



**T.C.  
NİĞDE ÖMER HALİSDEMİR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI  
KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE  
SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Hazırlayan  
Emre NİĞDELİOĞLU**

**Niğde  
Haziran, 2019**



**T.C.  
NİĞDE ÖMER HALİSDEMİR ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI  
KAMU YÖNETİMİ BİLİM DALI**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE  
SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Hazırlayan  
Emre NİĞDELİOĞLU**

**Danışman : Prof. Dr. Selim KILIÇ**

**Üye : Prof. Dr. Nafiz TOK**

**Üye : Dr. Öğr. Üyesi M. Balkan DEMİRDAL**

**Niğde  
Haziran, 2019**

## YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi” başlıklı bu çalışmanın, bilimsel ve akademik kurallar çerçevesinde tez yazım kılavuzuna uygun olarak tarafımdan yazıldığını, yararlandığım eserlerin tamamının kaynaklarda gösterildiğini ve çalışmamın içinde kullanıldıkları her yerde bunlara atıf yapıldığını belirtir ve bunu onurumla doğrularım. 19/07/2019

(İmza)  
Emre NİĞDELİOĞLU

## ONAY SAYFASI

Prof. Dr. Selim KILIÇ danışmanlığında Emre NİĞDELİOĞLU tarafından hazırlanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta Ve Cezada Kanunilik İlkesi” adlı bu çalışma jürimiz tarafından Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.


Tarih: 19/07/2019

### JÜRİ :

Danışman : Prof. Dr. Selim KILIÇ

Üye : Prof. Dr. Nafiz TOK

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Balkan DEMİRDAL



### ONAY :

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun ..... Tarih ve ..... sayılı kararı ile onaylanmıştır.

Doç. Dr. Emin Hüseyin ÇETENAK  
Enstitü Müdürü

## ÖNSÖZ

Tüm insanların sahip olduğu temel hak ve özgürlükleri ifade eden insan haklarının tarihi Eski Yunan'a kadar dayanmaktadır. İnsan haklarının gelişimi ve bugünkü anlamını kazanması kendiliğinden değil, tarihsel bir mücadelenin sonucunda olmuştur. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında insani değerleri önemsemeyen otoriter ve totaliter siyasi rejimlere duyulan nefret ile birlikte insan hakları kavramı güç kazanmış ve ulusal boyutu aşarak uluslararası bir gündem haline gelmiştir. İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması amacıyla bu alanda faaliyet gösteren uluslararası kuruluşlar ortaya çıkmıştır. Bu kuruluşlardan bir tanesi olan Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının tanınması bakımından ilk uluslararası belge niteliğinde olmamasına karşın ulusal hukuk sistemlerine ilave olarak uluslararası yargısal bir güvence mekanizması getirmesi açısından oldukça önemlidir. Bu bağlamda çalışmada, öncelikle insan hakları kavramı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi üzerinde durulmuştur.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun ve bu fiillere uygulanacak cezaların kanunda yer almasıdır. Bu ilkenin dayanmış olduğu temel düşünce, suç yaratma ve cezalandırma yetkisinin idarenin veya yargıcın keyfilğine bırakılmamasını sağlamaktır. Bu çalışmada, kanunilik ilkesi ve ilkenin doğal sonucu olarak ortaya çıkan, suç ve cezaların kanunda açık şekilde düzenlenmesi gerekliliği, suç ve ceza içeren kuralların fail aleyhine kıyasen uygulanamayacağı, örf ve âdet dayalı cezalandırma yasağı, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulamayacağı ve aleyhe olan ceza hükümlerini geriye yürütülemeyeceği ilkeleri irdelenmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde karşılığını bulan kanunilik ilkesi genel hatları ile anlatıldıktan sonra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar incelenerek, kanunilik ilkesinin kapsamı ve temeli belirlenmeye çalışılmıştır.

Bu çalışmanın konusunun belirlenmesinden tamamlanmasına kadar geçen uzun sürede eşsiz yardımlarını ve desteğini esirgemeyen değerli hocam ve tez danışmanın Prof. Dr. Selim Kılıç'a en içten dileklerle teşekkür ederim. Son olarak, her konuda olduğu gibi bu çalışmanın hazırlanışında da desteklerini benden hiçbir zaman esirgemeyen sevgili eşime ve aileme sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

**ÖZET**  
**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

**NİĞDELİOĞLU, EMRE**  
**Kamu Yönetimi Anabilim Dalı**  
**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Selim KILIÇ**  
**Haziran 2019, 112 Sayfa**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi başlığını taşıyan tez çalışmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesi incelenmiştir. Söz konusu ilkenin tarihsel gelişim süreci sonrasında uluslararası seviyede korunması ve güvence altına alınması üzerinde durulmuş, bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarını koruma açısından yargısal bir güvence getirmesi nedeniyle oldukça önemli bir yere sahip olduğu vurgulanmıştır. Temel hak ve özgürlüklerin korunması yönünden vazgeçilmez ve hukuk devletinin bir gereği olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenme biçimi ve bunun sonuçları incelendiği gibi ilkenin evrensel anlamı çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin farklı ülkelerin taraf olduğu davalarda verdiği kararlar incelenmiştir. Bu kararlar, sözleşmeye taraf olan devletlerin kanunilik ilkesini yorumlamaları ve değerlendirmeleri noktasında oldukça önemlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kanunilik ilkesini, yalnızca suç ve ceza içeren normların kanunda gösterilmesi olarak değil bununla birlikte suç ve ceza içeren hükümlerin fail aleyhine geçmişe yönelik uygulanmaması olarak da değerlendirmektedir. Ayrıca Mahkeme kararlarında, devletlerin kendi suç ve ceza siyasetlerini belirlemekte özgür olduklarını kabul etmekle birlikte bunu yaparken 7. maddeyi ihlal etmemeleri gerektiğini özellikle vurgulamaktadır.

**ABSTRACT  
MASTER THESIS**

**THE PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIME AND PUNISHMENT WITHIN  
THE FRAMEWORK OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN  
RIGHTS**

**NIĞDELİOĞLU, Emre**  
**Department of Public Administration**  
**Supervisor: Professor Selim KILIÇ**  
**June 2019, 112 Pages**

In this study, which is titled as “*The Principle of Legality in Crime and Punishment within the Framework of the European Convention on Human Rights*”, the principle of legality in crime and punishment regulated in the European Convention on Human Rights has been examined. The protection of the principle of legality at the international level after the historical development process has been emphasized. In this context, it is emphasized that the European Convention on Human Rights has a very important place because it provides judicial assurance in terms of protecting human rights, unlike other international conventions. The Regulation Process in European Convention on Human Rights and consequences of principle of legality in crime and punishment, which is indispensable for the protection of fundamental rights and freedoms and which is a requirement of the rule of law was examined. However, in the context of the universal meaning of the principle, the decisions of the European Court of Human Rights have been examined for cases in which different countries are parties. These decisions are very important in terms of interpreting and evaluating the legality principle of the Contracting Parties. The European Court of Human Rights has adopted the principle of legality not only as an indication of norms involving crimes and penalties in the law; it also considers that the provisions containing crime and punishment are not applied to the past against the perpetrator. In its judgments, Court acknowledges that states are free to determine their own crime and punishment policies, but it also emphasize that they should not violate Article 7 in doing so.

## İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ .....	I
ONAY SAYFASI.....	II
ÖNSÖZ.....	III
ÖZET .....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER .....	VI
KISALTMALAR LİSTESİ.....	IX
GİRİŞ .....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

1.1. İNSAN HAKLARI KAVRAMI.....	5
1.2. İNSAN HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	7
1.3. İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMASI ....	11
1.3.1. Birleşmiş Milletler Örgütü.....	12
1.3.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi .....	12
1.3.3. Avrupa Konseyi .....	14
1.4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ.....	15
1.5. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NDE KORUMA ALTINA ALINAN BAŞLICA İNSAN HAKLARI .....	16
1.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ.....	20
1.7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ 22	
1.8. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ.....	24
1.8.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu .....	24
1.8.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı.....	25
1.8.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yetki Alanı .....	28
1.8.3.1. Kişi Yönünden Yetki Alanı (Ratione Personae).....	28
1.8.3.1.1. Devlet Başvuruları .....	29
1.8.3.1.2. Bireysel Başvurular .....	29
1.8.3.2. Konu Yönünden Yetki Alanı (Ratione Materiae).....	30
1.8.3.3. Yer Yönünden Yetki Alanı (Ratione Loci) .....	31
1.8.3.4. Zaman Yönünden Yetki Alanı (Ratione Temporis) .....	32
1.8.3.5. Başvuruların Kabul Edilebilirlik Açısından İncelenmesi.....	34
1.8.3.5.1. İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması.....	34
1.8.3.5.2. Altı Aylık Süre Şartı .....	35
1.8.3.5.3. Diğer Kabul Edilebilirlik Koşulları .....	36
1.8.4. Kabul Edilen Başvuruların Esastan İncelenmesi .....	37

1.9. MAHKEME KARARLARININ NİTELİĞİ VE KARARLARIN İÇ HUKUKTA UYGULANMASI .....	40
1.9.1. Mahkeme Kararlarının Niteliği.....	40
1.9.2. Kararların İç Hukuka Uygulanması.....	41
1.9.3. Mahkeme Kararlarının Uygulanmasının Denetimi: Bakanlar Komitesi	42

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **KANUNİLİK İLKESİNİN KAPSAMI VE UNSURLARI**

2.1. KANUN KAVRAMI .....	44
2.2. SUÇ VE CEZA KAVRAMLARI .....	46
2.3. KANUNİLİK İLKESİ.....	48
2.4. KANUNİLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ.....	50
2.5. TÜRK HUKUK TARİHİNDE KANUNİLİK İLKESİ.....	53
2.6. KANUNİLİK İLKESİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER .....	55
2.7. KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI.....	58
2.7.1. Belirlilik İlkesi .....	58
2.7.2. Kıyas Yasağı .....	61
2.7.3. Örf ve Âdete Dayalı Cezalandırma Yasağı.....	64
2.7.4. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaması.....	66
2.7.5. Aleyhe Olan Ceza Hükümlerinin Geriye Yürüme Yasağı.....	68
2.8. ULUSLARARASI BELGELERDE KANUNİLİK İLKESİ.....	72
2.9. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 7. MADDESİ: SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ .....	74

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

3.1. DEL RİO PRADA/İSPANYA DAVASI .....	78
3.1.1. Davanın Konusu.....	78
3.1.2. AİHM'nin Değerlendirmesi.....	79
3.2. ROHLENA/ÇEK CUMHURİYETİ DAVASI.....	82
3.2.1. Davanın Konusu.....	82
3.2.2. AİHM'nin Değerlendirmesi.....	83
3.3. MAKTOUF VE DAMJANOVIĆ/BOSNA HERSEK DAVASI.....	84
3.3.1. Davanın Konusu.....	84
3.3.2. AİHM'nin Değerlendirmesi.....	85
3.4. ECER VE ZEYREK / TÜRKİYE DAVASI.....	87
3.4.1. Davanın Konusu.....	87
3.4.2. AİHM'nin Değerlendirmesi.....	88
3.5. KHODORKOVSKİY VE LEBEDEV/RUSYA DAVASI .....	91

3.5.1.	Davanın Konusu.....	91
3.5.2.	AİHM'nin Değerlendirmesi.....	91
3.6.	WELCH/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI.....	93
3.6.1.	Davanın Konusu.....	93
3.6.2.	AİHM'nin Değerlendirmesi.....	94
3.7.	K.-H. W. /ALMANYA DAVASI.....	95
3.7.1.	Davanın Konusu.....	95
3.7.2.	AİHM'nin Değerlendirmesi.....	97
	<b>SONUÇ.....</b>	<b>99</b>
	<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>105</b>
	<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>112</b>



## KISALTMALAR LİSTESİ

<b>AİHM</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>Anayasa</b>	:	1982 Tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
<b>Mahkeme</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>TBMM</b>	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
<b>Sözleşme</b>	:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>T.C.</b>	:	Türkiye Cumhuriyeti
<b>TCK</b>	:	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
<b>TDK</b>	:	Türk Dil Kurumu
<b>TPKKHK</b>	:	Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun
<b>YCGK</b>	:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

## GİRİŞ

Devletin cezalandırma yetkisini ölçsüz ve keyfi bir şekilde kullanmasını önleyerek bireyin temel hak ve özgürlüklerine devlet tarafından müdahale edilmesine karşı güvence sağlayan suçta ve cezada kanunilik ilkesi, modern hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Hukuk devleti ilkesi, hukukun bireylere sağladığı güvenceyi ifade etmektedir. Bir kimsenin işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir eylem nedeniyle cezalandırılmaması, hukuk düzeninin bireyler için öngördüğü en önemli güvencelerden birisidir. Bu açıdan suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince, hiç kimse kanunda suç olarak düzenlenmeyen bir eylemden dolayı cezalandırılmayacağı gibi kanunda belirtilen cezadan daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmaz.

Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak kanun yapma yetkisinin sadece yasama organına ait olması, suç ve ceza içeren normların ancak yasama organı tarafından yapılmasını gerektirmektedir. Bir suçun işlendiği iddiası hakkında son sözü söyleme gücünü elinde bulunduran yargı organının keyfi bir şekilde karar veremeyip ancak yasama organınca düzenlenen kanunun belirlediği sınırlar içerisinde hüküm kurabilmesi, kural koyma kuvveti ile o kural uyarınca nihai karar verme kuvvetinin birbirinden ayrıldığını göstermektedir. Dolayısıyla kanunilik ilkesi, kuvvetler ayrılığı prensibi ile de örtüşmektedir. Yine kanunların yalnızca halk tarafından seçilen yasama organı tarafından yapılması kanunilik ilkesinin demokrasi açısından önemini göstermektedir.

Egemen gücün keyfi uygulamalarına tepki olarak ortaya çıkan kanunilik ilkesinin, İngiltere’de 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) ile ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. Ferman’ın 39. maddesinde, hiçbir özgür kişinin ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen bir karar olmadıkça tutuklanamayacağı ve hapse atılmayacağı belirtirmiştir. Bu madde içeriğinden de anlaşılacağı üzere Ferman’ın kanunilik ilkesini doğrudan düzenlediğini söyleyemsek de Ferman, İngiliz kralının mutlak olan yetkilerini sınırlandırması açısından oldukça önemlidir. Kanunilik ilkesinin günümüz anlamını kazanması, Fransız İhtilali’nin de ortaya çıkmasına sebep olan uygulamadaki keyfiliktir. Kanunilik ilkesini, ilk kez ortaya koyan 18. yy. düşünürlerinden *Charles de Montesquieu*’dur. Ayrıca kanunilik ilkesi, ilk defa 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş ve Fransız

İhtilali sonrasında 1789 tarihinde yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'nin 8. maddesinde de yer almıştır.

Hukuk devleti ilkesinin yaygınlaşması ile birlikte kanunilik ilkesi ülkelerin ceza kanunlarında ve Anayasalarında yer almaya başlamıştır. İnsan hakları uzun bir süre ülkelerin iç sorunu olarak değerlendirilmiştir. Bunun sebebi, uluslararası hukukun sadece devletler arası ilişkiler ile meşgul olması ve uluslararası alanda bireyin süje olarak görülmemesidir. Buna bağlı olarak insan haklarının teminatını oluşturan kanunilik ilkesi sadece devletlerin iç hukuk düzenlemelerine konu olmuştur. İkinci Dünya Savaşı döneminde yaşanan soykırım, sürgün ve işkence gibi olaylar, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması fikrinin güç kazanmasını sağlamıştır. Bu yaklaşım, insan hakları alanında faaliyet gösteren uluslararası kuruluşların ve uluslararası sözleşmelerin ortaya çıkmasında etkili olmuştur. Bu sözleşmelerden birisi de Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. AİHS, sözleşmenin ihlali durumunu somut bir yaptırıma bağlayarak, uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açmıştır. Bu sözleşme ile birlikte insan haklarının etkili bir biçimde korunması için yeni bir yargısal mekanizma olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur.

Kanunilik ilkesi, AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu ilke ve AİHS'de öngörülen diğer ilkeler, Avrupa Konseyi üyesi devletler yönünden ortak standartları belirlemekte ve Avrupa Birliği açısından da önemli bir referans oluşturmaktadır. Bu bakımdan, Avrupa Birliği'ne tam üye olma amacı taşıyan Türkiye tarafından, söz konusu ilkelerin bilinmesi ve bunlara uyulması oldukça önemlidir.

Türk ceza hukukunda kanunilik ilkesi, 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Birbirine benzer içeriğe sahip olan kanun maddelerine göre, kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı gibi bu cezadan daha ağır bir ceza ile de cezalandırılmaz. Ayrıca Anayasa'nın 90. maddesinin 1. fıkrasında usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğu ve aynı maddenin 5. fıkrasında usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınacağı belirtirmiştir. Dolayısıyla AİHS'nin 7. maddesinde

yer alan suçta ve cezada kanunilik ilkesi hem Türk iç hukukunda düzenlenmiş olması hem de Türkiye'nin AİHS'ne taraf olması nedeniyle önem taşımaktadır.

Kanunilik ilkesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurabilmek için öncelikle iç hukuk yolları tüketilmesi gerekmektedir. Birey, öncelikle hakkının ihlal edildiği devletin mahkemelerine başvurmalı, buradan bir sonuç alamaması durumunda ise AİHM'e başvuru yapmalıdır. AİHM, Sözleşmede düzenlenen haklardan birinin ihlal edildiğini tespit etmekle ve gerektiğinde ilgili devlet aleyhine tazminata karar vermekle görevlidir. Bu karar bağlayıcı olsa da, ihlalin ortadan kaldırılması için gereğin yapmak ilgili devletin takdirindedir. Ancak, devlet bu kararın gereğini yerine getirmese, benzeri olaylarda sürekli mahkûm olmaktan kurtulamayacak ve AİHM kararını denetlemekle yükümlü olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin siyasi baskısı ile karşılaşacaktır. İşte bu tür durumlardan kaçınmak için, Sözleşmeye taraf diğer ülkeler gibi Türkiye'nin de, AİHM kararlarını doğru yorumlaması ve bu kararlar doğrultusunda iç hukukunda gerekli değişiklikleri yapması gerekmektedir. Bu açıdan AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin AİHM tarafından ne şekilde değerlendirildiğinin bilinmesi, olası Sözleşme ihlallerinin önüne geçilmesini sağlayacaktır.

Çalışmamızda suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bu ilkenin doğal sonucu olarak ortaya çıkan bağlantılı ilkeler incelenmektedir. Bu ilkelerin ne şekilde yorumlanması gerektiği sorununa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde cevap aranmıştır. Bu açıdan çalışmamız üç ana başlıktan oluşmaktadır. Birinci bölümde, suç ve cezada kanunilik ilkesinden daha eski bir kavram olması nedeniyle, insan hakları kavramı ele alınacaktır. İnsan haklarının tarihi süreç içerisindeki gelişimi sonrasında temel hak ve özgürlüklerin uluslararası düzeyde korunmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmenin getirmiş olduğu yargısal güvence mekanizması olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısı ve kararlarının niteliği bu bölümde irdelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin, ceza hukuku anlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesini ifade etmesi sebebiyle kanun, suç ve ceza kavramları üzerinde durulmuştur. Sonrasında kanunilik ilkesi ve bu ilkenin sonucu niteliğinde olan suç ve cezaların kanunda açık şekilde düzenlenmesi gerekliliği, suç ve ceza içeren kuralların

fail aleyhine kıyasen uygulanamayacağı, örf ve âdete dayalı cezalandırma yasağı, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza konulamayacağı ve aleyhe olan ceza hükümlerini geriye yürütülemeyeceği ilkeleri açıklanmıştır. Bu bölümde son olarak kanunilik ilkesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ne şekilde düzenlendiği incelenmiştir.

Çalışmamızın son bölümünde, Sözleşme tarafından koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklere müdahale olup olmadığını tespit etme yetkisini elinde bulunduran Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarına yer verilmiştir. AİHM kararlarında, devletlerin kendi suç ve ceza siyasetlerini belirlemede özgür olduklarını kabul etmekle birlikte bunu yaparken 7. maddeyi ihlal etmemeleri gerektiğini özellikle belirtmektedir. Bu açıdan somut dava konuları incelenerek Mahkeme'nin, kanunilik ilkesini ne şekilde yorumladığı ve değerlendirdiği tespit edilmeye çalışılmıştır. AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesinin kapsamının ve sınırlarının ne olacağı AİHM kararlarında somutlaşmaktadır. Örneğin, failin aleyhine kıyas yapılamayacağı ancak lehe kıyasın mümkün olduğu madde metninde yer almamakla birlikte AİHM kararlarının incelenmesi sonucunda ortaya çıkacaktır. Yine 7. maddede geçen suç ve ceza kavramlarından ne anlaşılması gerektiği, Mahkeme içtihatları ile ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin incelendiği üç bölüm ile sonuç bölümümden oluşan çalışmamızın amacı, yapılan araştırmalar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında, kanunilik ilkesinin doğru yorumlanmasını sağlamak ve bu ilkenin ihlal edilmesini önlemektir.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### İNSAN HAKLARI KAVRAMI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

#### 1.1. İNSAN HAKLARI KAVRAMI

“İnsan”ın en gelişmiş canlı olarak yer kürede yer almasının tarihini günümüzden iki buçuk milyon yıl kadar geriye götürebiliriz. Ancak insanın, üstün ve yüce bir varlık olduğu düşüncesi çok sonraları kabul görmüştür (Mumcu ve Küzeci, 2019: 25). İnsan hakları teorisinin hareket noktasını bu düşünce oluşturmaktadır. Bu çerçevede insanın, sırf insan olması nedeniyle, yapısının gereği olarak vazgeçilmez, devredilemez ve zamanaşımına uğramaz haklara sahip olduğu herkes tarafından kabul edilmektedir (İşten, 2010: 6). Dolayısıyla insan hakları en basit tanımıyla bütün insanların insan olmaları sebebiyle sahip olduğu temel hak ve özgürlüktedir.

İnsan hakları, hareket noktası olarak bireyi kabul etmekte ve bireylerin insanca bir yaşam sürmelerini sağlamak için gerekli asgari şartları oluşturmayı amaçlamaktadır. Kavramın odak noktası olan “insan” unsurunun bir neticesi olarak bu haklar genellikle evrensel ölçekte tanımlanmakta ve uluslararası düzenlemelere konu olmaktadır (Kalabalık, 2009: 21). İnsan hakları doktrini kapsamında, hiçbir coğrafi sınır dikkate alınmaksızın insan, içinde yaşadığı toplum ve mekândan bağımsız bir şekilde ve onların üstünde bir varlık olarak algılanmakta ve hak sahibi olarak kabul edilmektedir (Gözlügöl, 1999: 10).

İnsan hakları, hem Anayasal hem de Uluslararası hukuk kavramıdır. Devletler anayasalarında insan haklarına yer vererek, devletin, insan haklarına saygılı olduğunu göstermektedirler. Çünkü modern insan hakları düşüncesi, birey-devlet ilişkilerinde bireyi ön planda tutar ve devletin görevinin bireyin haklarını korumak olduğu anlayışına dayanır. Yani devletlerin varlık nedeni insan haklarını güvence altına almaktır. Bu bakımdan insan hakları Anayasa Hukuku'nun konusunu oluşturmaktadır. Diğer yandan insanlık tarihi boyunca devam etmiş olan güçlü ile zayıf arasındaki mücadelenin amacı ve konusu, insan hakları olmuştur. Günümüzde uluslararası toplum ve uluslararası hukukta bireyler hakları ile var olmaktadır. Uluslararası hukukta özellikle uluslararası sözleşmelerden oluşması nedeniyle, bölgesel ve evrensel nitelikteki uluslararası insan hakları sözleşmeleri, İnsan Hakları Hukuku'nun içeriğini oluşturmaktadır. Bu yönüyle uluslararası hukuk ile insan hakları arasında çift taraflı bir ilişki mevcuttur (Gökpinar, 2015: 12-13).

İnsan hakları kavramı geniş kapsamlıdır. Bir taraftan insan haklarının devlet organlarına karşı korunmasını, diğer taraftan da çok yönlü olan insan kişiliğinin geliştirilmesini içerir. İnsan hakları kavramı ile kimi zaman tüm insanlara tanınması gereken haklar anlatılmak istenir ve buna "*soyut anlamda insan hakları*" denir. Soyut anlamda insan hakları daha çok olanı değil olması gerekeni ifade eder. Soyut anlamda insan haklarının bir kısmının hukuk tarafından korunması yani pozitif hukukun içerisinde yer alması durumunda ise artık "*somut insan haklarından*" bahsedilecektir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 3).

İnsan hakları kavramı, pozitif hukuk tarafından tanınmış olsun ya da olmasın insanların sahip olması gerekli sayılan bütün hak ve özgürlükleri yani pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlamı ifade eder. Sadece olanı yani kamu otoriteleri tarafından tanınanı değil olması gerekeni de kapsar (Arslan, 2004: 6-7). Bundan dolayı, pozitif hukuk metinleri ve siyasal kurumlar, insan haklarına uygunluk ve aykırılıklarıyla değerlendirilmektedir. Böylelikle insan hakları kavramının hukukun ve siyasal sistemlerin değişiminde aktif rol oynadığı ve pozitif hukuk tarafından tanınmamış olsa bile insan haklarının siyasal iktidara karşı her zaman ileri sürülebileceği ifade edilmektedir. Esasında insan haklarının işlevinin, karşı yasal ve idari düzenlemelere rağmen ileri sürülebilmeleri ve yasaların o yönde değiştirilmesinin siyasi iktidardan isteyebilmenin gerekçesi olduğu düşünülmektedir (Erdoğan, 2007: 21). İnsan

haklarının pozitif hukuk tarafından tanınması, insan haklarının var olabilmesi için şart olmamakta, insan haklarının korunup korunmadığı noktasında önem ifade etmektedir. Şöyle ki pozitif hukuk tarafından koruma altına alınan insan hakları daha etkili bir koruma sağlamaktadır (Gözler, 2011a: 518).

Çok yönlü anlamları olan insan hakları kavramının yeniden tanımlanabilme, yorumlanabilme ve anlaşılabilme özelliği bulunmaktadır. İnsan hakları kavramı sahip olduğu dinamik yapısı nedeniyle sürekli gelişime ve değişime açık olduğundan kavramın içeriği günün şartlarına göre yenilenebilir bir özellik taşımaktadır. Belirli hakların içeriği zamanla değişmekte, yargı kararlarıyla veya insan hakları metinlerinin yeniden revize edilmesi yoluyla insan hakları kavramının içeriği zenginleşmektedir (Günaydın, 2017: 5).

## **1.2. İNSAN HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ**

İnsan haklarının açıkça tartışılmaya başlanması, hakların ele alınması ve hukuki metinlere girmesi 18. yüzyılın sonlarına doğru olsa da insan hakları kavramının felsefi boyutlarıyla tartışılması çok eskiye dayanmakta eski Yunan'a ve Roma'ya kadar gitmektedir. Her dönemde gerek filozofların gerek devlet adamlarının düşüncelerinde insan haklarının yer aldığı görülmektedir. İnsan hakları, insan onuruna yaraşır bir düzen kurma mücadelesinin bir parçası olmuştur (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 4). İnsan haklarının gelişimi ve bu alandaki kazanımlar, kendiliğinden ortaya çıkmamış aksine tarihsel mücadelenin sonucu olmuştur (Turhan, 2013: 359).

*İlk Çağlar*'da Polybius ve Cicero gibi düşünürler, egemen gücün keyfi tutumlarına karşı çıkışlar yapmış ve siyasi iktidarı sınırlandırmaya çalışmışlardır. Polybius devletin sürekli olarak gelişmesi ve büyümesinden yana olmakla birlikte, devletin en önemli organı olan senatoya bütün yetkileri vermemiş; uygulama yetkisini konsüllere, denetleme yetkisini de halka tanıyarak iktidarı sınırlandırmaya çalışmıştır. Cicero, kanunları doğal ve insani olarak ikiye ayırmış, hükümdarın tabii kanunlara uymak zorunda olduğunu ifade etmiştir. Yunan düşünür Herodot, kanun önünde eşitlik, eşit söz ve eşit saygı hürriyetini Yunan devletlerinin ayırt edici özellikleri arasında saymıştır. İnsanın doğrudan felsefenin odağı olması ise Sokrates ile başlamaktadır. Eski Yunan şehir devletlerinin sarsıntı geçirdiği dönemde, Platon ve Aristoteles Atina demokrasisini diriltme kaygılarıyla vatandaşı, site kurumunun

temeline yerleştirmişlerdir. Fakat bu anlayışta, insanlar ayrıma tabi tutulduğu için, insan haklarının temel ilkesi eşitlik ihmal edilmiştir (Gözlüğöl, 1999: 12-16). Roma'da da vatandaşlara tanınan haklar gerçek anlamda insan hakları olamamıştır, bunun sebebi ise bu hakların herkese değil sadece Roma vatandaşlarına tanınmasıdır. Dolayısıyla Roma vatandaşlarına tanınan bu haklar köleliğin kurumsallaşmasına neden olmuştur. Sonuç olarak Eski Yunan ve Roma'da insan haklarının evrenselliği hiçbir zaman söz konusu olamamıştır (Kalabalık, 2009: 40).

Eski Yunan medeniyetinde Platon ve Aristoteles'in yaptığı gibi tüm sistem anlayışlarının temelinde insanların eşitimsizliğine dayalı yaklaşımlar hâkimdi. Eski Yunan'da, köleliğin kurumsallaştığı bir toplumda, bireye önem veren ilk düşünürler Stoacılar olmuşlardır. Devleti mutlak güç kabul eden düşünceye karşı çıkararak devletin üstünde bir evrensel doğal kanun bulunduğunu ve insanların akıllarıyla anlayabilecekleri bu kanuna uymak zorunda olduklarını savunmuşlardır. Stoacılar, İnsana devlet dışında değer vermeleri ve bütün insanlar arasında eşitlik fikirlerini savunmaları nedeniyle insan haklarının ilk habercileri olmuşlardır (Turhan, 2013: 365).

**Orta Çağ**, her şeyin din ve Tanrı merkeziyle açıklanmaya çalışıldığı, insanın özgür olmadığı, insanın onurunun ve değerinin bilgisine sahip çıkmadığı bir yüzyıl olarak algılanmıştır. Antik Yunan'da insan, problemleri kendi iradesi ile bu dünyada çözmeye odaklanmışken; Orta Çağ'da problemler, dünyadan sonraki hayat için çözümlenmesi gereken problemler olarak görüldüğü ve dolayısıyla insanın bu anlayış ile kendi benliğinden gittikçe uzaklaştığı düşünölmüştür (Karakulak, 2007: 65-66).

Orta Çağ'da siyasi yapıyı feodal düzen oluşturmuştur. Bu dönemde feodal derebeyleri ve krallar arasındaki mücadeleler neticesinde yapılan antlaşmalar, insan haklarının gelişmesinde önemli katkılar sunmuş ve bu antlaşmalar sonucunda kazanılan haklar, insan haklarının temelini oluşturmuştur (Dumlu, 1996: 10). İngiltere'de 1215 yılına kadar krallar idare ve adalet sistemlerini yenileyerek yönetimlerini başarı ile yürütmüşlerdir. Bu krallar, hem anglo-saxon'ların "*kanuna saygılı adam*" kavramından kuvvet aldıklarından hem de büyük feodal derebeyleri geniş yetkiler ile donatılmamış bulduklarından, mevcut feodal sistem açısından tehlike arz ediyorlardı. Artık soy bağının yerini, mülki esasa dayanan hukuki ve sosyal bağlar alıyordu. Buradaki sorun, bu sürecin nereye varacağı ve hangi toprak

esasının yani feodal toprak düzeninin mi, yoksa kralın ülkesinin mi daha önemli kabul edileceğiydi. Kral John'un keyfi ve zalim yönetimi, Kilise ile olan kavgaları, feodal derebeyleri, kral ile olan sözleşmelerini yeni esaslar dahilinde gözden geçirmek üzere harekete geçmeleri konusunda cesaretlendirdi. Kralın ülke yönetimini merkezileştirme mücadelesine derebeyleri, monarşiyi feodal sınırlar içinde tutmak amacıyla karşı koydular. İşte bu karşı koyma sonucunda 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum* (*İngiliz Büyük Şartı*) ortaya çıkmıştır (Wıseman, 1966: 465). Bu ferman, toplumun bütün bireylerini kapsamaktan çok uzak olmasına karşın kralın yetkilerini sınırlandırması açısından önemlidir. Toplumdaki kişilerin birey olarak kabul edilmiş olması, can ve mal güvenliğinden bahsetmesi, kralın keyfi müdahalelerine karşı, fermada tanımlanan kişilere sınırlı olsa da bir güvence getirmesi insan hakları açısından önemli bir aşama olmuştur. Fermanın bugünkü devlet yapısında anlaşılabilir olarak tarif etmek gerekirse, yürütme yetkisinin tarafların mutabakatlarıyla yazılı olarak sınırlandırıldığı *Batı kaynaklı ilk belge* niteliğindedir (Kiraz, 2015: 19).

Orta Çağ'daki, hak deklarasyonları sadece belli bir zümreyi kapsamı içerisine almaktaydı. Orta Çağ'da, özgürlük iktidardan bağımsızlık anlamına gelmiyor, statü ve ayrıcalık anlamına geliyordu. Bu dönemde genel anlamda bireyin hukuksal eşitliği yoktu. Aksine kişi grupları, zümre ve dernek basamaklı eşitlikleri vardı. Bundan sonraki gelişim 16.yy'daki reform hareketleri ile olmuştur (Gören, 1993: 11).

*Yeni Çağ'da*, mutlak egemen devlet anlayışı zayıflamış ve insan hakları kavramı, anayasalarda yer almaya başlayarak pozitif hukuk alanına girmiştir. Bu dönemde tabii hukuk anlayışı, dini etkilerden arındırılarak tekrar eski kimliğine kavuşturulmuştur (Gözlügöl, 1999: 20). Tabii hukuk anlayışı, hukukun temeli olarak adalet kavramını kabul eder. Bu anlayışa göre, bir kuralın hukuk kuralı olabilmesi için adil olması şarttır. Adil olan ise dönemlere göre farklılık göstermiştir. İlk Çağ'da tabiata, Orta Çağ'da tanrısal emirlere, Yeni Çağ'da ise akla uygun olan şey adil olarak kabul edilmiştir.(Gözler, 2008:77).

Rönesans ile başlayan, akıl ve irade sahibi insanın varlığını temel alan hümanizm akımı, bireyi ön plana çıkarmıştır. Bireyin bu şekilde ön plana çıkmış olması, devlet anlayışında da değişikliği sebep olmuştur. Devlet, artık hâkim ve hükmeden değil, bireyi koruyan ve bireyin hizmetinde olan bir kurum olarak tanımlanmıştır. Her bireyin doğuştan bazı doğal haklara sahip olduğu ve devletin asli

görevinin bu hakları korumak olduğu şeklindeki düşünce bu dönemde kabul görmüştür (Kalabalık, 2009: 43). İlk kez Yeni Çağ'da insanın doğuştan devredilemez haklara sahip olduğu, devletin hukuk düzenini ilgilendiren bir konu olarak siyasal mücadele alanına girmiştir. Bu döneme kadar, insan hakları, siyasi düşünce tarihinin ilgilendiren felsefi bir tartışma konusu olmaktan uzağa gidememiştir (Gözlügöl, 1999: 24).

Modern çağda insan haklarının gelişiminin ilk önemli adımı, 1688 Büyük Devrim'in sonrasında İngiliz Parlamentosu tarafından *Bill of Rights*'ın (Haklar Bildirisi) kabul edilmesidir. Bu bildiri adil yargılanmayı ve olağan olmayan cezalandırılmayı da doğal haklar arasına katmıştır. İnsan hakları düşüncesini, modern çağın başlarında "*Doğal Haklar*" adı altında ilk dile getiren kişi İngiliz filozof *John Locke*'dur. Locke, herkesin varlığını sürdürebilmek ve kendisini geliştirebilmek için, doğum ile birlikte hayat, özgürlük ve mülkiyet hakkına sahip olduğunu ileri süren doğal haklar teorisi geliştirmiştir (Erdoğan, 2007: 93-94).

Jean-Jacques Rousseau'ya göre, insan yalnızca doğal ortamda özgürdür. Ancak, insanlar toplumsal hayata geçtikleri zaman bir arada yaşayabilmek için bu özgürlüklerinden vazgeçmişler ve sözleşme yaparak devleti meydana getirmişlerdir. Toplum sözleşmesi denilen ve toplumla devlet arasında yapılan bu yazısız sözleşme, insan hakları fikrinin gelişmesinde etkili olmuştur (Konan, 2011: 256). Montesquieu'nun ismi ile özdeşleşmiş olan erkler ayrımı teorisi de insan haklarının gelişimine katkıda bulunmuştur. Bu teoriye göre; devlet iktidarı eşit haklara sahip siyasal güçlerin yarışı ve bu güçlerin uyuşması anlamında birbirlerini karşılıklı denetleyen böylece her türlü keyfiliği önlemek ile görevli olan üç farklı ve birbirinden bağımsız erk arasında paylaştırılmıştır (Gören, 1993: 11-12).

