

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN  
KARARLARI IŞIĞINDA GÜVENLİK TEDBİRLERİNİ  
DÜZENLEYEN NORMLARIN ZAMAN BAKIMINDAN  
UYGULANMASI

*(Temporal Application of Norms on Security Measures in the  
Light of Decisions of the European Court of Human Rights)*

Asuman AYTEKİN İNCEOĞLU\*

ÖZET

Güvenlik tedbirlerini düzenleyen normların geçmişe etkili şekilde uygulanıp uygulanmayacağı meselesi Türk Hukukunda tartışmalıdır. Bu çalışmamızda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve bu kararlarla bağlantılı olarak özellikle Alman mevzuatı ve uygulaması çerçevesinde, bu konu detaylı şekilde incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** Güvenlik tedbiri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 5 ve 7, muhafaza altına alma, ceza normlarının geçmişe yürürlüğü, Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

*Abstract*

One of the debated topics currently discussed in Turkish criminal law is the retrospective application of the norms on security measures. In this study, this topic will be detailedly examined in the light of the European Court of Human Rights decisions, German legislation and practice.

**Keywords:** Security measure, European Convention on Human Rights Articles 5 and 7, preventive detention, retrospective penalties, German Federal Constitutional Court, European Court of Human Rights

---

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

## I- Ceza Hukuku Normlarının Zaman Bakımından Uygulanması<sup>1</sup>

Ekonomik, sosyal, kültürel ve teknolojik değişimler, toplumsal değer yargılarını etkilemekte ve bu değişim neticesinde bazen mevcut ceza normları, toplumun talepleri ve ihtiyaçları ile örtüşmeyebilmektedir. Değişen ihtiyaçlar, yürürlükteki ceza normlarının ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi ya da yeni ceza normlarının ihdas edilmesi gibi ceza hukuku alanında neticeler doğurmaktadır. Bir ceza kanununun tümünde değişiklik yapan kanunlar ise, ancak bir yargı reformu söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir<sup>2</sup>.

Ceza hukuku normlarında yapılan değişikliklerin, bu değişiklik öncesinde suç işlediği ileri sürülen şüphelileri veya sanıkları veya suç işlediği sabit olan hükümlülere ne şekilde etkileyeceği meselesi, ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallarla çözüme kavuşturulabilecek bir meseledir. Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesi, "zaman bakımından uygulama"

<sup>1</sup> Zaman yönünden uygulamaya ilişkin olarak doktrinde farklı kullanımlar benimsenmiştir. Bazı müellifler, "ceza kanunlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesini benimsemişlerdir. Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 95; Koca, Mahmut, Üzülmüş, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2013, s. 64; Toroslu, Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara 2012, s. 63; Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 58; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 120. Buna karşın diğer bazı müellifler ise, "ceza hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması" ifadesini tercih etmişlerdir. Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2012, s. 147; Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2013, s. 133; Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 119. Tarafımızca benimsenen "ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesi ile, ikinci gruptaki müelliflerin benimsediği kullanım tercih edilmektedir. Genellikle değişiklik yapan kanunun zaman bakımından uygulanması ile bu kanunun kapsamında yer alan normların zaman bakımından uygulanması birbirine paralel olsa da, bazen bazı normlar açısından farklı uygulamalar kanun hükümleriyle benimsenebilir. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 344. maddesi uyarınca, "imar kirliliğine neden olma" başlıklı 184. maddesi yayımı tarihinde, "çevrenin kasten kirletilmesi" başlıklı 181. maddenin birinci fıkrası ile "çevrenin taksirle kirletilmesi" başlıklı 182. maddenin birinci fıkrası yayımı tarihinden itibaren iki yıl sonra, Türk Ceza Kanunu'nun diğer hükümleri ise 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kaldı ki, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, başka Kanunlar Türk Ceza Kanunu'nun pek çok hükmünde değişiklikler yapmıştır. Bu nedenle değişikliğe uğrayan hükümlerin yürürlük tarihi, Türk Ceza Kanunu'nun yürürlük tarihinden farklıdır. Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesi 7 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe girmişken, 50. maddesi 1 Mart 2008'de, 301. maddesi 8 Mayıs 2008'de, 154. maddesi 14 Mart 2009'da, 79. maddesi 25 Temmuz 2010'da yürürlüğe girmiştir. Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki zaman bakımından uygulamaya ilişkin kurallar tatbik edilirken Kanunların değil, normların yürürlüğe giriş tarihi önemlidir. Bu nedenle "ceza hukuku normlarının zaman bakımından uygulanması" ifadesi tarafımızca benimsenmiştir. Norm-kanun ilişkisi ve "ceza normu içeren kanunların zaman yönünden uygulanması" kavramı için bkz. Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 81

<sup>2</sup> Zafer, s. 81.

başlığını taşımakta ve maddenin ikinci fıkrasında yürürlükten kalkan veya değişikliğe uğrayan ceza normlarının zaman yönünden uygulanması düzenlenmektedir. Anılan fıkra uyarınca, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehinde olan kanun uygulanacak ve infaz olunacaktır. Ceza normu içeren ve ceza kanununda değişiklik meydana getiren kanunlar lehe olma koşuluyla geçmişe etkili olarak uygulansalar da, ceza muhakemesine veya infaza ilişkin normlar kural olarak, lehe veya aleyhe olup olmadıklarına bakılmaksızın derhal uygulanırlar<sup>3</sup>.

### **A- Kanunların Yürürlüğe Girmesi ve Yürürlükten Çıkması**

Kanunların yürürlüğe girmesi için Resmi Gazetede yayınlanması gerekir. Kanunun yürürlük tarihi genellikle kanun metninde gösterilir. Yürürlüğe giriş tarihi, kanunun Resmi Gazetede yayın tarihi ya da daha ileriki bir tarih olabilir. Eğer yürürlüğe giriş tarihi kanun metninde belirtilmemişse, 1322 sayılı Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkındaki Kanun'un<sup>4</sup> 3. maddesi uyarınca, Resmi Gazetede yayınlandığı günü izleyen günün başlangıcından 45 gün sonra yürürlüğe girer<sup>5</sup>.

Kanunların yürürlükten çıkması ise, üç şekilde gerçekleşmektedir. Kanun, başka bir kanunla açıkça yürürlükten kaldırılabilir ya da önceki kanun hükümleri ile yeni kanun hükümlerinin aynı konuyu düzenlemesi ve birlikte uygulanma imkanının bulunmaması halinde, sonradan yürürlüğe giren kanun hükmü önceki kanun hükmünü örtülü olarak (zımnen) yürürlükten kaldırır. Üçüncü bir hal ise, kanunların veya kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilmesidir<sup>6</sup>.

### **B- Ceza Hukuku Normlarının Geçmişe Yürürlüğü**

Ceza hukukuna ilişkin normlar, yürürlüğe girmeleri ile kapsamalarına giren tüm olaylar ve kişiler hakkında uygulanacaktır<sup>7</sup>. Bir diğer ifade ile, yürürlüğe girmelerinden sonra gerçekleşecek olaylara uygulanacaklardır. Kural olarak bir eylemin suç teşkil edip etmediği ve yaptırımı, suçun işlendiği anda yürürlükte olan

<sup>3</sup> Zafer, s. 81; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 134; Özgenç, s. 126; Hakeri, s. 62.

<sup>4</sup> 23.5.1928 tarihli, 904 sayılı Resmi Gazete.

<sup>5</sup> 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 2. maddesinin (b) bendinde "yayın; basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması" olarak düzenlenmiştir. Günümüzde Resmi Gazete internet ortamında yayınlandığından, internet ortamında herkesin erişimine açıldığı anda yayın unsuru gerçekleşmiş olur. Zafer, s. 82.

<sup>6</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 97; Zafer, s. 82-83; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 141.

<sup>7</sup> Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 11. Baskı, İstanbul 1994, s. 164.

ceza normlarına bakılarak değerlendirilir<sup>8</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, işlendiği anda yürürlükte olan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Bununla birlikte, 7. maddenin ikinci fıkrası, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanunun uygulanacağını ve infaz olunacağını düzenlemektedir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, failin lehinde olan norm veya normlar, geçmişe yürürlükte uygulanacaklardır.

### C- Lehe Olan Kanunun Tespit Edilmesi

Lehe olan kanunun tespitinde, öncelikle suç teşkil eden fiilin ne zaman işlendiği ve o olaya kanunda düzenlenen hangi hükümlerin uygulanacağı belirlenmelidir. Genellikle kanundaki birden fazla hükmün olaya tatbiki söz konusu olacaktır. Suçun işlendiği sırada yürürlükte olan ve olaya uygulanabilecek normlar tespit edildikten sonra, ilgili normların suçun işlendiği tarihten sonra değiştirilip değiştirilmediği belirlenmeli ve değişiklik mevcut ise, lehe olan kanun tespit edilmelidir<sup>9</sup>. Lehe kanun tespit edilirken suçun işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren birden fazla kanun varsa, sonraki tüm kanunlar değerlendirmeye alınacaktır. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında da "sonradan yürürlüğe giren kanunların" hükümlerinden bahsedilmekte ve "kanun" yerine "kanunlar" ibaresi benimsenmektedir<sup>10</sup>.

Lehe kanunun belirlenmesi, sadece ceza normundaki cezaların nevi veya miktarına bakılarak tespit edilecek bir husus değildir<sup>11</sup>. Kuşkusuz fiili suç olmaktan çıkarılan bir kanun failin lehinedir. Suçun oluşmasını zorlaştıran örneğin suç tanımına yeni bir unsur ekleyen kanun da lehedir. Ceza muhakemesi şartları veya cezalandırılma şartlarını ekleyen kanun da lehe kanundur. Örneğin; re'sen kovuşturulan bir suçu şikayete tabi bir suç haline getirmek, failin lehinedir. Özgürlüğü bağlayıcı ceza yerine adli para cezasını ceza olarak düzenleyen, tür veya miktar açısından daha hafif ceza öngören, zamanaşımı sürelerini kısaltan, zamanaşımı sürelerinin durmasını veya kesilmesini zorlaştıran kanunlar da lehedir<sup>12</sup>.

Cezanın türü değişmemişse, miktarı az olanı düzenleyen kanun, failin lehine olmalıdır<sup>13</sup>. Cezanın alt ve üst sınırlarının bulunması halinde, yeni kanunda alt ve üst sınırlar farklı düzenlenmiş olabilir. Örneğin alt sınır aynı kalmasına rağmen üst

<sup>8</sup> Zafer, s. 84.

<sup>9</sup> Zafer, s. 84; Koca, s. 69,70.

<sup>10</sup> Zafer, s. 89.

<sup>11</sup> Dönmezer/Erman, s. 164.

<sup>12</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 101; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 137.

