YARGITAY DERGİSİ
JOURNAL OF THE COURT OF CASSATION
YD, CİLT/VOLUME: 45, SAYI/ISSUE: 4, EKİM/OCTOBER 2019
SS./PP. 985-1076

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN (AİHM) İDARİ CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULAMASI HAKKINDAKİ GÖRÜŞLERİ ve ÇIKARTILACAK DERSLER

THE IDEAS OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR) FOR THE APPLICATION OF LEGALITY PRINCIPLE ON ADMINISTRATIVE PUNISHMENTS AND LESSONS TO BE TAKEN

Dr. (Iur.) Hasan DURSUN*

ÖZ

İdari cezalar; idarenin, norm ihlali yüzünden muhataba verdiği cezalandırıcı nitelikteki idari işlemler şeklinde tanımlanabilir. İdari cezalar, idare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunup bulunmamasına göre ikiye ayrılır. İdare ile cezanın muhatabı arasında önceden özel bir bağ bulunmayan hallerde verilen cezalar halka yönelik idari ceza olarak adlandırılırken, özel bir bağ bulunduğu hallerde verilen cezalar disiplin cezası olarak adlandırılır. AİHM, halka yönelik idari cezaların neredeyse tümü ile askeri disiplin cezalarını, AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesindeki "cezai işler" kapsamına sokmakta ve bu işlere 7. maddede belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanacağı görüşünü taşımaktadır. Türkiye, AİHS'nin tarafı olduğuna göre söz konusu cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyum sağlaması büyük önem arz etmektedir. AİHM'nin askeri disiplin suç ve cezalar dışındaki diğer disiplin suç ve cezaları bakımından suç ve ceza-

Makalenin Geliş Tarihi : 08/04/2019
Makalenin Kabul Tarihi : 06/11/2019

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,
e-mail: hasan.dursun@ozyegin.edu.tr
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5506-3944

da kanunilik ilkesinin uygulanmayacağı yönündeki görüşünden, bu suç ve cezalar bakımından bahsedilen ilkenin uygulanmayacağı sonucu çıkartılamaz. Çünkü AİHS, kişi hak ve özgürlüklerini koruma bakımından asgari bir düzeneği öngörmüş olup söz konusu hak ve özgürlükleri genişletmek bakımından üye ülkeleri serbest bırakmıştır. Aslında bütün idari cezalar bakımından kanunilik ilkesine uyulması anayasal seviyede emredici bir norm niteliği taşımaktadır. Zira Türk Anayasasının 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken "idari suç ve ceza" ile "adli suç ve ceza" arasında bir ayrım yapılmamış ve örtük bir şekilde her tür suç ve ceza bakımından kanunilik ilkesine uyulmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi, Halka Yönelik İdari Suç ve Ceza, Disiplin Suç ve Cezası, Engels Davası, Pellegrin Davası, Eskelinen Davası.

ABSTRACT

Administrative penalties can be defined as punitive administrative acts that administration gives to the notified party due to the infraction on norm. Administrative punishments can be divided to the two whether ab ante a special hardship between administration and penalty's obligator. Within that context, if there is an ab ante special affinity between administration and penalty's obligator that punishments called publicly targeted penalties, on the contrary, if there is no ab ante a special affinity between administration and penalty's obligator that punishments called discipline penalties. ECHR regards both almost all publicly targeted penalties and military discipline punishments as a "criminal matter" that is arranged in the EHRC article 6 that is related with right to fair trial and adopted the idea that those penalties shall be included within the scope of article 7 that regulates "nullum crimen nulla poena sine lege" (legality) principle. Turkey as a party of EHRC shall be accord with the legality principle in terms of such punishments. The idea of ECHR that apart military discipline punishments, the legality principle is not applicable for the other discipline punishments one cannot deduct that there is no need the application of principle to those punishments. Inasmuch as EHRC

envisaged the minimum mechanism for the protection of human rights and freedoms and liberated countries to enlarge those rights and freedoms. In effect, for the all types of administrative punishments conforming with the legality principle is a constitutional imperative norm. Because Turkish Constitution Article 38 cannot make differentiate between "administrative crime and punishment" and "judicial crime and punishment" and covertly denote that in every type of crimes and punishments is necessary applying the legality principle.

Keywords: Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege, Publicly Targeted Crimes and Punishments, Discipline Crimes and Punishments, Engels Case, Pellegrin Case, Eskelinen Case.

GİRİŞ

İdari ceza; kanunların yetki verdiği durumlarda araya bir yargı kararı girmeden idarenin idare hukukuna, özellikle idari usul hükümlerine göre kamu yararını korumak amacıyla norm ihlali yüzünden cezalandırıcı nitelikteki idari işlemi olarak tanımlamak olanaklıdır.[1] Bu bağlamda, idarenin ceza vermesini gerektiren ihlalin ise "idari suç" olarak adlandırılacağı ortadadır.

İki türlü idari suç ve ceza bulunmaktadır. Bunlardan ilkini, idare ile kişi arasında izin, ruhsat veya idarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında herhangi bir bağ olan kişilere verilen cezalar, ikincisini ise idare ile arasında herhangi bir bağ bulunmayan kişilere uygulanan cezalar oluşturur. Bunlardan, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunmadan yapılan ihlallere "halka yönelik idari suç", söz konusu ihlaller için verilen cezalara "halka yönelik idari ceza", buna karşın, idare ile kişi arasında önceden bir bağ bulunduğu durumlarda yapılan ihlalleri "disiplin suçu", söz konusu ihlaller için verilen cezaları ise "disiplin cezası" olarak adlandırmayı daha uygun bulmaktayız.[2]

1 Krş. Süzek, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985, s. 233.

2 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, Hasan: İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Ankara 2015, s. 198 vd.

Bu çalışmada "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi"nin (AİHS) yorumu ve uygulanması bakımından nihai mercii oluşturan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi"nin (AİHM) idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulaması konusundaki içtihatlarına temas edilecektir.[3]

3 Suç ve cezada kanunilik ilkesinden evrensel olarak anlaşılan husus, biçimsel (şekli) kanunilik ilkesidir. [Gerçek anlamda bir kanunilik ilkesi oluşturmasa da kanuniliğin diğer bir türünü maddi kanunilik ilkesi oluşturmaktadır. Maddi kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 144-150]. Biçimsel kanunilik ilkesi; işlendiği zamanın kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiili cezalandırma ve kanun tarafından tespit edilmeyen bir ceza ile cezalandırma yasağı anlamını taşır. Bkz. Toroslu, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 66. Bu ilke, kısaca, ceza tehdidi altında yasaklanan fiilleri ancak kanunun tanımlaması şeklinde de betimlenebilmektedir. Larguier, Jean: Le Droit Pénal, 4e édition, Presses Universitaires De France, Paris 1972, s. 17. Bununla birlikte, kanunilik ilkesinin bu tanımları, daha açık bir deyişle, fiilin işlendiği zamandan önce suç ve cezayı öngören bir kanun bulunmadığı takdirde kişinin cezalandırılmaması esası, kanunilik ilkesinin yalnızca kanunun tekelciliği alt ilkesini vurgulamakta olup söz konusu ilkenin günümüzde kazanmış olduğu gelişmişlik düzeyini yansıtmaktan uzak bulunmaktadır. Zira kanunilik ilkesi günümüzde "kanunun açıklığı" alt ilkesini de kapsayarak daha gelişmiş ve "önceden ve açık bir kanun hükmü olmazsa suç ve ceza olmayacağı" (nullum crimen, nulla poena, sine praevia et clara lege poenali) anlamını taşır hale gelmiştir. Bkz. Cadoppi, Alberto ve Veneziani, Paolo: Manuale Di Diritto Penale Parte Generale e Parte Speciale, Cedam-Padova, 2007, s. 47. Önceden kararlaştırılmış ve açıkça belirlenmiş bir kural olmadan suç ve cezanın olmayacağını ifade eden söz konusu ilke, Latince "nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege" özdeyişiyle ifade edilir. Bu özdeyişe "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi boyutu da eklenmiştir. Daha somut bir deyişle, bu özdeyiş, sonradan yapılan ceza kurallarının daha önceki fiil ve olaylara uygulanması yasağını ve bu yasaktan türetilen suç ve cezaların geriye yürütülür bir şekilde uygulanamaması esasını da ifade eder hale gelmiştir. Bu özdeyiş, günümüzde insan haklarıyla ilgili birçok uluslararası antlaşma, anayasa ve iç hukuklarda benimsenmiş temel bir hak niteliğini taşımakta ve yargının "apaçık" (self-evident) bir ilkesi olarak kabul edilmektedir. Mokhtar, Aly: "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects" (Statute Law Review, Volume 26, Issue 1, 2005, s. 41-55), s. 41. Yine her türlü keyfiliği önlemeye çalışan biçimsel kanunilik ilkesinin alt ilkelerinin doğal hukuk kuralları niteliğini taşıdığını ve özellikle aydınlanma döneminden itibaren pozitif hukuka aktarılmaya çalışıldığını belirtmek gerekir. Bkz. Mantovani, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, V edizione, Casa Editrice Dott., Antonio Milani, Cedam-Padova 2007, s. 4. Yapılan bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere biçimsel kanunilik ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunları; "ka-