Amerikan bağımsızlık savaşı zamanında *1776 Virginia Haklar Bildirgesi* ilan edilmiştir. Bu bildirgeden sonra kabul edilen Amerikan bildirgelerinde; mülkiyet hakkı, kişi güvenliği, vicdan ve ifade özgürlüğü, basın özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü gibi klasik hak ve özgürlükler yer almıştır. Amerikalıların 1787 yılında ilan ettikleri anayasa dünyanın ilk anayasası olmuştur. Böylece sofistlerden beri gelen insanların eşit oldukları ve doğuştan gelen haklara sahip oldukları anlayışı, *doğal hukuktan pozitif hukuka geçmiş* ve böylece bu ilke uygulanabilir olmuştur (Arslan, 2004: 18).

*1789 tarihli Fransız İhtilali*, insan haklarının gelişmesi yönünde yeni çıtırlar açmış ve yeni bir siyasi düzenin oluşumuna zemin hazırlamıştır. 1791 tarihli Fransız Anayasası'nda, insan haklarına saygısızlığın, hükümetlerin başarısızlığının başlıca sebebi olduğu vurgulanmıştır. Bu görüşten hareketle, insanların doğal, devredilemez ve kutsal haklara sahip olduğu Fransız Millet Meclisi tarafından kabul edilmiştir. *Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi*'nde yer alan ilkeler, küçük bazı değişikliklere uğrayarak bütün Avrupa ülkelerinin anayasalarında yer almıştır. Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi'nin en önemli özelliklerinden biri, insanların doğuştan var olduğu kabul edilen haklarının yanı sıra siyasi haklara da sahip olduğunun ilk defa ifade edilmesidir (Türkoğlu, 2012: 6).

İnsan haklarının ülke sınırları gözetilmeksizin bütün dünyada geçerli olduğu şeklindeki evrensel insan hakları anlayışı, Fransız İhtilali sonucu yerleşmiştir. Bu ülkede yapılan ve temel hak ve özgürlüklerin geniş bir şekilde yer aldığı anayasal düzenlemeler, Avrupa'nın diğer ülkelerini de çok derinden etkilemiştir. 1789 tarihli, Fransız insan ve vatandaş hakları bildirisinde, insanların tabii hukuktan kaynaklanan doğal, evrensel ve devredilemez haklara sahip olduğu açıkça vurgulanmıştır (Ünal, 1995: 73-74).

### **1.3. İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI DÜZEYDE KORUNMASI**

İnsanın, sırf insan olması nedeniyle kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu fikri Aydınlanma Çağı düşünürlerinin çabalarıyla anayasalarda yer bulmuştur. Ancak, insan hakları uzun bir süre devletlerin iç sorunu olarak kabul edilmiştir. Bunun sebebi ise, uluslararası hukukta kişinin uzun süre özne (süje) olarak görülmemesi ve uluslararası hukukun daha çok devletler arası ilişkiler ile meşgul olmasıdır (Tezcan vd., 2018: 31).

İkinci Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda, insani değerleri tanımak istemeyen otoriter ve totaliter siyasi rejimlere duyulan nefret ile birlikte insan hakları düşüncesi yeniden güçlenmeye başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, insan hak ve özgürlükleri ulusal sınırları aşarak, uluslararası sorun haline gelmiştir (Gözlügöl, 1999: 35). İnsan hakları, II. Dünya Savaşı'na kadar devletlerin bir iç meselesi sayılmıştır. Uluslararası hukuk ise devletlerarası ilişkileri düzenleyen, devletlerin egemenlik hak ve sınırlarını belirleyen bir disiplin olarak değerlendirilmiştir. Bu anlayış İkinci

Dünya Savaşı'ndan sonra kökten değişikliğe uğramıştır. Böylelikle insan hakları sadece devletlerin kendilerini ilgilendiren bir konu olmaktan çıkmıştır. İnsan haklarının ihlali, uluslararası hukukun da ihlali sayılarak diğer devletlerin müdahalelerine yol açmıştır (Ünal, 1995: 21). Bu yaklaşım, başta Birleşmiş Milletler Örgütü olmak üzere, insan hakları alanında faaliyet gösteren uluslararası kuruluşların ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

### 1.3.1. Birleşmiş Milletler Örgütü

İkinci Dünya Savaşı sırasında yaşananlar, insan haklarının sadece devletlerin iç hukuk sorunu olarak görülmesinin insan haklarının korunması için yeterli olmadığını, gerçek anlamda bir güvence sisteminin kurulabilmesi için uluslararası bir mekanizmaya ihtiyaç olduğunu ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla başlatılan çalışmalar sonucunda, 1942 yılında Washington'da toplanan 27 devlet tarafından Birleşmiş Milletler Bildirisi ilan edilmiştir (İşten, 2010: 8). Bunun sonrasında San Francisco'da 26 Haziran 1945 de Birleşmiş Milletler Antlaşması imzalanmıştır. Bu antlaşmanın başlangıcında *“İnsanın ana haklarına, şahsın haysiyet ve değerine, erkek ve kadınlar için olduğu gibi, büyük ve küçük milletler için de hak eşitliğine olan imanımızı yeniden ilan etmeğe Birleşmiş Milletler Halkı'nın azmetmiş olduğu”* ifade edilmiştir. Antlaşmanın birinci maddesinde ise, Birleşmiş Milletlerin amaçlarından birinin: *“ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkes için insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesini geliştirerek ve özendirerek uluslararası işbirliğini gerçekleştirmek...”* olduğu ifade edilmiştir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 4).

Birleşmiş Milletler Antlaşması, bu antlaşmayı kabul ederek üye devlet niteliğine sahip olan devletler için insan haklarına saygı yükümlülüğü getirmiştir. Bu yükümlülük hem bireysel hem de kolektif bir yükümlülüktür. Şöyle ki, üye devletler, kendi ülkelerinde insan haklarına saygılı olmak zorunda oldukları gibi diğer üye devletlerin de insan haklarına saygı göstermeleri için Birleşmiş Milletler ile işbirliği yapmak zorundadırlar. İşbirliği aynı zamanda üye devletler arasında da sağlanacaktır çünkü insan haklarına saygı evrensel bir nitelik kazanmıştır (Gülmez, 1996: 3).

### 1.3.2. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi yayınlanmıştır. Bildiri'nin önsözünde, insan haklarının doğal hak anlayışına dayalı

evrensel niteliğine, insan şahsının haysiyetine ve değerine, erkek ve kadınların eşitliğine vurgu yapılmıştır. İnsan hakları Evrensel Beyannamesi'nin bu kadar hızlı kabul edilip yayınlanmasında hiç kuşkusuz İkinci Dünya Savaşı'nda insan haklarının çok ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması önemli rol oynamıştır (Taner, 2009: 8).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, niteliği itibariyle uluslararası sözleşme değil, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından alınan bir karardır. Dolayısıyla diğer devletler üzerinde hukuki açıdan herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Ancak beyanname, uluslararası sözleşmelere ve uluslararası yargı kararlarına kaynaklık etmesi sebebiyle uluslararası teamül hukukunun bir parçası sayılmaktadır. Beyanname, insan haklarının temel ilkeleri üzerine yazılmış ilk evrensel metin niteliğindedir. Beynamede bütün insanların eşit olduğu ifade edilerek yaşamın, özgürlük ve kişi güvenliğinin herkesin hakkı olduğu belirtirmiştir. Beynamede insan haklarına olan inancın belirtilmiş olması ve beyannamenin devletlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olması, insan haklarının tüm dünyaya ilan edilmesi açısından büyük öneme sahiptir (İşten, 2010: 8).

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda, 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin kabul edilmesinden günümüze kadar hem medeni ve siyasi hakları, hem de ekonomik, sosyal ve kültürel hakları kapsamına alan, pek çok uluslararası sözleşme kabul edilmiştir. 1946 yılında Birleşmiş Milletler Örgütü tarafından, taraf devletlere sorumluluk yükleyecek olan sözleşmelerin hazırlanmaya başlanması ile birlikte problemler de başlamıştır. İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanan sözleşme taslağında yalnızca klasik haklar ve özgürlüklerin düzenlenmiştir. Rusya ve himayesindeki komünist rejimlere sahip devletlerden oluşan Doğu Bloku ve Üçüncü Dünya Ülkeleri bu duruma itiraz ederek ekonomik, sosyal ve kültürel haklarında sözleşme içeriğine dâhil edilmesini istemişlerdir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 6-7). Bu fikir ayrılıkları sonucunda 1966 tarihli olan iki uluslararası sözleşme ancak 1976 yılında yürürlüğe girebilmişlerdir. Bunlar ikiz sözleşmeler olarak da bilinen Sivil ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'dir (Türkoğlu, 2012: 10-12). İsimlerinden de anlaşılacağı üzere, birinci sözleşme klasik haklarla ilgiliyken ikinci sözleşme devlete olumlu bir yükümlülük atfeden "*pozitif statü hakları*"na ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu

iki sözleşmenin ikisi birlikte İnsan Hakları Uluslararası Yasası olarak isimlendirilmektedirler (Erdoğan, 2007: 95).

İnsan haklarının korunması ile ilgili uluslararası sistemler her zaman beklenen sonucu verememektedir ve insan hakları ihlalleri devam etmektedir. Birleşmiş Milletler tarafından geliştirilen insan haklarını koruma sisteminde, bölgesel düzeyde insan haklarının korunması düzenlenmemiştir. İnsan hakları ile ilgili bölgesel düzeyde ilk gelişme Avrupa Konseyi süreci ile Avrupa’da yaşanmıştır (Kasım, 2009: 12-13).

### 1.3.3. Avrupa Konseyi

Avrupa kıtasının İkinci Dünya Savaşı sonrası içinde bulunduğu durum, Avrupa’nın birleştirilmesi düşüncesinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu düşüncüyü destekleyen birçok dernek ve örgütlenmeler meydana gelmiştir. Bu örgütlenmelerin başında ise Avrupa Konseyi gelmektedir. Avrupalı devletleri kendi aralarında birleşip örgütlenmeye götüren nedenlerden bir tanesi de; İkinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan “Soğuk Savaş” dönemidir. Bu dönemde dünyada “Doğu Bloku” ve “Batı Bloku” olarak ifade edilen iki ayrı sistem ortaya çıkmıştır. Sovyetler Birliği ile Sovyetler Birliği’nin kurulmasına önayak olduğu Doğu Avrupa ülkelerindeki halk demokrasileri, Doğu Bloku’nu oluştururken Amerika Birleşik Devletleri’nin başını çektiği Avrupa Ülkeleri de Batı Bloku’nu meydana getiriyordu (Madra, 1981: 5-10).

Avrupa’nın o dönemde içinde bulunduğu koşullar ve Soğuk Savaş, Avrupa ülkelerinin birleştirmesi amacı taşıyan Avrupa Konseyi’nin kurulması ile sonuçlanmıştır. Bir Avrupa işbirliği örgütü olan *Avrupa Konseyi*, on batılı devlet (Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg ve Norveç) tarafından 5 Mayıs 1949’da Londra’da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsü ile kurulmuştur (Bilir, 2012: 1). Böylelikle Avrupa Konseyi demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ilkelerine dayanan bir Avrupa siyasal sisteminin temsilcisi konumuna gelmiştir. Avrupa Konseyi’nin amacı, Konsey üyesi devletlerin ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve geliştirmek, üye devletlerin toplumsal ve ekonomik ilerlemelerini kolaylaştırmak için üye devletler arasında daha sıkı bir işbirliği sağlamaktır (Gülmez, 1996: 4).

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. maddesinde üye devletlerin, insan haklarına saygı yükümlülüğü şu şekilde vurgulanmıştır: *“Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerden yararlanmasını ilkesini kabul eder ve 1. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı üstlenir.”* Yine Statü'nün 8. maddesinde de, üye devletlerin insan haklarına aykırı tutum içerisinde bulunmasının yaptırımını düzenlenmiştir: *“3. madde hükümlerini ciddi biçimde çiğneyen herhangi bir Konsey üyesinin temsil hakları askıya alınabilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. madde hükümlerine göre çekilmesi istenebilir. Böyle bir üye bu isteğe uymazsa Komite, belirleyebileceği bir tarihten başlayarak bu üyenin Konsey üyeliğinin sona erdiğine karar verebilir”*.

Avrupa Konseyi, karar organı olan Bakanlar Komitesi ile danışma organı niteliğinde olan Parlamenter Meclisi'nden oluşmaktadır. Avrupa Konseyi'nde, bu organlara yardımcı olmak üzere Genel Sekreterlik örgütü de bulunmaktadır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 8).

5 Mayıs 1949'da imzalanan Avrupa Konseyi Statüsünden sonra Avrupa Konseyi'nin öncelikli işi yeni bir insan hakları belgesi hazırlamaktı. Statünün imzalanmasından kısa bir süre sonra 4 Kasım 1950'de on üye devlet tarafından *İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi* diğer adıyla *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* imzalandı (Gomien, 1995: 16).

#### **1.4. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ**

Avrupa Konseyi'nin kurulmasından sonra insan haklarının korunmasını güvence altına alacak bir mekanizmayı da öngören yeni bir sözleşmenin yapılması acil ve zorunlu görünmekteydi. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin herhangi bir bağlayıcılığının olmaması ve üye devletlerin sözleşmeyi ihlal etmeleri durumunda, zarar gören bireyi koruyacak bir yaptırım gücünün yokluğu, yeni bir sözleşmeye olan ihtiyacı gösteriyordu. Ayrıca Birleşmiş Milletler Üyesi devletler arasında siyasal ve bireysel özgürlük kavramı konusunda mevcut fikir ayrılıklarından dolayı Birleşmiş Milletler'de, Evrensel Bildirge ölçüsünde yeni bir sözleşme yapılması mümkün görünmüyordu. Ancak yeni bir sözleşme yapılması açısından, çoğunlukla ortak değerlere sahip olan Avrupa Konseyi'nde, BM'ye göre daha uygun şartlar bulunuyordu (Madra, 1981: 16-17).

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*” 4 Kasım 1950 yılında Roma’da imzalanmış ve 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye’de sözleşmeyi 10 Mart 1950 de onaylamıştır (Bilir, 2012: 2). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden daha dar kapsamlı olmakla birlikte, temel hak ve özgürlüklere daha geniş şekilde yer vermiştir. AİHS, sözleşmenin ihlali durumunu bir yaptırıma bağlamakla, uluslararası hukukta yeni gelişmelere yol açmış ve uluslararası hukuka büyük katkı sağlamıştır. Bu sözleşme ile birlikte insan haklarının etkili bir biçimde korunması için yeni bir yargısal mekanizma kurulmuş, sözleşmeyi onaylayan devletler bazı yükümlülükler altına girmiş ve bireyin uluslararası hukuktan doğan bazı hakları da olduğu kabul edilerek bu haklar ilk defa somut bir şekilde korunmuştur (Ünal, 2001: 67).

AİHS ile 1950 yılında kurulan sistem, uluslararası hukukta en büyük yeniliklerden birisi olarak kabul edilmektedir. O dönemlerde, hiç kimse sistemin “*Avrupa Anayasal Mahkemesi*” olabileceğini düşünmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile AİHS, bir “*Avrupa Haklar Belgesi*” olarak gelişmiştir. Sözleşme, insan haklarının tanınması bakımından ilk uluslararası belge niteliğinde değildir. Ancak insan haklarının korunması açısından uluslararası kurumsal bir tanıma ve uygulama sistemi getiren ilk uluslararası belgedir. Sözleşme, ulusal hukuk sistemlerine ilave olarak uluslararası bir güvence mekanizması getirmektedir (Gözlügöl, 1999: 82-83).

## **1.5. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ’NDE KORUMA ALTINA ALINAN BAŞLICA İNSAN HAKLARI**

AİHS ve daha sonra bu sözleşmeye yapılan ek protokollerde; “*Medeni ve Siyasi Haklar*” diğer bir ifadeyle “*Kişisel ve Siyasi Haklar*” düzenlenme altına alınmıştır. Avrupa konseyi “*Sosyal Hakları*” ayrı bir sistemde düzenlemiştir. Koruma altına alınan temel hak ve özgürlüklerin büyük bir kısmı, AİHS’nin ilk halinde düzenlenmişken, daha sonra çıkarılan protokoller ile birlikte sözleşmenin kapsamı da genişlemiştir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 1994: 7-8).

AİHS’nin Başlangıç kısmında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin amacının, insan haklarını ve temel özgürlükleri korumak ve geliştirmek olduğu belirtirmiş, birinci maddesinde de sözleşmeciler devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüğü ifade

edildikten sonra temel hak ve özgürlükler şu şekilde düzenlenmiştir. (Doğru, 2016: 1-94):

- “-Madde 2: Yaşama Hakkı,*
- Madde 3: İşkence Yasağı,*
- Madde 4: Kölelik ve Zorla Çalıştırma Yasağı,*
- Madde 5: Özgürlük ve Güvenlik Hakkı,*
- Madde 6: Adil Yargılanma Hakkı,*
- Madde 7: Kanunsuz Ceza Olmaz ,*
- Madde 8: Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,*
- Madde 9: Düşünce, Din ve Vicdan Özgürlüğü,*
- Madde 10: İfade Özgürlüğü,*
- Madde 11: Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü,*
- Madde 12: Evlenme Hakkı,*
- Madde 13: Etkili Bir Hukuk Yoluna Başvurma Hakkı,*
- Madde 14: Ayrımcılık Yasağı,*
- Madde:15: Olağanıüstü Hallerde Askıya Alma,*
- Madde 16: Yabancıların Siyasi Faaliyetleri Üzerindeki Sınırlamalar,*
- Madde 17: Hakları Kötüye Kullanma Yasağı,*
- Madde 18: Sınırlamaların Amaç Dışı Kullanılmaması.’’*

AİHS’nde yer alan haklar, değişik zamanlarda çıkartılan; Sözleşmeye ek protokoller ile değiştirilmiş veya genişletilerek hakların sayısı arttırılmıştır. Protokollerle AİHS’ne eklenen haklar şunlardır (Ünal, 2001: 68-69):

### **“1.Protokol**

*Bu protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne aşağıdaki haklar eklenmiştir:*

*-Mülkiyetin Korunması*

*-Eğitim Hakkı*

*-Serbest Seçim Hakkı.*

## **2. Protokol**

*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Bakanlar Komitesinin istemi üzerine tavsiye görüşü verme yetkisi tanıyan protokoldür.*

## **3.Protokol**

*İnsan Hakları Komisyonu'nun çalışma usulünü yeniden düzenleyen protokoldür.*

## **4.Protokol**

*Bu protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aşağıdaki haklar eklenmiştir:*

*- Borç Nedeniyle Hapis Yasağı*

*- Seyahat Özgürlüğü*

*- Vatandaşı Sınır dışı Etme Yasağı*

*- Yabancıları Topluca Sınır Dışı Etme Yasağı.*

## **5.Protokol**

*Divan ve Komisyon üyelerinin yarısının üç yılda bir yenilenmesine imkan sağlamak için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde değişiklik yapan protokoldür.*

## **6.Protokol**

*Söz konusu protokol ile ölüm cezası kaldırılmış ve savaş zamanında belli şartlarda ölüm cezasının olabileceği düzenlenmiştir.*

## **7.Protokol**

*Bu protokol ile üye devletlerin ülkelerinde bulunan yabancılara ve yargılama hukukuna ilişkin aşağıdaki düzenlemeler yapılmıştır:*

*-Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Usul Güvenceleri*

*-Cezai Konularda Üst Başvuru Hakkı*

*-Haksız Mahkûmiyet İçin Tazminat*

*-İki Kez Yargılanmama veya Cezalandırılmama Yasağı*

*-Eşler Arasında Eşitlik.*

### **8.Protokol**

*Bu protokol ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki davaların daha kısa sürede sonuçlanabilmesi amacıyla Mahkemenin daireler şeklinde çalışabilmesine yönelik Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenleme yapılmıştır.*

### **9.Protokol**

*Söz konusu protokol ile İnsan Hakları Komisyonu'na şikayette bulunun kişilere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yolu açılmıştır.*

### **10.Protokol**

*Bu protokol ile Bakanlar Kurulu'nun karar alma çoğunluğu değiştirilerek, kurula basit çoğunlukla karar alma hakkı tanınmıştır.*

### **11.Protokol**

*Bu protokolle sözleşmenin denetim mekanizması yeniden yapılandırılmış, denetim organı olarak tek bir mahkeme öngörülmüştür.*

### **12.Protokol**

*Bu protokol ayrımcılık yasağı ile ilgili düzenlemeler içermektedir.*

### **13.Protokol**

*03.05.2002 tarihli protokol ile Ölüm cezası her koşulda kaldırılmıştır. Hiç kimse ölüm cezasına çarptırılmayacaktır ya da bu cezası infaz edilmeyecektir.*

### **14.Protokol**

*13.05.2004 tarihli protokol ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetim sisteminde değişiklik öngörülmektedir''(Danıştay, www.danistay.gov.tr, 27.02.2018).*

## 1.6. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının korunması ve güvence altına alınabilmesini sağlamak amacıyla, devletler üstü kurumsal bir sistemin kurulabilmesi için uluslararası uğraşların bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak insan haklarının korunmasına yargısal bir güvence getirmiştir. Sözleşmede söz konusu yargısal güvencenin, “*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*” tarafından sağlanacağı öngörülmüştür (Yıldız, 1997: 255). Bu kapsamda, AİHS diğer milletlerarası sözleşmelere oranla özellikleri olan bir sözleşmedir. Sözleşmenin özelliklerinin bazıları şunlardır:

-AİHS'nin birinci maddesinde: “*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar(md1)*” denilmek suretiyle sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerden yararlanma açısından **yabancı-vatandaş** ayrımı yapılmamıştır. Dolayısıyla sözleşmeye taraf devletler, sadece ülkelerindeki kendi vatandaşlarına değil ülkede bulunan yabancı vatandaşlara da sözleşmede düzenlenen insan haklarını tanımak zorundadırlar (Kalabalık, 2009: 92).

-AİHS'nin bir diğer önemli ve onu diğer milletlerarası antlaşmalardan ayıran özelliği de sözleşmenin hükümlerinin taraf devletlerin iç hukukunda **doğrudan uygulanabilir** nitelikte olmasıdır. **Doğrudan uygulanabilme**, AİHS hükümlerinin iç hukukta sonuç doğurabilmesi için, ulusal organların sözleşme hükümlerini iç hukuk kuralı haline dönüştürmek üzere ek bir düzenleme yapmalarına gerek olmamasıdır. Sözleşmeye taraf devletlerin ülkesinde yaşayan kişiler, o devletin mahkemeleri önünde sözleşme hükümlerini doğrudan ileri sürebilirler (Erdoğan, 2007: 262).

-AİHS'nin belki de en önemli özelliği bireylere, **bireysel başvuru hakkı** tanımış olmasıdır. Bireysel başvuru ile birlikte bireye, kendi devletini ya da bir başka devleti, uluslararası bir yargı organı önünde dava edebilme yetkisi tanımıştır (Madra, 1981:5-10). Buradaki uluslararası yargı organı, bireyin doğrudan doğruya mahkeme olarak başvurabileceği *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi*'dir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 14).

Bireysel Başvuru sözleşmenin 34. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, AİHS’de tanınan hakların taraf devletlerden biri tarafından ihlal edilmesi durumunda, bu ihlal nedeniyle zarar gördüğünü iddia eden her birey AİHM’ne doğrudan başvurabilir. Ayrıca sözleşmeciler devletler, kişilerin bireysel başvuru haklarını kullanılmasını hiçbir şekilde engellememeyi taahhüt ederler (Bilir, 2012: 15).

-Sözleşmeye taraf her bir devlet, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından, sözleşmeye taraf diğer devletlerin sözleşmeyi ihlal edip etmediklerini denetlemekle görevlidir. Bu denetlemeye **“Ortaklaşa Güvence”** ya da **“Devlet Başvurusu”** denilmektedir (Kalabalık, 2009: 92). Devlet başvurusu Sözleşmenin 33. maddesinde düzenlenmiştir: *“Her Yüksek Sözleşmeci Taraf, diğer bir Yüksek Sözleşmeci Taraf’a karşı Sözleşme ve Protokollerinin hükümlerinin ihlali iddiası ile Mahkeme’ye başvurabilir”*

-AİHS’nin sağlamış olduğu güvence **ikincil** olup asıl olan insan haklarının iç hukuk tarafından korunmasıdır. Sözleşmenin sağlamış olduğu güvenceden yararlanabilmek için öncelikle iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Yani söz konusu koruma tamamlayıcı, bir başka ifade ile ikincil niteliktedir (Gözlügöl, 1999: 141) AİHM, ulusal mahkemelerin vermiş oldukları kararlar açısından bir temyiz merci konumunda değildir. Mahkemenin görevi iç hukuk yolları tüketildikten sonra, sözleşmede düzenlenmiş olan kurallara aykırılık olup olmadığını tespit etmektir (Dumlu, 1996: 53).

-Uluslararası antlaşmaları, devletler, devletlerin eşitliği ilkesi çerçevesinde ve şartına bağlı kalarak imzalar. Uluslararası antlaşmaların özünde yatan bu ilke **karşılıklılık ilkesidir**. Yani her bir tarafın, diğeri de öyle davranacağı için belli bir şekilde hareket etmesidir (Gomien, 1995: 36). AİHS ise, **“Karşılıklılık İlkesi”** ne dayanmaz. Klasik uluslararası sözleşmelerden farklı olarak AİHS’de karşılıklılık ilkesi geçerli değildir. Yani sözleşmeci bir devlet, insan haklarına saygı duymayı, diğer sözleşmeci devletlerinde saygı duyması şartına bağlayamaz. Sözleşmeyi imzalayan devletler sözleşme ile güvence altına alınmış olan insan haklarını, kendi iç hukuklarına dâhil etme sorumluluğu altına girmiş bulunur (Ünal, 1995: 94).

-AİHS'nin uygulanması, sözleşmecî devletlerin taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmelerin uygulanmasına engel oluşturmaz. Dolayısıyla kişiler ulusal mahkemelerinde AİHS'nin uygulanmasını talep edebilecekleri gibi vatandaşı oldukları devletin taraf olduğu ve AİHS'ne göre daha geniş haklar tanıyan başka bir uluslararası sözleşmenin uygulanmasını da talep edebilirler (Taner, 2009: 35).

-Sözleşme, temel hak ve özgürlükleri belirtilmekle birlikte bunların mutlak olmadığını, belirli koşullar altında sınırlandırılacaklarını de ifade etmiştir. Sözleşmenin 15. Maddesinde savaş veya milletin varlığını tehdit eden başka bir olağanüstü durumda, sözleşmecî devlet durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek şartıyla, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin bir kısmına aykırı davranabilir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 17).

## 1.7. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN İÇ HUKUKTAKİ YERİ

İnsan haklarını düzenleyen normlar, öncelikle devletlerin iç hukuklarında oluşmuşlardır. Bununla birlikte, insan hakları uluslararası sözleşmelerde düzenlenmeleri ve uluslararası organlarca korunmaları sebebiyle uluslararası hukukun da konusunu oluşturmuşlardır. Bu çerçevede insan haklarının klasik kaynağı olan anayasalar yanında uluslararası sözleşmelerde insan haklarının önemli birer kaynağıdır (Akıllıoğlu, 1989: 157). Uluslararası sözleşmelerin, devletlerin iç hukuk düzenleri içerisindeki konumu ve önemi, her ülkenin anayasal sistemlerinde farklı olarak düzenlenmiştir. Ancak, bir uluslararası sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukukundaki yeri konusunda iki temel görüş vardır. Bunlar, "*tekci görüş*" ve "*ikinci görüş*"tür (Dumlu, 1996: 58).

*Tekci görüşe* göre, tek bir hukuk düzeni mevcuttur. Hem milletlerarası hukukun hem de iç hukukun nihai sùjeleri bireylerdir. Aynı alana ve aynı kişilere uygulanan iki hukuk düzeni arasında farktan söz edilemez. Milletlerarası hukuktaki düzenlemeler ile iç hukuktaki düzenlemeler bir bütünüün parçaları gibidir. Uluslararası hukukta getirilen düzenlemeler, iç hukuk düzenlemeleri arasında yer alır ve normlar hiyerarşisindeki konumuna göre de uygulanır. Bu noktada şu soru akla gelmektedir: Uluslararası düzenleme ile iç hukuk düzenlemesinden hangisinin diğerinden üstün olduğu sorusudur. Burada genel görüş, uluslararası hukukun, iç hukuktan üstün

olduğu yönünde olmakla beraber her devletin hukuk sistemi, ulusal hukuk içinde uluslararası sözleşmelerin yerini belirlemektedir (Kalabalık, 2009: 449).

**İkinci görüşe** göre ise, uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirlerinden tamamen farklı ve bağımsızdır. Buna göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk, iki ayrı hukuk düzeni olması sebebiyle düzenledikleri konular da birbirinden farklıdır. İç hukuk, ülke içerisindeki kamusal ve bireysel ilişkileri düzenlerken, uluslararası hukuk daha çok devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Her iki hukuk düzeni birbirlerinden tamamen bağımsız oldukları için, iki hukuk düzeninin birbirleri ile çatışma durumu söz konusu olmamaktadır. Bir hukuk düzenindeki kuralın diğer hukuk düzeninde de geçerli olabilmesi için, açıkça yollama yapılması veyahut aktarmada bulunulması gerekmektedir (Gözübüyük, 1992: 11).

AIHS'nin birinci maddesi sözleşmeciler devletlerin, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri yetki alanları içerisindeki bireylere sağlamakla yükümlü olduklarını ifade etmektedir. AIHS ile iç hukuk düzeni arasındaki ilişkinin tekci (monist) ya da ikici (düalisit) sistemlerden hangisinin olup olmayacağı taraf devletlerin kendi takdirlerine bırakılmıştır. Örneğin, Fransa, Hollanda gibi Avrupa ülkeleri tekci sistemi benimserken; Danimarka, İzlanda, Malta, Norveç ve İngiltere ikici sistemi benimsemektedirler (Türmen, 2000: 33).

AIHS'nin **Türk iç hukukundaki yeri ve önemi**, Anayasanın 90. maddesinde belirlenmiştir. Bu hükme göre, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*" Bu hükme göre sözleşme kuralları, Türk hukuk düzeninin bir parçası niteliğindedir. Dolayısıyla Türk hukukunda, AIHS ile iç hukuk düzeni arasındaki ilişkinin tekci (monist) yapıda olduğunu söyleyebiliriz. AIHS'nin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen kuralları, Türk mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir üstün hukuk kuralları niteliğindedir (Ünal, 2001: 74).

Türk Anayasası'nın 90. Maddesindeki "*Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.*" düzenlemesi nedeniyle, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri bakımında doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. **Antlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğu görüşüne** göre, uluslararası

antlaşmalar kanun ile eşdeğer niteliktedir ve kanunlar ile uluslararası sözleşmeler arasında üstünlük sıralaması bulunmamaktadır. ***Antlaşmaların yasalardan üstün olduğu görüşüne*** göre ise, kanunların Anayasaya aykırılığı ileri sürülebildiği halde, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi, uluslararası sözleşmelerin kanunlardan daha üst bir konumda olduğunu göstermektedir (Gözlügül, 1999: 207-208). Anayasa'nın 90.maddesinin 5. fıkrasının devamında: “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*” denmektedir. Esasen bu hüküm neticesinde temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmelerin kanunlardan üstün olduğunu söyleyebiliriz.

Sonuç olarak AİHS, Türk iç hukukunda doğrudan uygulanabilir. Anayasanın 90. Maddesinde, uluslararası sözleşmelerin kanun niteliğinde olduğu ve Anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı hükümleri de göz önüne alındığında; AİHS'nin Türk iç hukukun bir parçası olduğu fakat kanunlara göre ayrıcalıklı bir konumda olduğu ifade edilebilir (Kasım, 2009: 82).

## **1.8. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ**

### **1.8.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu**

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenmiş bulunan insan haklarının ihlali durumunda, söz konusu ihlallerin denetimi Strasburg'da kurulan belirli organlar tarafından yapılmaktaydı. 31 Ekim 1998 tarihine kadar AİHS'ne taraf devletlerin insan haklarına saygı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin denetimi üç organ tarafından sağlanmaktaydı. Bu organlar, 1954 yılında kurulan *Avrupa İnsan Hakları Komisyonu*, 1959 yılında kurulan *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi* ve *Avrupa İnsan Hakları Divanı*'dır. 1 Kasım 1998 de yürürlüğe giren 11. protokol ile Bakanlar Komitesi'nin yargısal işlevi ortadan kaldırılmıştır. Yine 11.protokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Avrupa İnsan Hakları Divanı tek çatı altında birleştirilerek *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi* kurulmuştur (Bıçak, 2000: 87-88).

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu uzun süre yürürlükte kalan bu koruma sisteminde, önemli bir yere sahipti. İnsan haklarının ihlali durumunda denetim süreci Komisyon'a başvuru ile başlamıştır. Komisyon öncelikli olarak başvuruyu kabul

edilebilirlik koşulları açısından değerlendirmiştir. Başvurunun kabul edilebilir olması için başvuru sahiplerinin sözleşmecî devletteki iç yargı yollarının tüketmiş olmaları ve ulusal yargı makamlarından kesin karar alındığı tarihten başlayarak altı ay içinde başvurularını komisyona bildirmeleri şarttı. Komisyon ön inceleme neticesinde başvurunun kabulü ve reddi yönünde karar almıştır. Komisyonun başvuruyu kabul etmesi halinde komisyon tarafından olay hakkında araştırma yapılmış aynı zamanda söz konusu anlaşmazlığın dostane çözüme bağlanmasını sağlamak üzere taraflara hizmet sunulmuştur. Komisyonun görevi başvurunun esası hakkında hazırlayacağı ve danışma niteliğinde olan raporunu Bakanlar Komitesine göndermek ile bitmiştir. Söz konusu başvuru hakkında bağlayıcı ve kesin karar, duruma göre Bakanlar Komitesi ya da yargılama makamı olan Avrupa İnsan Hakları Divanı tarafından verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Divanı'nın yetkisi, AİHS'nin ilk halinde ihtiyari olarak öngörülmüştü. Şöyle ki, bir davanın Divan tarafından incelenebilmesi için, öncelikle sözleşmecî devletin ayrı beyanla Divan'ın yargı yetkisini tanımış olması şarttı (Gomien, 1995: 141-160).

AİHM, 11. protokol öncesi mevcut olan Komisyon, Divan ve Bakanlar Komitesi'nin sorumluk ve görevlerini üstlenerek tek bir yargısal denetim mekanizması konumuna gelmiştir. Yeni sistemde Bakanlık komitesi, Mahkeme kararlarının uygulanmasını gözlemleme görevini devam ettirmek ile birlikte çeşitli davaların değerlendirilmesinde karar verme konusundaki yargısal yetkisini yitirmiştir. Böylelikle, 11. protokol ile birlikte Sözleşmede öngörülen denetim mekanizması; siyasi ve yargısal bir denetim sisteminden zorunlu, daimi ve yargısal bir denetim mekanizmasına dönüşmüştür (Gözlügöl, 1999: 190-193).

Yeni sistem, AİHS'nin 19. maddesinde: *“Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmecî Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle “Mahkeme” olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar.”* şeklinde ifade edilmiştir.

### **1.8.2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yapısı**

AİHM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 19. ve 51. maddeleri arasında ve AİHM İktüzüğünde düzenlenmiştir. Mahkeme, sözleşmecî devletlerin sayısı kadar hâkimden oluşmaktadır. Mahkemenin hâkimleri olarak görev yapacak kişilerin,

yüksek yargısal bir göreve atanabilmek için gerekli niteliklere haiz veya hukukta uzmanlığı ile tanınmış olmaları ve aynı zamanda yüksek ahlaki değerlere sahip olmaları gerekmektedir. Hâkimler Mahkemede kendi isimleri ile yer alırlar yani vatandaşı oldukları devleti temsil etmezler. Hâkimler vatandaşı oldukları devletin davalarında da görev yapabilirler. Hâkimler dokuz yıllığına, sözleşmeci devletler tarafından gösterilen üç aday arasından Avrupa Parlamenter Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilirler. Görev süresi biten hâkimler yeniden seçilemezler. Hâkimler görev süreleri boyunca, bağımsızlıkları, tarafsızlıkları ve daimi görevlerinin niteliği ile bağdaşmayan herhangi bir işte çalışamazlar. Hâkimlerin görev süreleri 70 yaşında sona erer (Doğru, 2016: 128-129).

Mahkemede yer alan birimleri kendi içerisinde idari birimler ve yargısal birimler olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Mahkemenin idari birimi: Mahkeme Genel Kurulu, Bölümler ve Filtraj bölümünden oluşmaktadır (Işık, 2018: 11).

