

**YABANCI MAHKEMENİN TÜRK CEZA KANUNUNUN 5. MADDESİNİN KAPSAMINA GİREN BİR SUÇA İLİŞKİN CEZA YARGISI FAİLİN TÜRKİYE'DE YENİDEN YARGILANMASINA ENGEL OLUR MU?**

(«Ne bis in idem» Kuralının Milletlerarası Değeri)

**Doç. Dr. Kayıhan İÇEL**

Yargıtay

1. Ceza Dairesi

Tarih: 6.4.1971

E. No.: 1971/574

K. No.: 1971/1209

**I — Kararın metni**

1 — Mahkeme kararının tazminatın reddine ilişkin kısmında, dilekçe sahibinin resmen evli olduğu eşini Almanya'da öldürmekten dolayı Alman Kanunlarına göre iki sene hapis cezasına mahkûm edilmiş olduğu ve kendisi için TCK. nun 5. maddesinin uygulanması gerekirken ceza tertibine yer olmadığına karar verilmiş ise de; dâvacının tutuklu kalması işlediği adam öldürmek suçunun neticesi olup; (haksız bir tutuklama olmadığı) cihetle 466 sayılı Kanun gereğince tazminat isteğinin reddine karar verildiği açıklanmıştır.

Mahkûm müdafî müvekkilinin Alman Mahkemesince karısını öldürmekten dolayı mahkûmiyetine hüküm edilip ceza infaz da olunmuş bulunmasına göre TCK. nun 5. maddesinin uygulanamayacağını ve tazminat hükmedilmesi gerekeceğini ileri sürmüş ise de;

2 — TCK. nun 5. maddesi Devletin yabancı memlekette suç işleyen yurttaşın cezalandırılması, suç failine göre kişisellik ilkesinin ve egemenlik hakkının tabii sonucudur. Yabancı memlekette hüküm verilmiş olması halinde Türkiye'de yeniden yargılama yapılması ancak ve mutlaka müsbet bir Türk Hukuku hükmü ile müm-

kündür. Halbuki TCK. nun 5. maddesinde veya Türk Kanunlarının hiç birinde böyle Türk Devletinin egemenlik yetkisine giren yargı hakkını sınırlayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Nitekim Çağdaş Batı Ceza Kanunlarında yabancı memlekette yargılanıp mahkûm edilen vatandaşın ülkesine döndüğünde uygulanacak hükümler açıkça gösterilmiştir. Meselâ Fransız Ceza Usulü Kanununun 7. maddesinin 2. fıkrasına göre yabancı memlekette kesin mahkûmiyete uğrayan ve cezası infaz edilen vatandaş için Fransa'da takibat yapılmaz. Yine İsviçre Ceza Kanununun 3. maddesinde de yabancı memlekette kesin hükümle mahkûm edilen ve cezası da infaz olunan vatandaş İsviçre'de yeniden yargılanır ve ancak İsviçre hâkimi çekilen cezayı hükmedeceği cezadan mahsup eder (*Gözübüyük Dr. Devletlerarası Ceza Hukuku, Ankara 1959, sh. 32, 33*).

Devletlerarasında Millî yargı hakkını karşılıklı olarak sınırlayıcı anlaşmalar olmadıkça (aynı suçtan dolayı iki defa yargılamama, non bis in idem) kuralı münhasıran millî ülkede uygulama değerine sahiptir (*Donnedieu de Vabres, Les principes modernes du droit pénal international, Paris, sh. 28, 29*).

Nitekim 18 Mart 1968 tarih ve 1034 sayılı Kanunla onanmış olan (*Ceza işlerinde karşılıklı Adli Yardım Avrupa Sözleşmesi*) nin 1. maddesinin 2. bendinde (işbu sözleşme tutuklama ve mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesinde ..... uygulanamaz) denilmek suretiyle Türk Yargı hakkının hiç bir suretle sınırlandırılmadığı da açıkça teyit edilmiştir. (Resmî Gazete, 16.10.1968, sayı. 13028). Görülüyor ki, Türk Hukukunda yabancı memlekette bir Türk'e karşı bir cürüm işleyen vatandaşın Türkiye'de TCK. nun 5 inci maddesindeki şartlara uygun olarak yargılanmasını önleyen millî hiç bir hukuk hükmü mevcut değildir.