Daha önce de belirtildiği üzere idari suç ve cezalar; "halka yönelik idari suç ve cezalar" ile "disiplin suç ve cezaları" şeklinde bir ayrıma[4] tutulsa da çalışmanın hacmini artırmamak için AİHM'nin ağırlıklı olarak kamu görevlileri hakkında öngörülen disiplin suç ve cezaları hakkında verdiği içtihatlar üzerinde durulacaktır.[5] Bu bağlamda önce Sözleşmenin suç ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 7. maddesi ile ayrılmaz bir bütünlük ilişkisi bulunan[6] "adil yargılanma hakkı" veya "adil yargıya ulaşma"

nunun tekelciliği" (il principio della reserve veya riserva di legge), "kanunun açıklığı" (il principio di tassatività veya il principio determinatezza) ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" (il principio di irretroattività) alt ilkeleri olarak saymak olanaklıdır. Bu alt ilkelerin tümü eşanlı olarak özgürlüğün garantisini sağladığı için birbirinden ayrılmaz ve birbirine bağlı nitelik taşımaktadır. Kısacası, biçimsel kanunilik ilkesinin varlığından bahsedilebilmesi için söz konusu alt ilkelerin tümünün birlikte benimsenmesi zorunludur. Bu alt ilkelerden birisinin bile benimsenmediği durumlarda kanunilik ilkesinin reddedildiği sonucunu çıkarmak gerekir. Krş. Mantovani, s. 39. Ancak yapılan bu açıklamalar, kanunun temel hukuk kaynağı olduğu kıta Avrupası hukuk sistemleri bakımından geçerli bulunmaktadır. Örneğin, Birleşik Krallıkta geçerli olan common law sistemi mahkeme içtihatlarına dayalı olduğu için bu ülkede hukuk sisteminin doğası gereği suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi uygulanamaz. Nitekim AİHM, common law hukuk sistemlerinde suç ve cezada kanunilik ilkesinin sadece "kanunun açıklığı" ile "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerini kapsadığını ifade etmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 23-26, 158-167.

4 İdare ile kişi arasında lisans, askerlik, cezaevine girme veya idarenin bünyesinde çalışma gibi idareyle arasında bir bağ olan kişiler için öngörülen idari suç ve cezalar, disiplin suç ve cezalarını, buna karşın böyle bir bağ olmadığı durumlarda öngörülen idari suç ve cezalar, halka yönelik idari suç ve cezaları oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197 vd.

5 Az önce belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları oldukça geniş kapsamlıdır. Örneğin, idare ile kişi arasında "özel bağ" (special affinity) bulunduğu için aralarında lisans ilişkisi bulunan bir kişiye "Bağımsız İdare Otorite" (BİO) tarafından verilen bir ceza veya idari sözleşmeden kaynaklı olarak verilen bir "idari para cezası", "disiplin cezası" sayılır.

6 Adil yargılanma hakkı ile suç ve cezada kanunilik arasındaki bütünlük ilişkisi Evik tarafından açık bir şekilde gösterilmiştir. Yazar bu konuda şu hususları ileri sürmektedir: "Hukuk devleti olmanın dolayısıyla adil yargılanma hakkının işlerliğini sağlamak açısından zorunlu bir ilke de suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bireylerin özgürlük alanına en derin müdahalelerde bulunan ceza hu-

hakkı ile ilgili 6. madde hakkında genel bir bilgi verilecek, daha sonra AİHM'nin halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasına nasıl baktığı irdelenecek, sonunda ise söz konusu içtihatlardan Türkiye bakımından çıkartılması gereken dersler incelenecektir. İncelemeye başlamadan önce önemli bir anımsatmada bulunmak gerekir. AİHS metninin içerisinde idari yaptırımlardan, daha özelde, idari suç ve cezadan açıkça bahsedilmemektedir. Bu yüzden AİHS bakımından nihai mercii olan AİHM'nin söz konusu suç ve cezayı anlaşma dışı bıraktığı, dolayısıyla içtihatlarına konu etmediği düşünülebilir. Ancak bu düşünce doğru değildir. Gerçekten de Moderne'in belirttiği gibi idari cezanın "cezalandırıcı" niteliğinin ceza hukuku cezasına benzemesi ve AİHS tarafından korunan temel hak ve özgürlükleri etkilemesi yüzünden AİHM, bu cezalarla ilgilenmek durumunda kalmıştır.[7]

I- ADİL YARGILANMA veya ADİL YARGIYA ULAŞMA HAKKI

AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında; hiç kimsenin işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemeyeceği, ayrıca, hiç kimseye

kukunun siyasi güç tarafından kötüye kullanılmasını engelleyen en önemli ve vazgeçilemez güvence şüphesiz suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Bu ilkenin içeriği ve sonuçları olarak kabul edilen suçları ve cezaları belirleyen kanun hükümlerinin ancak yasama organı tarafından yapılabilmesi, kanun hükümlerinin açık ve belirgin olması; örnekseme (kıyas) yasağı, geçmişe uygulama yasağı, lehe kanunun geçmişe uygulanması ilkeleri de bu kapsamdadır. Bu ilkeler sayesinde toplumda yaşayan bireyler neyin serbest olduğunu önceden öğrenebilmekte ve iradeleriyle yasağı veya serbest olanı seçebilmekte ve bunun sonuçlarına razı olmaktadırlar. "Kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz… Ceza ve ceza yerine geçen tedbirler ancak kanunla konulur" denilmek suretiyle bu ilke gerek Anayasamızda gerekse Ceza Kanunumuzda düzenlenmiştir. Sonuç olarak, kanunda açıkça öngörülmemiş olan bir fiilden dolayı yargılama, adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturacaktır." Bkz. Evik, Vesile Sonay: "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı" (Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 283-309), s. 287.

7 Bkz. Moderne, Franck: Sanctions administratives et justice constitutionelle, Economica, Paris 1993, s. 56-57.

suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise bu maddenin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir.[8] Kısacası bu maddede suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenmiştir.[9]

AİHS'nin 7. maddesinin uygulanmasında, Sözleşmenin 6. maddesi, özellikle onun 1. fıkrasının dikkate alınması mutlak bir zorunluluktur. 6. maddenin 1. fıkrasında; herkesin gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir.[10] Bu fıkradan anlaşılacağı üzere gerek medeni gerekse cezadan kaynaklanan uyuşmazlıklarda herkes adil yargılanma hakkına sahiptir. Bu bağlamda AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanabilmesi için fiilin 6. madde kapsamında suç ve ceza olarak nitelendirilmesi mutlak bir koşuldur. Bu nitelendirmeyi yapmadan önce bir kısım idari suç ve cezalar-

8 Görüldüğü üzere AİHS'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında; suç ve cezada kanunilik ilkesinin aleyhe "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesine ayrıksı bir duruma yer verilmiştir. Bu çerçevede pozitif hukuk tarafından suç olarak düzenlenmese bile işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiili işleyen kimse hakkında aleyhe "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesi uygulanmayacaktır. Suç ve ceza normunun yalnızca kanunla konulmasını gerektiren "kanunun tekelciliği", kanunun azami açıklıkla düzenlenmesini isteyen "kanunun açıklığı" ve kanunun geçmişte serbest olan davranışları cezalandıramayacağı veya cezayı artıramayacağını ifade eden "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerinden oluşan suç ve cezada kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 20-143.

9 Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, Hasan: "Suç Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi" (Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017, s. 189-227), s. 217 vd.

10 Resmi adı İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme olan AİHS'nin güzel bir Türkçe çevirisi için bkz. Münci Kapani, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Üçüncü Basım, Ankara 1996, s. 150-169.

la ilgisi olan "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Ancak burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki eğer bir idari suç ve ceza, AİHM tarafından "medeni hak ve yükümlülük" kavramı kapsamında nitelendirilirse, suç ve cezada kanunilik ilkesinin düzenlendiği AİHS'nin 7. maddesi uygulama alanı bulmaz. AİHS'nin 7. maddesi yalnızca 6. maddenin 1. fıkrası gereğince "suç ve ceza" olarak nitelendirilen işlerde uygulama alanı bulur.

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası yalnızca medeni hak ve yükümlülükler ile ceza hukukuna ilişkin suçlamalarda geçerli bulunmaktadır. Bu fıkrada kullanılan "medeni hak ve yükümlülük" kavramı için Sözleşmenin İngilizce metninde "civil right and obligations", Fransızca metninde "droits et obligations de caractére civil" ibareleri kullanılmıştır. Grabenwarter, söz konusu ibarelerin, dar anlamda özel hukuk talepleri yanında kamu hukukundan kaynaklanan maddi hak taleplerini de içerdiğini, öncelikle İngilizce metinde bulunan söz konusu ibarelerin, Kıta Avrupa'sı hukuk anlayışındaki klasik medeni haklarla sınırlı bulunmadığını belirtmektedir.[11]

AİHM, sözleşmede kullanılan kavramları "özerk" (otonom) bir şekilde yorumladığı ve ulusal hukuk düzenlemesi ile devlet mahkemelerinin yetkisini yalnızca belirleyici nokta olarak kabul ettiği için söz konusu fıkranın kullanım alanının, Sözleşme metninin anlaşılması bakımından büyük önem taşıdığını belirtmek gerekir. Türk kamu hukuku anlayışına göre idari yargı, sosyal güvenlik yargısı veya anayasal yargıya ilişkin olan ve bu hususlarla ilgili söz konusu mahkemelerin yetkisine giren pek çok uyuşmazlık, AİHM tarafından medeni hukuka ilişkin uyuşmazlık olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, AİHS'nin 6. maddesi hükmünün, içerisinde barındırdığı tüm hakları, yurttaş, yabancı veya yurtsuz olsun hiçbir ayrım gözetmeden herkes için garanti ettiğini belirtmek gerekir.[12]

11 Grabenwarter, Christoph: "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md. 6)" (Çeviren; Osman Can, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 181-245), s. 184.