**Mahkeme Genel Kurulu:** Mahkeme içtüzüğünün kabul edilmesi en önemli görevleri arasındadır. Daire Başkanlarının, Mahkeme Başkanının, Mahkeme başkan Yardımcısının, Yazı İşleri Müdürünün ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı'nın seçilmesi de görevlerindedir. Mahkeme Başkanı ve Mahkeme Başkan Yardımcısı görev süresi üç yıl iken Yazı İşleri Müdürü ve Yazı İşleri Müdür Yardımcısı'nın görev süresi beş yıldır (AİHS md.25). Mahkeme Genel Kurulu'nun talebiyle, Bakanlar Komitesi oybirliği ile alacağı bir karar neticesinde dairelerdeki hâkim sayısını beşe indirebilir.(AİHS md.26/2).

**Bölümler:** Mahkeme başkanının talebiyle Mahkeme Genel Kurulu tarafından, Mahkeme başkanının seçiminden sonra üç yıllık bir süre için bölümler kurulur. En az dört bölüm bulunmak zorundadır. Her bir hâkim bir bölümün üyesidir. Bölümler oluştururken hâkimlerin coğrafi bölgeler ile cinsiyet açısından bölümlere dengeli dağılmasına ve Sözleşmeci devletlerin sahip olduğu farklı hukuk sistemlerinin bölümler de yansıtılmasına dikkat edilir (İçtüzük md.25).

**Filtraj Bölümü:** 14 no.lu Protokolün yürürlüğe girmesiyle oluşturulan tek hâkim formasyonu Mahkemenin önündeki açıkça kabul edilemez nitelikteki başvuruları elemek amacıyla kurulmuştur. Bu bölümde bulunan tek hâkim, kabul edilemez nitelikteki başvuruları elemektedir (Işık, 2018: 11).

AİHM önüne gelen başvuruları incelemek üzere tek yargıç, üç yargıçlı komite, yedi yargıçlı Daire ve on yedi yargıçlı Büyük Daire düzeninde toplanır.(AİHS md.26). Dolayısıyla Mahkemedeki yargısal birimler şu şekilde sıralanabilir: Daireler, Komiteler, Tek hâkim, Büyük Dairedir.

**Daireler:** Mahkemenin önüne getirilen davaların görülmesi için yedi hâkimli Daireler, Bölümlerin içinden meydana getirilir. Bölüm başkanı bütün davalarda yer alırken başvurunun yöneltildiği ülke hâkimi ise seçildiği ülkeye karşı açılan her davada yer alır. Daire önündeki her davada, o dairenin asıl üyesi olmayan bölüm üyeleri yedek üye olarak yer alırlar (İçtüzük md.26).

**Komiteler:** Her bölüm içinde on iki aylık bir dönem için üç hâkimden oluşan komiteler kurulur. Mahkeme Başkanı, Bölüm Başkanlıklarına danıştıktan sonra kurulacak komite sayısını belirler (İçtüzük md.27). Komiteler bireysel başvuru hakkında ek bir inceleme gerekmediği durumlarda, başvurunun kabul edilemez olduğuna veya işlemde kaldırılması hakkında karar verebilecekleri gibi eğer dava konusu uyuşmazlık, Sözleşme ve Protokollerinin uygulanması veya yorumlanması ile ilgili ve Mahkeme'nin yerleşik içtihadının konusu ise, davayı kabul edilebilir bulabilirler ve aynı zamanda davanın esasına ilişkin karar da verebilirler (AİHS md.28).

**Tek hâkim:** Tek yargıç, bireysel başvuru hakkında, başvurunun daha fazla incelenmesine gerek olmadığı kanaatinde ise başvurunun kabul edilemez olduğuna veya düşmesine kesin nitelikte karar verebilir. Eğer bu şekilde bir karar vermemiş ise başvurunun daha fazla incelenmesi amacıyla Komiteye veya Daireye yollar (AİHS md.27).

**Büyük Daire:** Bir daire önünde görülen davada, AİHS'nin yorumu konusunda ciddi bir sorun ortaya çıkmışsa veyahut söz konusu sorunun çözümü Mahkeme'nin daha önce aynı konuda verdiği bir kararla çelişki yaratacaksa ve davanın her iki tarafı da bu duruma itiraz etmezlerse, Daire hüküm vermeden önce yargılama yetkisinden Büyük Daire lehine vazgeçebilir (AİHS md.30). Daire kararını verdikten sonra taraflardan biri üç aylık süre içinde başvurunun Büyük Daire önünde yeniden görülmesini talep edebilir. Bu talep ilk olarak beş yargıçtan oluşan bir kurul tarafından incelenir, eğer davada Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ya da

uygulanmasına ilişkin ciddi bir problem varsa talep kabul edilir ve başvurunun tamamı yeniden Büyük Daire tarafından incelenir (AİHS md.43 ).

### **1.8.3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Yetki Alanı**

Mahkemesi'nin yetki alanı, Sözleşme'nin 32. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; "*Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar. Mahkeme'nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir.*" Sözleşmenin 33. maddesinde devlet başvuruları, 34. Maddesinde bireysel başvurular, 46. Maddesinde Mahkemenin vermiş olduğu son kararın bağlayıcılığı ve yerine getirilmesi düzenlenmişken 47. maddede de Mahkemenin vermiş olduğu istişari mütalaalar düzenlenmiştir (Doğru, 2016: 132-136).

#### **1.8.3.1. Kişi Yönünden Yetki Alanı (Ratione Personae)**

Mahkemenin kişi yönünden yetki alanını belirlerken, öncelikle AİHS'nin 1. maddesine bakmak gerekecektir. Bu maddeye göre sözleşmeye taraf devletler, sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanları içerisinde bulunan *herkes* için güvence altına almak zorundadırlar. Dolayısıyla Sözleşmede, din, ırk, milliyet ayrımı yapılmaksızın, sadece Sözleşmeye taraf olan devletlerin vatandaşlarını değil Sözleşmeye taraf olmayan diğer ülke vatandaşlarının yani yabancılar ve vatansızların da temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır (Ünal, 1995: 98).

Mahkemenin kişi yönünden yetki alanı denildiğinde akla iki soru gelmektedir: Birincisi, *Mahkeme'ye kimlerin başvurabileceği* ikincisi de *Mahkeme'ye kimin aleyhine başvurulacağı* sorularıdır. Mahkemeye kimlerin başvurabileceğini ayrıntılı olarak inceleyeceğimizden dolayı öncelikle Mahkemeye kimin aleyhine başvurulacağı sorusuna cevap vermek gerekecektir. Mahkemeye başvurular, bireysel ya da devlet başvurusu şeklinde olması fark etmeksizin her durumda Sözleşmeye taraf olan devlet aleyhine yapılmak zorundadır. Sözleşmeye taraf olmayan devlet aleyhine yapılan başvurular, Mahkeme kişi yönünden yetkisiz olduğu için reddedilmektedir. Dolayısıyla, AİHS'de düzenlenen insan haklarının ihlali sebebiyle AİHM'ne başvuruda bulunabilmek için, söz konusu hakların devlet tarafından ihlal edilmesi ve

bu ihlali yapan devletin de Sözleşmeye taraf olan bir devlet olması gerekmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 36-44).

Mahkemeye kimlerin başvurabileceği konusu, AİHS'nin 33. ve 34. maddelerinde devlet başvuruları ve bireysel başvurular başlıkları altında düzenlenmiştir.

#### **1.8.3.1.1. Devlet Başvuruları**

AİHS'nin 33. maddesinde düzenlenen devlet başvurusuna göre, sözleşmeci devletlerden her biri, diğer bir sözleşmeci devletin AİHS'de düzenlenmiş bir hakkı ihlal ettiği gerekçesiyle, sözleşmeyi ihlal eden devlet aleyhine AİHM'ne başvuru yapma hakkına sahiptir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Sözleşmeye taraf olan her devletin, sözleşmeye taraf diğer devletlerin egemenlik alanları içerisinde gerçekleşen Sözleşme'nin ihlali durumunu şikâyet etme hakkına sahip olmasıdır. Yani söz konusu hak ihlali durumunda şikâyetçi devletin kendisi veya vatandaşı zarar görmese bile Sözleşmeye taraf olmayan devlet vatandaşlarının, vatansızların ve hatta şikâyet edilen devletin kendi vatandaşlarının sözleşme ile korunan haklarının ihlal edilmesi şikâyetçi devletin Mahkemeye başvuruda bulunması için yeterlidir (Taner, 2009: 47).

#### **1.8.3.1.2. Bireysel Başvurular**

AİHS'nin 34. Maddesinde bireysel başvuru: *“Bu Sözleşme veya protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilir. Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu hakkın etkin bir şekilde kullanılmasını hiçbir surette engel olmamayı taahhüt ederler.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Sözleşmeye göre, bireysel başvuruda bulunabilmek için gerçek kişi, hükümet dışı kuruluş veya kişi topluluğu olmak gerekmektedir. Sözleşme, taraf devletlerin egemenlikleri altında bulunan sadece gerçek kişilere değil tüzel kişiliklere hatta tüzel kişiliği olmayan kuruluşlara dahi şikâyet hakkı tanımıştır. **Gerçek kişi**den anlaşılması gereken Sözleşmeye taraf devletin yetki alanı içerisinde bulunan herkestdir. Burada kişinin başvuru hakkını kullanabilmesi için ulusal hukuka göre dava ehliyetinin bulunması şart değil, taraf ehliyetinin bulunması yeterlidir. Yani kişinin ergin

olmaması, ayırt etme gücüne sahip olmaması, kısıtlı tutuklu ya da akıl hastası olması başvuru yapması için engel teşkil etmemektedir. **Hükümet dışı kuruluşlar** ifadesinden ise devlet ve devlete bağlı kamu kurum ve kuruluşları dışında kalan tüzel kişiliğe sahip bütün örgüt ve kuruluşlar anlaşılması gerekmektedir. Bu kapsamda kamusal bir yetki kullanmayan özel hukuk tüzel kişilikleri Mahkeme'ye bireysel başvuru yapabilecekleridir. Bunlara örnek olarak: Dernekler, sendikalar, vakıflar, siyasi partiler vb. kuruluşları sayabiliriz. Belediyeler ve diğer yerel yönetim kuruluşları ise resmi kurum niteliğinde oldukları için bireysel başvuru hakkından söz edemeyiz. **Kişi toplulukları**, birden fazla şahsın bir araya gelmesiyle oluşan topluluklardır. Kişi topluluklarının tüzel kişiliklerinin olması şart olmamakla birlikte topluluk adına başvuru yapılabilmesi için, topluluğu oluşturan kişilerin başvuruya imza atmaları ya da topluluğu oluşturan kişilerden temsil yetkisi alan kişinin başvuruda bulunması gerekmektedir (Bilir, 2012: 74-79).

Bireysel başvuruda devlet başvurusundan farklı olarak, bireysel başvuruda bulunan kişinin **mağdur** olması gerekmektedir. Mağdur kavramından, sözleşmenin ihlal edilmesi nedeniyle kişinin menfaatinin somut şekilde etkilenmiş olması anlaşılmalıdır. Mağdur olan kişinin, zarara uğramış olması şart olmayıp sözleşmenin ihlalden doğrudan etkilenmesi yeterlidir. Kişinin ihlal edilen menfaatinin, *kişisel* (bireyin ihlalden somut şekilde etkilenmesi), *güncel* (ihlalin devam ediyor olması) ve *doğrudan* (ihlal eylemi ile sonuç arasında nedensellik bağı olması) olması gerekmektedir. Ancak kimi durumlarda mahkemeye başvuran kişi ile mağdur arasında yakın ve özel bir ilişkinin bulunması da mağduriyet şartının sağlanması için yeterli görülmektedir (Kasım, 2009: 58).

### **1.8.3.2. Konu Yönünden Yetki Alanı (Ratione Materiae)**

AİHM'nin konu yönünden yetkisi, AİHS'nde ve ek protokollerinde koruma altına alınan temel hak ve özgürlükler ile sınırlıdır. İhlal edildiği iddiası ile başvuru konusu olan temel hak ve özgürlük, sözleşme veya ek protokolleri kapsamında kalmıyorsa söz konusu başvuru ilk inceleme aşamasında kabul edilemez olduğu için Mahkemece reddedilecektir. Bu durum Sözleşmenin 35. maddesinin 3. fıkrasında başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin konu yönünden yetkisine ilişkin olan bu denetim, genellikle Mahkemenin konunun esasına girmeden ilk inceleme aşamasında yapmış olduğu bir

denetimdir. Ancak bazı durumlarda, özellikle Mahkemenin yetkisizliğinin açık olmadığı durumlarda, Mahkeme ilk inceleme aşamasında başvuruyu reddetmeyip işin esası ile birlikte yetki sorununu da ele alacaktır (Muratoğlu, 2016: 341).

AİHS'ne taraf olan devletler, belirli şartlarda Sözleşme maddelerini *askıya almakla (derogation)* veya Sözleşme maddelerinin bazılarını *çekince koymakla (reservation)*, Mahkeme'nin konu yönünden yargı yetkisini kısıtlayabilirler. Sözleşme maddelerinin askıya alınması, Sözleşmenin 15. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmeci devlet, savaş zamanlarında veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir olağanüstü durumlarla sınırlı olmak ve zorunlu olması koşuluyla, belirli bir süreliğine Sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin bir kısmını askıya alabilir. Sözleşme maddelerine çekince konması ise Sözleşmenin 57. maddesinde düzenlenmiştir. Sözleşmeci devlet, kendi ülkesindeki bir yasanın, AİHS'nin belirli bir hükmü ile bağdaşmaması halinde, Sözleşmenin ilgili maddesine çekince koyabilir. Ancak genel nitelikte çekince konulamaz. Askıya alma ve çekince koyma durumları, Mahkeme'nin konu yönünden yetki alanını kısıtlamaktadır. Bunlardan başka, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konu yönünden yetki alanına ilişkin olarak dikkat edilecek bir başka husus da Sözleşmeci devletlerin tamamı, ek protokollerin hepsine taraf değildir. Örnek vermek gerekirse, İsviçre, mülkiyet hakkının düzenlendiği 1. Ek protokole taraf olmamıştır. Dolayısıyla, İsviçre'nin mülkiyet hakkını ihlal ettiği iddiasını taşıyan bir başvuruyu, Mahkeme konu yönünden yetki alanına girmediği için yetki yönünden reddetmek durumunda kalacaktır (Özmen, 2013: 13-15).

### **1.8.3.3. Yer Yönünden Yetki Alanı (Ratione Loci)**

AİHS'nin 1. maddesinde ifade edildiği üzere sözleşmeci devletler, kural olarak ancak kendi egemenlik alanları altındaki insan hakları ihlallerinden sorumludurlar (Ünal, 1995: 100). Bu madde kapsamında Mahkeme'nin yer yönünden yetkisinin, taraf devletlerin yetki alanları ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz. Sözleşmeci devletlerin yetki alanları ise ilke olarak devletin siyasi sınırları içinde bulunan coğrafi bölgedir. Sözleşmeci devletler kendi ülkelerinde meydana gelen ve kendi organlarının neden olduğu hak ihlallerinden sorumludurlar. Bununla birlikte AİHM yapmış olduğu yetki alanı yorumunda, sözleşmeci devletlerin yetki alanlarının ülkelerin coğrafi sınırları ile kısıtlı olmadığını, söz konusu yetkinin ülke dışında da devlet otoritesinin egemen olduğu yerleri de kapsadığını ifade edilmiştir. Ülke dışında asker bulundurma, işgal

durumlarında veya bir kamu görevlisini ülke dışarısında devletin yetkilerini kullanarak yaptığı işlemlerde, ilgili devletin sorumlu olacağı kabul edilmiştir (Taner, 2009: 47).

AIHS'nin 56. maddesinde, sözleşmecî devletlere, uluslararası ilişkilerinden sorumlu oldukları diğer ülke topraklarının tamamında ya da bir kısmında Sözleşme maddelerinin uygulanacağını beyan etme hakkı vermiştir. Sözleşmecî devletin bu madde uyarınca, Sözleşmenin yetki alanında sınırlamaya gittiği durumlarda, sınırlama beyanına konu olan yerde gerçekleşen hak ihlalleri konusunda artık Mahkeme'nin yer yönünden yetkisinden söz edilemeyecektir (Muratoğlu, 2016: 340).

#### **1.8.3.4. Zaman Yönünden Yetki Alanı (Ratione Temporis)**

Mahkeme'nin zaman yönünden yetkisi, Sözleşme ve ek protokollerin yürürlüğe girmesi ile başlamaktadır. Sözleşme ise devletlerin onaylaması ile yürürlüğe girmektedir. Dolayısıyla Sözleşmeyi daha sonra onaylayan devlet için sözleşme onaylama anından itibaren sonuç doğuracaktır (AIHS md.59).

Milletlerarası antlaşmalar, kural olarak, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdikleri tarihten itibaren doğurmaya başlarlar. Uluslararası hukukta bu genel ilkeye. *Antlaşmaların geriye yürümezliği* denilmektedir. Bu kural aynı zamanda Mahkeme'nin zaman yönünden yetkisinin sınırlarını da çizmektedir. Yani, AIHS, yürürlüğe girmeden önce gerçekleşen hak ihlalleri için uygulanmaz. Bu gibi durumlarda başvuru, zaman yönünden yetkisizlik nedeniyle reddedilmelidir. Ancak temel ilke, antlaşmaların geriye yürümezliği olmakla birlikte sözleşme hükmünün çiğnenmesinin sürekli olması durumunda yani sözleşmenin ihlal durumunun devam ediyor olması halinde antlaşmaların geriye yürümezliği ilkesi uygulama alanı bulamayacaktır (Kasım, 2009: 57).

AIHS'nin 58. maddesinde, Sözleşmeden çıkma başlığı altında, sözleşmecî devlet açısından sözleşmenin uygulanmasının sona ereceği tarih düzenleme altına alınmıştır. Buna göre sözleşmecî devlet, sözleşmeye taraf olduktan beş yıl sonra ve Sözleşmeden çıktığına ilişkin bildirimini Avrupa Konseyi Genel Sekreterine ilettikten altı ay sonra Sözleşmeden çıkabilecektir. Bununla beraber Sözleşmenin yürürlükten kalkmasından önceki hak ihlalleri sebebiyle, yürürlüğün sona erdiği tarihten sonra da taraf devletin sorumluluğu devam edecektir.

AİHM'ne başvuru ve AİHM'nin yargılama usulü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İçtüzüğe göre hem devlet başvurusu hem de bireysel başvurular yazılı olarak yapılır ve başvuran ya da başvuranın temsilcisi tarafından imzalanır. Mahkeme'ye başvuracaklar için basılı bir başvuru kâğıdı hazırlanmış ise de başvurular herhangi bir şekil şartına tabi tutulmuş değildir. İçtüzüğün 46. ve 47. maddelerinde düzenlenen başvuruda yer alması gereken bilgi ve belgeleri kapsayan bir yazı başvuru için yeterli olacaktır. Mahkeme'ye devlet başvurusu yapıldığı zaman, Mahkeme Başkanı bu başvuruyu öncelikle aleyhine başvuru yapılan sözleşmeciyi devlete tebliğ eder ve başvuruyu Bölümlerden birisine gönderir. Yine bireysel başvurularda da Mahkeme Başkanı başvurunun incelenmesi amacıyla başvuruyu Bölümlerden birisine gönderecektir. Mahkeme (Bölüm) Yazı İşleri Müdürü veya bir başka görevli her bir başvuru için geçici bir dosya açar ve bir ön inceleme yapar. Başvuruda eksiklikler varsa bunların giderilmesi için başvuru ile yazışma yapılır. Eksiklikler süresi içerisinde giderilmezse *geçici dosya* kapatılır. Dosyada eksiklik olmaması halinde dosya üzerinde değerlendirme yapılır ve başvurucuya, başvurusunu takip edip etmeyeceği sorulur. Başvurucu takip etmeyeceğinin bildirilse dosya kapatılır. Başvurusunu takip edeceğini bildirmesi halinde, başvurunun esas kaydı yapılır (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 57).

Mahkeme'nin resmi dilleri İngilizce ve Fransızca olmasına karşı başvurunun bu dillerden biri yapılması zorunlu şart olmayıp sözleşmeciyi devletlerden birinin resmi dili ile de yapılması mümkündür. Ancak söz konusu başvurunun kabul edilebilir olduğu açıklanınca iki resmi dilden birinin kullanılması gerekmektedir. Daire veya Büyük Daire müsaade etmesi halinde başvuru dili kullanılmaya devam edebilir (Doğru, 2016: 128-129).

Mahkeme kendisine gelen başvuruları iki yönü ile incelemeye alır. Esas kaydı yapılan başvurular öncelikle kabul edilebilirlik koşulları açısından değerlendirilir. Başvurunun kabul edilebilir olduğu anlaşıldıktan sonra başvuru esas hakkında incelenir ve başvuru hakkında karar verilir (AİHS).

### 1.8.3.5. Başvuruların Kabul Edilebilirlik Açısından İncelenmesi

Hem devlet başvuruları hem de bireysel başvurular öncelikle kabul edilebilirlik yönünden incelenir. Bu durum Sözleşmenin 35. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Mahkeme’ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir”*.

Sözleşmenin 35. maddesinden de anlaşılacağı üzere devlet başvuruları ve bireysel başvurularda, *“iç hukuk yollarının tüketilmiş olması”* ve iç hukukta ki kesin karar tarihinden sonra *“altı aylık bir sürenin geçmemiş olması”* başvuruların kabul edilebilmesi için ön şart niteliğindedirler.

#### 1.8.3.5.1. İç Hukuk Yollarının Tüketilmiş Olması

Milletlerarası ilişkilerde egemen olan hukuk ilkelerinden bir tanesi de, iç hukuk yolları tüketilmeden uluslararası bir organa başvuramama ilkesidir. AİHS’de de bu ilke benimsenmiştir. Sözleşmede düzenlenen iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulu, AİHM ve diğer sözleşme organlarının ikincil nitelikte olması sonucunu doğurmaktadır. Hak ihlalini ortadan kaldırma görevi öncelikle devletin ulusal organlarına verilmiştir. Esasında iç hukuk yollarının tüketilmesi ilkesinin ikili bir işlevi vardır. Birinci işlevi, her başvurunun doğrudan AİHM önüne çıkmasını önleyerek Mahkeme’nin iş yükünü azaltmaktadır. İkinci işlevi ise, Sözleşmede korunan bir hakkı ihlal eden devlete, uyuşmazlık uluslararası mercilere taşınmadan ihlali ortadan kaldırabilme fırsatı vermektir. İç hukuk yollarının tüketilmiş kabul edilebilmesi için, başvuruda bulunan kişinin sadece ulusal hukuk yollarına başvurmuş olması tek başına yeterli değildir. Bunun yanında iç hukuk yollarının tüketilmiş kabul edilebilmesi için Sözleşmede düzenlenen haklarının ihlal edildiği iddiasını ulusal merciler önünde de açık veya örtülü bir şekilde ileri sürmüş olması gerekmektedir (Bilir, 2012: 17-25).

İç hukuk yollarının tüketilmesinde devletin ulusal hukuk düzeni içerisinde birden fazla başvuru mekanizmasının olması durumunda bu başvuru yollarının tamamının tüketilmesi şart değildir. Yani ulusal hukuk düzeni bir konuda, başvuruda bulunan kişiye iki farklı başvuru imkânı tanımış ise kişinin bunlardan sadece birini kullanması ve tüketmesi AİHM’ne başvuru için yeterli olacaktır. Ancak ulusal hukuk

düzeni içerisinde aralarında bir basamak ilişkisi bulunan istinaf, temyiz ve şartları oluşmuşsa bireysel başvuru gibi tüketilmesi gereken iç hukuk yolları, birden fazla başvuru yolu değil, tek bir başvurunun sonuca ulaşmasını sağlayan aşamalardır. Dolayısıyla iç hukuk yollarının tüketilmiş sayılabilmesi için bu aşamaların tamamlanmış olması gerekmektedir (Muratoğlu, 2016: 328).

İç hukuk yollarının tüketilmesi her devletin kendi iç hukuk düzeninin sağladığı ya da sağlamadığı imkânlarla göre ve hak ihlalini içeren somut olayın öznel niteliğine göre değişmektedir. Başvuruda bulunan kişinin, hak ihlalini oluşturan olay hakkında iç hukuk yollarına başvurmuş ve bu yolları tüketmiş olması gerekmektedir. Ayrıca tüketilecek olan iç hukuk yollarının, *etkin olması, erişilebilir olması, olağan usulün bir parçası olması ve makul bir kazanma şartı sunması* gerekmektedir. İç hukuk yollarının tüketilmiş olması koşulunun istisnasını, devletin iç hukuk yollarının etkin ve yeterli olmaması durumu oluşturmaktadır. İç hukuk yollarının etkin ve yeterli olmaması halinde, başvuruda bulunan kişinin bu durumu ispatlaması şartıyla, iç hukuk yollarına başvurmadan veya başvurunun sonuçlanmasını beklemeden doğrudan AİHM'ne başvuruda bulunabileceği kabul edilmektedir. Ayrıca başvuruda bulunulan iç hukuk yollarının makul sürede bitmiş olması gerekir. Eğer makul sürede başvuru sonuçlanmamışsa iç hukuk yolunun etkili olmadığı kabul edilecektir ve yine doğrudan AİHM'ne başvuruda bulunulabilecektir (Ankara Barosu Yayınları, 2008: 15).

Bireysel şikâyetlerde hakları ihlal edilen kişilerin iç hukuk yollarını kendilerinin tüketmiş olması gerekir. Devlet başvurularında ise başvuruda bulunan sözleşmeci devletin iddiasına göre hakları ihlal edilen kişilerin iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları gerekmektedir. Ancak sözleşmeci bir devletin diğer bir sözleşmeci devlet aleyhine, somut bir hak ihlaline dayanarak değil de bir yasanın ya da yasanın uygulanmasının Sözleşmeye aykırı olduğu iddiasıyla yapacağı soyut nitelikteki başvurularda iç hukuk yollarının tüketilmiş olması şartı aranmayacaktır (Taner, 2009: 54).

#### **1.8.3.5.2. Altı Aylık Süre Şartı**

Başvurunun kabul edilebilirlik şartlarından olan altı aylık süre şartı, iç hukukta başvuru yollarının tüketilmiş olması şartıyla doğrudan ilgilidir. Şöyle ki altı aylık süre iç hukuktaki kesin karar tarihinde itibaren başlamaktadır. Kesin karar (Nihai karar),

olağan iç hukuk yolları tüketildikten sonra olağan yollardan değiştirilemeyen veya düzeltililemeyen karar, şeklinde tanımlanabilir. Dolayısıyla kesin karar, iç hukuktaki başvuru yolları hiyerarşisinde en üst makamın vereceği karar olacağından altı aylık sürede iç hukuk yolları tüketildikten sonra başlamış olacaktır. AİHM de sürenin başlangıcı olarak, kesin kararın verildiği tarihi dikkate almaktadır. Bu sebeple altı aylık sürenin gerekçeli kararın tebliğ edildiği tarihten ya da kararın tebliğ edilmeden önce öğrenilebildiği tefhim veya bildirim gibi durumlarda, altı aylık süre öğrenme gününde başlamış olacaktır (Özmen, 2013: 25-27).

Başvurunun konusunu oluşturan hak ihlalinin tek bir işlemde kaynaklanması ve bu işleme karşı iç hukuk düzeni içerisinde herhangi bir başvuru imkânı olmaması durumunda, AİHS'nin 35. maddesi anlamında kesin bir karar bulunmasından söz edilemeyeceğinden altı aylık süre söz konusu hukuka aykırı işlemin yapıldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yine hak ihlalinin bir seferlik bir işlemde ya da belirli bir tarihte alınmış bir karardan kaynaklanmaması halinde yani hak ihlali durumunun süreklilik göstermesi durumunda, altı aylık sürenin de belirli bir başlangıç tarihinden söz edilemeyecektir. Dolayısıyla sürekli nitelikteki ihlallerde, ihlal ile geçen her gün altı aylık süre yeniden başlamış olacaktır (Ünal, 1995: 339).

#### **1.8.3.5.3. Diğer Kabul Edilebilirlik Koşulları**

Başvurunun kabul edilebilirlik koşulları açısından, Sözleşme'nin 35. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen iç hukuk yollarının tüketilmiş olma koşulu ve altı aylık süre şartı hem bireysel başvuru hem de devlet başvurusu için öngörülmüştür. Ancak Sözleşmenin 35. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında düzenlenen diğer şartlar sadece bireysel başvurular için geçerli olacaktır.

Sözleşmede sadece bireysel başvurular için öngörülen ek kabul edilebilirlik şartlarını şu şekilde sayabiliriz:

-Başvuruda bulunan kişinin kimliğinin belirli olması gerekir,

-Başvuru, daha önce mahkeme tarafından incelenmiş bir başvurunun konusuyla aynı olmamalı ve yeni olaylar içermelidir,

-Başvuru konusu hakkında daha önce başka bir uluslararası kuruluşa başvurulmamış olmalıdır,

-Başvuru Sözleşme ile bağdaşır nitelikte olmalıdır. Yani bireysel başvuru; kişi, yer, konu ve zaman bakımından Mahkeme'nin yetkisi içerisinde olmalıdır,

-Başvurunun açıkça temelden yoksun olmaması gerekir,

-Başvuru hakkının kötüye kullanılmaması gerekir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 94-98).

Mahkeme, Sözleşmenin 35. maddesi kapsamında yaptığı inceleme sonucunda kabul edilebilirlik şartlarını taşımayan başvuruları reddeder. Mahkeme sadece başvurunun ilk inceleme aşamasında değil yargılamanın her aşamasında bu doğrultuda karar verebilir (AİHS 35/4).

#### **1.8.4. Kabul Edilen Başvuruların Esastan İncelenmesi**

Başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verildikten sonra davanın esastan incelemesine başlanır. Bu aşamada Mahkeme tarafından yapılan işlemler şu şekilde sıralanabilir: Öncelikle Mahkeme ihlale konu olayın tespitine yönelik soruşturma yapar, bu soruşturma ile eş zamanlı olarak taraflar arasında dostane çözüm için çalışmalarına başlar, dostane çözüme ulaşamaması durumunda ise mahkeme ihlale konu olay hakkındaki son kararını verir (Türkoğlu, 2012: 128).

Mahkeme ihlale konu olayın tespiti yani davanın incelenmesi aşamasında geniş yetkiler ile donatılmıştır. Mahkeme kendisine ulaşan başvuruyu kabul edilebilirlik yönünden reddetmediyse, ihlale konu olayları tespit edebilmek için, tarafların temsilcileriyle beraber başvuruyu incelemeye devam eder. Mahkeme gerek görmesi halinde, ilgili devletlerin tüm kolaylıkları sağlayacakları etkili bir soruşturma yürütebilir. Mahkeme inceleme aşamasında ihlale konu olayın sebepleri ve fiili durumu ile birlikte söz konusu olayın hukuki boyutunu da inceleyecektir. İnceleme taraflardan yazılı bilgi ve delil istenmesi ile başlar. Mahkeme taraflardan birinin istemi üzerine veya re'sen duruşma yapılmasına karar verebilir (Bilir, 2012: 53). İstisnai durumlarda Mahkeme duruşmanın gizli yapılmasına karar vermedikçe duruşmalar herkese açıktır (İçtüzük md 63).

Mahkeme yapılan başvuruyu değerlendirirken esasa ilişkin karar vermeden önce söz konusu yargılamanın düzgün yürütülebilmesi için *geçici tedbir kararı* verebilir. Bu karar taraflardan birinin talebi ile ya da mahkeme tarafından re'sen alınabilmektedir. Alınan tedbir kararlarının uygulanmasını izlemek üzere Bakanlar Komitesi'ne bildirilir (İçtüzük md 39).

Mahkeme yargılamanın her aşamasında taraflara **dostane çözüm** teklifi yapabilir. Dostane çözüm en basit tanımıyla tarafların bir çözüm üzerinde uzlaşmaları ile uyuşmazlığı sona erdirmeleridir. Şikâyet edilen Sözleşmeci devletin, başvurucunun iddialarını kabul etmesi ve ihlal durumunda ortaya çıkan zararı karşılaması veya zararı önleyici tedbirler alma yükümlülüğünü kabul etmesi halinde dostane çözüm Mahkeme tarafından kabul edilebilecektir. Dostane çözüm halinde taraflar uzlaştıkları için Mahkeme başvuruyu kayıttan düşürür (Işık, 2018: 14). Başvurunun dostane çözüm ile sonuçlanabilmesi için sadece tarafların kendi aralarında anlaşma sağlamış olmaları yeterli olmayacaktır. Bu anlaşma ile birlikte ulaşılan çözümün “*Sözleşme ve protokollerinde tanımlanan insan haklarına saygı*” koşuluna da uygun olması gerekecektir. Bu koşulun yerine getirilip getirilmediğine karar verecek olan ise Mahkemedir (Kasım, 2009: 72). Dostane çözüm sürecindeki taraf arasında ki bütün görüşmeler gizli şekilde yürütülür. Böylelikle tarafların uyuşmazlıkla ilgili ileri sürdükleri iddialara hanel gelmemiş olacaktır. Dostane çözüm sürecinde kullanılan yazılı veya sözlü belgeler ile öneri ya da kabule ilişkin beyanlar uyuşmazlık hakkında yapılacak olan yargılamada kullanılamayacaktır (Ankara Barosu Yayınları, 2008: 25).

Başvurucunun dostane çözüm teklifini kabul etmemesi veya dostane çözümden bağımsız olarak, davalı devlet **tek taraflı deklarasyon** ile başvurunun kayıttan düşürülmesini Mahkeme'den talep edebilir. Mahkeme tarafından tek taraflı deklarasyonun kabul edilebilmesi için, yeterli tazminatın verilmesi ve gerekli düzeltici tedbirlerin alınması yanında, dostane çözümden farklı olarak, Sözleşmenin ihlal edildiği açık bir şekilde davalı devlet tarafından kabul edilmesi gerekir. Davalı devletin tek taraflı deklarasyon talebindeki amacı kapsamlı bir ihlal kararı verilmesinin önüne geçmektir. Mahkeme tek taraflı deklarasyonu insan haklarına saygı ilkesi bakımından uygun bulması halinde, başvurunun kısmen ya da tamamen kayıttan düşürülmesine karar verebilir. Mahkeme söz konusu kararı verirken başvurucunun rızasını aramaz (Özmen, 2013: 43).

Mahkeme'ye yapılan bir başvurunun kabul edilebilirlik yönünden reddedilmesi ya da kayıttan düşürülmesi için bir nedenin bulunmaması halinde Mahkeme başvurunun esasın incelemesini yaparak bir karar verir. Mahkeme'nin iki çeşit karar vermesi mümkündür. Mahkeme başvuruda bulunanın, Sözleşme hükümlerince korunan bir hakkının ihlal edilmediği düşüncesinde ise, bu durumu tespit ederek ilgilinin başvurusunu reddeder. Eğer Mahkeme başvuruda bulunanın, hak ihlali iddiasının doğru olduğu düşüncesinde ise, Sözleşme'nin ihlal edilen ilgili maddesini hüküm altına alarak başvuruyu kabul eder. Tabi burada Mahkeme kısmen kabul ve kısmen ret kararı da verebilir. Mahkeme tarafından başvurunun kabulüne karar vermişse Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca başvuruda bulunan lehine tazminat ödenmesi de kararlaştırılabilir. Buna göre, Mahkeme başvuruda bulunanın hak ihlaline uğradığına karar verirse ve ihlale sebep olan sözleşmeci devletin iç hukuk düzeni ihlalin sonuçlarını tamamıyla ortadan kaldıramıyorsa, Mahkeme gerekli gördüğü takdirde, hak ihlali nedeniyle zarara uğrayan taraf lehine tazminat ödenmesine karar verebilir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, Mahkeme tarafından tazminata hükmedilebilmesi için, öncelikle tazminatın genel şartlarının yani hak ihlali, zarar ve nedensellik bağının olması gerekmektedir. Ayrıca tazminat için genel şartların yanında iki tane de özel şartın varlığı aranır. Bunlar; hak ihlaline uğrayan kişinin doğmuş olan zararının ilgili devlet tarafından tamamen karşılanmamış olması ve Mahkeme'nin bu tazminatı gerekli görmesidir. Yani burada Mahkeme'ye takdir hakkı tanınmıştır. Ayrıca tazminata hükmedilebilmesi için kural olarak ilgili kişinin, Mahkeme'den bu yönde bir talepte bulunmuş olması da gerekmektedir (Muratoğlu, 2016: 356-357).

