almaktaydı. 6706 sayılı Kanun, TCK'nın 18. maddesi ile 2002 sayılı Kanun'u yürürlükten kaldırmıştır.

amacıyla kaleme alınmıştır²³². Sözleşme, adında geçen kovuşturma kelimesi sebebiyle soruşturmaların devrine imkân tanıyıp tanımadığı konusunda tartışmaya yol açmıştır. Sözleşmenin Türkçe'ye çeviri çalışmalarında bulunan Kunter, İngilizce metinde geçen *proceeding* teriminin muhakemeyi karşıladığını ifade etmiştir²³³. Bu sebeple Sözleşme aslında hem soruşturma hem de kovuşturmaların devrini düzenlemektedir²³⁴. Muhakemenin aktarılması; bir devlette başlamış ya da başlamak üzere olan bir muhakemenin bu devletin isteği üzerine, ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından soruşturma ya da kovuşturmayı daha iyi yürütebilecek diğer bir devlete aktarılması ve o devletin de sanığı kendi kanunlarına göre soruşturması ya da kovuşturmasıdır²³⁵. Örneğin, sanığın kendi ülkesine kaçtığı ve bu ülkenin de “Vatandaş iade edilmez.” kuralı uyarınca sanığı iade etmediği durumda veya fiil için öngörülen ceza iadeyi gerektirecek ağırlıkta değilse kovuşturma söz konusu ülkeye aktarılabilir²³⁶. Muhakemenin devrinin mümkün olabilmesi için yetkili devletin yetkisiz devletten kovuşturma ya da soruşturma talep etmesi gerekmektedir. Böylece isteyen devletin adli makamlarının yürütmekte olduğu muhakeme, kabul etmesi halinde istenen devletin adli makamlarına devredilmektedir. Bahsi geçen yetki, istenen devletin kendi ceza kanunlarından kaynaklanan bir yetki olmayıp ikincil, sözleşmeyle kazanılan istisnai bir yargı yetkisidir²³⁷.

Sözleşme her ne kadar büyük oranda kovuşturmaların aktarılmasından bahsetse de bunun dışında kalan iki hususu daha düzenlemektedir. Bunlardan ilki, birden fazla devletin kovuşturma konusunda kendini yetkili sayması biçiminde ortaya çıkan olumlu

²³² Uğur Aydın, Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulanması, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 93, Mayıs 2014, s. 16.

²³³ Nurullah Kunter, Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturulmasının Aktarılması Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Kubalı'ya Armağan, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını, Y. 8, S. 11, 1974, s. 219.

²³⁴ Uğur Aydın, s. 16.

²³⁵ Kunter, Ceza Kovuşturulmasının Aktarılması, s. 224.

²³⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s. 241.

²³⁷ Uğur Aydın, s. 17.

yetki uyuşmazlığının çözülmesi hususudur. Sözleşmenin 30. maddesi²³⁸ taraf devletlere siyasi veya askeri suçlar haricindeki bir suçtan, kişiye karşı kamu davası açmadan önce ya da açılan dava görülürken aynı kişi hakkında, aynı eylemi dolayısıyla başka bir taraf devlette dava açılmış olduğunu öğrenince kendi kovuşturmasından vazgeçme, açılan davayı durdurma ya da kovuşturmanın diğer devlete aktarılmasının mümkün olup olmadığını araştırma yükümlülüğü getirmiştir. Bu kural bağlayıcı olmayıp ilgili devlet böyle bir durumda yine de muhakemesine devam edebilecektir²³⁹. Sözleşmenin 3. maddesindeki düzenlemeye göre; kovuşturmadan vazgeçme veya kovuşturmaya son verme kararı diğer devlette kesin hüküm verilinceye kadar geçerli olacaktır. Sözleşme ile düzenlenen son husus ise kişi birden fazla devlet tarafından yargılanmışsa *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmasıdır²⁴⁰.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi ise, sözleşmeye taraf devletlerin birbirlerinin mahkemelerini kendi mahkemeleri gibi kabul etmesi ve onların kararlarını kendi mahkemelerinin kararlarıymış gibi saymasına ilişkindir²⁴¹. Sözleşmenin Türkçe'ye çeviri çalışmalarında bulunan Kunter, orijinal metindeki “jugement” teriminin soruşturma sonunda verilen ve beraat hükmü niteliğinde olan soruşturmanın açılmaması kararlarını da kapsamı için “hüküm” olarak değil, yargı olarak çevrildiğini belirtmektedir²⁴². Böylece fiilin cezasız kalmaması için ceza yargısına milletlerarası bir değer verilmiş, bunun yanında sözleşmede *ne bis in idem* etkisi de düzenlenmiş ve aynı fiilden dolayı iki kere

²³⁸ “1. Sözleşen devletlerden her biri, siyasî veya sadece askerî nitelik taşımadığı kanısında olduğu bir suçtan dolayı kamu davası açmadan önce veya açılan davanın görülmesi sırasında aynı kişi hakkında aynı eylemden dolayı başka bir sözleşen Devlette dava açılmış olduğunu ve görülmekte bulunduğunu öğrenince, kendi kovuşturmasından vazgeçmek veya dava açılmışsa durdurmak veya diğer Devlete aktarmak mümkün olup olmadığını araştıracaktır.

2. Bu Devlet bir olayda dava açılmamışsa kovuşturmadan vazgeçmemenin, dava açılmışsa davayı durdurmanın daha uygun olduğunu görürse, diğer Devlete uygun bir zamanda ve en geç esas hakkındaki son karardan önce bilgi verir.”

²³⁹ Uğur Aydın, s. 17.

²⁴⁰ Tezcan, Erdem, Önok, s. 242.

²⁴¹ Nurullah Kunter, Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.1-4, S. 36, 1970, s. 82.

²⁴² Kunter, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 82, 83.

cezalandırmanın da önüne geçilmek istenmiştir²⁴³. Sözleşme, adındaki milletlerarası sıfatına rağmen sadece Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında geçerlidir. Başka bir deyişle, üye devletler birbirinin yargısını artık “yabancı yargı” gibi görmemektedir²⁴⁴. Sözleşme'nin 2. maddesi ile, Avrupa Ceza Yargılarının yerine getirilmesinin hürriyeti bağlayıcı müeyyideler, para cezaları veya müsadereler ve yasaklamalar bakımından uygulama alanı bulacağı belirtilmiştir.

Her iki sözleşme, uluslararası adli iş birliği çeşitlerinden biri olan infazların devrini de düzenlemektedir. İnfazın devri, bir devletin yetkili makamları tarafından hükmedilen yaptırımların infazının, daha kolay ve etkin şekilde yerine getirilebilmesi için diğer bir devletin yetkili makamlarına devredilmesi şeklinde tanımlanabilir. İnfazın devri iç hukukta ise 6706 sayılı Kanun'un 26-29. maddeleri arasında düzenlenmektedir. CYMDKAS m. 11; hükmü veren devletin, yabancı ülkeden infazın yerine getirilmesini talep ettikten sonra talebe konu yaptırımı yerine getirmeye başlayamayacağını düzenlemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası da hangi hallerde talepte bulunan devletin infazı yerine getirme hakkına tekrar kavuşacağını düzenlemektedir. Bu haller; istenilen devletin talebi işleme koyma niyetinden isteyen devlete bildirimde bulunmadan vazgeçmesi, talebi işleme koymayacağını bildirmesi ve istenilen devletin, yerine getirme hakkından açıkça vazgeçmesi olarak düzenlenmiştir. Anlaşılmaktadır ki sayılan haller dışında infaz artık istenilen devlette gerçekleştirilecektir. 6706 sayılı Kanun'un 29. maddesinde de yabancı devlette infazın sonuçları düzenlenmektedir. İkinci fıkrada açıkça, kararın istenilen devlette tamamen infaz edilmesi ya da infaz kabiliyetini tamamen veya kısmen yitirmesi hallerinde Türk hukuku bakımından da aynı sonuçların doğacağı düzenlenmiştir. Görülmektedir ki hem CYMDKAS m. 11'de hem de 6706 sayılı Kanun m. 29'da kararın istenen devlette tamamen infaz edilmesi ya da infaz kabiliyetini yitirmesi halinde failin aynı

²⁴³ Yenisey, s. 251.

²⁴⁴ Kunter, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, s. 83.

eyleminden bir daha cezalandırılmaması için isteyen devlette tekrar infaz söz konusu olamayacaktır.

Sözleşmenin 6. maddesi, kendisinden infazın yerine getirilmesi talep edilen devletin hangi hallerde talebi reddedebileceğini düzenlemektedir. Bu hallerden ikisi (e) bendinde eylemin istenilen devlette kovuşturma konusu olması veya bu devletin kovuşturmaya başlamaya karar vermesi ve (f) bendinde istenilen devletin yetkili makamlarının aynı eylemden dolayı kovuşturmaya başlamaya yer görmemeleri veya başlanmış olan kovuşturmaya son vermeleri olarak düzenlenmiştir. Yabancı devletten infazın devralınması Kanun'un 26. maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin ilk fıkrasında infazın devralınabilmesi için gereken şartlara değinilmiş, bu şartlardan biri (d) bendinde “aynı suçtan dolayı Türkiye’de soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması” şeklinde ifade edilmiştir. Hem sözleşmedeki hem de kanundaki düzenleme, kişi hakkında aynı eylemden dolayı birden fazla soruşturma ya da kovuşturma yapılmamasına ilişkin olduğu için *ne bis in idem* ilkesiyle ilgilidir. 6706 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde Türkiye’nin cezaî konularda uluslararası adli iş birliğinin önemi sebebiyle bu alandaki uluslararası ve bölgesel andlaşmalara taraf olduğu, uluslararası adli iş birliği alanında akdedilen andlaşmaların iç hukuka yansıtılmasını sağlamak ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebilmek amacıyla söz konusu kanunun hazırlandığı belirtilmektedir²⁴⁵. Doktrinde Tezcan, Erdem, Önok, maddede belirtilen koşulun gerçekleşmesi için soruşturma veya kovuşturmanın sona ermiş olabileceği gibi hala devam ediyor da olabileceğini belirtmektedir. Bu yorum, sözleşmedeki düzenlemeye ve kanunun genel gerekçesine de uygun bir yorumdur. Ayrıca madde gerekçesinde de (d) bendindeki düzenlemenin Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’yle uyumlu olduğu özellikle

²⁴⁵ TBMM 26. Yasama Dönemi, 1. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 278, Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu Tasarısı (1/695) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss278.pdf> (son erişim 20.5.2018).

vurgulanmıştır²⁴⁶. Sonuç olarak önemli olan, soruşturma ya da kovuşturmayla konu olan fiille yabancı devlet tarafından verilen mahkûmiyet kararına konu fiilin aynı olmasıdır. Bu sebeple başka bir fiilden dolayı yapılan veya yapılmakta olan soruşturma ya da kovuşturma infazın aktarılmasına engel teşkil etmez²⁴⁷.

CKADAS m. 35-37 ve CYMDKAS m. 53-55'te *ne bis in idem* başlığı ile özel olarak düzenlenen hükümler birbiriyle paraleldir. Çalışmada yeknesaklık sağlamak adına, her iki Sözleşmenin bu hükümleri birlikte incelenecektir. CKADAS m. 35/1'e göre; "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,

c) Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse, aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen Devlette kovuşturulamaz, mahkum edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez."

CYMDKAS m. 53/1'e göre; "Avrupa Ceza Yargısına konu 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,

²⁴⁶ TBMM 26. Yasama Dönemi, 1. Yasama Yılı, Sıra Sayısı: 278, Cezâî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu Tasarısı (1/695) ve Adalet Komisyonu Raporu, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss278.pdf> (son erişim 23.04.2018).

²⁴⁷ Tezcan, Erdem, Önok, s. 258.

c) 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’te “kesin ve yerine getirilebilir bir yargı kararı” diyerek başlayan fıkra, CYMDKAS m. 53’te “Avrupa Ceza Yargısına konu olan kişi” diyerek başlamaktadır. Her iki maddenin bu giriş cümleleri hariç kaleme alınışları aynıdır. Daha detaylı incelemeye geçmeden önce bu ibarelerin açıklanmasının gerekli olduğunu düşünüyoruz. CYMDKAS’nin 1. maddesinde Avrupa Ceza Yargısının ne olduğu düzenlenmiştir. Maddenin resmi çevirisi şu şekildedir: “ ‘Avrupa ceza yargısı’ terimi, bir ceza davası açılması üzerine Sözleşen Devletlerden birinin ceza yargılama makamları tarafından verilen ve yargı halini alan kararları... belirtmek için kullanılmıştır.” Çevirideki “yargı halini alan karar” ifadesinin Sözleşmenin İngilizce metnindeki²⁴⁸ karşılığının “final decision” olduğu görülmektedir. CYMDKAS’ın Açıklayıcı Raporu’na göre birinci madde üç kümülatif koşul ortaya koyar: karar, ceza mahkemesi tarafından verilmelidir, ceza muhakemesi sonucu verilmelidir ve kesinleşmiş olmalıdır²⁴⁹. Aynı açıklayıcı rapora göre, sözleşmede kararın nihai olması yükümlülüğü getirilmiştir. Bir devletin, ilk karar ile temyiz süresinin sona ermesi arasında bir soruşturma başlatması gerekli ise ya da bazı hukuk sistemlerine göre kararın hiç kesinleşmediği hallerde *ne bis in idem* etkisi doğmayacaktır. Başka bir deyişle bu hallerde kesinleşmemiş bir karar başka bir devletin sonradan soruşturma

²⁴⁸ European Convention On The International Validity Of Criminal Judgments, 1970, s. 2. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/ak/ingilizce/070_ing.pdf (son erişim: 5.5.2018).

²⁴⁹ CYMDKAS Açıklayıcı Raporu m. 1, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c930f> (son erişim 5.5.2018).

açmasını engellemeyecektir²⁵⁰. Kesinleşme konusunda, hükmü veren devletin mevzuatı esas alınmalıdır²⁵¹.

Her iki sözleşmede de beraat kararları bakımından *ne bis in idem* ilkesi mutlak olarak kabul edilmişken mahkûmiyet kararları bakımından ilkenin uygulanması yaptırımın tamamen yerine getirilmiş ya da getirilmekte olması, affa veya zamanaşımına uğraması gibi birtakım şartlara bağlanmıştır. Söz konusu sözleşmelerde mahkûmiyet hükmünün uluslararası alanda *ne bis in idem* etkisi doğurabilmesi için infaz edilmiş ya da edilmekte olması arandığından hapis cezasının infazının ertelenmesi, koşullu salıverilme kararlarından sonraki deneme süresinde ve kısa süreli hapis cezası yerine uygulanan yaptırımların uygulanmasında, yaptırımın infaz edilmekte olduğu kabul edilecek ve Sözleşme'ye taraf olan devletlerden biri tarafından verilmiş olmak kaydıyla, koşullu 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 açılmayacaktır²⁵². İnfaz edilmiş olma şartı, failin cezadan kaçmasını engellemek için aranmaktadır²⁵³.

Mahkûmiyet kararları bakımından *ne bis in idem* ilkesinin şarta bağlı olarak uygulama alanı bulmasının sebebi, ilkenin mutlak olarak uygulanması halinde bir devlette ceza kovuşturması yapılırken diğer devletlerin bu suçu kovuşturamaz hale geleceği endişesidir. Burada, suçun etkili bir şekilde azaltılması yönündeki devlet çıkarı ile kişinin aynı eylemden dolayı defalarca kovuşturulmaması çatışmakta ve ilkinde ağırlık verilmektedir. İlk kararın verildiği devlette cezanın yerine getirilmesinden kaçması halinde, bu kişi için yeni kovuşturmalar gündeme

²⁵⁰ CYMDKAS Açıklayıcı Raporu m. 53,
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800c930f> (son erişim 5.5.2018).

²⁵¹ Yenisey, s. 86.

²⁵² Asiye Selcen Ataç, Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükmün Önleme Etkisi, Kamu Hukuku Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 126.

²⁵³ Yenisey, s. 241.

gelebilecektir. Öte yandan, cezanın yerine getirilmesi normal bir seyir izlediği takdirde yeni kovuşturmalar açılmayacaktır²⁵⁴. Suçluluğun tespit edilip de müeyyidenin kararlaştırılmadığı hallerde de ilke uygulama alanı bulacaktır. Ertelemenin herhangi bir şekli veya mahkûmiyet kararı ile aynı anda çıkan af kanununun, suçluluğun tespit edilip müeyyidenin belirlenmemesi kapsamında değerlendirileceği belirtilmektedir²⁵⁵. Müeyyide kavramı ayrıca ertelenmiş mahkûmiyet kararında öngörülen özel koşulları kapsamaktadır. Buna karşın, Sözleşmelere taraf olan bir devlette kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmişse bu kararın *ne bis in idem* etkisi yaratmayacağı belirtilmektedir²⁵⁶. Bu konuya aşağıda, kovuşturmaya yer olmadığı kararını incelediğimiz bölümde, detaylıca yer vereceğiz.

Sözleşmeler iki halde ilkenin uygulama alanı bulmayacağını düzenlemiştir. Bu hallerden ilkinen²⁵⁷ göre, mülklik ilkesi uyarınca fiilin ülkesinde işlendiğini kabul eden bir devlet diğer bir devletten kovuşturma yapmasını istemişse talep eden devlet bu kovuşturma sonunda verilen kararı tanımak zorundadır. Bunun haricinde *ne bis in idem* sonucunu kabule mecbur değildir. İlkenin uygulama alanı bulmayacağı ikinci hal²⁵⁸ bir devletin suçu soruşturmakta özel bir çıkarı bulunduğu durumları düzenlemektedir. Buna göre; ceza yargısına konu olan eylem bu devlette kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut sanığın kendisi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise o devlet kovuşturma istemiş olmadıkça, *ne bis in idem* sonucunu kabule mecbur değildir. Her ne kadar madde metninde açıkça devlete karşı işlenen suçların da istisna kapsamında olduğu belirtilmemişse de, sayılan suç kategorileri

²⁵⁴ Ahmet Ulutaş, Ömer Serdar Atabey, Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2011, s. 128.

²⁵⁵ Ataç, s. 126.

²⁵⁶ İzzet Özgenç, “Non Bis İn İdem” Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK.nun 10/a Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 3, Temmuz 2002, s. 334.

²⁵⁷ CYMDKAS m.53/3, CKADAS m. 35/3: “Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça «*ne bis in idem*» sonucunu kabule mecbur değildir.”

²⁵⁸ CYMDKAS m.53/2, CKADAS m. 35/2: “... sözleşen devletler, yargıya yol açan eylem bu Devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, “*ne bis in idem*” sonucunu kabul etmeğe mecbur değillerdir.”

karşısında devlete karşı suçların evleviyetle istisnaya dâhil olduğunu düşünmekteyiz. Buna göre, maddede belirtilen istisnanın devleti koruma ilkesine ilişkin olduğu söylenebilecektir. Bu hüküm, suç devletinin suçluyu, tüm delilleri kolaylıkla toplayabilecek konumda olan kendi mahkemelerinde yargılamasında özel bir çıkarı olduğu ve devletlerin kendi çıkarlarını en iyi kendilerinin koruyabilecekleri anlayışına dayanır. Burada düzenlenen suçlara örnek olarak kamu görevlilerine karşı suikast, casusluk, sahtecilik, rüşvet sayılabilir²⁵⁹. Ancak, işlendiği yerde kovuşturulması şikâyete bağlı olan bir suç söz konusu ise ve şikâyet şartı gerçekleşmediği için suç kovuşturulmamışsa, diğer devlette bu suç resen kovuşturuluyorsa bile bu devlette de artık kovuşturulmaması gerekir²⁶⁰. Devlete karşı işlenen suçlarda yurtdışında yargılama yapılmasına rağmen, devletlerin menfaatlerini korumaya devam edebilmeleri için tekrar yargılama yapabilecekleri kabul edilmektedir²⁶¹. Sözleşmelerde *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmadığı durumlarda tamamlayıcı bir kural öngörülmüştür²⁶². Buna göre, aynı kişinin aynı fiili nedeniyle bir Sözleşmeci Devlette çektiği hürriyeti bağlayıcı ceza, diğer bir Sözleşmeci Devlet'te hükmedilecek cezadan mahsup edilecektir²⁶³. Ayrıca, her iki sözleşme de *ne bis in idem* konusunda asgari bir standart oluşturduklarını, ülkelerin milli kanunlarında daha yüksek standartlar belirleyebileceklerini öngörmektedir²⁶⁴.

Muhakemenin yabancı ülkeye devri ya da yabancı ülkeden devralınması iç hukukta 6706 sayılı Kanun'un 23-25. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Soruşturmanın veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesinin koşulları 24. maddede yer almaktadır. Maddenin 3. fıkrasına göre; soruşturmanın devri talebinin

²⁵⁹ Ulutaş, Atabey, s. 129, 130.

²⁶⁰ Yenisey, s. 241.

²⁶¹ Yenisey, s. 240.

²⁶² CYMDKAS m. 54, CKADAS m. 36: "Sözleşen diğer bir Devlette aynı eylemden yargılanan kişi aleyhine yeni bir kovuşturma yapıldığında, eski hükmün yerine getirilmesi dolayısı ile hürriyetten yoksun tutma süresi, yeniden hükmolunacak müeyyideden mahsup edilecektir."

²⁶³ Ulutaş, Atabey, s. 127.

²⁶⁴ CYMDKAS m.55, CKADAS m.37: "Bu bölüm, yabancı memleketlerde verilen ceza yargılarının «*ne bis in idem*» sonucunu daha geniş ölçüde kabul eden milli kanunların uygulanmasına engel olmayacaktır."

yabancı ülke tarafından kabul edilmesi üzerine CMK m. 171 koşullarının varlığına bakılmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine, şüpheli hakkında yabancı adli merci tarafından dava açılması halinde ise kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilecektir. Doktrinde, soruşturma veya kovuşturmanın devredildiği devletin adli mercilerince ceza davasının açılması kararının verilmesinin, Türk adli mercileri bakımından bir muhakeme engeli teşkil ettiği ifade edilmiştir²⁶⁵ Yabancı devlette dava açılmaması halindeyse soruşturmaya devam edilebileceği düzenlenmiştir. Dördüncü fıkra kovuşturma talebinin yabancı ülke tarafından kabul edilmesinin sonuçlarını düzenlemektedir. Buna göre; talebin kabulü üzerine durma kararı; sanık hakkında yabancı ülke adli makamınca mahkûmiyet kararı verilmesi halinde ise düşme kararı verilir. Bununla birlikte, mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilmesi halinde kovuşturmayaya devam edilebileceği düzenlenmiştir. Hâlbuki CYMDKAS m.53'te ve CKADAS m.35'te kesin hükümlerle beraat eden kişi hakkında da aynı fiilinden dolayı diğer bir sözleşen devlette kovuşturma yapılamayacağı düzenlenmektedir. Ayrıca; 2. ve 3. fıkraya göre; sözleşmelerde *ne bis in idem* ilkesinin istisnası olarak kabul edilen hallerde (mülklik ve devleti koruma ilkelerinin uygulama alanı bulacağı haller) dahi Devlet kendisi aktarma talebinde bulunmuşsa *ne bis in idem* sonucunu kabule mecburdur. Başka bir deyişle, Türkiye, yabancı devletten kovuşturma talep etmişse ve kişi yabancı ülkede beraat edip de hüküm kesinleşmişse Türkiye'de aynı eyleminden dolayı soruşturulamaz ve kovuşturulamaz. Bu sebeple, 6706 sayılı Kanun'un 24/4. maddesinin son cümlesinin CYMDKAS m.53 ve CKADAS m.35 ile çatıştığı kanaatindeyiz. Her iki sözleşme de kişi hürriyetine ilişkin düzenlemeler içerdiğinden temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup, bu sözleşmelerde yer alan düzenlemeler kanuna kıyasla insan haklarını korumak konusunda daha lehe olduğundan, Anayasa 90/son gereği esas alınması gerekenin sözleşmeler olduğunu düşünüyoruz.

Kanunun 25. maddesi ise yabancı bir ülkenin talebi üzerine muhakemenin devralınmasını ve devir talebinin kabul edilmeyeceği halleri düzenlemektedir.

²⁶⁵ Centel, Zafer, s. 523.

25/1/ç'de devir talebine konu fiil nedeniyle kişinin daha önce Türkiye'de yargılanmış olması, devir talebinin reddedileceği hallerden biri olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere maddede yer alan bu ret sebebi *ne bis in idem* ilkesine ilişkin olup kişinin aynı fiili nedeniyle tekrar yargılanmasına engel olmak için kaleme alınmıştır.

E. SUÇLULARIN İADESİNE DAİR AVRUPA SÖZLEŞMESİ

İade, iki devlet arasındaki adli ve siyasi nitelikli bir işlem olup, bir devlet ülkesinde işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilmiş olan bir yabancının, talep üzerine, soruşturmanın ya da kovuşturmanın yapılabilmesi veya hükmolunan cezanın infazı amacıyla ülkesinde bulunduğu devlet tarafından talepte bulunan devlete teslim edilmesidir²⁶⁶. Bu sebeple iade; devletlerin mülkiyet ilkesi çerçevesinde kendi ülkesinde suça karışan kişileri yargılayabilmelerine imkân tanımaktadır. Kurum, iki devlet arasında önceden var olan bir anlaşmaya bağlı olarak uygulama alanı bulur²⁶⁷. Kurumun amacı, bir ülkede suç işledikten sonra diğer bir ülkeye kaçan şüpheli, sanık veya hükümlünün cezasız kalmasını engellemektir. Ayrıca devletler, yargılayamadıkları kimseleri yargılayacak ülkeye vererek karşılıklı menfaatlerini korumakta ve suçluların cezalandırılması konusunda bir dayanışma ve iş birliği gerçekleştirmektedirler²⁶⁸. İadeye seçenek olarak suçlunun, kaçtığı devletçe kovuşturulması veya cezasının infaz edilmesi gündeme gelebilir ise de suçluyu delillerin bulunduğu, suçun işlendiği yere iade etmek çok daha kolay ve etkin bir yöntem olarak kabul edilmektedir²⁶⁹.

²⁶⁶ Ergin Ergül, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012, s. 28.

²⁶⁷ Koca, Üzülmüş, s. 776.

²⁶⁸ Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 3, Beta Basım, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 417.

²⁶⁹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 194.

İade, hükümlülerin naklinden farklı olarak sadece kesinleşmiş mahkûmiyetler bakımından değil, soruşturma işlemleri bakımından da uygulama alanı bulabilmektedir.

Kurum, ceza hukuku alanında devletlerarası yardımlaşma şekillerinden biri olduğu için sadece ceza hukukunu değil devletler hukukunu da ilgilendirmektedir²⁷⁰. Türk iade hukukunun kaynaklarını SİDAS, SİDAS'a Ek 1.²⁷¹, 2.²⁷², 3.²⁷³, 4.²⁷⁴ Protokoller, iadeye ilişkin çeşitli ülkelerle yapılan ikili anlaşmalar, düzenleme alanları birbirinden farklı olmakla beraber Türkiye'nin taraf olduğu, iade hukukuna ilişkin hükümler taşıyan çok taraflı anlaşmalar²⁷⁵, Anayasa m. 38/11²⁷⁶ ve iade konusundaki uluslararası sözleşme hükümlerini büyük ölçüde iç hukuka aktaran 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu oluşturmaktadır. İki devlet arasında iade konusunda anlaşma yoksa devletin, ülkesinde bulunan suçluyu talep eden devlete iade yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat bu durumda karşılıklılık prensibi, uluslararası örf-adet ve nezaket kuralları gereği iadenin yapılabileceği kabul edilmektedir²⁷⁷. SİDAS m. 28'e²⁷⁸

²⁷⁰ Koca, Üzülmez, s. 772.