12 Ladewig, Hans – Meyer: "Adil Yargılanma Hakkı-I" (Çeviren; Özlem Yene-

AİHM yapmış olduğu özerk yorumla bir hak ve uyuşmazlığın medeni veya özel hukuka ait olup olmadığı konusunda karar vermekte ve kesin olmamakla birlikte bir hak ve yükümlülüğün söz konusu hukuka girebilmesi için birbirinden bağımsız üç ölçüt kullanmaktadır. Bu ölçütleri; bir hakkın, ulusal hukuka göre geçerli bir şekilde temsil edilebilir olması, hak üzerinde ciddi bir uyuşmazlık bulunması ve hakkın medeni hukuka ilişkin bulunması şeklinde saymak olanaklıdır.[13]

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM'nin medeni hak ve yükümlülüklerden hangisinin medeni hukuka girdiğine yönelik içtihatlarında ortaya koyduğu ölçütler kesinlik göstermemektedir. Bu yüzden AİHM'nin medeni hak ve yükümlülükler kavramının uygulama alanına yönelik içtihatlarını, "olay grubu" temelinde incelemek gerekir. Bu bağlamda AİHM'nin temel olarak üç olay grubunu farklılaştırdığını belirtmek gerekir. Söz konusu grupları; kararların medeni hukuk durumları üzerinde etki doğurduğu olaylar, bir uyuşmazlığın medeni ve kamu hukuku yönleri arasında tartma yoluyla sınıflandırmasının olanaklı hale geldiği olaylar ve uyuşmazlığı oluşturan hakkın maddi doğasının esas alındığı olaylar şeklinde sınıflandırmak olanaklıdır.[14]

Bu olayları daha da açıklığa kavuşturmak gerekirse, birinci grup olayların, meslek, kazanç özgürlüğü ve gayrimenkul hakkının koruma kapsamındaki mülkiyet ve sözleşmeye dayanan hukuksal ilişkiler üzerinde etki doğurması söz konusu olmakta olup bunlara kısaca "etki içtihadı" demek olanaklıdır.[15]

Tartım içtihadı olarak adlandırılan ikinci grup olayları, esas itibarıyla, sosyal güvenlik uyuşmazlıkları oluşturmaktadır. Bu olaylarda, AİHM, tartım sonucunda ağırlıklı olarak hastalık parası ya da mirasçıların emeklilik parasını alma talepleri gibi sosyal güvenlik talebinin

rer/Çakmut, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 245-265), s. 246.

13 Fazla bilgi için bkz. Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı-I, s. 246-247.

14 Grabenwarter, s. 184.

15 Grabenwarter, s. 185. Burada dn. 11'de konuyla ilgili AİHM içtihat örnekleri bulunmaktadır.

özel hukuk unsurlarının, kamu hukuku unsurlarına göre daha ağır bastığı yönünde kararlar vermektedir. Bu bağlamda, AİHM, sosyal güvenlik kaynaklı bir edimi, sözleşmeye dayanan ücretin bir ikamesi veya uzatımı olarak nitelendirerek bunların medeni hukuk sözleşmelerinin özelliklerini gösterdiğini savunmuştur.[16]

Son grubu oluşturan üçüncü grup olaylarda ise mali bir değer olan veya mali değerlerle ilgili ihlallere dayandırıldığı iddia edilen yargılamalar, idari organların yetki durumları dikkate alınmaksızın AİHS'nin 6. maddesinin kapsamına girmektedir. Yine bunun gibi yalnızca mali değerdeki bir hak üzerinde doğuracağı etki değil, bununla eşzamanlı olarak, yargılama konusu hakkın kendisi de artık bu olay grubu içerisinde görülmektedir. Mali değer, söz konusu iki unsurla birlikte "genel bir unsur" olarak hizmet etmektedir.[17]

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "medeni hak ve yükümlülükler" kavramına yalnızca olaylar girmemekte soyut normlar da girmektedir. Daha açık bir deyişle, idari yargıya konu olabilen, soyut ve dıştan etkiye sahip tüzük ve yönetmelik gibi idari kurallar hakkında bu madde uygulanabilmektedir. Bu durum özellikle idarenin imar planlamasına ilişkin genel-soyut önlemler hakkında söz konusu olabilmektedir. Bunun gibi AİHM, dayanağı medeni hukuksal talepler açısından belirleyici oldukları için anayasa şikâyeti ile soyut ve somut norm denetimi dâhil anayasa yargısının kapsamına giren davaların da 6. madde kapsamına girdiğini belirtmektedir.[18]

AİHS'ne üye devletlerin hukuk sistemlerinde tipik olarak kamu hukuku çekirdek alanına giren uyuşmazlıklar, Sözleşmenin 6. maddesi anlamında özel hukuk yargılamalarından sayılmamaktadır. Bu çerçevede mali hukuksal öneme haiz para cezaları dâhil kamu yararı kavramına dayanılmak suretiyle verilen cezalar, hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin yargılamalar ile yurttaşların olağan hak ve yükümlü-

16 Grabenwarter, s. 185. Burada dn. 12'de konuyla ilgili AİHM içtihat örneği bulunmaktadır.

17 Grabenwarter, s. 186.

18 Grabenwarter, s. 190. Burada dn. 49-54 arasında konuyla ilgili AİHM içtihat örnekleri bulunmaktadır.

lüklerine giren yargılamalar, az sonra anlatılacak olan "ceza hukuku" kapsamına girmektedir.[19]

AİHM kimi uyuşmazlıkları ise ne ceza hukuku ne de medeni hak ve yükümlülüğe ilişkin uyuşmazlık olarak görmektedir. Daha somut bir deyişle, vergi borcu ilişkisine yönelik yargılamalar, askerlik ödevine veya seçimlik askerlik hizmetine ve seçme ile seçilme hakkı, bir gösteri yürüyüşünün yasaklanması veya dağıtılması gibi siyasal alanlara ilişkin kararlar, sığınma hakkının tanınması, yabancıların oturumlarını sone erdiren önlemler dâhil olmak üzere bir ülkede oturma hakkının tanınması ya da reddedilmesi ile yurttaşlık hakkının verilmesi ve vatandaşlığı sonlandıran davalar bu niteliktedir.[20]

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere bir kısım konularda verilen idari cezalar, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "medeni hak ve yükümlülükler" kavramına girmediği gibi az sonra anlatılacak olan ceza hukukunun da kapsamına girmemektedir. Konu oldukça önemli olduğundan çeşitli örnekler verilmesi uygun olacaktır. AİHM, ceza hukukunun kapsamına giren cezai yönü ağır basan uyuşmazlıkların suç isnadı kapsamında AİHS'nin 6. maddesi kapsamında öngörülen adil yargılanma hakkı ilkelerinden yararlandırılacağını belirtmesine karşın, 12 Temmuz 2001 tarihinde verdiği Ferrazzini-İtalya kararında, verginin bir malvarlığı sorunu olduğunu ileri sürerek, suç isnadı kapsamına girmediği gibi medeni hukuk uyuşmazlığı kapsamında da olmadığını belirtmiş, dolayısıyla vergi davalarının, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen adil yargılanma hakkı ilkelerinden yararlandırılması gerektiği yolundaki tezlerin geçersiz olduğunu belirtmiş, bu tür vergi işlemlerinde, AİHM'nin söz konusu madde kapsamında bir denetim yapamayacağını vurgulamıştır.[21]

19 Grabenwarter, s. 186. Burada dn. 19-21 arasında konuyla ilgili AİHM içtihat örnekleri bulunmaktadır.

20 Grabenwarter, s. 186. Burada dn. 21-26 arasında konuyla ilgili AİHM içtihat örnekleri bulunmaktadır.

21 Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı-I, s. 249, Fazla bilgi ve karşılaştırma için bkz. Tezcan, Durmuş: "AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı" (Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyum, Ankara, 11-12

AİHM tarafından 5 Ekim 2000 tarihli Maaouia-Fransa'ya karşı davasında verilen kararda ise yabancıların ülkeye girişleri, ikamet izinleri ve sınır dışı işlemlerinin medeni hak ve uyuşmazlıklara yol açmadığı gibi cezai alanda bir suç yöneltilmesi olarak değerlendirilemeyeceği görüşü savunulmuştur.[22]

Buna karşın, Türk pozitif hukukunda idari suç ve ceza olarak kabul edilen bazı uyuşmazlıklar, AİHS'nin 6. maddesi anlamında medeni hukuk uyuşmazlıkları olarak kabul edilmektedir. Örneğin AİHM'nin, Tre Traktörer-İsveç'e karşı davasında 7.7.1989 tarihinde verdiği kararda, bir restoranın alkol ruhsatının iptali, 28 Haziran 1978 tarihli König-Almanya'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, sağlık kliniği işletme ruhsatı, 6 Mart 1987 tarihli Jordebro Vakfı-İsveç'e karşı davasında özel okul işletme ruhsatlarının verilmesi gibi konuların medeni hak ve yükümlülük olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bunun gibi AİHM, König-Almanya'ya karşı davasında tıp veya hukuk gibi bir mesleği yürütme hakkının da medeni hukuka ait olduğunu belirtmiştir.[23]

AİHM, ulusal hukukta idari ceza olarak kabul edilen kimi konuların sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "medeni hak ve yükümlükler" kavramına girdiğini belirtmektedir. Daha açık bir deyişle, AİHM, patent konusuna ilişkin uyuşmazlıklar, dernek hakkına ilişkin izinler, emeklilik dâhil sosyal sigorta hakkı gibi konuların[24] medeni hak ve yükümlülük oluşturduğu düşüncesini benimsemiştir. AİHM'nin bu düşüncesinden, örneğin patent konusunda verilen bir idari cezanın veya usul saptırmasıyla disiplin cezası olarak uygulanan emekliliğe ayırma işleminin, medeni hukuk uyuşmazlığı olarak görüldüğü sonucunu çıkartmak olanaklıdır. AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında geçen "me-

Mayıs 2006, s. 17-32), s. 28-30.