Mahkeme tarafından kararın verilmesinden sonra taraflar kararın Büyük Daire'ye gönderilmesini talep edebilirler. Talep süresi, kararın tefhiminden itibaren üç aydır. Bu şekilde başvurunun Büyük Daireye gönderilebilmesi için, davanın Sözleşme ve Protokollerinin yorumuna ilişkin ciddi bir soruna neden olması veya genel nitelikte ciddi bir sorun oluşturması gerekmektedir. Büyük Daire'ye gönderilen davalar, beş hâkimden oluşan bir kurul tarafından incelenir. Kurul istemi reddeder veya kabul eder. Kurul istemi kabul ederse, Büyük Daire bir hüküm kurar ve dava sonuçlanır. Büyük Daire'nin vermiş olduğu karar kesin niteliktedir (Ankara Barosu Yayınları, 2008: 23).

Büyük Daire'nin vermiş olduğu kesin karardan başka, üç durumda Mahkeme'nin vermiş olduğu karar kesindir. Bunlar;

*“-Taraflar davanın Büyük Daire'ye gönderilmesini istemediklerini beyan ederlerse,*

*-Karardan itibaren üç ay içinde davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi istenmezse,*

*-Büyük Daire bünyesinde oluşturulan kurul 43. madde çerçevesinde sunulan istemi reddederse.” (AİHS md 44).*

## **1.9. MAHKEME KARARLARININ NİTELİĞİ VE KARARLARIN İÇ HUKUKTA UYGULANMASI**

### **1.9.1. Mahkeme Kararlarının Niteliği**

Yukarıda açıklandığı üzere Büyük Daire kararları kesin niteliktedir. Mahkeme'nin verdiği kararlar ise Sözleşme'nin 44. maddesi uyarınca kesinleşir. Mahkeme kararlarının kesin olması, kararlara karşı başvuracak üst kanun yolunun kalmamasını ifade etmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 123). Kesinleşmiş Mahkeme kararları davanın konusu ile sınırlıdır ve yalnızca davanın tarafları açısından sonuç doğurmaktadır. Bu anlamda Mahkeme kararları nispi niteliktedir. Kararların aynı durumda olan herkes için aynı sonucu doğurma özelliği olmadığından, farklı bir kişi Mahkeme'nin vermiş olduğu bir kararı somut olarak kendisine doğrudan uygulanmasını isteyemeyecektir (Işık, 2018: 16). Tabi burada şunu da belirtmek gerekir ki, AİHM kararları herkes için geçerli olmasalar bile verilen kararların sözleşmeciler diğer devletler açısından yönlendirici bir etkisinin olduğu kuşkusuzdur. Şöyle ki herhangi bir olay için verilen insan hakları ihlali kararı benzer durumda olan sözleşmeciler devletleri, söz konusu ihlali ortadan kaldırmaya yönelik düzenlemeler yapmaya zorlayacaktır (İşten, 2010: 42).

Sözleşmeciler devletler, taraf oldukları davalarda, Mahkeme'nin vermiş olduğu kararlara uymakla yükümlüdürler. Yani Mahkeme'nin kararları sözleşmeciler devletler açısından bağlayıcı niteliğe sahiptir. Fakat Mahkeme'nin kararları sözleşmeciler devletlerin iç hukuk düzenlerinde hemen sonuç doğurmaz ve ulusal kanunları, düzenlemeleri ya da ulusal mahkeme kararlarını kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu anlamda AİHM kararları insan hakları ihlalinin olup olmadığını tespit eder.

Dolayısıyla AİHM kararlarının kurucu nitelikte değil bildirici nitelikte olduklarını söyleyebiliriz (Giakoumopoulos, 2016: 35).

### 1.9.2. Kararların İç Hukuka Uygulanması

Sözleşmeciler devletlerin, özellikle taraf oldukları davalarda, AİHM kararlarına uygun hareket etmeleri sözleşmede düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi açısından oldukça önemlidir. Şöyle ki sözleşmenin etkinliğini ve devamlılığını sağlayabilmek için taraf devletlerin AİHM kararına uymaları bir zorunluluktur. Bu durum Sözleşme'nin 46. maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir: *“Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler”*(Cengiz, 2003: 3).

AİHM'nin vermiş olduğu karar, sözleşmeye aykırılığı tespit edilen ihlal işlemi, iç hukuk düzeninde kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Sözleşmeciler devlet hak ihlali doğuran işlemi, iç hukuk düzeninde yürürlükte olan bir yasa, idari bir tasarruf ya da ulusal mahkeme kararı gibi sözleşmeciler devletin organlarının sorumluluğunu doğuran bir işlem olabilir. Ulusal mahkeme kararı bakımından, AİHM'nin vermiş olduğu ihlal kararı mahkeme kararını doğrudan kaldırmaz ya da kararı değiştirmez. AİHM vermiş olduğu kararlar, daha önce de belirttiğimiz gibi, Sözleşmede koruma altına alınan hakların ihlal edilip edilmediğinin tespiti ile ilgilidir. Hak ihlaline ilişkin bir tespitin varlığı durumunda, Sözleşmeciler devlet hak ihlalini ortadan kaldıracak tedbirleri kendi iç hukuk düzeninde almak zorundadır. Bu zorunluluk Sözleşme'nin 46. maddesinde belirtirmiş olmasına karşın, AİHM kararının, Sözleşmeciler devletler tarafından ne şekilde yerine getirileceği hususunda Sözleşmede herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Sözleşmeye taraf devletler, AİHM kararlarını nasıl yerine getireceklerini kendileri belirleyeceklerdir. Dolayısıyla, Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlüklerin korunmasında asıl yetkili makam, sözleşmeciler devletlerin ulusal organlarıdır. Mahkeme kararlarında Sözleşmeciler devlet öncelikle ihlal kararını yerine getirmelidir. Yani ihlal durumunu sona erdirmeli ve ihlal öncesi durumu yeniden sağlamaya yönelik işlemler yapmalıdır. Eski hale getirme (restitutio in integrum)'nin mümkün olmadığı durumlarda, ilgili devlet, ihlal tespiti kararı ile örtüşecek yöntemleri kendisi seçebilecektir. Bu kapsamda, Sözleşmeye taraf olan devletin, Mahkeme kararlarını iç hukuk düzeninde uygulama noktasında; *hak ihlaline neden olan haksız fiilin durdurulması, ihlal sonucu ortaya*

*çıkan zararın tanzim edilmesi ve hâksiz fiilin tekrarlanmasını önleyecek gerekli tedbirleri almak gibi yükümlülükleri olduğunu kabul edebiliriz (Karaman, 2014: 413-415).*

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlalinin sözleşmecî devletin yasal bir düzenlemesinden kaynaklanması durumunda; ilgili yasal düzenlenmenin Sözleşmeye uygun şekilde değiştirilmesi veya bunun mümkün olmaması halinde ise söz konusu düzenlenmenin kaldırılması yoluna gidilebilir. Sözleşme'nin ihlali idarenin bir tasarrufundan kaynaklanıyorsa, yine bu tasarruf geri alınabilir ya da kaldırılabilir. Ancak Sözleşme'nin ihlali bir yargı kararından kaynaklanıyorsa, yargı kararlarının kesin hüküm niteliğinde olması ve yargının bağımsız konumu neticesinde söz konusu kararın ortadan kaldırılması pek mümkün görünmemektedir. Bu gibi durumlarda sözleşmecî devletler yukarıda da ifade edildiği gibi yargı kararına karşı yargılanmanın yenilenmesi (eski halin iadesi) yoluna başvurabilirler veyahut Sözleşmeyi ihlal eden yargılama usulüne ilişkin olarak gerekli yasal değişiklikleri yapabilirler (Muratoğlu, 2016: 359).

### **1.9.3. Mahkeme Kararlarının Uygulanmasının Denetimi: Bakanlar Komitesi**

Bakanlar Komitesi yapısı itibariyle siyasal nitelikte bir kurumdur. AİHS'de düzenlenen diğer kurumlardan farklı olarak, yargısal niteliğinden ziyade siyasi niteliği daha ağır basmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin kuruluş hükümleri AİHS'de düzenlenmeyip, Avrupa Konseyi Statüsünde düzenlenmiştir. AİHS'nin 54. maddesinde de AİHS'nin hiçbir hükmünün Avrupa Konseyi Statüsü'nün Bakanlar Komitesi'ne tanıdığı yetkileri ihlal etmeyeceği düzenleme altına alınmıştır (Akay, 2009:119).

AİHM'nin vermiş olduğu kararların uygulanıp uygulanmadığının denetimi, Avrupa Konseyi'nin yürütme organı olan Bakanlar Komitesi'nce sağlanmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin görevi, söz konusu kararın infaz edilip edilmediğini tespit etmek ve denetlemektir. Kararı infaz etme yükümlülüğü ise asıl olarak sözleşmecî devlete aittir. Sözleşmecî devlet kararı uygulamadığı takdirde, Bakanlar Komitesi ilgili devlete diplomatik ve siyasi baskı yapmaktadır (Giakoumopoulos, 2016: 36).

Bakanlar Komitesi Sözleşme'nin ihlali durumunda, ihlale neden olan devletten ihlalin ortadan kaldırılmasını ya da ihlalden önceki durumunun yeniden sağlanmasını

talep eder. Belirli bir zaman sonrasında bu talebi uygulanmazsa, söz konusu ihlali yeniden gündemine alır ve ihlali gerçekleştiren devlete bir mektup yollar. Daha sonra yeni bir karar alır. Kararın yerine getirilmesi adına İç Tüzüğü'nün verdiği diğer yetkilerden faydalanır (Türmen, 2000: 37-38). Bakanlar Komitesi, ihlali gerçekleştiren devletten yeterli bir sonuç alana kadar konuyu gündeminde tutar. Alınan tedbirlerin tatmin edici olması durumunda konu, Bakanlar Komitesi tarafından karara bağlanır. Bakanlar Komitesi'nin bu kararı kesin niteliktedir. Böylece Bakanlar Komitesi denetim görevini yerine getirmiş olur (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 128-129).



## 2. İKİNCİ BÖLÜM

### KANUNİLİK İLKESİNİN KAPSAMI VE UNSURLARI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde düzenlenmiş olan kanunilik ilkesi, ceza hukuku anlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesini ifade etmektedir. Bu kapsamda kanunilik ilkesinin genel anlamı ve ortaya çıkarmış olduğu sonuçlara geçmeden önce kanun kavramı ile suç ve ceza kavramları üzerinde durulacaktır.

#### 2.1. KANUN KAVRAMI

Yasama organı tarafından yapılan yasam işlemleri, kendi içerisinde “Kanun” ve “parlamento kararı” olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır. Bu iki grup arasındaki ortak nokta TBMM tarafından kabul edilmeleridir. Uygulamada bunları ayırmak kolaydır. Kanunlar Resmî Gazetede “kanun”, parlamento kararları ise “TBMM Kararı” başlığı altında yayımlanırlar. Yine bunlar arasında kabul edilme ve yayımlanma usulleri açısından oldukça farklılıklar vardır (Gözler, 2000:375).

Devletin yasama erki tarafından konulan, herkesin uymakla yükümlü olduğu her türlü düzen ve kurallar bütününe kanun (yasa) denilmektedir. Daha teknik bir ifade ile kanun, yasama meclisi tarafından yapılan iki işlemden biri olup parlamento kararı niteliğinde olmayan yasama işlemidir (Teziç, 1972: 11).

Kanun ya da diğer adıyla yasa kavramının, doktrinde biçimsel ve maddi kanun olmak üzere iki ayrı tanımı yapılmaktadır. Biçimsel kanun tanımında önemli olan, kanunun kim tarafından ve ne şekilde yapıldığıdır. Bu tanıma göre kanun, yasama organı tarafından bazı özel usullere uygun olarak yapılan işlemdir. Bu anlayışa göre

yasama organı tarafından kanun adı altında yapılan her işlem kanundur. Bu kapsamda biçimsel açıdan bir işlemin kanun olup olmadığını tespit etmek zor değildir. Maddi anlamda kanun ise, söz konusu işlemi yapan organdan bağımsız olarak genel, soyut, kişilik dışı ve sürekli olan işlemdir (Yasama Derneği, 2017: 56). Maddi anlamda kanunda, hukuki düzenlemenin kim tarafından yapıldığı önemli olmayıp o hukuki işlemin nitelik olarak genel, soyut ve kişilik dışı olması kanun olması için yeterlidir.

Türk anayasa hukukunda kanun tanımını, sadece şekli kanuna ya da sadece maddi kanuna göre yapamayız. 1982 Anayasası'nın 7. ve 87. maddelerine göre kanun yapmak yalnızca yasama organı olan TBMM'ye aittir. Bu maddeler Türk Anayasası'nda şekli kanun ilkesini kabul edildiği düşüncesini oluştursa da TBMM kanun niteliğinde olmayan, örneğin parlamento kararları gibi, işlemler göz önüne alındığında bu tam anlamıyla doğru olmayacaktır. Yine maddi anlamda kanun tanımına göre Türk Anayasası'nda, genel, soyut ve kişilik dışı her işlem kanun niteliğinde dersek Anayasa'da düzenlenmiş olan genel, soyut ve kişilik dışı işlemler olan yönetmelikleri, kanunlardan ayırma şansımız yoktur. Bu kapsamda Türk anayasa hukukunda kanun kavramına ulaşabilmemiz için, şekli ve maddi kanun tanımlarında birlikte yararlanmamız gerektiği kanaatindeyiz.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Türk hukukunda, Anayasa'nın 38. maddesi ve Türk Ceza Kanunu (TCK)'nin 2. maddesine düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre suç ve cezalar "*kanun*" tarafından açıkça belirtilmelidir. Her iki düzenlemede de geçen kanun ifadesini maddi kanun olarak anlamamız durumunda, yönetmelikler ve idarenin diğer düzenleyici işlemlerini kanun olarak kabul etmemiz gerekir ki bu da idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulabilmesi sonucunu ortaya çıkarır. Ancak Anayasası'nın 7. ve 87. maddelerine göre kanun yapmak görev ve yetkisi sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Her iki maddede de düzenlenen kanun ifadesinden, parlamento kararları dışında kalan, Anayasada öngörülen usullere göre TBMM tarafından kanun adı altında çıkarılan ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanarak yayınlanan kanunun anlaşılması gerekmektedir (Baytaz, 2018: 50-52).

Kanunilik ilkesini düzenleyen AİHS'nin 7. maddesinde, "*kanun*" ifadesi yerine "*hukuk*" ifadesi kullanılmıştır. Bu kavramdan ne anlaşılması gerektiği, konu bütünlüğü açısından "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7.Maddesi: Suçta ve Cezada Kanunilik*" başlığı altında incelenecektir.

## 2.2. SUÇ VE CEZA KAVRAMLARI

Suç kavramından ne anlaşılması gerektiği, yani suçun tanımının ne olduğu yalnızca ceza hukukunun değil, kriminoloji ve sosyoloji gibi farklı disiplinlerin de inceleme alanına girmektedir. Mesela sosyolojik açıdan suç, sapkınlık çeşitlerinden birisidir. Sapkınlık, toplumun çoğunluğu tarafından genel kabul görmüş kurallara aykırı bulunan eylemlerin tamamıdır. Tabii, belirli kuralların olduğu sosyal hayatta, hiç kimse bütün kurallara aykırı hareket etmediği gibi, kuralların tamamına da uygun hareket etmez (Karakehya ve Usluadam, 2015: 5). Sosyoloji alanında olduğu gibi birçok farklı disiplin açısından suç kavramının tanımı yapılabilse de bizim buradaki konumuzu ceza hukuku anlamındaki suç tanımı oluşturmaktadır.

Ceza hukuku anlamındaki suç tanımında iki farklı anlayışın varlığından söz edebiliriz. *Suçun biçimsel anlayışına* göre suç, hukuk düzeninin karşılığında yaptırım öngördüğü insan davranışdır. Bu anlayış bir davranışın neden suç sayıldığı ile ilgilenmemektedir. Davranışın suç sayılabilmesi için ceza kanunlarında düzenlenmiş olması yeterlidir. Dolayısıyla kanunun suç saydığı eylemler sosyal açıdan tehlikeli olmasalar bile cezalandırılırlar. Aynı şekilde, davranış sosyal açıdan ne kadar tehlikeli olursa olsun ceza kanunda suç olarak düzenlenmemişse cezalandırılması mümkün değildir (Hüseyinoğlu, 2018: 124). Suçun biçimsel anlayışında önemli olan, kanun yapmada yetkili olan yasama organının iradesidir. Bu anlayışa göre suç, kanun koyucunun kanunlarda suç olarak düzenlediği her türlü davranıştır.

*Suçun maddi anlayışına* göre suç, toplumda egemen olan hukuksal değerlere aykırılık teşkil eden davranışlardır. Bu anlayışı göre toplumsal düzeni ihlal eden davranışlar suç niteliğindedir. Sosyal anlamda tehlikeli olan eylemler kanunda suç olarak düzenlenmemiş olsalar bile suç olarak değerlendirilip cezalandırılmalıdırlar. Suç teşkil eden fiiller, yasalarda suç olarak tanımlanmadan önce de haksızlık olarak mevcuttular (Koca ve Üzülmez, 2010: 36-38). Suçun maddi anlayışı, davranışın ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmesinden bağımsız olarak davranışının sosyal anlamda tehlikeli olup olmadığına göre bir ayırım yapmaktadır. Bu kapsamda fiil sosyal anlamda tehlikeli ise suç olarak cezalandırılmalıdır. Eğer fiil, sosyal anlamda tehlikeli

değilse kanunda suç olarak düzenlense dahi cezalandırılmamalıdır (Toroslu, 2012: 39-409).

Suç kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ceza kanunlarında açıklanmaması, bir başka ifade ile suçun tanımının ceza kanunlarında yapılmaması, ceza kanunları açısından bir eksiklik olarak değerlendirilemez. Nitekim modern ceza hukukunun geçerli olduğu birçok ceza kanunda olduğu gibi TCK'da suç tanımına yer verilmemiştir. Tabi bununla birlikte TCK'nın özel hükümler kısmında, suç sayılan fiillerin (hırsızlık, yağma, dolandırıcılık, kasten öldürme gibi) tanımı yapılmıştır (Artuk vd., 2009: 222).

Türk ceza hukukunda suçun biçimsel ya da maddi anlayışından hangisinin geçerli olduğu konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz suçta ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 38/1. maddesi ve TCK'nın 2. maddesine göre kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir eylemden dolayı kimseye ceza verilemez. Dolayısıyla bu düzenlemeler ışığında Türk ceza hukukunda suçun biçimsel anlayışının kabul edildiğini söylememiz yanlış olmayacaktır. Bu açıklamalardan sonra suç, kanunlarda cezası öngörülmüş olan insan davranışları şeklinde tanımlayabiliriz.

Suç kavramından sonra ceza kavramının anlamına bakacak olursak; Türk Dil Kurumu (TDK) sözlüğünde cezanın anlamı iki şekilde tanımlanmıştır: 1-“*Uygunsuz davranışlarda bulunanlara uygulanan üzüntü, sıkıntı, acı verici işlem veya yaptırım.*” 2-“*Suç işleyen bir kimsenin yaşantısına, özgürlüğüne, mallarına, onuruna karşı yasaların öngördüğü yaptırım.*”(www.tdk.gov.tr, 23.03.2019)

Bir başka ifade ile ceza, suç işleyen kişiye, toplum adına uygulanan, kanun tarafından düzenlenmiş yaptırımdır. Ceza kavramı ile ilgili birçok tanım yapmak mümkün ise de ceza anlayışının dönemden döneme ve toplumdan topluma değişmesi nedeniyle üzerinde fikir birliğine varılmış tek bir ceza tanımı bulunmamaktadır (Yarsuvat, 1966: 81-82).

Ceza hukuk açısından ceza, suç teşkil eden fiil karşılığında öngörülen yaptırımdır. Suç nedeniyle faile ceza yaptırımı uygulanabileceği gibi güvenlik tedbiri de uygulanabilir. Ceza, hukuk düzeni tarafından korunan değerlerin karşılığını ve işlenen suçun toplum tarafından onaylanmadığını göstermesi açısından önemlidir. Esasında

cezanın amacı da bireyin suç işlemek suretiyle ihlal ettiği ve geçerliliğini kabul etmediği hukuki değerini önemini fark ederek toplumsal değerlerle barışmasını ve yeniden topluma kazandırılmasını sağlamaktır. Güvenlik tedbirleri ise toplumu tehlikeli suçlulara karşı korumak amacıyla uygulanan yaptırımlardır (Koca ve Üzülmöz, 2010: 38).

### 2.3. KANUNİLİK İLKESİ

Kanunilik ilkesi, esas itibariyle hukuk devleti ilkesinden türetilen bir kavramdır. Hukuk devletinde yasama, yürütme ve yargı organları hukuk kuralları ile bağlıdır. Yani devlet organlarının bireysel özgürlüklere müdahalede bulunabilmeleri için kanuni bir düzenlenmenin mevcut olması gerekir. Kanunilik ilkesi ile devlet organlarının, kanuni bir düzenlenme olmadan, bireysel hak ve özgürlüklere keyfi olarak müdahale etmesinin önüne geçilir (Kangal, 2011: 65).

Kanunilik ilkesini sadece ceza hukuku alanında değil, taraflardan birisinin devlet olduğu idare hukuku, vergi hukuku gibi diğer hukuk dallarında da görmek mümkündür (Eşitli, 2013: 229). Ancak diğer hukuk dallarına kıyasla ceza hukukunun kişisel hak ve özgürlükleri daha fazla sınırlaması ve bireylere yönelik daha ağır yaptırımlar öngörmesinden dolayı kanunilik ilkesinin ceza hukuku ile özdeşleştiğini söylememiz yanlış olmayacaktır (Turinay, 2013: 10). Bizde çalışma konumuz itibariyle kanunilik ilkesini, ceza hukuku boyutu ile ele alacağız. Bu kapsamda ***Suçta ve cezada kanunilik ilkesi***, sadece kanunda gösterilen fiillerin suç olması ve suç oluşturan bu fiiller hakkında ancak kanunda öngörülen yaptırımların uygulanabilmesidir. Bir başka anlatımla kanunilik ilkesi, suç sayılan eylemlerin ve bunlara verilecek cezaların kanun tarafından önceden açıkça belirlenmesini ifade etmektedir (Koca ve Üzülmöz, 2010: 43).

Kanunilik ilkesinin yani “*kanunsuz suç ve ceza olmaz*” ilkesinin, birbirini tamamlayan iki ayrı alt unsuru vardır. Bunlardan birincisi, “*kanunsuz suç olmaz*”, ikincisi ise “*kanunsuz ceza olmaz*” unsurudur. Hangi hareketin suç olduğunun kanun tarafından önceden gösterilmesine *kanunsuz suç olmaz*, yasa tarafından suç sayılan fiilin yaptırımının önceden belli olmasına ise *kanunsuz ceza olmaz* denilmektedir (Dursun, 2014: 16). Bu iki unsuru birbirinden ayrı düşünmemiz mümkün değildir. Şöyle ki kanunilik ilkesi açısından, kanunda sadece suç teşkil eden fiilin gösterilmiş

olması tek başına yeterli olmayacaktır. Ayrıca kanunda suç teşkil eden fiilin karşılığında bir cezanın da öngörülmüş olması gerekmektedir.

Suçun biçimsel ve şekli anlayışında olduğu gibi kimi görüşler kanunilik ilkesini de *biçimsel kanunilik ilkesi* ve *öze ilişkin kanunilik ilkesi* olmak üzere ikiye ayırmaktadır. ***Biçimsel kanunilik ilkesine*** göre gerçekleştirildiği zaman yasada açık olarak suç olarak düzenlenmeyen bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemez. Yani bir fiilin suç teşkil etmesi için o fiilin kanunda düzenlenmiş olması gerekli ve yeterlidir. ***Öze ilişkin kanunilik ilkesine*** göre ise fiil yasada açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamış olsa bile söz konusu fiilin anti-sosyal davranış niteliğinde olması onun suç sayılması için yeterlidir. Öze ilişkin kanunilik ilkesinde fiilin suç olup olmadığı tespit edilirken fiilin kanunda düzenlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Bu kapsamda yasada suç olarak düzenlenmiş bir fiil, anti-sosyal davranış niteliğinde değilse cezalandırılmayacaktır (Toroslu, 2012: 39). Özetle biçimsel kanunilik ilkesinde fiilin suç teşkil edip etmediğinin tespitinde fiilin kanunda yer alıp almadığına bakılırken öze ilişkin kanunilik ilkesinde fiilin kanunda yer alıp almadığından ziyade fiilin anti-sosyal nitelikte olup olmadığına göre suç teşkil edip etmediği tespit edilmektedir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin hem birey yönünden ve hem de toplum yönünden önemi vardır. Birey yönünden, kanunun suç olarak kabul etmediği bir fiilin cezalandırılması veya cezayı uygulayacak olan hâkime, suç teşkil eden fiil açısından kanununda öngörülen cezadan daha farklı bir ceza uygulama yetkisinin tanınması, ceza adaletinin tesadüflere ve keyfi uygulamalara terk edilmesi sonucunu doğurur. Bu durum kişi özgürlüğünü tehlikeye sokacaktır. Şöyle ki, birey yapmış olduğu eylemin suç olup olmadığını ve bu eylemin cezayı gerektirip gerektirmediğini önceden bilemeyecek ve gerçekleştirmiş olduğu hareketlerde özgür olamayacaktır. Bu kapsamda kanunilik ilkesi birey özgürlükleri açısından adeta bir güvence fonksiyonu görmektedir. Kanunilik ilkesinin toplum yönünden önemi ise hangi fiillerin suç olduğunun ve bunlara uygulanacak cezaların kanunda önceden yer alması bu fiilleri gerçekleştirmek isteyen kişileri daha fazla düşünmeye sevk ederek toplum üzerinde caydırıcı ve suç önleyici bir etki meydana getirmesidir (Artuk, 2014: 39-40).

Kanunilik ilkesinin, demokrasi ve kuvvetler ayrılığı prensibi yönünden de önemli olduğunu söyleyebiliriz. Kanunilik ilkesine göre, suç ve cezaları belirleme yetkisi yasa koyucuya yani halk tarafından seçilen yasama organına aittir. Dolayısıyla

suç ve cezaları belirleme yetkisi, yasama meclisi aracılığıyla egemenliğin kaynağı olan halka aittir. Yine kanunilik ilkesinde, suç ve cezaları belirleyen yasama organı ile bu kanunlarını uygulayan hâkimlerin yani yargı organının farklı olması kuvvetler ayrılığı prensibi açısından önem teşkil etmektedir (Hakeri, 2014: 13).

#### 2.4. KANUNİLİK İLKESİNİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, günümüzdeki anlamını 1789 Fransız İhtilali'nden sonraki dönemde kazansa da ilkenin kökenlerinin Roma dönemine kadar dayandığını söyleyebiliriz. Roma'da hukuk kuralları *12 Levha Kanunlarına* kadar yazılı değildir. 12 Levha Kanunlarından önceki dönemde Roma hukukunun kaynaklarını örf ve adetler oluşturmuştur. Ortaya bir uyuşmazlık çıktığında, bu uyuşmazlık toplumun adetlerine ve adalet anlayışına göre çözüme kavuşturulmuştur. Her uyuşmazlığın aynı şekilde çözüme kavuşturulması sonucunda örf ve adetlerin bir hukuk kuralı haline dönüştüğünü söyleyebilirsek de bu dönemde kanunilik ilkesinin geçerli olduğunu söyleyebilmek pek mümkün değildir. 12 Levha Kanunları ile birlikte Roma'da yazılı hukuk kuralları ortaya konulmaya başlanmıştır. 12 Levha Kanunlarından sonra kabul edilen *Valerienne Kanunu*, Roma'da ceza hukuku açısından oldukça önemlidir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin temeli bu kanun ile atılmıştır. Roma hukukundaki bir başka düzenleme ise *Corpus Iuris Civilis*'te yer alan "*geriye yürümezlik ilkesi*"dir. Ancak *Corpus Iuris Civilis*'te hem geriye yürümeği yasaklayan hem de serbest bırakan düzenlemeler birlikte yer almıştır. Roma imparatorlarından Sulla'nın döneminde çıkan bir kanun ile ceza kanunlarının geçmişe yönelik uygulanması yasaklanmıştır (Baytaç, 2018: 10-14).

Roma döneminde tam anlamıyla kanunilik ilkesinden bahsedilememesine karşın belirli dönemlerde bu ilkenin –geriye yürümezlik gibi- bazı unsurlarına rastlamak mümkündür. Cezalarda kıyasın uygulanması ve hâkimin takdir yetkisinin çok geniş şekilde uygulanması bu dönemde kanunilik ilkesinin gelişmesini engellemiştir (Tosun, 1967: 39).

Kanunilik ilkesinin batı hukukunda 1215 tarihli *Magna Carta Libertatum* ile ortaya çıktığını ileri süren görüşler vardır. Bu görüşü savunanlar dayanak olarak antlaşmanın 39. maddesini göstermektedirler. *Magna Carta Libertatum*'un 39. maddesi: "*Kendi zümresinden olanlar ya da ülkenin ilgili yasalarına uygun olarak verilen*

*bir karar olmadıkça hiçbir özgür kişi tutuklanamaz, hapse atılamaz, mal ve mülkü elinden alınmaz, sürgüne yollanamaz ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılamaz.*” şeklindedir (Wikikaynak, tr.wikisource.org, 27.03.2019). Ancak bu maddenin içeriğinden de anlaşılacağı üzere, Magna Carta Libertatum’un doğrudan kanunilik ilkesini düzenlediğini söyleyemeyiz. Magna Carta’da yer alan 39. madde ile bireyin kişisel dokunulmazlığı güvence altına alınmıştır. Dolayısıyla bu maddenin suç ve cezaların kanuniliğinden ziyade usul hukukuna ilişkin bir düzenlemeler getirdiğini ifade etmemiz yanlış olmayacaktır (Alacakaptan, 1958: 3-4).

1789 Fransız İhtilali, kanunilik ilkesinin günümüz anlamını kazanması bakımından adeta bir dönüm noktasıdır. Bu döneme kadar bazı suç ve cezaları içeren kanunlar veyahut geriye yürümezlik ilkesi gibi kanunilik ilkesinin unsurlarını içeren düzenlemeler meydana gelmişse de kanunilik ilkesinin tüm yönleri ile tartışılması ve bir ilke olarak kabul edilmesi ancak Fransız İhtilali’nden sonra gerçekleşebilmiştir.

Avrupa’da kanunilik ilkesini, ilk kez ortaya koyan 18.yy. düşünürlerinden *Charles de Montesquieu*’dur. Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine* adlı eserinde özgürlüğü, bireyin, kanunların izin verdiği ölçüde her şeyi yapabilme yetkisi olarak açıklamıştır. Montesquieu, yine aynı eserinde, bireyin kanunların yasakladığı fiilleri gerçekleştirebilmesi durumunda diğer bireylerin de bu fiilleri gerçekleştirme açısından aynı hakka sahip olacaklarını ve dolayısıyla söz konusu birey açısından özgürlükten bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir (Bekri, 2010: 19-20). Montesquieu’nun savunmuş olduğu diğer bir fikir olan *kuvvetler ayrılığı prensibi* de kıyaslamayı ve genişletici yorumu zorunlu olarak reddediyordu. Şöyle ki hâkimin kanunu uygularken kıyas ya da genişletici yorum yapması kanun koyucunun alanına girmesi demektir. Bu da yargı erkinin, yasama erkinin alanına girerek *kuvvetler ayrılığı prensibini* ihlal etmesi ve sonuç olarak bireysel özgürlüğün güvencesine müdahale etmesi anlamına geliyordu (Demir, 2001: 18). *Montesquieu*, bireysel özgürlüğün güvence altına alınabilmesinin yalnızca iktidarın yani devletin müdahale alanının sınırlarının tespit edilmesi ile mümkün olacağını ifade etmiştir. *Montesquieu*’ya göre bireysel özgürlüklere getirilecek sınırlamalar da ancak kanun ile yapılmalıdır (Demirbaş, 2014: 107).

Fransız devrimini yapanlar, anayasaları yalnızca devletin konumunu belirleyen bir belge olarak değil, bununla birlikte iktidarın sınırlandırılmasının bir aracı olarak da görmüşlerdir. Aydınlanma Çağında, hükümdarın olağanüstü yetkilerini kabul etmeyen

aydınlar ve burjuvazinin liderliğindeki halk, egemenliği kendi iradeleri altına alacaktır. Aydınlanma Çağında ortaya konan siyasi ilkeler, günümüz anlamıyla insanın bir değer olarak görülmesini, egemenliğin kuvvetler ayrılığı prensibine uygun dağıtılmasını, genel iradeyi yansıtan parlamento tarafından çıkartılan kanunlarla ülkenin yönetilmesini, suç ve cezada kanunilik ilkesini, idarenin kanuniliğini, devlet organlarının yargısal denetimi ile birlikte bireylerin hak ve özgürlüklerine keyfi müdahalenin önlenmesini amaçlayan “*hukuk devleti*” kavramının ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu siyasi ilkelerinin gerçekleşmesiyle suç dünyevi bir olgu haline gelmiş ve suçun önlenmesi açısından artık ilahi gayeler aranmamıştır (Küçüktaşdemir, 2014: 73).

Aydınlanma Çağında, insana ve aklına verilen değer artması, suçun dünyevi bir olgu olarak görülmesi, ceza hukukunda reform yapılmasını isteyen düşünürlerin etkinliğini artırmıştır. Bu düşünürlerden en ünlüsü, modern ceza hukukunun kurucusu olarak kabul edilen Cesare Beccaria’dır. Beccaria, *Suçlar ve Cezalar Hakkında* adlı eserinde, suç ve cezaların sadece kanun tarafından belirlenebileceğini ifade ederek kanunilik ilkesine vurgu yapmıştır. Beccaria’ya göre suç ve cezaları içeren kanunları yapma yetkisi toplumun tamamını temsil eden yasama organına aittir. Hâkim, bireye, kanunda düzenlenmeyen bir ceza ya da kanunda düzenlenen cezadan daha fazla bir ceza veremeyecektir. Beccaria, söz konusu eserin dördüncü bölümünde yasaları yorumlama yetkisinin kime ait olduğu sorusuna cevap aramıştır. Bu bölümde Beccaria, hâkimin görevinin sadece kişinin kanunlara aykırı hareket edip etmediğini tespit etmek olduğunu, dolayısıyla kanunu yorumlama yetkisinin yasa koyucu olmadığı için hâkime bırakılamayacağını ve kanunun gerçek yorumcusunun kanun koyucu olduğunu ifade etmiştir (Beccaria, 2016: 31-36).

Beccaria, kanunların anlaşılmaz bir şekilde kaleme alınmasına karşı çıkmıştır. Bu anlaşılmazlığın zorunlu olarak yorum sonucunu doğuracağını ifade etmiştir. Ona göre, kanunlar halkın yabancı olduğu bir dille yazılırsa yani açık ve basit bir dille yazılmazsa; halk, yapmış olduğu fiilin sonuçlarının ne olduğunu öngöremeyecek ve böylece kanunu yorumlayabilen küçük bir azınlığın kölesi olacaktır (Beccaria, 2016: 41).

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi Alman düşünür *Feuerbach*’a kadar daha çok anayasal ve siyasi bir ilke olarak ileri sürülmüştür (Bekri, 2010: 20). Feuerbach,

hâkimlerin yasayı uygularken onu kıyas yoluyla genişletmelerine karşı çıkmış ve kanunilik ilkesini hukuksal açıdan formüle etmiştir. Feuerbach, kanunilik ilkesini latince “*nullumcrimen, nullapoena sine lege*” (ceza kanunu olmadan suç olmaz) şeklinde ifade etmiştir (Dursun, 2017:145). Feuerbach, ceza hukukunun temelinde hukuk devleti ilkesini koymuştur. Ona göre, bireyin özgürlük alanı olmalı ve bu alanda kuvvetler aykırılığı ilkesinin bir sonucu olarak hâkimin yetkisi kanun karşısında sınırlandırılmalıdır. Feuerbach, bir eylemin cezalandırılabilmesi için o eylemin kanunda açıkça suç olarak düzenlenmiş olması gerektiğini, çünkü bir eylemin yalnızca kanun koyucu tarafından suç haline getirilebileceğini savunur. Ona göre kıyas yasağının kabulüyle, kanun koyucu, bireyin hukuk güvenliğini riske atmamak için kanunda yer almayan eylemleri cezalandırma hakkından vazgeçmiştir. Feuerbach, hâkimlerin takdir yetkileri olması konusunda büyük bir güvensizliğe sahiptir. Feuerbach’a göre hâkim, yasa koyucu tarafından belirlenmiş olan soyut kuralı somut olaya uygulamakla görevlidir. Ancak hâkimin kanuna bağlı olması gerektiğini belirtse de yorum yapılmasına tamamen karşı çıkmamıştır. Bu açıdan, doktrini yasa koyucu ile hakimin arasında bir aracı olarak kabul etmektedir (Baytaç, 2018: 327-228).

Kanunilik ilkesi, ilk defa 1787 tarihli Avusturya Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Fransız İhtilali sonrasında 1789 tarihinde yayınlanan “*İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi*”nin 8. maddesinde kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Yine 1791 ve 1793 tarihli Fransa Anayasalarında ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun dördüncü maddesinde de kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Daha sonraki dönemlerde hukuk devleti anlayışının yaygınlaşmasına paralel olarak ülkelerin Anayasalarında ve ceza kanunlarında kanunilik ilkesi yer almıştır (Artuk, 2014: 42-43).