Bu itibarla dilekçe için İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesince (TCK. 5. maddesi şartları bulunmadığından ve ceza da Almanya'da infaz edilmiş olduğundan, adı geçen cezalandırılmasına yer olmadığına) dair verilen 9.6.1969 tarihli karar kanuna ve usule uygun değildir.

Yukarıdan beri açıklanan hukukî esaslara ve Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi kararında gösterilen gerekçelere göre 466 sayılı Kanun gereğince dâvacının açmış olduğu tazminat dâvasının reddine dair karar yerinde görüldüğünden dâvacının temyiz itirazlarının

tebliğnamedeki düşünce gibi reddine, kararın onanmasına 6.4.1971 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi (\*).

## II — Kararın incelenmesi

### 1 — Olay

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin bu kararına konu teşkil eden olayı şöylece belirtebiliriz: Bir Türk vatandaşı Almanya'da bulunduğu sırada Türk olan eşini öldürmekten dolayı Alman Mahkemesince iki yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş ve bu cezası yine aynı ülkede infaz olunmuştur. İnfazdan sonra Türkiye'ye gelen fail tutuklanmış ve hakkında Türk Ceza Kanununun 5. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması için kamu dâvası açılmıştır. Mahallî mahkemenin TCK. Ceza Kanununun 5. maddesinin şartları olayda bulunmadığı gerekçesi ile failin cezalandırılmasına yer olmadığına karar vermesi üzerine, müdafii Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesine başvurarak 466 sayılı Kanun gereğince (haksız tutuklama tazminatı) istemiştir. Ancak, Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesi failin Türkiye'deki tutukluluğunun (haksız tutuklama) sayılamayacağını belirterek tazminat talebini reddetmiştir.

Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesinin bu kararına karşı temyiz yoluna başvurulması üzerine, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, Türk Ceza Kanununun 5. maddesinin kapsamına giren hallerde yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa dahi sanığın Türkiye'de yeniden yargılabileceği görüşünde bulunarak ve bu nedenle (haksız tutuklama) dan söz edilemeyeceğini ileri sürerek 466 sayılı Kanun gereğince dâvacının açmış olduğu tazminat dâvasının reddine dair kararın onanmasına karar vermiştir.

### 2 — Çözümlemesi gereken hukukî problem

İnceleme konumuz olan yargıtay kararında «ne bis in idem» kuralının geçerlilik alanı ele alınmakta ve böylece bu kuralın yabancı mahkemelerce verilmiş ceza mahkûmiyetleri yönünden de uygulanabilip uygulanamayacağı problemine bir çözüm getirilmek istenmektedir.

Ceza Kanunumuzun 5. maddesi kapsamına giren haller bakımından yeniden yargılamayı emreden bir hükmü ihtiva etmemesi, problemin özellikle bu madde yönünden önem kazanmasını sonuçlamış-

(\*) Resmî Kararlar Dergisi, Mayıs 1971, sayı: 5, s. 41.

tır. Bu nedenle, çözümlenmesi gereken hukukî problemi 5. madde-deki hallerle sınırlamak gerekir. Diğer yandan, «ne bis in idem» kuralının sadece mahkûmiyet hükümlerine ilişkin olmaması, mahkemelerin beraat hükümlerinde de kuralın uygulanabilmesi, karara konu teşkil eden hukukî problemin saptanmasında her iki çeşit hüküm kapsayan bir deyim yer verilmesi zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu esasları gözönünde tutmak suretiyle, çözümlenmesi gereken hukukî problemi şu şekilde saptayabiliriz: «Yabancı mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. maddesinin kapsamına giren bir suça ilişkin ceza yargısı failin Türkiye’de yeniden yargılanmasına engel olur mu?».