22 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Ankara 2007, s. 214.

23 Mole, Nuala ve Harby, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Council of Europe, 2001, Ankara 2005, s. 12 ve dn. 33-36.

24 Bu konuların tam bir listesi için bkz. Ladewig, Adil Yargılanma Hakkı-I, s. 247-248.

deni hak ve yükümlülükler" kavramı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra yine bu fıkrada geçen ve konumuzla daha yakından ilgili olan "suç isnadı" hakkında açıklamalara geçmek faydalı olacaktır.

AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "suçlama" (charge) kavramı da AİHM tarafından özerk bir şekilde[25] yorumlanmaktadır.[26] AİHM, bireyin yetkili bir mercii tarafından üzerine bir suçun atılı olduğu konusunda yetkilendirildiği andan itibaren bir "suçlamanın"[27] (criminal charge) bulunduğunu kabul etmektedir. Bu bağ-

25 Daha açık bir deyişle, AİHM, birçok kararında bir yaptırımın kanun koyucu tarafından idari veya adli ceza olarak tanımlanmasının önemli olmadığını, "suçlama" ifadesinin AİHS çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre belirlenebileceğini ifade etmektedir. Mahkeme, yine birçok kararında bir "suçlama"nın varlığı konusunda önemli olan hususun suçlamanın şekli veya zamanı ya da suçlayan makamın sıfatının olmadığı, önemli olanın isnadın içeriği, bir diğer deyişle, konusunun, olduğu düşüncesini taşımaktadır. Bu bağlamda, duruma göre bireyin bir suç işlediğinden kuşkulanılması, böyle bir kuşkuyla yakalanması veya tutuklanması, hakkında bir polis ya da hazırlık soruşturması açılmış bulunması, ilgilinin durumunu etkileyeceğinden bu işlemlerin "suçlama" niteliği ve anlamını taşıdığı ifade edilmiştir. Bkz. Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007, s. 275. (Yazarlar burada konuyla ilgili çok zengin AİHM içtihat örnekleri vermektedirler). Aslında bu konuda verilebilecek en somut örnek ileride ayrıntılarıyla bahsedilecek olan Engel ve diğerleri davasında AİHM'nin vermiş olduğu karardır. Gerçekten de AİHM, 8 Haziran 1976 tarihinde Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararda "suç isnadı" kavramının AİHS'nin 6. madde kapsamında özerk olduğunu belirtmiştir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 216.

26 Aslında AİHS'de kullanılan kavramların AİHM tarafından özerk bir şekilde yorumlanmasını son derece doğal olarak karşılamak gerekir. Örneğin Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "suçlama" ifadesi özerk bir şekilde yorumlanmazsa taraf devletler belirli önlemleri suç olmaktan çıkarma yoluyla AİHS'nin 6. ve 7. maddelerinde öngörülen güvenceleri etkisiz hale getirebilirler. Bkz. Grabenwarter, s. 191, 195. Bir başka deyişle, AİHM'ne göre bir ulus devlet, niteliği gereği "cezai iş" olan bir hususu "idari yaptırım" olarak adlandırarak Sözleşmede öngörülen güvencelerden, örneğin, AİHS'nin 6. ve 7. maddelerinde belirtilen garantilerden sıyrılma yoluna gidebilir. Bkz. Moderne, s. 57-59, 62-63.

27 AİHM, 25.8.1987 tarihinde Lutz-Almanya'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, 6. maddenin 1. fıkrasında kullanılan "herhangi bir suçlamanın karara

lamda AİHM, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun 27.2.1980 yılında verdiği Deweer kararını[28] esas alarak, ilgili önlemin, sanığın esaslı bir durumunu etkileyip etkilemediğini bakmaktadır.[29] Bu bağlamda 6. maddenin uygulanabilmesi için resmi bir davanın açılması şart olmadığı gibi tebligatın davalıya ulaşıp ulaşmaması da önemli değildir. Kısacası AİHM, ilgiliyi hukuksal konumu bakımından olumsuz olarak etkileyen her yaptırımın "cezai" olduğunu belirtmiştir.[30]

Bu açıklamalardan sonra AİHM'nin "cezai işler" kavramını nasıl saptadığı üzerinde durmak faydalı olacaktır. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHM, "ceza işler" kavramını yalın bir şekilde tanımlamaktan ziyade oldukça karmaşık bir şekilde tanımlama yoluna gitmektedir. Daha açık bir deyişle AİHM, uygulanan bir yaptırımın cezai olup olmadığını belirlemenin kolay olmadığını, her somut olaya göre değerlendirme yapılacağı esasını benimsemiş olsa da bu konuda bazı ölçütler kabul etmektedir. Bu bağlamda AİHM, "ceza işler" kavramını, *üç ölçüt*[31] temelinde tanımlamaktadır. Bunlardan *ilk*

bağlanması" ibaresi için Fransızca metinde kullanılan "bien-fondé de tout accusation en matière pénale" ile İngilizce metindeki "in the determination of any criminal charge" ifadelerinin özdeş durumlara işaret ettiğini belirtmiş, buna karşın 17.1.1970 tarihinde Delcourt-Belçika'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, İngilizce ifadenin daha kapsamlı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 275.

28 Bu kararda, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, genel denetim organının gözetiminde ve savcının kararıyla uygulanan para cezası ve işyeri kapatma yaptırımını "cezai" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Moderne, s. 61 ve dn. 71.

29 Komisyon bir yaptırımın cezai olup olmadığını belirlemede, daima cezanın, muhatabının durumun etkilenip etkilenmediğine bakmıştır. Örneğin Komisyonun, 30 Mayıs 1991 tarihinde vermiş olduğu Stenuit kararında bir şirkete karşı Fransız Maliye ve Ekonomi Bakanlığı tarafından uygulanan para cezası yaptırımı, şirketin durumunu etkilediği gerekçesiyle "cezai" olarak nitelendirmiştir. Bkz. Moderne, s. 61 ve dn. 72.

30 Grabenwarter, s. 195-196. Burada dn. 94-99 arasında konuyla ilgili AİHM içtihat örnekleri bulunmaktadır.

31 Aşağıda ayrıntılarıyla anlatılacak olan üç ölçüt (bir yaptırımın iç hukukta "ceza" olarak tanımlanıp tanımlanmadığı, suçun genelliği ve doğası, cezanın türü ve ağırlığı), seçimlik bir nitelik taşımaktadır. Daha somut bir deyişle, bu üç ölçütten birinin sağlanması, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen güvencelerin

ölçüt; *bir yaptırımın iç hukukta "ceza" olarak tanımlanıp tanımlanmadığı*dır. İç hukukta ceza olarak tanımlanan bir yaptırımı, AİHM de ceza olarak kabul etmekte, bir başka deyişle, ulus devletin yapmış olduğu tanımla kendisini bağlı hissetmektedir. Buna karşın, bu durumun tersi doğru değildir. Daha açık bir deyişle, iç hukukun "ceza" olarak kabul etmediği bir durumun AİHM tarafından da ceza olarak kabul edilmediği söylenemez.[32]

AİHM, ulus devletin uyguladığı yaptırımı "cezai" olarak nitelendirmemesi durumunda başka ölçütlere bakarak konuyu çözmeye çabalamaktadır. Bu bağlamda AİHM'nin kullandığı *ikinci ölçüt*; *suçun genelliği ve doğası*dır.[33] AİHM'nin bir fiilin "cezai işler" kapsamına girip girmediğini saptarken uyguladığı bu ikinci ölçüt, diğerlerine göre oldukça karmaşık olduğundan üzerinde biraz daha durulması uygun olacaktır. AİHM, bir norm ihlalinin doğasının "cezai işler" kapsamına girip girmediğini değerlendirirken öncelikle ilgili yasal mevzuata

sağlanması için yeterli bulunmaktadır. Ancak kimi durumlarda özellikle ikinci ve üçüncü ölçüt birlikte dikkate alınmaktadır. Bkz. Grabenwarter, s. 191. Bununla birlikte Delmas/Teitgen, AİHM'nin bu üç ölçütün eşzamanlı, bir başka deyişle, toplam olarak bulunmasını değil, seçimlik olarak bunlardan yalnızca birisinin bulunmasını bir suçun "cezai işler" kapsamına girebilmesi için yeterli gördüğünü ifade etmektedir. Bkz. Marty-Delmas, Mireille/Colly-Teitgen, Catherine: Punir sans juger, Economica, Paris 1992, s. 167. Bu konuda Grabenwarter'in görüşünün daha isabetli olduğu açıktır. Gerçekten de Moderne'nin belirttiği üzere AİHM, kimi zaman bu ölçütlerin tümünü, kimi zaman ise bir kısmını kullanarak yaptırımın AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında bahsedilen "cezai işler" kavramına girip girmediğini incelemiş ve bu bağlamda birçok idari ceza yaptırımını, "cezai işler" kapsamına sokmuştur. Moderne, s. 60-61. Aslında Delmas/Teitgen vermiş oldukları örnekle, kendileriyle çelişkiye düşmüşlerdir. Gerçekten de Delmas/Teitgen'in örnek olarak gösterdikleri AİHM'nin 25.8.1987 tarihinde Lutz-Almanya'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, suçun doğası ve yaptırımın ağırlığı şeklindeki ikinci ve üçüncü ölçüt birlikte uygulanmış, Lutz'a uygulanan yaptırımın cezai olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Delmas/Teitgen, s. 167.