## **2.5. TÜRK HUKUK TARİHİNDE KANUNİLİK İLKESİ**

Kanunilik ilkesinin Türk hukukundaki gelişim sürecinde öncelikli olarak Osmanlı döneminde de uygulanan İslam hukukuna bakmamız gerekecektir. İslam hukukunda, devletin işleyiş şekli ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerini gösteren yazılı anayasalar bulunmamaktadır. Bununla birlikte İslam hukukunun asli kaynakları Müslümanların kutsal kitapları olan *Kur’an-ı Kerim* ve İslam Peygamberinin söz ve davranışlarını ifade eden *sünnettir*. Karşılaşılan bir hukuki uyuşmazlıkta kitap ve sünnette bir düzenleme yoksa İslam hukukunun diğer kaynakları olan İcma ve kıyas yoluyla söz konusu uyuşmazlık giderilmeye çalışılırdı (Bekri, 2010: 87-88).

İslam ceza hukukunda üç tip suç bulunmaktadır: *Allah'ın(kamu) haklarına karşı suçlar (had suçları)*, *Kulun haklarına karşı suçlar (kisas ve diyet suçları)* ve *Hükümdarın cezalandırma hakkına dayanarak ortaya koyduğu (tazir suçları)*'dir. Allah'ın haklarına karşı yönelen had suçları: Zina, hırsızlık, zina iftirası, yol kesicilik ve sarhoş olmadır. Kulun haklarına karşı olan kisas suçları ise adam öldürme ve yaralama suçlarıdır (Tosun, 1967: 9-11).

Hükümdarın cezalandırma yetkisine dayanarak ortaya koyduğu tazir suçları, hem kamunun hem de bireyin haklarını ihlal edebilen suçlardır. Had, kisas ve diyet suçları dışında kalan suçların tamamı tazir suçlarını oluşturmaktadır. Bu suçlara ilişkin Kur'an ve sünnette öngörülmüş bir ceza da bulunmamaktadır. Tazir suçlarında, suç ve cezanın tespiti hükümdar ile hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Tazir yolu ile cezalandırmada hâkim suçlunun kişiliğini de dikkate alarak ona hapis cezası verebilirdi. Bununla birlikte hâkim, suçluya ihtarda bulunabilir, nasihat verebilir kınayabilir ya da tehdit de bulunarak da onu cezalandırabilirdi (Demir, 2001: 190-191).

Türk hukuk tarihinde kanunlaşma hareketlerinin Tanzimat dönemi ile başladığını ifade edebiliriz. Kanunilik ilkesi açık bir şekilde belirtilmemişse de 1839 tarihli Tanzimat Fermanında kanunilik ilkesinden yansımalar görülmektedir. Tanzimat fermanında, hukuka uygun ve aleni olarak yapılmış bir ceza yargılaması sonucunda verilmiş bir mahkeme karar olmadıkça hiç kimseye idam cezası verilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır (Baytaz, 2018: 21). Bu fermanla, çıkarılan kanunlara aykırı davranışların cezalarının belirlenmesi için yeni bir ceza kanununun çıkarılacağı ifade edilmiştir. Bu talimata uygun olarak 1840 tarihli *Ceza Kanunname-i Hümayunu* yürürlüğe girmiştir. Daha sonrada 1851 tarihli ceza kanunu yapılmıştır. Osmanlı ceza kanunlarının üçüncüsü olan *Ceza Kanunname-i Hümayunu* 1858 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanun 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu esas alınarak hazırlanmıştır. 1858 tarihli Ceza Kanunu, 1926 tarihli Türk Ceza Kanunu kabul edilene kadar yürürlükte kalmıştır. Bu kanun kendinden önceki iki kanundan farklı olarak ceza genel ve ceza özel hükümlerine yer vermesi nedeniyle modern ceza hukukuna geçişte önemli bir yere sahip olmuştur (Sözüer, 2013: 10-11)

Ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ilk anayasa ise 1876 tarihli Kanuni Esasi'dir. Kanuni Esasi'nin 10. maddesi: "*Hürriyeti şahsiye her türlü*

*taarruzdan masundur. Hiç kimse kanunun tayin ettiği sebep ve suretten maada bir bahane ile mücazat olunamaz.”* demek suretiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermiştir (TBMM Anayasa, anayasa.tbmm.gov.tr, 03.04.2019). Böylece ilk kez kanunilik ilkesi açık bir şekilde anayasal bir belgede düzenlenmiştir.

1924 Anayasa’sında kanunilik ilkesini açıkça düzenleyen bir maddeye yer verilmezken 1961 ve 1982 Anayasa’larında kanunilik ilkesi açıkça düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nın 38. maddesinin 1. fıkrasında: *“Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”* denilmektedir. Yine aynı maddenin 3. fıkrasında da: *“Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.”* demek suretiyle suç ve cezaların kanuniliği ilkesi anayasal bir güvenceye kavuşturulmuştur (Eşitli, 2013: 232).

Kanunilik ilkesi, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yine 1982 Anayasası’na uyumlu olarak 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenmiştir (Uğur, 2010: 303). TCK’nın *“Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”* başlıklı 2. maddesinde :*“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez. (2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. (3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* şeklinde açık bir düzenleme yer almaktadır.

## **2.6. KANUNİLİK İLKESİNE YÖNELİK GÖRÜŞLER**

Kanunilik ilkesine yönelik doktrinde birçok olumsuz eleştiri yapılmasına karşın bunları aşağıda belirtilen noktalarda toplayabiliriz:

1) Kanunilik ilkesi ile özgürlük arasındaki ilişkinin mutlak olmayışı, kanunilik ilkesine yönelik ileri sürülen ilk eleştiridir. Her ne kadar otoriter rejimler olan Sovyet Rusya ve Nazi Almanya’sında kanunilik ilkesinin kabul edilmediğinden bahisle bu ilkenin olmadığı yerlerde kişi özgürlüğünden bahsedilemeyeceği savunulsa da yine, otoriter nitelikte olan Faşist İtalya gibi ülkelerde kanunilik ilkesi mevcut olmasına karşın kişi özgürlüklerinin kısıtlanmasında bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca

kanunilik ilkesinin düzenlenmediği İngiltere ve Danimarka gibi demokratik ülkelerde bireysel özgürlüklerin korunması, kanunilik ilkesi ile özgürlük arasında doğrudan bir ilişki olmadığını göstermektedir.

2) Kanunilik ilkesi geçmişten günümüze her dönemde uygulanmış olan bir ilke değildir. Toplumsal ihtiyaçların bir sonucu olarak ortaya çıkan kanunilik ilkesi günümüzde de gelişmeye devam etmektedir. Özellikle Fransız Devrimi öncesi dönemde, idare ve hâkimlerin keyfi olarak suç yaratıp ceza vermelerinin önüne geçmek amacıyla kanunilik ilkesi kabul edilmiştir. Ancak hâkimin, kanunilik ilkesinin ilk ortaya çıktığı dönemdeki gibi sadece kanunu uygulamakla görevli olması veya hiçbir takdir hakkı olmadan sadece kanunda yazılı sabit cezayı uygulaması anlayışı günümüz şartları dikkate alındığında kabul edilmesi mümkün değildir. Şöyle ki tarihi gelişmelere uygun olarak hâkimin kanunda yazılı cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezayı takdir etmesi, cezada takdiri indirim sebeplerinin hâkim tarafından uygulanması, hâkim tarafından belirsiz süreli hükümler ile suçlunun tehlikeli hali ortadan kalkıncaya kadar cezanın uygulanmaya devam etmesi, cezanın ertelenmesi, koşullu salıverme gibi kurumlar ve uygulamalar kanunilik ilkesinin mutlak uygulanması anlayışını derinden sarsmıştır. Bu görüşü savunanlar daha da ileri giderek gelecekte ceza kanunlarının her bir suçu ayrı ayrı belirten özel kısımlarının kalkacağını ve sadece ceza kanunlarının genel kısmı ile hâkimin karar vereceğini savunmuşlardır.

3) Kanun koyucunun ceza kanunlarında suç niteliği taşıyan bütün fiilleri öngörmesi mümkün değildir. Bunun sonucu olarak da suç teşkil eden bazı fiiller sırf kanunda düzenlenmemiş olmaları nedeni ile cezasız kalırlar.

4) Kanunilik ilkesini eleştirenler, bu ilkenin suç işlemek isteyen kişileri bencil ve hileci yaptığını söylemektedirler. Onlara göre, suç işlemeyi düşünen kimseler, fiillerinin kanunda düzenlenmiş olan suç tipi içerisinde yer almaması için akla gelebilecek her türlü hileyi yapmaktadırlar. İşin daha da kötüsü ise yasal olan ile yasal olmayanın sınırında bulunan bu fiilleri işlemek isteyen suçlular, bu sınırı çok iyi bilen hukukçuların fikirlerinden yararlanmaktadırlar. Bu durumun suçların menfaatine olmasına karşın toplumun zararına olduğunu savunurlar.

5) Suç olan fiillerin neler olduğunun yasalarda açıkça düzenlenmiş olmasının, bireyleri suç işlemekten alıkoyduğu iddia edilmiş ise de; suçluların çoğunun ceza kanununu bilmemeleri nedeniyle bu iddiayı kabul etmek mümkün gözükmemektedir. O halde suçluların ceza kanununu bilmeleri değil bilebilecek durumda olmaları yeterlidir. Yani diğer hukuk dallarında olduğu gibi ceza hukuku alanında da kıyas kabul edilmelidir ki suç işlemeyi düşünen birey, yapmış olduğu fiilin hâkim tarafından kıyas yolu ile genişletilerek suç kapsamında kalabileceğini bilebilsin (Tosun, 1967: 47-57).

Kanunilik ilkesinin aleyhine ileri sürülen yukarıda ifade ettiğimiz eleştirilerin gerçeklik payları olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu eleştirilerin, kanunilik ilkesinden vazgeçilmesini gerektirecek boyutta olduklarını söylememiz doğru olmayacaktır. Nitekim doktrinde de aleyhe ileri sürülen görüşlere karşı, kanunilik ilkesinin lehine görüşler ileri sürülmüştür.

Kanunilik ilkesine yapılan olumsuz eleştirilenin temelini, ceza kanunlarında boşlukların mevcut olduğu ve ceza kanununun gelişen durumların gerisinde kaldığı iddiaları oluşturmaktadır. Devletler tarih boyunca edinmiş oldukları tecrübelerin bir sonucu olarak hangi fiillerin suç teşkil edeceğini kanunlarda düzenlemişlerdir. Ancak yine de tarihi gelişmelere uygun olarak yeni bazı hareketlerin suç olarak nitelendirilmesi ihtiyacı ortaya çıkabilir. İşte böyle bir durumda kanun boşluklarının ortaya çıkmasını önleyecek olan yasa koyucudur (Baytaz, 2018: 58). Yasada suç olarak düzenlenmemiş fiillerin suç olarak düzenlenmesi veya ceza kanunlarında gelişen durumlara uygun değişikliklerin yapılması yetkisi sadece yasa koyucuya aittir. Kanunilik ilkesi ortadan kalkmadan bu düzenleme ve değişikliklerin yasa koyucu tarafından kolayca yapılması mümkündür.

Kanunilik ilkesinin aleyhine eleştiride bulunanlar diğer hukuk alanlarında olduğu gibi ceza hukukunda da kıyasın olması gerektiğini savunmuşlardır. Onlara göre hâkim kıyas yapmak suretiyle kanunda düzenlenen cezanın kapsamını genişletebilmelidir. Ancak ceza hukukunda kıyasın varlığı kabul edildiği takdirde artık kanunilik ilkesinin mevcudiyetinden söz edilemeyecektir. Bireysel özgürlüklerin teminatı olan kanunilik ilkesinin ortadan kalkması halinde, idare ve hâkimin keyfi düzenlemeler ile suç ve ceza yaratması kaçınılmaz olacaktır (Alacakaptan, 1958: 22-26). Dolayısıyla hâkimin kıyas yapması sonucu ortaya çıkabilecek sakıncalar,

kanunilik ilkesinin uygulanması sonucu ortaya çıkabilecek sakıncalara nazaran daha ağır nitelikte olacaktır.

Kanunilik ilkesine yönelik olumsuz eleştiri yapanlar İngiltere’de kanunilik ilkesinin olmadığını ileri sürmüşlerdir. Fakat İngiltere’de gelenek hukuku olarak bilinen *Common Law* sisteminde, hangi fiillerin suç olduğu ve bu suçların cezalarının neler olduğu önceki mahkeme kararları ile belirlenmiştir. Hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uzun süreden beri uygulanan mahkeme içtihatlarına uygun şekilde karar vermek durumunda olduğu için artık burada hâkimin takdir yetkisinden bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla kanunilik ilkesinde esas olanın bireylerin suç olan fiilleri önceden bilmesi olduğu hususu da göz önüne alındığında İngiltere’de kanunilik ilkesinin olmadığı düşüncesi tartışmalıdır (Bekri, 2010: 16).

## 2.7. KANUNİLİK İLKESİNİN SONUÇLARI

Daha öncede ifade ettiğimiz üzere suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun ve bu fiillere uygulanacak cezaların kanunda yer almasıdır. Kanunilik ilkesinin dayandığı temel esas, suç yaratma ve cezalandırma yetkisinin idare veya hâkimin keyfiliğine bırakılmaması ve bu yetkinin demokratik niteliğe sahip olan yasama meclisi tarafından kullanılmasıdır. Bu kapsamda kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak ortaya çıkan, ondan türeyen, bazı kurallar vardır. Bir başka ifade ile aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz kuralların her birisi kanunilik ilkesinin birer sonucudur.

### 2.7.1. Belirlilik İlkesi

Kişiye fiillerinden dolayı yaptırım uygulanabilmesi için, söz konusu fiillerin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde kanunda ***açıkça*** suç olarak düzenlenmesine *belirlilik ilkesi* denilmektedir (Ercan, 2014: 22). Belirlilik ilkesi sadece suçlar bakımından değil aynı zamanda cezalar açısından da geçerli olan bir ilkedir. Bu kapsam da hangi eylemin suç vasfında olduğu ve bu suç karşılığında hangi cezanın uygulanacağı kanun tarafından önceden açık ve seçik bir şekilde belirtilmelidir (Kangal, 2011: 71). Belirlilik ilkesi hukukumuzda TCK’nın 2. maddesinde karşılığını bulmuştur. TCK md. 2/1’ye göre: “ *Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz.*” şeklindedir. Madde gerekçesinde ise belirlilik ilkesi: “ *Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi*

*hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir’’ şeklinde ifade edilmiştir (Yalvaç, 2015: 194). Bu kapsamda Kanun koyucu kanun hazırlarken birden çok anlamı olan, kültürden kültüre değişen, belirsiz ve esnek ifadeleri kullanmamalıdır. Bu ifadelerin kullanılması aynı hareketi gerçekleştiren kişilere farklı yaptırımların uygulanmasına neden olabilir. Bu durum, kanunilik ilkesinin güvence altına aldığı kişi hak ve özgürlüklerinin zarar görmesi anlamına gelir.*

Türk hukukunda TCK’nın 2. maddesinde karşılığını bulan belirlilik ilkesi, aynı zamanda hâkimin keyfililiğinin de önüne geçmektedir. Eğer bir kişi tarafından yapılan hareket, yasada açık bir şekilde suç olarak tanımlanmamışsa bu eylem nedeniyle kişiye ceza verilmesi de mümkün değildir. Gerçekleştirilen hareket, toplum düzenine ne kadar aykırı olursa olsun, bu hareket yasada suç olarak açıkça tarif edilmemişse söz konusu eyleme ilişkin olarak hâkimin cezalandırma yetkisi de ortadan kalkacaktır. Aksi takdirde, hâkimin kanunda düzenlenmeyen bir fiilden dolayı kişiye ceza vermesi gündeme gelecektir ki bu durum, hâkimin suç yaratarak kanun koyucu yerine geçmesi anlamına gelerek kuvvetler ayrılığı prensibini ihlal edecektir (Koca ve Üzülmaz, 2010: 45). Zaten hüküm çeşitlerinin düzenlendiği 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde, yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması durumunda sanık hakkında beraat kararı verileceği ifade edilmiştir.

Belirlilik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden birisidir. Söz konusu ilkeye göre kanuni düzenlemeler hem bireyler yönünden hem de idare yönünden herhangi bir tereddütte mahal vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmalıdır. Kanunların belirlilik ilkesine uygun bir şekilde düzenlenmeleri halinde birey, hareketlerinin hangi hukuksal sonuca veya yaptırıma bağlandığını bilecektir. Böylece idarenin kişiler üzerinde keyfi olarak yaptırım uygulaması engellenecektir (Hakeri, 2014: 13).

Kanun koyucu tarafından yasal metinler hazırlanırken dolaylı anlatım yerine doğrudan anlatım tercih edilmelidir. Gereksiz sözcükler kullanılmadan düşünce açık seçik bir biçimde bireylere aktarılmalıdır. Kanunda yer alan ifadeler her birey açısından aynı anlama gelmelidir. Örneğin “*Birini sıkıntıya sokma*” ifadesi, kişiden kişiye değişebilen oldukça belirsiz bir ifadedir. Bu belirsiz ifade karşılığında kanunda

yaptırım öngörülmesi düşünülemez. Kanunda belirsiz ifadelerin yer almaması konusunda kuşku bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanunda belirli ifadelerin yanında belirsiz ifadeler yer almamalıdır. Şöyle ki belirli ifadelerin yanında belirsiz ifadelerin yer alması, belirli olan kısmında yer almayan hemen her konunun belirsiz olan ifadeler kapsamında değerlendirilmesi yolunu açması nedeniyle tehlikelidir (Turinay, 2013: 131). Kanuni düzenlemeler yapılırken herkeste aynı anlamı çağrıştıran ifadelerin kullanılması, kanunun geniş yorumlanması tehlikesini ortadan kaldıracak gibi kanunilik ilkesini de güçlendirecektir.

Suç ve cezaların, belirlilik ilkesine uygun olarak kanunda açık ve net bir şekilde düzenlenmesi gerekse de bu durum kanunun her somut olayı en ince ayrıntısına kadar düzenlenmesi anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun kanun yaparken her somut olayı öngörerek düzenleme yapması mümkün ve pratik değildir. Kanun koyucunun her somut olaya kanunda yer vermeye çalışması, sürekli değişen ve gelişen hayat şartları da göz önüne alındığında, kanuni düzenlemelerin tüm koşulları içlerinde barındıramamalarına ve çağın gerisinde kalmalarına neden olacaktır. Dolayısıyla kanun boşluklarının ortaya çıkacaktır. Bu sebeplerle, kanun koyucu kanuni düzenleme yaparken kanun maddelerini, hem hâkimin veya idarenin keyfiğine neden olmayacak şekilde sınırları belirli hem de kanun boşluğu ortaya çıkmayacak şekilde genel ve soyut nitelikte yapmalıdır (Baytaz, 2018: 75-76). Örneğin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunda “*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.*”(TCK) şeklindeki düzenlemede, suç teşkil eden fiil ve yaptırımı açıkça düzenlenmiştir. Hukuka aykırı olmak şartıyla kişisel verileri kayıt niteliğinde olan bütün fiillerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Ancak kişisel verilerin hangi hareketlerle kaydedileceği kanunda tek tek sayılmamıştır.

Burada değinmemiz gereken bir başka hususta cezaların kişiselleştirilmesidir. *Cezanın kişiselleştirilmesi(bireyselleştirilmesi) ilkesi*: Hâkim tarafından ceza tayin edilirken suç işleyen kişinin geçmişinin, sosyal ve ekonomik durumunun, kusurunun ağırlığının ve kişisel özelliklerinin dikkate alınmasıdır (Taneri, 2016: 155). Hâkim, kişinin bu özelliklerini dikkate alarak hükmedeceği cezanın süresinde ve niteliğinde indirim yapabilecektir (TCK 61/1). Hâkimin bu yetkisi, kanundan kaynaklanması sebebiyle kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir. Hâkim, kanunun belirttiği

içerik ve kapsamda fiilin suç olup olmadığı tespit edecek, eğer fiil suç ise; kişiselleştirme ilkesini de göz önüne alarak kişiyi cezalandıracaktır (Arslan ve Özkul, 2013: 47). Burada hâkim, alt ve üst sınırları kanun koyucu tarafından belirlenmiş olan cezayı vermekle yükümlüdür. Dolayısıyla cezalandırmada keyfilik söz konusu değildir. Ayrıca kanun koyucu tarafından cezanın alt ve üst sınırı düzenlenirken, bunlar arasında çok geniş bir makas aralığı olmaması gerekir. Aksi durum cezalandırmada keyfiliğe yol açacaktır.

### 2.7.2. Kıyas Yasağı

Kıyas kavramını açıklamadan önce bu kavram ile adeta iç içe geçmiş olan yorum kavramına bakmamız faydalı olacaktır. *Yorum*; bir kanun hükmünün görünen anlamından ziyade gerçek anlamını araştırma, kanun koyucunun söz konusu kanunu yapmadaki gerçek iradesini ortaya çıkarma veya bu iradenin kapsamını anlamaya ve bulmaya çalışan zihinsel bir faaliyettir. Bir başka ifade ile yorum, başkasına ait olan bir anlatımdan ne anlamamız gerektiğinin araştırılması işlemidir. Bu açıdan bakıldığında yorumun konusu, kanun koyucuya ait olan anlatımdır. Yorum faaliyetinde bulunacak olan kişinin asıl amacı, kanunda geçen ifadelerde ne söylenmek istendiğinin açıklığa kavuşturulmasıdır (Dursun, 2014: 77).

Kanun hükmünün lâfzı, kanunun yorumlanmasında ilk başvurulacak araçtır. *Lafzi yorumda* denilen bu yorum yönteminde, kanun hükmünün anlamı belirlenirken sadece kanun hükmünde yer alan kelimelerin anlamları ve cümlenin gramer yapısı dikkate alınmaktadır. Tabii lafzi yorum, kanunun anlam ve kapsamının belirlenmesinde her zaman yeterli olmamaktadır. Kanun hükmünün gerçek anlamının ve kapsamının tespit edilebilmesi için kanunun lâfzı ile birlikte ayrıca kanunun hazırlık çalışmalarından, kanunla düzenlenen hukuki kurumun tarihçesinden, kanunla düzenlenen hukuki kuruma ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerden, kanunun sistematüğinden ve hukukun genel ilklerinden yararlanmak gerekecektir (Özgenç, 2015: 119-120).

Kanun koyucunun gerçek iradesinin tespit edilmesi amacıyla birçok yorum yöntemi geliştirilmiştir. Konumuz itibariyle söz konusu yorum yöntemlerine değinilmeyecek olmakla birlikte yorum ile kıyas arasında bir sınır niteliği taşıyan *genişletici yorum* kavramına değinmemiz gerekecektir. Belirlilik ilkesinin de bir

sonucu olarak suç ve cezalardan ne anlaşılması gerektiği kanunda açıkça yer almalıdır. Ancak buna karşın, soyut nitelikteki kanun maddelerinin somut olaya uygulanabilmesi için söz konusu kanunun ceza hukuku açısından yorumlanması kaçınılmazdır. İşte bu nokta da mevcut bir kanun metninden yola çıkarak kanun metninin anlamının kanun koyucunun gerçek iradesinden daha dar olduğu durumlarda kanunun kapsama alanını genişletme amacı güden genişletici yorum karşımıza çıkmaktadır (Bekri, 2010: 2011). Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz kıyas kavramı ile genişletici yorum kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Genişletici yorum, kıyastan farklı olarak mevcut kanun maddesinden yola çıkarak kanunda düzenlenmiş olan fiilin kapsama alanını genişletmektedir. Oysa kıyas durumunda kanun maddesinde düzenlenmemiş bir fiilin, kanunda suç olarak düzenlenen başka bir fiile benzetilerek o kanun maddesi içerisine sokulması söz konusudur.

*Kıyas*, bir olaya ilişkin hukuk kurallarının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer bir olaya uygulanması olarak tanımlanabilir (Koca ve Üzülmez, 2010: 48). Medeni hukukta hâkim, somut olaya uygulayabileceği bir hukuk kuralı bulamazsa söz konusu kanun boşluğunu gidermek için öncelikle kıyas (benzetme, örneksene) yapacak, kıyasın mümkün olmaması halinde örf ve adet kurallarına bakarak boşluğu gidermeye çalışacak, bunun da mümkün olmaması halinde ise kendisini kanun koyucu yerine koyarak uyuşmazlığı çözecektir. Ancak bu durum medeni hukuk açısından geçerli olsa da ceza hukuk açısından geçerli değildir (Evren, 2011: 991)

*Ceza hukukunda kıyas*, kanunda açıkça suç olarak düzenlenmeyen bir fiilin, kanunda suç olarak düzenlenen başka bir fiile benzetilerek cezalandırılması veyahut ceza sorumluluğu ile ilgili kurallarda boşluk bulunduğu benzer kurallardan faydalanılması anlamına gelmektedir (Ercan, 2014: 22). Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak ceza hukukunda *kıyas yasağı* kabul edilmiştir. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında: "*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.*" demek suretiyle ceza hukukunda kıyasın yasağının kanuni güvencesini oluşturmuştur. Yine madde metninin gerekçesi de kıyas yasağına ilişkin olarak yeterli açıklıktadır:

*"Yine suçta ve cezada kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olan evrensel ilke niteliğindeki ceza kanunlarının uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağı,*

*maddenin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Böylece ceza kanunlarının bireye güvence sağlama işlevinin bir gereği daha yerine getirilmiş olmaktadır. Yeni tarihli ceza kanunlarında da kıyas yasağına ilişkin olarak açık hükümlere yer verilmektedir. Örneğin yeni Fransız Ceza Kanununda bu husus “ceza kanunları dar yorumlanır” biçiminde ifade edilmiştir. Kıyas yasağıyla getirilen güvencenin tam anlamıyla uygulanabilmesini mümkün kılmak amacıyla, kıyasa yol açacak şekilde yapılacak geniş yoruma da başvurulamayacağı açıkça ifade edilmiştir. Ancak bu hükümle ceza hukukunda genişletici yorum tümüyle yasaklanmamakta, sadece bu yorum biçiminin kıyasa yol açacak şekilde uygulanmasının önüne geçilmek istenmektedir.”(Yalvaç, 2015:194).*

Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrası, gerekçesi ile beraber değerlendirildiğinde, Türk ceza hukukunda genişletici yorumun yasak olmadığı sonucu çıkmaktadır. Bununla birlikte genişletici yorumunun kıyasa yol açacak şekilde kullanılması ise yasaklanmıştır. Bu kapsamda ceza hukukunda kanun metni yorumlanırken sadece daraltıcı yorum değil ihtiyaca göre genişletici yorumun da yapılması mümkündür (Çetin, 2014: 261-262). Genişletici yorumun sınırını ise kıyas yasağı çizmektedir.

Ceza hukukunda kıyas yasağının geçerli olduğu konusunda şüphe bulunmamakla birlikte doktrinde bazı yazarlar kıyas kavramını, lehte kıyas ve aleyhte kıyas olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Bu yazarlara göre aleyhte kıyas, bireyin aleyhine olarak yeni suç yaratan ya da suçu ağırlaştırıcı kıyastır ve bu kıyas yasak olmalıdır. Ancak cezayı kaldırıcı ve hafifletici sebeplerde kıyasın uygulanması, birey lehine olduğu için mümkün olmalıdır. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Belirli bir suç için düzenlenmiş olan cezayı hafifletici ya da artırıcı sebepler sadece o suç için öngörülmüştür. Dolayısıyla ne kadar o suça benzerse benzesinler, diğer suç tipleri açısından açık bir hüküm yoksa o suç için düzenlenmiş hafifletici sebeplerin diğer suçlar hakkında uygulanması mümkün değildir (Tosun, 1967:100). Diğer yandan TCK'nın 61. maddesinin 10. fıkrasında: “*Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.*” şeklindedir. Söz konusu hüküm cezanın hafifletilebilmesi için de kanunda açık bir düzenlemenin olmasını aramıştır. Cezanın hafifletilmesi bakımından için bile kanunda açık bir düzenleme arayan kanun koyucunun, cezanın kaldırılması açısından bunu öncelikle

arayacağını söylememiz yanlış olmayacaktır (Koca ve Üzülmez, 2010: 50). Bu kapsamda ceza hukukunda hem lehte hem de aleyhte kıyas yasağı mevcuttur.

Ceza hukukunda kıyas yasağı ile sadece kanununda düzenlenmiş olan fiillerin cezalandırılması amaçlanmıştır. Burada kanun koyucu bireylerin hareket özgürlüğüne saygı göstermek istemiştir. Eğer medeni hukukta olduğu gibi, hâkime ceza kanunlarında bulunan boşlukları kıyas yoluyla tamamlama yetkisi verilmiş olsaydı insanlar yapmış oldukları meşru bir hareketin ansızın suç sayılması ihtimalinden çekinerek hareket özgürlüklerini sınırlamak zorunda kalacaklardı (Alacakaptan, 1958: 20).

### **2.7.3. Örf ve Âdete Dayalı Cezalandırma Yasağı**

Uzun yıllar boyunca, sürekli uygulanmaları sonucunda toplum tarafından benimsenmiş ve bundan dolayı uyulmasının zorunlu olduğu inancı olan ortak davranış kurallarının tamamına *örf ve âdet kuralı* denilmektedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bir davranış biçiminin örf ve âdet kuralı olabilmesi için, subjektif ve objektif olmak üzere iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Davranış biçiminin, uzun yıllar boyunca, toplum tarafından sürekli tekrarlanması, objektif şartı oluştururken; toplumun bu kuralı benimsemesi ve bu kurala uyulmadığı takdirde bir yaptırım ile karşılaşılacağına inanması ise, subjektif şartı meydana getirmektedir (Gözler, 2011b: 44).

Örf ve âdete dayalı cezalandırma yasağına göre kişinin kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir hareketinden dolayı yalnızca örf ve âdet kuralına dayalı olarak cezalandırılması mümkün olmadığı gibi kanunda düzenlenen cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılması da mümkün değildir. Söz konusu kuralın gerekçesini, suçları ve cezaları belirleme yetkisinin yalnızca demokratik meşruiyeti olan yasa koyucuya ait olması oluşturmaktadır. Örf ve âdet kuralları, ceza hukuku alanında doğrudan kaynak niteliğinde olmamakla birlikte dolaylı kaynak niteliğine sahiptirler. Anayasa'nın 38. maddesinde ve Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde, suç ve cezaların ancak kanunla konulacağı ifade edilmiş olması nedeniyle örf ve âdet kuralları dikkate alınarak kişiler hakkında herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün değildir (Sözüer, 2013: 6).

Suç işleyen kişinin, aleyhine olan durumlarda örf ve âdet kurallarının ceza hukukunda doğrudan kaynak olamayacağı hususunda şüphe yoktur. Ancak suç işleyen kişinin lehine olan hallerde ceza hukukunda örf ve âdet kuralları uygulanabilir. Hatta bunun sonucu olarak örf ve âdet kuralları ile bazı suçlar kaldırılabilir. Yürürlükte bulunan kanunun uygulanmaması anlamına gelen *metrukiyet* durumunda, kanunun kaldırılmasına ihtiyaç olmadan, kanunun fiili olarak uygulanmaması sonucu ortaya çıkmaktadır (Arslan ve Özkul, 2013: 48). Mesela, Kabahatler Kanunu'nda gürültü kabahati düzenlenmiş olmasına rağmen ramazan davulcusunun eylemi örf ve âdet kuralı kapsamında değerlendirildiği için cezalandırılmamaktadır. Yine Yargıtay bir kararında, bir bahçede bulunan ağaçtan yemek maksadıyla meyve alınması eylemini, gelenek ve göreneklere göre, uzun yıllardır süregelen toplumsal bir alışkanlığın ve genel hoşgörünün doğal bir sonucu olduğu gerekçesiyle suçun oluşmadığı kanaatine varmıştır (Hakeri, 2014: 22-23).

Ceza hukukunda örf ve âdet kuralına başvurulamayacağı kuralı, bir durumda daha uygulanmayabilir. Ceza hukukunun, örf ve âdet kuralının geçerli olduğu diğer hukuk dallarına ait bilgiye muhtaç olduğu yani bu hukuk dallarına yollama yaptığı durumlarda örf ve âdet kuralı ceza hukukunda etkili olur. Ancak bu durumda dahi söz konusu örf ve âdet kuralları, suç teşkil eden davranış ile bağlantılı özellikler olarak dikkate alınırlar (Alacakaptan, 1958: 8).

Örf ve âdet kuralının bir başka önemi, ceza normlarının anlamını belirlemede faydalı olmasıdır. Bir başka ifade ile örf ve âdet kuralları, kanunun yorumlanmasında önemli bir yere sahiptirler. Örnek vermek gerekirse, ceza kanunu maddelerinde geçen; şeref, onur ve haysiyet gibi kavramlar ancak örf ve âdet dikkate alınarak yorumlandığında gerçek anlamı belirlenebilir (Dursun, 2014: 28). Özellikle farklı sosyal ortamlarda değişik yorumlara elverişli olan, esnek nitelikteki hareketlerin yorumunda örf ve âdet daha da önemli hale gelmektedir. Mesela, “*bizim oğlan*” ifadesi bir kültürde olumlu bir anlam ifade ederken, başka bir kültürde homoseksüelliği belirten bir ifade olarak kullanılmaktadır. Yine Trakya bölgesinde, ergenlik çağına gelmemiş roman çocuklar için kullanılan “*şopar*” kelimesi başka bir bölgede küçümseme, hor görme, aşağılama ifadesi olarak kullanılmaktadır. Dolayısıyla Trakya bölgesinde bir kişiye şopar dendiğinde hakaret suçu

oluşmayacakken, başka bir bölgede aynı kelimenin bir kişiye söylenmesi durumunda hakaret suçu meydana gelecektir (Baytaç, 2018: 128).

#### **2.7.4. İdarenin Düzenleyici İşlemleriyle Suç ve Ceza Konulamaması**

Bir eylemin suç olup olmadığının bilinebilmesi için söz konusu eylemin haksızlık unsurlarının nelerden oluştuğunun belirli olması gerekmektedir. Suçun unsurlarını belirleme işlemi yasama organı aracılığı ile kanun tarafından yapılmaktadır. Dolayısıyla bir eylemin suç olarak nitelendirilebilmesi için, suçun kanunla ve yasama organı tarafından düzenlenmiş olması gerekir. Kanunla suç ve cezaları düzenleme yetkisi sadece yasama organına aittir. Bir başka ifade ile yasama organının bu konuda tekel yetkisi bulunmaktadır (Erman, 1992: 37). Nitekim Anayasa'nın 7. maddesinde de yasa yapma yetkisinin sadece yasama organına ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği düzenleme altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanun ile sınırlandırılabileceği, 38. maddesinde suç ve cezaların ancak kanunla konulabileceği ve idarenin kişi özgürlüklerini sınırlayan bir yaptırım uygulayamayacağı açıkça ortaya konulmuştur. Anayasada yer alan bu düzenlemeler TCK'nın 2/2. Maddesinde: "*İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.*" şeklinde ki düzenleme ile karşılığını bulmuştur (Kangal, 2011: 95-96).

Gerek Anayasa'da gerekse de TCK'da yer alan tüm bu düzenlemelere karşın ülkemizde, kimi mevzuat hükümlerinde belirli konularda düzenleme yapma yetkisi idari organlara bırakılmaktadır. İdari organlar kanunla çizilmiş sınırlar çerçevesinde düzenleme yapmakta ve bu düzenlemelere aykırı hareketlerin ise suç oluşturacağı ve faillerinin cezalandırılacakları ifade edilmektedir. İdarenin düzenleyici işlem ile suç ve ceza yaratmasının klasik örneği: 1930 tarihli ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun (TPKKHK)'du. Bu kanunun 1. maddesinde Türk parasının kıymetini koruma konusunda karar alma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olduğu ifade edildikten sonra yine aynı kanunun 3. maddesinde Bakanlar Kurulu tarafından alınan kararlara aykırı hareket edildiğinde, bu davranışın ağır para cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmekteydi. Dolayısıyla söz konusu kanunda suç teşkil eden fiiller açıkça tanımlanmamış, suç teşkil eden fiillerin neler olduğu ise Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmıştı. Doktrinde bu tür hükümlere "*beyaz hüküm*" ya da "*çerçeve kanun*" denilmektedir. Bu tür hükümler, kanunilik

ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim daha sonradan 1567 sayılı TPKKHK'da yapılan değişiklik ile kanunda suç olarak düzenlenen hareketler kabahat olarak değiştirilmiştir. Böylelikle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilmesi önlenmiştir (Özgenç, 2015: 111-113).