<sup>13</sup> Dönmezer/Erman, s. 165.

sınırdaki düzenlenen ceza farklı ise, üst sınırı az cezayı içeren kanun, üst sınırlar eşit olmasına rağmen, alt sınırlar farklı ise, alt sınırı az cezayı içeren kanun diğerine göre failin daha lehinedir. Alt ve üst sınırların birbirinden tamamen farklı düzenlenmesi halinde ise, failin lehine olan kanunu tespit etmek daha zordur. Bu halde lehe kanun, kanunların somut olaya uygulanması sonucu, somut bir karşılaştırma yapılarak tespit edilecektir<sup>14</sup>. 5252 sayılı, Türk Ceza Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun'un<sup>15</sup> 9. maddesinin 3. fıkrasında, "*Lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir*" ifadesine yer verilmiştir. Her iki kanunun lehe olan normlarını bir araya getirerek yeni bir yasa yaratmak söz konusu olamaz<sup>16</sup>. Zira bu şekilde yeni bir yasa yaratılması, kanunilik prensibine aykırıdır.

765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun yürürlüğü sırasında konuya ilişkin açık kanun hüküm bulunmamasına rağmen, 1938 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile konu açıklığa kavuşturulmuş, iki kanunun karma bir şekilde uygulanması, yürürlükten kaldırılan ve yürürlüğe konulan yasa hükümlerinin bütün olarak somut olaya ayrı ayrı tatbik edilmesi ve buna göre sanığın lehine olan kanunun belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir<sup>17</sup>.

## II- Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanması

### A- Türk Hukukunda Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin Mevcut Yasal Düzenleme

Güvenlik tedbirleri, kötülüğe karşı bir kötülük niteliğinde değil, toplumun savunulması ve failin ıslahı amacıyla, failin tehlikeli hali gözetilerek belirlenen tedbirleri ifade eder<sup>18</sup>. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrası; "*güvenlik tedbirleri hakkında infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır*" hükmünü düzenlemekteydi. Ancak 5377 sayılı Kanun, madde metnini "*hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç, infaz rejimine ilişkin hükümler derhal uygulanır*" olarak değiştirmiştir. Özgenç, Türk Ceza Kanunu'nun ilgili hükmün gerekçesinin izaha yer bırakmayacak kadar açık olduğunu belirtmektedir. Hükmün gerekçesi; "*Yeni Türk Ceza Kanununun benimsediği yaptırım sisteminde amaç hükümlüyü ıslah ederek yeniden*

<sup>14</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 102.

<sup>15</sup> 13.11.2004 tarihli, 25642 sayılı Resmi Gazete.

<sup>16</sup> Toroslu, s. 66; Hakeri, s. 60; Özgenç, s. 123.

<sup>17</sup> Dönmezer/Erman, s. 168; Centel/Zafer/Çakmut, s. 102, dipnot 24.

<sup>18</sup> Dönmezer/Erman, s. 217; Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulanması*, Ankara 2008, s. 211.

*topluma kazandırmak, hükümlünün toplum açısından oluşturduğu tehlikeyi azaltmak olduğuna göre, aralarında bir ayırım yapmaksızın, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı bakımından derhal uygulama kuralı benimsenmiştir. Bu kuralı açık bir şekilde ifade edebilmek için, Kanunun yedinci maddesinin üçüncü fıkrasında değişiklik yapılması gereği hasıl olmuştur. Ancak, bu düzenlemede hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrüre ilişkin hükümler bakımından, bu kuraldan ayrılmıştır. Kanunun sisteminde bir infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır”<sup>19</sup>.*

## **B- Öğretide Güvenlik Tedbirlerinin Zaman Bakımından Uygulanmasına İlişkin İleri Sürülen Görüşler**

Güvenlik tedbiri öngören kanunların derhal uygulanıp uygulanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>20</sup>. Güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanması görüşünün gerekçesi, güvenlik tedbirlerinin zaman içinde gelişip, çağdaş eğilimlerin daha fazla dikkate alınması ve failin topluma kazandırılması bakımından daha iyi ve etkili güvenlik tedbirlerinin düzenlenmesidir. Yani kısaca ifade etmek gerekirse, daha yeni olan, daha iyi ve çağdaş olandır mantığı benimsenmektedir<sup>21</sup>. Ayrıca, güvenlik tedbirleri arasında cezalarda olduğu gibi derece farkı bulunmadığı ve birinin diğerinden daha hafif olduğunun ileri sürülemeyeceği de ifade edilmektedir<sup>22</sup>. Bununla birlikte Centel/Zafer/Çakmut, derhal uygulanma ilkesini kural olarak benimsemekle birlikte, güvenlik tedbirlerinin etkisinin göz önünde bulundurulması ve aleyhe sonuçları önlemek amacıyla, istisnai hallerde derhal uygulanma ilkesinin geçerli olmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>23</sup>.

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre ise, 7. maddenin üçüncü fıkra hükmü dikkate alındığında, infaz rejiminde değişiklik öngören güvenlik tedbirleri derhal uygulanabileceği halde, failin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren bir kanun ile failin aleyhine düzenlemeler getiren güvenlik tedbirleri derhal uygulanamayacaktır<sup>24</sup>. Çünkü ilgili hükümde sadece ceza infaz rejimine ilişkin hükümlerin derhal uygulanacağı belirtilmiştir. Kuşkusuz tüm güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine ilişkin olduğunu söylemek mümkün değildir<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Özgenç, s. 126.

<sup>20</sup> Dönmezer/Erman, s. 218; Demirbaş, s. 133; Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>21</sup> Katoğlu, s. 214-215.

<sup>22</sup> Demirbaş, s. 133.

<sup>23</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>24</sup> Hakeri, s. 64.

<sup>25</sup> Katoğlu, s. 216.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesi güvenlik tedbirleri bakımından da geçerlidir. Bu halde geçmişe uygulama yasağı, güvenlik tedbirleri bakımından da sonuç doğuracaktır<sup>26</sup>. Fiilin gerçekleştirildiği tarihten sonraki bir kanun ile failin aleyhine bir güvenlik tedbirinin düzenlenmesi halinde, bu tedbirin geçmişe etkili şekilde uygulanması kanunilik ilkesi ile bağdaşmaz<sup>27</sup>. Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin ilk iki fıkrasındaki ilkeler, güvenlik tedbirleri açısından da uygulanmalıdır. Güvenlik tedbirleri hakkında hüküm tarihinde yürürlükte olan kanunun uygulanacağına dair bir açık düzenleme yapılmadıkça, güvenlik tedbiri öngören kanunların zaman bakımından uygulanmasında genel kurallardan ayrılmaya gerek bulunmamaktadır<sup>28</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 21.02.2006 tarih ve 2006/9-14 Esas, 2006/28 Karar sayılı içtihadında bu hususu vurgulayarak, 7. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen kuralın ceza ve güvenlik tedbirlerinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğunu ve gerek cezalar, gerekse de güvenlik tedbirleri yönünden 7. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan kuralların geçerli olacağını belirtmiştir<sup>29</sup>.

### C- Konuya İlişkin Görüşlerin Değerlendirilmesi

Konuya ilişkin ileri sürülen görüşler çerçevesinde, mevcut mevzuat değerlendirildiğinde, kanaatimizce güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak ilke, kanunilik prensibinin doğal bir neticesi olarak geçmişe yürümezlik ilkesidir. Bununla birlikte, güvenlik tedbirlerinin infazını düzenleyen hükümlerde ise, derhal uygulama ilkesi uygulama alanı bulacaktır<sup>30</sup>. Nitekim biraz önce de yukarıda ifade ettiğimiz gibi

<sup>26</sup> Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 169.

<sup>27</sup> Hakeri, s. 63.

<sup>28</sup> Katoğlu, s. 216-217.

<sup>29</sup> "(...)Görüldüğü üzere; ilk düzenlemede, güvenlik tedbirleri hakkında, infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan yasanın uygulanacağına ilişkin düzenleme, infaz rejimi yönünden derhal uygulama ilkesine aykırı olarak, ileride yapılacak değişikliklerin uygulanmasını engelleyecek ve sadece güvenlik tedbirlerinin infaz rejimi ile sınırlı bir şekilde iken, sonraki düzenleme ile bu kural, güvenlik tedbirlerinin infaz rejimine, cezaların infaz rejimi de eklenmek ve derhal uygulama ilkesi benimsenmek suretiyle genişletilmiştir. Ancak burada dikkate alınması gereken husus, bu kuralın ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğudur. Zira gerek cezalar, gerekse güvenlik tedbirleri yönünden 7. maddenin 1 ve 2. fıkralarında yer alan kurallar geçerli olup, 3. fıkra sadece infaz rejimi ile sınırlıdır. Yine anılan fıkra, "hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekrür" yeni ceza sisteminde, bir infaz rejimi kurumu olarak düzenlendiğinden, doğabilecek adaletsizlikleri gidermek açısından, bu üç kurum yönünden derhal uygulama ilkesine istisna getirilmiş, maddenin ilk 2 fıkrasındaki temel kuralların bunlar yönünden geçerliliği benimsenmiş dolayısıyla lehte olanın uygulanabilmesi olanaklı sayılmıştır(...)". Karar için bkz. <http://www.kararara.com/yargitay/ycdk5/yrqtyk20221.htm> (20.07.2013).

<sup>30</sup> Hakeri, s. 64.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu da, Türk Ceza Kanunu m.7/3'te düzenlenen kuralın, ceza veya güvenlik tedbirinin kendisi ile ilgili olmayıp, infaz rejimi ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.

Kanaatimizce Türk mevzuatında pek çok tedbir, "güvenlik tedbiri" başlığı altında düzenlenmekle birlikte, bazılarının "cezai" karakteri daha ağır basmaktadır. Bu nedenle de güvenlik tedbirleri arasında da ayırım yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Güvenlik tedbirleri ile, failin toplum açısından yarattığı tehlikeli durumun ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır<sup>31</sup>. Ancak yasada yer alan tüm güvenlik tedbirlerini incelediğimizde, tümü açısından bu amacın geçerli olduğunu ileri sürebilmenin pek de mümkün olmadığını düşünüyoruz<sup>32</sup>. Örneğin kazanç müsaderesini düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 55. maddesinin gerekçesinde, "(...)Böylece kazanç müsaderesi, (...) ekonomik çıkar elde etmek amacıyla işlenen suçlara karşı etkin biçimde caydırıcılık özelliği olan bir yaptırım niteliğine kavuşturulmuştur(...)" ifadesi yer almaktadır. 55. maddede düzenlenen kazanç müsaderesi, her ne kadar kanun sistematığında Türk Ceza Kanunu'nun ikinci bölümünde düzenlenen "güvenlik tedbirleri" başlığı altında yer alsada, aslında faili topluma kazandırma amacı taşımayan ve gerekçede de açıkça belirtildiği gibi caydırıcılık özelliği ağır basan, "ceza" niteliğinde bir hükümdür. Aynı şekilde 60. maddede düzenlenen tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanmasında da, tüzel kişinin tehlikeliliğinden veya topluma kazandırılmasından bahsedebilmek mümkün değildir. Bu hükümde düzenlenen güvenlik tedbirlerinin de cezai niteliği ağır basmaktadır. Doktrinde de ifade edildiği gibi bu husus, maddi anlamda "ceza" niteliği taşıyan bir düzenlemenin "etiket hilesi" yapılarak güvenlik tedbiri kılıfına sokulmasından öte bir şey değildir<sup>33</sup>.