²⁷¹ Protokol metni, 22.5.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷² Protokol metni, 25.9.1991 tarih ve 21002 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷³ Protokol metni, 22.5.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷⁴ Protokol metni, 22.5.2016 tarih ve 29719 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷⁵ Bu bakımdan, iade etmeme prensibine (*non-refoulement*) yer vermesi sebebiyle sığınma hakkına ilişkin 1951 tarihli Birleşmiş Milletler Mülteci Sözleşmesi de Türk iade hukukunun kaynakları arasında kabul edilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. Aras Türey, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 28, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ağustos 2015, s. 368.

²⁷⁶ "Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olmanın getirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez." Ayrıca, Türkiye henüz Roma Statüsü'ne taraf olmadığı için vatandaşın herhangi bir suç bakımından iadesinin söz konusu olmadığı hakkında bkz. Devrim Aydın, s. 136.

²⁷⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1046; Önder, s. 129, 130.

²⁷⁸ Madde 28: "İşbu Sözleşme ile İki Taraflı Anlaşmalar Arasındaki Münasebet

1) İşbu Sözleşme, tatbik olunduğu ülkeler bakımından, iki Akid Taraf arasındaki iki taraflı muahede sözleşme veya anlaşmaların suçluların iadesine mütedair hükümlerini ilga eder.

2) Âkid Taraflar aralarında sadece işbu Sözleşmenin hükümlerini itmam veya bunun ihtiva eylediği prensiplerin tatbikatını kolaylaştırmak üzere iki veya çok taraflı anlaşmalar akdedebilirler.

3) Suçluların iadesinin iki veya daha fazla Âkid Taraf arasında yeknesak bir mevzuat esnasına müsteniden cereyan etmekte olması halinde, Taraflar suçluların iadesi mevzuundaki karşılıklı münasebetlerini, işbu Sözleşme hükümlerine rağmen, münhasıran bu sisteme dayanarak tanzim etmekte serbest olacaklardır. Aynı prensip, diğer bir veya daha fazla Âkid Taraf ülkesinde verilen tevkif kararlarını kendi ülkesinde infazını derpiş eden kanuna sahip bulunan her iki veya daha fazla Âkid Taraf

göre; Sözleşmeyi onaylayan devletler arasında daha önceden yapılan andlaşmaların iade hukukuna ilişkin hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır²⁷⁹. Buna göre; SİDAS'a taraf olan iki devlet arasındaki iade hukukunun asıl kaynağını SİDAS oluşturacak, ikili andlaşmalar ise ancak Sözleşmeye taraf olmayan devletler bakımından hüküm ifade edecektir²⁸⁰.

Hem SİDAS'ta hem de 6706 sayılı Kanun'da iade bakımından suçun belli bir ağırlıkta olması ve iade engeli bulunmaması koşulları aranmaktadır. İade engelleri²⁸¹ arasında ise Sözleşme'nin 9, Kanun'un 11/1-ç maddesinde iade talep edilen suç hakkında kesin hüküm bulunması gösterilmektedir. Sözleşme'nin *non bis in idem* başlıklı 9. maddesine göre "Talep edilen şahıs hakkında kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyetli makamlarınca iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı nihaî olarak karar verilmiş ise iadeye cevaz yoktur. Kendisinden iade talep edilen tarafın salâhiyeti makamlarınca aynı fiil veya fiiller hakkında takibat yapılmamasına veya yaptıkları takibata son verilmesine karar verilmiş ise iade talebi ret olunabilir." Sözleşme, *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararları geniş tutmuş; fakat ikili bir ayrıma gitmiştir. Buna göre; talepte bulunulan devlette talebin sebebini oluşturan suç

arasında dahi tatbik olunacaktır. Bu Sözleşmenin tatbikinden, işbu paragraf hükümlerine uygun olarak, aralarındaki münasebetlerde sarfinazar eden veya edecek olan Âkid Taraflar bu hususta Avrupa Konseyi Genel Sekreterine bir tebligatta bulunacaklardır. Mumaileyh işbu paragraf gereğince alacağı her tebligattan diğer Âkid Tarafları haberdar edecektir."

²⁷⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 780.

²⁸⁰ Koca, Üzülmöz, s. 780.

²⁸¹ Türkiye'nin de taraf olduğu Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi'nde ise adli yardımlaşma talebinin reddedilebileceği haller arasında SİDAS m. 8 veya m. 9'daki gibi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. CİKAYAS'ın Açıklayıcı Raporu'nda belirtildiği üzere; SİDAS'ın 8. ve 9. maddelerine atıfla;

a) Suçlanan kişinin talep eden devlette takibata neden olan suç ya da suçlardan ötürü talep edilen devlet otoritelerince ya da üçüncü devlet yargısal otoritelerince takibatın devam ediyor olması hali ile

b) Suçlanan kişinin talep eden devlette takibata yol açan suç ya da suçlarından ötürü, talep edilen devlet veya üçüncü devlet yargısal otoritelerince kesin olarak mahkûm edilmiş, beraat etmiş veya bu otoriteler aynı suç ya da suçlardan dolayı takibat yapmama ya da takibatı sonlandırma kararı verilmesi hallerinin devletin adli yardım talebini reddedebileceği haller olarak düzenlenmesi önerilmiş; fakat bu öneri Sözleşme'nin kapsamını daraltabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Öneri kabul edilmemekle birlikte, hükümetlerin bu yöndeki bir çekinceyi Sözleşmeye ekleyebilecekleri kabul edilmiştir. Ceza İşlerinde Karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, m. 2, <https://rm.coe.int/16800c92bd>, (son erişim 15.5.2018). Sözleşme, 20 Nisan 1959 tarihinde Avrupa Konseyi'nce kabul edilmiş ve Türkiye bakımından 22 Eylül 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

nedeniyle kişi hakkında yapılan yargılama neticesinde hüküm verilmiş ve bu hüküm kesinleşmişse iade talebi reddedilecektir. Başka bir deyişle bu durum iade talebine karşı mutlak bir ret sebebidir. Buna karşılık, kovuşturma yapılmamasına veya yapılan kovuşturmaya son verilmesine karar verilmişse iade talebi reddedilebilecektir. Başka bir ifadeyle, iade talebinin konusu olan fiil sebebiyle iade talep edilen devlette kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmişse, iade talep edilen devlet bu talebi reddedebileceği gibi kabul de edebilir²⁸². Kanun'un 11/1-ç maddesinde ise "İadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye'de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması" halinde iadenin kabul edilmeyeceği düzenlenmiştir. Sözleşme *ne bis in idem* etkisi tanınacak kararlar bakımından bir sayım yapmamaktayken, Kanun yalnızca mahkûmiyet ve beraat kararlarına etki tanımıştır. Bunlar dışındaki kararlar ve kovuşturmaya yer olmadığı kararları da iade engeli teşkil etmemektedir²⁸³. Kanun'un *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararları Sözleşme'nin tersine sınırlaması Sözleşme'ye aykırılık teşkil edecektir. Sözleşme'nin 9. maddesi *ne bis in idem* ilkesini ilgilendirmekle adil yargılanma hakkının kapsamında yer aldığından ve AY m.90/5 gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde andlaşmaya öncelik tanınması gerektiğinden, kanun maddesinin değil Sözleşme'nin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Kaldı ki doktrinde de iade hukukuna ilişkin andlaşmaların bu konudaki iç hukuk düzenlemelerine nazaran özel hüküm teşkil ettiği, 6706 sayılı Kanun'a bu yönde bir hüküm konmamasının önemli bir eksiklik olduğu belirtilmektedir²⁸⁴.

İadesi talep edilen kişi hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması yapılmakta olması Kanun'da bir iade engeli değil, m. 23 vd. uyarınca soruşturma ve kovuşturmanın aktarılması nedeni olarak dzenlenmiřtir²⁸⁵. Sözleşme'nin 8. maddesinde ise bu durum,

²⁸² zge, Genel Hükümler, s. 1035.

²⁸³ Tezcan, Erdem, nok, s. 210; Kayıhan İçel, Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993, s. 215.

²⁸⁴ zge, Genel Hükümler, s. 946.

²⁸⁵ Tezcan, Erdem, nok, s. 210.

“Kendisinden iade talep edilen taraf, iade talebine sebep olan bir veya birkaç fiilden dolayı kendisi hakkında takibat²⁸⁶ yapmakta olduğu şahsın iadesini reddedebilir.” ifadesiyle devletlerin iadeyi reddedebilecekleri bir hal olarak düzenlenmiştir. Öte yandan, hükmü etkileyen yeni unsurların ortaya çıkması iadeye engel teşkil etmez ve Sözleşme’nin 8. maddesine göre iade talep edilen tarafça kişiye karşı takibat başlatılmadıysa kişi iade edilmelidir²⁸⁷.

SİDAS’a Ek 1 Numaralı Protokol²⁸⁸,ün 2. maddesi Sözleşme’nin 9. maddesine²⁸⁹ bir ek yapmıştır. 9. maddenin 2. fıkrası olacak şekilde; Sözleşmeye taraf olan üçüncü bir Devlette verilmiş kesin hükme konu olan kişi hakkında aynı fiillerden dolayı iade talebinde bulunulursa;

²⁸⁶ Sözleşme’nin resmi Türkçe metninde yer alan “takibat” kelimesinin karşılığı olarak Fransızca metninde “poursuites”, İngilizce metninde ise “proceedings” kelimeleri kullanılması; “poursuites” ve “proceedings” kelimelerinin karşılığının kovuşturma olması ve takibat kelimesi ile kastedilenin 1412 sayılı CMUK’ta yer alan kovuşturma terimi olması sebepleriyle takibatın kovuşturma olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Ataç, s. 128, D. 464.

²⁸⁷ Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, Madde 9, <https://rm.coe.int/16800c92bc> (son erişim 15.5.2018).

²⁸⁸ Protokol Türkiye tarafından 22.03.2016 tarihinde imzalanmış, 6709 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu 29703 sayı ve 5.5.2016 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmesinin ardından Protokol, Türkiye bakımından 09.10.2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁸⁹Maddenin orijinal metni: “Article 9 of the Convention shall be supplemented by the following text, the original Article 9 of the Convention becoming paragraph 1 and the under-mentioned provisions becoming paragraphs 2, 3 and 4:

2. The extradition of a person against whom a final judgment has been rendered in a third State, Contracting Party to the Convention, for the offence or offences in respect of which the claim was made, shall not be granted:

a. if the afore-mentioned judgment resulted in his acquittal;

b. if the term of imprisonment or other measure to which he was sentenced:

i. has been completely enforced;

ii. has been wholly, or with respect to the part not enforced, the subject of a pardon or an amnesty;

c. if the court convicted the offender without imposing a sanction.

3. However, in the cases referred to in paragraph 2, extradition may be granted: a if the offence in respect of which judgment has been rendered was committed against a person, an institution or any thing having public status in the requesting State;

b. if the person on whom judgment was passed had himself a public status in the requesting State;

c. if the offence in respect of which judgment was passed was committed completely or partly in the territory of the requesting State or in a place treated as its territory.

4. The provisions of paragraphs 2 and 3 shall not prevent the application of wider domestic provisions relating to the effect of *ne bis in idem* attached to foreign criminal judgments."

- a) “Söz konusu hüküm beraat ilişkinse,
- b) Hüküm hürriyeti bağlayıcı ceza veya tedbire ilişkin olup da,
 - i) Bu ceza tamamen çekilmişse,
 - ii) Cezanın infaz edilmeyen kısmı veya cezanın tümü genel ya da özel af kapsamına girmişse,
- c) Hâkim, suçluluğu tespit etmekle birlikte yaptırma hükmetmemişse, iade talebi reddedilecektir.”

Buna göre; sayılan hallerde Sözleşmeye taraf üçüncü devlet ülkesinde verilen kesin hüküm, *ne bis in idem* etkisi yaratacaktır.

Ek 1. Protokol’ün 2. maddesinin eklemesiyle 9. maddenin 3. fıkrası olacak şekilde; 9/2’deki iade yasakları olayda varsa bile şu durumlarda iadeye hükmolunabileceği düzenlenmiştir:

- a) “ Hakkında hüküm verilen suç iade talep edilen devlette kamusal karakter taşıyan bir kişi, şey ya da müesseseye karşı işlenmişse,
- b) Hakkında hüküm verilen kişi iade talep eden devlette kamusal bir karakter taşımaktaysa,
- c) Hükme konu olan fiil, kısmen ya da tamamen iade talep eden devletin ülkesinde veya ülkesi sayılan bir yerde işlenmişse.”

Eklenen son fıkraya göre ise, 9. madde hükümleri, yabancı ülkelerde verilen adli kararlara *ne bis in idem* etkisi tanıyan daha geniş iç hukuk düzenlemelerine engel olmayacaktır. Bu düzenlemeyle sözleşme kapsamında, *ne bis in idem* ilkesine mülklik ve devleti koruma ilkeleri ile istisna getirildiğini görmekteyiz.

F. HÜKÜMLÜLERİN NAKLINE DAİR SÖZLEŞME

Hükümlülerin nakli, hüküm devleti tarafından verilen, hükümlü hakkındaki kesinleşmiş mahkûmiyet kararı dolayısıyla infaz edilmekte olan hürriyeti bağlayıcı cezasının tamamının veya bakiye kısmının, infaz devletinde yerine getirilmek üzere, bu yabancı infaz devletine gönderilmesi olarak tanımlanabilir.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Sözleşmesi karmaşık ve detaylı, bu sebeple de işletilmesi zor bir mekanizmaya sahip olduğu için az sayıda Avrupa Konseyi üyesi devlet tarafından onaylanmış, bunun üzerine Konsey üyesi devletler hükümlülerin naklini basit bir usulle düzenleyen ve Konsey üyesi olmayan devletlerin de imzasına açık Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'yi²⁹⁰ hazırlamışlardır²⁹¹. Sözleşme'nin amacı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan yabancılara, mahkûmiyetlerini kendi toplumsal çevrelerinde çekme imkânı sağlayarak bu kişilerin hem infaz sırasında sosyal rehabilitasyonlarını kolaylaştırmak hem de infaz sonrasında topluma uyumlarına yardımcı olmaktır. Bu sebeple oldukça esnek ve hızlı işletilebilen bir mekanizma öngörülmüştür²⁹². Sözleşme; bir akit devlette (hüküm devleti) mahkûm edilen kişinin, hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün infazı için diğer bir akit devlete (yerine getiren devlet) nakledilebileceğini düzenlemektedir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre hükümlü, hüküm devleti veya yerine getiren devlet nakil talebinde bulunabilecektir. Sözleşme'nin kapsamı, Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme'ye Ek Protokol ile bir miktar genişletilmiştir²⁹³.

²⁹⁰ Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Konseyi'nce 21.03.1983 tarihinde Strasburg'da kabul edilerek 01.07.1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Türkiye bakımından ise 01.01.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁹¹ Ergin Ergül, Teori Ve Uygulamada Suçluların İadesi ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 108, 109; Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 8, <https://rm.coe.int/16800ca435> (son erişim 15.5.2018).

²⁹² Ergül, Hükümlülerin Nakli, s. 109; Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 8.

²⁹³ Protokol, 18.12.1997 tarihinde imzaya açılmış ve 01/06/2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından 10.11.2010 tarihinde imzalanmış, 29.01.2016 tarih ve 6666 sayılı Onaya Uygun Bulma

Açıklayıcı Rapor²⁹⁴'a göre; Sözleşme'nin 8. maddesindeki düzenleme *ne bis in idem* ilkesinin nakilden sonra hükmün infazı bakımından uygulanmasını güvence altına almaktadır. Gerçekten de naklin hüküm devleti bakımından doğuracağı etkileri inceleyen 8. maddenin ilk fıkrasına göre; hükümlünün yerine getiren devlet mercilerince teslim alınması, hüküm devletinde mahkûmiyetinin infazının askıya alınması sonucunu doğuracaktır. Transferin gerçekleşmesiyle birlikte kişinin birden fazla kez yargılanmasının önüne geçilmesi için *ne bis in idem* ilkesine uygun olarak hüküm devletinde mahkûmiyet durmaktadır²⁹⁵. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, yerine getiren devlet, mahkûmiyetin infazının tamamlandığı görüşüne varırsa hüküm devleti bundan böyle hükmü infaz edemeyecektir. İkinci fıkrada da kişinin infazı tamamlanan suçtan dolayı cezalandırılmasına devam edilmemesi düzenlenmiştir. Hükümlülerin nakline ilişkin düzenlemeleri de içeren, Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun yabancı devlette infazın sonuçlarını ele alan 33. maddesine göre de Türkiye'de hakkında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunup da cezasının infazı için yabancı devlete gönderilen hükümlünün cezasının yabancı devlette tamamen infaz edilmesi veya infaz kabiliyetini tamamen ya da kısmen yitirmesi Türk hukuku bakımından da aynı sonuçları doğuracaktır. Başka bir deyişle, 33. madde HNDS'nin 8. maddesine uygun olarak, hükümlünün aynı eyleminden dolayı birden fazla kez cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla kaleme alınmıştır.

Kanunu 19/02/2016 tarih ve 29629 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve aynı gün, 19.02.2016'da yürürlüğe girmiştir.

²⁹⁴ Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, m. 8,

²⁹⁵ Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, m. 8, para. 42.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK MEVZUATINDA NE BIS IN IDEM İLKESİ

Yukarıda da belirtildiği gibi, *ne bis in idem* ilkesi 1982 Anayasası'nda açıkça düzenlenmemiştir. Fakat ilkenin Türk mevzuatındaki yeri incelenirken öncelikle kendisine dayanak oluşturan anayasal ilkelere değinilecektir. Ardından ilkenin TCK ve CMK'daki düzenlenişi ele alınacak ve çalışma nihayetlenilecektir.

A. ANAYASAL İLKELER VE NE BIS IN IDEM İLKESİ

1. Hukuk Devleti İlkesi

Ne bis in idem ilkesi, maddi gerçek ile hukuk devleti ilkesi arasında bir denge kurulmasını gerektirir; her olayda maddi gerçeği sonsuza kadar araştırma olanağı bulunmadığı için uyumsuzluğa bir noktada son vermek gerekmektedir²⁹⁶. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre de hukuka olan güveni sağlamak için somut olayda maddi gerçeğe ulaşmaktan vazgeçilebilecektir²⁹⁷.

Hukuk devleti, Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmaktadır. Kısaca, vatandaşların hukuki güvenlik içinde olduğu, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı buldukları bir sistemi ifade eden²⁹⁸ hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi kararları ile de tanımlanmıştır. Bunlardan 21.1.2010 tarih ve 2008/85 E. sayılı kararda²⁹⁹ hukuk devleti, "Eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan

²⁹⁶ Yenisey, s. 211.

²⁹⁷ Yenisey, s. 211, (Aktaran: BVerfGE II, 380; BGHSt 9, 327.)

²⁹⁸ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Bası, Ankara 2016, s. 125.

²⁹⁹ Anayasa Mahkemesi, 21.1.2010. T., 2008/85 E., 2010/12 K., www.kazanci.com (son erişim 15.5.2018).

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.” şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre; Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda, insan haklarına saygılı hukuk devletinde yasa koyucunun, yasaların Anayasa’ya olduğu kadar, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi başka kararlarında³⁰⁰ *ne bis in idem* ilkesini hukuk devleti ilkesi ve ceza hukukunun temel ilkeleri arasında saymıştır.

Hukuk devletinin temel unsurları; eşitlik ilkesi³⁰¹, kanunilik ilkesi, kanunların kesinliği ve öngörülebilirliği, idari işlemlerin yargısal denetimi, mahkemelerin bağımsız ve tarafsızlığı ile insan haklarına saygı olarak sıralanabilir³⁰². Bunlardan kanunların kesinliği ve öngörülebilirliği esasen hukuki öngörülebilirliği ifade etmektedir. Hukuki öngörülebilirlik ilkesi; kanunların ve diğer düzenleyici işlemlerin kural olarak genel, objektif ve soyut olmalarını³⁰³ ifade etmekle birlikte kesin bir hükümle yargılanması sona eren kişinin, tekrar yargılanmasını engellemeyi de gerektirir³⁰⁴. Zira hukuk güvenliği, kişinin tekrar yargılanma ihtimali altında yaşaması halinde ihlal edilecek bir ilkedir. Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi 1978 tarihli Crist-Bretz kararında, devletin daha önce hakkında bir hüküm verilen bireyi aynı fiilinden ötürü tekrar yargılamaya teşebbüs etmesinin kişiye utanç, ıstırap ve külfet vereceğini, onu daimi bir endişe ve güvensizlik içinde yaşamaya mahkûm edeceğini,

³⁰⁰ Anayasa Mahkemesi, 31.5.2017 T., 2017/28 E., 2017/107 K.; 17.7.2017 T., 2017/95 E., 2017/119 K.; 5.3.2015 T., 2014/124 E., 2015/24 K., www.anayasa.gov.tr (son erişim 5.11.2017).

³⁰¹ Sibel İnceoğlu, Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, 2001, s. 47.

³⁰² Ergun Özbudun, Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2015, s. 56, 57.

³⁰³ Özbudun, Anayasacılık, s. 57.

³⁰⁴ Ataç, s. 14.

kişi masum olsa bile defalarca yargılanması halinde suçlu bulunması ihtimalinin artacağını, devletin bireyi bu duruma düşürmemek için yeniden yargılama yasağını titizlikle uygulaması gerektiğini belirtmiştir³⁰⁵.

Yüksek Mahkeme'nin de belirttiği gibi, kişi masum olsa bile defalarca yargılanması halinde suçlu bulunması ihtimali artacak, birden fazla yargılanmayı engelleyen bir kural olmaması kişiyi böyle bir belirsizlik ve endişe ortamı içinde yaşamaya mahkûm edecektir. Bu durum hukuk devleti ilkesine ve onunla ilişkili diğer ilkeler olan hukuk güvenliği ve hukukun öngörülebilirliğine aykırılık teşkil edecek³⁰⁶, kanunlara ve yargı kararlarına olan itibarı azaltacaktır.

2. İnsan Onurunun Korunması İlkesi

İnsan onuru kavramı insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ifade eder³⁰⁷.

1982 Anayasası'nın başlangıç bölümünün altıncı paragrafında, her Türk vatandaşının, onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 176. maddesi, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten başlangıç kısmının, Anayasa metnine dâhil olduğunu ifade ettiğinden, başlangıç bölümünde yer alan onurlu bir hayat sürdürme, maddi manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı bağlayıcı olmayan bir açıklama olarak değil, uyulması gereken bir norm ve anayasal bir ilke olarak kabul edilmektedir³⁰⁸. Öte yandan, Anayasa'nın 17.

³⁰⁵ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi, Christ - Bretz, No: 76 - 1200, 14 Temmuz 1978, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/437/28/case.html> (son erişim 06.11.2017).

³⁰⁶ Tezcan, Erdem, Önok, s. 108, D. 116.

³⁰⁷ Anayasa Mahkemesi, 5.7.2012 T., 2012/7 E., 2012/102 K., www.anayasa.gov.tr (son erişim 5.11.2017).

³⁰⁸ Ataç, s. 16.

maddesinin 3. fıkrasında da kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza ve muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir.

Bu ilkenin ceza hukukundaki yansıması suçun infazında özellikle önem taşır. İnfazda çağdaş görüş, cezaların kefaret teşkil etmesi ve korkutucu olması gerektiği yolundaki klasik görüşün aksine, mahkûmların eğitimleri ve iyileştirilmeleri sayesinde toplumun tekrarlanan suçlardan korunabileceğine inanmaktadır³⁰⁹.

Ne bis in idem ilkesi bağlamında ise, bir fiilinden dolayı yargılandıktan sonra aynı fiili dolayısıyla kişinin yeniden yargılanmaması, tüm hakların özünü oluşturan insan onurunun dokunulmazlığının, ceza muhakemesi hukukundaki yansıma şeklini oluşturmaktadır³¹⁰. Zira yukarıda da değinildiği üzere, devletin daha önce hakkında bir hüküm verilen bireyi aynı fiilinden ötürü tekrar yargılamaya teşebbüs etmesi kişiye utanç, ıstırap ve külfet verecek, onu daimi bir endişe ve güvensizlik içinde yaşamaya mahkûm edecektir. Bu muamelenin insan onuruna aykırı olacağı şüphesizdir.

3. Adil Yargılama İlkesi

Adil yargılanma hakkı, yargılamayla ilgili usul ilkelerini belirler ve objektif bir yargılama sonunda adil bir karara ulaşılabilmesine imkân tanır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, adil yargılanma hakkının içerik olarak adil bir karar verilmesiyle değil, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıyla daha yakından ilgili olduğudur³¹¹. Hukuk devleti ilkesiyle bir arada düşünülmesi gereken adil yargılanma hakkına 1982 Anayasası'nın 36. ve 38. maddelerinde ayrıca yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS")'in 6. maddesinde de düzenlenen hak; masumiyet karinesi, aleni yargılanma hakkı, makul sürede yargılanma

³⁰⁹ İçel, s. 91.

³¹⁰ Ataç, s. 16.

³¹¹ Sibel İnceoğlu, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, s. 209.

hakkı, mahkemeye başvurma hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemede yargılanma hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı gibi içerisinde pek çok hak ve ilkeyi barındırmaktadır. Hakkın kapsamı AİHM içtihatları ile genişlemektedir.

Adil yargılanma hakkı, sadece yargılamaya değil; muhakemenin tamamına ilişkindir. Bu sebeple, soruşturma evresini de kapsamaktadır. Sadece şüpheli ya da sanığa tanınmış bir hak olarak kabul edilmemesi de gerekir. Zira adil yargılanma bir haktır; ancak adil yargılama da soruşturma ve kovuşturma makamları bakımından bir yükümlülüktür. Böylece adil yargılanma hakkı, adil yargılama ilkesine dönüşmektedir³¹².

Ne bis in idem ilkesinin adil yargılanma hakkı kapsamında yer alıp almadığı hususu tartışmalı bir konudur. İlke; Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 14. maddesinin 7. fıkrası ve Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 8. maddesinin 4. fıkrasında yer almaktadır. Görüldüğü gibi ilke, her iki sözleşmede de adil yargılanma hakkı kapsamında kaleme alınmıştır. Fakat ilkenin AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi kapsamında yer almadığı kabul edilmektedir. Zira ilkeye ayrıca, Ek 7. Protokol'ün 4. maddesinde yer verilmiştir. Fakat yine de, adil yargılanma hakkının *ne bis in idem* ilkesini hariç tuttuğunu söylemek kolay olmayacaktır³¹³. Bu kapsamda genel olarak, aynı kişinin, bir fiilinden dolayı yargılandıktan sonra aynı fiilden dolayı tekrar kovuşturulması adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir³¹⁴. Zira, aynı eylemi dolayısıyla failin iki kez cezalandırılması aşırı cezalandırma teşkil edecek ve bu durum adalete aykırı olacaktır³¹⁵. Bu husus YCGK'nın bir kararında da " 'non bis in idem' ilkesi adil yargılanma hakkının da doğal bir sonucudur." şeklinde ifade edilmiştir³¹⁶.