Kanunilik ilkesine aykırı olarak idarenin düzenleyici işlemlerle suç ve ceza yaratmasının bir başka örneği, TCK'nın 297. maddesinin 2. fıkrasıdır. Cezaevine ya da tutukevine yasak eşya sokmanın suç olarak düzenlendiği bu maddede, yasak eşyanı kavramının ne olduğu açıklanırken, yetkili makamlar tarafından cezaevine ya da tutukevine sokulması yasaklanmış eşya olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla suçun konusu kanun ile belirlenmemiş, bu hususta düzenleme yapma yetkisi idari makamların takdirine bırakılmıştır. Yine 19.10.2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 152. maddesinde, *“Düzeltilici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemleri almamak”* başlığı altında bankalara uygulanacak olan tedbirlerin neler olduğu tek tek sayılmak suretiyle gösterilmemiş, bu işlemlerin kanunca yetkili kılınan idari organlar tarafından belirleneceği hüküm altına alınmıştır (Koca ve Üzülmez, 2010: 54).

Yukarıda beyaz hüküm ya da çerçeve kanun diye isimlendirilen düzenlemelerin kanunilik ilkesine aykırı olduğu ifade edilmişse de esasında bu konuda doktrinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Kimi yazarlar idarenin, yasama organının çıkarmış olduğu çerçeve yasalara dayanarak suç yaratabileceğini savunmaktadırlar. Bu yazarlara göre yasama organı, yasama yetkisinin genelliği ve asliliği ilkesine göre, istediği konuda ve istediği ayrıntıda kanun çıkabilir. Dolayısıyla yasama organının yavaş işleyen yapısı da göz önüne alındığında, kanun tarafından esas hatlarıyla düzenleme yapıldıktan sonra geriye kalan konularda idarenin görevlendirilmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyecektir. Yine bu yazarlar, idarenin her türlü eylem ve işleminde, yargısal bir denetime tabi olması sebebiyle idarenin çerçeve kanundan aldığı yetkiyi aşmasının mümkün olmadığını savunmaktadırlar. Bu görüşlerin aksini savunanlar ise çerçeve kanunlara dayanılarak suç yaratılmasının kanunilik ilkesine aykırı olduğunu savunmuşlardır. Bunlara göre, bir konu yasama organı tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemişse bu alandaki boşlukların doldurulmasında idarenin yasama organının yerine geçmesi yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Suçların oluşturulması açısından Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanun ile

sınırlandırabileceği hükmü yürürlüktedir. Ayrıca kanunilik ilkesi için sadece suç ve cezanın kanunda düzenlenmiş olması yeterli değildir. Bununla birlikte suçun maddi unsurlarının da kanunda açıkça yer alması gerekir. Yasamanın ağır işleyen yapısı ileri sürülerek Anayasaya aykırı düzenlemelerin önü açılmaz (Evren, 2011: 978-980). Bu görüşü savunanlar ile birlikte biz de beyaz hüküm ya da çerçeve kanun diye isimlendirilen idari düzenlemelerin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği çağdaş devlet düzenlerinde, suçları ve cezaları belirleme yetkisi yasama organına aittir. Yürütme organı, bireyin temel hak ve özgürlüklerini sınırlayabilecek fiziki yeterliliğe, güçlü ve pratik karar alma mekanizmalarına sahiptir. Bireylerin haklarını kısıtlama noktasında maddi güce ve kolluk gücüne sahip olan yürütmenin aynı zamanda bu kısıtlamanın hangi hallerde ve ne şekilde yapılabileceğinin belirleme yetkisine de sahip olması kişilerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin her an ortadan kaldırılması tehlikesini ortaya çıkaracaktır. Öte yandan yürütmenin, yasama organına kıyasla anlık siyasi kaygılarla hareket etme ihtimali bulunmaktadır. Bu kapsamda idare ve yürütmenin yapacağı düzenleyici işlemlerin hızlı ve kolay bir şekilde değişmesi olağanlaşacak ve kişilerin güncel suç ve cezaları takip etmeleri güç hale gelerek kanunilik ilkesinin bireylere sağlanmış olduğu hukuki güvence ortadan kalkacaktır. Esasında suç ve cezaların, yürütmenin düzenleyici işlemleri ile değil de kanunla düzenlenmesinin amacı kişi hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasıdır. Bu sebeple suçta ve cezada kanunilik ilkesini, başlıca tehlike kaynağı olan yürütme organına karşı koruyan unsur, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza yaratması yasağıdır (Turinay, 2013: 162).

#### **2.7.5. Aleyhe Olan Ceza Hükümlerinin Geriye Yürüme Yasağı**

Diğer hukuk kurallarında olduğu gibi, ceza hukuku kuralları da ortaya çıkarlar, uygulanırlar ve yürürlükten kalkarlar. Bütün kanunlar, ortaya çıktıkları andan yürürlükten kalkacakları ana kadar uygulanmaya devam ederler. Kanunların ortaya çıkması ve yürürlükten kalkması Anayasa ve diğer ilgili kanunlarda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ceza kanunlarının yürürlüğe girmeleri ve yürürlükten kalkmaları açısından diğer kanunlardan farkı bulunmamaktadır. Kanunların hangi tarihten itibaren yürürlüğe gireceği genelde kendi metinlerinde belirtilir. Eğer belirtilmemişse kanunlar, Resmi Gazete' de yayımlarını izleyen günün başlangıcından 45 gün

geçtikten sonra yürürlüğe girerler. Kanunların yürürlükten kalkmaları ise doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Kanunların doğrudan, açıkça yürürlükten kalkması çeşitli şekillerde olabilir. Sonradan yürürlüğe giren kanun önceki kanunu yürürlükten kaldırdığını ilan edebilir, yürürlükten kalkacak kanun yürürlükten kalkacağı tarihi kendi maddesinde belirtmiş olabilir ya da Anayasa Mahkemesi bir ceza kanunu Anayasaya aykırı bulup iptal ederek yürürlükten kaldırmış olabilir. Kanunların dolaylı olarak yürürlükten kaldırılması iki şekilde olabilir. İlki, sonradan yürürlüğe giren kanunun, önceki kanunun hükme bağladığı bir hususu yeniden düzenlemesi halidir. Bu durumda önceki kanunun yürürlükten kalktığı kabul edilmektedir. Dolaylı olarak ortadan kaldırmanın diğer bir şekliyse artık kanunun uygulama konusunun kalmamasıdır. Bu duruma bazı kişiler için çıkarılan özel af kanunları örnek verilebilir (Koca ve Üzülmüş, 2010: 62; Tosun, 1967: 113-114).

Bir eylem ya da olaya önceki kanunun mu yoksa sonraki kanunun mu uygulanacağı sorusu, bizi kanunların zaman bakımından uygulanması ilkelerine götürmektedir. Bu konuda üç ilkedен söz edebiliriz. Bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilgili oldukları olaylara uygulanması öngörülmüşse *kanunların hemen uygulanması ilkesinden*, bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanıyorsa *kanunların geçmişe uygulanması ilkesinden*, son olarak eğer bir kanun yürürlükten kalkmasına rağmen yürürlükte bulunduğu süre zarfında ortaya çıkmış olaylara uygulanmaya devam ediyorsa *kanunların ileriye yürümesi ilkesinden* söz edilir (Demir, 2001: 55-56).

Esasında ceza hukuku anlamında suç teşkil eden her eylem ya da olaya, işlendikleri zaman yürürlükte bulunan kanun hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla bir hareket gerçekleştirildiği anda yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre suç niteliğindeyse faile ceza verilebilecektir. Hareket gerçekleştirildikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak tanımlanıyorsa artık o kişiye kanun geçmişe yürütülerek ceza verilmesi mümkün değildir. Yani yeni suçlar yaratan bir kanun, sadece yürürlüğe girdiği andan sonra gerçekleşen hareketler bakımından uygulanma alanına sahiptir. İşte bu ilkeye, **geriye yürüme yasağı (makable âdemi şümul)** denilmektedir (Özgenç, 2015: 124).

Geriye yürüme yasağı, hem aynı fikir akımından doğması hem de ortaya çıkardığı sonuçlar açısından suç ve cezaların kanuniliği ilkesini tamamlayan bir

prensiptir. Geriye yürüme yasağı, kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması bakımından kanunilik ilkesi ile birlikte oldukça faydalı ve gereklidir. Ceza kanunlarının geriye yürümesi kişi haklarının ihlali sonucunu ortaya çıkabilir. Hem toplumsal fayda hem de adalet duygusu kanunların geriye yürüme yasağının başka bir ilke ile desteklenmesini zorunlu kılar. Aynı zamanda geriye yürüme yasağının bir istisnası olan bu ilkeye, **lehte kanun ilkesi** denilmektedir. Bu ilkeye göre, kanunların geriye yürüme yasağı sadece **aleyhe** olan kanunlar için geçerlidir. Eğer sonradan yürürlüğe giren kanun, kişinin **lehine** sonuçlar doğuruyorsa artık bu kanun geçmişe etkili olarak uygulanacaktır. Kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak aleyhe kanun, bireyin hiç beklemediği bir işlemle karşı karşıya kalmasını önlemek için geriye yürümezken, lehe olan kanun bir fiili suç olmaktan çıkarmışsa artık o fiile ceza vermenin toplumsal bir faydası kalmadığı için lehe kanun geriye yürüyecektir. Bireylerin cezalandırılmasının asıl amacını toplumsal fayda oluşturmaktadır. Fiil yeni kanun ile birlikte suç olmaktan çıkarılmışsa artık fiilin cezalandırılmasında toplumsal fayda kalmamıştır. Diğer yandan cezaların adaletli olmaları, suç ile ceza arasında adil bir ilişkinin bulunması gerekir. Sonraki kanun suçu ortadan kaldırarak ya da suçun cezasını azaltarak suç ile ceza arasında adil bir oranın olmadığını önceden ilan etmesi sebebiyle de, lehe olan yeni kanunun uygulanması daha isabetli olacaktır (Alacakaptan, 1958: 35-37; Eşitli, 2013: 238-240).

Kural, geriye yürüme yasağı iken, lehe olan kanunların geriye yürümesi bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla somut olaya birden çok kanunun uygulanması ihtimaline karşın, kanunlardan hangisinin failin lehine olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Lehe olan kanunu uygulanmasında, somut olaya uygulanacak kanunların cezalarının çeşidi ve miktarı, uygulanacak güvenlik tedbiri, cezaların içtimaı, uygulanacak infaz rejimi, zamanaşımı, yargılama usulü gibi kıstasların bir bütün halinde değerlendirilerek hangi kanunun lehe olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir (Tan, 2011: 178). İşlendiği zamanda suç teşkil eden bir fiilin, daha sonra yürürlüğe giren kanun tarafından suç olmaktan çıkarılması durumunda, sonradan yürürlüğe giren kanunun failin lehine olduğu noktasında herhangi bir şüphe bulunmamaktadır (Dönmezer ve Erman, 1997)

Burada özellik arz eden durum, sonradan yürürlüğe giren kanunun, fiili suç olmaktan çıkarmayıp suçun unsurlarını veya suça uygulanacak yaptırımın

değiştirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Kanunda böyle bir değişiklik yapılması durumunda, somut olaya uygulanma ihtimali olan önceki ve sonraki kanun hükümleri birbiriyle karşılaştırılacaklardır. Bu halde, cezanın türü ve miktarında ki değişikliklere birlikte, failin lehine olan diğer düzenlemelerin, örneğin; cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi durumlarında dikkate alınması gerekmektedir. Lehe kanunun hangisi olduğunu tespit etmekle görevli olan hâkim, somut olaya her iki kanununda, uygulama olanağı bulunan leh ve aleyhteki hükümlerini ayrı ayrı bir bütün olarak uygulayacak ve ortaya çıkan sonuca göre hangi kanunun lehe olduğunu tespit edecektir. Nitekim Yargıtay Ceza Kurulu'nun 30.03.2004 tarihli, 1-46 esas ve 2004/78 kararında da suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanun hükümlerinin farklı olması halinde, her iki yasaya göre hükmedilecek ceza birbirine karıştırılmadan tespit edildikten sonra, ortaya çıkan sonuca göre hangi kanun lehe ise somut olaya o kanunun uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (Sade, 2007: 107). Yine 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulanma Şekli Hakkındaki Kanunu'nun 9. maddesinin 3. fıkrasında lehe kanunun nasıl tespit edileceği açıklanmıştır. Bu hükmeye göre: “*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.*” (Mevzuat Bilgi Sistemi, [www.mevzuat.gov.tr](http://www.mevzuat.gov.tr), 25.04.2019)

5237 sayılı TCK'nın 7. maddesi kanunların zaman bakımından uygulanmasını şu şekilde düzenlemiştir:

*“(1) İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolünmüştü infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar. (2) Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.(3)Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.(4) Geçici veya süreli kanunların, yürürlükte buldukları süre içinde işlenmiş olan suçlar hakkında uygulanmasına devam edilir.”*

Söz konusu maddenin 1. ve 2. fıkralarında kanunilik ilkesinin doğal bir sonucu olarak, yukarıda ayrıntılı olarak anlattığımız geçmişe yürüme yasağı ve lehe kanun

ilkesi düzenlenmiştir. Maddenin 3. fıkrasında ise ceza infaz rejiminde değişiklik yapan kanunların zaman bakımından uygulanmasında, kanunların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren ilgili oldukları olaylara uygulanması anlamına gelen derhal uygulama ilkesi benimsenmiştir. Ancak, infaz hukukuna ilişkin olmalarına rağmen hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili düzenlemelerde derhal uygulama ilkesi değil ceza hukukunda geçerli olan lehe kanun ilkesi uygulanacaktır. (Yalvaç, 2015: 200-2001).

Son olarak maddenin 4. fıkrasında süreli veya geçici kanun olarak tabir edilen, nitelikleri itibarıyla belirli bir süre uygulandıktan sonra yürürlükten kalkan kanunlara ilişkin olarak bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, geçici veya süreli kanunların, lehe ya da aleyhe olmalarına bakılmaksızın, yürükte buldukları süre zarfında işlenen suçlara uygulanmalarına devam edilir. Süreli kanunların ne zaman yürürlükten kalkacakları bilinmesi sebebi ile bu tarihe yakın zamanda suç işleyen failerin cezalandırmaları mümkün olmaz. Bu suçların cezasız kalması ise süreli kanun zamanında işlenen suçların artmasına ve kanunun sağlamış olduğu nizama saygının azalmasına neden olacaktır. Bu nedenle, süreli kanun yürürlükten kalkmış olsa dahi yürürlüğünde verilen cezaların infazına devam edilmesi ve suç kanunun yürürlükten kalkmasından sonra ortaya çıkmış veya hüküm altına alınmışsa ceza verilmesi ya da infaz edilmesi ceza adaletinin olağan bir sonucudur. Zaten kanun koyucunun süreli kanun yaparak ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanma konusundaki prensiplerinden ayrılmak istediğini örtülü olarak söylediğini kabul etmek gerekir. Ayrıca süreli kanunlar söz konusu olduğunda esasında ihlal edilen kanun değil, kanun koyucunun bazı konularda almak zorunda olduğu acil tedbir iradesidir. Kanun yürürlükten kalksa dahi bu iradenin devam ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim süreli kanunların gerekliliği maddenin gerekçesinde de ayrıntılı olarak izah edilmiştir (Alacakaptan, 1958: 37-38; Yalvaç, 2015: 200-2001).

## **2.8. ULUSLARARASI BELGELERDE KANUNİLİK İLKESİ**

Kanunilik ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından bir teminat niteliğindedir. Özellikle insan haklarına ilişkin düzenleme yapan uluslararası sözleşmelerde kanunilik ilkesi de ele alınmıştır. Bu sözleşmeler, Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa

İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi ve Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'dır.

İnsan arasında yapılan savaşlar neticesinde, savaşa katılanlar ile birlikte savaşa katılmayan sivil halkta birçok sıkıntılara maruz kalır. Savaşa katılanların veya katılmayanların maruz kaldıkları felâket ve ızdırapları hafifletmek ve insanlık onurunu korumak amacıyla birçok uluslararası sözleşme yapılmıştır (Alsan, 2008: 37). Bunlardan birisi olan 12 Ağustos 1949 tarihli Harp Esirleri Hakkında Tatbik Edilecek Muameleye İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nde savaş sırasında esir düşen kişilerin hakları koruma altına alınmıştır. Bu sözleşmenin kanunilik ilkesini düzenleyen 99/1. maddesinde göre, hiçbir harp esiri, fiili gerçekleştirme zamanında harp esirini elinde bulunduran devletin yürürlükte bulunan yasal mevzuatına veya geçerli olan uluslararası hukuka göre açıkça yasak olmayan bir fiilden dolayı soruşturmayla ve cezalandırmaya maruz kalmaz (Kangal, 2011: 69).

İnsan haklarının temel ilkeleri üzerine yazılmış ilk evrensel metin niteliğinde olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. Bildirgenin 11/2. maddesi kanunilik ilkesini düzenlemiştir. Bu madde: *“Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez.”* şeklinde kaleme alınmıştır (TBMM, [www.tbmm.gov.tr](http://www.tbmm.gov.tr), 26.04.2019). Madde metninde de anlaşılacağı üzere kimse, işlediği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç niteliğinde olmayan eyleminden dolayı cezalandırılmaz. Söz konusu eylemin kanunlarda suç niteliğinde düzenlenmesi durumunda ise, kanunda düzenlenen yaptırımdan daha ağır bir yaptırıma karar verilemez.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 16.12.1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilen ve imzaya açılan Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin 15/1. maddesi kanunilik ilkesini düzenlemiştir. Bu maddeye göre: *“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiil veya ihmalden ötürü suçlu bulunamaz. Hiç kimseye işlendiği zaman verilebilecek cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Suçun işlenmesinden sonra, bir suça daha hafif bir ceza öngören bir kanun değişikliği yapıldığı takdirde, fail yapılan bu değişiklikten yararlanır.”* (TBMM,

www.tbmm.gov.tr, 26.04.2019). Söz konusu madde de kanunilik ilkesi açık bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı zamanda kişi suç işledikten sonra, kanun değişikliği ile o suç için daha hafif bir ceza öngörülmesi durumunda, kişinin bu değişiklikten faydalanacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu madde kapsamında lehe olan kanun geriye yürür ilkesi de kabul edilmiştir.

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, kanunilik ilkesinin düzenlendiği diğer bir uluslararası sözleşmedir. Bu sözleşmenin 9. maddesi, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 15/1. maddesi ile benzer içeriktedir (Baytaç, 2018: 31). Bu madde de kanunilik ilkesi ve esasında kanunilik ilkesini tamamlayan lehe olan kanun geriye yürür ilkesi düzenlenmiştir.

1981 tarihinde Afrika Birliği Organizasyonu tarafından Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı kabul edilmiştir. Bu şartın kanunilik ilkesini düzenleyen 7/2. maddesine göre: “ *Hiç kimse işlendiği zaman yasal olarak cezalandırılabilir bir suç oluşturmayan bir eylem ya da ihmalden ötürü suçlanamaz. İşlendiği tarihte hiçbir hükümle düzenlenmemiş bulunan bir suç için hiçbir ceza verilemez. Ceza kişiseldir ve yalnızca suçlu olan üzerinde uygulanabilir.*” (Can Aktan, [www.canaktan.org](http://www.canaktan.org), 26.04.2019). Bu düzenlemeye göre eylemin gerçekleştirildiği tarihte kanuni olarak cezalandırılabilen bir suçun olmaması durumunda kimseye yaptırım uygulanamayacaktır.

Kanunilik ilkesine metinlerinde yer veren uluslararası sözleşmelerin incelendiği bu başlıkta; kanunilik ilkesine yer veren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi, aşağıda ayrıntılı olarak inceleneceği için değerlendirme dışı bırakılmıştır.

## **2.9. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 7. MADDESİ: SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ**

AIHS'nin 7. maddesinde “*Kanunsuz ceza olmaz.*” başlığı altında suçta ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme şu şekildedir: “*1. Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*”

2. Bu madde, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir.” (Danıştay, www.danistay.gov.tr, 27.04.2019).

Maddenin 1. fıkrasında “kanun” terimi yerine “hukuk” terimi kullanılmıştır. Ancak, AİHS’nin 8/2, 9/2, 10/2 ve 11/2 maddelerinde kanun teriminin kullanılmış olması, sözleşme kapsamında, hukuk ve kanun terimlerinin aynı anlama gelecek şekilde kullanıldığını göstermektedir. AİHM kararlarında kanun terimi, sadece meclis tarafından yaratılan hukuk kuralları olarak değil, aynı zamanda İngiltere’de geçerli olan *Common Law (Gelenek Hukuku)* gibi yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsayacak şekilde yorumlanmıştır. Bu kapsamda AİHM, şekli anlamda kanundan ziyade maddi anlamda kanunu yeterli görmektedir. Dolayısıyla idarenin düzenleyici işlemleri ve mahkemelerin içtihatları da, AİHM tarafından kanun kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir (Tezcan vd., 2018: 356). AİHM kanun terimini geniş yorumlayarak kanunilik ilkesi açısından, eylemin şekli anlamda bir kanunda yer almasa dahi mahkeme kararları ile gelenek hukukunda suç olarak kabul edilmesini kanunilik ilkesine aykırılık olarak görmemiştir. Tabi bu durumu ulusal hukuk (Türk hukuku) açısından, TC Anayasası ve TCK hükümleri dikkate alındığında yasama organı tarafından çıkarılan bir kanunun olması gerekliliği ile karıştırmamak önemlidir.

AİHM’nin içtihatlarına göre, bir hukuk kurallarının “kanun” sayılabilmesi için sadece şekil şartlarının bulunması yeterli değildir. Bunun birlikte hukuk kuralının, sözleşmeye uygun olması ve demokratik topluma ters düşmemesi gerekir. 7. madde kapsamında dikkat etmemiz gereken bir başka husus, suç ve cezanın uluslararası hukukça düzenlenmiş olması durumunda da kanunilik ilkesi yerine getirilmiş olacaktır. Uluslararası hukuk kavramının içerisine uluslararası sözleşmeler, uluslararası örf ve adet ile hukukun genel ilkeleri girmektedir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 325-326).

AİHS’nin 7. maddesine göre, bir kişi ancak kanuna dayalı olarak suçlanabilir ve kanunda yer alan düzenleme kapsamında cezalandırılabilir. Hukuk devleti ilkesinin asli unsurlarından olan kanunilik ilkesi, keyfi soruşturma ve mahkûmiyete karşı etkili bir güvence sağlamak amacıyla tasarlanmıştır. Nitekim AİHS’nin 15/2. maddesi, savaş ya da olağanüstü hal zamanlarında bile Sözleşmenin 7. maddesinin askıya alınmasının

mümkün olmadığını ifade ederek kanunilik ilkesinin güvence fonksiyonunun önemini vurgulamıştır (Harris vd. , 2013: 335)

Sözleşmenin 7. maddesi, yalnızca ceza kanunların kişinin aleyhine olarak geçmişe yürümeyeceğini içermektedir. Bunun birlikte maddenin kapsamına, suçun ve cezanın sadece kanunla düzenlenebileceği ve kıyas yapılarak ceza kanunun sanığın aleyhine yorumlanamayacağı ilkeleri de girmektedir. Yine maddenin amacına göre, suçun kanun tarafından açıkça tanımlanması gerekmektedir. Şöyle ki, kişi kanuni düzenlemenin lafzından veya mahkemelerin yorumundan hangi fillerin ceza sorumluluğunu doğurduğunu öngörebiliyorsa maddenin amacı da gerçekleşmiş olacaktır (Doğru, 2016: 40).

Kanunilik ilkesinin düzenlenmiş olduğu söz konusu madde, sadece suç ve cezalar için geçerlidir. Yani kabahatler gibi suç teşkil etmeyen filler maddenin kapsamına girmeyeceği gibi, ceza niteliğinde olmayan koruma tedbirleri ya da güvenlik tedbirleri de madde kapsamına girmez. Aynı şekilde cezaların infazına ilişkin kurallar, suç işlenmesini önlemek amacıyla alınan idari tedbirler, şartlı salıverme ve ceza muhakemesine ilişkin kurallar; ceza mahkûmiyeti niteliğinde olmadıkları için 7. maddenin kapsama alanına girmemektedirler. AİHM tarafından disiplin cezaları, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin ihlali kapsamında değerlendirilmemektedir. Bunun nedeni ise, suç ve disiplin cezalarının, 7. madde anlamında suç için öngörülen “ceza” niteliğinde olmadığı değerlendirilmesidir. Mahkeme Kemal Yanaşık/Türkiye davasında, disiplin kovuşturması sonucunda askeri öğrencinin okuldan kaydının silinmesini 7. madde anlamında suçtan mahkûmiyet oluşturmadığına karar verilmiştir (Gözübüyük ve Gölcüklü, 2013: 327-328).

AİHS'nin 7. maddesini 2. fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasına bir istisna getirmektedir. Buna göre, uluslararası suçlar söz konusu olduğunda kanunun geçmişe uygulanması mümkündür. AİHS'de, madde 7/2 gibi bir istisnanın düzenlenmesinin nedeni ise, İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan, özellikle Nürnberg ve Tokyo yargılamaları sonucunda, savaş esnasında işlenen suçlar nedeniyle verilen cezaların hukuki geçerliliği konusundan tereddüt oluşmasını engellemektir (Tezcan vd., 2018: 359-360). Bir başka ifade ile maddenin konulma amacı ulusal veya uluslararası savaş suçları söz konusu olduğunda, bu suçlara ilişkin yasal düzenlemelerin geriye dönük olarak uygulanmasını sağlamaktadır. Bu maddeye göre, kişinin gerçekleştirdiği fiilin,

uygar uluslar tarafından kabul edilen genel hukuk ilkeleri açısından suç sayılması durumunda, kişinin cezalandırılması kanunilik ilkesinin ihlali sonucunu doğurmayacaktır. Ancak kanundaki; “*uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkeleri*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği net değildir (Baytaç, 2018: 30).

Bu bölümde, AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenmiş olan suçta ve cezada kanunilik ilkesi genel hatları ile anlatılmıştır. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne gelen somut uyuşmazlıklarda, suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile ilgili birtakım içtihatları ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızın son bölümünde AİHM'nin vermiş olduğu kararlar çerçevesinde, somut olaylarda kanunilik ilkesinden ne anlaşılması gerektiği ayrıntılı olarak incelenecektir.



### 3. ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİ

Çalışmamızın bu bölümünde AIHM'nin önüne gelen somut uyuşmazlıklar incelenecektir. Her ne kadar inceleme konusu somut olaylarda başvuru yapan kişiler tarafından AIHS'nin çeşitli maddelerinin ihlali sebebiyle başvuru yapılmış olsa da, konumuz itibariyle yalnızca AIHS'nin 7. maddesinin ihlal edilip edilmediği incelenecektir.

**3.1. DEL RİO PRADA/İSPANYA DAVASI** (Başvuru No: 42750/09, 21.10.2013, [hudoc.echr.coe.int/tur](http://hudoc.echr.coe.int/tur), 28.04.2019)

##### 3.1.1. Davanın Konusu

Bu dava, 03.08.2009 tarihinde İspanyol vatandaşı olan başvuru Inés del Río Prada tarafından İspanya Krallığı'na karşı yapılan başvurudan kaynaklanmaktadır. Başvuru devam etmekte olan alıkonma halinin, AIHS'nin 5/1. maddesinde öngörülen “yasanın öngördüğü usule uygun” olmadığını ve Yüksek Mahkeme'ce kendisinin mahkûmiyetinden sonra kabul edilen yeni yöntemin geçmişe yürütülerek uygulanmasının hapiste geçileceği süreyi 9 yıl uzatması sebebiyle AIHS'nin 7. maddesine de aykırılı olacağını iddiası ile başvuruda bulunmuştur.

Başvuru, terör saldırıları ile de bağlantılı olarak işlemiş olduğu çeşitli suçlar nedeniyle, 1988 ile 2000 yılları arasında yapılan sekiz ayrı ceza yargılamasında toplamda 3000 yıldan fazla cezaya mahkûm edilmiştir. *Audiencia Nacional* (Madrid'de bulunan mahkeme) tarafından görülen davalarda, söz konusu hapis

cezaları birleştirilmiş ve ilgili tarihte yürürlükte bulunan 1973 Ceza Kanunu uyarınca başvurucunun cezası 30 yıl olarak belirlenmiştir. Şöyle ki 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun 70.2. maddesinde hapiste geçirilecek azami mahkûmiyet süresinin otuz yılı aşamayacağı düzenleme altına alınmıştır. Sonuç olarak mahkeme başvurucunun cezasını tamamıyla yerine getirmiş olacağı tarihi 27 Haziran 2017 olarak belirlemiştir. Başvurucunun cezaevinde bulunduğu 1987 yılından beri, yapmış olduğu davranışlar ve iyi hali nedeniyle Murcia Cezaevi makamları 24.04.2008 tarihinde başvurunun tahliye tarihini 02.07.2008 olarak *Audiencia Nacional*'e teklif etmişlerdir. Bu teklif Audiencia Nacional tarafından kabul edilmemiştir. Audiencia Nacional, cezaevi görevlilerinden başvurucunun tahliye tarihi hesaplanırken, 28 Şubat 2006 tarihinde Yüksek Mahkeme tarafından alınan yeni bir emsal karara göre hesaplama yapmasını istemiştir. "Parot doktrini" denilen bu emsal karara göre, ilgili ceza hesaplamaları ve indirimleri, azami 30 yıllık hapis süresine göre değil, verilen her bir hapis cezasına ayrı ayrı olarak uygulanarak hesaplanacaktır. Bu kapsamda başvurucunun tahliye tarihi 27.06.2017 olarak tespit edilmiştir. Başvurucunun iç hukuk düzenindeki itirazları olumlu sonuç vermemiştir.

### **3.1.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

[57–60]: 10.07.2012 tarihinde AİHM'nin bir Dairesi tarafından verilen kararlar, ceza miktarı ve indirimlerinin hesaplanmasında kullanılacak olan yeni yöntemin uygulanmasının başvurucun mahkûm edildiği zamanda öngörülebilir nitelikte olmadığı ve suçların işlendiği tarihten sonra ortaya çıkan düzenlemenin geçmişe dönük uygulanmasının başvurucunun aleyhine olması sebebiyle, AİHM'nin 5. ve 7. maddelerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

[94–98]: Büyük Daire tarafından yapılan değerlendirmede aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır. Suçların işlenmiş olduğu zamanda geçerli olan 1973 Ceza Kanunu'nda, kişinin birbiriyle bağlantılı birden fazla suç işlemesi durumunda alabileceği azami ceza miktarı 30 yıl olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte verilen cezanın infazı amacıyla, mahkûmların çalıştığı her iki gün için bir gün cezadan düşülmekteydi. Fakat somut olayımızda olduğu gibi, kişinin 3000 yıldan fazla hapis cezasının yasa gereği 30 yıla indirilmiş olduğu durumlarda söz konusu ceza indirimlerinin nasıl uygulanacağı noktasında herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1995 tarihli yeni Ceza Kanunu yürürlüğe girene kadar bu durum yasa tarafından açıkça düzenlemiş bir

konu değildi. Yüksek Mahkeme'nin 2006 tarihli emsal kararından önce 1973 Ceza Kanunu'nun söz konusu maddelerinin yorumu ile ilgili olarak içtihat ve uygulamaya bakıldığı takdirde, bir kişinin cezalarının birleştirilmesi sebebiyle bu kişi hakkında azami süre belirlendiğinde, cezaevi makamları ve mahkemeler, alıkonma süresi boyunca yapılan davranışlar ve iyi halden dolayı kazanılan her türlü ceza indirimini azami hapis süresinden düşmekteydiler. Bir başka ifade ile mahkûmiyet süresince elde edilen ceza indirimleri uygulanırken 30 yıllık azami hapis süresi dikkate alınmaktaydı. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin 1994 tarihli kararında, 30 yıllık azami hapis süresi, “yeni, müstakil bir ceza” olarak kabul edilmiş ve yasada öngörülen her türlü düzenlemenin azami hapis süresine uygulanmasına karar verilmiştir.

**102.** 1995 tarihli Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra mahkûm edilecek kişiler bakımından alıkonma süresi boyunca yapılan işler sebebiyle uygulanacak ceza indirimleri aynı kanun uyarınca kaldırılmıştır. 1995 tarihli Ceza Kanunu'nun geçici hükümlerinde 1973 tarihli eski Ceza Kanunu kapsamında mahkûm olan kişilere, lehlerine olması durumunda eski ceza kanunun avantajlarından faydalanmaya devam etme hakkı verilmekteydi. Diğer taraftan 1995 tarihli kanun, yürürlüğe girmesinden önce mahkûm olmuş kişiler bakımından bile şartlı tahliye konusunda daha ağır hükümler getirmekteydi.

**103.** Yukarıda anlatılanlar kapsamında, başvurucunun yargılanmasına neden olan suçları işlediği sırada ve cezaların birleştirilerek 30 yıllık azami bir hapis cezası kararının verildiği sırada, geçerli olan kanun 1973 tarihli Ceza Kanunu'ydu. 1973 Ceza Kanunu'nda düzenlenen azami 30 yıllık hapis süresini ve alıkonma süresi boyunca yapılan davranışlar nedeniyle uygulanan ceza indirimi, mevcut koşullarda mantığa uygun olarak net bir biçimde düzenlenmiş bulunmaktaydı. Bir başka anlatımla, başvurucuya verilen ceza 30 yıllık bir hapis cezasına denk gelmekteydi ve alıkonma süresince yapılan davranışlardan dolayı elde edilen ceza indirimlerinin tamamı bu 30 yıllık azami cezadan düşülmesi gerekliydi.

**[104–107]:** *Audiencia Nacional*, 2008 tarihinde vermiş olduğu kararında, Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli kararına dayanarak başvurucunun tahliye tarihi olarak 02.07.2008'in belirlenmesine ilişkin teklifi reddetmiştir. *Audiencia Nacional*, başvurucunun söz konusu suçları işlemesinden, hakkında cezalar birleştirilerek azami bir hapis cezası verilmesinden oldukça sonra getirilen “Parot

doktrini” ne göre karar verilmesini kabul etmekteydi. Yani alıkonma süresi boyunca yapılan işler nedeniyle uygulanacak olan ceza indirimlerinin, 30 yıllık azami süre üzerinden değil, müstakil cezaların her birine ayrı ayrı uygulamanın 1973 Ceza Kanunu’nun amacına daha uygun olduğu görüşünü kabul etmişti. “Parot doktrini”nin somut olaya uygulanması, başvurunun yasa gereği ve cezaların infazını belirleyen hâkimlerin nihai kararları neticesinde hak kazanmış olduğu, ceza indirimlerini geçersiz hale getirmekteydi. Dolayısıyla, 30 yıllık azami hapis cezası süresi, ceza indirimlerinin uygulanacağı müstakil bir ceza olmaktan çıkarak üzerinde hiçbir ceza indiriminin uygulanmayacağı 30 yıllık bir cezaya dönüşmüştür.

**[112–114]:** Hapis cezalarında uygulanacak olan indirim yöntemindeki değişiklik, herhangi bir yasa değişikliğinden değil, Yüksek Mahkeme’nin önceki içtihadından farklı karar vermesi neticesinde meydana gelmiştir. Yüksek Mahkeme 1994 tarihli kararında, azami hapis süresini “yeni, müstakil bir ceza” olarak kabul etmekteydi. Her durumda, “Parot doktrini” öncesinde, cezaevi makamlarının ve yargının uygulamaları, alıkonma süresi boyunca yapılan davranışlar nedeniyle hak kazanılan ceza indirimlerinin 30 yıllık azami hapis süresinden düşülmesi doğrultusunda idi. Yüksek Mahkeme 2006 tarihli içtihadı ile artık yürürlükte bulunmayan 1973 Ceza Kanunu’nun hükümleri hakkında yeni bir yorumda bulunmuştur. Yüksek Mahkeme’nin bu yorumu, kişiye hâlihazırda tanımış olan her türlü ceza indirimini etkisiz hale getirmekteydi. Bu durum uygulamada başvurunun ve benzer durumda olan diğer kişilerin ceza indirim sisteminden yararlanamamaları sonucunu doğurmaktaydı.

**116.** Devletler, suçlulara uygulanacak cezaları arttırmak gibi kendi ceza yöntemlerini belirleme konusunda serbest olmakla beraber, bu durumun bir kişi yönünden aleyhe sonuç doğurması halinde AİHS’nin 7. maddesinde düzenlenen ceza yasalarının geriye yürütülemeyeceği kuralına uymaları gerekmektedir.

**117.** Yukarıda anlatılanlar kapsamında, başvurunun cezalarının belirlenerek birleştirildiği ve azami hapis süresi kararının kendisine bildirildiği zamanda, Yüksek Mahkeme’nin 2006 tarihli kararına benzer mahiyette hiçbir içtihadı bulunmamaktaydı. Dolayısıyla başvurunun, Yüksek Mahkeme’nin önceki içtihatlarından farklı yönde karar vereceği ve Audiencia Nacional’in de ceza indirimlerini 30 yıllık azami hapis süresinden değil de başvurunun almış olduğu her

bir cezaya ilişkin ayrı ayrı uygulayacağı beklentisine girmesi için hiçbir nedeni bulunmamaktaydı. Bu içtihat değişikliği başvurusunun zararına sonuç doğurmaktaydı.