Yukarıda da ilgili örnekleri vererek ifade ettiğimiz üzere, kanunlarda "güvenlik tedbirleri" kapsamında düzenlenen bazı hükümler, aslında caydırmayı amaçlayan, cezaya çok yaklaşan, adeta ceza işlevi gören hükümlerdir. Bu halde, cezai niteliği ağır basan tedbirlerle, failin korunmasını ve onun toplum açısından yarattığı tehlikeliliği azaltmayı hedefleyen tedbirler, zaman bakımından uygulamaya ilişkin aynı kurala tabi olmamalıdır. Eğer yeni bir norm ihdas edilerek amaçlanan, failin toplum için yarattığı tehlikeliliği ortadan kaldırmak ise, yeni norm daha amacı sağlamaya yönelik olduğu için kabul edilmiştir ve eskisine nazaran daha "iyi" bir norm olarak nitelendirilebilir. Bu halde, faili cezalandırma amacına yönelik bir norm olmadığından ötürü, failin lehine veya aleyhine olup olmadığı tartışmasını yapmaya da gerek bulunmamaktadır. Ancak "emniyet tedbiri" adı altında aslında

<sup>31</sup> Centel/Zafer/Çakmut, s. 111.

<sup>32</sup> Güvenlik tedbirlerinin tümünün aynı mahiyette olmadığı görüşü için bkz. Katoğlu, s. 212; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.169.

<sup>33</sup> Demirbaş, s.134, Katoğlu, s. 212.



faili cezalandırmayı, caydırmayı amaçlayan bir norm ihdas edilmiş ise, bu durumda yeni normun derhal uygulanması, anayasal güvence altındaki kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile çelişecektir. Fail suç teşkil eden fiili gerçekleştirdikten sonra, yargılanmakta olduğu normda veya kanunun ilgili hükümlerinde yasal değişiklik meydana gelirse, yapılan bu değişikliğin failin lehine bir değişiklik olup olmadığı değerlendirilmelidir. Failin aleyhine yapılmış bir düzenleme söz konusu ise, bu hükümler aleyhe geçmişe yürütülmemeli ve faile uygulanmamalıdır<sup>34</sup>. Bu husus, hem kanunilik ilkesi, hem de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının bir gereğidir.

Katoğlu, konuya ilişkin yapılan bu tartışmaları değerlendirerek, konunun isnat yeteneği bakımından bir ayırım yapılması suretiyle çözülebileceğini ifade etmiştir. Isnat yeteneğine sahip olmayan failer için uygulanan tedbirler, tedavi edici, tehlikeliliği azaltıcı özellikleri nedeniyle güvenlik tedbiri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yeni olan tedbir, amaca ulaşmaya sağlamaya yönelik, daha iyi olan tedbir olarak nitelendirilmektedir. Bu görüşü savunanlar<sup>35</sup>, isnat yeteneğine sahip olmayan kişilerin seçimlerini sağlıklı yapamadıklarını ve fiilin işlendiği tarihteki güvenlik tedbirinin bilinebilir olmasının önem taşımadığını ifade etmektedirler. Bir diğer şekilde belirtmek gerekirse, isnat yeteneğine sahip olmayan kişiler bakımından hukuki güven ilkesinin ihlalinin söz konusu olmayacağını ileri sürmektedirler.

Kanaatimizce emniyet tedbirlerinin isnat yeteneği bulunmayanlara derhal uygulanmasının mantığını bu görüşe dayandırmak, emniyet tedbirlerinin uygulanma amacı ile yani failin tehlikeliliğinin azaltılması, onun topluma kazandırılması amacı ile bağdaşmaz. Şöyle ki, isnat yeteneği olmayan kişilerin ceza yerine emniyet tedbiri yaptırımına maruz kalmasının sebebi, emniyet tedbiri ile o kişileri tedavi edebilmek ve toplum için tehlikeliliklerinin azalmasını sağlamaktır. Bu nedenle fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe girseler dahi, yeni emniyet tedbirleri her durumda isnat yeteneği olmayan kişilerin iyileşmesini ön planda tutan tedbirler olduğundan, daha öncede ifade ettiğimiz üzere lehe-aleyhe tartışmasına gerek duyulmaksızın fail hakkında derhal uygulanacaktır. Bunun sebebi, failin iyiliğinin üstün tutulmasıdır. Isnat yeteneği bulunmayan kişiler, fiili gerçekleştirdikleri sırada yürürlükte olan normu zaten anlayamazlar ve iradi bir seçim yapamazlar, bu nedenle yeni normu geçmişe yürüttüğümüzde hukuk güvenliği ilkesini ihlal etmemiş oluruz görüşü, kanaatimizce güvenlik tedbirlerinin derhal uygulanmasının gerekçesini açıklama konusunda yetersiz kalmaktadır.

Bununla birlikte, güvenlik tedbirleri, sadece isnat yeteneği olmayan faillere uygulanacak tedbirlerden mi ibarettir sorusunun da tartışılması gerekir. Kanaatimizce isnat yeteneğine dayanan bu nevi bir ayırım, pek çok hususu açıklamak bakımından yetersiz kalacaktır. Güvenlik tedbirlerini, sadece isnat yeteneği olmayan kişilere uygulanacak tedbirler olarak nitelendirmek, uygulamada pek çok soruna

<sup>34</sup> Fransız doktrininde de ceza yönü ağır basan güvenlik tedbirlerine ilişkin kanunların zaman yönünden uygulanmasında geçmişe uygulama yasağının dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Katoğlu, s. 211.

<sup>35</sup> Konuya ilişkin görüşler için bkz. Katoğlu, s. 213.

yol açabilir. Zira toplum açısından “tehlikeli” olarak kabul edilebilecek kişiler, sadece isnat yeteneğine sahip olmayan kişiler değildir. Bu nedenle, normun içeriğinin değerlendirilmesi ve norm ile neyin amaçlandığının tespiti suretiyle yapılacak bir değerlendirme kanaatimizce daha isabetli olacaktır.

Bu kapsamda, öncelikle kanunda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunu tespit etmek gerekir. Cezalandırma amacı güden ve failin aleyhine düzenlemeler içeren, failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normlar geçmişe etkili olarak faille uygulanamayacaktır. Bununla birlikte, failin lehine olacak şekilde ihdas edilmiş yeni düzenlemeler, geçmişe yönelik şekilde uygulanabilir. Cezalandırmayı değil, topluma kazandırmayı amaçlayan normların ise geçmişe yürütülmesi, failin iyiliği üstün tutulduğundan hukuk güvenliği ilkesini zedelemeyecektir.

#### **D- Güvenlik Tedbirlerini Düzenleyen Normların Zaman Bakımından Uygulanmasına Dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararların İncelenmesi ve Buna İlişkin Almanya Uygulamasının Değerlendirilmesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de emniyet tedbirlerinin zaman bakımından geçmişe yürütülmesi hususunu tartışırken, failin tehlikeliliğini azaltmayı amaçlayan tedbirler ile ceza işlevi gören tedbirler arasında fark gözetmektedir. Mahkeme, bir yaptırımın “ceza” niteliğinde olup olmadığını değerlendirirken, taraf ülkelerin iç hukuklarında bu yaptırımı nasıl nitelendirdiklerini dikkate almaksızın, Sözleşme kapsamında tekrar değerlendirmektedir<sup>36</sup>. Bu hususta özellikle Almanya aleyhine verdiği kararlar, Almanya’da hem uygulamanın hem de ilgili yasanın değiştirilmesine yol açmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından belirlenen bu kriterler, Türk hukukunda emniyet tedbirlerinin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin olarak dikkate alınmalı ve özellikle emniyet tedbiri adı altında düzenlenen ancak esasen cezalandırma amacı ağır basan tedbirlerin tespitinde, söz konusu kararlarda belirlenen kriterler esas alınmalıdır.

<sup>36</sup> Welch v. Birleşik Krallık, 9 Şubat 1995, Başvuru no: 17440/90, paragraf 27. Karar için bkz. [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car\\_serbia/ECtHR%20Judgements/English/WELCH%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20\\_english\\_.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/projects/car_serbia/ECtHR%20Judgements/English/WELCH%20v%20THE%20UK%20-%20ECHR%20Judgment%20_english_.pdf) (05.08.2013); Jamil v. Fransa, 8 Haziran 1995, Başvuru no: 15917/89, paragraf 30. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/15917.89-en-19950608/view/> (05.08.2013).

## 1- Tedbirlerin Cezalandırıcı Nitelikte Olup Olmadığının Değerlendirilmesi ve Öztürk v. Almanya Kararı<sup>37</sup>

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1984 tarihli, Öztürk v. Almanya kararına göre, bir fiilin cezai nitelikte olup olmadığı tespit edilirken, o fiilin niteliği, Sözleşmeye taraf diğer ülkelerin mevzuatlarında ne şekilde düzenlendiği, uygulanan usul hukuku kuralları, yaptırımın niteliği, amacı ve ağırlığı, Sözleşme hükümlerinin amacı ve konusu çerçevesinde, Mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilecektir.

Kararı konu olan olayda başvuruçunun gerçekleştirdiği fiil, Alman mevzuatı çerçevesinde bir suç olarak düzenlenmemiş, idari yaptırım uygulanabilecek bir fiil olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme, Avrupa Konseyi ülkelerindeki dekriminalizasyon eğilimine karşı olmadığını belirtmekle birlikte, Sözleşmeye taraf devletler tarafından bazı fiillerin suç olmaktan çıkartılması neticesinde bazı faillerin 6. ve 7. maddelerinde yer alan haklardan yararlanamayabileceklerini, bu durumun da Sözleşmenin amacı ile çelişebileceğini vurgulamıştır. Bu çerçevede, iç hukukta idari nitelikte kabul edilse ve suç olarak düzenlenmese dahi, fiilin Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında “cezaî” nitelikte olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu kararda, Engels ve diğerleri v. Hollanda davasında<sup>38</sup> da benimsenen kriterler çerçevesinde bir değerlendirme yapılmış ve her ne kadar Alman mevzuatında “idari” olarak nitelendirilse de, başvuruçuya uygulanan kuralın caydırıcı ve cezalandırıcı niteliği göz önünde tutulduğunda, Sözleşmenin 6. maddesi kapsamında “ceza” olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

Bu karardan da anlaşılmaktadır ki, mevzuatta ne şekilde düzenlenirse düzenlensin, önemli olan normun genel karakterine, amacına, caydırıcı veya cezalandırıcı nitelikte olup olmadığına bakılarak yapılacak olan nitelendirme. Yani biçimsel ölçütün ötesinde, maddi ölçütler de dikkate alınmalıdır<sup>39</sup>.

## 2- Cezalandırıcı Nitelikte Kabul Edilen Emniyet Tedbirlerinin Geçmişe Yürütülmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya Kararı<sup>40</sup>

Başvuruçunun saklı kalmasını isteyen M. isimli bir kişidir. Bu dava, Alman mevzuatı uyarınca emniyet tedbiri olarak nitelendirilen muhafaza (gözlem)

<sup>37</sup> Öztürk v. Almanya, 21 Şubat 1984, Başvuru no: 8544/79. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553> (29.07.2013).