Çözümlenmesi gereken asal problem bu olmakla beraber, yeniden yargılama mümkün görüldüğü takdirde, yabancı ülkede verilmiş ve infaz olunmuş cezanın yeniden yargılama sonunda hükmedilen cezadan indirilip indirilmeyeceği diğer bir problem olarak ortaya çıkmaktadır.

### 3 — Mercilerin hukukî problemi çözüm şekilleri

İstanbul 3. Ağır Ceza Mahkemesi olayda (TCK. nun 5. maddesinin şartları bulunmadığından ve ceza da Almanya’da infaz edilmiş olduğundan, adı geçen cezalandırılmasına yer olmadığına) karar vermiş ve böylece yabancı ülkede cezalandırılma hallerinde 5. maddenin uygulanamayacağı sonucuna varmıştır. Müdafî de sözü geçen mahkemenin bu kararına dayanarak, müvekkilinin yabancı ülkede mahkûm edilmiş ve cezasının da orada infaz olunmuş bulunduğunu ve bu nedenle TCK. nun 5. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürmüştür. Yani mahallî yargılama makamı ile savunma makamı yukarıda hukukî problem olarak düzenlediğimiz soruya olumsuz tarzda cevap vermişlerdir.

Nezinde «haksız tutuklama tazminatı» dâvası açılan Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesinin saptadığımız hukukî probleme ilişkin görüşü yargıtay kararından tam olarak anlaşılammakla beraber, failin Türkiye’deki tutukluluğunun (haksız tutuklama) sayılamıyacağını belirterek tazminat talebini reddetmesi karşısında, yeniden yargılamayı mümkün gördüğü söylenebilir.

Kadıköy Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onaylayan Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise, 5. maddenin kapsamına giren hallerde yabancı ülkede hüküm verilmiş olsa dahi failin Türkiye’de yeniden yargılabileceğini ileri sürmüş ve bu görünüşü şu gerekçelerle destekle-

miştir: a) 5. madde faile göre kişisellik ilkesinin ve devletin egemenlik hakkının doğal sonucudur. Bu nedenle, yabancı ülkede hüküm verilmiş olması durumunda Türkiye'de yeniden yargılama yapılamaması için Türk Kanunlarında buna dair bir hüküm bulunması zorunludur. Mevzuatımızda ise böyle bir hüküm yoktur. b) «Ne bis in idem» kuralı sadece ülke içinde uygulama değerine sahiptir. Devletler arasında millî yargı yetkisini karşılıklı olarak sınırlayan anlaşmalar bulunmadıkça, sözü geçen kuralın yabancı memleketler tarafından verilen hükümler yönünden geçerli olması düşünülemez.

Birinci hukukî problem olarak yukarıda arzettiğimiz soruya olumlu cevap veren Yargıtay 1. Ceza Dairesi cezaların mahsubu yönünden ne gibi bir görüşe sahip bulunduğu karardan anlaşılacaktır.

#### 4 — Görüşümüz

Saptadığımız hukukî problemlere ilişkin görüşümüzü açıklamadan önce bazı noktaları belirtmekte yarar görmekteyiz :

a) Karşılaştırmalı hukukta genel olarak yabancı devlet ceza yargısına mutlak değer tanınmamakta, bazı hallerde ülkede yeniden kovuşturmaya izin verilmekte ve yabancı ülkede cezanın çekilmiş olması halinde yeniden yargılama sonucu hükmedilen cezadan bu cezanın indirilmesi ile yetinilmektedir (1). İsviçre ve Federal Almanya Ceza Kanunlarını bu duruma örnek gösterebiliriz. Şöyle ki, İsviçre Ceza Kanununun faile göre kişisellik ihtiva eden 6. maddesi (2), ülke dışında işlediği bir suçtan dolayı yabancı ülkede yar-

(1) Dönmezer, S. - Erman, S.: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, III. Beşinci Bası, İstanbul 1971, s. 534-535.