**118.** Sonuç olarak Mahkeme, AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme; başvurusunun ceza aldığı, cezalarının birleştirildiği, 1973 Ceza Kanunu uyarınca kendisine azami bir hapis cezası verildiği ve alıkonma sürecinde çalıştığı tarihlerde, alıkonma süresi boyunca hak kazandığı ceza indirimlerinin uygulanmasında kullanılan sistemin, 2006 yılında Yüksek Mahkeme tarafından yapılan bir içtihat değişikliği ile değişeceğini ve bu durumun başvuru tarafından öngörülmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Böylelikle başvurusunun tahliye tarihi fiili olarak 9 yıl ertelenmiş olacaktır. Dolayısıyla başvurusunun 03.07.2008 tarihinden beri serbest bırakılmamış olması hukuka uygun bulunmamıştır.

**3.2. ROHLENA/ÇEK CUMHURİYETİ DAVASI** (Başvuru No: 59552/08, 24.01.2015, hudoc.echr.coe.int/tur, 01.05.2019)

### **3.2.1. Davanın Konusu**

Dava Çek Cumhuriyeti vatandaşı olan başvuru Bay Petr Rohlena'nın, yerel mahkemelerin zincirleme suç hükümleri ile ilgili mahkûmiyet kararı verirken ceza yasasını geriye etkili olarak uyguladıkları (AİHS 7.md) iddiası ile Çek Cumhuriyeti devleti aleyhine yapmış olduğu başvurudan ibarettir.

Başvuru 2000 yılı ile 2006 yılının ikinci ayına kadar eşine fiziksel ve ruhsal tacizde bulunduğu iddiası ile yargılanmaktadır. Başvurusunun eşi 24.06.2000, 17.07.2003 ve 08.02.2006 tarihlerinde başvuru tarafından uğradığı saldırıların sonucu olarak vücudunda hematoma, morluklar ve ezikler oluşmuş, burnu kırılmış ve bu nedenlerle 26.06.2000, 18.07.2003 ve 08.02.2006 tarihlerinde tedavi görmüştür. 2007 yılında yerel mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda; başvuru 01.06.2004 tarihli Ceza Kanunu'nun 215(a) maddesine, aynı çatı altında yaşadığı kişiyi 2000 yılından 08.02.2006 tarihine kadar taciz etmekten suçlu bulunmuştur. Yerel mahkeme suçun nitelendirmesini yaparken 2004 tarihli Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki suç eylemlerine de kapsadığını, bunun nedenin ise söz konusu eylemlerin cezalandırılabilir eylemler olduğunu ve Ceza Kanunu 197(a) maddesi uyarınca da bir bireye ya da gruba şiddet suçunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu karar Temyiz Mahkemesi ve Yüksek Mahkeme tarafından da onanmıştır.

Yüksek Mahkeme 1993 tarihli içtihadına atıfta bulunduğu kararında, suçun zincirleme suç olması durumunda, yani tek bir eylem olduğu kabul edilen suçun devam etmesi durumunda, suçun nitelendirmesinin son eylemin (Olayımızda 08.02.2006) gerçekleştiği sırada yürürlükte bulunan Ceza Kanunu'na göre yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle 2004 tarihli Ceza Kanunu, eylemlerin önceki kanuna göre suç niteliğinde olmaları şartı ile geçmişteki eylemlerde uygulanmıştır. Somut davada, başvurunun Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 2004 tarihinden önceki eylemleri, ilgili Ceza Kanunu'nun 197(a) maddesi uyarınca bireye veya bir gruba karşı şiddet suçunu ya da 221/1. Maddesi uyarınca saldırı suçunu meydana getirmektedir. Anayasa Mahkemesi başvurunun 2008 yılında yapmış olduğu başvuruyu, yerel mahkeme kararının geçmişe yönelik etkisinin olmadığı gerekçesi ile reddetmiştir.

### **3.2.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

[56–61]: Başvurucu 2004 tarihli Ceza Kanunu'nu 215(a) maddesi tarafından getirilen değişiklikle 2004 tarihinden önce gerçekleştirdiği eylemlerden de suçlu bulunarak ceza almıştır. Yerel mahkemeler, başvurunun eylemlerinin zincirleme suç kapsamında kaldığını dolayısıyla bu eylemlerin son fiilin tamamlanma anında yürürlükte olan yasaya göre tek bir suç olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Tabi burada önceki kanun zamanında gerçekleştirilen eylemlerin, söz konusu kanuna göre de cezalandırılabilir olması şartı vardır. Ceza Kanunu'nu 215(a) maddesi, bir önceki kanunda da suç olarak düzenlenmesi nedeniyle başvurunun 2004 tarihinden önce gerçekleştirmiş olduğu eylemleri de kapsamaktadır. Yerel mahkemeler iç hukuku uygularken birbirlerine yakın zamanda oluşan, aynı amacı taşıyan münferit eylemlerden meydana gelen, aynı suçu oluşturan ve benzer şekilde işlenmiş olması nedeniyle birbiriyle irtibatlı olan zincirleme suç kavramından faydalanmışlardır.

**62.** Başvurucunun 01.06.2004 tarihi öncesinde ki eylemleri, o tarihte yürürlükte olan ceza kanuna göre cezalandırılabilir suç niteliğindedir ve 215 (a) maddesindeki kurucu unsurları içermektedir. Bu nedenle, başvurunun söz konusu madde kapsamına 2004 tarihinden önceki eylemlerinden de cezalandırılması, AİHS tarafından yasaklanan ceza yasalarının geçmişte uygulanması sonucunu doğurmamıştır.

[63–64]: Bu kapsamda, Çek Cumhuriyeti kanun maddeleri ve bu kanun maddelerinin yerel mahkemeler tarafından yorumlanmasındaki açıklık da göz önüne alındığında; başvuru 2004 tarihi öncesindeki eylemlerinden dolayı da zincirleme suç hükümleri uyarınca cezalandırılabilceğini öngörebilecek ve buna göre davranışlarını kontrol edebilecek durumdaydı. Bu nedenle, başvuru maddelerinin cezalandırıldığı eylemin; AİHS'nin 7. maddesinde “*işlendiği dönemde yürürlükte olan milli hukukta...*” şeklinde yeterince açıkça tanımlanmış bulunan öngörülebilirlik koşulunu sağlamış bulunmaktadır. Sonuç olarak başvuruda ihlal bulunmamaktadır.

### **3.3. MAKTOUF VE DAMJANOVIĆ/BOSNA HERSEK DAVASI** (Başvuru No: 2312/08 ve 34179/08, 18.07.2013, hudoc.echr.coe.int/tur, 14.05.2019)

#### **3.3.1. Davanın Konusu**

Başvuru, Irak vatandaşı olan Abduladhim Maktouf ve Bosna Hersek vatandaşı olan Goran Damjanović tarafından Bosna Hersek Devleti aleyhine yapılmıştır. Başvuru Maktouf, 19.10.1993 tarihinde iki sivilin kaçırılmasına kasıtlı olarak yardım etmesi nedeniyle, Bosna Hersek Devlet Mahkemesi'nce 2003 Ceza Kanunu'nun 31. maddesinin delaletiyle 173 maddenin 1. fıkrası uyarınca 5 yıl hapis cezası almıştır. Başvuru Damjanović ise 02.06.1992 tarihinde Saraybosna'daki esir düşmüş Boşnakların dövülmesinde aktif görev alması sebebiyle, Devlet Mahkemesi tarafından 2003 tarihli Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işkence suçundan 11 yıl hapis cezası almıştır. Tarafların iç hukuk düzeni içerisindeki başvuruları almış oldukları cezaları değiştirmemiştir.

Başvurular, 1992-1995 savaşı boyunca 2003 Bosna Hersek Ceza Kanunu hükümlerine göre mahkûmiyet hükmü almışlardır. Başvurular bu yargılamalarla ilgili olarak Devlet Mahkemesi'nin söz konusu savaş suçlarının işlendiği tarihte geçerli olan eski Sosyalist Federal Yugoslavya Cumhuriyeti'nin 1976 tarihli Ceza Kanunu'nu uygulamayarak, 2003 tarihli Ceza Kanunu'nu uygulamasının cezaların geçmişe yürütmesi anlamına geldiğini ve bu durumun AİHS'nin 7.maddesinin ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir,

Bosna Hersek Hükümeti, 2003 tarihli Ceza Kanunu'nda ölüm cezası olmaması sebebiyle 1976 Ceza Kanunu'na kıyasla daha lehe olduğunu savunmuştur. Nitekim Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi'nin başvuru Maktouf'un davasında ki görüşü

de bu yöndedir. Bunun dışında Hükümet, AİHS'nin 7. maddesinin 2. fıkrasının aynı maddenin birinci fıkrasında ifade edilen suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesine bir istisna getirdiğini ileri sürmüştür. Bir başka ifadeyle, bir eylem gerçekleştirildiği zaman hem ulusal hukukta hem de *“uygar uluslar tarafından kabul edilen hukukun genel ilkeleri”* kapsamında suç sayılıyorsa artık ulusal hukukta öngörülen cezadan daha ağır bir ceza bile verilebilir. Hükümet'in görüşüne göre, başvurucular tarafından gerçekleştirilen eylemler, uygar uluslar tarafından kabul edilen hukukun genel ilkelerine göre de suç niteliğindedirler. Dolayısıyla burada cezaların geçmişe yürümezliği kuralı uygulanmayarak, başvuruculara daha ağır bir ceza da verilebilir. Yine Hükümet tarafından, başvurucuların eylemlerinin savaş suçu olduğundan bahisle bu davada adaletin çıkarlarının ve geçmişe yürümezlik ilkesinin bir kenara bırakılması gerektiği savunulmuştur. Bazı tarihsel somut olaylar açısından, geçmişe yürümezlik kuralının sertliğinin, adalet ilkesine zarar vermeyecek şekilde yumuşatılması gerektiği iddia edilmiştir.

### **3.3.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

**65.** Mahkeme, 2003 tarihli Ceza Kanunu'nun savaş suçları açısından geçmişe yönelik olarak uygulanmasının, AİHS'nin 7. maddesini ihlal edip etmediğinin soyut olarak incelemesinin kendi görevi olmadığı belirtir. Buna göre, her bir başvurunun kendine has durumları dikkate alınarak ve özellikle yerel mahkemelerin başvurucu bakımından lehe olan yasa hükümlerini uygulayıp uygulamadığına da göz önünde tutularak her bir başvuru çerçevesinde değerlendirilmelidir.

**[67–68]:** Savaş suçlarının tanımı, hem suçların işlendiği zamanda yürürlükte bulunan 1976 tarihli Ceza Kanunu'nun 142. maddesinin 1. fıkrasında hem de söz konusu başvuruda geçmişe dönük olarak sonuç doğuran 2003 tarihli Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin 1. fıkrasında aynıdır. Ancak iki kanunun savaş suçları açısından öngördükleri cezalar birbirinden farklıdır. 1976 tarihli Ceza Kanunu, savaş suçlarında 5 ile 15 yıl arasında hapis cezası veya bazı ciddi davalarda ölüm cezası öngörmekteydi. Ayrıca ölüm cezası yerine 20 yıl hapis cezası da verilebiliyordu. Başvurucu Maktouf gibi savaş suçlarının işlenmesine yardım edenler, suçu kendileri işlemiş gibi cezalandırılabilirlerdi, ancak cezaları 1 yıl hapis cezasına kadar indirilebiliyordu. 2003 tarihli Ceza Kanunu ise savaş suçlarında, 10 ile 20 yıl hapis cezası ya da ciddi davalarda 20 ile 45 yıl arasında hapis cezası öngörmekteydi.

Başvurucu Maktouf gibi savaş suçlarının işlenmesine yardım edenler, suçu kendileri işlemiş gibi cezalandırılabilirlerdi, ancak cezaları 5 yıl hapis cezası olarak da uygulanabiliyordu. Devlet Mahkemesi, 2003 tarihli Ceza Kanunu uygulayarak Bay Maktouf'a, en düşük ceza olan 5 yıl hapis cezası vermiştir. Mahkeme bunun yerine 1976 tarihli Ceza Kanunu'nu uygulaysaydı Bay Maktouf'a 1 yıl hapis cezası verilebilirdi. Başvurucu Damjanović ise 2003 tarihli Kanun'un uygulanması neticesinde, altı sınır olan 10 yılın biraz üzerinde olan 11 yıl hapis cezası almıştır. 1976 tarihli Kanun'un uygulanması halinde ise 5 yıl süreli hapis cezası alması mümkündür.

**69.** Hükümet 2003 tarihli Ceza Kanunu'nda ölüm cezası olmaması nedeni ile 1976 tarihli Ceza Kanunu'ndan daha lehe olduğunu ileri sürmüştü de 1976 tarihli Kanun'da yalnızca çok ciddi savaş suçları ölüm cezası ile cezalandırılmaktadır. Başvurucuların her ikisi de cezai olarak öldürme eyleminden sorumlu tutulmadıkları için, ceza almış oldukları suçlar açıkça görüldüğü üzere çok ciddi savaş suçu kapsamı içerisinde yer almamaktadır. Yukarıda da ifade edildiği gibi başvuru Maktouf, 2003 tarihli Kanun'da düzenlenen en hafif cezayı almıştır. Yine başvuru Damjanović de aynı Kanun'da öngörülen en hafif cezanın çok az üzerinde bir ceza almıştır. Bu kapsamda, hangi ceza kanununun lehe olduğu konusu, esas itibarıyla mevcut davanın özellikleri ile ilgilidir. Dolayısıyla 1976 tarihli Kanun'un daha lehe olduğu hususunda şüphe bulunmamaktadır.

**70.** Özellikle belirtmek gerekir ki, başvuru Maktouf'un eylemleri hem 1976 Ceza Kanunu hem de 2003 Ceza Kanunu yönünden suç niteliğindedir. Bu nedenle, kesin olarak, başvuru Maktouf hakkında önceki kanunun uygulanması halinde daha düşük ceza alacaklarını söylememiz doğru olmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu kanun başvuru Maktouf'un kendi davalarında uygulansaydı, başvuru Maktouf'un daha az ceza alabileceği olmalarıdır. Başvuru Maktouf'un davalarında 2003 tarihli Kanun'un uygulanması, cezalandırma açısından, başvuru Maktouf'un aleyhine sonuç doğurma ihtimalinin yüksek olması nedeni ile AİHS'nin 7. maddesine aykırı olarak daha ağır bir cezanın verilmesi sonucunu doğurmaktadır.

**72.** Bosna Hersek Hükümeti, bir eylemin gerçekleştiği zaman AİHS'nin 7.maddesinin 2.fıkrası anlamında “uygar uluslar tarafından kabul edilmiş hukukun genel ilkelerine” göre suç ise, artık suç ve cezaların geçmişe yürütülememesi ilkesinin

uygulanmayacağını ileri sürmüşse de AİHM tarafından bu görüş kabul edilmemektedir. AİHS'nin 7.maddesinin 2.fıkrası İkinci Dünya Savaşı boyunca işlenen suçlar açısından, savaş sonrasında yapılan yargılamaların geçerliliği şüphesini ortadan kaldırmak maksadıyla konulmuş ve geçmişe yürümezlik kuralının sorumluluk yönünü içerik olarak açıklığa kavuşturmuştur. Nitekim AİHS'ni hazırlayanlar geçmişe yürümezlik ilkesine herhangi bir genel istisna izni vermeyi hedeflememişlerdir. AİHM de önceki davalarda, 7. maddenin 1. ve 2. fıkrasının birbirleri ile bağlı oldukları ve birbirlerine uyumlu şekilde yorumlanacaklarını belirlemiştir.

**74.** Bunlardan başka, Hükümet'in, başvurucuların eylemlerinin savaş suçu olması nedeniyle, uluslararası insancıl hukuk çerçevesinde geçmişe yürümezlik ilkesinin bir kenara bırakılması gerektiği yönündeki çıkarımı da AİHM tarafından ayrıntılı olarak incelenmesine gerek duyulmamıştır. Bununla birlikte, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesinin aynı zamanda Cenevre Sözleşmeleri ile Ek Protokolleri'nde de yer aldığını belirtmek yeterli olacaktır.

[75–76]: Son olarak, AİHM, kural olarak devletlerin kendi suç ve ceza siyasetlerini belirlemede özgür olduklarını kabul etmekle birlikte devletlerin bunu yaparken 7. maddeyi ihlal etmemeleri gerektiğini belirtmektedir. Bu kapsamda AİHM, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu karardan anlaşılması gereken dava konusu olaylara doğrudan daha hafif cezanın uygulanması değil, yalnızca 1976 tarihli Kanun'un başvurucuların davasına uygulanması gerektiğidir.

**3.4. ECER VE ZEYREK / TÜRKİYE DAVASI** (Başvuru No: 29295/95 ve 29363/95, 27.02.2001, hudoc.echr.coe.int/tur, 16.05.2019)

#### **3.4.1. Davanın Konusu**

Başvuru, Türk vatandaşları olan Abdülaziz Ecer ve Mehmet Zeyrek tarafından Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılmıştır. Taraflar, 1988 ve 1989 tarihleri arasında işledikleri suçlara 12.04.1991 tarihli 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun geçmişe yürütülerek uygulandığını ve bu durumun Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlali anlamına geldiğini ileri sürmüşlerdir.

Başvuranlar 02.09.1993 tarihinde güvenlik güçleri tarafından yakalanmışlardır. 12.05.1994 tarihinde Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından yapılan yargılamada, başvuranların 1988 ile 1989 tarihleri arasında PKK'ya yardım ettikleri gerekçesi ile 3 yıl 9 ay hapis cezası ile almışlar ve 3 yıl süreyle kamu hizmetlerinden yasaklanmışlardır. Mahkeme tarafından söz konusu ceza verirken, TCK'nın 169. maddesi gereğince, 3 yıl hapis cezasına, bu ceza 1991 tarihli Kanun'un 5. Maddesi uyarınca yarı oranında artırılarak; 4 yıl 6 ay hapis cezasına, son olarak da Türk Ceza Kanunu'nun 59. Maddesi uyarınca 1/6 oranında indirim yapılarak 3 yıl 9 ay hapis cezası verilmiştir.

Başvuranlar Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararını temyiz ederek Yargıtay'a götürmüşlerdir. Kendilerinin suç işledikleri tarihlerin 1988 ile 1989 yılları olduğunu, dolayısıyla kendileri hakkında ceza verirken 1991 tarihli 31713 sayılı Kanun'un 5. maddesinin uygulanmasının ceza kanunlarının geçmişe yürütülmemesi kuralını ihlal ettiğini savunmuşlardır. Yargıtay tarafların başvurusunu reddederek, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Ayrıca, Yargıtay 1991 sayılı Kanun'un geçmişe dönük olarak uygulandığı iddiasının üzerinde durmamıştır.

### **3.4.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

[23–24]: Hükümet, başvuranların terör örgütüne yardım ederek suç işlediklerini ve bu suçun süreklilik arz eden bir suç olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, başvuranlar ilk ifadelerinde 1988 ile 1989 yıllarında beri PKK'ya yardım ettiklerini kabul etmişlerdir. Hükümet buna dayanak olarak; başvuru Mehmet Zeyrek'in 1993 yılında bir PKK üyesine batarya verdiğini itiraf etmesini ve eski bir PKK üyesi olan İkrâm Yamaner'in Şırnak Merkez Jandarma Komutanlığı, Şırnak Sulh Ceza Mahkemesi ve Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde başvuranlar ile yüzleştirilmesi esnasında, Nisan 1990 ve Temmuz 1992 yıllarında başvuranların PKK üyesi olduklarını bildiği hususundaki ifadesidir.

**25.** Hükümet, başsavcılığın iddianamesinde geçen 1988 ve 1989 tarihlerinin bu tip sürekli suçlarda olduğu gibi suçun işlenmeye başladığı yıl olarak değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Hükümete göre 1991 tarihli yasa, 1988 ve 1989 yıllarında başlayıp 1993 yılına kadar devam eden suçları kapsayacak şekilde

uygulanmıştır. Dolayısıyla Hükümet, 1991 tarihli Kanun'un geriye yürütüldüğü iddiasının reddedilmesini istemiştir.

**[26–27]:** Başvuranlar, Hükümet'in söz konusu suçların başlangıç tarihinin 1988 ve 1989 olduğu iddiasını kabul etmemişlerdir. Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı'nın, kendileri hakkında 1989 ve başvuruların yakalandığı 02.10.1993 tarihine kadar terör örgütüne üye olduklarına ilişkin delil bulamadığı için 1988 ve 1989 yıllarındaki eylemlerinden sorumlu tuttuğunu ifade etmişlerdir. Kendileri haklarında hazırlanan iddianamede de suç tarihi olarak 1988 ve 1989 yıllarının gösterildiğini özellikle belirtmişlerdir. Ayrıca başvurular, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 150. maddesine atıfta bulunarak ceza yargılaması yapan mahkemelerin yetkilerinin iddianamede gösterilen suçlarla sınırlı olduğunu, bu kapsamda Hükümet'in iddianameyi 1989 ve 1993 yılları arasındaki zamanı kapsayacak şekilde genişletemeyeceğini ileri sürmüşlerdir.

**[29–30]:** AİHM, öncelikle hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir unsuru olan 7. maddenin, Sözleşme sistemi içerisinde önemli bir yere sahip olduğunu ve 15. madde uyarınca savaş ve olağanüstü dönemlerde bile kısıtlanamayacağını belirtmiştir. Söz konusu maddenin amacı doğrultusunda, keyfi olarak yargılama yapma ve ceza verme noktasında, etkili bir güvence sistemi sağlayacak biçimde yorumlanması ve uygulanması doğru olacaktır. Sözleşme'nin 7. maddesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini içermekle birlikte aynı zamanda failin zararına olacak şekilde ceza yasalarının geçmişe dönük olarak uygulanmasına izin vermemektedir.

**32.** Mahkeme, başvurulara suçun işlendiği tarihte verilmesi gerekenden daha ağır bir ceza verildiğini, dolayısıyla bu başvurunun kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ile ilgili olduğu düşüncesindedir. Bu davada başvuruların eylemleri nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 169. maddesinde düzenlenen suçtan yargılanmaları ve ceza almaların konusunda herhangi bir tartışma yoktur. Mahkeme'ye göre burada ki problem, 1991 tarihli Kanun'un geçmişe etkili olarak, yürürlüğe girmesinden önce işlenen suçlara uygulanıp uygulanmadığı sorunudur.

**33.** Mahkeme, Hükümet'in başvuruların işledikleri suçun devam eden suç niteliğinde olduğu iddiası ile ilgili olarak işlenen suçun süreklilik niteliğine sahip olmasının, söz konusu suçun belirli bir zaman aralığında işlendiğinin gösterdiğini

belirtmiştir. Yani, bir kişi süreklilik niteliği taşıyan bir suçu işlemekle suçlandığı takdirde, yasal kesinlik kuralı gereğince iddianame de o suçu oluşturan eylemler açıkça gösterilmelidir. Ayrıca yerel mahkeme tarafından verilen kararda, verilen cezanın süreklilik niteliği taşıyan bir suç unsuru içerdiğinin yargılama ile tespit edildiği de açıkça belirtilmelidir.

**34.** Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcısı'nın iddianamede başvuruları, "1988 ve 1989 yılları arasında işlenen suçlarla" itham ettiğini ve ayrıca Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin 12 Mayıs 1994 tarihli kararında başvuruları 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemleri nedeniyle cezalandırdığını tespit etmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi yargılama aşamasındaki kararlarının hiçbir yerinde, başvuruların 1989 yılından sonraki eylemleri nedeniyle de suçladığını belirtmemiştir. Bu doğrultuda AİHM, başvuruların 1988 ve 1989 yıllarında ya da iki tarih arasında işlendiği iddia edilen suçlardan dolayı yargılandıklarını kabul etmiştir. Mahkeme, Hükümet'in iddia ettiği üzere 1988 ve 1989 tarihlerinin suç konusu eylemlerin başladığı tarih olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir.

**[35–38]:** Hükümet, başvuruların 1989 tarihinden sonra 1993 tarihine kadar terör örgütüne yardım ettiklerini ispatlamak için, başvuruların gözaltında iken vermiş oldukları ifadeleri ve eski bir PKK üyesinin başvurular hakkında vermiş olduğu ifadeyi dayanak göstermiştir. Fakat Mahkemeye göre, yalnızca 1989 ve 1989 yılları ile ilgili düzenlenen iddianame göz önüne alındığında devam eden bir suça yönelik olarak bu tür kanıtların sunulmasının iddianame ile uyumlu olmadığı açıktır. Şöyle ki, başvuruların savunmalarını iddianameye cevaben hazırlamış oldukları düşünülmelidir. Buna ek olarak, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin kararları, başvuruların 1989 yılından sonra işlenen suçlar sebebiyle suçlu buldukları göstermemektedir. Yerel Mahkeme'nin kararında, başvuruların 1988 ve 1989 yılları arasındaki eylemlerden sorumlu tutuldukları anlaşılmaktadır. Bu anlatılanlar kapsamında Mahkeme, başvuruların, 1991 tarihli Kanun gereğince, uygulanması gerek cezadan daha ağır bir ceza uygulandığını sonucuna vararak, 7. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

### **3.5. KHODORKOVSKİY VE LEBEDEV/RUSYA DAVASI ( Başvuru No:11082/06 ve 13772/05, 25.07.2013, hudoc.echr.coe.int/tur, 24.05.2019)**

#### **3.5.1. Davanın Konusu**

Başvuranlar Khodorkovskiy ve Lebedev, Yukos petrol şirketini de kapsayan büyük bir sanayi grubunun üst düzey yöneticileri ve ortaklarıdır. Bay Khodorkovskiy, siyaset de etkin olmasının sonucu olarak, muhalefet partilerine fonlar aktarmış ve STK'lara parasal yardım yapmıştır. Bunların yanı sıra, Yukos petrol şirketi, Rus Devleti'nin petrol politikasına aykırı olarak büyük iş projeleri yapmıştır. 2003 yılında grup kapsamında bulunan şirketlerden birisi hakkında hileli özelleştirme iddiası ile yürütülen soruşturma neticesinde başvuranların her ikisi de yakalanıp tutuklanmışlardır. Yargılama aşmasında başvuranlar ayrıca, gerçekte aktif olmayan ve düşük vergi bölgelerinde bulunan şirketler vasıtasıyla sahte gelir vergisi beyannamesi düzenleyerek vergi kaçırdıkları suçlamaları ile de karşılaşmışlardır. Başvuranlar 2005 yılında bu suçların birçoğundan suçlu bulunmuşlar ve 9 yıl hapis ile Rus Devleti'ne ödenmeyen vergiler için 500,000,000 Avro'dan yüksek miktarda ödeme yapma cezası almışlardır. Üst mahkemede başvuranların cezası 8 yıla düşmüştür.

Başvuranlar başta Sözleşme'nin 6. Maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ile Sözleşme'nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi olmak üzere, Sözleşme'nin değişik maddelerinin ihlal edildiği iddiası ile AİHM'ne başvurmuşlardır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, çalışmamız itibariyle söz konusu AİHM kararı sadece 7. madde kapsamında değerlendirilecektir.

#### **3.5.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

[789–790]: Başvuranlar, vergi yükümlülüğüne aykırılıkların başka davalarda sabit bulunmadan, vergi kaçılmaktan dolayı hakların da cezai işlem uygulanamayacağını iddia etmişler ve buna dayanak olarak Anayasa Mahkemesi'nin 27 Mayıs 2003 tarihli kararını göstermişlerdir. AİHM başvuranların “usuli engeller” hususuna ilişkin olarak, üzerlerine atılı eylemlerim işlendikleri zamanda suç olarak tanımlandığı anlamına gelmediğini ifade etmiştir. Bu bakımdan Sözleşme'nin 7. maddesi ihlal edilmemiştir.

**791.** Başvuranlar, Ceza Kanunu'nun 198 ve 199. maddelerinin yeni olduğunu, bu maddelerin kendileri açısından öngörülemez nitelikte olmaları sebebi ile bu maddelerden ceza almalarının 7. maddenin ihlali anlamına geldiğini savunmuşlardır. AİHM, söz konusu maddelerde vergi kaçılmanın çok genel anlamda tanımlanmış olduğunu ancak bu genel tanımlamanın Sözleşme'nin 7. maddesi açısından herhangi bir sorun olmadığını belirtmiştir. Ekonomik faaliyetlerin sürekli gelişmesi sonucunda vergi kaçırma şekilleri de artmaktadır. Bir eylemin Ceza Hukuku anlamında vergi kaçırma olarak tanımlanabilmesi için yerel mahkemeler, hukukun diğer dallarındaki kavramlardan faydalanabilir. Bu alandaki hukuk, öngörülemez duruma gelmemiş olması şartıyla, yeni durumlara uyum sağlayacak kadar esnek olmalıdır. Bu anlatılanlar ışığında, Rus Ceza Hukuku'nda başvuranların davasının da konusunu oluşturan muvazaalı işlemlere karşı uygulanabilecek herhangi bir içtihadın olmamasına karşın, muvazaalı işlem kavramı Rus hukukunda bilinen bir kavramdır. Yerel mahkemeler, Medeni Kanun ve Vergi Kanunu'nu uygulayarak muvazaalı olan işlemi geçersiz hale getirebilirler. AİHM, yerel mahkemelerin ulaştığı sonuçların yeniden değerlendirilmesi için kendilerine başvuru yapılmadığını ifade ederek, somut uyuşmazlıkta yerel mahkeme tarafından gerçekleştirilen yargılama faaliyetlerinin açıkça hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir.

**[817–819]:** Başvurular ayrıca kendilerine pasif ceza hukukunun uygulandığını, vergiyi en aza indirmek için benzer teknikler kullanan diğer iş adamları hakkında soruşturma yapılmadığını onların mahkûm edilmediklerin iddia etmişlerdir. AİHM, iddia edilen bu durumun vergi kaçırma olarak nitelendirilen söz konusu eylemlerin meşru kılındığı ve cezai sorumluluğu ortadan kaldırdığı anlamına gelmediğini hatırlatmıştır. Normal şartlarda ceza hukuku anlamında cezalandırılması gereken bir eylem uzun süre müsamaha gösterilmesi bazı hallerde o eylemin suç olmaktan çıkarılması anlamına gelmekteyse de somut davada böyle bir durum söz konusu değildir. Çünkü öncelikli olarak bu şekil bir müsamahanın nedenleri net değildir. Basit bir örnekle, yetkililer diğer iş adamları hakkında cezai kovuşturma yapmak için yeterli bilgiye veya kaynağa sahip olmamış olabilirler. Vergi makamlarına sunulan belgelerin ticari faaliyetlerin gerçek durumunu yansıtmadığının tespit etmek, geniş çaplı bir ceza soruşturması ile mümkün olabilmekteydi. Ayrıca diğer iş adamlarının vergiyi en aza düşürmek için yaptıkları gizli planların, başvuranlarıinkiyle aynı biçimde hazırlandığını gösteren hiçbir delil ya da belge yoktu.

Dolayısıyla yetkilerin bilinçli olarak diğer iş adamların vergi kaçırma tekniklerine göz yumdukları söylenemez.

**821.** Sonuç olarak, Sözleşme'nin 7. maddesi yargının kanun yapmasına aykırı değildir. Daha açık bir ifade ile ceza sorumluluğu ile ilgili kuralların, ortaya çıkan sonucun suçun teşkil eden eylemin özü ile çelişmemesi ve öngörülebilir olması şartıyla yargısal yorum yöntemiyle açıklığa kavuşturulması yasaklanmamıştır. Somut davada, başvuranların vergi kaçırma yöntemine getirilen yeni bir yorum ile suçlu bulunmaları mümkündür de bu sonuç, iç hukukun makul bir şekilde yorumlanmasına dayanmaktaydı ve suçun özüne aykırı değildi. Dolayısıyla 7. madde ihlâli edilmemiştir.

### **3.6. WELCH/BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI** (Başvuru No:37201/97, 09.02.1995 Doğru ve Nalbant, 2012: 863-865)

#### **3.6.1. Davanın Konusu**

Britanya vatandaşı olan Peter Welch, 1986 yılında uyuşturucu ithalatı yaptığı iddiası ile yakalanmıştır. Savcılık makamı her ne kadar başvurusunun tedarik amacıyla uyuşturucu madde bulundurduğu konusunda yeterli delil bulunmadığı sonucuna vararak başvurusunu serbest bıraksa da adli tıp incelemesi ve yapılan diğer araştırmalar neticesinde 1987 yılında, 1986 yılındaki eylemleri nedeniyle tedarik maksadıyla uyuşturucu madde bulundurma suçundan tekrar tutuklanmış ve yargılanmıştır.

Yargılama sonucunda başvuru, 1 Ocak 1986 ile 3 Kasım 1986 tarihleri arasındaki eylemleri nedeniyle beş ayrı suçtan suçlu bulunarak toplamda 22 yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Ayrıca başvuru aleyhine, 12 Ocak 1987 tarihinde yürürlüğe giren 1986 tarihli Uyuşturucu Kaçakçılığı Suçlarına ilişkin kanun uyarınca 66,914 Sterlinlik müsadere kararı verilmiştir. Yine bu kanuna göre, müsadere kararına uyulmayarak, bedelin ödenmemesi durumunda başvuru 2 yıl daha hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Başvurusunun üst mahkemeye yaptığı başvuru sonucunda müsadere kararında ki miktar 59,914 Sterline düşürülmüştür.

1986 tarihli kanun, aklama yoluyla meşru mala dönüştürülen uyuşturucudan elde edilen paranın yargı organları tarafından izlenmesini sağlamak amacıyla

getirilmiştir. Bu kanunun ilgili hükümlerine göre, yerel mahkeme, uyuşturucu kaçakçılığından yarar sağlayan sanığın kazancının değerini tespit ederken aksi ispatlanmadıkça varsayımlardan hareket eder. Bu varsayımlar, sanığın cezalandırıldıktan sonra sahip olduğu mal ve mülkün ya da aleyhine dava açılmadan önceki 6 yıl içerisinde elde ettiği mal ve mülkün uyuşturucu ticaretinden kazandığı, bu iş için yapılan masrafların uyuşturucu gelirinden karşılandığı, uyuşturucu kazancı ile bir değer alınırken buna ilişkin vergi ödememiş olduğudur. Bu varsayımlar dikkate alınarak verilen müsadere kararı üzerine, belirlenen ödeme süresi içerisinde ödeme yapılmadığı takdirde, sanık hakkında 2 yıla kadar hapis cezası verilir. Yerel mahkeme müsadere kararını nitelik olarak ceza kabul etmiş ve bu kararların geçmişe dönük olarak uygulanabileceğini ifade etmiştir. Başvurucular söz konusu müsadere kararıyla kanunsuz ceza olmaz kuralının ihlal edildiğinden bahisle İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuşlardır. Böylelikle dava Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

### **3.6.2. AİHM'nin Değerlendirmesi**

**26.** Mahkeme öncelikli olarak verilen müsadere kararının geçmişe etkili olarak uygulandığı konusunda şüphe olmadığını belirtmiştir. Şöyle ki, başvurunun konusu olan müsadere kararı, 1986 tarihli Kanun yürürlüğe girmeden önce işlenmiş olan uyuşturucu suçlarına verilen mahkûmiyet kararından sonra verilmiştir. Bu kapsamda burada çözülmesi gereken tek problem, müsadere kararının Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında ceza olup olmadığı problemidir.

[27–28]: Sözleşme'nin 7. maddesinde geçen “ceza” kavramı, Sözleşme'nin 6. maddesinde yer alan “medeni hak ve yükümlülük”, “cezai suçlamalar” ifadeleri gibi özerk bir anlam ifade etmektedir. Mahkeme, bir tedbirin ceza olup olmadığının tespitinde, öncelikle o tedbirin bir suç karşılığında verilen mahkûmiyet kararından sonra verilip verilmediğine bakar. Bununla birlikte bakılacak olan diğer faktörler: Bu tedbirin amacı ve niteliği, tedbir kararının alınması ve uygulanmasındaki usul ile tedbirin kişi üzerinde yaratmış olduğu etkidir. Mahkeme müsadere kararının kişi üzerinde yaratmış olduğu etkinin kendiliğinden tek başına belirleyici olmadığını, çünkü ceza niteliğinde olmayan birçok önleyici tedbirin ilgili kişi açısından ağır sonuçlar doğurabileceğini belirtmiştir. Diğer taraftan Mahkeme, müsadere kararının ceza olup olmadığının tespitinde bazı unsurların güçlü birer işaret olduğunu kabul etmiştir. Bu unsurlar: Suçlu kişinin son 6 yıl içerisinde elde ettiği mal ve mülkü

uyuşturucu ticaretinden kazandığına ilişkin geniş bir kanuni karinenin varlığı, müsadere kararının zenginleşme ya da kazanç elde etme ile sınırlı olmayıp suçtan elde edildiğine inanılan diğer değerleri de kapsamı, hâkim tarafından müsaderenin miktarı tespit edilirken ilgili kişinin sorumluluğunu da göz önüne alınması ve müsadere bedelinin ödenmemesi durumunda kişinin hapis ceza ile cezalandırılabilmesidir. Mahkemeye göre müsadere kararının cezalandırıcı unsurları ve davadaki diğer şartlar da dikkate alındığında, müsaderenin bir ceza olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu kapsamda Sözleşme'nin 7. Maddesi ihlal edilmiştir.