³¹² Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 51.

³¹³ Trechsel, s. 384, 385.

³¹⁴ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 220.

³¹⁵ Gülşen, s. 318.

³¹⁶ YCGK 19.1.2016 T., 2015/911 E., 2016/1 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

B. TÜRK CEZA KANUNU'NDAKİ YER BAKIMINDAN UYGULAMA HÜKÜMLERİ VE NE BIS İN İDEM İLKESİ

Ne bis in idem ilkesi TCK'da yer bakımından uygulama hükümleri içerisinde düzenlenmiştir. Kanunda yargı yetkisini düzenleyen hükümlerin başlığı ya da içeriğinde hangi yargı yetkisinden söz edildiği açıkça belirtilmediğinden hangi hükmün hangi yer bakımından uygulama ilkesi kapsamında olduğu hükmün içeriğine bakılarak tespit edilmelidir³¹⁷.

1. Mülkilik İlkesi

Türk Hukukunda kanunların yer bakımından uygulanmasında benimsenen temel ilke mülkilik ilkesidir; fakat diğer ilkelerle tamamlanan karma bir sistem uygulama alanı bulmaktadır³¹⁸. TCK'nın "Yer Bakımından Uygulama" başlıklı 8. maddesinin birinci fıkrasına göre; "Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." Buna göre; hareketin bir kısmının, tamamının ya da neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde, suçun işlendiği yerin Türkiye olduğu kabul edilerek, mülkilik sisteminin sınırları genişletilmiştir. Maddenin 2. fıkrasına göre ise; "Suç;

- a) Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında,
- b) Açık denizde ve bunun üzerindeki hava sahasında, Türk deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla,
- c) Türk deniz ve hava savaş araçlarında veya bu araçlarla,

³¹⁷ Devrim Aydın, s. 133.

³¹⁸ Mahmut Koca, Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 5, Nisan 2005, s. 24; Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 221.

d) Türkiye'nin kıt'a sahanlığında veya münhasır ekonomik bölgesinde tesis edilmiş sabit platformlarda veya bunlara karşı, İşlendiğinde Türkiye'de işlenmiş sayılır.”

Fıkroda suçun Türkiye’de işlenmiş sayılacağı hallerden söz edilmektedir. Buna ilişkin kavramlara değinmekte fayda olduğunu düşünüyoruz.

Ülke, devletin egemenliğini dilediği gibi kullandığı coğrafi alanı ifade etmektedir ve kapsamına yalnızca sınırları içinde bulunan kara parçası değil; bu kara parçasındaki göller, nehirler, kıyıları, limanları, karasuları, kara parçasının toprak altı, karasularının toprak altı ve tüm bunların üzerindeki hava sahası da dâhildir³¹⁹. TCK m.8/1’de “Türkiye'de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır.” denildikten sonra 2. fıkranın (a) bendinde “Suç Türk kara ve hava sahaları ile Türk karasularında...işlendiğinde Türkiye’de işlenmiş sayılır.” denmiştir. Bu yerler gerçek anlamda ülkeyi oluşturmaktadır.

Türk bayrağını taşıyan sivil deniz, hava ve demiryolu araçları, Türk bayrağını taşıyan deniz ve hava savaş araçları ve Türkiye’nin kıt’a sahanlığı ile münhasır ekonomik bölgesi farazi anlamda ülkeyi oluşturmaktadır. TCK m.8/2-b’ye göre; açık denizde Türk sivil deniz ve hava araçlarında veya bu araçlarla işlenen suçlar Türkiye’de işlenmiş sayılırlar ve bu suçlar hakkında TCK uygulanacaktır. Yine, TCK m. 8/2/c uyarınca, Türk deniz ve hava savaş araçları nerede bulunursa bulunsun bu araçlarda veya bu araçlarla işlenen suçlar da Türkiye’de işlenmiş sayılacak ve TCK uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada görülmektedir ki sivil hava ve deniz araçları başka bir ülkenin hava sahasında ya da karasularındayken bu araçlarda veya bu araçlara karşı suç işlenmesi halinde suç Türkiye’de işlenmiş sayılmayacak ve TCK m. 19 uyarınca yabancı ceza kanununun göz önünde bulundurulması söz konusu olabilecektir³²⁰.

³¹⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 156.

³²⁰ Koca, s. 26.

Mülkilik ilkesinin *ne bis in idem* ilkesini ilgilendiren yönü TCK'nın "Yabancı Ülkede Hüküm Verilmesi" başlıklı 9. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; "Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilmiş olan kimse, Türkiye'de yeniden yargılanır." Buna göre; Türkiye'de bir suç işlendiğinde, aynı suç nedeniyle yabancı ülkede fail hakkında verilen hükmün mahkûmiyet veya beraat olması arasında bir fark gözetilmeksizin, kişinin Türkiye'de yeniden yargılanacağı düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK'da bir yabancı Türkiye'de suç işlemiş ve yurt dışında hüküm verilmiş olsa bile Adalet Bakanı'nın izni ile Türkiye'de yeniden yargılanabilmekte; aynı durum vatandaş tarafından söz konusu olduğunda ise resen kovuşturma yapılmaktaydı. 5237 sayılı TCK'nın 9. maddesinin gerekçesinde, bu ayrıma Anayasa ile güvence altına alınan eşitlik ilkesiyle bağdaşmaması sebebiyle son verildiği belirtilmiştir³²¹. 5237 sayılı TCK failin bir Türk veya yabancı olması ayrımı yapmaksızın yurt dışında yargılama yapılmış olsa bile Türkiye'de resen yeniden kovuşturma yapılacağını kabul etmiştir³²². Türkiye'de suç işlenmesi halinde Türk kamu düzeni bozulmuştur ve bu noktada kamu düzenini bozan kişinin vatandaşlığının bir önemi bulunmamaktadır. Vatandaş-yabancı ayrımının TCK m. 3/2'de yer alan kanun önünde eşitlik ilkesiyle de bağdaşmaması sebebiyle kaldırılması yerinde olmuştur³²³. Doktrinde Ünver ve Hakeri'ye göre TCK m. 9, Ek 7 Numaralı Protokol ile çelişmektedir³²⁴. Kanaatimizce, TCK m. 9 *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası hukuktaki uygulamasına ilişkinen AİHS Ek 7. Protokol m. 4 ilkenin iç hukuktaki uygulamasına ilişkindir. Bu sebeple TCK m. 9 ile Ek 7. Protokol m. 4, ilkenin farklı uygulama alanlarıyla ilgili olduğu için, iki hüküm arasında bir çelişki bulunmadığını düşünüyoruz. Artuk ve Gökçen de *ne bis in idem* kuralının uluslararası alanda istisnasız uygulanması gerektiği görüşünden hareketle TCK m. 9'u eleştirmektedir³²⁵. Yukarıda detaylı biçimde açıklandığı üzere, *ne bis in idem* ilkesine ilişkin uluslararası

³²¹ Bu kanunun madde gerekçesi için bkz. Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 267.

³²² Şahin, s. 121.

³²³ Koca, s. 30.

³²⁴ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 661.

³²⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1022.

düzenlemelerin kendisi de bir takım istisnalara yer verdiği ve bu istisnalardan biri de mülkilik ilkesi olduğu için kanaatimizce TCK m. 9 düzenlemesi ilkeye aykırılık teşkil etmemektedir.

Türkiye'nin taraf olduğu ve ilkenin uluslararası uygulama alanına ilişkin hüküm içeren CKADAS m. 35 ve CYMDKAS m. 53'te "Ülkesinde eylem işlenen yahut kendi kanununa göre işlendiğini kabul eden Devlet de, kendisi kovuşturma istemiş olmadıkça *ne bis in idem* sonucunu kabule mecbur değildir." denerek mülkilik ilkesinin *ne bis in idem* ilkesinin istisnalarından biri olabileceği kabul edilmiştir³²⁶. Bu sebeple, TCK m. 9'daki düzenleme Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmemektedir. Yine de; Türkiye'de işlediği suçtan dolayı yabancı ülkede hakkında hüküm verilen kimsenin yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçirdiği süre, Türkiye'de yeniden yargılandıktan sonra hakkında verilen cezadan TCK m. 16³²⁷ uyarınca mahsup edilir. TCK m. 16 ile 9. maddedeki düzenlemenin yaratacağı adaletsizlik belli oranda giderilmiştir³²⁸.

Sınır aşan suçlar bakımından TCK m. 9'un uygulamasına ayrıca değinmek gerektiği kanaatindeyiz. Sınır aşan suçlar söz konusu olduğunda m. 8'deki "Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye'de işlenmesi veya neticenin Türkiye'de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye'de işlenmiş sayılır." hükmünün göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre, sınır aşan suçlarda fiil kısmen de olsa Türkiye'de işlenmişse suç Türkiye'de işlenmiş sayılacağından, bu suça ilişkin yabancı ülkede hüküm verilmişse de Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilecektir³²⁹. Bu noktada, örneğin,

³²⁶ CKADAS m. 35 ve CYMDKAS m. 53 uyarınca; yer itibarıyla yetkili olmayan devlette verilen kesin hüküm, yer itibarıyla yetkili devleti; TCK m. 9'da da düzenlendiği gibi bağlamayacaktır. Ancak; yer itibarıyla yetkili devlet, yargılama yetkisini yer itibarıyla yetkisiz devlete devretmişse, bu devlette yapılan yargılama yer itibarıyla yetkili devleti bağlar.

³²⁷ "Cezadan mahsup

Madde 16: Nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir."

³²⁸ Tezcan, Erdem, Önok, s. 248.

³²⁹ Özen, s. 396.

uyuşturucu maddenin Türkiye’den ihraç edilmesi, ihracatın gerçekleştiği ülke bakımından da ithalat olarak kabul edilecektir. Bu durumda aynı fiil, Türkiye açısından uyuşturucu madde ihracatı suçunu, yabancı ülke bakımından da uyuşturucu madde ithalatı suçunu oluşturacaktır. TCK m. 8 gereği, suç Türkiye’de işlenmiş sayılır; ancak görülmektedir ki fail aynı fiili sebebiyle birden fazla kez yargılanacak ve cezalandırılacaktır. Şayet fail yabancı ülkede, uyuşturucu madde ithalatı suçundan ceza almışsa, Türkiye’de aynı fiil sebebiyle yapılacak yargılama sonunda verilecek cezadan, yabancı ülkede verilen cezanın mahsup edilmesi gerekmektedir³³⁰. Nitekim bu hususa uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticaretini düzenleyen TCK m. 188/2’de yer verilmiştir³³¹. Bu durumda, mahsuba ilişkin genel hüküm olan TCK m. 16 değil, özel hüküm niteliğinde olan TCK m. 188/2 uygulama alanı bulacaktır³³².

2. Şahsilik İlkesi

a) Faile Göre Şahsilik

TCK’nın vatandaş tarafından işlenen suç başlıklı 11. maddesine göre; “Bir Türk vatandaşı, 13 üncü maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı bir yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede işlediği ve kendisi Türkiye’de bulunduğu takdirde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması ve Türkiye’de kovuşturulabilirliğin bulunması koşulu ile Türk kanunlarına göre cezalandırılır.”

³³⁰ Özgenç, Genel Hükümler, s. 949.

³³¹ “Uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı fiilinin diğer ülke açısından ithal olarak nitelendirilmesi dolayısıyla bu ülkede yapılan yargılama sonucunda hükmolunan cezanın infaz edilen kısmı, Türkiye’de uyuşturucu veya uyarıcı madde ihracı dolayısıyla yapılacak yargılama sonucunda hükmolunan cezadan mahsup edilir.”

³³² Gülşen, s. 339, 340.

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

Ayrıca, TCK m. 11 ve 12 hükümleri değerlendirilirken TCK m. 14 de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira, 11 ve 12. maddelerde belirtilen hallerde, soruşturma konusu suçun düzenlendiği maddede hapis cezası ile adli para cezasından birinin uygulanması seçimlik sayılmış ise kişi hakkında Türkiye’de soruşturma veya kovuşturma açılmayacaktır.

Düzenlemenin *ne bis in idem* ilkesini ilgilendiren yönü, fail hakkında Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için yabancı ülkede bu suçtan dolayı hüküm verilmemiş olmasının aranmasıdır. Maddeye göre; yabancı ülkede verilen hükümler bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. *Ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulama alanını düzenleyen hükümlere yer veren ve Türkiye’nin de taraf olduğu CYMDKAS ve CKADAS’ın 53 ve 35. maddelerinde³³³ ise bir Avrupa ceza yargısına konu olan kişinin sözleşmeye taraf diğer bir devlette tekrar yargılanamamasının sadece beraat ve belli şartlar altında da mahkûmiyet kararları bakımından kabul edildiğine yukarıda ilgili bölüm altında değinmiştik. Bu bakımdan, TCK’daki düzenleme bu sözleşmelere göre ilkenin uygulama alanını daha geniş tutmuş, temel hak ve özgürlükler bakımından daha ileri bir düzenleme benimsemiştir. Fakat madde gerekçesinde³³⁴ yabancı hükmün mahkûmiyet veya beraat kararı olması hâlinde, vatandaşın artık Türkiye’de yeniden

³³³ CYMDKAS m. 53/1, CKADAS m. 35/1: “Kesin ve yerine getirilebilir yargı kararı ile yargılanmış olan kişi/ Avrupa Ceza Yargısına konu 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,

c- Mahkeme suçluluğu tespit edip müeyyideyi tayin etmemişse, aynı eylemden ötürü diğer bir sözleşen Devlette kovuşturulamaz, mahkum edilemez veya hakkındaki müeyyide yerine getirilemez.”

³³⁴ “...yurt dışında işlediği suçtan dolayı Türk vatandaşı hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararının verilmiş olması hâlinde, artık Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacaktır.”

yargılamayacağı belirtilmiştir³³⁵. TCK m. 11, *ne bis in idem* etkisi doğurabilecek yabancı hükmü beraat ve mahkûmiyet hükmüyle sınırlamamıştır. Madde gerekçesinde metinde yer verilen hükmün anlamı ve konuluş amacı açıklanmalı, metinde yer verilmeyen bir koşula gerekçede yer verilmemelidir. Gerekçe değil, kanun metni bağlayıcı olduğu için yabancı hükmün mahkûmiyet ya da beraat olmasına bakılmaksızın, tüm hüküm çeşitleri için *ne bis in idem* etkisinin doğacağı düşüncesindeyiz. Böylece, yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet kararıyla birlikte ceza yerine ya da cezayla birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya düşmesi kararları Türkiye’de yargılamaya engel teşkil edecektir³³⁶. Bu hükümlerin Türkiye’de yargılamaya engel olabilmesi için kesinleşmiş olması gerektiği belirtilmektedir³³⁷. CYMDKAS ve CKADAS’ın açıklayıcı raporlarında yabancı ülkede verilen mahkûmiyet veya beraat kararlarının uluslararası *ne bis in idem* etkisi doğurabilmeleri için kesinleşmiş olmaları gerektiğinin belirtildiğine yine yukarıda değinmiştik. Hâlbuki TCK m. 11’de sadece “hüküm” ifadesi kullanılmış; madde gerekçesinde de kanun koyucunun sadece kesin hükümlere *ne bis in idem* etkisi tanımak istediği yönünde bir ifadeye yer verilmemiştir. Temel hak ve özgürlükler lehine yorum yapmak gerektiği için TCK m. 11’deki düzenlemenin kesinleşmemiş yabancı hükümler bakımından da uygulanacağını düşünmekteyiz. Zira CKADAS m. 37 ve CYMDKAS m. 55’te milli kanunların *ne bis in idem* ilkesinin bu sözleşmelerdeki düzenlemelerden daha geniş korunabileceği açıkça ifade edilmiştir³³⁸. Bu nedenle de, kanun koyucunun ilkeyi daha geniş bir kapsama korumak istemediğini düşünmek için bir sebep olmadığı kanaatindeyiz. Ancak, Yargıtay’ın aksi yönde kararları mevcuttur³³⁹.

³³⁵ İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2005, s. 134.

³³⁶ Koca, s. 32.

³³⁷ Koca, s. 32.

³³⁸ “ Bu kesim (“Ne Bis In Idem”), yabancı memlekette verilen ceza yargılarının “ne bis in idem” sonucunu daha geniş ölçüde kabul eden milli kanunların uygulanmasına engel olmayacaktır.”

³³⁹ “Yurtdışında işlediği suçtan dolayı Türk vatandaşı hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş ve kesinleşmiş olması halinde artık Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacaktır.

Ayrıca, TCK m. 11 yabancı mahkeme hükmünün Türkiye’de yeniden yargılamaya engel olması için cezanın yabancı ülkede kısmen ya da tamamen infaz edilmiş olmasını aramamaktadır. Bahsi geçen iki sözleşme ise yabancı mahkeme kararlarının *ne bis in idem* etkisi yaratabilmesi için beraat kararı verilmesini ya da mahkûmiyet kararı verilmişse de bunun kısmen ya da tamamen infaz edilmeye başlanmasını aramıştır³⁴⁰. Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenleme bu bakımdan da sözleşmedeki düzenlemeden daha geniştir. Bu durumda, hüküm verildikten sonra, fail cezasını çekmeden Türkiye’ye kaçsa, Türkiye’de yeniden yargılanamayacaktır. Bu durumda, yabancı mahkeme kararının Türkiye’de infaz edilmesi yolu işletilecektir³⁴¹.

Fail, yabancı mahkemece karar verilmeden yargılama aşamasında Türkiye’ye gelmişse, henüz hüküm verilmediği için diğer koşulların da varlığı halinde hakkında TCK m. 11 uyarınca yeniden yargılama yapılabilecektir³⁴². Örneğin, fail hakkında yabancı ülkede soruşturma başlatılmış ya da yargılama süreci devam ediyor olsa bile Türkiye’de aynı fiilinden dolayı yargılanabilir³⁴³.

Açıklamalar ışığında; sanığın sahte imzalarla oluşturulmuş genel kurul kararlarını kullanarak katılanlara ait Turquoise şirketine kayıtlı Fransa’da bulunan taşınmazı satıp bedelini aldığı iddia ve kabul olunup, taraflarca sunulan AIX-En Provence İstinaf Mahkemesi’nin 09.11.2006 tarihli kararına göre, sanığın suça konu sahte belgeleri Fransa’da kullanarak taşınmaz satışını gerçekleştirdiği ve satış bedelini yine aynı yerde bulunan Credit Agricole şubesindeki şirket hesabına sonrasında ise 19.12.2002 tarihinde bu hesabın kapatılıp bakiyenin Credit Lyonnais’deki 1353V nolu şahsi hesabına aktarılıp buradan 20.12.2002 ve 28.03.2003 tarihleri arasında peyder pey Finansbank Levent şubesindeki şahsi hesaba aktarıldığı kabul edilerek Fransız Mahkemeleri’nin yetkili olduğuna karar verdiğinin anlaşılması karşısında; iddianame kapsamına göre suça konu olup, sahte olduğu iddia olunan genel kurul kararları kullanılarak gerçekleştirilen Gresse noterliğince düzenlenmiş taşınmaz devrine ilişkin sahteliği ispat olununcaya kadar geçerli resmi belge niteliğinde olan belgelerin yurtdışında düzenlenip, kullanılması ve paranın yurt dışındaki şahsi hesaba aktarılmasıyla menfaat temin edilerek neticenin gerçekleştiği cihetle, yüklenen suçların tümünün yurt dışında işlendiği, aynı eylem nedeniyle sanık hakkında yabancı ülkede kesinleşmiş bir hüküm verilip verilmediği Fransız adli mercileri nezdinde araştırılıp sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini yerine, olumsuz kovuşturma şartının açıklığa kavuşturulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır.” Yargıtay 11. CD, 6.5.2011 T., 2011/2692 E., 2011/2398 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim tarihi: 5.5.2018).

³⁴⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s.166.

³⁴¹ Koca, s. 33.

³⁴² Centel, Zafer, Çakmut, s.167; Koca, s. 32.

³⁴³ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 139.

Doktrinde, fail ister Türk ister yabancı olsun, 13. madde dışındaki bir suçtan yabancı ülkede hakkında kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmesi ve kişinin Türkiye’de bulunması halinde, hükmün varlığından söz edilemeyeceğinden Türkiye’de yargılanabileceği belirtilmektedir³⁴⁴. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır³⁴⁵. Ancak, yabancı devletin Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilip de bu karara itiraz edildikten sonra itirazın reddedilmesi, yani kovuşturmayaya yer olmadığı kararının yerinde bulunması halinde, bu ret kararının Türkiye’de aynı kişinin aynı fiili nedeniyle yeniden yargılama yapılmasına engel olacağı belirtilmektedir³⁴⁶. Bu görüşe göre; CMK m. 172/2 ve 173/6 uyarınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itirazın reddi, hükme yakın bir etki yaratacaktır³⁴⁷. Bir diğer görüşe göre ise, hüküm çeşitleri CMK m. 223’te sınırlı olarak sayılmıştır; bu sebeple de kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itirazın reddi hüküm niteliğinde sonuç doğurmayacak ve yabancı ülkede verilen bu karar karşısında Türkiye’de tekrar yargılama yapılabilecektir³⁴⁸.

Faili Türk de olsa yabancı da olsa, suç yabancı ülkede işlendiği halde Türkiye’de yargılama yapıldığı durumlarda olaya Türk Kanunları uygulanacaktır. Ancak TCK m. 19 yabancı ülke kanununun göz önünde bulundurulmasını düzenlemektedir³⁴⁹. Suçun

³⁴⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s. 168; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 139; Özgenç, Genel Hükümler, s. 958; Gülşen, s. 310.

³⁴⁵ İrlanda’nın Cork Limanı’nda ... Deniz Nakliyat Şirketi’ne ait Türk bandıralı ticaret gemisi içinde bir Türk vatandaşının başka bir Türk vatandaşını öldürdüğü olayda Yargıtay, “ ‘*Non bis in idem*’ kuralı gereğince ancak yabancı ülkede verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türk Yargısını bağlayacağı, savcılık kararlarının bağlayıcı olmayacağı”na karar vermiştir. Yargıtay 1. CD, 12.10.1992 T., 1992/1605 E., 1992/2165 K. Karar metni için bkz. YKD, Ocak 1993, s. 116-118.

Gülşen, s. 331; Koca, s. 32.

³⁴⁷ Gülşen, s. 331.

³⁴⁸ Özen, s. 400.

³⁴⁹ “Türkiye’nin egemenlik alanı dışında işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye’de yargılama yapılırken, Türk kanununa göre verilecek olan ceza, suçun işlendiği ülke kanununda öngörülen cezanın üst sınırından fazla olamaz.

Ancak suçun;

a) Türkiye’nin güvenliğine karşı veya zararına olarak,

b) Türk vatandaşına karşı ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisi zararına olarak, İşlenmesi durumunda, yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.”

Türkiye'nin güvenliğine veya zararına karşı, Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulan özel hukuk tüzel kişinin zararına işlenmesi halleri hariç; yabancı ülkede işlenen suçlar dolayısıyla Türkiye'de yargılama yapılırken suçun işlendiği ülke kanunundaki cezanın üst sınırından fazla cezaya hükmedilemeyecektir.

Doktrinde TCK m. 10, çoğunluk görüşünce faile göre şahsılık ilkesi kapsamında değerlendirilse³⁵⁰ de kanaatimizce bu maddedeki düzenleme, Türkiye adına üstlenilen görev veya yapılan memuriyet dolayısıyla suç işlenmesine ilişkin olup, bu durum devletin uluslararası saygınlığını zedeleyici nitelikte olduğundan, devleti koruma ilkesi içinde değerlendirilmelidir³⁵¹. Ayrıca, yabancı ülkede memuriyet yapan kişinin Türk vatandaşı olması zorunluysa da, Türkiye namına görev üstlenen kimseler yabancı da olabileceklerinden, faile göre şahsılık ilkesi 10. maddeyi tümüyle kapsamamaktadır³⁵². Yine, 10. maddenin devleti koruma ilkesi kapsamında düşünülmesi Türkiye'nin taraf olduğu ve ilkenin uluslararası boyutunu düzenleyen sözleşmelerle de uyum içindedir. Zira 10. madde kapsamına giren hallerde, yabancı ülkede yargılama yapılmış olsa bile Türkiye'de yeniden yargılama yapılacağı düzenlenmiştir. CKADAS ve CYMDAS'de de devleti koruma ilkesi, *ne bis in idem* ilkesinin istisnaları arasında sayılmış ve bu hallerde kişinin aynı fiili dolayısıyla yeniden yargılanabileceği belirtilmiştir. Bu nedenlerle maddeye devleti koruma ilkesi başlığı altında yer verilecektir.

b) Mağdura Göre Şahsılık

TCK m. 12/2'ye göre; bir yabancıнын 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı

³⁵⁰ Dönmezer, Erman, s. 372; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1024; Centel, Zafer, Çakmut, s. 163; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Genel Hükümler, s. 155; Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 91; Şahin, s. 137.

³⁵¹ Aynı yönde bkz. Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 201; Koca, s. 35.

³⁵² Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 201; Koca, Üzülmüş, s. 752; Koca, s. 36.

ülkede bir Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlemesi ve failin Türkiye'de bulunması halinde, bu suçtan dolayı yabancı ülkede hüküm verilmemiş olması koşulu ile suçtan zarar görenin şikâyeti üzerine fail, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Dikkat edilirse, madde Türk vatandaşının suçun mağduru olmasını aramamaktadır. Bu sebeple, maddenin uygulanabilmesi için Türk vatandaşının suçtan zarar gören olması yeterlidir³⁵³.

Düzenlemenin *ne bis in idem* ilkesini ilgilendiren yönü, fail hakkında Türkiye'de yargılama yapılabilmesi için yabancı ülkede bu suçtan dolayı hüküm verilmemiş olmasının aranmasıdır. Böylece bu kanun, bir yabancının, yurt dışında Türk vatandaşının zararına suç işlemesi halinde *ne bis in idem* ilkesine geçerlilik tanımıştır³⁵⁴. Maddeye göre; burada da yabancı ülkede verilen hükümler bakımından bir ayrıma gidilmemiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi, *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulama alanını düzenleyen hükümlere yer veren ve Türkiye'nin de taraf olduğu CYMDKAS ve CKADAS'ın 53 ve 35. maddelerinde bir Avrupa ceza yargısına konu olan kişinin sözleşmeye taraf diğer bir devlette tekrar yargılanamaması sadece kesinleşmiş beraat ve belli şartlar altında da kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından kabul edilmiştir. Bu bakımdan, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme sözleşmelere göre ilkenin uygulama alanını daha geniş tutmuş, temel hak ve özgürlükler bakımından daha ileri bir düzenlemeyi benimsemiştir³⁵⁵. Bu defa, madde gerekçesinde, TCK m. 11'in gerekçesinde olduğu gibi, kanundaki "hüküm" ifadesinin sadece mahkûmiyet ya da beraat olarak anlaşılması gerektiği şeklinde bir sınırlamaya yer verilmemiştir.