<sup>38</sup> Engels ve diğerleri v. Hollanda, 8 Haziran 1976, Başvuru no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{) (29.07.2013).

<sup>39</sup> Katoğlu, s. 212.

<sup>40</sup> M. v. Almanya, 17 Aralık 2009 (nihai karar: 10.05.2010), Başvuru no: 19359/04. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389> (01.08.2013).

altına alma tedbirine (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung) ilişkin, Almanya aleyhine verilen kararların ilkidir ve emsal karar niteliğindedir. Alman Ceza Kanunu'nda düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri 1998 senesinde yapılan kanun değişikliği sonucunda (m. 67/1-d) farklı şekilde düzenlenmiş ve Ceza Kanunu'na eklenen 1a-3 maddesi ile muhafaza altına alma tedbirinde üst sınır olarak uygulanan 10 yıllık süre hemen yürürlüğe girecek şekilde kaldırılmış ve bu şekilde muhafaza altına alma tedbirinin süresi sınırsız hale getirilmiştir.

### a- Başvurucunun İddiası

Kararda başvuru, muhafaza altına alma tedbirinin süresinin 10 yıldan yeni yürürlüğe giren yasa ile sınırsız hale getirildiğini ve yeni yasanın geçmişe etkili şekilde uygulandığını, bu durumun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin birinci fıkrasını ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

### b- Hükümetin Savunması

Alman hükümeti ise, muhafaza altına alma tedbirinin, m.7/1 anlamında "ceza" olarak nitelendirilemeyeceğini, güvenlik tedbiri olarak kabul edildiğini, güvenlik tedbirlerinin kişinin suçluluğundan bağımsız olarak, suçlu kişinin toplum için yarattığı tehlikeliliğe bakılarak uygulandığını, bu nedenle cezaların geriye yürümezliği ilkesinin burada geçerli olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca, uygulamada muhafaza altına alma tedbirinin infazı, cezaların infazından çok farklıdır. Her ne kadar yeterli personel bulunmasa da, muhafaza altına alınan kişiler, hükümlülerden farklı binalarda kalmaktadırlar ve pek çok ayrıcalığa sahiptirler. Bununla birlikte, yine hükümetin belirttiği görüşler uyarınca, muhafaza altına alma tedbirinin ağırlığı ve süresi, bu tedbiri "ceza" olarak nitelendirebilmek için başlı başına bir sebep olamaz. Başvuru hakkında, toplum için tehlikeliliğinin devam ettiği ve bu nedenle muhafaza altına alınması yönünde mahkeme karar vermiştir. Hükümet, burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Kafkaris kararına<sup>41</sup> atıfta bulunarak, verilen cezada değişiklik yapmayan, ancak cezanın infaz şeklini değiştiren yasaların geçmişe etkili uygulanmasının, Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının ihlali olarak kabul edilmediğini, bu hususun ilgili bu dava için de geçerli olduğunu vurgulamıştır.

### c- Mahkemenin Değerlendirmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yaptığı değerlendirmede, Sözleşmenin 7. maddesinin suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini düzenlediğini, bu ilkenin özellikle ceza yasalarının sanığın aleyhine geçmişe yürütülmesini<sup>42</sup>, geniş bir şekilde,

<sup>41</sup> Kafkaris v. Kıbrıs, 12 Şubat 2008, Başvuru no: 21906/04. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{\"itemid\":\[\"001-85019\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{\) (04.08.2013).

<sup>42</sup> Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Başvuru no: 14307/88. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827> (04.08.2013).

kiyas yoluyla ve daha önceki suç teşkil etmeyen olayları kapsayacak şekilde uygulanmasını yasakladığını<sup>43</sup> belirtmiştir. 7. maddede kullanılan “law” kavramı, “yasa” kavramına denk gelmekte ve ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerinin varlığı<sup>44</sup>, hem suçun, hem de suçun içerdiği cezanın tanımı için aranmaktadır<sup>45</sup>. Kişiler, ilgili madde metinlerinden ve mahkemelerin gerektiğinde bu metinleri yorumlamasından, gerçekleştirecekleri icrai ve ihmali davranışların suç teşkil edip etmediğini ve suç teşkil ediyorsa bunun karşılığında ne ceza alacaklarını bilmelidirler<sup>46</sup>.

Mahkeme, 7. maddede yer alan “ceza” kavramının otonom bir kavram olduğunu ve 7. maddenin birinci fıkrasındaki korumayı etkin kılmak için, şekli düzenlemelerden öteye giderek, belirli bir tedbirin 7. madde anlamında “ceza” olup olmadığını takdir edebilmek adına serbest davranmaya devam edeceğini ifade etmiştir<sup>47</sup>.

Mahkeme, bir tedbirin “ceza” olup olmadığını değerlendirirken, öncelikle söz konusu tedbirin, işlenen suç için verilen mahkumiyet hükmü ile birlikte karara bağlanıp bağlanmadığını araştıracaktır. Ancak bu husus yeterli değildir. Ulusal hukukta bu tedbirin ne şekilde nitelendirildiğine, amacına, uygulamasında ve infazında takip edilen usule ve yaptırım olarak ağırlığına da bakılmalıdır<sup>48</sup>. Bununla birlikte, tedbirin ağırlığı başlı başına belirleyici değildir. Aslında ceza niteliğinde olmayan, önleyici nitelikteki pek çok tedbirin de ilgili kişi üzerinde önemli etkileri olabilir<sup>49</sup>.

Mahkeme kendi içtihatlarında, esasen “ceza” niteliğinde olan bir tedbir ile bir cezanın uygulanmasına veya infazına ilişkin bir tedbir arasında bir ayırım yapmaktadır. Bir tedbirin amacı, cezanın hafifletilmesi sonucunu doğuruyorsa veya şartlı salıverilmeye ilişkin bir rejim değişikliği öngörüyorsa, bu tedbir m.7 anlamında “cezanın” bir parçası olarak nitelendirilmemektedir<sup>50</sup>. Ancak bazı durumlarda uygulamada bu ayırımın net bir şekilde yapılması mümkün değildir<sup>51</sup>.

<sup>43</sup> Achour v. Fransa, 29 Mart 2006 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire), Başvuru no: 67335/01, paragraf 41. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06> (05.08.2013).

<sup>44</sup> Cantoni v. Fransa, 11 Kasım 1996, Bavuru no: 17862/91. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{"itemid":\["001-58068"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{) (05.08.2013).

<sup>45</sup> Bkz. Achour v. Fransa kararı, paragraf 41 ve Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 140.

<sup>46</sup> Bkz. Cantoni v. Fransa kararı, paragraf 29 ve Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 140.

<sup>47</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 27; Jamil v. Fransa kararı, paragraf 30.

<sup>48</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 28; Jamil v. Fransa kararı, paragraf 31; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

<sup>49</sup> Welch v. Birleşik Krallık kararı, paragraf 32.

<sup>50</sup> Grava v. İtalya, 10 Temmuz 2003, Başvuru no: 43522/98. Karar özeti için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/0ad4f5ba6f6a119bc125668f004c455e/9e593076ccdd660641256d5f005343fd?OpenDocument&Highlight=0,grava> (05.08.2013) ve Human Rights Case Digest 2003, Sayı 14, s. 395-397; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

<sup>51</sup> Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 142.

Mahkeme, belirtilen bu ilkeler çerçevesinde, 10 yıl üst sınırı olan muhafaza altına alma tedbirinin süresinin sınırsız bir şekilde uzatılmasının, Sözleşmenin 7/1. maddesi kapsamında cezaların geçmişe yürümezliği ilkesinin ihlali olup olmadığını incelemiştir. Alman Ceza Kanunu'nda 1998 yılında muhafaza altına alma tedbirinin düzenlendiği 67d/1 maddesinde değişiklik yapılmış ve Alman Ceza Kanunu'na 1a/3 maddesi eklenerek 10 yıllık üst sınır süre, hemen yürürlüğe girecek şekilde kaldırılmıştır. 2001 yılında başvurusunun muhafaza altına alma tedbirinin süresi, suçu işledikten sonra yürürlüğe giren yasaya dayanılarak geçmişe etkili bir şekilde, 10 yıllık süre dolmasına rağmen uzatılmıştır.

Muhafaza altına alma tedbirinin bir "ceza" niteliğinde olup olmadığını inceleyen Mahkeme, öncelikle bu tedbirin bir suçun işlenmesi nedeniyle verilip verilmediğini araştırmıştır. Muhafaza altına alma tedbirine, başvuru tarafından işlenen kasten öldürmeye teşebbüs ve yağma suçları nedeniyle, yapılan yargılama neticesinde karar verildiği tespit edilmiştir.

Mahkeme ayrıca bu tedbirin iç hukukta, yani Alman mevzuatında ne şekilde nitelendirildiğini incelemiştir. Alman mevzuatı uyarınca muhafaza altına alma tedbiri, bir emniyet tedbidir. Cezalardan farklı olarak, bu nevi tedbirler suç işlemiş kişiyi cezalandırmayı değil, toplumu tehlikeli suçlulardan korumayı amaçlamaktadırlar. Ancak unutulmamalıdır ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuktaki nitelendirme ile bağlı değildir ve bir tedbirin ceza olup olmadığına Sözleşme kapsamında bir değerlendirme yaparak serbestçe karar verecektir. Ayrıca bir ülkede "ceza" olarak nitelendirilen bir tedbir, bir diğer ülkede "emniyet tedbiri" olarak nitelendirilebilmektedir. Bu nedenle önemli olan tedbirin özünün incelenmesidir. Muhafaza altına alma tedbiri, hapis cezasında olduğu gibi özgürlüğü sınırlandırmaktadır. Anılan tedbir, diğer hükümlülerin cezalarının infaz edildiği gibi sıradan cezaevlerinde infaz edilmektedir, ancak muhafaza altına alma tedbirinin infazı farklı binalarda yapılmaktadır ve bu kişilerin mahkumlara oranla bazı ayrıcalıkları bulunmaktadır. Kendi elbiselerini giyme, harçlık alma, daha konforlu olan koşullarını döşeme gibi bir takım farklılıklar olsa da, özünde infaz şekilleri bakımından pek de fark bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

Mahkeme, muhafaza altına alınan kişilerin tehlikeliliklerini azaltmaya ve onları topluma kazandırmaya yönelik özel tedbirlerin, uzmanların ve kurumların bulunmadığını ve üst sınırı belirlenmemiş muhafaza altına alma tedbirinin infazında, kişilerin muhakkak psikolojik yardım ve desteğe ihtiyaç duyduğunu belirtmiştir. Uzman kişiler, kişi bazında, kişilere özel planlar hazırlayarak, salıverilmeyi sağlama-ya yönelik bir gelişim programı çerçevesinde çalışmalıdırlar. Kişilerin tek başlarına

<sup>52</sup> Alexander, Shawn/Graf, Leah/Janus, Eric, "M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention", *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2012, Cilt 29, No. 3, s. 614,615.

bu nevi bir çabayı göstermesi zordur, bu nedenle personelin çabası ve bu kişileri desteklemesi çok önemlidir. Ancak Mahkeme, kişilerin tekrar suç işlemelerini engelleyecek nitelikte bahsedilen tarzda esaslı ek tedbirlerini eksikliğine değinmiştir.