(2) İnceleme konusu Yargıtay Kararında «İsviçre Ceza Kanununun 3. maddesinde de yabancı memlekette kesin hükümlerle mahkûm edilen ve cezası da infaz olunan vatandaş İsviçrede yeniden yargılanır ve ancak İsviçre hâkimi çekilen cezayı hükmedeceği cezadan mahsup eder.» denilmiştir. Halbuki İsviçre Ceza Kanununun 3. maddesi yersellik ilkesini düzenlemiş ve İsviçre Ceza Kanununun İsviçrede suç işleyen herkes hakkında uygulanacağını öngörmüştür. Aynı maddeye göre, böyle bir kimsenin cezasının tamamını veya bir kısmını yabancı ülkede çekmiş olması halinde İsviçre hâkimi çekilen cezayı hükmedeceği cezadan indirecektir (Bk.: Hafter, E.: Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bern 1946, s. 54 ve son; Pfenniger, H. F.: Das schweizerische Strafrecht — Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, II. Band, Ber-

gılanan bir İsviçre'linin İsviçre'ye dönmesi halinde bazı şartlar altında yeniden yargılanabileceğini öngörmektedir. Böyle bir yargılama için gerekli olan şartlardan ilki, İsviçre vatandaşlığına sahip bir kimse (3) tarafından yabancı ülkede fiilin işlenmesi, ikincisi, fiilin hem işlendiği yer ve hem de İsviçre hukukuna göre cezalandırılabilir nitelikte olması ve üçüncü şart ise failin İsviçre'de bulunmasıdır. Kanunun aynı maddesine göre, fail hakkında yabancı mahkemece beraat kararı verilmiş ya da tamamen infaz olunmuş veya affedilmiş yahut zamanaşımına uğramışsa, İsviçre'de cezalandırma mümkün değildir. Buna karşılık ceza hiç infaz edilmemiş veya kısmen infaz edilmişse, fail İsviçre'de yargılanacak ve infaz olunan kısım bu cezadan indirilecektir (4).

Federal Almanya Ceza Kanununun 3. paragrafının 1. fıkrası, Alman Ceza Hukukunun ister ülke içinde ister ülke dışında olsun Alman vatandaşlarının işledikleri tüm fillere uygulanacağını öngörmüştür. Böylece bu madde Alman vatandaşları yönünden kişisel ilkesini kabul etmiştir. Ancak kanunun 6. paragrafı yabancı ülkede işlenen kabahat nev'inden suçların Almanya'da cezalandırılabilmesi için özel hükümlerin veya anlaşmaların mevcudiyetini aradığı cihetle, cürüm ve cünha dışındaki suçlarda faile göre kişisel ilkesi kural olarak uygulanamayacaktır (5). Bundan başka, Alman Ceza Mahkemeleri Usulü Kanununun 153 b. paragrafı savcıya yabancı ülkede işlenmiş suçların kovuşturmasından sarfınazar etme

---

lin, 1957 - s. 210, 211). Görüleceği üzere, kararda zikredilen madde ile kararın konusu arasında herhangi bir ilişki yoktur. Esasen kararın atıf yaptığı **Gözübüyük**'ün eserinin 33. sahifesinde de 3. maddenin metni aynen mevcuttur. Durum böyle olduğu halde, kararlar ile ilgili olmayan 3. maddenin zikredilmesi ve muhtevası hakkında yanlış bilgi verilmesi yerinde değildir. Çünkü İsviçre Ceza Kanununun çözümlenmesi gereken hukuki problemle ilgili maddesi belirttiğimiz gibi 6. maddesidir. Yüksek Mahkememizin karşılaştırmalı hukuktan yararlanması çok olumlu bir davranış olmakla beraber, bu çeşit davranışlar ancak gereken özen gösterildiği takdirde değer ifade ederler.

(3) Failin İsviçre vatandaşlığı ile birlikte diğer bir devletin vatandaşlığına da sahip olması halinde, aynı tarzda hareket edileceği ileri sürülmektedir (Bk.: **Hafter**: 61).

(4) **Hafter**: 61, 62; **Pfenninger**: 211.

(5) Bk.: **Schönke, A. — Schröder, H.**: Strafgesetzbuch, Kommentar, 15. Auflage München, und Berlin, 1967, s. 55.

yetkisini tanımak suretiyle 152. paragrafın koyduğu kanunilik ilkesinden bu çeşit suçlarda ayrılmıştır (6).