Ayrıca, TCK m. 12/2 de yabancı mahkeme hükmünün Türkiye'de yeniden yargılamaya engel olması için cezanın yabancı ülkede kısmen ya da tamamen infaz edilmiş olmasını aramamaktadır. Yine, bahsi geçen iki sözleşmenin yabancı mahkeme

³⁵³ Koca, s. 34.

³⁵⁴ Koca, s. 35; İçel, s. 169.

³⁵⁵ Gülşen, s. 336.

kararlarının *ne bis in idem* etkisi yaratabilmesi için beraat kararı verilmesini ya da mahkûmiyet kararı verilmişse de bunun kısmen ya da tamamen infaz edilmeye başlanmasını araması karşısında Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenleme sözleşmelerdeki düzenlemelerden daha geniştir.

Fail, yabancı mahkemece karar verilmeden yargılama aşamasında Türkiye'ye gelmişse, henüz hüküm verilmediği için diğer koşulların da varlığı halinde hakkında TCK. m. 12/2 uyarınca yeniden yargılama yapılabilecektir³⁵⁶.

Bu suçlar, Türk vatandaşına karşı veya Türk kanunlarına göre kurulan özel hukuk tüzel kişisi zararına işlendiği için failerin Türkiye'de yargılaması yapılırken TCK m. 19/2 gereği, yabancı ülke kanunu göz önünde bulundurulmayacaktır.

Yine, doktrinde, fail ister Türk ister yabancı olsun, 13. madde dışındaki bir suçtan yabancı ülkede hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi ve kişinin Türkiye'de bulunması halinde, kesin hükmün varlığından söz edilemeyeceğinden Türkiye'de yargılanabileceği belirtilmektedir³⁵⁷. Nitekim Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır³⁵⁸.

³⁵⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s. 167.

³⁵⁷ Centel, Zafer, Çakmut, s. 168; Özgenç, Gazi Şerhi, s. 139.

³⁵⁸ “Sanık L.nin Türk vatandaşı olan A.yı Norveç'te öldürmesi dolayısıyla Norveç Kraliyet Savcılığı'nca “olayda *meşru müdafaa*nın bulunduğu Kabul edilerek *takipsizlik kararı* verilmesi gözönünde tutularak; Uşak Ağır Ceza Mahkemesi'nce “kamu davasının reddine” karar verilmiş(tir. Ancak,) “non bis in idem” kuralı gereğince, aynı fiilden iki defa cezalandırmayı engelleyebilmek için, yabancı ülkede verilen kesinleşmiş mahkeme kararlarının Türkiye'de geçerli sayılması gerekmektedir birlikte, TCK.nun 5. maddesi açıklığı karşısında takipsizlik kararlarının yabancı ülkede mahkum olmadan Türkiye'ye gelen sanıkların Türk kanunlarına göre yargılanıp cezalandırılmalarını engellemeyeceği ve 15.2.1972 tarihli “Ceza Kovuşturmalarının Aktarılması Konusundaki Avrupa Sözleşmesi'nin (RG.: 27.12.1977 / 16157) 35. maddesi hükmü göz önünde tutularak yargılamaya devamla sanık L. hakkında bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi, yasaya aykırıdır.” Yargıtay 1. CD, 25.1.1990 T., 1990/84 E., 1990/35 K. Karar için bkz. Özgenç Gazi Şerhi, s. 139, D. 50.

3. Devleti Koruma İlkesi

Koruma ilkesinin kapsamına hangi suçların dâhil olduğu doktrinde tartışmalı olup, ilkenin kapsamını belirlerken kim tarafından işlendiğine bakılmaksızın, yabancı bir ülkede, devlet çıkarlarına karşı işlenmiş bir suç bulunup bulunmadığı ve bu suç sebebiyle yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa bile Türkiye’de yeniden yargılama yapılıp yapılamayacağı hususlarının dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir³⁵⁹. Buna göre; TCK m. 10, m. 12/1 ve 13/1/b’nin devleti koruma ilkesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

TCK’nın görev suçları başlıklı 10. maddesine göre; “Yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet veya görev üstlenmiş olup da bundan dolayı bir suç işleyen kimse, bu fiile ilişkin olarak yabancı ülkede hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulursa bile, Türkiye’de yeniden yargılanır.” 10 maddedeki Türkiye adına görev yapan kişilerin yabancı ülkede işledikleri suçların Türkiye’de kovuşturulmasında da devleti koruma ilkesi geçerlidir³⁶⁰. Bu görüşümüzün gerekçesine yukarıda, faile göre şahsılık ilkesi başlığı altında yer vermiştik. Bu sebeple tekrar etme gereği duymuyoruz.

Maddedeki “hakkında mahkûmiyet hükmü verilmiş bulursa bile yeniden yargılanır.” ifadesi doktrinde, kişinin ancak yabancı ülkede mahkûmiyetine hükmedilmesi halinde Türkiye’de yeniden yargılanabileceği şeklinde yorumlanmıştır³⁶¹. Kanaatimizce “mahkûmiyet hükmü verilmiş bulursa bile” ifadesi, fail hakkında yabancı ülkede verilen tüm hükümleri kapsar niteliktedir. Zira, yabancı ülkede mahkûmiyet hükmü verilmişse bile yargılama yapılabileceği ifadesinde, diğer hüküm çeşitlerinden biri verilmişse de yeniden yargılama yapılacağı anlamı

³⁵⁹ Koca, s. 35.

³⁶⁰ Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 201; Koca, s. 35. Ancak, hükmün uygulama alanı bulabilmesi için devletin menfaatinin zedelenmesi şart olmadığından maddenin faile göre şahsılık ilkesine ilişkin olduğu konusunda bkz. Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Genel Hükümler, s. 156.

³⁶¹ Şahin, s. 134.

çıkılmaktadır³⁶². Bu sebeple, yabancı ülkede verilen hükmün mahkûmiyet, beraat, düşme, ceza verilmesine yer olmadığı ya da ret kararı biçiminde olması kişinin Türkiye’de yeniden yargılanmasını engellemeyecektir ve kişi hakkında resen kovuşturma yapılacaktır. Bu durum Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmemektedir. Zira, *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası alandaki uygulamasının istisnalarına yer veren CYMDKAS m.53/2, CKADAS m. 35/2’de “... sözleşen devletler, ... yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise, kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, “ne bis in idem” sonucunu kabul etmeğe mecbur değildir.” denerek görev suçları bakımından *ne bis in idem* ilkesine istisna getirilmiştir. Bu sebeple TCK m. 10’daki düzenleme söz konusu sözleşmelerle çelişmemektedir. Fail, yabancı ülkede mahkum olmuşsa ve cezası kısmen ya da tamamen infaz edilmişse, infaz edilen bu miktar aynı fiili nedeniyle Türkiye’de hükmolunan cezadan TCK m. 16 uyarınca mahsup edilecektir³⁶³. Ayrıca, görev suçu, Türkiye’nin zararına işlenmiş sayılacağından TCK m. 19/2 gereği, ceza tayin edilirken yabancı kanun göz önünde bulundurulmayacaktır³⁶⁴.

TCK m. 12/1’de de koruma ilkesi geçerlidir; çünkü bu suçların Türkiye aleyhine işlenmesi sebebiyle kovuşturulmalarında devletin menfaati olduğu kabul edilerek böyle bir düzenleme getirilmiştir³⁶⁵. Maddeye göre; bir yabancı, 13. maddede yazılı suçlar dışında, Türk kanunlarına göre aşağı sınırı en az bir yıl hapis cezasını gerektiren bir suçu yabancı ülkede Türkiye'nin zararına işlediği ve kendisi Türkiye'de bulunduğu takdirde, Türk kanunlarına göre cezalandırılır. Yargılama yapılması Adalet Bakanı'nın istemine bağlıdır.

Aynı maddenin 4. fıkrasına göreyse birinci fıkra kapsamına giren suçtan dolayı yabancı mahkemece mahkûm edilen veya herhangi bir nedenle davası veya cezası

³⁶² TBMM Adalet Alt Komisyonu'nun da bu yöndeki görüşü için bkz. Özgenç, Gazi Şerhi, s. 133; İçel, s. 168.

³⁶³ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 133.

³⁶⁴ Centel, Zafer, Çakmut, s.163; Tezcan, Erdem, Önok, s. 126.

³⁶⁵ Şahin, s. 136.

düşen veya beraat eden yahut eylemi kovuşturulabilir olmaktan çıkan yabancı hakkında Adalet Bakanı'nın istemi üzerine Türkiye'de yeniden yargılama yapılır. Bu fıkrada, tam olarak hangi kararlara *ne bis in idem* etkisi tanındığı açık değildir. Fıkraya göre, kovuşturulabilir olmaktan çıkma hali de *ne bis in idem* ilkesinin istisnasına dâhil edilmiştir. Doktrinde fikranın, CMK m. 223/7 ile uyumlu olmadığı, bu maddede yazan hüküm çeşitlerini genişlettiği belirtilmektedir. Bu sebeple TCK m. 12/4'te yer alan hüküm çeşitlerinin, CMK m. 223'teki (adli yargı dışındaki bir yargı yoluna yönelik görevsizlik kararı hariç olacak şekilde) tüm hüküm çeşitlerini içine alacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir³⁶⁶. Nitekim madde gerekçesinde de yabancı ülkede bir "hüküm" verilmiş olması maddenin uygulanması için yeterli kabul edilmiştir³⁶⁷. Bu durumda, madde kapsamındaki suçlar bakımından yine, *ne bis in idem* ilkesi kabul edilmemiştir. Ancak yukarıda da açıklandığı gibi bu durum Türkiye'nin taraf olduğu ve *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulamasını düzenleyen sözleşmelere aykırılık teşkil etmemektedir³⁶⁸. Zira, CYMDKAS m. 53/2 ve CKADAS m. 35/2'ye göre; "... sözleşen devletler, yargıya yol açan eylem bu Devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse... kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, "ne bis in idem" sonucunu kabul etmeğe mecbur değildir." Ancak yine de, işlenen suçtan dolayı yabancı devlet mahkemesinde bir cezaya mahkûmiyet halinde TCK m. 16 hükmü uygulanacak ve yabancı ülkede infaz edilen ceza bakımından mahsup işlemi yapılacaktır. Bu suçlar Türkiye'nin zararına işlendiği için failerin Türkiye'de yargılaması yapılırken TCK m. 19/2 gereği, yabancı ülke kanunu göz önünde bulundurulmayacaktır.

Yabancı tarafından işlenen suç başlığını taşıyan TCK m. 12'nin ikinci fıkrasında, suçun Türk vatandaşının veya Türk kanunlarına göre kurulmuş özel hukuk tüzel kişisinin zararına işlenmesi halinde yabancı yargıya *ne bis in idem* etkisi tanınmasına karşılık, maddenin birinci fıkrasına göre suçun Türkiye zararına işlenmesi halinde

³⁶⁶ Özen, s. 402.

³⁶⁷ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 143.

³⁶⁸ Gülşen, s. 335.

yabancı yargıya *ne bis in idem* etkisi tanınmamasının hem TCK m. 3'teki eşitlik ilkesine hem de Türk Ceza Kanunu'nun devleti değil bireyi ön planda tuttuğu yönündeki eğilime aykırı olduğu ifade edilmektedir³⁶⁹.

Yabancı ülkede işlenen devlete karşı bazı suçların faillerinin Türk ya da yabancı olmasına bakılmaksızın Türkiye'de Türk yasalarına göre yargılanmaları TCK'nın 13. maddesinde düzenlenmektedir. Ancak, maddede hem evrensellik ilkesi hem de koruma ilkesi birlikte düzenlendiğinden, birinci fıkrada yer alan suçlardan hangilerinin tam olarak koruma ilkesine tâbi olduğu doktrinde belirlilik kazanmamıştır³⁷⁰. Çoğunlukla sadece (b) bendinin koruma ilkesine ilişkin olduğu³⁷¹ belirtilmekle birlikte kimi yazarlar (f) bendinin de bu ilke kapsamında yer aldığını savunmaktadır³⁷². Kanaatimizce de maddenin sadece (b) bendi devleti koruma ilkesi kapsamında değerlendirilmelidir. Zira (f) bendinde yer verilen parada sahtecilik, para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti ile mühürde sahtecilik suçunda korunan hukuksal değer kamu güveni olup, korunan aslında sadece Türk parasının değil yabancı paraların da itibarıdır. Dolayısıyla (f) bendinde sayılan suçların devleti koruma ilkesi kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

13/1/b'ye göre bu suçlar şunlardır³⁷³: TCK'nın 299 ve 343. maddeleri arasında düzenlenen Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar (m. 299 - 301), Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (m. 302 - 308), Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (m. 309 - 316), Milli Savunmaya Karşı Suçlar (m. 317 - 325), Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (m. 326 - 339) ve son

³⁶⁹ Koca, s. 37; Gülşen, s. 336.

³⁷⁰ Şahin, s. 127.

³⁷¹ Tezcan, Erdem, Önok, s. 127; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, s. 1031; Demirbaş, s. 176; Hakeri, s. 92.

³⁷² Turhan'a göre 13/1/b'de düzenlenen suçların yanında 13/1/f'de düzenlenen mühürde sahtecilik suçu da devlete ait menfaatlerin korunmasıyla ilgili olduğu için evrensellik değil devleti koruma ilkesi kapsamında ele alınmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 203; Koca, s. 37.

³⁷³ Maddede ilgili suçlar; "İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı, Yedinci ve Sekizinci Bölümlerde yer alan suçlar." şeklinde ifade edilmiştir.

olarak Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar (m. 340 – 343). Üçüncü fıkraya göre; birinci fıkranın (b) bendinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılır. Başka bir deyişle, yabancı ülkede verilen hükmün türü ne olursa olsun kişi hakkında aynı fiili sebebiyle Türkiye'de yeniden yargılama yapılabilecektir³⁷⁴. Bu düzenleme de Türkiye'nin taraf olduğu ve *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulamasını düzenleyen sözleşmelere aykırılık teşkil etmemektedir³⁷⁵. Zira, CYMDKAS m. 53/2 ve CKADAS m. 35/2'ye göre; devleti koruma ilkesi kapsamındaki suçlar bakımından sözleşen devletler yabancı devletin yargısını kabul etmeyebilirler.

Bu suçlar, devlet güvenliğine karşı işlendiği için failerin Türkiye'de yargılması yapılırken TCK m. 19/2 gereği, yabancı ülke kanunu göz önünde bulundurulmayacaktır³⁷⁶.

4. Evrensellik İlkesi

Evrensellik ilkesi yeni Türk Ceza Kanunu'nda diğer suçlar başlıklı 13. maddede³⁷⁷, ilkenin kapsamını oldukça genişleterek düzenlenmektedir³⁷⁸. Türk Ceza Kanunu'nun evrensel yargı yetkisi kapsamında saydığı suçları neye göre belirlediğine tasarıda yer verilmemişse de maddede evrensellik ilkesi haricinde sayılan suçların Türkiye'nin taraf olduğu ya da taraf olma yolunda olduğu uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan

³⁷⁴ İçel, s. 171.

³⁷⁵ Centel, Zafer, Çakmut, s.171.

³⁷⁶ Centel, Zafer, Çakmut, s.172.

³⁷⁷ Doktrinde 13. maddede listelenen tüm suçların evrensellik değil, kanun sistematığı gereği devleti koruma ilkesine ilişkin olduğu da savunulmaktadır. Bu yönde bkz. Gülşen, s. 318, D. 37.

³⁷⁸ Erol Cihan, Feridun Yenisey, Ulusal Rapor -Türkiye'de Evrensel Yargı Yetkisi, 18. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi, İstanbul 20 – 27 Eylül 2009, Türk Ceza Hukuku Derneği, İstanbul 2009, s. 291.

yükümlülüklerinden ileri geldiği anlaşılmaktadır³⁷⁹. 13/1/b hariç, bu maddede sayılan suçlar³⁸⁰: Soykırım (m. 76), insanlığa karşı suçlar (m. 77), göçmen kaçakçılığı (m. 78), insan ticareti (m. 79), işkence (m. 94, 95), çevrenin kasten kirletilmesi (m. 181), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (m. 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (m. 190), parada sahtecilik (m. 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (m. 200), mühürde sahtecilik (m. 202), fuhuş (m. 227), deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (m. 223/2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (m. 152) suçları olarak ifade edilmiştir. Maddede bu suçların yabancı ya da vatandaş tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk yasalarının uygulanacağı düzenlenmektedir. Evrensellik ilkesi ile uluslararası suçların bağlantısına yukarıda değinmiştik. Tekrar etmek gerekirse; evrensel yetki ilkesi, birden fazla devletin veya uluslararası toplumun menfaatinin ihlal edilmesi halinde gündeme gelmektedir³⁸¹. Uluslararası suçlar, 5237 sayılı TCK'nın ikinci kitabının birinci kısmında soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı ve son olarak insan ticareti suçu olarak düzenlenmiştir³⁸². Maddenin 2. fıkrasında 5377 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin gerekçesinde 13. maddede sayılan ve istisna kapsamına alınan (yani a ve b bendinde belirtilen) suçlardan dolayı Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için

³⁷⁹ Cihan, Yenisey, Ulusal Rapor, s. 293.

³⁸⁰ Maddede ilgili suçlar: "İkinci Kitap, a) Birinci Kısım altında yer alan suçlar, b) işkence (madde 94, 95), d) çevrenin kasten kirletilmesi (madde 181), e) uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (madde 190), f) parada sahtecilik (madde 197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti (madde 200), mühürde sahtecilik (madde 202), g) fuhuş (madde 227), i) deniz, demiryolu veya havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması veya alıkonulması (madde 223, fıkra 2, 3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme (madde 152) suçları" olarak ifade edilmiştir.

³⁸¹ Değirmenci, s. 259.

³⁸² UCM Statüsü'nde çekirdek uluslararası suçlar olarak savaş suçuna ve saldırı suçuna da yer verilmişken TCK'da bu suçların neden düzenlenmediği konusunda kanun gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçları UCM Statüsünde uluslararası suç olarak sayılmamışken TCK'da uluslararası suçlar kısmında düzenlenmesi, bu suçların uluslararası sözleşmelerde devletlerin yaptırım uygulaması kararlaştırılan suçlardan oldukları için geniş anlamda uluslararası suça dâhil edilerek değerlendirilmektedir. Ayrıca, uluslararası sözleşmelerde geniş anlamda uluslararası suç olarak kabul edilen örneğin uyuşturucu madde suçları gibi bazı suçlar TCK'da uluslararası suçlar başlığı altında değil, suçla korunan hukuki menfaate göre ilgili yerde düzenlenmiştir. Bu yönde bkz. Değirmenci, s. 258, 259.

bu hususta, Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması gerektiği belirtilmiştir³⁸³.

13. maddenin ikinci fıkrasına göre; evrensellik ilkesi kapsamında sayılan bu suçların³⁸⁴ faillerinin Türkiye'de yargılanması Adalet Bakanı'nın talebine bağlı tutulmuştur. Üçüncü fıkra, birinci fıkranın (a) ve (b) bentlerinde yazılı suçlar dolayısıyla yabancı bir ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile, Adalet Bakanı'nın talebi üzerine Türkiye'de yargılama yapılacağını düzenlemiştir. Yukarıda (b) bendindeki suçları devleti koruma ilkesi kapsamında incelemiştik. Bu sebeple burada yalnızca a bendindeki suçlar incelenecektir. Bu suçlar; soykırım, insanlığa karşı suçlar, göçmen kaçakçılığı, insan ticaretidir. Doktrinde a bendinde belirtilen suçlar bakımından *ne bis in idem* ilkesinin uygulanmayacağı hallerin yabancı ülkede verilen hükmün beraat ya da mahkûmiyet olmasıyla sınırlandırıldığı, CMK m. 223'te sayılan diğer hüküm çeşitlerinin varlığı halinde *ne bis in idem* ilkesinin geçerli olduğu sonucunun çıktığı belirtilmektedir³⁸⁵. Bu konudaki görüşümüze, ilerleyen paragrafta Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri de göz önünde bulundurarak cevap vereceğiz.

Hükmün (a) bendinde yer alan suçlardan failin yurt dışında yargılandığı ve hakkında hüküm verilip de Türkiye'de bulunduğu³⁸⁶ ihtimalde Adalet Bakanı'nın talebi üzerine yeniden yargılama yapılacaktır. Buna göre, talep koşulunun

³⁸³ Artuk, Gökçen, Yenidünya, s. 296.

³⁸⁴ TCK m. 190'da düzenlenen uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanımını kolaylaştırma suçu, 181. maddede düzenlenen çevreyi kasten kirletme suçunun bazı fiilleri, 223. ve 152. maddelerde düzenlenen demiryolu ulaşım araçlarının kaçırılması, alıkonulması veya bunlara zarar verilmesi suçlarının evrensellik ilkesine göre Türkiye'de kovuşturulmasına yetki veren uluslararası sözleşme hükümlerinin varlığının tartışmalı olduğu; bu sebeple 13. maddedeki bu suçların evrensellik ilkesi kapsamında çıkarılması gerektiği hakkında bkz. Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 211.

³⁸⁵ Özen, s. 398.

³⁸⁶ 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanun ile ilgili Adalet Komisyonu Raporu'nda TCK m. 13'teki suçlardan dolayı Türkiye'de soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için failin Türkiye'de bulunması gerektiği ifade edilmişse de TCK m. 13'ün metninde buna ilişkin bir açıklık bulunmaması sebebiyle soruşturma başlatılması için şüphelinin Türkiye'de bulunmasının gerekmediği ve fakat CMK gıyapta kovuşturmayı kabul etmediği için ceza davası açılabilmesinin sanığın Türkiye'de bulunmasına bağlı olduğu hakkında bkz. Turhan, Hukuki Perspektifler Dergisi, s. 210.

gerçekleşmesi halinde, bu suçlar bakımından *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası uygulamasının mümkün olmayacağı düzenlenmiştir³⁸⁷. Bu durum Türkiye'nin taraf olduğu ve *ne bis in idem* ilkesine yer veren uluslararası sözleşmelere aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu sözleşmelerde³⁸⁸ ilkenin istisnalarına yer verilmişse de bu istisnalar mülkiyet ve koruma ilkeleriyle sınırlı tutulmuştur. Hükmün (a) bendinde sayılan suçlar ise Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde istisnalar kapsamında düzenlenmemektedir. Bu durumda söz konusu sözleşmelere taraf olan ülkelerde yapılan yargılamaya rağmen bu kimselerin Türkiye'de yeniden yargılanması Anayasa m. 90/5 uyarınca Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü *ne bis in idem* ilkesi insan haklarına ilişkin olup sözleşmelerle kanunların çatışması halinde sözleşmelere öncelik tanınması gerekmektedir. Bu durumda maddede sayılan suçlar bakımından Türkiye'de yeniden yargılama yapılamaz.

Hükmün (a) bendinde sayılan suçlar uluslararası suç oldukları için yabancı ülkede bu suçları işleyen vatandaş ya da yabancıların Türkiye'de cezalandırılmasının nedeni tüm insanlığı ilgilendirdiği kabul edilen bu suçların cezasız kalmamasını sağlamaktır. Fakat, failer hakkında yabancı ülkede hüküm verilmişse tekrar yargılanmaları amaca uygun düşmemektedir³⁸⁹. 16. maddede cezadan mahsup düzenlenmektedir. Maddeye göre; nerede işlenmiş olursa olsun bir suçtan dolayı, yabancı ülkede gözaltında, gözlem altında, tutuklulukta veya hükümlülükte geçen süre, aynı suçtan dolayı Türkiye'de verilecek cezadan mahsup edilir. *Ne bis in idem*, sadece ikinci kez cezalandırmayı değil ikinci kez yargılamayı da yasakladığı için yeni yargılama sonucunda verilecek cezanın eski cezadan düşülmesi ikinci kez yargılama yapılarak ilkenin ihlal edildiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu sebeple, önemli olanın ceza ile kusur arasında orantı gözetilmesi ve kusurun gerektirdiğinden fazla cezaya hükmedilmemesi olduğundan bahisle, TCK m. 13'teki şartların gerçekleşmesi halinde kişinin Türkiye'de yeniden

³⁸⁷ Köksal Bayraktar, Vesile Sonay Evik, Gülşah Kurt, Özel Ceza Hukuku Cilt I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2016, s. 14.

³⁸⁸ İlgili maddeler için bkz. CKADAS m. 35, CYMDKAS m. 53.

³⁸⁹ Centel, Zafer, Çakmut, s. 173; Gülşen, s. 337.

yargılanması ve verilecek cezadan yurtdışında infaz edilen cezanın mahsup edilmesinin hakkaniyete uygun olduğu yönündeki görüşe katılmamaktayız³⁹⁰.

13. maddenin (a) ve (b) bentleri dışında, maddede sayılan diğer suçlar bakımından Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için yabancı ülkede fail hakkında mahkûmiyet veya beraat kararı verilmemiş olması gerektiği madde gerekçesinde ifade edilmiştir³⁹¹. Doktrinde TCK m. 13/3’teki “mahkûmiyet veya beraat kararı verilmiş olsa bile” ibaresi eleştirilmekte, bunun yerine hüküm verilmemiş olması ibaresinin kullanılmasının daha isabetli olacağı belirtilmektedir³⁹². Ayrıca, bu suçlar bakımından *ne bis in idem* etkisinin beraat ve mahkûmiyet kararları yanında düşme kararlarına da tanınması gerektiği belirtilmektedir³⁹³. Bir başka görüşe göre ise; bu suçlar bakımından yabancı ülkede verilen hükmün türü önem taşımamaktadır. Türü ne olursa olsun, yabancı ülkede verilmiş bir hüküm varsa, artık bu suçlar bakımından Türkiye’de yeniden yargılama yapılamayacağı kabul edilmelidir³⁹⁴. Kanaatimizce, her ne kadar gerekçe maddenin (a) ve (b) bendi kapsamı dışında sayılan diğer suçlar bakımından yabancı ülkede ancak mahkûmiyet ve beraat kararı verilmesi halinde *ne bis in idem* etkisini kabul etse de, kanunda bu şekilde bir açıklık bulunmadığı için, adlî yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı hariç, yabancı ülkede verilen hükümlerin *ne bis in idem* etkisi yaratması gerekmektedir. Ayrıca, bu suçlar bakımından yargılama yapılabilmesi için Adalet Bakanı’nın talebi gerekir. Adalet Bakanı’nın talebi kovuşturma için aranacak olup soruşturma için gerekli değildir³⁹⁵.

³⁹⁰ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 72.

³⁹¹ “Ancak a ve b bentlerinden farklı olarak, bu bentlerde sayılan suçlardan dolayı Türkiye’de yargılama yapılabilmesi için fail hakkında yabancı ülkede mahkûmiyet veya beraat kararı verilmemiş olması gerekir.” Özgenç, Gazi Şerhi, s. 147.

³⁹² Veli Özer Özbek, Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı, İzmir Şerhi, C. 1, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2006, s. 245.

³⁹³ Gülşen, s. 326, 327.

³⁹⁴ Koca, s. 39.

³⁹⁵ Hakeri, s. 94.