Yukarıdaki hususlarla birlikte Mahkeme, cezaların amacının caydırmak ve cezalandırmak, emniyet tedbirlerinin amacının ise toplumu korumak ve cezaevinden çıktığında sorumlu bir yaşam sürmesi için kişiye yardım etmek olduğunu belirlemiş, ancak bu tedbirlerin ve cezaların zaman zaman örtüşebildiğine değinmiştir. Alman Hukukunda sınırsız süre ile düzenlenmesi sebebiyle muhafaza altına alma tedbiri, işlenen suç nedeniyle hükmolunan ek bir ceza gibi algılanabilmektedir.

Muhafaza altına alma tedbirine, yargılamayı yapan ve hükmü veren mahkeme tarafından karar verilebilmektedir. Bu tedbirin infazı ise, farklı bir usule dayanarak, ceza yargılamasının bir parçası olan ceza infaz mahkemeleri tarafından gerçekleştirilmektedir.

Son olarak, her ne kadar bu kriter tek başına belirleyici olmasa da, tedbirin ağırlığı açısından yapılan değerlendirmede, 1998 yılında yürürlüğe giren Kanun ile tedbirin süre üst sınırı olmaksızın uygulandığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte periyodik aralarla yapılan denetimler sonucunda, mahkemenin suçlu kişinin artık toplum için tehlikeli olmadığını belirlemesi ve tekrar suç işlemeyeceği kanaatini edinmesi halinde, tedbirin uygulanması sona erdirilebilir. Ancak bir kişinin bir daha suç işlemeyeceği hususunun belirlenmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından yerine getirilmesi zor bir şart olarak nitelendirilmiştir. Neticede Mahkeme, muhafaza altına alınma tedbirinin uzatılması sonucu (muhafaza altına alma tedbirinin süresi, hapis cezasının üç katı uzunluğundadır) başvurusunun, hapis cezasından daha fazla acı çektiği kanaatini edinmiştir.

Yukarıda açıklanan tüm bu gerekçelerle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “muhafaza altına alma” tedbirinin bir emniyet tedbiri değil, Sözleşme’nin 7/1. maddesi anlamında bir “ceza” olduğu sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Hükümetin ileri sürdüğü, muhafaza altına alma tedbirine karar verilirken hükmü veren mahkemenin herhangi bir süre belirtmediği, tedbirin süresinin uzatılmasının, verilen kararın icrası niteliğinde olduğu savına itibar etmemiştir. Mahkeme, başvurusunun suçu işlediği zaman yürürlükte olan kanuna göre, 10 yıldan fazla süre muhafaza altında tutulamayacağını, ancak sonradan yürürlüğe giren kanun nedeniyle süre sınırı olmaksızın muhafaza altına alma tedbirinin başvurucuya uygulandığını belirterek, bu hususun verilen cezanın infazı olarak nitelendirilemeyeceğini, aksine suç işlendikten sonra yürürlüğe giren yasa uyarınca, başvuru aleyhine geçmişe etkili şekilde uygulanan ek bir cezanın bulunduğunu ifade etmiştir. Aynı zamanda Mahkeme belirttiği bu gerekçeler sebebiyle, bu davanın Kafkaris davasından da farklı olduğunu, Kafkaris davasında başvuru hakkında, suçu işlediği



zaman yürürlükte olan yasaya göre müebbet hapis cezası verildiğini, oysa bu davada hüküm verildiğinde muhafaza altına alma tedbirinin süresinin açık ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde 10 yıl ile sınırlandırıldığını vurgulamıştır.

Yapılan tüm bu değerlendirmeler neticesinde Mahkeme, Sözleşmenin 7/1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

### **3- M. v. Almanya Kararının ve Bu Karardan Sonra Almanya Aleyhine Verilen Diğer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Alman Mevzuatına ve Uygulamasına Etkileri**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kallweit v. Almanya<sup>53</sup>, Mautes v. Almanya<sup>54</sup> ve Schummer v. Almanya<sup>55</sup> kararlarında da daha önce vermiş olduğu M. v. Almanya kararına dayanmıştır<sup>56</sup>. Kallweit, Mautes ve Schummer davalarında başvurucular, 1998 öncesinde hüküm giymişler ve hükümde başvurucular hakkında hapis cezası ile birlikte muhafaza altına alma tedbirine de yer verilmiştir<sup>57</sup>. Hapis cezalarını çektikten sonra, her üçü hakkında muhafaza altına alma tedbirinin uygulanmasına başlanmıştır. Yapılan incelemeler sonucunda, salıverilmeleri halinde mağdurların fiziksel ve psikolojik zararlarına yol açabilecek ağır nitelikteki suçları tekrar işleyebilecekleri ve toplum için tehlikeli oldukları kanaatine ulaşılmıştır.

Mahkemeler, muhafaza altına tedbirinin uygulanmasında, 1998 yılında değişen Alman Ceza Kanunu'nun 67 d/3 maddesine dayanmışlardır. 1998 yılına kadar Almanya'da 10 yıl ile sınırlı şekilde düzenlenen muhafaza altına alma tedbiri, 1998 değişikliğinden sonra süre sınırı olmaksızın uygulanmaya başlandığından, Alman Mahkemeleri yeni hükmü 1998 yılından önce mahkum olmuş kişiler hakkında da uygulamıştır<sup>58</sup>.

Köln Temyiz Mahkemesi, Almanya'daki pek çok temyiz mahkemesinin ka-

<sup>53</sup> Kallweit v. Almanya, 13 Ocak 2011 (nihai karar: 14 Nisan 2011), Başvuru no: 17792/07. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{"item id":\["001-102799"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{) (30.08.2013).

<sup>54</sup> Mautes v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 20008/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/20008.07-en-20110113/view/> (01.09.2013)

<sup>55</sup> Schummer v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 27360/04 ve 42225/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/27360.04-42225.07-en-20110113/view/> (01.09.2013)

<sup>56</sup> Merkel, Grischa, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", German Law Journal 2011, Cilt 12, No.3, s. 969.

<sup>57</sup> Merkel, s.969.

<sup>58</sup> Blanke, Hermann-Josef, "The Protection of Fundamental Rights in Europe", The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action (editörler: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli), Berlin 2012, s. 195.



rarına paralel şekilde<sup>59</sup> Mautes ve Kallweit davalarında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararı ile uyumlu bir yorumun benimsenmesinin, mevcut Alman Yasaları çerçevesinde mümkün olmayacağını belirtmiştir<sup>60</sup>. Buna karşılık Eylül 2010'da Karlsruhe Temyiz Mahkemesi ise aksine bir yorum benimsemiş ve M. v. Almanya kararına uygun bir yorum benimsemenin mümkün olduğunu kabul ederek<sup>61</sup>, Schummer hakkındaki muhafaza altına alma tedbirine son vermiştir<sup>62</sup>. Her üç başvuru da Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne haklarında süre sınırı olmaksızın uygulanan bu tedbire ilişkin anayasal başvuru yapmış, ancak Anayasa Mahkemesi tarafından şikayetleri yerinde görülmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, her üç davada da M. v. Almanya kararında olduğu gibi, Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Alman hükümetini başvurulara karşı toplamda 125.000 Euro tazminat ödemeye mahkum etmiş ve Alman mahkemelerini, Sözleşme ile garanti altına alınmasına rağmen hükümlülerin kişi özgürlüğü hakkına saygı göstermedikleri için eleştirmiştir<sup>63</sup>. Yüz kişiden fazla sayıda, toplum için tehlike yaratabilecek kişiyi bir anda serbest bırakmaktan çekinen Alman hükümeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararını uygulamaya kısmen yansıtmış, bu da uygulamada keyfiyete yol açmıştır.

Buna mukabil Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Haidn v. Almanya<sup>64</sup> davasında ise<sup>65</sup> muhafaza altına alma tedbirine ilişkin hükümlerin, hükümlülerin kişi

<sup>59</sup> Celle Temyiz Mahkemesi, 25 Mayıs 2010, Dosya no: 2 Ws 169-170/10; Stuttgart Temyiz Mahkemesi, 1 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 57/10; Koblenz Temyiz Mahkemesi, 7 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 108/10; Nuremberg Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 1 Ws 315/10; Köln Temyiz Mahkemesi, 14 Haziran 2010, Dosya no: 2 Ws 428/10, Kallweit v. Almanya kararı paragraf 35.

<sup>60</sup> Mautes v. Almanya kararı, paragraf 16 ve 30; Kallweit v. Almanya kararı paragraf 20 ve 21.

<sup>61</sup> Almanya'da Mahkemelerin bir kısmı bu yorumu benimsemiştir. Örneğin; Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 3 Ws 485/10; Hamm Temyiz Mahkemesi, 6 Temmuz 2010, Dosya no: 4 Ws 157/10; Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 2 Ws 458/09; Schleswig\_Holstein Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 1 Ws 267/10, Kallweit v. Almanya kararı paragraf 34.

<sup>62</sup> Schummer v. Almanya kararı paragraf 29.

<sup>63</sup> Merkel, s. 969; Kallweit v. Almanya kararı, paragraf 83.

<sup>64</sup> Haidn v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 6587/04. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/6587.04-en-20110113/view/> (01.09.2013).

<sup>65</sup> Haidn davasında, küçük yaştaki çocuklara cinsel istismar suçundan mahkum edilen başvuruçunun hapis cezasının infazı 13 Nisan 2002 tarihinde sona erecektir. Ancak bu tarihten önce 1 Ocak 2002'de Baviera'da tehlikeli suçlular için bir yasa yürürlüğe girmiş ve suç işlemiş kişilerin toplum için tehlike yaratması ve tekrar suç işleme olasılığının tespiti halinde, koruma amacıyla infaz kurumunda kaldıkları sürenin uzatılabileceğini düzenlemiştir. Baviera'da tehlikeli suçlular için yürürlüğe giren bu yasa, başvuruçunun yaptığı başvuru neticesinde Anayasa'ya aykırı bulunarak, Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiş (Alman Federal Anayasa Mahkemesi (Bundesverfassungsgericht), 10 Şubat 2004, 2 BvR 834/02), ancak 30 Eylül 2004 tarihine kadar