Arzettiğimiz bu iki istisna dışında kişisel ilkesi Alman vatandaşları hakkında mutlak olarak uygulanır (7). Bu nedenle Federal Anayasa'da (103 III) düzenlenmiş olan «*ne bis in idem*» kuralının sadece ülke içinde işlenen fiiller yönünden geçerliliği kabul edilmekte, buna karşılık yabancı ülkede işlenen bir fiilden dolayı o yer mahkemesince verilen ceza yargısının failin Almanya'da yeniden yargılanmasını önleyemeyeceği sonucuna varılmaktadır (8). Ancak Ceza Kanununun 60. paragrafının 3. fıkrası yabancı ülkede çekilmiş olan cezanın yeniden yargılama sonunda hükmedilen cezadan indirileceğini öngörerek (9), failin aynı fiilden dolayı iki defa cezalandırılmasını önlemiştir. Kanun «infaz edilmiş» cezanın mahsup bundan sözettği içindir ki, ceza infaz edilmiş olmayıp ta, tecil edilmiş ya da affa yahut zamanaşımına uğramışsa, mahsup yapılamayacaktır. Buna karşılık, yabancı ülkede kısmen infaz veya tutuklama sözkonusu ise, bunlar Alman hâkimi tarafından hükmedilen cezadan indirilecektir (10).

b — Ceza yargılarının milletlerarası değeri konusu Avrupa Konseyi tarafından da ele alınmış ve bu kuruluş nezdinde teşkil edilen Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Uzmanlar Komitesince hazırlanan sözleşme tasarısı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul olunarak 28.5.1970 de Adalet Bakanları Avrupa Konferansı vesilesiyle Lahey'de imzaya açık tutulmasına karar verilmiştir. Ceza hukuku alanında milletlerarası işbirliği konusunda önemli bir adım teşkil eden bu sözleşme ne bis in idem kuralına milletlerarası değer kazandırmak amacını da gütmektedir (11).

(6) Kleinknecht, T.: Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen. 29. Auflage. München. 1970, s. 403; Kern, E.: Strafverfahrensrecht, 3. Auflage. München und Berlin. 1967, s. 55.

(7) Schönke - Schröder: § 3, No.: 3.

(8) Bk.: Jescheck, H. - H.: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Berlin. 1969, s. 124.

(9) 1969 yılında 60. paragrafta konulan bu hüküm daha önce 7. paragrafta bulunmaktaydı.

(10) Schönke - Schröder: § 60, No.: 31.

(11) Bu sözleşmenin esasları hakkında bk.: Kunter, N.: Ana çizgileriyle ceza yargılarının milletlerarası değeri konusunda Avrupa Sözleşmesi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XXXVI, sayı: 1-4, s. 77 ve son.).

c — Yabancı mahkemenin ceza yargısının Türkiye'de etkisi konusu Ceza Kanunumuzun 3., 4. ve 7. maddelerinde kısmen düzenlenmiştir. Gerçekten 3. maddenin 1. fıkrasına göre, Türkiye'de suç işleyen bir Türk hakkında yabancı ülkede verilmiş olsa bile fail Türkiye'de yeniden yargılanacaktır. Böylece bu fıkra failin Türk olması halinde Adalet Bakanının talebini aramaksızın re'sen kovuşturmayı öngörmüştür. Türkiye'de suç işleyen kimse Türk olmadığı takdirde ise, aynı maddenin 2. fıkrası gereğince kovuşturma Adalet Bakanının talebi üzerine yapılacaktır. 3. madde beraat hükümleri ile mahkûmiyet hükümleri arasında bir fark gözetmediği içindir ki, yabancı mahkemenin ceza yargısı ister mahkûmiyete ister beraate ilişkin olsun Türkiye'de işlenen suçlar yönünden «ne bis in idem» kuralı geçerli olmayacaktır. Bunun gibi, 4. maddenin 2. fıkrasına göre, bu maddenin kapsamına giren suçlardan dolayı yabancı ülkelerde evvelce hüküm verilmiş olsa bile, Adalet Bakanının talebi ile fail Türkiye'de yeniden yargılanacaktır. Ancak yabancı mahkemenin ceza yargısı yabancı paraların taklidi suçuna ilişkin ise aynı fıkraya göre Türkiye'de yeniden yargılama mümkün değildir. Demek oluyor ki, Kanunumuz sadece yabancı paraların taklidi suçlarına ilişkin yabancı ceza yargılarının mutlak surette olumsuz kesin hüküm etkisini kabul etmiştir. Bir yabancının 6. maddenin kapsamına giren bir suçu hakkındaki yabancı mahkemenin ceza yargısının olumsuz kesin hüküm etkisi ise Adalet Bakanlığının kovuşturma talebinde bulunmaması şartına bağlı tutulmuştur. Gerçekten, 7. maddenin sonuncu fıkrası bu durumlarda kovuşturma için Adalet Bakanlığının talebini aramış olduğu cihetle, böyle bir talep yoksa yeniden yargılama mümkün olmayacak, talep yapıldığı takdirde ise «ne bis in idem» kuralının etkisi düşünülemez (12).