32 Delmas/Teitgen, s. 165, Moderne, s. 60.

33 Krş. Moderne, s. 60. Yazar burada az sonra ayrıntılı olarak görüleceği üzere konuyu eksik bir şekilde ifade etmiş, bu bağlamda yalnızca "yaptırımın doğası ve genelliği"nin önem taşıdığını belirtmiştir.

bakmakta ihlal edilen normun kanun veya idari düzenleme olup olmadığını incelemektedir.[34] Bunun yanında mahkeme, özellikle tarihi koşullar olmak üzere yaptırımın yer aldığı bağlama ve uygulanan usul kurallarına ve yargısal uygulamalara dikkat etmekte, kimi zaman ise öğretide konuyla ilgili ileri sürülen görüşlere itibar etmektedir.[35]

Öte yandan suçun veya ihlalin doğası saptanırken bakılması gereken bir başka unsur, kuralın içeriğinde ifadesini bulan suçun türüdür. Bu bağlamda ceza kuralında öngörülen yaptırım hem "önleyici" (préventive) hem de "bastırıcı" (répressive) bir nitelik taşımaktaysa AİHM, yaptırıma tabi davranışın AİHS'nin 6. maddesinin uygulama alanına girdiği sonucuna varmaktadır. Ancak AİHM burada ceza normunun düzenlediği fiilin değil, normun kendisinin söz konusu maddenin uygulama alanı için belirleyici olduğu düşüncesini savunmaktadır. Bu noktada diğer sözleşmeci devletlerin karşılaştırmalı hukuksal durumları da göz önüne alınmaktadır.[36]

İşlenen suçun doğasının "cezai" olduğu konusunda AİHM kararlarından verilebilecek en somut örnek, Öztürk-Federal Almanya davasında verilen karardır. Bu davaya konu olan olayda; Öztürk'e, dikkatsiz araç kullanmak suçundan dolayı (Alman) Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun hükümleri uygulanarak para cezası verilmiştir. Öztürk'ün konuyu AİHM'ne taşıması üzere Mahkeme, 21 Şubat 1984 tarihli Öztürk-Federal Almanya'ya karşı davasında vermiş olduğu

34 Bu bağlamda bir suçun doğasına ilişkin veriler, normun hem yasal unsur kısmından hem de hukuksal sonuç kısmından elde edilmektedir. Yasal unsur kısmında, düzenleme konusu, özellikle nesnel veya kişisel uygulama alanı bakımından önemli olmakta, yapılan bir düzenleme, asgari olarak genel nitelikteyse, söz konusu düzenlemenin ihlalinin, potansiyel olarak, ceza hukukunun kapsamına girdiği sonucuna varılmaktadır. Hukuksal sonuç kısmında ise yaptırımın "doğası" (nature) ve amacına bakılmaktadır. Burada dikkate alınan husus yaptırımın hukuk düzeninde bütünsel olarak hangi işleve sahip olduğudur. Daha açık bir deyişle, bu kısım bakımından üzerinde durulan husus, somut olarak verilen ceza ve bu cezanın olayın durumuna göre türü ve miktarıdır. Bir diğer deyişle, olayda uygulanan ceza ile, cezanın türü ve miktarı yaptırımın doğası ve amacını saptamak bakımından büyük önem kazanmaktadır. Bkz. Grabenwarter, s. 192.

35 Delmas/Teitgen, s. 166.

36 Bkz. Grabenwarter, s. 191 ve özellikle dn. 62-63.

kararda, işlenen suçun "ceza davası" kapsamına girip girmediğini yukarıda bahsedilen üç ölçütün her birisini uygulayarak sonuca ulaşmıştır.[37] Mahkemenin dikkate aldığı ilk husus, fiilin ceza hukukunun kapsamına girip girmediği olmuştur. Almanya'da trafik ihlallerinden dolayı uygulanan yaptırımların, ceza hukukunun kapsamından çıkartılarak idare hukukuna sokulması, kısacası *depenalisation* yapılması[38], Mahkemenin incelemesini durdurmamış, ikinci ölçüt bakımından konuyu incelemesine yol açmıştır. Bu bağlamda AİHM, Sözleşmenin, Sözleşmeci devletlerin ceza hukuku ile idare hukuku arasında bir fark oluşturması ya da bunu gözetmesi veya bir ayrım getirmesinin Sözleşmeye aykırı olmadığını, ancak bu yolla yapılan sınıflandırmanın Sözleşme açısından belirleyici olmadığını ifade etmiştir. Buna ek olarak Mahkeme, eğer sözleşmeci devletlerin kendi takdirlerini kullanarak bir suçu ceza hukuku kapsamında değil de idare hukuku kapsamında değerlendirmelerine serbestçe izin verilirse, AİHS'nin 6. ve 7. madde hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmasının olanaklı hale geleceğini, böylelikle Sözleşmenin bu hükümlerin uygulanmasının, devletlerin egemen iradelerine tabi kılınmış olacağı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte AİHM, bu boyutta geniş bir serbestliğin, sözleşmenin konu ve amacına uygun olmayan sonuçlara yol açabileceğini ifade etmiştir.[39]

37 Az sonra ayrıntılı bir şekilde anlatılacağı üzere Öztürk-Almanya'ya karşı davasında AİHM, bir kişiye 6. madde bağlamında "cezai alanda bir suçlama yöneltilip yöneltilmediğini" kararlaştırırken üç ölçütün her birisini ayrı ayrı irdelemiştir. Bunlar; ulusal hukuk kapsamında suçun hangi sınıflandırmaya girdiği, suçun niteliği ve ilgili kişinin çarptırılma riski olan cezanın niteliği ve ağırlık derecesidir. Krş. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 217, Cadoppi/Veneziani, s. 81.

38 Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiillerin, idare hukuku anlamında hukuka aykırı fiillere dönüştürülmesi, kısacası, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezaların, idare hukukunun kapsamına giren suç ve fiillere dönüştürülmesi, "depenalisation" olarak adlandırılır. Almanya'da yapılan depenalisation konusunda bilgi için bkz. Dursun, Hasan: "Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması" (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 203-246), s. 222 vd.

39 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 216.

Bu davada AİHM, ikinci ölçüt temelinde suçun doğasına ve genelliğine bakmıştır. Mahkeme bu ölçütü, cezai nitelik taşıyan bir yaptırımı cezai nitelik taşımayan idari yaptırımlardan, örneğin idari tedbirlerden ayırmak için kullanmıştır. Bu çerçevede Mahkeme, Almanya'da ceza hukukunun kapsamından çıkartılmış olan dikkatsiz araç kullanma suçunun AİHS'nin 6. maddesi kapsamında "suç" olduğu kanısına varmıştır. AİHM, Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda öngörülen yaptırım normunda, halen bir cezayı gerektiren suç niteliğinin göstergelerini bulmuş ve ayrıca, "karayolunu kullanan herkese" uygulandığı için uygulamasının genel kapsamlı[40] olduğunu, sadece belirli bir gruba yönelik olmadığını, cezalandırıcı ve caydırıcı türden bir yaptırım olan para cezasını gerektirdiğini ifade etmiştir. AİHM ayrıca, taraf devletlerin büyük çoğunluğunda küçük trafik ihlallerinin suç kapsamında değerlendirildiğini de belirtmiştir.[41] Kısacası bu davada AİHM, Öztürk'e uygulanan para cezası yaptırımının, ikinci ölçütü oluşturan suçun doğası ve genelliği çerçevesinde, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" kapsamına girdiğine hükmetmiştir.[42]

AİHM, "cezai işler" kavramının kapsamını saptamada *üçüncü ölçüt* olarak*; cezanın türü ve ağırlığı*na bakmaktadır. Aslında bu ölçüt, ikinci ölçütü oluşturan suçun doğasının, yukarıda bahsedilen hukuksal sonuç kısmına bağlı bulunmaktadır.[43] Bu yüzden ikinci ve ölçüt arasında açık ve kesin bir ayrım yapılamamaktadır. Bu davada da AİHM üçüncü ölçütten ayrıca ve açıkça bahsetmemiştir. Bununla birlikte mahkemenin kullandığı bazı örtük ifadelerden konuyu üçüncü ölçüt bakımından incelediği sonucuna ulaşmak olanaklıdır. Mahkeme bu incelemesi sonucu Öztürk'e uygulanan para cezasının üçüncü ölçütün gerekleri çerçevesinde "cezai işler" olarak değerlendirilemeyeceğini ima etmiştir. Bir başka deyişle mahkeme, Öztürk'e kesilen 1000 Mark tutarındaki cezanın ödenmemesi durumunda cezai niteliğe, örneğin,

40 Bir başka deyişle AİHM bu davada, Alman Düzene Aykırılıklar Kanununda öngörülen cezaların muhataplarının genel olması yüzünden söz konusu kanunun "cezai işler" kavramına gireceğini belirtmiştir. Bkz. Grabenwarter, s. 192.