5. İkame Ceza Yargısı İlkesi

Aslında ikame yargı yetkisi ilkesi kapsamındaki suçları Türkiye’de takip etmenin bir faydası bulunmadığı için ve en uygun yol faili yargılama yetkisine sahip devlete iade etmektir. Ancak bunun mümkün olmaması halinde suçluların cezasız kalmasına engel olmak için TCK m. 12/3’te ikame yargı yetkisi ilkesi düzenlenmiştir³⁹⁶.

TCK m. 12/3’e göre; bir yabancı, başka bir yabancıya karşı Türk kanunlarına göre aşağı sınırı üç yıldan az olmayan hapis cezasını gerektiren ve TCK m. 13 kapsamı dışındaki bir suçu yabancı ülkede işlerse, suçun işlendiği ülkeyle Türkiye arasında suçluların geri verilmesi anlaşmasının bulunmaması veya geri verilme isteminin suçun işlendiği ülkenin veya failin uyruğunda bulunduğu devletin hükûmeti tarafından kabul edilmemiş olması, failin Türkiye’de bulunması ve suçun düşünce suçu, askeri suç veya siyasi suç niteliğinde olmaması halinde madde uygulama alanı bulacaktır³⁹⁷.

Bu kişi hakkında yabancı ülkede hüküm verilmiş ise Türkiye’de yeniden yargılanması mümkün değildir. Çünkü maddenin 4. fıkrasında sadece yabancının, yabancı bir ülkede, Türkiye zararına işlediği suçlar bakımından yeniden yargılama kabul edilmiştir. Bu sebeple, yapılması gereken, yabancı ülkede verilen hükmün Türkiye’de infaz edilmesidir³⁹⁸.

C. CMK’DA YER ALAN NE BİS İN İDEM İLKESİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Yukarıdaki başlıkta ilkenin TCK’daki yer bakımından uygulama kuralları içindeki düzenlenişini inceledikten sonra bu başlık altında ilkenin CMK hükümleri ile bağlantısı

³⁹⁶ Koca, s. 39.

³⁹⁷ Koca, s. 39.

³⁹⁸ Koca, s. 40.

kurulmaya çalışılacaktır. *Ne bis in idem* ilkesinin iç hukuktaki geçerliliğini düzenleyen MSHS m. 17/7’de ilke, “Hiç kimse, bir ülkenin yasalarına ve ceza usulüne göre daha önce kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiil için yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz.” şeklinde yer almıştır. İlkenin yine iç hukuktaki uygulama alanını düzenleyen AİHS’ye Ek 7. Protokol’ün 4. maddesinde ise: “Hiç kimse, bir devletin ceza yargılaması usulüne ve yasaya uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı... yeniden yargılanamaz veya mahkum edilemez.” şeklinde düzenlenmiştir. İki sözleşmede de *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararlar, “beraat” ve “mahkûmiyet” kararlarıyla sınırlı olarak sayılmıştır. Bir başka deyişle, beraat ve mahkûmiyet kararları dışında yargılamayı sona erdiren diğer kararlar, bu sözleşmeler kapsamında *ne bis in idem* etkisi oluşturmayacaktır. *Ne bis in idem* ilkesinin Türk Ceza Muhakemesi Hukuku’ndaki yansımalarını düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/7 ise şu şekildedir: “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.”

Her iki sözleşme ile CMK m. 223/7 karşılaştırıldığında, ilkenin CMK’daki düzenlemesinin daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Buna göre; CMK’da *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararlar sadece mahkûmiyet ve beraat kararları ile sınırlı tutulmamış; genel olarak “sanık hakkında önceden verilmiş hüküm” şeklinde ifade edilmiştir³⁹⁹. Yine, hükmün muhakkak kesinleşmiş olması aranmamış, aynı sanık için aynı fiili nedeniyle açılmış bir davanın bulunması da ilkenin uygulanması için yeterli kabul edilmiştir. Bu sebeple 223. maddeyi incelemeye başlamadan önce hüküm kavramının Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki düzenlenişi ele alınacaktır.

³⁹⁹ Şarbak, s.17.

1. Hüküm Kavramı

Ne yürürlükteki 5271 sayılı CMK ne de 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda hüküm tanımlanmıştır. Bu nedenle, ceza muhakemesinde hükmün ne anlama geldiğine ilişkin doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Genel tanım, mahkemenin uyuşmazlık konusunda verdiği nihai karara hüküm⁴⁰⁰ dendiği şeklindedir⁴⁰¹. Tanımların ortak noktası, hükmün kaynağının muhakeme olduğu ve hüküm verilince mahkemenin sona erdiği⁴⁰². Muhakeme faaliyetini bir iddia, onun karşısındaki savunma ve bunların sentezini sağlayan hüküm oluşturur. Ceza muhakemesinde iddia ve karşı iddia dinlendikten sonra tarafların ortaya koyduğu ya da resen toplanan deliller değerlendirilerek mahkemece bir kanaate ulaşılır. Mahkeme, kanaatini verdiği hükümde belirtecektir⁴⁰³. Hükmün bir önemi de soyut normu somut olaya uygulayarak hukuku bireyselleştirmesidir⁴⁰⁴. Değinilmesi gereken bir nokta da hüküm ile ara karar arasındaki farktır. Buna göre; hüküm muhakemeyi sona erdiren ve yenilenmesi gerekmeyen karar olduğundan, ara karardan farklı olarak tek başına kanun yoluna tabi olur⁴⁰⁵.

Karar, hükmü de kapsayan bir üst kavramdır. Her hüküm bir karardır; ancak her karar bir hüküm değildir. Bu bakımdan, CMK'nın 223. maddesinde sayılan hükümler dışındaki halleri karar olarak nitelemek mümkündür⁴⁰⁶. Biz de hüküm çeşitlerini ele

⁴⁰⁰ Hükmün aslında sonkarar anlamına gelmediği, karar anlamına geldiği, kanun koyucunun 223. maddede hüküm yerine sonkarar ifadesini kullanmasının daha isabetli olacağı hakkında bkz. Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 445.

⁴⁰¹ Centel, Zafer, s. 786; Faruk Erem, Ceza Usulü Hukuku, 4. Bası, Ankara 1973, s. 475; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 11. Bası, Ankara 2017, s. 639; Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017, s. 308.

⁴⁰² Balcı, s. 12.

⁴⁰³ Kurşun, s. 40.

⁴⁰⁴ Kurşun, s. 40.

⁴⁰⁵ Koray Doğan, Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, Ağustos 2008, s. 172, 173.

⁴⁰⁶ Balcı, s. 20.

aldıktan ve ne bis in idem ilkesi ile ilişkilerini kurduktan sonra, diğer kararlar başlığı altında hüküm dışındaki kararların ilke ile ilişkisine değineceğiz.

2. Hüküm Çeşitleri

CMK ve CMUK arasında hükmün niteliği bakımından bir fark bulunmamaktaysa da her iki kanunda hüküm çeşitleri farklı şekilde düzenlenmiştir. CMK’da CMUK’tan farklı biçimde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı hüküm çeşitleri arasında düzenlenmiştir⁴⁰⁷. CMK m. 223 uyarınca; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, mahkumiyet kararıyla birlikte ceza yerine ya da cezayla birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararları hükümdür. Aynı maddenin 10. fıkrasına göre de “Adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da kanun yolu bakımından hüküm sayılır.”

223. maddede sayılan hüküm çeşitlerinin tamamının hüküm vasfına sahip olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir husustur. Beraat, mahkûmiyet, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ve mahkumiyet kararıyla birlikte ceza yerine ya da cezayla birlikte güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararlarının uyumsuzluğu esastan çözmeleri sebebiyle gerçek anlamda hüküm olduğu; fakat davanın reddi, durma, düşme ve görevsizlik kararlarının uyumsuzluğu esastan çözmeleri sebebiyle şekli anlamda hüküm olduğu savunulmaktadır⁴⁰⁸. Doktrinde, sadece işin esası hakkında verilmiş kararlara *ne bis in idem* etkisi tanınması gerektiği, başka bir deyişle; ancak beraate, mahkûmiyete, ceza

⁴⁰⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 685.

⁴⁰⁸ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 445. Doktrinde Toroslu ve Feyzioğlu, uyumsuzluğu doğrudan çözen mahkûmiyet, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi kararlarının gerçek son karar olduklarını; bununla beraber davanın düşmesi ve reddi kararlarının uyumsuzluğun esasını çözmeler de çözülemeyecek bir uyumsuzluk bulunduğunu tespit ettiklerinden yani uyumsuzluğu dolaylı biçimde çözmeleri nedeniyle son karar sayıldıklarını ifade etmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Toroslu, Feyzioğlu, s. 310.

verilmesine yer olmadığına hükmedilmesi hallerinde *ne bis in idem* etkisine sahip hükümden söz edilebileceği belirtilmektedir⁴⁰⁹.

Yukarıda MSHS ve AİHS'ye Ek 7. Protokol'de *ne bis in idem* ilkesinin düzenlenişi ile Türk Hukuku'ndaki düzenleme karşılaştırıldığında, CMK'daki düzenlemesinin daha geniş kapsamlı olduğu, *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararların, sözleşmelerdekinin aksine, sadece mahkûmiyet ve beraat kararları ile sınırlı tutulmadığı; genel olarak “sanık hakkında önceden verilmiş hüküm” şeklinde ifade edildiği belirtilmişti. Gerçekten de, hüküm çeşitleri uyumsuzluğun esasını çözenler ve esasa ilişkin bir tespitin yapılmadığı hükümler olarak ikili bir sınıflandırmaya tabi tutulabilir. Fakat bu ayrımın hükmün *ne bis in idem* etkisi taşıması bakımından bir farklılık yaratmayacağı görüşüdeyiz. Zira bir kez hüküm verilmekle uyumsuzluğun esasına ilişkin bir tespitte bulunmayan hüküm de *ne bis in idem* etkisi doğuracaktır⁴¹⁰. Bu sebeple, CMK m. 223'te belirtilen hüküm çeşitlerinin tamamı (adli yargı yolu dışında başka bir yargı yoluna yönelik görevsizlik kararları hariç) *ne bis in idem* etkisi yaratacaktır⁴¹¹.

a) Beraat Kararı

Beraat kavramının anlamına ilişkin bir düzenleme CMK'da yer almamakla birlikte 223. maddenin 2. fıkrasında hangi hallerde beraat kararı verileceği düzenlenmiştir. 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,

⁴⁰⁹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 948.

⁴¹⁰ Ataç, s. 35.

⁴¹¹ Özen, s. 412.

- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması, hallerinde verilir.”

Kararın gerekçesinde hangi beraat sebebine dayanıldığıının gösterilmesi gerekmektedir.

Beraat kararı uyuşmazlığın esasına ilişkin olduğundan *ne bis in idem* etkisi doğuracağında şüphe bulunmamaktadır. Nitekim, Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁴¹².

b) Ceza Verilmesine Yer Olmadığı Kararı

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı hukukumuz açısından yeni bir hüküm çeşididir. CMUK zamanında yerel mahkemeler ve Yargıtay tarafından ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmekteyse de ceza verilmesine yer olmadığı, kararın gerekçesini oluşturmakta ve bu gerekçeyle beraate hükmedilmekteydi. Kanun koyucu bu kavramı CMK'ya alıp ayrı bir hüküm çeşidi olarak düzenlemiştir⁴¹³. CMK'da CMUK'taki hüküm kavramından önemli ölçüde ayrılınmasının sebebi yeni TCK'da suç ve suçun unsurlarına verilen yeni anlamdır. TCK ile CMK'yı uyumlu hale getirmek için hüküm kavramını farklı şekilde düzenleme zorunluluğu ortaya çıkmıştır⁴¹⁴.

⁴¹² “Sanık hakkında darp sureti ile ihkakı hak suçundan açılan iddianamenin sonucunda Kocaeli 1. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2.6.2005 tarihli karar ile beraat hükmü verildiği ve bu hükmün kesinleştiği, aynı kararda yaralama suçundan ihbarda bulunmuş ise de, sanık hakkında sonradan müessir fiil nedeniyle açılan davada vasıf değişikliğiyle ihkakı hak suçundan kurulan ve temyiz konusu olan mahkûmiyet hükmü CMK'nun 223/7 maddesinin “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bird'ava varsa davanın reddine karar verilir.” *buyruğuna aykırı bulunduğundan, Bozmayı gerektirmiş...*” Yargıtay 3. Ceza Dairesi 16.02.2011 T., 2010/9941 E., 2011/1876 K. Karar için bkz. Mustafa Artuç, Tahir Hırslı, Hüküm Kurma Esasları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara 2011, s. 834.

⁴¹³ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 685.

⁴¹⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 689.

CMK'nın 223. maddesinde ceza verilmesine yer olmadığı kararına iki ayrı fıkrada değinilmiştir. Buna göre, ceza verilmesine yer olmadığı kararının ilk sebebi 3. fıkradaki düzenleme ışığında kusurun bulunmaması, ikinci sebebi ise suçun tüm unsurlarının gerçekleşmesine rağmen cezalandırmaya engel olan hallerin bulunmasıdır. 3. fıkradaki ilk grup düzenleme uyarınca,

- a) “Yüklenen suçla bağlantılı olarak yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya sağır ve dilsizlik hali ya da geçici nedenlerin bulunması,
- b) Yüklenen suçun hukuka aykırı fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesi suretiyle veya zorunluluk hali ya da cebir veya tehdit etkisiyle işlenmesi,
- c) Meşru savunmada sınırın heyecan, korku ve telaş nedeniyle aşılması,
- d) Kusurluluğu ortadan kaldıran hataya düşülmesi, hallerinde, sanık hakkında kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

Kusurluluğun bulunmaması kınanabilirlikle ilgilidir. Eylem tipe uygun ve hukuka aykırı olsa da kınanabilir olmadığından faili cezalandırma ihtiyacı hissedilmez. Aslında burada kusurluluğun tamamen ortadan kalkmasından değil, faile ceza verilmesini gerektirmeyecek kadar azalmasından söz edilmektedir⁴¹⁵.

Dördüncü fıkradaki ikinci grup düzenlemeye göre ise, “İşlenen fiilin suç olma özelliğini devam ettirmesine rağmen;

- a) Etkin pişmanlık,
- b) Şahsî cezasızlık sebebinin varlığı,
- c) Karşılıklı hakaret,
- d) İşlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı dolayısıyla, faile ceza verilmemesi hallerinde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir.”

Cezalandırmaya engel olan haller, aslında fiilin haksızlık oluşturma niteliğini ortadan kaldırmazlar; fakat çeşitli nedenlerle failin cezalandırılmasına engel olurlar. Yani fiil haksızlık oluşturmaya devam etmekteyse de yasa koyucunun suç politikası

⁴¹⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 687.

gereğince faile ceza verilmez. Bu nedenle cezalandırmaya engel olan haller hukuka uygunluk sebeplerinden ayrılmaktadır⁴¹⁶.

Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın gerekçesinde bu sebeplerden hangisine dayanıldığıının gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilemez (CMK 223/9).

Ceza verilmesine yer olmadığı kararı da uyuşmazlığı esastan çözdüğünden *ne bis in idem* etkisi doğuracağı konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır.

c) Mahkûmiyet Kararı

CMK m. 223/5'e göre; "Yüklenen suç işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilir." Mahkemede, suçun fail tarafından işlendiği konusunda yüzde yüz kanaate ulaşılamazsa, mahkûmiyet kararı değil şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca beraat kararı verilecektir⁴¹⁷. Ceza verilmesine yer olmadığına karar verilen hallerde de sanık suç işlemiştir; ancak kusurunun bulunmaması ya da cezalandırmaya engel olan nedenlerin varlığı sebebiyle hakkında cezaya hükmolünmemektedir⁴¹⁸.

Mahkûmiyet hükmü, TCK'da belirtilen cezalardan birinin uygulanmasını gerektirir. TCK m. 45 gereğince bunlar hapis cezası veya adli para cezasıdır. Ancak hâkim, sanığın suçlu olduğuna karar vermekle birlikte cezaya değil güvenlik tedbirine hükmedebilir. Mahkûmiyet hükmünün yanında güvenlik tedbiri de uygulanabilir; fakat bu halde hüküm, mahkûmiyet hükmü özelliğini yitirmeyecektir⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 687.

⁴¹⁷ Centel, Zafer, s. 787.

⁴¹⁸ Balcı, s. 324.

⁴¹⁹ Balcı, s. 324.

Mahkûmiyet hükmü uyuşmazlığı esastan çözdüğünden *ne bis in idem* etkisi yaratacağı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay uygulaması da bu yöndedir⁴²⁰.

d) Güvenlik Tedbiri Kararı

CMK m. 223/6'ya göre “Yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkûmiyet yerine veya mahkûmiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükümlenir.” Buna göre, güvenlik tedbirine hükmedilebilmesi için sanığın isnat edilen suçu işlediğinin sabit olması gerekir.

TCK'da güvenlik tedbirleri; “belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma”, “eşya müsaderesi”, “kazanç müsaderesi”, “çocuklara özgü güvenlik tedbirleri”, “akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri”, “tekerrür”, “sınır dışı edilme”, “tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirleri” olarak düzenlenmiştir⁴²¹. Bu yaptırımlar, cezanın uygulanamadığı veya uygulansa bile yetersiz kaldığı hallerde gündeme gelir.

⁴²⁰ “...Sanık ...'ın 29.06.2013 günü Hükümlü olarak kalmakta olduğu Gaziantep Açık Cezaevi infaz kurumundan firar ettiğinin tespit edildiği, hükümlünün veya tutuklunun kaçması suçundan sanık ...'ın, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 292/1-5 ve 62/1 maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Gaziantep 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 31.12.2013 tarihli ve 2013/554 esas, 2013/722 Sayılı kararını müteakip, sanığın aynı eylemi dolayısıyla yapılan yargılama sonucunda 5237 Sayılı Kanun'un 292/1-5 ve 62/1 maddeleri uyarınca 5 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına dair Gaziantep 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 17.04.2014 tarihli ve 2013/514 esas, 2014/302 Sayılı kararı ile aynı fiil sebebiyle iki kez yargılanıp mahkum olduğu, 5271 Sayılı CMK'nın 223/7 maddesinde "Aynı fiil sebebiyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir." hükmü gereğince sanık hakkında sonradan kurulup kesinleşen Gaziantep 6. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/514 esas, 2014/302 Sayılı esas sayılı dosyasında davanın reddine karar verilmesi gerekirken sanık hakkında aynı fiilden dolayı mahkûmiyet kararı verilmesinde hukuka uygunluk görülmemiş ve anılan kararın Kanun Yararına Bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 26.1.2017 T., 2016/6138 E., 2017/355 K., www.kazanci.com (son erişim 5.5.2018).

⁴²¹ TCK'da her ne kadar güvenlik tedbirleri başlığı altında yer almaktaysa da “hak yoksunluğu”nun bir güvenlik tedbiri değil, mahkûmiyetin yasal sonucu olduğu yönünde bkz. Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 16. Bası, Ankara 2016, s. 506.

Ne bis in idem ilkesi failin birden fazla ceza almasını engellediğinden, fail hakkında aynı fiilden dolayı cezanın yanında güvenlik tedbirine de hükmedilmesi ilkenin ihlali anlamına gelmeyecektir. Her ikisi de yaptırım çeşidi olmasına rağmen hizmet ettikleri amaç ve mahiyetleri birbirinden farklı olduğu için ilkenin cezalar ve güvenlik tedbirleri arasında uygulanabilirliğinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁴²². Zira ceza, kusuru denkleştirmeyi amaçladığı için kişisel kusur ceza verilirken göz önünde bulundurulur. Oysa güvenlik tedbiri için belirleyici olan kusurluluk değil, failin tehlikeliliğidir. Cezanın yanında güvenlik tedbirine de hükmedilmesinin sebebi ise tek başına cezalar ile ceza hukukunun koruma amacına ulaşamayacağı düşüncesidir⁴²³. Böylece, bir suç hakkında hem cezaya hem de güvenlik tedbirine hükmedilmesi ilkeyi ihlal etmeyecektir⁴²⁴.

e) Davanın Reddi Kararı

CMK m. 223/7'ye göre; aynı fiil nedeniyle aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm ya da açılmış bir dava varsa ret kararı verilecektir. Buradan çıkan sonuç, bu tür hallerde dava da açılmaması gerektiğidir; ancak yine de açılmışsa CMK m. 223/7 gereğince dava reddedilecektir⁴²⁵. Başka bir deyişle, daha önce verilmiş bir hüküm ya da açılmış davanın varlığı mutlak butlan sonucunu doğuracaktır. Bu sebeple, talep edilmese bile hâkim bu durumu resen dikkate almak zorundadır⁴²⁶. Kişi hakkında aynı fiili dolayısıyla tekrar ceza davası açılmaması, yani önceden verilmiş bir yargı bulunmaması bir ceza muhakemesi şartı olarak kabul edilmekte, bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin mahkemece resen araştırılacağı belirtilmektedir⁴²⁷.

⁴²² Özgenç, Genel Hükümler, s. 827.

⁴²³ Öztürk, Erdem, s. 505, 506.

⁴²⁴ Demirbaş, s. 827.

⁴²⁵ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 102.

⁴²⁶ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 222.

⁴²⁷ Yenisey, Nuhoğlu, s. 573, 598.

Aynı failin aynı fiili sebebiyle verilmiş bir hüküm bulunmasına rağmen yeniden dava açılmışsa, bu davaya bakan mahkeme, hükmün doğru olmadığı kanısında olsa ve olağanüstü kanun yoluna başvurma koşulları mevcut olsa dahi, ret kararı vermek zorundadır. Bu sebeple olağanüstü kanun yoluna başvurarak bu davanın sonucuna göre hareket etmek için, aykırılığın giderilmesini beklemek üzere durma kararı vermesi söz konusu olamayacaktır⁴²⁸. İlkeye rağmen kişinin aynı fiili sebebiyle ikinci hüküm verilmişse, kanun yoluna gidilmesi halinde kanun yolu mahkemesi hükmü bozmalıdır⁴²⁹. İkinci hüküm kesinleşmişse, kararı yerine getirecek makamın bu kararı yok saymaması, mahkeme hükümlerinin keyfi biçimde tanınmamasının önlenmesi için muhakemenin yenilenmesi yoluna başvurularak butlan yaptırımının uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁴³⁰.

Bu hüküm türü *ne bis in idem* ilkesinin ceza muhakemesine yansımasıdır. Doktrinde maddede belirtilen “hüküm”ün kesinleşmiş hükmü ifade ettiğini savunan bir görüş⁴³¹ olduğu kadar hükmün kesinleşmemiş olmasının bir önemi olmadığı⁴³² da belirtilmektedir. Zira maddede ret kararı verilebilmesi için aynı fiil nedeniyle aynı sanık hakkında önceden verilmiş bir hükmün veya derdest bir davanın bulunması gerektiği düzenlenmektedir. Buna göre, önceden verilen hükmün kesinleşmesinin bir önemi olmaksızın derdest dava veya verilmiş mahkeme hükmü aynı failin aynı fiili sebebiyle açılan yeni davanın reddine neden olacaktır.

CMK m. 223/7’deki düzenlemenin sadece “sanık” ve “davanın reddi”nden bahsetmesi sebebiyle eksik kaleme alındığı, hükmün soruşturma sırasında şüpheliler bakımından da etki göstermesi gerektiği savunulabilir. Buna göre, CMK m. 223/7’deki düzenleme dikkate alındığında, *ne bis in idem* ilkesinin bir dava şartı olarak kabul edildiği söylenebilecektir. Ancak, CMK m. 172/1 uyarınca, derdest bir dava bulunması,

⁴²⁸ Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s. 117.

⁴²⁹ Özen, s. 414; Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 662.

⁴³⁰ Yenisey, Nuhoglu, s. 126; Kunter, Yenisey, Nuhoglu, s. 119.

⁴³¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 947.

⁴³² Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 660.

kovuşturma olanağının bulunmaması olarak değerlendirilerek verilecek kovuşturmaya yer olmadığı kararı aynı zamanda bir soruşturma engeli de yaratacaktır. Bu durumda, CMK m. 223/7 ve CMK m. 172/1 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, CMK'da, *ne bis in idem* etkisinin, muhakeme şartı olarak yer aldığı söylenebilir⁴³³. Yargıtay'ın da ilkeyi sadece bir kovuşturma şartı olarak değil, bir muhakeme şartı olarak nitelendirdiği, ilkenin soruşturma aşamasında da uygulama alanı bulacağını belirttiği kararları bulunmaktadır⁴³⁴. Öte yandan doktrinde, CMK m. 223/7 ile ceza

⁴³³ Ataç, s. 38.

⁴³⁴ "Ceza muhakemesi yapılabilmesi için birtakım 'olmazsa olmaz' (*sine qua non*) şartlar bulunmaktadır. Bu bağlamda muhakeme yapılabilmesinin şartlarından birisi de 'Non bis in idem' olarak ifade edilen, aynı fiilden dolayı verilmiş bir hükmün veya açılmış bir davanın bulunmamasıdır... 1412 Sayılı CMUK'nda soruşturma aşamasına dair 'Non bis in idem' ilkesini karşılayacak bir düzenlemeye yer verilmemiş iken, 5271 Sayılı CMK'nun 172. maddesinin 2. fıkrasında 'Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz' denilmek suretiyle 'non bis in idem' ilkesinin ceza soruşturmasını da kapsamı sağlanmıştır. Soruşturma aşamasında, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar, muhakeme faaliyeti sonunda, yargılama makamı tarafından verilmiş kararlar olmayıp, adli-idari nitelikte kararlardır. Ancak, bu kararlara itiraz yolunun açık olması sebebiyle itiraz üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, mahkeme denetiminden geçerek, yargı halini alır ve yargı otoritesi özelliğini gösterir. Gerek itiraz üzerine kesinleşen, gerekse itiraz edilmeksizin kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlar bakımından, yeni delil ortaya çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı Cumhuriyet savcısı aynı işe tekrar el atamayacağından, kesin hükmün önleme etkisine benzer bir hal doğmaktadır.

Kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilmesi üzerine, itiraz reddedildiğinde bu karar kesinleşir. İtirazın reddi üzerine yeni delil olsa dahi, aynı fiilden dolayı Cumhuriyet savcısının kendiliğinden dava açması mümkün değildir. Önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan merciin, kamu davasının açılması hususunda karar vermesi gerekir. Diğer bir anlatımla Cumhuriyet savcısınca kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilip karar itiraz edilmeksizin kesinleştiğinde Cumhuriyet savcısının aynı işe tekrar el atması için, yeni bir delilin ortaya çıkması yeterli iken; kovuşturmaya yer olmadığına dair karara itiraz edilerek itiraz merciine başvurulduğunda; itiraz merciinin kararı ile kovuşturmaya yer olmadığı kararı kesinleşmişse, Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi için, (5271 Sayılı CMK'nda yargılama makamının kararını Cumhuriyet savcısının kaldırması kabul edilmediğinden) yeni delilin yanında, önceden verilmiş itiraz dilekçesi hakkında karar veren merciin, kamu davasının açılması hususunda, yeniden bir karar vermesi gereklidir. Bu husus kanun koyucu tarafından ceza muhakemesi şartı olarak düzenlenmiştir.