Görüldüğü üzere, Ceza Kanunumuz «ne bis in idem» kuralının milletlerarası değeri konusunu 3., 4. ve 6. maddelerin kapsamına giren haller yönünden düzenlemiştir. Buna karşılık 5. maddedeki haller bakımından yabancı ceza yargısının olumsuz kesin hüküm etkisinin bulunup bulunmadığı hakkında kanunumuzda bir hüküm yoktur. Kanunumuzdaki bu boşluğun ne tarzda yorumlanacağı böylece bir hukuki problem olarak ortaya çıkmaktadır.

(12) Türk Hukuku yönünden yabancı ceza yargısının ülkede etkisi konusunda bk.: Dönmezer - Erman: III, 541 ve son.



Türk Ceza Hukuku doktrininde müelliflerin çoğunluğu (13), 3., 4. ve 7. maddelerin aksine, Türkiye'de re'sen yahut talep üzerine kovuşturma yapılacağına 5. maddede belirtilmemiş olması karşısında genel bir hukuk ilkesi olan «ne bis in idem» kuralının bu hallerde geçerliliğini kabul etmek suretiyle, yeniden kovuşturma ve yargılamayı mümkün görmemektedirler.

Yargıtayımızın bu konudaki kararları birbirini tutmamaktadır. Meselâ, inceleme konumuz kararda olduğu gibi, 5. Ceza Dairesi de 3.7.1968 tarih ve 1972/2220 sayılı kararı (14) ile 5. maddenin kapsamına giren hallerde yeniden yargılamayı mümkün gördüğü halde, aynı dairenin 4.12.1968 tarih ve 3403/3607 sayılı kararında (15) «saniğin dâva konusu suçtan dolayı Beyrut Ceza Mahkemesinde mahkûm edilmiş bulunmasına ve yabancı memlekette Türk Ceza Kanununun 4. maddesinde yazılı suçlar dışında bir suç işlemiş olan kişi hakkında yabancı memlekette hüküm verilmiş olması halinde bu Türk'ün Türkiye'de yeniden muhakeme edileceği hususunda Türk Ceza Kanununun 5. maddesinde sarahat mevcut bulunmamasına göre H. nin yeniden muhakemesinin yapılamıyacağı gözetilmeksizin duruşma icrasıyla mahkûmiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır» denilerek farklı sonuca varılmıştır.

d) Görüşümüze göre, 5. maddenin bugünkü durumunda yabancı mahkemenin ceza yargısına rağmen Türkiye'de yeniden yargılamanın mümkün olup olmadığı sorunu ile «ne bis in idem» kuralına milletlerarası bir değer kazandırmanın gerekip gerekmediği sorununun birbirinden ayırmak gerekir. Devletler sözü geçen genel hukuk ilkesinin milletlerarası ceza hukuku alanında bazı yönlerden uygulanmasını önleyici hükümlere ceza kanunlarında yer vermişlerdir. İsviçre ve Federal Almanya Ceza Kanunundaki hükümlerle, Ceza Kanunumuzun 3., 4. ve 7. maddelerindeki hükümleri devletlerin bu eğilimlerine örnek gösterebiliriz. Kanımızca, bu çeşit bir

---

(13) **Taner, M. T.:** Ceza Hukuku, Umumi Kısım, 3. Basım, İstanbul 1953, s. 225; **Dönmezer - Erman:** III, 541-542; **Erem, F.:** Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 1968, s. 183; **Kunter, N.:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1970, s. 77.