özgürlüğü ve güvenliği hakkını ihlal ettiği, Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrası ile de uyumlu olmadığı ve kişi özgürlüğünün sınırlandırılması ile mahkemenin verdiği hüküm arasında nedensel bağlantının olmadığı sonucuna ulaşmıştır<sup>66</sup>. Mahkeme, kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru kabul edildiği hallerin Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlendiğini, bunun dışında kalan bir sebebe dayanarak kişi özgürlüğün sınırlandırmayacağını belirtmiştir<sup>67</sup>. Meşru ve usulüne uygun bir hürriyet sınırlandırmasının varlığı tartışma konusu olduğunda, Sözleşme buna ilişkin ulusal hukukta yer alan maddi ve usuli düzenlemelere atıf yapmaktadır<sup>68</sup>. Öncelikle tutuklamanın ya da farklı nitelikteki bir hürriyet kısıtlamasının, iç hukukta düzenlenen bir kurala dayanması aranmakta ise de, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan hükümlerin temelini oluşturan hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşır nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, ulusal hukukların kişi özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin verdiği durumlar, keyfiliğe yol açabilecek her türlü riskten kaçınabilmek adına yeterince ulaşılabilir, açık ve uygulama bakımından öngörülebilir olmalıdır<sup>69</sup>. Sözleşme tarafından düzenlenen kanunilik ilkesi, hükmün yeterince açık olmasını ve koşulların elverdiği ölçüde ve

uygulanmaya devam edilmesine karar verilmiştir. Ayrıca Mahkeme, kararında sadece istisnai hallerde uygulanmak kaydıyla toplumun tehlikeli suçlulardan etkili korunmasının başvurusunun kişi özgürlüğü hakkına tercih edilebileceğini belirtmiş ve federal yasama organının geçiş süresi zarfında, muhafaza altına alma tedbirine ilişkin başvurucuya uygulanabilecek yeni bir yasa düzenleyebileceğini de ifade etmiştir. 23 Temmuz 2004 tarihinde, hüküm sonrasında verilen muhafaza altına alma tedbirinin uygulanmasını düzenleme amacıyla Almanya'da bir kanun kabul edilmiştir (Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung, Bundesgesetzblatt 28 Temmuz 2004, Bölüm 1, No;39). Bu kanun uyarınca, hapis cezasının infazı sırasında, hükümlünün toplum için tehlikeli olduğuna dair kesin gözüyle bakılabilecek bir kanaate varılması halinde, muhafaza altına alma tedbirine süre sınırı olmaksızın başvurulabilecek, ancak bu karar idari organlar tarafından değil, mahkemelerce verilebilecektir. Anılan bu kanuna dayanarak Passau Bölge Mahkemesi tarafından Haidn hakkında psikiyatri hastanesinde muhafaza altına alınması yönünde karar verilmiştir. 23 Mart 2006'da bu karar Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından bozulmuştur. Federal Mahkeme kararında, Haidn hakkında verilen bu karara ilişkin "yeni delillerin" hapis cezasının infazı sırasında değil, infaz sonrasında ortaya çıktığını ileri sürerek, anılan kanunu dar bir şekilde yorumlamıştır. Buna rağmen, bir başka Bavyera Bölge mahkemesi olan Hof Mahkemesi, 14.06.2007'de Haidn'ın infaz sonrası yaşlılar evinde gerçekleştirdiği davranışlara dayanarak, psikiyatri hastanesinde muhafaza altına alınma süresini uzatmıştır.

<sup>66</sup> Merkel, s. 969, 972.

<sup>67</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 73, 79.

<sup>68</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79; Kafkaris v. Kıbrıs kararı, paragraf 116; Saadi v. Birleşik Krallık, 29 Ocak 2008, Başvuru no: 13229/03, paragraf 67. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{"itemid":\["001-84709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{) (10.09.2013).

<sup>69</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79; Mooren v. Almanya, 9 Temmuz 2009, Başvuru no: 11364/03, paragraf 76. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{"itemid":\["001-93528"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{) (13.09.2013); Amuur v. Fransa, 25 Haziran 1996, Başvuru no: 19776/92, paragraf 50. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{"itemid":\["001-57988"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{) (13.09.2013); Nasrulloev v. Rusya, 11 Ekim 2007 (nihai karar: 11 Ocak 2008), Başvuru no: 656/06, paragraf 71. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{"itemid":\["001-82654"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{) (13.09.2013).

makul yardımlar almak suretiyle kişilerin, gerçekleştirdikleri hareketlerin sonuçlarını öngörebilmesini aramaktadır<sup>70</sup>. Ayrıca, yetkili mahkeme tarafından verilen mahkumiyet kararı ile kişi özgürlüğünün sınırlandırılması arasında yeterli illiyet bağı bulunmalıdır<sup>71</sup>.

Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca Almanya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarına uyma yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte Mahkeme kararlarının ne şekilde adapte edileceğine ilişkin bir düzenlemeye Sözleşme'de yer verilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Almanya'da anayasal bir karaktere sahip olmamakla birlikte, Alman hukukunun yorumlanmasında idari merciler ve mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır. 2004 yılında bir özel hukuk uyuşmazlığı ile ilgili olarak Görgülü davasında<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının anayasal bir gücünün olmadığını, daha ziyade federal yasa statüsünde olduğunu belirtmiştir<sup>73</sup>. Ancak M. v. Almanya davasında da olduğu gibi esas problem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının, Alman yasa koyucusunun iradesi ve Federal Anayasa Mahkemesinin hukuku yorumlayan içtihatları ile çelişmesi halinde ortaya çıkmaktadır<sup>74</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin M. v. Almanya kararı sonrasında, hakında muhafaza altına alma tedbirine hükmedilmiş ve sonradan yürürlüğe giren yasanın geçmişe uygulanması suretiyle bu tedbirin uygulanma süresi uzatılmış kişiler, salıverilme talebi ile Alman Bölge Mahkemelerine başvurmuşlar, ancak yukarıda da ifade ettiğimiz gibi bu taleplerin bazıları Mahkemeler tarafından kabul edilirken, bazıları ise reddedilmiştir. Farklı uygulamalar karşısında, Alman yasa koyucusu konuya ilişkin bağlayıcı kural eksikliğini gidermek amacıyla Temmuz 2010'da Anayasa Mahkemesi Kanunu'nda<sup>75</sup> değişiklik yapmış, bu konuya ilişkin yeni bir dava söz konusu olduğunda, Yüksek Bölge Mahkemesinin ilgili davayı, tüm bölgesel mahkemeleri bağlayacak, yol gösterecek bir emsal oluşturması için Alman Federal

<sup>70</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 79.

<sup>71</sup> Haidn v. Almanya kararı paragraf 75.

<sup>72</sup> Alman Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 14 Ekim 2004, 2 BvR 1481/04. Karar için bkz. [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014\\_2bvr148104.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104.html) (2.10.2013).

<sup>73</sup> Merkel, Grisca, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", German Law Journal 2010, Cilt 11, No:9, s. 1053; Drenkhahn, Kirstin, "Secure Preventive Detention in Germany: Incapacitation or Treatment Intervention", Behavioral Sciences and the Law, 2013/31, s. 319.

<sup>74</sup> Merkel, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", s. 974.

<sup>75</sup> Bu Kanunda yapılan son değişiklik 2 Temmuz 2013 tarihlidir ve 6 Temmuz 2013'de yürürlüğe girmiştir. Kanun metni için bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gvg/gesamt.pdf> (20.09.2013).

Mahkemesi önüne götürmesi hususunu düzenlemiştir<sup>76</sup>. Bunun üzerine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararını dikkate almayarak muhafaza altına alma tedbirinin devamı yönünde karar veren Stuttgart, Celle, Koblenz ve Nürnberg Bölge Mahkemeleri önlerine gelen davaları Alman Federal Mahkemesi'ne göndermişlerdir. Alman Federal Mahkemesi'nin Dördüncü Senatosu ise, 12 Mayıs 2010 tarihinde verdiği bir karar<sup>77</sup> ile, muhafaza altına alma tedbirinin geçmişe etkili şekilde uygulanmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemenin M. v. Almanya kararı ile uyumlu olmadığını ve bu nedenle ilgili Kanunun geçmişe yürütülmesi suretiyle hakkında muhafaza altına alma kararı verilmiş kişilerin hemen serbest bırakılmaları gerektiğini belirtmiştir. Ancak Kasım 2010'da Federal Mahkeme'nin Beşinci Senatosu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararının ilgili kişilerin salıverilmesini zorunlu kılmadığı yönünde, Dördüncü Senato'nun kararı ile çelişen yeni bir karar<sup>78</sup> vermiştir<sup>79</sup>.

1 Ocak 2011 tarihinde ise, Alman Ceza Kanunu ile birlikte başka pek çok kanunda değişiklikler öngören, muhafaza altına alma güvenlik tedbirine ilişkin bir kanun yürürlüğe girmiştir<sup>80</sup>. Alman Ceza Kanunu'nda yapılan değişiklikler nedeniyle geçiş hükümleri öngörülmüş ve yeni hükümlerin uygulanması, muhafaza altına alınmayı gerektiren davranışlardan en az birisinin 2011 yılından sonra gerçekleştirmiş olmasına bağlanmıştır. Kişiler hakkında muhafaza altına alma tedbiri, yeni Kanun'da yer alan hükümler uyarınca uygulanacaktır. Bunun dışındaki hallerde ise kural olarak eski Kanun uygulama alanı bulacaktır. Ancak bu durumun istisnası hükmün ikinci fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre, 2011'den önce gerçekleştirilmiş bir eylem için, henüz kesinleşmiş bir hüküm mevcut değilse, hakim daha hafif olması kaydıyla yeni Kanun'un 66. maddesinde düzenlenen şekliyle tedbiri uygulayabilecektir. Ayrıca eski Kanun uyarınca bir muhafaza altına alma tedbirine hükmedilmiş olsa bile, söz konusu eylem yeni Kanun'da bir muhafaza altına alma tedbirini gerektirmiyorsa, hakim en geç 1 Ocak 2011 tarihinden geçerli olmak üzere muhafaza altına alma tedbirine son verecektir.

Bu hususların yanı sıra, anılan Kanun ile Alman Ceza Kanunu'nun 66b mad-

<sup>76</sup> Merkel, "Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights", s. 1054.

<sup>77</sup> Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Mayıs 2010 tarihli kararı, 4 StR 577/09. Karar için bkz. <http://openjur.de/u/68346.html> (3.10.2013).

<sup>78</sup> Alman Federal Mahkemesi'nin 9 Kasım 2010 tarihli kararı, 5 StR 394/10. Karar için bkz. <http://www.hrr-straftrecht.de/hrr/5/10/5-394-10.php> (3.10.2013).

<sup>79</sup> Merkel, "Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011", s. 976, 977.

<sup>80</sup> Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen, 22 Aralık 2010, Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2010/1-68, s.2300. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz\\_zur\\_Neuordnung\\_der\\_Sicherungsverwahrung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz_zur_Neuordnung_der_Sicherungsverwahrung.pdf?__blob=publicationFile) (20.09.2011).

desinde de değişiklik yapılmış, hükmün 1. ve 2. fıkrası yürürlükten kaldırılarak, madde tek fıkraya indirgenmiştir. Alman Ceza Kanunu madde 66b uyarınca, mahkeme kusur yeteneğini kaldıran veya azaltan haller artık mevcut olmadığı için psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbirinin bitmiş olduğuna karar verdiğinde, hükümde belirtilen koşulların oluşması halinde muhafaza altına alma kararı sonradan verilebilir. Ancak yapılan değişiklik uyarınca, ilgilinin işlediği fiilin ve bunu bütünleyici olarak hüküm verilene kadar olan zaman zarfında gösterdiği gelişimin toplam olarak değerlendirilmesi neticesinde, failin ileride kişiler aleyhine zarar oluşturma ihtimalinin güçlü olduğu kanaatine ulaşılmalıdır. Mülga düzenlemede, ilgilinin cezanın infazı sırasındaki gösterdiği gelişime bakılmakta iken, yeni düzenlemede “cezanın infazı” yerine “hüküm verilene kadar” ifadesi kullanılmıştır. Bu husus, tam veya kısmi hürriyeti bağlayıcı bir cezanın infazının yanı sıra 63. madde uyarınca uygulanan psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, yapılan bu düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları ile tam bir uyum içinde olduğunu ileri sürebilmek güçtür.