Kanun koyucu, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın dava zamanasını süresince bir tehdit oluşturmasını önlemek amacıyla, aynı kişi hakkında, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturma başlatmak için yeni delil şartını getirerek, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararlara 'kesin hüküm' niteliği vermemekle birlikte, kişiler açısından hukuki güvenli alan oluşturarak adeta 'kesin hükmün önleme etkisini yaratan bir hal' olarak düzenlemiştir. Bu suretle, insan haklarını ilgilendiren yönü sebebiyle şüpheliye önemli bir yargısal güvence getirilmiş, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar, kesin hükmün önleyici etkisine benzer sonuçlar doğuran bir karar niteliğine sahip olmuştur. Böylece, kişilere getirilen kanuni teminatla, soruşturma aşamasına tekrar dönülebilir endişesi ortadan kalkmış bulunmaktadır. Nitekim Yargıtay uygulamaları da bu yönde istikrar kazanmıştır.

kovuşturmasının tekliğinin yasal güvence altına alındığı, soruşturmanın tekliğinin kabul edilmediği de belirtilmektedir. Buna göre; CMK m. 172/2 kovuşturmaya yer olmadığına karar verildikten sonra yeni delil ortaya çıkması halinde soruşturmanın yenilenebileceğini ortaya koymaktadır, bu da soruşturmaların tekliğinin kabul edilmediğinin göstergesidir⁴³⁵. Kanaatimizce, önceden verilmiş kesin hüküm, hüküm ya da devam etmekte olan bir dava olmasına rağmen aynı failin aynı fiili sebebiyle soruşturma açılması halinde esasen soruşturmaya devam etmeyerek soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir; ancak bu karar türü CMK'da sadece m. 158/6'da sınırlı sayımla belirtilen hallerde (ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması) verilebileceğinden, soruşturmada ilerlemeksizin kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Davanın reddi kararı uyuşmazlığın esasını çözen değil, uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmesini engelleyen bir durumun varlığını ortaya koyan karardır. Bu sebeple doktrinde davanın reddi kararının gerçek anlamda son karar olmadığından *ne bis in idem* etkisi yaratmayacağı da belirtilmektedir⁴³⁶. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, CMK m. 233'te sayılan hüküm türlerinin esası çözüp çözmemelerine bakılmaksızın *ne bis in idem* etkisi doğuracağı kanaatindeyiz.

Cumhuriyet savcısınca verilip denetimden geçmeden kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar ile merciince itirazın reddedilmesi üzerine kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar arasında, önleme etkisi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır. Zira CMK'nun 172/2. maddesinde 'kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra' ifadesi kullanılmakta, yeni bir delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmayacağı ifade edilmektedir.

Nitekim öğretilerde de; kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesin hüküm teşkil etmediği, ancak yeni delil meydana çıkmadıkça aynı fiilden dolayı fail hakkında yeniden soruşturma işlemlerine başlanamayacağı ve kamu davası açılmayacağı, kovuşturmaya yer olmadığına dair karara yapılan itirazın merciince ret edilmesi durumunda ise Cumhuriyet savcısının fail hakkında aynı fiilden dolayı kamu davasını açabilmesinin yeni delilin meydana çıkmasının yanında önceden verilen dilekçe hakkında karar vermiş olan merciin bu hususta karar vermesine bağlı olduğu, bu hususun kanun koyucu tarafından ceza muhakemesi şartı olarak düzenlendiği vurgulanmıştır." YCGK 19.1.2016 T., 2015/911 E., 2016/1 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

⁴³⁵ Centel, Zafer, s. 635, D. 23.

⁴³⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 948.

f) Düşme Kararı

CMK'ya göre iki halde düşme kararı verilir. Bunlardan ilk grup, TCK'da düzenlenen; sanığın veya hükümlünün ölümü (TCK m. 64), af (TCK m. 65), dava zamanaşımı (TCK m. 66), uzlaşma ve şikâyetten vazgeçme (TCK m. 73) ile önödemedir (TCK m. 75). İkinci grup sebep ise soruşturma veya kovuşturma şartının gerçekleşmeyeceğinin anlaşılmasıdır. CMK m. 223/9 uyarınca, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde düşme kararı verilemez.

Düşme kararları da uyuşmazlığın esasını çözen kararlardan değildir. Bu sebeple doktrinde düşme kararlarının gerçek anlamda son karar olmadığı *ne bis in idem* etkisi yaratmayacakları belirtilmiştir⁴³⁷. Bir diğer görüşe göre ise; özellikle önödeme ve uzlaşma nedeniyle verilen düşme kararları *ne bis in idem* etkisi doğuracaktır. Her ne kadar önödeme ve uzlaşmaya dayalı olarak verilen düşme kararları işin esasını çözmeler de *ne bis in idem* etkisi doğururlar⁴³⁸. Gerçekten de düşme kararı verilmesine yol açan nedenler uyuşmazlığı esastan çözmektedir; fakat kanun bu karar türünün de hüküm niteliğinde oluşunu açıkça kabul ettiği için, düşme kararlarının *ne bis in idem* etkisi doğurmayacağını savunmanın kanunun açık hükmü karşısında mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

g) Durma Kararı

Durma kararı CMK m. 223/8 uyarınca, soruşturma veya kovuşturma yapılması şarta bağlıysa ve bu şart henüz gerçekleşmemişse, gerçekleşmesini beklemek üzere verilir.

⁴³⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 948.

⁴³⁸ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 662.

Durma kararı hüküm niteliğinde değildir; çünkü muhakeme şartı gerçekleştiğinde muhakeme kaldığı yerden devam edecektir⁴³⁹. Bu karar uyuşmazlığı ne doğrudan ne de dolaylı olarak çözmektedir, bu sebeple de son karar olarak kabul edilmez⁴⁴⁰. Nitekim CMK m. 223/1’de hüküm çeşitleri arasında gösterilmemiş ve fakat m. 223/8’de hangi hallerde durma kararı verilebileceğinden bahsedilmiştir. Bunun sebebi, teknik anlamda bir hüküm olmamasına rağmen durma kararı verilmesini gerektiren hallerin varlığı ve kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmesidir⁴⁴¹. Bu karar türü, CMK’da bir hüküm çeşidi olarak kabul edilmediğinden *ne bis in idem* etkisi doğurmaz⁴⁴². Bu karara karşı itiraz kanun yoluna (CMK m. 267) gidilebileceği kanunda açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca, CMK m. 223 hükmü uyarınca, derhal beraat kararı verilebilecek hallerde, beraat kararının daha lehe olması sebebiyle, durma kararı verilemez.

h) Adli Yargı Dışındaki Bir Yargı Merciiine Yönelik Görevsizlik Kararı

CMK m. 223/10’a göre; “Adlî yargı dışındaki bir yargı merciiine yönelik görevsizlik kararı kanun yolu bakımından hüküm sayılır.” Aslında bu kararlar uyuşmazlık hukuken çözümlenmemektedir; fakat mahkeme uyuşmazlığın ceza yargılamasına konu olamayacağına karar vermektedir. Adli yargı dışında uyuşmazlığın görülmesine devam edilebilecektir. Başka bir deyişle, bu kararın *ne bis in idem* etkisi doğurmayacağı açıktır⁴⁴³. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; aynı yargı kolu içinde yer alan mahkemeler arasındaki görevsizlik kararlarının hüküm teşkil etmeyeceğidir.

⁴³⁹ Centel, Zafer, s. 792.

⁴⁴⁰ Toroslu, Feyzioğlu, s. 311.

⁴⁴¹ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 692.

⁴⁴² Özgenç, Genel Hükümler, s. 947.

⁴⁴³ Özen, s. 398.

Görevsizlik kararının hüküm statüsünde olabilmesi için mutlaka iki ayrı yargı koluna ilişkin olması gerekmektedir⁴⁴⁴.

3. Diğer Kararlar

Bu bölümde, hüküm niteliği taşımadığı halde *ne bis in idem* ilkesiyle ilişkisi olan karar türlerine, ilkeyle bağlantılı oldukları noktalarla sınırlı olarak yer verilecektir.

a) Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması

Erteleme kurumunun özel bir çeşidi olarak kabul edilen hükümün açıklanmasının geri bırakılması (“HAGB”) bir cezanın bireyselleştirilmesi aracıdır⁴⁴⁵. Kurulan hükümün sanık hakkında hukukî sonuç doğurmamasını ifade eden kurum, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre; HAGB kararı verilebilmesi için sanık hakkında mahkûmiyet hükmü verilmesi ve hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası olması; uzlaşmanın sağlanmamış olması; sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm edilmemiş olması; mahkemece sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması; suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi ve sanığın kendisi hakkında HAGB kararı verilmesini kabul etmesi gerekmektedir. Şartların sağlanması halinde mahkemece, HAGB’ye karar verilebilecektir. Bu durumda mahkeme HAGB kurumunu uygulayarak sanık hakkında kurulan mahkûmiyet hükmünü denetim

⁴⁴⁴ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 693.

⁴⁴⁵ Yusuf Solmaz Balo, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2016, s. 33, 34.

süresince askıya alacak, sanık bu süreci belirlenen kurallara uygun bir şekilde geçirdiği takdirde dava düşürülecek, aksi takdirde mahkeme geri bıraktığı hükmü açıklayacaktır.

HAGB kararı, hüküm niteliğinde değildir⁴⁴⁶. Zira hüküm çeşitleri CMK m. 223'te *numerus clausus* olarak sayılmıştır ve bu maddede HAGB'ye hüküm çeşitleri arasında yer verilmemiştir. Yargıtay da, erteleme kararını ara karar olarak değerlendirmekte, denetim süresi sonunda düşme kararının verilmesini ya da ertelenen hükmün açıklanmasını, hüküm olarak kabul etmektedir⁴⁴⁷. HAGB ile birlikte, kurulan hüküm belli bir süreyle sanık hakkında sonuç doğurmayacaktır. Bu süreçte sanık tıpkı yargılaması devam eden bir kimsenin durumunda kalmakta, yapılan yargılama geçici bir süreyle askıya alınmaktadır. Askı süresi boyunca yargılanan kimsenin sanık sıfatı devam eder; ancak hükümlü sayılmaz⁴⁴⁸. Mahkûmiyet kararı açıklanıp ilgililere bildirilmediğinden kanun yoluna başvurulamaz ve böylece hüküm kesinleşmez⁴⁴⁹. Ancak HAGB kararlarına karşı itiraz edilebilecektir.

HAGB kararı hüküm niteliğinde değilse de denetim süresi boyunca aynı sanık hakkında aynı fiilden dolayı dava açılmasını engelleyecektir, zira bu süreçte dava derdesttir⁴⁵⁰. Bu nedenle CMK m. 223/7 gereği, açılan yeni davanın reddi gerekmektedir. Bu halde HAGB kararının varlığı *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından bir özellik göstermemektedir.

b) Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı

⁴⁴⁶ Rezan Epözdemir, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2016, s. 51; Özen, s. 413.

⁴⁴⁷ YCGK. 03.02.2009 T., 2009/4-13 E., 2009/12 K., www.kazanci.com.tr (son erişim 15.5.2018).

⁴⁴⁸ Mustafa Artuç, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2010, s. 8, 9; Hüseyin Turan, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014, s. 31; Enver Kumbasar, Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2012, s. 48.

⁴⁴⁹ Centel, Zafer, s. 800.

⁴⁵⁰ Centel, Zafer, s. 800; Balo, s. 36; Özen, s. 413.

Cumhuriyet Savcısı, CMK m. 172/1 uyarınca, soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturan delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Bu karar verildikten sonra, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu konuda sulh ceza hakimliği tarafından bir karar verilmedikçe, şüphelinin aynı fiilinden dolayı kamu davası açılmayacağı CMK m. 172/2'de açıkça belirtilmiştir.

Doktrinde bir görüş, CMUK'da savcının takipsizlik kararından sonra hiçbir koşula bağlı olmadan kamu davası açabildiği sistemin köklü bir biçimde değiştirilmesi karşısında, yeni sistemde kovuşturmaya yer olmadığı kararının kesin hüküm niteliğini aldığını belirtmektedir⁴⁵¹. Karşı görüş ise, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararından sonra yeni delil ortaya çıkmadıkça dosyanın mevcut haline göre yeniden iddianame düzenleyemeyeceği için bu kararın kesin hüküm niteliğinde olmadığını kabul etmektedir. Yeni delilin kendiliğinden ortaya çıkması çok istisnai bir durum olduğundan, mevcut düzenleme Cumhuriyet savcısının yeni delil araştırmasını engellemekte ve bu sebeple de kovuşturma evresinin kesin olarak kapanmasına imkân tanımamaktadır⁴⁵². Bu görüş uyarınca, CMK m. 172/2'de kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmesi ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmesi aransa da Cumhuriyet savcısı kendiliğinden ya da ilgilinin isteği üzerine kovuşturmanın kararını kaldırarak soruşturmaya devam edebilecektir; zira kanunda yukarıdaki iki şart soruşturmaya devam edebilmek bakımından değil iddianame düzenleyebilmek bakımından aranmaktadır⁴⁵³. Bunun yanında, Cumhuriyet savcılığının adli-idari bir makam olması sebebiyle Adalet Bakanı'nın amir sıfatıyla, Cumhuriyet savcılarında, kovuşturmaya yer olmadığı kararını geri alarak soruşturmaya

⁴⁵¹ Yenisey, Nuhoglu, s. 672.

⁴⁵² Centel, Zafer, s. 522.

⁴⁵³ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 466.

devam etmelerini emretmesi mümkündür. Ancak 5271 sayılı CMK'da böyle bir yetkiye açıkça yer verilmediği için bu emir bağlayıcı olmayacaktır⁴⁵⁴.

Üçüncü görüşe göre ise; her ne kadar kovuşturmaya yer olmadığı kararı adli-idari bir işlem olması sebebiyle kesin hüküm teşkil etmese de insan haklarını ilgilendiren bir yönü bulunduğu için sıradan bir idari işlem niteliğinde de değildir. Bu karar kesin hüküm oluşturmadığı için gerektiğinde yeniden ele alınıp soruşturma yapılabilir; fakat kolluğun keyfi olarak soruşturma işlemlerine tekrar başlamaması adına soruşturmaya ancak kovuşturmaya yer olmadığı kararının gerekçesi ortadan kalktığında devam edilebilmesi kabul edilmelidir. Bu gerekçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılabilmesi için yeni delilin elde edilmesinin aranmasından hareketle, sadece yeni bir delil olabilir. O halde, yeni ve soruşturmaya başlanması için yeterli delil ortaya çıkmadıkça soruşturmaya devam edilememelidir. Aksi bir tutum hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacaktır⁴⁵⁵. Başka bir deyişle, kovuşturmaya yer olmadığı kararı her ne kadar kesin hüküm niteliğinde değilse de sağladığı bir hukuki güvence bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 19.1.2016 tarihli kararı⁴⁵⁶ da bu yöndedir. Karara göre; "...kişinin tekrar yargılanma ihtimali altında yaşaması, hukuk güvenliğini ihlal eden bir durumdur. Bu anlamda kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların Cumhuriyet savcısı tarafından her zaman ve koşulsuz olarak yeniden canlandırılabilir olması, zamanaşımı süresince şüphelinin başında 'Demoklesin Kılıcı' gibi durması, bireyin özgürlüklerini ve hukuk güvenliğini tehdit eder niteliktedir. Nitekim bu husus CMK'nun 172. maddesinin gerekçesinde de açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu, kişi

⁴⁵⁴ Centel, Zafer, s. 560.

⁴⁵⁵ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 502, 503.

⁴⁵⁶ "1412 sayılı CMUK'nda soruşturma aşamasına ilişkin "Non bis in idem" ilkesini karşılayacak bir düzenlemeye yer verilmemiş iken, 5271 sayılı CMK'nun 172. maddesinin 2. fıkrasında "Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra yeni delil meydana çıkmadıkça, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz" denilmek suretiyle "non bis in idem" ilkesinin ceza kovuşturmasını da kapsamı sağlanmıştır... Bir başka ifade ile "non bis in idem ilkesinin etkisi bakımından soruşturma aşamasında verilen kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kovuşturma evresi sonunda verilen hükümden, kanunda belirlenen şartlar gerçekleşmediği sürece kişiye sağladığı hukuki güvenlik alanı açısından farklı olmadığı kabulü gerekmektedir." YCGK 19.1.2016 T., 2015/911 E., 2016/1 K. Aynı yönde bkz. YCGK, 23.6.2015 T., 2013/700 E.,2015/241 K.; YCGK, 23.6.2015 T., 2013/7-700 E., 2015/241 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

özgürlüğünü tehdit eden bu durumu bertaraf edebilmek için kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın kesinleşmesinden sonra şüpheli hakkında yeniden soruşturma yapılabilmesini 'yeni delilin meydana çıkması' şartına bağlamıştır... Aynı fiile dair olarak daha önceden verilip kesinleşen kovuşturmaya yer olmadığına dair karar bulunduğu halde CMK'nun 172/2. maddesi anlamında 'yeni delil' meydana çıkıp çıkmadığı açıklığa kavuşturulmadan ve CMK'nun 173/6. maddesinde belirlenen ceza muhakemesi şartı gerçekleşmeden ...nca yapılan farklı hukuki nitelermeye dayanılarak ... Cumhuriyet Başsavcılığınca, sanıklar hakkında aynı fiilden dolayı kamu davası açılması bir hukuk devletinde kanuna, adil yargılanma hakkına ve 'non bis in idem' ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.”

Kanaatimizce, kovuşturmaya yer olmadığı kararı savcılık kararı olduğundan ve Anayasa m. 138, 145'te yargılama yetkisinin hakimler ve mahkemeler tarafından kullanılacağı belirtildiğinden, savcılığın görevi doktrinde adalete ilişkin idari bir görev olarak nitelendirilmekle⁴⁵⁷ aslında bir idari karar niteliğindedir. Bu sebeple de adli kesinliği ifade etmez⁴⁵⁸, o anki delillerle yeterli şüpheye ulaşamadığını gösterir. Her ne kadar kovuşturmaya yer olmadığı kararı adli kesinliği ifade etmese de bir güvence sağlamaktadır. Yukarıda zikredilen YCGK kararına⁴⁵⁹ göre de “Adil yargılama, ceza muhakemesi hukukunda, sanığa ve mağdura tanınan hakların tümü ve insan hakları ihlal edilmeden yapılan yargılama olarak tanımlanmakta olup, soruşturma ve kovuşturma evrelerinin tamamında geçerli olan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha önce soruşturma veya kovuşturmaya tâbi tutulmuş olan bireyin, aynı fiilden dolayı tekrar soruşturmaya veya kovuşturmaya tâbi tutulması ve hatta buna tâbi tutulabileceği endişesi taşıması adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu ilkenin temelinde insan onurunun korunması yatmaktadır. Kişinin daha önce soruşturma ve kovuşturmaya tâbi olduğu fiilden dolayı, önceden kanunla belirlenmiş

⁴⁵⁷ Centel, Zafer, s. 124.

⁴⁵⁸ “Takipsizlik kararları hüküm niteliğinde olmayıp hükmün sonuçlarını doğurmaz.” Yargıtay 10. CD, 24.2.1993 T., 1993/14561 E., 1993/2250 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

⁴⁵⁹ YCGK 19.1.2016 T., 2015/911 E., 2016/1 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

istisnai şartlar gerçekleşmeden tekrar şüpheli veya sanık statüsüne sokulması, insan olmasından kaynaklanan varlığını yani onurunu zedeleyici niteliktedir.” Bu sebeplerle, adli kesinliği ifade etmese de kovuşturmaya yer olmadığı kararının *ne bis in idem* etkisi yaratan bir hal olarak düzenlendiği düşüncesindeyiz⁴⁶⁰. Başka bir deyişle, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra, aynı şüphelinin aynı fiili dolayısıyla yeniden soruşturma başlatılması halinde, soruşturmada ilerlenmeksizin soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekteyse de bu karar türü ancak CMK m. 158’de sınırlı sayımla belirtilen hallerde uygulanabileceğinden derhal kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı verilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu konudaki tartışmaları nihayetlendirmek adına CMK’da bir değişiklik yapılarak *ne bis in idem* ilkesinin açıkça muhakeme şartı olarak düzenlenmesi gerektiği kanaatindeyiz⁴⁶¹.

Aynı kişinin aynı fiiline ilişkin ikinci soruşturmanın ilk kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı veren savcılıktan başka yer savcılığınca yeniden başlatılması halinde öncelikle bir görev uyuşmazlığı söz konusu olacaktır. CMK m. 161/7 “Yetkisizlik kararı ile gelen bir soruşturmada Cumhuriyet savcısı, kendisinin de yetkisiz olduğu kanaatine varırsa yetkisizlik kararı verir ve yetkili savcılığın belirlenmesi için soruşturma dosyasını, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesine gönderir. Mahkemece bu konuda verilen karar kesindir.” demekle her iki savcılığın da kendisini yetkisiz görmesi hali bakımından düzenleme getirmektedir. Yine, m. 37/2 yargı çevresi içerisinde bulunan adli yargı ilk derece ceza mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarının çözümlenmesine ilişkin düzenleme getirmiş, fakat soruşturma aşamasında savcılıklar arasında çıkan yetki uyuşmazlıkları konusunda sessiz kalmıştır. Her iki maddenin de bu konuda sessiz kalması sebebiyle, CMK m. 172/2 uyarınca yetkili savcılığın sulh ceza hâkimliğince belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz. Yetkili savcılık ikinci

⁴⁶⁰ Aynı yönde bkz. Ersan Şen, s. 46.

⁴⁶¹ Aynı yönde bkz. Ataç, s. 173, 174.

soruşturmayı yürüten savcılık olarak belirlenmişse ve bu sırada yeni delil ortaya çıkmışsa ilk kovuşturmaya yer olmadığı kararını veren savcılıktan bu kararın kaldırılması talep edilebilecektir.

Daha önce soruşturulmasına başlanılmış bir olay hakkında daha sonra başka bir soruşturmaya başlanarak iddianame düzenlenip mahkemeye verilmesi halinde Ünver ve Hakeri'ye göre, bu iddianame CMK m. 174 kapsamında değerlendirilerek reddedilebilecektir⁴⁶². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise iddianamenin iadesi sebepleri CMK m. 174/1'de sınırlı sayıdadır; bu sebeple bu madde uyarınca iddianame iade edilemeyecektir. Ancak mahkemenin kendisini yetkili ve görevli görmeyerek iddianameyi reddetmesi gerekmektedir⁴⁶³.

Kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı suçtan zarar gören, kararın tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde, kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine CMK m. 173'e göre itiraz⁴⁶⁴ (kovuşturma davası) edilebilir. İtirazın sulh ceza hakimliğince reddedildiği ihtimalde, kamu davasının açılması sorunu bir yargı kararıyla çözümlendiğinden yeni deliller ortaya çıkmadan ve sulh ceza hakimliğince bu durumun değerlendirilip kamu davası açılmasına karar verilmeden Cumhuriyet savcısının iddianame düzenlemesi mümkün olmayacaktır (CMK m. 173/6). Sulh ceza hakimliği istemi yerinde bularak kamu davasının açılması gerektiğine karar verirse, savcı iddianame düzenlemek zorundadır. Kanun'da hem kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı yapılan itirazın sulh ceza hâkimliğince reddedilmesi hem de itirazın kabul edilmesi bakımından şüpheliye veya savcıya tanınmış bir kanun yolu bulunmamaktadır. Doktrinde, bu karar türünün soruşturmaya ilişkin bir hâkimlik kararı

⁴⁶² Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 660.

⁴⁶³ Özen, s. 412.

⁴⁶⁴ Kanun'da itiraz olarak nitelendirilmekle birlikte esasen ortada bir hakimlik kararı ya da mahkeme kararı bulunmadığı için söz konusu başvuru teknik anlamıyla itiraz olmayıp, idari bir makamın kararına karşı açılan tali bir ceza davası niteliğinde kabul edilmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz. Centel, Zafer, s. 556.

olarak kabul edilmesi halinde CMK m. 267 ve devamında düzenlenen itiraz kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁵.

Konu bakımından özel bir önem teşkil ettiği için, olumsuz muhakeme şartı olarak düzenlenen önödeme ve uzlaşmaya bu başlık altında ayrıca değineceğiz.

ba. Önödeme Sebebiyle Verilen Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı

Önödeme, cezası hafif olan suçlarla yargı organlarını meşgul etmeme, mahkemelerin yükünü hafifletme, zaman tasarrufu sağlama gibi gerekçelerle desteklenmekte; öte yandan yargılamasız ceza anlamına geleceği, kişinin masum olduğu halde hakkında ceza davası açılmasından korkarak para cezasını ödemeyi tercih edebileceği gibi gerekçelerle de eleştirilmektedir⁴⁶⁶. Doktrinde önödemenin hukuki niteliği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır; ancak Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile önödemeye ikili bir hukuki nitelik tanınmıştır⁴⁶⁷. Buna göre; önödemenin soruşturma evresinde uygulanan türü bir ceza muhakemesi kurumu, kovuşturma aşamasında uygulanan türü ise ceza hukuku kurumu olarak kabul edilmiştir.

Önödemenin hangi suçlar bakımından uygulanacağı TCK m. 75'te düzenlenmiştir. Buna göre; uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç, kural olarak sadece adli para cezası gerektiren ya da kanunda öngörülen hapis cezasının üst sınırı 6 ayı aşmayan suçlar bakımından önödeme teklif edilmek zorundadır. Ayrıca maddenin 5. fıkrasında sayılan suçların, bu suçlar yukarıda sayılan koşulları sağlamasa da, önödeme kapsamında yer aldıkları düzenlenmiştir.

Soruşturma evresinde önödeme, soruşturma sonunda Cumhuriyet savcısının suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşmasına rağmen, şüphelinin

⁴⁶⁵ Centel, Zafer, s. 559.

⁴⁶⁶ Centel, Zafer, s. 524.

⁴⁶⁷ YİBK, 11.4.1983-2/2, YKD Temmuz1983, s. 945.

para cezası ödemesi karşılığında, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesine imkân sağlayan bir kurumdur⁴⁶⁸. Suçun önödeme kapsamında olduğunun anlaşılması halinde önödeme teklif edilmesi zorunludur. Şüpheliye, belirlenen miktarı 10 gün içinde ödemesi için önödeme önerisi bildirilir. Şüpheli, bu tutarı soruşturma giderleriyle beraber süresi içinde öderse kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Şüphelinin süresi içinde bu miktarı yargılama giderleriyle birlikte ödememesi halinde Cumhuriyet savcısı iddianameyi düzenleyecektir.

Mahkeme tarafından iddianamenin değerlendirildiği ara muhakeme aşamasında önödemenin koşulları oluştuğu halde iddianame düzenlendiği fark edilirse CMK m. 174/1-c uyarınca iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığına iadesine karar verilecektir. Ancak bu aşamada suçun hukuki niteliğinin değiştiği ve yeni niteleme ile birlikte önödeme teklif edilmesi gerektiği gerekçesiyle iddianame iade edilemeyecektir; çünkü CMK m. 174/2 uyarınca suçun hukuki nitelemesi sebebiyle iddianamenin iadesi yasaklanmıştır⁴⁶⁹.