(14) Bu karar için bk.: **Yaşar, H.:** Yabancı memlekette işlenen suçlar ve yabancı mahkeme ilâmları muvacehesinde uygulama (Adalet Dergisi, Nisan 1969, sayı: 4, s. 202).

(15) Bk. **Yaşar:** 203.

eğilim yerinde değildir. Özellikle yabancı ülkede mahkûm olduğu cezayı tamamen çekmiş bir kimsenin kefareti ödemiş bulunduğu bir suçtan dolayı yeniden yargılanıp cezalandırılması her türlü adalet anlayışına aykırıdır (16). Bundan dolayı, devletlerin «ne bis in idem» kuralının milletlerarası değerini kabul etmeleri ve bunu sağlayıcı hükümleri mevzuatlarına koymaları gereklidir. Bu nedenle, Avrupa Konseyinin «ne bis in idem» kuralına milletlerarası değer kazandırmak amacıyla yaptığı çalışmaları çok olumlu karşılamaktayız ve Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusundaki Avrupa Sözleşmesinin Türkiye tarafından bir an önce imzalanıp, onaylanması fikrine (17) katılmaktayız.

Gelecekteki hukuk yönünden görüşümüz arzettiğimiz şekilde olduğu halde, 5. maddemizin bugünkü durumunda yabancı mahkemenin ceza yargısına rağmen yeniden kovuşturma ve yargılama bizzat mümkündür. Yargıtayın kararında da belirtildiği üzere, yabancı mahkeme ceza yargısının Türk Kanununun uygulanma alanını sınırlayabilmesi için doğrudan doğruya Türk Kanununun bu sınırlamayı kabul etmesi, yani yabancı mahkemece karar verilmesi halinde Türkiye'de yeniden yargılama yapılamayacağını belirtmesi gerekir. 5. maddede böyle bir sarahat bulunmadığına göre savcının re'sen kovuşturmayaya girişmesi ve dâva açması zorunludur. Esasen bu zorunluluk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 148. maddesinin koyduğu kamu dâvası mecburiliği, yani kanunilik ilkesinin sonucudur. Gerçekten bu madde gereğince, «ceza takibini istilzam edecek hususlarda kâfi emareler teşkil edecek vakılar mevcut olduğu takdirde» savcı kamu dâvasını açmakla yükümlüdür. Usul Kanunumuz, Alman Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunundan (§ 153 b) farklı olarak, yabancı ülkelerde işlenen suçlar yönünden maslahata uygunluk ilkesini (*Opportunitätsprinzip*) kabul etmediği içindir ki, 5. maddenin kapsamına giren hallerde de kanunilik ilkesi gereğince savcı dâvasını açmak mecburiyetindedir.

Mağdura göre kişisel ilkesinin uygulanması hallerinde yeniden yargılamayı kabul eden kanunumuzun (7. m.) faile göre kişisel ilkesinin kapsamına giren durumlarda yeniden yargılamaya izin

(16) Dönmezer - Erman: III, 534.

(17) Kunter: Ana çizgileriyle ceza yargılarının milletlerarası değeri konusunda Avrupa Sözleşmesi (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XXXVI, sayı: 1-4, s. 92).

vermemesinin gerekçesi de bizce açıklanamaz. Yersellik sistemini yumuşatmak amacıyla konulmuş yarı yersellik sisteminin bu iki ilkesinde Kanun Koyucunun farklı esasları kabul etmesi için herhangi bir neden yoktur. Kaldı ki, Ceza Kanunumuzun 8. maddesi yabancı mahkemelerce verilen kamu hizmetlerinden yasaklılık ve diğer ehliyetsizlik cezalarının Türkiye'de de sonuç doğurabilmesi için yabancı ceza yargısının Türk Kanunlarına uygun olması şartını aradığına göre, Türk Mahkemesi bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini anlayabilmek için yeniden yargılamada bulunmak zorundadır; böylece bu hüküm dahi Kanun Koyucunun 5. maddenin kapsamına giren hallerde de yeniden yargılamayı kabul ettiğini göstermektedir.