1 Ocak 2011’de yürürlüğe giren anılan torba kanun kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatları sebebiyle muhafaza altına alma tedbiri uygulamasına son verilen veya ileride son verilmesi ihtimali bulunan kişilere yönelik olarak yeni bir kanun daha kabul edilmiştir<sup>81</sup>. Bu yeni kanunun hükümlerine göre, psikiyatristler tarafından yapılacak incelemeler sonucunda, cezasını çekmiş ilgiliye ilişkin bir akıl hastalığının tespiti ve bu durumun toplum için tehlike yaratacağı kanısına ulaşılmaması halinde, psikolojik destek sağlanarak ilgili kişi, uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirilebilecektir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği ana kadar, Alman Ceza Kanunu’nun 20., 21. ve 63. maddeleri uyarınca, ancak akıl hastalıkları nedeniyle cezai sorumluluğu bulunmayan kişiler hakkında uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanabilmekteydi. Oysa yeni kanun uyarınca, hakkında hapis cezasına hükmolunmuş kişiler hakkında da uzun süreli psikiyatri kliniğine yerleştirme tedbiri uygulanabilecektir. Tüm ilgili kişiler hakkında iki yılda bir psikiyatrik muayene gerçekleştirilecek ve akıl hastalığının tespiti halinde ilgili kişiler, Federe Devlet akıl hastanesine transfer edilecektir. Bu düzenleme, öngörülebilirlikten uzak ve keyfiliğe yol açabilecek niteliği nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından aranan hukuk devleti ilkesi ile çelişmektedir<sup>82</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin verdiği kararların ardından Almanya’da yaşanan bu süreçte en önemli gelişme, 4 Mayıs 2011 tarihli Alman Federal Anayasa

<sup>81</sup> zur Therapie- und Unterbringungspsychischgestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz-ThUG), 22 Aralık 2010, Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2010/1-68, s.2305. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz\\_zur\\_Neuordnung\\_der\\_Sicherungsverwahrung.pdf?blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetz_zur_Neuordnung_der_Sicherungsverwahrung.pdf?blob=publicationFile) (20.09.2013).

<sup>82</sup> Merkel, “Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, s. 975.

Mahkemesi kararıdır<sup>83</sup>. Mahkeme, Alman Ceza Kanunu'nda güvenlik tedbiri olarak düzenlenen muhafaza alma tedbirine ilişkin hükümlerin geçmişe etkili olarak uygulanmasının, kişi özgürlüğüne paralel olarak hukuk devleti ilkesi ile bir devlette teminat altına alınan anayasal hakların korunması ile uyuşmadığına kararında yer vermiş, muhafaza altına almaya ilişkin hükümleri kısmen iptal ederek, bu tedbirin ancak akıl hastası suçlular hakkında ve “çok büyük bir tehlikenin” varlığı halinde uygulanabileceğine hükmetmiştir<sup>84</sup>. Mevzuatta yer alan muhafaza altına alma tedbirinin süresine ve uygulanmasına ilişkin hükümler, muhafaza altına alma tedbiri ile hapis cezası arasındaki farkları ortaya koymaya yönelik anayasal ihtiyacı karşılayamadığı için, temel haklardan kişi özgürlüğü hakkı ile çelişmektedir. Anayasa Mahkemesi, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi teminatlarının, Alman hukukunda hukuk devleti ilkesinin ve anayasal hakların yorumlanmasında önemli olduğunu belirtmiş ve Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerekçelerini ve içtihatlarını göz önünde bulunduracağını ifade etmiştir<sup>85</sup>. Bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme'nin içeriğini yorumlarken yol gösterici ve yönlendirici nitelikteki de facto işlevine dayanmaktadır<sup>86</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin kararını dikkat çekici bulmuş, Alman mevzuatını Sözleşmenin ve Mahkemenin kararları ışığında yorumladığı için, Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşme ile uyumlu olma yönündeki çabalarını takdir etmiş ve insan haklarının korunmasına ilişkin taahhüdünün sadece ulusal düzlemde değil, uluslararası düzlemde de devam ettiğini vurgulamıştır<sup>87</sup>.

Alman yasa koyucusu, Federal Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, muhafaza altına alma güvenlik tedbirine ilişkin 5 Aralık 2012 tarihinde mevzuatta

<sup>83</sup> Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 4 Mayıs 2011, 2 BvR 2365/09. Karar için bkz. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html> (3.10.2013); Michaelsen, Christopher, 'From Strasbourg, with Love'-Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, Human Rights Law Review 2012, 12/1, s. 165.

<sup>84</sup> Erman, R. Barış, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt IX/2, Duygun Yarsuvaç'a Armağan, İstanbul 2012, s. 473.

<sup>85</sup> Peters, Birgit, “Germany's Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht's Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, German Law Review 2012, Cilt 13, No.6, s. 771.

<sup>86</sup> Blanke, s. 195.

<sup>87</sup> Schmitz v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 28 Kasım 2011), Başvuru no: 30493/04, paragraf 41. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{"itemid":\["001-104905"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{) (03.10.2013); Mork v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 9 Eylül 2011), Başvuru numaraları: 31047/04 ve 43386/08, paragraf 54. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{"itemid":\["001-104907"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{) (3.10.2013); Michaelsen, s. 165.

değişiklik yapmış<sup>88</sup>, ilgili düzenleme 1 Haziran 2013'de yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanun ile muhafaza altına alma tedbirinin yerine getirilmesi konusunda ayrıntılı düzenlemeler kabul edilmiş ve mevcut düzenlemelerde değişiklikler yapılmıştır. Özellikle, güvenlik tedbiri olarak muhafaza altına alma tedbirinin sonradan verilmesini gereksiz kılmak amacıyla, henüz cezanın infazı sırasında terapi ve benzeri danışmanlık hizmetlerinin sunulması zorunluluğunun getirilmiş olması dikkat çekicidir.

Ayrıca söz konusu Kanun ile de geçiş hükümleri öngörülmüş ve yeni hükümlerin uygulanması, muhafaza altına alınmayı gerektiren davranışlardan en az birisinin 1 Haziran 2013 tarihinden sonra gerçekleştirmiş olmasına bağlanmıştır. Bunun dışındaki hallerde ise 31 Mayıs 2013 tarihine kadar geçerli olan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Bununla beraber, son eylemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanun hükmüne dayanılarak bir muhafaza altına alma tedbirine karar verilmesi veya alınmış bir tedbirin devamına hükmedilmesi, ancak ilgili kişinin psikolojik bozukluğunun bulunmasına ve bunun yanı sıra somut şartların bu kimsenin ağır şiddet veya cinsel suçlar içeren davranışlarda bulunabileceği konusunda ciddi bir tehlikenin varlığına işaret etmesine bağlıdır. Tedbir olarak psikiyatri kliniğine yatırma tedbirine karar verilmemiş olması şartıyla, muhafaza altına alma kararının sonradan verilmesi veya bunun devam ettirilmesi de aynı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır. Benzer bir şekilde son eylemin gerçekleştiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanun hükmüne dayanılarak muhafaza altına alma tedbirinin saklı tutulması da, ancak ilgili kişinin psikolojik bozukluğunun bulunmasına ve bunun yanı sıra yukarıda bahsedilen tehlikenin muhtemel olmasına veya bu tehlikenin artış göstermesine bağlıdır. Buna karşılık bu koşullar ortadan kalkarsa, muhafaza altına alma tedbirine de son verilmelidir.

## SONUÇ

Yaklaşık 80 yıldır Alman Ceza Kanunu'nun bir parçası olarak düzenlenen<sup>89</sup> muhafaza altına alma tedbirine ilişkin hükümleri incelediğimizde, muhafaza altına almaya ilişkin hükümlerin, bir ceza olarak değil, emniyet tedbiri olarak düzenlendiğini görüyoruz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, 7. maddenin birinci fıkrasındaki korumayı etkin kılmak için, herhangi bir yaptırımın 7. madde anlamında "ceza" niteliği taşıyıp taşımadığının tespitinin ken-

<sup>88</sup> Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung (5 Aralık 2012), Alman Resmi Gazetesi (Bundesgesetzblatt) 2012/1-57, 11 Aralık 2012, s.2425. Kanun metni için bkz. [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verkuendung\\_BGBI\\_Sicherungsverwahrung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Verkuendung_BGBI_Sicherungsverwahrung.pdf?__blob=publicationFile) (03.10.2013).

<sup>89</sup> Michaelsen, s. 148.



di yetkisinde olduğunu belirtmiştir<sup>90</sup>. Mahkeme, bu hususu incelerken, tedbirin işlenen suç için verilen mahkumiyet hükmü ile birlikte karara bağlanıp bağlanmadığını, ulusal hukukta bu tedbirin ne şekilde nitelendirildiğini, amacını, uygulamasında ve infazında takip edilen usulü ve yaptırım olarak ağırlığını araştıracaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, ceza niteliğinde olmayan, önleyici nitelikteki pek çok tedbirin de ilgili kişi üzerinde önemli etkileri olabilmektedir. Yapılan inceleme neticesinde Mahkeme, muhafaza altına alma tedbirinin bir emniyet tedbiri değil, Sözleşme'nin 7/1. maddesi anlamında bir "ceza" olduğu sonucuna varmıştır<sup>91</sup>.

Mahkemenin bu kararından da anlaşılacağı ve yukarıda görüşlerimizde de ifade ettiğimiz üzere, bir yaptırımın ulusal mevzuatta güvenlik tedbiri olarak nitelendirilmesi, o tedbirin iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. Nitekim her ne kadar Alman hükümeti yaptığı savunmada, Alman hukukunda geçerli olan "iki izli" yaptırım teorisine yani failin haksızlığını ve failin kusurluluğunu dikkate alan "cezalar" ile, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini dikkate alan "güvenlik tedbirleri" arasındaki ayırımı<sup>92</sup> referans yaparak, muhafaza altına alma tedbirinin güvenlik tedbiri niteliğinde olduğunu ileri sürse de<sup>93</sup>, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tedbirin "ceza" olarak nitelendirilmesi ve bu tedbire ilişkin olarak geçmişe uygulama yasasının geçerli olması gerektiğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları, yukarıda belirtmiş olduğumuz, kanunda düzenlenen güvenlik tedbirlerinin hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için tehlikeliliğini azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunun tespit edilmesi gerektiğine yönelik görüşümüz ile paralellik göstermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezalandırma amacı güden ve failin aleyhine düzenlemeler içeren, failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normların geçmişe etkili olarak faile uygulanamayacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce cezalandırmayı değil, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini dikkate alan "güvenlik tedbiri" niteliğindeki yaptırımların geçmişe yürütülmesi, toplumun iyiliğinin üstün tutulması sebebiyle hukuk güvenliği ilkesini zedelemeyecektir.