### **3.7. K.-H. W. /ALMANYA DAVASI ( Başvuru No:37201/97, 22.03.2001, Doğru ve Nalbant, 2012: 879-887)**

#### **3.7.1. Davanın Konusu**

Başvurucu, 14-15 Şubat 1972 gecesinde diğer güvenlik görevlisi ile birlikte, Doğu Berlin'den yüzerek kaçmaya başlayan Mahfred Weylandt'ı seslenerek ve havaya ateş açarak uyardıktan sonra, ona beş el ateş etmiştir. Bu ateşlerin ikisinin isabet etmesi sonucunda başına isabet eden kurşunla yaralanan Bay Weylandt, suda boğularak hayatını kaybetmiştir. Bay Weylandt'ı vuran sınır koruyucuları tebrik edilerek, kendilerine 150 Mark para ödülünün yanı sıra ‘‘Demokratik Alman sınır askeri nişanı’’ verilmiştir.

Berlin Mahkemesi'nin 1993 tarihli kararı ile başvurucu üzerine atılı kasten adam öldürme suçundan 1 yıl 10 ay hapis ceza ile cezalandırılmıştır ve mahkeme söz konusu cezayı ertelenmiştir. Berlin Mahkemesi söz konusu cezayı verirken, eylemlerin yapıldığı zamanda yürürlükte bulunan Demokratik Alman Ceza Kanunu'nun 113. maddesini uygulayarak başvurucuyu kasten adam öldürme suçundan mahkûm etmiştir. Mahkeme zamanaşımı konusunda ise Federal Alman Mahkemesi'nin içtihatlarını ve Sosyalist Birlik Partisi zamanında işlenen suçlarda zamanaşımını durduran 26 Mart 1993 tarihli Kanun'u gerekçe göstererek karar vermiştir. Zamanaşımı Kanun'u olarak da bilenen bu kanunun 1. Maddesi, Sosyalist Birlik Partisi'nin haksız rejimi döneminde işlenen ancak siyasal sebeplerle, Demokratik Alman Devleti'nin açık veya örtülü iradesiyle ya da hukukun üstünlüğü ilkesi ile yönetilen liberal bir düzenin ilkeleriyle örtüşmeyen nedenlerle kovuşturma yapılamayan suçlar açısından, 11.10.1949 ile 02.10.1990 tarihleri arasında

zamanaşımı sürelerinin işlemeyeceğini belirtmiştir. Bir başka ifade ile bu kanun uyarınca söz konusu dönem açısından zamanaşımı süreleri durmuştur. Berlin Mahkemesi daha sonra, Demokratik Alman Ceza Kanunu'ndan daha hafif olduğu gerekçesiyle Federal Alman Ceza Kanunu'nu uygulayarak, başvurucuya yine kasten adam öldürme suçundan ceza vermiştir.

Berlin Mahkemesi, başvurucunun eyleminin Demokratik Alman Ceza Kanunu'nun 213. maddesi kapsamında ağır bir suç olmaması nedeniyle, Demokratik Alman Halkın Polis Kanunu'nun 17. maddesi uyarınca hukuka uygun eylem olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Yine Mahkeme, başvurucunun, Demokratik Alman Ceza Kanunu'nun 258. maddesinde düzenlenen amirin emri başlıklı hukuka uygunluk nedenine dayanamayacağını, bu maddenin güvenlik güçlerinin, üstlerinin verdiği emirleri yerine getirmeleri sırasında işledikleri fiillerden dolayı sorumlu tutulmalarının üstlerinin emirlerinin uluslararası hukuk kurallarına ve ceza kanununa açıkça aykırı olmaması şartına bağlı olduğunu belirtmiştir. Bununla beraber Mahkeme, başvurucunun bir er olmasına karşın silahsız bir kişiye ateş etmesinin insanlık görevinin açıkça ihlali anlamına geldiğini başvurucunun emre itaatsizlik endişesi duymadan, kişi yerine suya ateş edebileceğini, suyun altında kurşunun yönünün tespit edilmesinin mümkün olmadığını vurgulamıştır.

Federal Adalet Mahkemesi, sınırdan geçiş yasağını yaşama hakkının üzerine yükselten bir hukuka uygunluk nedeninin, adaletin en temel kurallarının ve milletlerarası hukuk tarafından korunan insan haklarının çok açık bir ihlali anlamına geldiğini belirterek, 26 Temmuz 1994 tarihinde Berlin Mahkemesi'nin kararını onamıştır. Federal Adalet Mahkemesi'ne göre, hukuka uygunluk sebepleri, insan haklarının lehine olacak biçimde dar yorumlanmalıdır. Diğer yandan, başvurucunun, sınır ihlalcilerini yok etme emrinin Demokratik Alman Ceza Kanunu'nun 258. maddesine açıkça aykırı olduğunu öngörmüş olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda, silahsız bir kişinin peşi sıra ateş edilerek öldürülmesi eylemi, durumun şartları içerisinde hiçbir savunmayla hukuka uygun gösterilemez. Başvurucunun Federal Adalet Mahkemesi'ne yapmış olduğu Anayasa şikâyeti bu gerekçelerle kabul edilmemiştir.

Başvurucu 1997 yılında İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na, Sözleşme'nin 7.maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile başvurmuştur.

### 3.7.2. AİHM'nin Değerlendirmesi

[42–43]: Başvurucu, Almanya'nın birleşmesinden sonra kendisine verilen cezanın öngörülebilir olmadığını savunmuştur. Başvurucu, olayın gerçekleştiği tarihte havaya uyarı ateşi ettikten sonra, kendisine verilen emirler doğrultusunda kaçağa ateş ettiğini ifade etmiştir. Başvurucuya göre, birleşik Almanya mahkemeleri, Demokratik Almanya Ceza Kanunu'nu geçmişe etkili olarak uygulamış ve bunu yaparken Demokratik Alman mahkemelerinin içtihatlarından faydalanmamışlardır. Başvurucu, eylemini gerçekleştirirken bu durumu öngörmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Alman Hükümeti ise Demokratik Alman Hukuku'nu meşru bir şekilde uyguladıklarını iddia etmiştir.

[44–76]: Mahkeme başvuruyu ilk olarak yerel hukuka göre incelemiştir. Mahkeme başvurunun eyleminin Federal Almanya hukukuna değil, olayın gerçekleştiği dönemde yürürlükte olan Demokratik Almanya hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, başvurunun eyleminin Ceza Kanununun 213. maddesinde tanımlanan ağır suç için, 1968 tarihli Halkın Polis Kanununun 17. maddesinde düzenlenen silah kullanma yetkisi kapsamında olmadığını belirten yerel mahkeme kararının doğruluğunu gözlemlemiştir. Daha sonra mahkeme, başvurunun emir komuta zinciri içerisinde hareket ettiğini, şartların değişmesi sonucunda Alman mahkemeleri tarafından kendisine verilen cezanın öngörülemez olduğu iddiasını ele almıştır. Mahkemeye göre burada tespit edilmesi gereken asıl nokta, başvurunun, yalnızca sınırı geçmeye çalışan bir kişiye ateş etmenin Demokratik Alman Hukukuna göre, suç teşkil edip etmediğini bilip bilmediği ya da bilebilecek konumda bulunup bulunmadığıdır. Mahkeme, iç hukukta “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” ilkesinin yer aldığını vurgulayarak, şöyle devam etmiştir; bir askerin, yalnızca Demokratik Almanya'nın kendi hukuk kurallarını değil, aynı zamanda uluslararası düzen tarafından koruma altına alınmış insan haklarına ve özellikle insan hakları hiyerarşisi içerisinde üstün bir değer taşıyan yaşama hakkına açıkça aykırılık taşıyan emirlere tamamıyla sorgusuz sualsiz itaat edemeyeceğini belirlemiştir.

79. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun “Nuremberg İlkeleri” olarak da bilinen ilkelerinden bir tanesi de: “*Sanığın bir emir doğrultusunda hareket etmiş olması kendisini sorumluktan kurtarmaz, fakat eğer Mahkeme adaletin cezanın*

*hafifletmesini gerektirdiğine karar verecek olursa, bu emir cezanın hafifletilmesinde hesaba katılabilir.”* şeklindedir.

**[80–81]:** Mahkeme, Alman mahkemelerinin karar verirken, başvurunun lehine olan hafifletici sebepleri göz önünde tuttuklarını ifade eder. Hatta bununla birlikte, Alman mahkemeleri ceza verirken, Demokratik Almanya'nın yöneticilerinin sorumluluğu ile başvurunun sorumluluğu arasında ki farkı olması gerektiği gibi gözetmişler ve yöneticilere uzun süreli hapis cezası verirken başvurunun cezasını ertelemişlerdir.

**[82–114]:** Mahkeme, Demokratik Almanya pratiğinin, Sözleşme'nin 1. maddesi açısından bir “hukuk” kabul edilemeyeceğini ifade etmiş ve başvurunun işlediği zamanda eylemlerin Demokratik Alman hukukunda yeterince ulaşılabilir ve öngörülebilir olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, konuyu uluslararası hukuk açısından ele almış ve birleşmeden sonra Alman mahkemeleri tarafından yapılan yargılama sonucunda verilen cezanın Sözleşme'nin 7. maddesini ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

## SONUÇ

Bütün insanlar, insan olmaları sebebiyle doğuştan, devredilemez ve vazgeçilemez bir takım temel hak ve özgürlüklere sahiptirler. İnsan hakları olarak isimlendirilen bu temel hak ve özgürlükler, İkinci Dünya Savaşına kadar devletlerin iç meselesi olarak görülmüştür. Ancak bu düşünce İkinci Dünya Savaşı sonrasında kökten değişmeye başlamıştır. Bunun nedeni savaş sırasında insan haklarını çok ağır bir şekilde ihlal edilmesidir. Bu bağlamda insan hakları yalnızca devletlerin kendilerini ilgilendiren bir husus olmaktan çıkararak uluslararası hukuku ilgilendiren bir konu haline gelmiştir. Bu anlayış başta Birleşmiş Milletler Örgütü olmak üzere insan hakları alanında çalışma yürüten uluslararası kuruluşların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu kuruluşlardan bir tanesi olan Avrupa Konseyi'ni hazırlamış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası boyutta korunmasına yargısal bir güvence sistemi getiren ilk uluslararası belgedir. Sözleşmeye göre söz konusu yargısal güvenceyi sağlayacak olan organ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesidir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni diğer uluslararası sözleşmelerden ayıran bir diğer özelliği, sözleşme hükümlerinin sözleşmeye taraf olan devletlerin iç hukuklarına doğrudan uygulanabilmesidir. Bir başka anlatımla, Sözleşme'nin taraf devletler açısından sonuç doğurabilmesi için, yerel organların sözleşme hükümlerini iç hukuk kuralı haline getirebilmek amacıyla ek bir düzenleme yapmalarına gerek yoktur. Sözleşmeyi kabul eden devletler, aynı zamanda Sözleşmede düzenlenen maddelere uymayı da taahhüt ederler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sağlamış olduğu güvenceden yararlanılabilmesi için, öncelikle ulusal hukuk yollarının tüketilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda asıl olan insan hakları ihlallerinin iç hukuk düzenleri tarafından giderilmesidir. Bireyin temel hak ve özgürlüklerinin ihlali, iç hukuk yolları ile giderilememişse bu noktada artık birey Sözleşmede düzenlenen haklarını ihlal edilmesi nedeniyle bireysel başvuru hakkını kullanarak Avrupa İnsan Hakları Mahkeme'sine gidebilecektir. Böylelikle taraf devletlerin, insan hakları ihlallerine karşı keyfi tutumlarının önüne geçilmiş olacaktır.

Bu anlatılanlar ışığında tez çalışmasında, suçta ve kanunilik ilkesi konusuna geçmeden önce önemleri açısından insan hakları kavramı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapısı ve işleyişi ortaya konulmuştur.

Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının güvencesini oluşturmaktadır. Bu ilke ile birlikte, suçlar ve bu suçlar karşılığında uygulanan cezalar önceden belirlenerek kişi özgürlüğünün sınırları belirlenmektedir. Egemen gücün keyfi uygulamalarına tepki olarak ortaya çıkan kanunilik ilkesi, uzun yıllar süren bir mücadelenin sonucudur. Kökenleri Roma dönemine kadar giden ilkenin, batı hukukunda 1215 tarihli Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) ile ortaya çıktığını ileri süren görüşler mevcuttur. Ferman, kanunilik ilkesini doğrudan düzenlenmese de dönemim İngiliz kralının mutlak olan yetkilerini sınırlandırması açısından oldukça önemlidir. Kanunilik ilkesinin günümüz anlamını kazanmasında 1789 Fransız ihtilali etkili olmuştur. İlkeyi, Avrupa'da ilk kez ortaya koyan, Fransız düşünür Charles de Montesquieu'dur. Ona göre, kişisel özgürlüğün güvence altına alınabilmesi için iktidarın sınırlandırılması gerekmektedir. Bu sınırlamayı yapacak olan ise insan iradesinin ürünü olan kanundur. İlke daha sonra, Beccaria ve Voltaire tarafından geliştirilmiş ve ilk kez Feuerbach tarafından, *"kanunsuz suç ve ceza olmaz"* şeklinde ifade edilmiştir.

1922 Sovyet Ceza Kanunu ve Nasyonel Sosyalist Alman Ceza Kanunu gibi bazı kanunlarda suçların kıyas yoluyla genişletilebileceği düzenlenmişse de kanunilik ilkesine aykırı uygulamalar ve baskıcı rejimler sonucunda insanlığın karşılaştığı zulüm zaman içerisinde ilkeyi kendisinden vazgeçilemeyecek bir konuma getirmiştir.

Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra hukuk devleti anlayışının yaygınlaşması ile birlikte, ülkelerin ceza kanunlarında ve Anayasalarında, kanunilik ilkesi yer almaya başlamıştır. Uluslararası alanda ise insan haklarına ilişkin düzenleme yapan uluslararası sözleşmelerde kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. Bu sözleşmelerden biri olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde kanunilik ilkesi düzenlenmiştir. AİHS ile birlikte, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak, kanunilik ilkesinin uluslararası düzeyde korunmasına yargısal bir güvence getirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre, birey ancak kanuna dayalı olarak suçlanabilir ve kanunda yer alan düzenleme çerçevesinde cezalandırılabilir. Hukuk devleti ilkesinin asli unsuru olan kanunilik ilkesi, keyfi soruşturma ve cezalandırmaya karşı etkili bir koruma sağlamak amacıyla Sözleşmede düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 15. maddesinde, savaş ve olağanüstü hal dönemlerinde bile 7. maddenin askıya alınmasının mümkün olmadığı belirtilerek, kanunilik ilkesinin önemi vurgulanmıştır. Nitekim AIHM, Ecer Ve Zeyrek / Türkiye Davası'nda, hukukun üstünlüğü ilkesinin önemli bir unsuru olan 7. maddenin, Sözleşme sistemi içerisinde önemli bir yere sahip olduğunu ve bu maddenin 15. madde uyarınca savaş ve olağanüstü dönemlerde bile kısıtlanamayacağını belirtmiştir. Söz konusu maddenin amacı doğrultusunda, keyfi olarak yargılama yapma ve ceza verme noktasında, etkili bir güvence sistemi sağlayacak biçimde yorumlanması ve uygulanması gerektiği üzerinde durmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de düzenlenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre, yasama organı tarafından düzenlenen bir kanun ile suç olduğu açıkça belirtilmeyen bir eylem nedeniyle kimseye ceza verilemeyeceği gibi kanunda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemeyecektir. Bu ilke sayesinde birey gerçekleştirmiş olduğu eylemin suç olup olmadığını ve eylem karşılığında ceza alıp almayacağını önceden bilerek davranışlarını buna göre düzenleyecektir. Aksi durumda ise yani kanunun suç olarak düzenlemediği bir hareketin idare organları tarafından cezalandırılması ya da hâkime suç teşkil eden hareket karşılığı kanunda öngörülen cezadan daha ağır ceza verme yetkisi tanınması halinde, kişi gerçekleştirmiş olduğu fiilin suç olup olmadığını ve bu fiil karşılığında ceza alıp almayacağını bilemeyecektir. Böylelikle birey davranışlarını gerçekleştirmede özgür olamayacaktır. Bu nokta da suçta ve cezada kanunilik ilkesi kişi özgürlüklerinin adeta bir teminatını oluşturmaktadır. Çalışmada kanunilik ilkesinin detaylı olarak tanımı ortaya konulduğu gibi ilkenin tarihsel geçmişi ve Türk hukukunda ki görünümü üzerinde durulmuştur. Sonrasında kanunilik ilkesi hakkındaki farklı görüşlere yer verilmiştir.

Kanunilik ilkesinin aleyhine yapılan eleştiriler esas itibariyle;- kanunilik ilkesi ile birey özgürlüğü arasındaki ilişkinin mutlak olmadığı, -kanunilik ilkesinin ortaya çıktığı Fransız Devrimi öncesinde idare ve hâkimlerin keyfi tutum ve davranışlarının

olduğu, günümüz şartlarında hâkimin hiçbir takdir hakkı olmadan sadece kanunda yazılı cezayı uygulamasını kabul etmenin mümkün olmadığı ve -kanun koyucunun suç niteliği olan bütün fiilleri kanunda öngörmesinin mümkün olmadığı, bunun sonucu olarak da suç teşkil eden bazı fiillerin kanunda düzenlenmemiş olmaları nedeniyle cezasız kalacağı noktalarında toplanmaktadır. Söz konusu eleştirilen doğruluk paylarının olduğunu kabul etmekle birlikte bu eleştiriler kanunilik ilkesinden vazgeçilecek boyutta değildir. Hâkimin cezanın belirlenmesinde tamamıyla serbest takdir hakkının olduğunun kabul edilmesi durumunda, kişisel özgürlüklerin güvencesi olan kanunilik ilkesi ortadan kalkacak, idare ve hâkimin keyfi uygulamalar ile suç ve ceza yaratmasının önü açılmış olacaktır. Ayrıca kanun koyucu tarafından suç teşkil eden bütün fiillerin kanunda öngörülmesi mümkün olmasa da ceza kanunlarının değişen koşullara uyarlanmasının, kanun yapma yetkisi kendisinde olan yasama organı tarafından kolayca yapılması mümkündür. Bu bağlamda modern hukuk devleti anlayışlarında temel hak ve özgürlüklerin güvencesi olan kanunilik ilkesinden vazgeçilmesi düşünülemez.

Kanunilik ilkesinin doğal sonucu olarak ortaya çıkan, ondan türeyen bazı kurallar vardır. Çalışmada ayrıntılı olarak açıklandığı üzere bunlar: Belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, örf ve âdete dayalı cezalandırma yasağı, idarenin düzenleyici işlemleri ile suç ve ceza konulamaması ve aleyhe olan ceza hükümlerinin geriye yürüme yasağıdır. Belirlilik ilkesi kapsamında, hangi eylemin suç niteliğinde olduğu ve bu suçun karşılığı olarak uygulanacak cezanın kanunda açık ve net ifadeler ile belirtilmesi gerekir. Kıyas ise bir durum için öngörülen hukuk kurallarının, kanun tarafından düzenlenmemiş benzer durum için uygulanmasıdır. Ceza hukuk anlamında kıyasın kabul edilmesi halinde, kanunda suç olarak düzenlenmeyen hareketin, kanunda suç olarak düzenlenen başka bir harekete benzetilerek cezalandırılması ortaya çıkacaktır ki bu durumunun kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı kuşkusuzdur.

Suç ve cezaları belirleme yetkisinin yalnızca demokratik meşruiyeti olan yasa koyucuya ait olması nedeniyle kanunda suç olarak düzenlenmemiş bir hareketin örf ve adet kurallarına dayalı olarak veya idarenin düzenleyici işlemleri ile suç kabul edilip cezalandırılması mümkün değildir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin kabul edildiği, çağdaş devlet düzenlerinde suçları ve cezaları belirleme yetkisi yalnızca yasama organına aittir. Yürütme organı doğası gereği bireylerin temel hak ve özgürlüklerini

sınırlayabilecek maddi güce ve kolluk gücüne sahiptir. Bu güce sahip olan yürütmenin aynı zamanda temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda ve ne şekilde olacağını belirleme yetkisine sahip olması, bireyin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin istenildiği zaman ortadan kaldırılması anlamına gelip oldukça sakıncalıdır.

Ceza hukuku kapsamında suç niteliğinde olan her hareket, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. Hareket gerçekleşikten sonra yürürlüğe giren kanunda suç olarak düzenleniyorsa artık kanunun geçmişe yürütülerek o kişiye ceza verilmesi mümkün değildir. Bu ilkeye, ceza kanunlarının geriye yürüme yasağı denilmektedir. Tabii burada şunu da ifade etmemiz gerekir ki ceza kanunlarının geriye yürümesi yasağı sadece aleyhe olan kanunlar için geçerlidir. Bir başka anlatımla sonradan yürürlüğe giren kanun failin lehine düzenlemeler getiriyorsa artık geçmişe etkili olacak şekilde uygulanabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine ilişkin olarak bazı içtihatlar getirmiştir. Böylece, sözleşmeye taraf olan devletlerin kanunilik ilkesini nasıl yorumlaması ve değerlendirilmesi gerektiği, içtihatlar aracılığı ile daha net ortaya çıkmıştır. Sözleşmesi'nin 7. maddesinde, hiç kimsenin işlediği zaman, yürürlükte bulunan kanuna göre suç olmayan bir eylemden dolayı suçlu bulunulamayacağı ifade edilerek, fail aleyhine düzenleme içeren kanunun geriye yürüyemeyeceği belirtirmiş ise de fail lehine olan kanunun geriye yürüyebileceği düzenlenmemiştir. Ancak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, fail lehine olan kanununun geriye yürüyeceğini açıkça belirtmiştir. Çalışmada incelenen Del Rio Prada/İspanya Davası'nda da görüleceği üzere Mahkeme hangi ceza kanunun olaya uygulanacağını tespit ederken kanunlardan hangisinin fail lehine sonuç doğurduğuna bakmış ve ona göre kara vermiştir.

Kanunilik ilkesinden yer alan “suç” ve “ceza” kavramları, AIHM tarafından yerel hukukta nasıl bir anlam yüklendiğinden bağımsız bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu kapsamda suç kanunların yasakladığı davranışların ihlal edilmesidir. Cezanın ne olduğu ise, bir yaptırımın suçtan mahkûmiyet sonrasında verilip verilmediğidir. Welch/Birleşik Krallık Davası'nda, Mahkeme müsadere kararının ceza olup olmadığını tespit ederken öncelikle o tedbirin bir suç karşılığında verilen mahkûmiyet kararından sonra verilip verilmediğine bakmıştır. Bununla birlikte bu tedbirin amacı ve niteliği, tedbir kararının alınması ve uygulanmasındaki usul ile tedbirin kişi

üzerinde yaratmış olduğu etkiyi dikkate almıştır. Mahkeme, müsadere kararının cezalandırıcı unsurları ve davadaki diğer şartlar da dikkate alarak müsaderenin bir ceza olduğunu kabul etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, Sözleşmeci devletlerin kendi ceza kendi ceza yöntemlerini belirleme konusunda serbest olmakla beraber, bu durumun bir kişi yönünden aleyhe sonuç doğurması halinde AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine uymaları konusunda uyarılmaktadır.



## KAYNAKÇA

- AKAY Seda (2009), *Etkili Bir İnsan Hakları Mekanizması İçin: AIHS Sisteminde Hükümlerin İcrasının Denetimi*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 8(26), 117-134.
- AKDEMİR Süleyman (2017), *İnsanlık Anayasası Kavramı* (1.baskı), Ankara, Atlas Yayınları.
- AKILLIOĞLU Tekin (1989), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 155-173.
- ALACAKAPTAN Uğur (1958), *İngiliz Ceza Hukukunda Suç ve Cezaların Kanuniliği Prensibi*, Ankara, Ankara Hukuk Fakültesi Kriminoloji Enstitüsü Yayınları.
- ALSAN Zeki Mesud (2008), *1949Cenevre Sözleşmeleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın Adı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 7(3), 37-57.
- Ankara Barosu (2008), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Hakkı ve Mevzuat* (2.baskı), Ankara, Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları.
- ARSLAN Çetin ve ÖZKUL Fatih (2013), *Yargı Kararları Işığında 1982 Anayasasında Suç ve Cezaya İlişkin Temel İlkelerin Değerlendirilmesi*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 4(15), 39-66.
- ARSLAN Recep (2004), *Türkiye'de İnsan Haklarının Gelişim Süreci ve İnsan Hakları Alanında Faaliyet Gösteren Sivil Toplum Kuruluşları: İnsan Hakları Derneği ve Mazlumder Üzerine Bir İnceleme*, Yüksek Lisans Tezi, Cumhuriyet Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Sivas.
- ARTUK Mehmet Emin, GÖKÇEN Ahmet ve YENİDÜNYA A. Caner (2009), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (4. baskı), Ankara, Adalet Yayınevi.
- ARTUK Mehmet Emin(2014), *Kanunilik İlkesi ve Tarihçesi*, Y. ÜNVER içinde, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- BAYTAZ Abdullah Batuhan (2018), *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık

- BECCERÍA Cesare (2016), *Suçlar ve Cezalar Hakkında*(Çev. Sami Selçuk), İmge Kitabevi Yayınları.(Eserin orijinali 1764'de yayımlandı).
- BEKRİ Nedim (2010), *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması*, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul
- BIÇAK Vahit (2000), *Uluslararası İnsan Hakları Normlarını Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı*, Anayasa Yargısı Dergisi, 17, 87-114.
- BİLİR Faruk (2012), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yargılama Yetkisi* (2.baskı), Ankara, Adalet Yayınevi.
- CENGİZ Serkan (2003),*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi*, Toplum ve Hukuk Dergisi, Bahar Sayısı, 1-34.
- ÇETİN Soner Hamza (2014), Türk Öğretisinde Kıyas ve Genişletici Yorum Yasağı, Y. ÜNVER içinde, *Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- DEMİRBAŞ Timur (2014), *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (10. Baskı), İzmir, Seçkin Yayıncılık.
- DEMİR Bayram (2001), *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Erzurum.
- DOĞRU Osman (2016), *Anayasa İle Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık.
- DOĞRU Osman ve NALBANT Atilla (2012), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 1. Cilt*, İstanbul, Legal Yayıncılık.
- DÖNMEZER Sulhi ve ERMAN Sahir (1997), *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım* (14.baskı), İstanbul, Beta Yayınları.
- DUMLU Aslıhan (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İnsan Hakları Kuramı Açısından Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, İstanbul.
- DURSUN Hasan (2014), *İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Ankara.
- DURSUN Hasan (2017), *Suç ve Cezada Kanunilik İlkesinin Düşünsel Tarihçesi*, Ceza Hukuk Dergisi, 12(33), 115-149.
- ERCAN İsmail (2014), *Ceza Hukuk Genel Hükümler* (10.baskı), İstanbul, On İki Levha Yayınları.

- ERDOĞAN Mustafa (2007), *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Ankara, Orion Yayınevi.
- ERMAN Sahir (1992), *Ticari Ceza Hukuku* (3.baskı), İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları..
- EŞİTLİ AYGÜN Ezgi (2013), *Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*, TBB Dergisi, 104, 225-246.
- EVREN Çınar Can (2011), *Kabahatlerde Kanunilik İlkesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 69(1-2), 967-1002.
- GİAKOUMOPOULOS Christos (2016), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı ve Anayasa Mahkemelerinin Rolü*, Anayasa Yargısı Dergisi, 33, 35-42.
- GOMİEN Donna (1995), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi* (Çev. Renk Ajans), İstanbul, T.C Kültür Bakanlığı Yayınları.
- GÖKPINAR Mahmut (2015), *Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 120, 11-72
- GÖREN Zafer (1993), *Temel Hak Genel Teorisi* (2.baskı), İzmir, Cumhuriyet Matbaası.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK Şeref (1994), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (1. Baskı), Ankara, Turhan Kitapevi.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz ve GÖZÜBÜYÜK Şeref (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (10. Baskı), Ankara, Turhan Kitapevi.
- GÖZLER Kemal (2011a), *Anayasa Hukuku'nun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GÖZLER Kemal (2011b), *Hukuka Giriş* (8.baskı), Bursa, Ekin Basın Yayın Dağıtım.
- GÖZLER Kemal (2008), *Tabii Hukuk ve Hukukî Pozitivizme Göre Adalet Kavramı*, Muhafazakâr Düşünce, 15, 77-90.
- GÖZLER Kemal (2000), *Türk Anayasa Hukuku*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayın Dağıtım.
- GÖZLÜGÖL Said Vakkas (1999), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi*, Ankara, A.E YAY
- GÖZÜBÜYÜK Şeref (1992), *Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri, İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri (Sempozyum ve Açık Oturum, Bildiriler ve Tartışmalar*, GÜLMEZ Mesut (Yay. Haz.), Ankara, TODAİE Yayınları, ss.11-24.

- GÜLMEZ Mesut (1996), *İnsan Hakları Eğitim Hakkı* (1.baskı), Ankara, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi.
- GÜNAYDIN Hamza (2017), *Paris Prensipleri Çerçevesinde Ulusal İnsan Hakları Kurumu Modeli Olarak Ombudsmanlık: Türkiye Örneği*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Şehir Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, İstanbul.
- HARRİS D.J., O'BOYLE M., BATES E.P., BUCKLEY C.M. (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Çev. M. Bingöllü, U. Kararı), Ankara, Şen Matbaa.
- HÜSEYİNOĞLU Emin (2018), *Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı*, Ankara Barosu Dergisi, 1, 119-146.
- IŞIK TUNA Tuğba (2018), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bazı Kararlarının Türk Hukukuna Etkisinin Anayasanın 90.Maddesinin Son Cümlesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Ankara.
- İŞTEN İnanç (2010), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Terörle Mücadelede İnsan Haklarının Sınırlandırılması*, Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Ankara.
- KALABALIK Halil (2009), *İnsan Hakları Hukuku* (2.baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- KANGAL Zeynel (2011), *Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi*, Ceza Hukuk Dergisi, 17, 61-106.
- KARAKEHYA Hakan ve USLUADAM Asena Kamer (2015), *Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler*, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 3(2), 1-24.
- KARAKULAK Seral (2007), *Felsefe Açısından İnsan Hakları ve İnsan Hakları Sorunları*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Bursa.
- KARAMAN Ebru (2014), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kararlarının Yerine Getirilmemesinden Doğan Sorumluluk*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 72(1), 411-433.
- KASIM EREN Elif (2009), *Uluslararası İnsan Hakları Düzenlemelerinin Ulusal Hukuka Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Türkiye*, Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Bolu.

- KİRAZ Ersel (2015), *İnsan Hakları Kavramının Tarihsel Gelişimi Ve Bu Kavrama Türk Basınının Bakış Açısı: Cumhuriyet Ve Yenişafak Gazetesi Örnekleri*, Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir.
- KOCA Mahmut ve ÜZÜLMEZ İlhan (2010), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (3.baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- KONAN Belkıs (2011), *İnsan Hakları ve Temel Özgürlükler Açısından Osmanlı Devletine Bakış*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 15(4), 253-288.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR Özgür (2014), *Aydınlanma ve Ceza Hukuku*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 113, 57-98.
- MADRA Ömer (1981), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- MUMCU Ahmet ve KÜZECİ Elif (2019), *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri* (8.baskı), Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları.
- MURATOĞLU Tahir (2016), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kuruluşu, Görevleri ve Yargılama Usulü*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 7 (27), 307-364.
- ÖZGENÇ İzzet (2015), *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (11.baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- ÖZMEN Münci (2013), *AİHM'ye Bireysel Başvurunun Önemi*, Ankara, Mattek Matbaacılık.
- SADE Ümit (2007), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kamunilik İlkesi*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- SÖZÜER Adem (2013), *Ön Söz Yerine Türk Ceza Hukuku Reformu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 71(1), Ön söz.
- TANER Cüneyt (2009), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk İç Hukukuna Etkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Ufuk Üniversitesi Sosyal Birimler Enstitüsü, Ankara.
- TANERİ Gökhan (2016), *Temel Cezanın Belirlenmesi*, Ankara Barosu Dergisi, 3, 129-161
- TAN Mehmet (2011), *TCK Genel Hükümler Kırmızı Kitap*, Ankara, Seçkin Yayıncılık.
- TEZCAN Durmuş, ERDEM M. Ruhan, SANCAKDAR Oğuz ve ÖNOK R.Murat (2018), *İnsan Hakları El Kitabı*(7.baskı), Ankara, Seçkin Yayıncılık.

- TEZİÇ Erdoğan (1972), *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Kanun Kavramı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- TOROSLU Nevzat (2012), *Ceza Hukuku Genel Kısım* (17. Baskı), Ankara, Savaş Yayınları.
- TOSUN Öztekin (1967), *Gazetecilik Enstitüsü için Suç Hukuku Dersleri*, İstanbul, Sermet Matbaası.
- TURHAN Aydın (2013), *İnsan Hakkı Kuşakları Arasındaki Tamamlayıcılık İlişkisi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4(2), 357-378.
- TURİNAY Faruk (2013), *Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesinin Anayasal Temelleri*, İstanbul, On İki Levha Yayınları.
- TÜRKOĞLU Özlem (2012), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Avrupa Birliği Hukukuna Etkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- TÜRMEEN Rıza (2000), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukukumuzda Etkileri*, Anayasa Yargısı Dergisi, 17, 32-42.
- ÜNAL Şeref (2000), *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri*, Anayasa Yargısı Dergisi, 17, 63-85.
- ÜNAL Şeref (1995), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara, TBMM Basımevi.
- ÜNAL Şeref (2001), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri*, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları.
- YALVAÇ Gürsel (2015), *Ceza ve Yargılama Hukukuna İlişkin Temel Kanunlar*, Ankara, Adalet Yayınevi.
- YARSUVAT DUYGUN (1966), *Ceza ve Yeni İçtimai Müdafaa Doktrini*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 32(1), 79-100. Yasama Derneği (2017), *Sivil Toplum İçin Yasama Sürecine Katılım El Kitabı*, Ankara, Yasama Derneği Yayınları.
- YILDIZ Mustafa (1997) , *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İşlevsel Konumu*,14, 255-332.
- WISEMAN H.V. (1966), *Le Mythe De Magna Carta* (Çev. Münci KAPANI), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:210.

## YARARLANILAN ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 11.ve 14. Protokoller ile Değiştirilen Metin(2010),  
www.danistay.gov.tr adresinden alınmıştır.
- Avrupa Konseyi Statüsü (1949), www.uhdigm.adalet.gov.tr adresinden 20.04.2018’de  
alınmıştır.
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İktüzük (2015), Tercüme İnsan Hakları Daire  
Başkanlığı Tarafından Yapılmıştır, inhak.adalet.gov.tr adresinden  
07.05.2018’de alınmıştır
- Türk Dil Kurumu Sözlüğü, www.tdk.gov.tr adresinden 23.03.2019’da alınmıştır.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası(1982), www.tbmm.gov.tr adresinden 03.04.2019’da  
alınmıştır.
- 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (2004), www.mevzuat.gov.tr adresinden  
03.04.2019’da alınmıştır.
- Danıştay Başkanlığı, www.danistay.gov.tr, 27.02.2018
- Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr, 23.03.2019
- Vikikaynak, tr.wikisource.org, 27.03.2019
- Mevzuat Bilgi Sistemi, www.mevzuat.gov.tr, 25.04.2019
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı, www.tbmm.gov.tr, 26.04.2019
- Can Aktan, www.canaktan.org, 26.04.2019
- Danıştay Başkanlığı, www.danistay.gov.tr, 27.04.2019
- HUDOC, hudoc.echr.coe.int.

## ÖZGEÇMİŞ

### KİŞİSEL BİLGİLER

Adı ve Soyadı : Emre NİĞDELİOĞLU  
Doğum Yeri ve Tarihi : Bor 1992  
Medeni Hali : Evli  
İletişim Bilgileri : nnigdeliogluemre@gmail.com  
0530 130 81 51 (GSM)

### EĞİTİM

2006-2010 Bor Akın Gönen Anadolu Lisesi  
2010-2014 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
2016-2019 Niğde Ömer HALİSDEMİR Üniversitesi Sosyal Bilimler  
Enstitüsü Kamu Yönetimi Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans  
Programı

### İŞ DENEYİMİ

2017- Niğde Barosu- Serbest Avukat

### YABANCI DİL

İngilizce YÖKDİL:55