«Vatandaşın geriverilemeyeceği kuralı» da 5. maddeye ilişkin bazı hallerde yeniden yargılama zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki, yabancı ülkede mahkûm olduktan veya cezasının bir kısmını çektikten sonra Türkiye'ye kaçan bir Türk'ün yabancı devletlere geriverilmesi talebi devletçe kabul olunamayacağı için (TCK. 9/1. m.), yeniden yargılama mümkün görülmediği takdirde fail cezasız kalacaktır.

Avrupa Konseyi gibi milletlerarası kuruluşların ceza yargılarına milletlerarası değer vermek amacıyla sözleşmeler meydana getirmek zorunluluğunu duymaları da, kanımızca «ne bis in idem» ilkesinin kural olarak sadece ülke içinde geçerli olduğunu gösterecek niteliktedir. Çünkü, sözü geçen ilke milletlerarası uygulanma niteliğine sahip bulunsaydı, bu çeşit sözleşmeler olmaksızın da devletler yabancı ceza yargısının olumsuz yönden kesin hüküm etkisine uygun hareket edeceklerdi. Konsey durumun böyle olmadığını gördüğü içindir ki, hazırladığı sözleşme ile «ne bis in idem» kuralına milletlerarası uygulanma niteliğini vermek yolunu tutmuştur.

Belirttiğimiz bütün bu nedenlerle, yabancı mahkemenin Türk Ceza Kanununun 5. maddesinin kapsamına giren bir suça ilişkin ceza yargısının failin Türkiye'de yeniden yargılanmasına engel olmayacağı sonucuna varmakta ve böylece Yargıtay'ın incelediğimiz kararını doğru telakki etmekteyiz.

Kararda ele alınmayan ikinci hukuki probleme, yani yabancı ülkede verilmiş ve infaz olunmuş cezanın yeniden yargılama sonunda hükmedilen cezadan indirilip indirilemeyeceği problemine gelince: Bu konuda mahsubun gerekliliğini kabul etmekte ve bunun

için tutukluluğun mahsubundan sözeden TCK. 40. maddeye dayanılabileceğini savunmaktayız. Gerçekten, bu madde hükmün kesinleşmesinden önceki tutukluluğun ceza mahkûmiyetlerinden indirileceğini öngördüğüne ve buradaki «tutukluluk» dan amaç hürriyetin her türlü kısıtlanması olduğuna göre (18), yabancı ülkede infaz edilen hürriyeti bağlayıcı cezanın da «tutukluluk» tarzında anlaşılabilir. Alman Ceza Kanununun 7. paragrafında yer alan «yabancı devlette infaz olunan cezanın mahsubu» na dair hükmün asıl yerinin tutukluluğun mahsubunu düzenleyen paragraf olduğunu gören Alman Kanun Koyucusunun 1969 daki değişiklikte sözü geçen hükmü yeni bir fıkra olarak 60. paragrafa eklemesi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Durum böyle olmakla beraber, tereddütleri bertaraf etmek için, yabancı ülkede infaz olunan cezaların Türkiye'deki mahkûmiyetten indirileceğine dair kanunumuza genel bir hükmün konulması yararlıdır. Bizce, bu hükmün yeri Federal Almanya Ceza Kanununda olduğu gibi tutukluluğun mahsubuna ilişkin 40. maddedir.

**Doç. Dr. Kayihan İÇEL**

---

(18) İcel, K.: Mevkufen geçen müddetin ceza mahkûmiyetlerinden mahsubu (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, cilt: XXIX, sayı: 3, s. 571).