Yargılama sırasında suçun hukuki niteliğinin değiştiği veya önödeme kapsamına girdiği halde Cumhuriyet savcılığınca önödeme prosedürünün yürütülmeyle iddianamenin hazırlandığı ve bu iddianamenin yanlışlıkla mahkemece kabul edildiği hallerde kovuşturma evresinde mahkeme tarafından önödeme kurumunun işletilmesi mümkündür⁴⁷⁰. Bu noktada, mahkemece önerilen miktarın yargılama giderleriyle birlikte ödenmesi halinde, TCK m. 75/2 uyarınca kamu davasının düşmesine karar verilir.

Önödemenin kovuşturma aşamasında işletilmesi ve sanığın yargılama giderleriyle beraber belirlenen cezayı ödemesi halinde verilecek düşme kararının sonraki yargılamalar bakımından *ne bis in idem* etkisi doğuracağı tartışmasızdır. Akıllara gelebilecek soru, kurumun soruşturma aşamasında işletilmesi ve şüpheli hakkında

⁴⁶⁸ Centel, Zafer, s. 524.

⁴⁶⁹ Centel, Zafer, s. 532.

⁴⁷⁰ Centel, Zafer, s. 533.

verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararının hukuki niteliğine ilişkindir. Yargıtay, önödeme nedeniyle verilen kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarını hukuki nitelik olarak hüküm (düşme kararı) ile eşdeğer kabul etmekte ve diğer kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarından ayırmaktadır⁴⁷¹. Gerçekten de şüpheli tarafından belirlenen para cezasının ödenmesi halinde, aynı fiilinden dolayı şüpheli hakkında ikinci bir soruşturma ya da kovuşturma yapılamayacaktır⁴⁷². Bu nedenle, önödeme sebebiyle verilen gerek kovuşturmayaya yer olmadığı kararı gerek kamu davasının düşmesi kararı *ne bis in idem* açısından aynı etkiyi doğuracaktır⁴⁷³. Ancak Yargıtay Ceza Genel Kurulu; önödeme kapsamına girmeyen bir suça rağmen önödeme prosedürü işletilmiş ve belirlenen para süresinde Devlet Hazinesi'ne yatırıldığı için Cumhuriyet savcılığınca kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmişse, verilen bu kovuşturmayaya yer olmadığı kararının *ne bis in idem* etkisi yaratmayacağını belirtmiştir⁴⁷⁴. Yine, bir olay önödeme ile sonuçlandırıldıktan sonra ek başka olayların ortaya çıkması halinde daha ağır eylemi kapsar şekilde dava açılmaktadır⁴⁷⁵.

bb. Uzlaştırma Sebebiyle Verilen Kovuşturmayaya Yer Olmadığı Kararı

Fail-mağdur uzlaştırması, onarıcı adalet çeşitlerinden biri olup CMK'nın 253-255 maddeleri arasında "uzlaştırma" adıyla düzenlenmiştir. Uzlaştırmanın hedefi bir

⁴⁷¹ "C. Savcısının ön ödeme tebligatı üzerine ödeme yapılması durumunda da iş takipsizlik kararı ile sonuçlandırılmaktadır. C. Savcılarınca TCK.nun 119. maddesine göre verilen takipsizlik kararları diğer takipsizlik kararlarından kamu davasının açılmasını ve sanığın yargılanmasını önlemesi bakımında farklı olup, ön ödemeye tabi suçlarda mahkemece tebligat yapıp ödeme yapılması üzerine verilen kamu davasının ortadan kaldırılmasına dair kararlarla aynı mahiyette olup, aynı hukuki sonucu doğuran bir karar olmakta ve CYUY. nın 253/2. maddesinde sayılan ve hüküm niteliğini taşıyan kararlar meyanında saymak zorunluluğu bulunmaktadır." Y. 10. CD, 3.3.1992 T., 1992/690 E., 1992/1776 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim 15.5.2018).

⁴⁷² Ataç, s. 76.

⁴⁷³ Özgenç, Gazi Şerhi, s. 772; Hakeri, s. 740; Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 662.

⁴⁷⁴ YCGK, 9.4.1984 T., 1984/345 E., 1984/129 K. Karar için bkz. Özgenç, Gazi Şerhi, s. 772.

⁴⁷⁵ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 221.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında⁴⁷⁶; suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında ortaya çıkan çekişmeyi bir arabulucunun girişimi ile çözmek, failin neden olduğu zararın giderilmesi, fail-mağdur arasındaki barışın sağlanması olarak belirtilmiştir. Aynı kararda uzlaştırma kurumunun, zararın giderilmesinin yanında bir moral unsur da içerdiğine ve bu nedenle uzlaştırmanın fail bakımından cezanın "özel önleme" fonksiyonuna yardım ettiği gibi mağdur ve kamu yararlarının korunmasını sağladığına da işaret edilmiştir.

Uzlaştırmada önödemedi farklı olarak, şüpheli ile sanık veya mağdur uzlaşarak ceza muhakemesinin devam etmesine engel olurlar⁴⁷⁷. Bu yönüyle bir muhakeme engeli ve muhakeme kurumu olan uzlaştırma, bir yandan da failin cezalandırılma ihtimalini ortadan kaldırdığı için ceza ilişkisini düşüren bir ceza hukuku kurumu olarak nitelenebilir⁴⁷⁸.

CMK m. 253 uyarınca uzlaştırma girişiminde bulunulacak suçlar şunlardır; a) uzlaştırma kapsamında olmayan suçlar hariç olmak üzere, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar, b) soruşturması ve kovuşturmasının şikâyete tâbi olup olmadığına bakılmaksızın maddenin ilk fıkrasının (b) bendinde sınırlı biçimde sayılan suçlar, c) özel ceza kanunlarında şikâyete tabi olmasalar da uzlaştırmaya başvurulabileceği konusunda kanunda açık hüküm bulunan suçlar ve d) suçta sürüklenen çocuklar bakımından, mağdurun veya suçtan zarar görenin gerçek ya da özel hukuk tüzel kişisi olması kaydıyla, üst sınırı 3 yılı geçmeyen hapis ya da adli para cezasını gerektiren suçlar.

TCK m. 75/1'in "Uzlaşma kapsamındaki suçlar hariç olmak üzere" şeklindeki açık düzenlemesiyle önödeme kurumuna başvurulabilecek suçların sınırını çizmesi

⁴⁷⁶ YCGK, 5.7.2005 T., 2005/10-84 E., 2005/90 K., <http://www.kazanci.com> (son erişim: 5.5.2018).

⁴⁷⁷ Centel, Zafer, s. 536.

⁴⁷⁸ Centel, Zafer, s. 536.

karşısında, uzlaştırmaya konu olan suçlar hakkında önödeme kurumu işletilemeyecektir⁴⁷⁹.

Soruşturma evresinde uzlaştırma, Cumhuriyet savcısının suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturan delillere ulaşması ve suçun uzlaştırmaya tabi olması halinde dosyanın uzlaştırma bürosuna gönderilmesiyle işletilmeye başlanır. Şüpheli, mağdur ya da suçtan zarar görenin üç gün içerisinde uzlaştırma teklifine cevap vermemesi halinde teklif reddedilmiş sayılır. Teklifin reddedilmesine rağmen, CMK m. 253/16 uyarınca, en geç iddianamenin düzenlenmesine dek şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile Cumhuriyet savcısına başvurabilir ve uzlaştırmanın doğurduğu sonuçlardan faydalanabilirler.

Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı tarafından bir rapor hazırlanarak Cumhuriyet savcısına gönderilir. Savcı, şüphelinin edimini bir kerede yerine getirdiğini tespit ederse kovuşturma olanağının bulunmaması nedeniyle kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Uzlaştırma başarısız olursa, Cumhuriyet savcısı iddianame düzenler. Edimin ifası ileri bir tarihe bırakılmışsa, takside bağlanmışsa ya da edim süreklilik arz ediyorsa, CMK m. 253/19 uyarınca, CMK m. 171'deki erteleme koşullarının oluşması aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Erteleme kararından sonra uzlaştırmanın gerekleri yerine getirilmezse, CMK m. 253/19'da, CMK m. 171/4'te belirtilen ertelemenin geri alınması koşulları aranmaksızın kamu davası açılacağı belirtilmiştir. Ancak erteleme kararından sonra erteleme süresinde edimin yerine getirilmesi halinde nasıl bir karar verileceği CMK m. 253'te düzenlenmemiştir. Doktrinde, bu durumda genel kuraldan hareket edilerek CMK m. 171 gereği kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerektiği, 253. maddede 171/4'ün uygulanmasını engelleyen bir hüküm bulunmaması sebebiyle de, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilebilmesi için erteleme süresinde kasıtlı bir suç

⁴⁷⁹ Centel, Zafer, s. 539.

işlenmemiş olması şartının da aranacağı belirtilmektedir⁴⁸⁰. Edimi bir kerede yerine getiren şüpheliyle, kısım kısım ya da daha sonra yerine getiren şüpheli arasında böyle bir ayrıma gidilmesi kanun koyucunun ve uzlaştırma kurumunun amacına aykırı olacağından bu hususun kanun değişikliği yapılarak açıklığa kavuşturulması gerektiği, haklı olarak, belirtilmektedir⁴⁸¹.

Mahkeme tarafından iddianamenin değerlendirildiği ara muhakeme aşamasında, uzlaştırma koşulları olduğu halde bu yol işletilmeksizin iddianame düzenlendiği fark edilirse CMK m. 174/1-c uyarınca iddianamenin Cumhuriyet başsavcılığına iadesine karar verilecektir.

İddianame kabul edildikten sonra fiilin hukuki niteliğindeki değişiklik sebebiyle suçun uzlaştırmaya tâbi hale geldiği veya en başından beri uzlaştırmaya tabi bir suç hakkında soruşturma aşamasında kazaen uzlaştırma teklif edilmeden iddianame hazırlanıp bu iddianamenin kabul edildiği hallerde kovuşturma aşamasında uzlaştırma prosedürü işletilecektir⁴⁸². Mahkeme, sanığın edimini bir defada yerine getirdiğine karar verirse davanın düşmesine, edimin yerine getirilmesinin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması ya da edimin süreklilik arz etmesi hallerinde ise, CMK m. 231'deki koşulların varlığını aramaksızın hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verecektir. HAGB kararı verildikten sonra uzlaştırmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, CMK m. 231/11'deki koşullar aramaksızın hüküm açıklanacaktır. Uzlaştırma sürecinin başarısız olması durumunda ise duruşmanın devamına karar verilecektir.

Türk Ceza Hukuku'nda uzlaştırmanın soruşturma ve kovuşturma aşamasında kabul edilmesi ve fakat cezanın infazı aşaması için kabul edilmemesi doktrinde eleştirilmekte ve bu durum, mevcut sistemin onarıcı adalet esas alınarak değil

⁴⁸⁰ Seydi Kaymaz, Hasan Tahsin Gökcan, Uzlaşma ve Önödeme, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2007, s. 190, 191.

⁴⁸¹ Buket Soygüt Arslan, Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaştırma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008, s. 159.

⁴⁸² Centel, Zafer, s. 546.

mahkemelerin iş yükünü azaltmak amacıyla tahsis edilmesinin bir yansıması olarak görülmektedir⁴⁸³. Zira onarıcı adalet düşüncesi, cezalandırmanın ödetme, öç alma, acı çektirme amaçları ile failin kusurluluğu ve tehlikeliliğine odaklanmak yerine mağdura ve zararın telafisine öncelik vermektedir⁴⁸⁴. Bu sebeple, infaz aşamasında da uzlaştırmaya olanak tanınması, kurumun onarıcı adalet ile ilişkisinin daha sağlam kurulması bakımından bizce de önem teşkil etmektedir.

Uzlaştırma ve kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı sonucunda verilen kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonucunda verilen düşme kararı, her ne kadar CMK'da bu hususta bir açıklık bulunmasa da, nitelikleri gereği *ne bis in idem* etkisini yaratan kararlardır⁴⁸⁵. Ayrıca, CMK m. 253/19 uyarınca, uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturmaya konu olan suç hakkında tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesinin, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesine göre ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılacağı belirtilmiştir⁴⁸⁶. Her iki halde de *ne bis in idem* ilkesinin disiplinler arası etkisi görülmektedir⁴⁸⁷.

CMK m. 253/23 uyarınca, uzlaşma sonucunda verilecek kararlara karşı CMK'da düzenlenen kanun yollarına başvurulabilecektir. Buna göre; soruşturma aşamasında savcının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı itiraz yoluna, kovuşturma

⁴⁸³ Asuman Aytekin İnceoğlu, Ulaş Karan, Türkiye'de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları: Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi, Onarıcı Adalet Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı (Der. Galma Jahic, Burcu Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2008, s. 49.

⁴⁸⁴ Öznur Sevdiren, Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi - I, Ceza Hukuku Dergisi, S. 15, Nisan 2011, s. 104.

⁴⁸⁵ Yener Ünver, Hakan Hakeri, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, İstanbul 2006, s. 461; Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 662.

⁴⁸⁶ Bu düzenlemenin, uzlaşma anlaşmasının konusunu oluşturan edimin tazminat olması üzerine kurulduğu, edim serbestisini gözardı ettiği yönündeki eleştiri için bkz. Asuman Aytekin, İnceoğlu, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Mevcut ve Olası Sorunları ile Uzlaşma Kurumu, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 659.

⁴⁸⁷ Ataç, s. 80.

aşamasında mahkemece verilen düşme kararına karşı ise istinaf kanun yoluna başvurulabilecektir.

Doktrinde, önödeme ve uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi halinde verilecek düşme kararının *ne bis in idem* etkisi taşıdığına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca yabancı ülkede verilen önödeme, uzlaşma ya da benzeri kurumlara da aynı etki tanınması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir⁴⁸⁸.

c) Kamu Davasının Açılmasının (İddianamenin Düzenlenmesinin) Ertelenmesi

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kamu davasının açılması konusunda kural olarak mecburilik sistemi benimsenmiş; ancak istisnai olarak Cumhuriyet Savcısının iddianame hazırlamak konusunda takdir yetkisine de yer verilmiştir⁴⁸⁹. Kanunda koşulları belirtilen bu hallerde Cumhuriyet Savcısı, iddianame düzenleyebileceği gibi kovuşturmaya yer olmadığına da karar verebilecektir.

CMK'da soruşturma evresi sonunda şüphelinin suçu işlediği konusunda yeterli delile ulaşılmamasına rağmen Cumhuriyet savcısının takdir yetkisini kullanabileceği üç hal düzenlenmiştir. Bunlar; a) cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı haller, b) kişisel cezasızlık nedeninin gerçekleştiği haller, c) kamu davasının açılmasının ertelenebileceği haller. CMK m. 173/5'te son hal hariç, ilk iki hal nedeniyle verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararına karşı itiraz davası açılmayacağı kabul edilmiştir.

Doktrinde, kanun koyucunun “kamu davasının açılmasının ertelenmesi” ifadesini kullanması, 5271 sayılı CMK'da kabul edilen sisteme göre kamu davasının

⁴⁸⁸ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 662.

⁴⁸⁹ Centel, Zafer, s. 548.

iddianamenin düzenlenmesiyle değil iddianamenin mahkemece kabulü üzerine açılması sebebiyle eleştirilmekte, bu kurumla esasen kamu davasının açılmasının değil, iddianamenin düzenlenmesinin ertelendiği belirtilmektedir⁴⁹⁰.

Kamu davasının açılmasının ertelenmesi için, soruşturma konusu suçun şikâyete bağlı ve en çok bir yıl hapis cezasını gerektirmesi, şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilmemiş olması, suçun işlenmesiyle oluşan zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme ya da tazmin suretiyle tamamen giderilmiş olması, şüphelinin kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde suç işlemekten çekineceği hususunda Cumhuriyet savcısında kanaat oluşturması ve Cumhuriyet savcısının erteleme kararının, şüpheli ve toplum bakımından kamu davasının açılmasından daha yararlı olacağı kanaatine ulaşması gerekir. Cumhuriyet savcısı, tüm bu koşulların bir arada bulunması halinde CMK m. 171/2 uyarınca kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle erteleyebilecektir. Erteleme süresince kasıtlı bir suç işlemediği takdirde şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. CMK. 172/2 hükmü gereği, yeni bir delil meydana çıkmadıkça ve bu hususta sulh ceza hakimliğince karar verilmedikçe aynı fiilden dolayı kamu davası tekrar açılmayacaktır. Bu sebeple burada da kovuşturmaya yer olmadığına dair kararda belirtilen *ne bis in idem* etkisi geçerli olacaktır⁴⁹¹. Erteleme süresinde kasıtlı bir suçun işlenmesi ve bu hususun mahkeme kararıyla tespit edilmesi halinde ise CMK m. 171/4 uyarınca, kamu davası açılacaktır. Suçtan zarar gören, kamu davasının ertelenmesi kararına karşı CMK m. 173 uyarınca itiraz edebilecektir.

Yabancı ülkede kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilmesi halinde, doktrinde, şüpheli hakkında açılmış bir dava bulunmadığından, Türkiye’de aynı fiili sebebiyle dava açılabileceği belirtilmektedir⁴⁹². Öte yandan, yabancı ülkenin kamu davasının ertelenmesi kararına hüküm değeri verilmeyerek Türkiye’de dava açıldığı ve

⁴⁹⁰ Centel, Zafer, s. 550.

⁴⁹¹ Ataç s. 74.

⁴⁹² Özen, s. 406.

fakat yabancı ülkede de erteleme kararının ortadan kalkıp kamu davasının açıldığı ihtimalde Türkiye’de açılan davanın yabancı ülkede dikkate alınıp alınmayacağı bir sorun olarak belirmektedir. Bu gibi hallerde devletlerarası iş birliğinin etkinleştirilmesi ve bu örnekte Türkiye’de açılan dava nedeniyle yabancı ülkede tekrar dava açılmaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹³.

d) Hapis Cezasının Ertelenmesi

Hapis cezasının ertelenmesi kurumu TCK m. 51’de düzenlenmektedir. Maddeye göre cezanın ertelenebilmesi için hükmolunan cezanın hapis cezası olması, failin daha önce kasıtlı bir suçtan üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm olmamış ve bu cezanın kesinleşmemiş olması, mağdurun ya da kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme ya da tazmin suretiyle tamamen giderilmiş⁴⁹⁴ olması ve mahkemede failin tekrar suç işlemeyeceği yönünde kanaat oluşturması gerekmektedir. Bu koşulların tamamının gerçekleşmesi halinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanabileceği öngörülmüştür. TCK’da hapis cezasının ertelenmesi kurumu bir infaz rejimi olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁵. Ertelme kararı, esas mahkemesince mahkûmiyet kararı ile birlikte verildiğinden⁴⁹⁶, *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından bir özellik taşımamaktadır. Zira, hükümlerle birlikte verildiği için erteleme kararı artık müstakil bir karar olmayıp, denetimli serbestlik süresince dahi aynı failin aynı fiili için yeniden kovuşturma başlatılamayacağı açıktır. TCK m. 51/8 uyarınca, cezası ertelenen hükümlü, denetimli serbestlik süresinde kasıtlı olarak bir suç işlemez veya

⁴⁹³ Özen, s. 406.

⁴⁹⁴ TCK m. 51/2 her ne kadar zararın giderilebileceğinden bahsetse de TCK sistematigi içerisinde bunun mahkemeye takdir yetkisi tanıdığı şeklinde yorumlanmaması gerektiği hakkında bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 759.

⁴⁹⁵ Faruk Turhan, Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S. 3-4, 2006, s. 40.

⁴⁹⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 756.

yükümlülüklerini ihlal etmezse cezası infaz edilmiş sayılacaktır. Aksi durumda hükmü veren mahkeme, TCK m. 51/7'e göre ertelenen cezanın kısmen ya da tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verecektir.

4. Kesin Hüküm

CMK'nın 2. maddesine göre; kovuşturma evresi hükmün kesinleşmesine kadar devam eder. CMK m. 223/1'e göre ise duruşmanın sona erdiği açıklandıktan sonra hüküm verilir. O halde muhakeme hükmüle sona ermez. Hükümle birlikte ceza uyuşmazlığı çözülmüştür; fakat hükmün hukuka uygunluğu kanun yolunda ayrıca tartışılabilecektir⁴⁹⁷.

Kesin hüküm, verilen karar herkesi tatmin etmese de ihtilafın belli bir noktada, bir yargı organı tarafından kesilip atılması olarak ifade edilmiştir⁴⁹⁸. Hüküm, üç farklı olasılıkta kesinleşir. İlk olasılığa göre; hükme karşı bir kanun yolu öngörülmemiştir ve hüküm, verildiği anda kesin hüküm niteliğini haizdir. İkinci olasılıkta; hüküm için kanun koyucu bir kanun yolu ve buna başvurmak için de bir süre öngörmüştür ve fakat ilgili kişiler süresi içinde kanun yoluna başvurmamışlardır. Bu ihtimalde kural olarak sürenin geçmesiyle hüküm kesinleşecektir. Üçüncü olasılıkta; olağan kanun yolu açıktır ve ilgililer bu yolu tüketince hüküm kesinleşir⁴⁹⁹.

Kesin hükmün ceza yargılamasında iki tür etki doğurduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki kesin hükmün bağlayıcılık etkisi de denen olumlu etkisi, ikincisi ise kesin hükmün önleyici etkisi de denen olumsuz etkisidir. Bu etki, çalışmanın en başında da ifade ettiğimiz gibi, kesin hükmün konusunu oluşturan eylemden dolayı kişinin yeniden kovuşturulamamasını ve yargılanamamasını ifade etmektedir⁵⁰⁰. Kesin

⁴⁹⁷ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 4.

⁴⁹⁸ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 703.

⁴⁹⁹ Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 703.

⁵⁰⁰ Yurtcan, Kesin Hüküm, s. 4, 5.

hükümün önleyicilik etkisi, *ne bis in idem* ilkesinin görünüm şekillerinden birini oluşturur; ancak ilkenin tek görünüm şekli bu değildir⁵⁰¹. Zira *ne bis in idem*'in etki doğurabilmesi için hükmün mutlaka kesinleşmiş olması gerekmez. İlke, hüküm kesinleşmemişken veya dava henüz derdestken de etki doğuracaktır. Bu husus, CMK m. 223/7'de belirtildiği üzere; davanın reddi için hükmün kesinleşmiş olması değil, sadece hüküm bulunmasının yeterli olmasından çıkarılmaktadır. Bu şekilde kanun koyucu, henüz kesinleşmemiş hükümlerin de *ne bis in idem* etkisi doğuracağını belirtmiştir⁵⁰². Buna göre; aynı fiil ve fail hakkında kesinleşmiş bir hüküm varsa, evleviyetle, bu kesin hüküm de davanın reddine sebep olacaktır.

5. Yargılamanın Yenilenmesi

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kanun yolları olağan ve olağanüstü olarak ikiye ayrılmaktadır. Kesinleşmemiş kararlara karşı açık olan denetim yollarına, “olağan kanun yolları”; kesinleşmiş kararlara karşı açık olanlara “olağanüstü kanun yolları” denir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda itiraz (CMK m. 267-271), istinaf (CMK m. 272-285) ve temyiz (CMK m. 286-307) olağan kanun yolları; olağanüstü itiraz (CMK m. 308), kanun yararına bozma (CMK m. 309, 310) ve yargılamanın yenilenmesi (CMK m. 311-323) ise olağanüstü kanun yolları olarak düzenlenmiştir.

Yargılama neticesinde verilen kararlar hatalı olabilir. Bu hatalar kimi zaman ancak hüküm kesinleştikten sonra anlaşılır. CMK m. 311'de düzenlenen yargılamanın yenilenmesi kurumu kesinleşmiş kararlarda adli hata bulunması hali için öngörölmüş olağanüstü bir kanun yoludur⁵⁰³. Aynı kişinin aynı fiilinden dolayı kesin hüküm bulunmasına rağmen, ikinci bir dava açılması için, yargılamanın yenilenmesi

⁵⁰¹ Kurşun, s. 61.

⁵⁰² Ünver, Hakeri, Ceza Muhakemesi, s. 656.

⁵⁰³ Centel, Zafer, s. 879.

sebeplerinden birinin gerçekleşmiş olması gerekir⁵⁰⁴. Kesin hükmün amacı, hukuki güvenliği kurmak olsa da adaletin gerçekleşebilmesi adına, hatalı olan kesin hükmün ortadan kaldırılması ve yargılamanın yeniden yapılması için CMK'da bu kuruma yer verilmiştir⁵⁰⁵. Buna göre hükümlü, avukatı, hükümlü ölmüşse eşi, üst soyu ile alt soyu, kardeşleri, bunlar yoksa Adalet Bakanı hükümlü lehine; cumhuriyet savcısı ise hem hükümlü lehine hem de aleyhine olarak hükmü veren mahkemeye yargılanmanın yenilenmesi talebinde bulunabilirler. Lehte yargılamanın yenilenmesi bakımından bir süre aranmaz; fakat aleyhte yenilenme için, usul ekonomisi gereği, dava zamanaşımının dolmamış olmasının aranması gerektiği belirtilmektedir⁵⁰⁶. Hükümlü lehine yargılamanın yenilenmesi sebepleri CMK m. 311⁵⁰⁷,de, hükümlü aleyhine yargılamanın yenilenmesi sebepleri de CMK m. 314⁵⁰⁸,te sınırlayıcı biçimde

⁵⁰⁴ Ataç, s. 52.

⁵⁰⁵ Yurtcan, Ceza Yargılaması, s. 657.

⁵⁰⁶ Centel, Zafer, s. 880, 881.

⁵⁰⁷1- Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava, aşağıda yazılı hâllerde hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla tekrar görülür:

- a) Duruşmada kullanılan ve hükmü etkileyen bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.
- b) Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa.
- c) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, hükümlünün neden olduğu kusur dışında, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek biçimde görevlerini yapmada kusur etmiş ise.
- d) Ceza hükmü hukuk mahkemesinin bir hükmüne dayandırılmış olup da bu hüküm kesinleşmiş diğer bir hüküm ile ortadan kaldırılmış ise.
- e) Yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa.
- f) Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin ve hükmün bu aykırılığa dayandığının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu hâlde yargılamanın yenilenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir.

2- Birinci fıkranın (f) bendi hükümleri, 4.2.2003 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile, 4.2.2003 tarihinden sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır.”

⁵⁰⁸ “1- Kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış olan bir dava aşağıda yazılı hâllerde sanık veya hükümlünün aleyhine olarak yargılamanın yenilenmesi yolu ile tekrar görülür:

- a) Duruşmada sanığın veya hükümlünün lehine ileri sürülen ve hükme etkili olan bir belgenin sahteliği anlaşılırsa.
- b) Hükme katılmış olan hâkimlerden biri, aleyhine ceza kovuşturmasını veya bir ceza ile mahkûmiyetini gerektirecek nitelikte olarak görevlerini yapmada sanık veya hükümlü lehine kusur etmiş ise.

sayılmıştır. Bunların yanında, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu m. 50/2'de bir sebep daha öngörülmüştür. Buna göre; yapılan bireysel başvuru neticesinde AYM'nin ihlal kararı vermesi halinde, bu ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa dosya yeniden yargılama yapılması için ilgili mahkemeye gönderilecektir.

Bu kuruma yer verilmesi *ne bis in idem* ilkesinin ihlali anlamına gelmemektedir. Zira AİHS'ye Ek 7. Protokol m. 4/2'ye göre *ne bis in idem* ilkesi “davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir.”