41 Mole/Harby, s. 17, Delmas/Teitgen, s. 159.

42 Krş. Delmas/Teitgen, s. 167.

43 Grabenwarter, s. 192.

hürriyeti bağlayıcı cezaya dönüşemeyecek olması nedeniyle cezanın yeterli ağırlıkta olmadığını örtük bir şekilde belirtmiştir.[44]

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, ikinci ölçüt çerçevesinde, suçun doğası yanında genelliğine bakmaktadır. Daha açık bir deyişle, AİHM, suçun düzenlendiği normun düzenleme konusunun genel olup olmadığına bakmakta ve olaya uygulanan normun genel olduğunu düşündüğü durumlarda suçu "cezai işler" kapsamına sokarak AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasına girdiğini belirtmektedir.[45] Kısacası, AİHM, bu ölçüt bakımından normun kapsamına bakmaktadır. Bu bağlamda AİHM, ihlal edilen normun kapsamının, örneğin, bir meslek grubu gibi sadece belirli bir kişi grubuna uygulandığı durumlarda burada söz konusu normun ceza hukukuna ait değil, disiplin hukukuna ilişkin olduğu esasını benimsemektedir. Buna karşın AİHM, bir normun kapsamının genel olduğu veya genel bir etki yarattığı durumlarda AİHS'nin 6. maddesi uyarınca cezai olabileceği görüşünü savunmaktadır. Kısacası AİHM, cezai bir normun bir veya birden fazla belirli görevi olan kişi grubuyla sınırlı kalmadığı durumlarda doğası itibarıyla "cezai işler" kapsamına girdiğini ifade etmektedir.[46] Konu hakkında AİHM içtihatlarında değişik örnekler vermek faydalı olacaktır.

İlk örnek, AİHM'nin 22 Mayıs 1990 tarihinde Weber-İsviçre'ye karşı davasında vermiş olduğu karardır. Mahkemenin bu kararına konu olayda, başvurucu, hakaret sebebiyle bir ceza davası açmış ve şikâyetini kamuoyuna duyurmak için bir basın toplantısı düzenlemiştir. Bu toplantı nedeniyle başvurucu, soruşturmanın gizliliğini ihlal etmekle itham edilmiş ve kendisine ceza davası açılmıştır. Mahkûm olması üzerine, başvurucu, mahkeme kararına karşı itiraz etmiş, itirazı duruşma yapılmaksızın dosya üzerinde reddedilmiştir. Bunun üzerine başvurucu, AİHS'nin 6. maddesinin ihlal edildiği şikâyetinde bulunmuştur. AİHM, konunun cezai bir nitelik taşıyıp taşımadığını şu şekilde irdelemiştir:

44 Bkz. Grabenwarter, s. 194.

45 Moderne, s. 60, Krş. Delmas/Teitgen, s. 158-159.

46 Mole/Harby, s. 16.

"Disiplin cezaları genellikle belirli gruplara mensup kişilerin icraatlarıyla ilgili belirli kurallara uymalarını sağlamak için oluşturulmuştur. Ayrıca, Taraf Devletlerin büyük çoğunluğunda süren bir soruşturmaya ilişkin bilgi açıklaması böylesi kuralların dışında bir fiil teşkil eder ve çeşitli hükümler kapsamında cezalandırılabilir. Herkesten çok soruşturmanın gizliliği ile bağlanmış bulunan yargıçlar, avukatlar ve mahkemelerin işleyişiyle yakından bağlantılı olan kişiler, tüm cezai yaptırımlardan bağımsız olarak, meslekleriyle ilgili disipline ilişkin önlemlere tabidirler. Oysa taraflar, mahkemelerin yetkisine tabi kişiler olarak yargılamaya sadece katılırlar, dolayısıyla da adli sistemin disiplin suçu kapsamına girmezler. Ancak 185. madde tüm halkı etkileyebileceğinden, tanımlanan fiil ve buna ilişkin cezai müeyyide, ikinci ölçüt uyarınca "suç" kapsamına girer."[47]

Weber-İsviçre davasıyla büyük bir benzerlik taşıyan 27 Ağustos 1991 tarihli Demicoli-Malta'ya karşı davasında da AİHM, ihlal edilen normun kapsamı ölçütünü uygulamıştır. Bu davada AİHM, parlamentonun iki mensubunu ağır bir dille eleştiren bir makale yayımlayan bir gazeteci hakkında açılan milletvekilliği dokunulmazlığı ihlali davasını "cezai işler" kapsamında görmüştür. AİHM'ne göre ilgili norm hükmü, tüm halkı etkileyebileceğinden parlamentonun iç disiplinine ilişkin bir konu değildir.[48]

AİHM, 21 Şubat 1994 tarihli Ravnsborg-İsveç davasında vermiş olduğu kararda ise başvurucuya uygulanan para cezalarının mahkemedeki yargılamaya taraf sıfatıyla verdiği ifadelere ilişkin olduğunu, davanın yürütülmesinde düzeni sağlamak amacıyla alınan önlemlerin suç isnadından çok disipline ilişkin yaptırımlar niteliği taşıdığı sonucuna varmış ve dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin uygulanmayacağını kararlaştırmıştır.[49]

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "cezai işler"in kapsamını saptarken, ikinci ölçüt çerçevesinde işlenen "suçun doğası" ve "kapsamının genel olması" unsurla-

47 Mole/Harby, s. 16.

48 Mole/Harby, s. 16-17.

49 Mole/Harby, s. 17.

rından bir sonuca ulaşamadığı durumlarda üçüncü ölçütü uygulayarak "cezanın türü ve ağırlığına" bakmaktadır.[50] Az önce belirtildiği üzere ikinci ölçüt olan suçun doğasına özellikle onun hukuksal sonucuna ilişkin kısmına bağlı olan üçüncü ölçütle, yaptırımın türü, yaptırımın sanık üzerindeki etkisi, hürriyeti bağlayıcı ceza, para cezası, diğer hürriyeti bağlayıcı önlemler gibi cezanın türü, öngörülen en yüksek ceza ve bunların infaz şekillerine bağlı bulunan potansiyel etkileri dikkate alınmaktadır. Kısacası üçüncü ölçüt, bir bütün olarak faili tehdit eden mevcut olumsuz sonuçların ağırlığını kapsamaktadır.[51]

AİHM, az sonra ayrıntılarıyla bahsedilecek olan Engel ve diğerleri davasında yaptığı üzere ceza tehdidi altında bulunan kişiye uygulanan farklı ceza çeşitleri arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu bağlamda mahkeme, hürriyeti bağlayıcı cezaların kural olarak AİHS'nin 6. maddesinin uygulanması için yeterli olduğu düşüncesini taşımaktadır. Bununla birlikte, Mahkeme, soyut ceza, bir başka deyişle normda öngörülen en yüksek hapis cezasının doğası ve süresi ile infazının şekli ve türüne göre fail için önemli bir mağduriyete yol açmayacak olması durumunda 6. maddenin ayrıksı durumlarda uygulanmayacağı sonucuna varmaktadır.[52]

AİHM'nin üçüncü ölçütü oluşturan cezanın tür ve ağırlığına göre bir yaptırımın AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen "cezai işler" kapsamına girip girmediğini saptamada vermiş olduğu en ünlü kararı, oda hapsiyle ilgili 8.6.1976 tarihinde Engel ve diğerleri-Hollanda'ya karşı davasında vermiş olduğu karar oluşturmaktadır. AİHM'nin koymuş olduğu üçüncü ölçütü kavrayabilmek açısından yaşamsal bir önem taşıyan bu davadan bahsetmek uygun olacaktır.

Engel ve diğerleri Hollanda'ya karşı davasında başvurucular, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na[53] başvurdukları sırada Hollanda

50 Grabenwarter, s. 192, Krş. Delmas/Teitgen, s. 158-159, 165, Moderne, s. 60.

51 Grabenwarter, s. 192-193.

52 Grabenwarter, s. 193 ve dn. 77. Yazar burada dn. 78'de bir cezanın adli sicile kaydedilip kaydedilmediğinin de cezanın ağırlığı kavramına dâhil olduğunu belirterek AİHM içtihatlarından örnekler vermektedir.