Alman Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin altıncı fıkrasında "*Kanunda aksi-ne hüküm yoksa, iyileştirme ve güvenlik tedbirleri hakkında, kararın verildiği sırada yürürlükte olan kanuna göre karar verilir*" düzenlemesine yer verilmektedir. Ancak

<sup>90</sup> Erman, s. 472.

<sup>91</sup> Frommann, Maïke, "The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention", Hanse Law Review 2012, Cilt 8, No.1, s. 82.

<sup>92</sup> Drenkhahn, s. 313; Frommann, s. 82.

<sup>93</sup> Erman, s. 472.



dikkat edilmelidir ki bu hükmün mevhumu muhalifinden kuralın istisnaları olabileceği ve kanunlarda bu kuralın aksine düzenleme yapılabileceği anlaşılmaktadır. Nitekim emniyet tedbiri olarak muhafaza altına almayı düzenleyen hükümlerde, Alman yasa koyucusu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına paralel şekilde farklı bir yol izlemiş ve geçmişe yürümezlik ilkesini kabul etmiştir. Ayrıca bu kuralın da istisnaları belirtilmiş, akıl hastası suçlular hakkında ve çok büyük bir tehlikenin mevcudiyeti halinde, geçmişe etkili uygulamaya belirli koşulların gerçekleşmesi halinde imkan tanınmıştır. Bu düzenlemeden de anlaşılmaktadır ki, öncelikle güvenlik tedbirleri başlığı altında kanunda düzenlenen yaptırımların hangilerinin caydırıcı, cezalandırıcı, hangilerinin ise iyileştirici, failin toplum için yarattığı tehlikeliliği azaltmayı hedefleyen nitelikte olduğunu tespit etmek gerekir. Bu tespit sonucu, cezalandırma amacı güden ve failin suçu işlemesinden sonra yürürlüğe girmiş olan normların geçmişe etkili olarak failin aleyhine uygulanamaması gerekirken, failin tehlikeliliğini ve yeniden suç işleme ihtimalini göz önüne alan güvenlik tedbiri niteliğinde düzenlenen normlar, toplumun korunmasını amaçladığı ve hukuk güvenliği ilkesi de zedelenmeyeceği için geçmişe etkili şekilde uygulanabilir. Kuşkusuz yaptırımların caydırıcı nitelikte mi, yoksa önleyici nitelikte mi olduğunun tespiti de bir başka zor husustur. Bununla birlikte, bu değerlendirmede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin temel aldığı kriterler yol gösterici olabilir.

Ancak unutulmamalıdır ki savunduğunuz bu görüş, Türkiye açısından ancak olması gereken düzenleme olarak ileri sürülebilir. Çünkü mevcut kanun düzenlemesi uyarınca bu nevi bir ayırım yapmak ve bazı tedbirleri geçmişe yürütmek, bazılarının ise cezai nitelikte, aleyhe düzenlemeler olduklarını ileri sürerek, geçmişe yürütülmelerini kabul etmemek mümkün değildir.

Mevcut mevzuata göre, güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak ilke, kanunilik prensibinin doğal bir neticesi olarak geçmişe yürümezlik ilkesidir. Bununla birlikte, Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasında “*güvenlik tedbirleri hakkında infaz rejimi yönünden hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanır*” hükmü yer almaktadır. Burada “infaza ilişkin değişiklik”, “esasa ilişkin değişiklik” ayrımı yapılmıştır. Esasa ilişkin değişiklik ile kast edilen, hükme esas teşkil eden kurala ilişkin değişikliklerdir. Bu kural, bir cezayı veya emniyet tedbirini düzenliyor olabilir. İnfaza ilişkin değişiklik ise, hükmün uygulanmasına ilişkin yapılan kanun değişikliğidir. Yani, güvenlik tedbirleri açısından uygulanacak temel ilke, geçmişe yürümezlik ilkesidir, ancak güvenlik tedbirini düzenleyen kurala dayanarak verilmiş bir hükmün uygulanmasına ilişkin bir değişiklik söz konusu olursa, bu taktirde hüküm zamanında yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Alexander, Shawn/Graf, Leah/Janus, Eric, “M. v. Germany: The European Court of Human Rights Takes a Critical Look at Preventive Detention”, *Arizona Journal of International and Comparative Law* 2012, Cilt 29, No. 3, s. 605-622.
- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2012
- Blanke, Hermann-Josef, “The Protection of Fundamental Rights in Europe”, *The European Union after Lisbon: Constitutional Basis, Economic Order and External Action* (editörler: Hermann-Josef Blanke/Stelio Mangiameli), Berlin 2012, s. 159-232.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 7. Bası, İstanbul 2011
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 8. Baskı, Ankara 2012
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 1, 11. Baskı, İstanbul 1994
- Drenkhahn, Kirstin, “Secure Preventive Detention in Germany: Incapacitation or Treatment Intervention”, *Behavioral Sciences and the Law*, 2013/31, s. 312-327.
- Erman, R. Barış, “Ceza Hukukunun Dönüşümü”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt IX/2, Duygun Yarsuvat’a Armağan, İstanbul 2012, s. 447-480.
- Frommann, Maike, “The Reception of ECtHR Decisions by German Criminal Courts – Illustrated by Means of the ECtHR Judgment of 17 December 2009 on the German Law on Preventive Detention”, *Hanse Law Review* 2012, Cilt 8, No.1, s. 81-99.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Ankara 2012
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Normlarının Zaman Yönünden Uygulaması*, Ankara 2008
- Koca, Mahmut, Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Ankara 2013
- Merkel, Grischa, “Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, *German Law Journal* 2010, Cilt 11, No.9, s. 1046-1066.
- Merkel, Grischa, “Case Note- Retrospective Preventive Detention in Germany: A Comment on the ECHR Decision Haidn v. Germany of 13 January 2011”, *German Law Journal* 2011, Cilt 12, No.3, s.968-977.
- Michaelsen, Christopher, ‘From Strasbourg, with Love’-Preventive Detention before the German Federal Constitutional Court and the European Court of Human Rights, *Human Rights Law Review* 2012, 12/1, s. 148-167.

- Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara 2013
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara 2012
- Peters, Birgit, “Germany’s Dialogue with Strasbourg: Extrapolating the Bundesverfassungsgericht’s Relationship with the European Court of Human Rights in the Preventive Detention Decision”, *German Law Review* 2012, Cilt 13, No.6, s. 757-772.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 18. Baskı, Ankara 2012
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)*, 2. Baskı, İstanbul 2011

## **Karar İndeksi**

### **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi**

- Achour v. Fransa, 29 Mart 2006 (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire), Başvuru no: 67335/01, paragraf 41. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06>
- Amuur v. Fransa, 25 Haziran 1996, Başvuru no: 19776/92, paragraf 50. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{"itemid":\["001-57988"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57988#{)
- Cantoni v. Fransa, 11 Kasım 1996, Bavuru no: 17862/91. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{"itemid":\["001-58068"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58068#{)
- Engels ve diğerleri v. Hollanda, 8 Haziran 1976, Başvuru no: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{)
- Grava v. İtalya, 10 Temmuz 2003, Başvuru no: 43522/98. Karar özeti için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/Hof.nsf/0ad4f5ba6f6a119bc125668f004c455e/9e593076ccdd660641256d5f005343fd?OpenDocument&Highlight=0,grava>
- Haidn v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 6587/04. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/6587.04-en-20110113/view/>
- Jamil v. Fransa, 8 Haziran 1995, Başvuru no: 15917/89, paragraf 30. Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/15917.89-en-19950608/view/>
- Kafkaris v. Kıbrıs, 12 Şubat 2008, Başvuru no: 21906/04. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{"itemid":\["001-85019"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85019#{)

- Kallweit v. Almanya, 13 Ocak 2011 (nihai karar: 14 Nisan 2011), Başvuru no: 17792/07. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{"itemid":\["001-102799"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-102799#{)
- Kokkinakis v. Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Başvuru no: 14307/88. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57827>
- M. v. Almanya, 17 Aralık 2009 (nihai karar: 10.05.2010), Başvuru no: 19359/04. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96389>
- Mautes v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 20008/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/20008.07-en-20110113/view/>
- Mooren v. Almanya, 9 Temmuz 2009, Başvuru no: 11364/03, paragraf 76. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{"itemid":\["001-93528"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-93528#{)
- Mork v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 9 Eylül 2011), Başvuru numaraları: 31047/04 ve 43386/08, paragraf 54. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{"itemid":\["001-104907"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-104907#{)
- Nasrullojev v. Rusya, 11 Ekim 2007 (nihai karar: 11 Ocak 2008), Başvuru no: 656/06, paragraf 71. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{"itemid":\["001-82654"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-82654#{)
- Öztürk v. Almanya, 21 Şubat 1984, Başvuru no: 8544/79. Karar için bkz. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553>
- Saadi v. Birleşik Krallık, 29 Ocak 2008, Başvuru no: 13229/03, paragraf 67. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{"itemid":\["001-84709"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-84709#{)
- Schmitz v. Almanya, 9 Haziran 2011 (nihai karar: 28 Kasım 2011), Başvuru no: 30493/04, paragraf 41. Karar için bkz. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{"itemid":\["001-104905"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104905#{)
- Schummer v. Almanya, 13 Ocak 2011 (karar henüz nihai hale gelmemiş), Başvuru no: 27360/04 ve 42225/07, Karar için bkz. <http://echr.ketse.com/doc/27360.04-42225.07-en-20110113/view/>
- Welch v. Birleşik Krallık, 9 Şubat 1995, Başvuru no: 17440/90, paragraf 27. Karar için bkz. <http://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:ihrl/2818echr06.case.1/law-ihrl-2818echr06>

## **Almanya Mahkemeleri**

### **Alman Federal Anayasa Mahkemesi**

- Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı (BVerfG), 4 Mayıs 2011, 2 BvR 2365/09. Karar için bkz. <http://www.bverfg.de/pressemitteilungen/bvg11-031.html>
- Alman Federal Anayasa Mahkemesi (BVerfG), 10 Şubat 2004, 2 BvR 834/02

### **Alman Federal Mahkemesi**

- Alman Federal Mahkemesi'nin 12 Mayıs 2010 tarihli kararı, 4 StR 577/09. Karar için bkz. <http://openjur.de/u/68346.html> (3.10.2013).
- Alman Federal Mahkemesi'nin 9 Kasım 2010 tarihli kararı, 5 StR 394/10. Karar için bkz. <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/5/10/5-394-10.php> (3.10.2013).

### **Bölge Yüksek Mahkemesi**

- Frankfurt am Main Temyiz Mahkemesi, 24 Haziran 2010, Dosya no: 3 Ws 485/10
- Hamm Temyiz Mahkemesi, 6 Temmuz 2010, Dosya no: 4 Ws 157/10
- Karlsruhe Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 2 Ws 458/09
- Schleswig\_Holstein Temyiz Mahkemesi, 15 Temmuz 2010, Dosya no: 1 Ws 267/10