Yargılamanın yenilenmesi *ne bis in idem* ilkesinin uluslararası alanda kabul gören bir istisnasıdır; ancak ilkenin Türk Ceza Hukukuna özgü istisnaları da mevcuttur.⁵⁰⁹. Bunlardan ilki CMK m. 308'de düzenlenen Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının olağanüstü itiraz yetkisidir. Buna göre; “Yargıtay ceza dairelerinden birinin kararına karşı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, resen veya istem üzerine, ilâmın kendisine verildiği tarihten itibaren otuz gün içinde Ceza Genel Kuruluna itiraz edebilir.” Bir diğer istisna, CMK m. 309'da yer alan kanun yararına bozma kurumudur. Adalet Bakanlığı, hâkim veya mahkeme tarafından verilip istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeksizin kesinleşen karar veya hükümde hukuka aykırılık bulunduğunu öğrenirse o karar veya hükmün Yargıtay tarafından bozulmasını yazılı olarak bildirir. Yargıtay ceza dairesi ileri sürülen nedenleri yerinde görürse, karar veya hükmü kanun yararına bozacaktır.

c) Sanık beraat ettikten sonra suçla ilgili olarak hâkim önünde güvenilebilir nitelikte ikrarda bulunmuşsa.”

⁵⁰⁹ Cihan, Yenisey, Ne Bis İn İdem, s. 221.

SONUÇ

Ne bis in idem ilkesi Anayasa'da açıkça düzenlenmese de birtakım anayasal dayanakları bulunmaktadır. Bunlardan ilki hukuk devleti ilkesidir. Kişinin masum olsa bile defalarca yargılanması halinde suçlu bulunması ihtimali artar ve kişi belirsizlik ve endişe ortamı içinde yaşamaya mahkûm olur. Bu durum Anayasa m. 2'de ifade edilen hukuk devleti ilkesine ve onunla ilişkili olan hukuk güvenliği ve hukukun öngörülebilirliği ilkelerine aykırılık teşkil eder. Yine, kişinin aynı fiili sebebiyle defalarca yargılanması Anayasa'nın giriş kısmında ifade edilen insan onuruyla da bağdaşmaz. Bu durum aynı zamanda, Anayasa m. 36'da yer alan adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir. Çünkü aynı fiil dolayısıyla faili iki kez cezalandırmak aşırı cezalandırma oluşturur ve bu durum adalete aykırıdır.

İlkenin aynı kişi ve aynı fiil olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Aynı fiil, iddianamede belirtilen uyuşmazlık konusu olayı ifade eder. Böylece, fiilin hukuki niteliğinin değiştiğinden bahisle aynı olaya ilişkin yeni bir hukuki niteliklemeyle tekrar ceza davası açılmayacaktır. Çünkü zaten mahkeme fiili, muhtemel tüm hukuki nitelikleme şekillerini gözeterek incelemekle yükümlüdür. Aynı kişi unsuru ise, iddianamede nüfus bilgileri ve fiziki özellikleri somutlaştırılmış kişiyi ifade eder.

İlke, hem adil yargılanma hakkının bir görünümü olduğu hem de kişinin aynı fiilinden dolayı birden fazla kez yargılanması ve cezalandırılması insan onuruyla bağdaşmayacağı için temel bir insan hakkıdır. Bu sebeple, ilkeye yer veren uluslararası ya da bölgesel andlaşmalar herhangi bir andlaşma olarak değil, Anayasa m. 90/5 gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma kategorisinde değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 7. Protokol'ün 4. maddesinde ilkenin iç hukuktaki uygulaması düzenlenmiştir. Maddeye göre ilk hükmün sonraki yargılamalar bakımından *ne bis in idem* etkisi doğurabilmesi için mahkûmiyet ya da beraat hükmü olması ve kesinleşmesi gerekmektedir. İlkenin yine iç hukuktaki uygulamasına ilişkin

düzenleme getiren Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 14/7. maddesine göre; kişi bir fiili dolayısıyla yargılanıp da kesin olarak mahkûm olmuş ya da beraat etmişse, aynı fiili sebebiyle yeniden yargılanamaz ve cezalandırılmaz. İki sözleşmede de *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararlar, “beraat” ve “mahkûmiyet” kararlarıyla sınırlı olarak sayılmıştır. İlkenin Türk Ceza Muhakemesi Hukuku'ndaki yansımaları düzenleyen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223/7 ise kişinin bir fiilden dolayı yargılanıp hakkında hüküm verilmesi veya bu fiile ilişkin derdest dava olması halinde, aynı fiilden dolayı açılan yeni davanın reddine karar verileceğini düzenlemiştir. CMK'da *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararlar sadece mahkûmiyet ve beraat ile sınırlı tutulmamış; genel olarak “sanık hakkında önceden verilmiş hüküm” şeklinde ifade edilmiştir . Yine, hükmün muhakkak kesinleşmiş olması aranmamış, aynı sanık için aynı fiili nedeniyle derdest bir davanın bulunması da ilkenin uygulanması için yeterli kabul edilmiştir. Bu durumda, *ne bis in idem* etkisi doğuran kararlar CMK m. 223/7'de sözleşmelere göre daha geniş bir kapsamla düzenlenmiştir.

CMK m. 223/7 *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararların “hüküm” niteliğinde olmasını aramaktadır. Bu sebeple de hükmün uyuşmazlığı esaslan çözüp çözmediğine bakılmaksızın 223. maddede sayılan ve durma ile adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı dışındaki tüm hüküm çeşitlerinin *ne bis in idem* etkisi yaratması gerekmektedir. Önceden verilmiş kesin hüküm, hüküm ya da derdest bir dava olmasına rağmen failin aynı fiili sebebiyle soruşturma açılması halinde esasen soruşturmaya devam etmeyerek soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekmektedir; ancak bu karar türü CMK'da sadece m. 158/6'da sınırlı sayımla belirtilen hallerde (ihbar ve şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığının herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması) verilebildiğinden, soruşturmada ilerlemeksizin kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmelidir. CMK m. 172/1 uyarınca, derdest bir dava bulunması, kovuşturma olanağının bulunmaması olarak değerlendirilerek verilecek kovuşturmayaya yer olmadığı kararı aynı zamanda bir soruşturma engeli de

yaratacaktır. Bu durumda, CMK'da, *ne bis in idem* ilkesinin bir muhakeme şartı olarak yer aldığı söylenebilir. Kişi hakkında bir fiili sebebiyle verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararının ardından aynı fiilinden dolayı yeniden soruşturma başlatılması halinde bu kararın nasıl bir etki doğuracağına da değinilmelidir. Cumhuriyet Savcısı, CMK m. 172/1 uyarınca, soruşturma evresinin sonunda kamu davasının açılabilmesi için yeterli şüphe oluşturan delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verecektir. Bu karar verildikten sonra, yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu konuda sulh ceza hakimliği tarafından bir karar verilmedikçe, şüphelinin aynı fiilinden dolayı kamu davası açılmayacağı CMK m. 172/2'de açıkça belirtilmiştir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı savcılık kararı olduğundan idari karar niteliğinde olup adli kesinliği ifade etmez. Adli kesinliği ifade etmese de kişiye bir güvence sağladığı için kovuşturmaya yer olmadığı kararının *ne bis in idem* etkisi yaratan bir hal olarak düzenlendiğini düşünmekteyiz. Bu durumda, kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra, aynı şüphelinin aynı fiili dolayısıyla yeniden soruşturma başlatılması halinde, soruşturmada ilerlenmeksizin soruşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi gerekmez de bu karar türü ancak CMK m. 158'de sınırlı sayımla belirtilen hallerde uygulanabileceğinden yine, derhal kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi gerekmektedir.

Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 35-37 ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi m. 53-55'te ilkenin uluslararası uygulamasına ilişkin birbirleriyle paralel düzenlemeler bulunmaktadır. Her iki sözleşmede de beraat kararları bakımından *ne bis in idem* ilkesi mutlak olarak kabul edilmişken mahkûmiyet kararları bakımından ilkenin uygulanması yaptırımın tamamen yerine getirilmiş ya da getirilmekte olması, affa veya zamanaşımına uğraması gibi birtakım şartlara bağlanmıştır.

Sözleşmeler iki halde ilkenin uygulama alanı bulmayacağını düzenlemiştir. İstisnalardan ilki mülkilik ilkesidir. Buna göre; fiilin ülkesinde işlendiğini kabul eden

bir devlet diğ er bir devletten kovuşturma yapmasını istemiş se talep eden devlet bu kovuşturma sonunda verilen kararı tanımak zorundadır. İkinci istisna ise devleti koruma ilkesine ilişkindir. Ceza yargısına konu olan eylem bu devlette kamusal nitelikte bir kiş iye, bir kuruma veya bir şeye karşı iş lenmiş se yahut sanığın kendisi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise o devlet kovuşturma istemiş olmadıkça, *ne bis in idem* sonucunu kabulle mecbur değıldir. TCK m. 9-13 de ilkenin uluslararası uygulamasına ilişkin hükümler içermektedir. 9. maddeye göre suç Türkiye’de iş lenmiş se, fail bu fiili dolayısıyla yabancı ülkede yargılanmış olsa bile Türkiye’de yeniden yargılanır. Bu hüküm iki sözleşmeye de uygun olarak mülkilik ilkesini *ne bis in idem* istisnaları arasında kabul etmiştir. Yine, yabancı ülkede Türkiye namına memuriyet ya da görev üstlenen kişinin yabancı ülkede iş lediğı görev suçu (TCK m. 10), yabancının, yabancı ülkede Türkiye zararına iş lediğı suç (TCK m. 12/1) ve TCK m. 13/1/b’de sayılan devletin varlık ve bütünlüğüne yönelik suçlar hakkında yabancı yargıya *ne bis in idem* etkisi tanınmamıştır. Bu maddelerde devleti koruma ilkesi söz konusu olduğı için her üç düzenleme de iki sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Ancak TCK m. 13/1/a’da evrensellik ilkesine yer verilmiş olup bu bentte sayılan suçlar bakımından da yabancı yargıya *ne bis in idem* etkisi tanınmamıştır. Bu durum, hem sözleşmelerde evrensellik ilkesinin istisna kapsamında sayılmaması hem de evrensellik ilkesinin mahiyeti gereğı *ne bis in idem* ilkesine aykırı bir düzenlemedir ve sözleşmelerle çelişmektedir. Bu sebeple kiş i 13/1/a kapsamındaki bir suç sebebiyle yabancı ülkede yargılanmış sa her iki sözleşmedeki düzenlemenin daha lehe olması sebebiyle, yargıya Anayasa m. 90/5 gereğı *ne bis in idem* etkisi tanınması gerekmektedir.

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 9. maddesinde, iadesi talep edilen kiş i aynı fiilinden dolayı, iade talep olunan devlette yargılanıp da hakkında kesin hüküm verilmiş se iade edilemeyeceğı belirtilerek bu hükmün *ne bis in idem* etkisi doğuracağı düzenlenmiştir. 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş birliğı Kanunu’nun 11/1-ç maddesinde ise *ne bis in idem* etkisi doğuracak karar mahkûmiyet

ve beraatle sınırlı tutulmuştur. Sözleşme *ne bis in idem* etkisi tanınacak kararlar bakımından bir sayım yapmamaktayken, Kanun yalnızca mahkûmiyet ve beraat kararlarına etki tanımıştır. Kanunun *ne bis in idem* etkisi doğuracak kararları Sözleşme'nin tersine sınırlaması Sözleşme'ye aykırılık teşkil etmektedir. Bu durumda da AY m.90/5 gereği temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde andlaşmaya öncelik tanınması gerektiğinden, kanun maddesinin değil Sözleşme'nin uygulanması gerekmektedir.

Hükümlülerin Nakline Dair Sözleşme, 8. maddesiyle *ne bis in idem* ilkesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Maddeye göre, hükümlünün Yerine Getiren Devlet mercilerince teslim alınması, Hüküm Devletinde mahkûmiyetinin infazının askıya alınmasına neden olur. Yerine Getiren Devlet, mahkûmiyetin infazının tamamlandığı görüşüne varırsa Hüküm Devleti bundan böyle hükmü infaz edemeyecektir. Hükümlülerin nakline ilişkin düzenlemeleri de içeren, 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun 33. maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Her iki düzenleme de hükümlünün aynı eyleminden dolayı birden fazla cezalandırılmasının önüne geçmek amacıyla kaleme alınmıştır. Bu sebeple maddenin Sözleşme ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç olarak, ilkeyi düzenleyen ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası ve bölgesel andlaşmalar ile aynı konudaki kanun hükümleri arasında yeknesaklık sağlanmalı, çelişkiler giderilmelidir. Ayrıca CMK'da düzenleme yapılarak kovuşturmayaya yer olmadığı kararlarına da *ne bis in idem* etkisi tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Akbaý, Muvaffak Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, 1950.
- Akbulut, Olgun Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 115-116, Mart-Nisan 2014.
- Arslan, Buket Soygüt Türk Ceza ve Ceza Usul Hukukunda Uzlaştırma Kurumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.
- Artuç, Mustafa Hüküm Kurma Esasları, Adalet Yayınevi, 4. Bası, Ankara 2011.
- Hırslı, Tahir
- Artuç, Mustafa Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2010.
- Artuk, Mehmet Emin Türk Ceza Kanunu Şerhi, C. 1, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Gökçen, Ahmet
- Yenidünya, Caner

- Artuk, Mehmet Emin Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara
Gökçen, Ahmet 2017.
- Alşahin, Emin
Çakır, Kerim
- Ataç, Asiye Selcen Türk Ceza Hukukunda Kesin Hükümün Önleme Etkisi,
Kamu Hukuku Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.
- Aybay, Rona Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, TBB
Dergisi, S. 70, 2007.
- Aydın, Devrim Ceza Kanunlarının Yer Yönünden Uygulanması, TBB
Dergisi, S. 94, 2011.
- Aydın, Öykü Didem Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa
Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, C.15, S.4, 2011.
- Aydın, Uğur Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa
Sözleşmesinin Türk Hukukunda Uygulanması, Terazi
Hukuk Dergisi, C. 9, S. 93, Mayıs 2014.

- Aytekın İnceoğlu,
Asuman
Karan, Ulaş
- Türkiye’de Ceza Davalarında Uzlaşma Uygulamaları:
Hukuki Çerçevenin Değerlendirilmesi, Onarıcı Adalet
Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları:
Türkiye ve Avrupa Bakışı (Der. Galma Jahic, Burcu
Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası,
İstanbul 2008.
- Aytekın İnceoğlu,
Asuman
- Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Mevcut ve Olası
Sorunları ile Uzlaşma Kurumu, 3. Yılında Yeni Ceza
Adaleti Sistemi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Balcı, Murat
- Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Adalet
Yayınevi, 1.Bası, Ankara 2012.
- Balo, Yusuf Solmaz
- Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin
Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2016.
- Bantekas, Ilias
- International Criminal Law, Hart Publishing, 4th Edition,
Oxford, 2010.
- Bassiouni, M. Cheriff
- Introduction to International Criminal Law, Transnational
Publishers, 2003.

- Bayraktar, Köksal
Evik, Vesile Sonay
Kurt, Gülşah
- Özel Ceza Hukuku Cilt I, Uluslararası Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2016.
- Bıyıklı, Hasan İsmet
- Ceza Kararlarının Uluslararası Geçerliliği, Ankara Barosu Dergisi, 1974, S. 3, 16. Uluslararası Ceza Hukuku Kongresi (Budapeşte, 5-11 Eylül 1999), Organize Suçun Meydan Okuması Karşısındaki Ceza Adalet Sistemi, (Çev. Barış Erman), Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, S. 3, Temmuz-Ağustos-Eylül 2009.
- Blackstone, William
- Commentaries on the Laws of England, 4. Kitap, Clarendon Press, 1. Bası, Oxford, 1765.
- Büyük, Mehmet Emin
- Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Centel, Nur
Zafer, Hamide
- Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Basım, 14. Bası, İstanbul 2017.
- Centel, Nur
Zafer, Hamide
Çakmut, Özlem
- Türk Ceza Hukuku'na Giriş, Beta Basım, 9. Bası, İstanbul 2016.

- Coşkun, Neslihan Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2013.
- Cryer, Robert Prosecuting International Crimes, Selectivity and the International Criminal Law Regime, Cambridge University Press, New York 2011.
- Çelik, Nazlı Hilal İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu, Yürürlük Kanunu, Genel Hükümler, C. 1, (Ed. Rona Serozan, Turgut Öz, Faruk Acar, Emre Gökyayla, Murat Develioğlu) Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul 2018.
- Değirmenci, Olgun Çeşitli Görünümleriyle Uluslararası Suç Kavramı: Dar ve Geniş Anlamda Uluslararası Suçlar ve Türk Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 71, S. 1, 2013.
- Demirbaş, Timur Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 12. Bası, Ankara 2017.
- Doğan, Koray Ceza Muhakemesinde Hüküm, Ceza Hukuku Dergisi, C. 3, S. 7, Ağustos 2008.

- Donay, Süheyl Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984.
- Dönmezer, Sulhi Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, C. 3, Beta Basım, 12. Bası, İstanbul 1997.
- Erman, Sahir
- Epözdemir, Rezan Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara 2016.
- Erdem, Ruhan Avrupa Birliği Hukukunun Üye Devletlerin Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukuna Etkileri, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2004.
- Erem, Faruk Ceza Usulü Hukuku, 4. Bası, Ankara 1973.
- Ergül, Ergin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Sınır Dışı Etme, Geri Gönderme ve Geri Verme, Yargı Yayınevi, Ankara 2012.
- Ergül, Ergin Teori Ve Uygulamada Suçluların İadesi Ve Hükümlülerin Nakli, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
(Hükümlülerin Nakli)

- Eser, Albin The Need for a General Part, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes Against the Peace and Security of Mankind, (Ed. M. Cherif Bassiouni), Érés, Toulouse 1993.
- Gözler, Kemal Res Iudicata'nın Türkçesi Üzerine, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 56, S. 2, 2007,
- Göztepe, Ece Türkiye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 4. Protokolle Bağlı mıdır? Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Açısından Bir Değerlendirme, Rona Aybay'a Armağan, Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2014.
- Gülşen, Recep Yeni Türk Ceza Kanunu ve Milletlerarası Ceza Hukuku Bağlamında "Non Bis In Idem" İlkesi, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Y. 3, S. 6, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Diyarbakır Eylül 2005.
- Hakeri, Hakan Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.

- Harris, David
O'Boyle, Michael
Bates, Ed
Buckley, Carla
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku. (Çev. Bingöllü Kılıcı, Mehveş- Karan, Ulaş) Oxford University Press, 2009.
- İçel, Kayıhan
- Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım, İstanbul 2016.
- İçel, Kayıhan
Donay, Süheyl
- Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım I, Filiz Kitabevi İstanbul 1993.
- İnceoğlu, Sibel
- İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, Beta Basım, 4. Bası, İstanbul 2013.
(Adil Yargılanma)
- İnceoğlu, Sibel
- Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 18, 2001.
- İnceoğlu, Sibel
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, (Ed. Sibel İnceoğlu), Beta Basım, 3. Bası, İstanbul 2013.
(İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi)

- Justinian Digest of Justinian, 48. Kitap, 2. Başlık, 7. Not, (Çev. Alan Watson, The Digest Of Justinian, Vol. 4, 2009).
- Kaymaz, Seydi Uzlaşma ve Önödeme, Seçkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara 2007.
- Gökcan, Hasan Tahsin
- Koca, Mahmut Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 9. Bası, Ankara 2016.
- Üzülmez, İlhan
- Koca, Mahmut Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanması, Hukuk ve Adalet, Eleştirel Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 5, Nisan 2005.
- Kocaoğlu, Serhat Sinan Uluslararası Ceza Hukuku ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Perspektifinden Evrensellik İlkesi, Ankara Barosu Dergisi, Y. 68, S. 2010/1.
- Kumbasar, Enver Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2012.
- Kunter, Nurullah Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 1. Kitap, Beta Basım, 17. Bası, İstanbul 2009.
- Yenisey, Feridun Nuhoğlu, Ayşe

- Kunter, Nurullah Ana Çizgileriyle Ceza Kovuşturulmasının Aktarılması
Konusunda Avrupa Sözleşmesi, Kubalı'ya Armağan,
İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü Yayını,
Y. 8, S. 11, 1974.
- Kunter, Nurullah Ana Çizgileriyle Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri
Konusunda Avrupa Sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.1-4, S. 36, 1970.
(İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası)
- Kurşun, Günal Ceza Muhakemesinde Hüküm, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası,
Ankara 2016.
- Külçür, Erdem İzzet Ceza Hukukunda Yer Bakımından Uygulama, 1.Bası, On
İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Lelieur Fischer, Juliette La Règle Ne Bis In Idem, Doktora Tezi, Danışman:
Mireille Delmas-Marty, Université Panthéon-Sorbonne
(Paris I), 9 Kasım 2005.
- 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, C. 33, 2000.

- McCarthy, John G. The Passive Personality Principle and Its Use in Combatting International Terrorism, Fordham International Law Journal, C. 13, S. 3, 1989.
- Olusanya, Olaoluwa Double Jeopardy Without Parameters, Intersentia Publishers, Oxford, 2004.
- Önder, Ayhan Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 7. Bası, Ankara 2016.
Doğan, Koray
Bacaksız, Pınar
Tepe, İlker
(Genel Hükümler)
- Özbek, Veli Özer Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Bası, Ankara 2017.
Doğan, Koray
Bacaksız, Pınar
Tepe, İlker
(Ceza Muhakemesi)
- Özbek, Veli Özer Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı, İzmir Şerhi, C. 1, Seçkin Yayıncılık, 3. Bası, Ankara 2006.

- Özbudun, Ergun Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınları, 16. Bası, Ankara 2016.
- Özbudun, Ergun Anayasacılık ve Demokrasi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2015.
(Anayasacılık)
- Özen, Mustafa Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1, 2010.
- Özgenç, İzzet Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 13. Bası, Ankara 2017.
(Genel Hükümler)
- Özgenç, İzzet “Non Bis İn İdem” Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK.nun 10/a Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme, Yargıtay Dergisi, C. 28, S. 3, Temmuz 2002.
- Özgenç, İzzet Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara Eylül 2005.
(Gazi Şerhi)

- Özkaya Ferendeci,
Hamide Özden Kesin Hükümün Objektif Sınırları, On İki Levha
Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2009.
- Öztürk, Bahri
Tezcan, Durmuş
Erdem, Ruhan vd. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin
Yayıncılık, 11. Bası, Ankara 2017.
- Öztürk, Bahri
Erdem, Ruhan Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku,
Seçkin Yayıncılık, 16. Bası, Ankara 2016.
- Pazarcı, Hüseyin Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 11. Bası, Ankara
2012.
- 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, C. 8, 2007.
- Schomburg, Wolfgang Germany, Concurrent Nationaland İnternational Criminal
Jurisdiction And The Principle “Ne Bis İn İdem”, Revue
Internationale de Droit Penal, C. 73, S. 2, 2002.

- Sevdiren, Öznur Cezalandırmada Bir Paradigma Değişikliği Olarak Onarıcı Adalet Felsefesi: Bir Sentez Denemesi - I, Ceza Hukuku Dergisi, S. 15, Nisan 2011.
- Shaw, Malcolm N. International Law, 6th Edition, Cambridge University Press, 2008.
- Sigler, Jay A. A History Of Double Jeopardy, The American Journal of Legal History, C. 7, S. 4, October 1963.
- Spinellis, Dionysios Revue Internationale de Droit Pénal, Global Report The Ne Bis In Idem Principle In “Global” Instruments, C.3, S.73, 2002.
- Şahin, İlyas Ceza Kanunlarının Yer Bakımından Uygulanması ve Türk Ceza Kanunu’nda Esas Alınan İlkeler, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1, Haziran 2015.
- Şarbak, Hilal Nur Uluslararası Hukukta ve Türk Hukuku’nda Non Bis İn İdem İlkesi, Suç ve Ceza, Ceza Hukuku Dergisi, S. 2, 2013.

- Şen, Ersan Uluslararası Ceza Mahkemesi, Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2009.
- Şirin, Tolga İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 7. no.lu Protokol Hakkında Genel Bir Bilgilendirme, Güncel Hukuk Dergisi, S. 152, Ağustos 2016.
- Taner, Tahir Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İsmail Akgün Matbaası, 3. Bası, İstanbul 1955.
- Tarhanlı, Turgut Avrupa Düzeni ve Anayasal Düzen İlişkisinde Hukukun ve Yargıcın İşlevi, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2004.
- Tezcan, Durmuş Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara 2017.
- Erdem, Ruhan
- Önok, Murat
- Tezcan, Durmuş TCK'da Yer Bakımından Yetki, Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof. Köksal Bayraktar'a Armağan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2010.

- Toroslu, Nevzat Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017.
- Feyzioğlu, Metin
- Trechsel, Stefan Human Rights In Criminal Proceedings, Oxford University Press, New York 2006.
- Turan, Hüseysin Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması ve Uygulaması, Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Turhan, Faruk Türk Ceza Kanunu'nun Yer Bakımından Uygulanmasında Evrensellik İlkesi ve Yeni TCK md.13, Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı 4, Nisan 2005.
(Hukuki Perspektifler Dergisi)
- Turhan, Faruk Yeni Türk Ceza Kanununa Göre Cezaların Ertelenmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Bazı Sorunlar, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S. 3-4, 2006.
- Turhan, Faruk Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yargı Yetkisi, Uluslararası Ceza Divanı, (Ed. Feridun Yenisey), Arıkan Basım, İstanbul 2007.
- Türay, Aras Ceza Hukuku Dergisi, Y. 10, S. 28, Seçkin Yayıncılık, Ankara Ağustos 2015.

- Ulutaş, Ahmet
Atabey, Ömer Serdar
Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda
Avrupa Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, 1. Bası, Ankara
2011.
- Ünver, Yener
Hakeri, Hakan
Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yayınevi, 13. Bası,
Ankara 2017.
(Ceza Muhakemesi)
- Ünver, Yener
Hakeri, Hakan
Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Türkiye Barolar
Birliği Yayınları, İstanbul 2006.
- Vervaele, John
The Transnational Ne Bis In Idem Principle in the EU
Mutual Recognition and Equivalent Protection of Human
Rights, Utrecht Law Review, Aralık 2005.
- Yenisey, Feridun
Milletlerarası Ceza Hukuku, Beta Basım, İstanbul 1988.
- Yenisey, Feridun
Nuhoğlu, Ayşe
Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 4. Bası,
Ankara 2016.

- Yılmaz, Didem 6216 Sayılı Kanundaki “Taraf Olma” Koşulu ve AİHS’e Ek 4. ve 7. Protokollerde Yer Alan Hakların, Anayasal Temel Haklar Olarak Bireysel Başvuru Yolunda Uygulanabilirliği Hakkında Bir Değerlendirme, AÜHFD, C. 64, S. 3, 2015.
- Yurtcan, Erdener Ceza Yargılaması Hukuku, Adalet Yayınevi, 14. Bası, Ankara 2017.
(Ceza Yargılaması)
- Yurtcan, Erdener Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, 2. Bası, İstanbul 1987.
(Kesin Hüküm)
- Yüzbaşıoğlu, Necmi Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme, Bülent Tanör Armağanı, Legal Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2004.