53 Şimdiki ismiyle AİHM. 1 Kasım 1998 tarihinde yürürlüğe giren 11 Numaralı Pro-

ordusunda farklı rütbelerde mecburi askerlik görevini yapmakta olan askerlerdi. Başvuruculara değişik olaylarda askeri disipline aykırı davrandıkları gerekçesiyle üstleri tarafından çeşitli disiplin cezaları verilmiştir. Başvurucular, bu cezalar hakkında disiplin subayına ve Yüksek Askeri Mahkemeye itirazda bulunmuşlardır. Askeri Mahkeme itiraza konu olan kararları temel olarak onaylamış, ancak iki farklı olayda, verilen disiplin cezalarını indirmiştir.[54]

Başvuruculara askeri idari disiplin cezası olarak hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi, ağır göz hapsi ve disiplin odası hapis cezaları verilmiştir. Bu cezalardan hafif göz hapsinde kişi, mesai saatleri içerisinde normal olarak görevine devam etmekte, ancak mesai saatleri dışında kışla dışına çıkamamaktadır. Bu cezanın uygulanması sırasında kişi, kışla içerisinde bulunan sinema, kantin ve gezinti yerlerine gidebilmekte, ziyaretçi kabul etmesine ve telefon görüşmesi yapmasına izin verilmektedir. Hafif göz hapsi cezası, kilit altında tutulmaksızın çekilmektedir. Sıkı göz hapsi cezasında, kişi normal mesai saatleri içerisinde görevini yapmakta, ancak mesai saatleri dışında kilitli olmayan bir yerde kalarak kışla içerisinde serbestçe dolaşamamakta, ziyaretçilerini de yalnızca izinle kabul etmektedir. Ağır göz hapsi cezası, subaylara evlerinde oturma şeklinde çektirilirken, Eratlara, koğuşa kapatılması suretiyle çektirilmektedir. En ağır disiplin cezasını oluşturan disiplin oda hapsi cezasında ise disiplin yargılaması sonucu fiili işlediği sabit olan asker, üç aydan altı aya kadar oda hapsi cezasına çarptırılmakta ve bu süre boyunca odaya kapatılarak cezası çektirilmektedir.[55]

Birinci başvurucu olan Engel, Mart 1971 tarihinde Hollanda Ordusunda çavuş olarak görev yapmıştır. Birlik komutanı, Engel'e disipline aykırı davranışlar nedeniyle önce dört gün hafif göz hapsi vermiş, daha sonra ise, bir önceki cezaya uymadığı gerekçesiyle üç gün sıkı

tokol ile Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ortadan kaldırılarak yerine daimî olarak görev yapacak olan "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi" (AİHM) oluşturulmuştur.

54 Bkz. Tülen, Hikmet: "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Bir Bakış" (Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 647-674), s. 664.

55 Bkz. Tülen, s. 664.

göz hapsi vermiştir. Engel'in sıkı göz hapsini çekerken kışlayı terk ederek evine gitmesi üzerine Komutanı tarafından Engel'e üç gün ağır göz hapsi verilmiştir.[56]

Engel dışındaki dört başvurucu ise Komisyona başvurdukları sırada Hollanda ordusunda erbaş ya da er olarak görev yapmışlardır. Bu kişilere de farklı olaylar dolayısıyla askeri disiplin aykırı davrandıkları gerekçesiyle hafif göz hapsi, sıkı göz hapsi ve disiplin odası hapsi şeklinde cezalar verilmiş ve bunlar infaz edilmiştir.[57]

Başvuruculaların tümü, kendilerine uygulanan disiplin cezası ve tedbirlerinin, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını[58] ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Bunun üzerine Komisyon, askeri disiplin sisteminin, doğası gereği sivil şahısların hak ve özgürlüklerine konulamayacak sınırlamaların, silahlı kuvvetler mensuplarına konulmasına olanak verdiğini, askeri disiplin sisteminin varlığının, "kendiliğinden" (ipso iure) sözleşmeci devletlerin yükümlülüğüne aykırı düşmeyeceğini, bununla birlikte söz konusu sistemin, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışında kalamayacağını ifade etmiştir. Komisyon, AİHS'nin 1. ve 14. maddelerinde sözleşmeci devletlerin egemenliği alanında bulunan herkesin ayrımcılığa tabi tutulmadan Sözleşmenin Birinci Bölümünde yer alan haklardan yararlanacaklarının belirtildiğini, 4. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendinde ise Sözleşmedeki güvencelerin askerleri de kapsayacağının teyit edildiğini, Sözleşmenin 5. maddesi-

56 Bkz. Tülen, s. 665.

57 Bkz. Tülen, s. 665.

58 AİHS'nin 5. maddesinin konumuzla ilgili hükümleri şu şekildedir. Madde 5: 1. Herkesin özgürlüğe ve kişi güvenliğine hakkı vardır. Aşağıda belirtilen haller ve kanunla belirlenen yollar dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz; a) Kişinin yetkili mahkeme tarafından mahkûm edilmesi üzerine usulüne uygun olarak hapsedilmesi; b) Bir mahkeme tarafından kanuna uygun olarak verilen bir karara riayetsizlikten dolayı veya kanunun koyduğu bir yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlamak için gözaltına alınması veya tutuklanması; c) Bir suç işlediği kuşkusu altında olan veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olmak zorunluluğu inancını doğuran makul sebeplerin bulunması dolayısıyla bir kimsenin yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere gözaltına alınması veya tutuklanması.

nin 1. fıkrasının, bu hükümlerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini, bu fıkrada gösterilen özgürlükten yoksun bırakma koşullarının "sınırlı sayıda" (numerus clauses) olduğunu, bu yüzden, bir disiplin cezası veya tedbirinin Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasını, ihlal edebileceğini ifade etmiştir.[59]

Komisyon, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının amacının, bir kimseyi keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakmaya karşı korumak olduğunu belirterek, başvurucular hakkında uygulanan askeri disiplin cezası ve tedbirlerinin keyfi bir şekilde "özgürlükten yoksun bırakma" oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre kişi, kilit altında tutulmadığı için üç-dört günlük hafif göz hapsi ile on iki günlük sıkı göz hapsinin özgürlükten yoksun bırakma sayılamayacağını, buna karşın, ağır göz hapsinin, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma olduğunu ifade etmiştir. Komisyon buna gerekçe olarak da ağır göz hapsi alan astsubay ve erlerin gündüz ve gece bir odada kilit altında tutulduklarını, bu nedenle özgürlükten yoksunluk olduğunu belirterek, durumun AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına gireceğini belirtmiştir.[60]

Komisyon, Engel'in ağır göz hapsinin, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasında aranan özgürlükten yoksun bırakma koşullarının hiç birisine uymadığını ifade etmiştir. Daha açık bir deyişle Komisyon, Engel'in durumunun AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde ifade edilen "yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararından sonra kişinin hukuka uygun olarak hapsedilmesi" koşuluna uymadığı gibi 5. maddenin 1. fıkrasının (b) bendinde ifade edilen "hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmek" koşuluna da uymadığını belirtmiştir. Komisyona göre hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü yerine getirmek koşulundan anlaşılması gereken şey, bir kimseyi o güne kadar yerine getirmediği belirli ve somut bir yükümlüğü yerine getirmeye zorlamak için hapiste tutulmasına hukuken izin verildiği durumlarla ilgili olduğunu, bu ifadenin geniş yorumlanmasının Sözleşmenin esin kaynağı olan hukukun üstünlüğü kavramı ile bağdaşmadığını, En-

59 Bkz. Tülen, s. 665-666.

60 Bkz. Tülen, s. 666.

gel'in geçici olarak tutulmasının, bir yükümlülüğün ileride yerine getirilmesini sağlamak koşulu çerçevesinde düşünülemeyeceğini ifade etmiştir. Komisyon, Engel'in geçici hapisliğine dair tedbirin, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde belirtilen tedbire benzese de (c) bendinin de koşullarının yerine getirilmediğini, çünkü Engel'in "kanunen yetkili makamların önüne çıkarma amacıyla" tutulmuş bulunmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Komisyon, Engel'in iki gün süreyle özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasında yer alan durumların hiç birisine uymadığını, dolayısıyla keyfi bir özgürlükten yoksun bırakma olduğunu, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[61]

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere Komisyon, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının Sözleşmenin 5. maddesinde sayılan sınırlı nedenlere dayalı olarak sınırlandırılabileceğine, mahkûmiyet kararının iç hukuk bakımından disiplin ya da ceza hukuku alanına girmesinin bir önemi olmadığını, asker kişilerin sivillere kıyasla daha sınırlandırılmış bir özgürlük alanına sahip olsa da bu kayıt dışında AİHS'de tanınan hak ve özgürlüklerin asker kişileri de kapsamına aldığı fikrini benimsemiştir. Komisyon, özgürlükten yoksun bırakma kararının idari bir makam tarafından verilmesi halinde kişilere mahkemeye başvurma hakkının tanınması gerektiğini, Sözleşmenin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin hükümlerine uyulduğunun söylenebilmesi için özgürlükten yoksun bırakmanın yargı kararından ileri gelmesi gerektiğini, mahkûmiyet kararının davaya bakmak için gerekli yetkiye sahip, yürütmeden bağımsız ve uygun yargı teminatlarını haiz yetkili mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.[62]

Bu davada Komisyon, Engel'e geçici bir süre için verilen hapis cezasının, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasını ihlal ettiğini belirtmiş olsa da söz konusu cezanın 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "cezai işler" tanımına girmediğini belirtmiştir. Yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında bir

61 Bkz. Tülen, s. 666-667.

62 Bkz. Tülen, s. 667.

ceza hukuku davası bulunup bulunmadığını incelerken, üçüncü ölçüt gereği cezanın türü ve ağırlığına bakmaktadır.[63] Bu bağlamda AİHM, özgürlüğünden yoksun bırakılma durumunun bir ceza olarak uygulandığı durumda, normun, disiplinden ziyade, ceza hukukundaki "suç" kapsamına gireceği görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de AİHM,[64] Engel ve diğerleri-Hollanda'ya karşı davasında şu görüşü savunmuştur:

"Hukukun üstünlüğüne inanan bir toplumda, özgürlükten yoksun bırakılmak ceza olarak uygulandığında "suç" kapsamına aitken, istisnası; cezanın tür, süre ve infaz açısından bu kapsama girmeye yeterli olmadığı durumlardır. Söz konusu durumun ciddiyeti Taraf Devletlerin gelenekleri ve kişinin fiziksel özgürlüğüne gösterilen saygıya, Sözleşme tarafından atfedilen önem bunu gerektirir."[65]

Engels ve diğerleri-Hollanda davasında belirtilen bu gerekçeden anlaşılacağı üzere, her özgürlükten yoksun bırakılma durumunda, AİHS'nin 6. maddesinin uygulanması gerekmemektedir. Bu bağlamda AİHM, Engel'e verilen iki günlük kısa hapis cezasını, "cezai işler"in kapsamına girmek bakımından yetersiz bulmuştur. Bununla birlikte Mahkeme, hapis tehdidinin de 6. maddenin uygulanmasına yol açabileceği düşüncesini taşımıştır. Nitekim Engels ve diğerleri-Hollanda'ya karşı davasında başvuruculardan birisinin sonuçta özgürlükten mahrum bırakılma kapsamına girmeyen bir ceza alması da AİHM'nin değerlendirmesini etkilememiş, kısacası sonuç, başta tehlikeye atılanın önemini bastıramamıştır.[66]

Sonuç olarak bu davada AİHM, Engel'in iki günlük hücre cezasının yeterli ağırlığa sahip olmadığını, bir başka deyişle, ağır bir yaptı-

63 Aslında Grabenwarter'in belirttiği üzere AİHM ilk defa olarak 1976 yılında vermiş olduğu Engel ve diğerleri davasında ortada bir ceza hukuku davasının bulunup bulunmadığına ilişkin ölçütler koymuştur. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere bu ölçütlerin ilki, kuralın ulusal hukuktaki yeri, ikincisi suçun doğası ve genelliği, üçüncüsü ise yaptırımın türü ve ağırlığıdır. Bkz. Grabenwarter, s. 191.

64 O zaman ki ismiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu.

65 Mole/Harby, s. 17.

66 Mole/Harby, s. 18.

rım niteliği taşımadığı esasını benimsemiş ve bunu AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen ceza hukuku davası olarak kabul etmemiştir.[67] AİHM iki günlük hapis cezasını yalnızca kısa süre oluşturması nedeniyle değil, Engel'in o cezayı kesin olarak çekmeyecek olması nedeniyle de kabul etmiştir.[68] Ancak AİHM'nin bu görüşünden özgürlüğü bağlayıcı nitelikte askeri disiplin cezasının "cezai" nitelik taşımadığı sonucuna ulaşılmamalıdır. Zira bu davada mahkeme Engel'e verilen hapis cezasını özgürlüğü bağlayıcı ceza olarak kabul etmekte ve söz konusu cezanın ulus devlet tarafından "disiplin" olarak adlandırmasına itibar etmemektedir. Mahkemenin burada yaptığı şey, Engel'e verilen cezanın AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukuku davası olarak nitelendirilemeyeceğidir.[69]

Nitekim AİHM, yeterli ağırlıkta özgürlüğü bağlayıcı nitelikte askeri disiplin cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukuku davası olarak kabul etmektedir. Her şeyden önce AİHM, bizzat Engel ve diğerleri davasında askerlerin üç aya kadar oda hapsi cezasını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında yeterli ağırlığa sahip bir ceza hukuku uyuşmazlığı olarak kabul etmiştir.[70] Yine AİHM, 26.2.2002 tarihinde vermiş olduğu Morris kararında, bir askerin dokuz ay hapis cezasına çarptırılmasını, "cezai" niteliğinin kabul edilmesini zorunlu kılan esaslı nitelikte özgürlüğü bağlayıcı bir ceza olarak kabul etmiştir.[71]

Bu örnekler dışında, AİHM'nin bir uyuşmazlığın "cezai" nitelik taşıyıp taşımadığı konusunda yaptırımın türü ve ağırlığı konusundaki üçüncü ölçütü dikkate alarak sonuca ulaştığı çok sayıda başka içtihatları da bulunmaktadır. Çalışmanın hacmini büyütmemek için bu ko-

67 Krş. Türmen, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Uyuşmazlıklar" (Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, Sempozyum, 11 Mayıs 2009, Ankara 2009, s. 41-51), s. 45.

68 Grabenwarter, s. 193-194.

69 Krş. Moderne, s. 62.

70 Bkz. Grabenwarter, s. 194 ve dn. 81.

71 Bkz. Grabenwarter, s. 194 ve dn. 80.

nuda iki örnekle yetinilecektir. Bu konuda verilecek ilk örnek AİHM'nin 28.6.1984 tarihinde Campbell ve Fell-Birleşik Krallığa karşı davasında vermiş olduğu karardır. Bu kararında Mahkeme, yaptırımın ağırlığına bakarak yapılan işlemin "ceza" olduğu sonucuna ulaşmıştır.[72] Daha açık bir deyişle, AİHM, bu davada, özel af öncesi üç yılın hapiste geçirilmesinin, ağır bir yaptırım olduğu gerekçesiyle, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "cezai işler" kapsamına girdiğini belirtmiştir.[73]

AİHM, 10.6.1996 tarihinde Bentham-Birleşik Krallığa karşı davasında vermiş olduğu kararda ise olaya konu olan özgürlükten yoksun edilme cezasının, yaptırımın türü ve ağırlığı bakımından "cezai" nitelik taşıdığı sonucuna varmış ve böyle bir durumda ilke olarak adaletin tecellisi için yasal temsilci bulundurulmasının zorunlu olduğu görüşünü savunmuştur.[74]

AİHM, bir yaptırımın AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukukunu girip girmediğini saptarken kullandığı "yaptırımın türü ve ağırlığı" şeklindeki üçüncü ölçütü, para cezası yaptırımları bakımından da uygulamaktadır. Bu bağlamda AİHM'nin baktığı ilk şey, para cezası yaptırımının türü veya niteliğidir. Daha açık bir deyişle AİHM, para cezasının, zarara karşılık maddi tazminat niteliğinde mi, yoksa kusurun tekrarlanmaması için caydırıcı ceza niteliğinde mi olduğunu incelemekte, yalnızca ikinci durumun[75] söz konusu olduğu hallerde uygulanan yaptırımın ceza hukukunun kapsamına gireceğini işaret etmektedir.[76] Görüldüğü üzere AİHM, maddi tazminat niteliğindeki belirli bir paranın ödenmesini AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "cezai işler" kapsamında görmemektedir.

72 Delmas/Teitgen, s. 166-167.

73 Mole/Harby, s. 18 ve dn. 78.

74 Krş. Mole/Harby, s. 18 ve dn. 77.

75 Nitekim AİHM, yukarıda bahsedilen Demicoli kararında, tazminat talebinin cezai yaptırım olarak kabul edilemeyeceği görüşünü savunmuştur. Bkz. Grabenwarter, s. 195.

76 Krş. Mole/Harby, s. 18.

AİHM'nin üçüncü ölçütü uygulayarak, örneğin idari vergi para cezasını, "cezai işler" kapsamında gördüğü konusunda verilebilecek en açık örnek, 24.2.1994 tarihli Bendenoun-Fransa'ya karşı davasında vermiş olduğu karardır.[77] Mahkeme, bu kararında, Fransa'da idari yaptırım sayılan mali yaptırımları, üçüncü ölçüt çerçevesinde AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "ceza suçlaması" kapsamına dâhil etmiş ve bu tür yaptırımlara söz konusu maddenin uygulanacağını vurgulamıştır. Bununla birlikte mahkeme, bu ölçüte göre suç isnadı özelliklerine sahip bu davada başvuranın adil yargılanma hakkı kapsamında yer alan "silahların eşitliği" ilkesi ile savunma hakkının ihlal edilmediği, vergi cezasına konu olan dört belgenin başvuran tarafından doğruluğunun itiraf edildiği ve daha önce konuya ilişkin savunma yapmak üzere dosyanın tamamını istemediği, daha sonra bunu istediğinin ortaya çıktığını belirtmiştir. AİHM, özellikle iç hukuk kurallarıyla idari yaptırım olarak adlandırılan birtakım yaptırımların özü itibarıyla cezai yaptırım olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinin ilgili ülkenin vermiş olduğu tanıma göre değil, AİHS kuralları çerçevesinde yapılan değerlendirmelere göre belirlenebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme, eğer kendisi tarafından adil yargılanma hakkına ilişkin bilinen belirli ölçüte göre yapılan değerlendirmede, bir yaptırımın cezai niteliği ağır basarsa bu yaptırımın uygulanmasında AİHS'nin adil yargılanma kuralları olarak nitelendirilen 6. maddeye uyulmamasının açılan davanın kabulü sonucunu doğuracağına dikkat çekmiştir. Böylelikle, Fransa'da idari yaptırım sayılan kimi mali yaptırımlar, mahkemenin uyguladığı ölçütlere göre "cezai suçlamalar" kapsamına dâhil edilerek bu tür yaptırımlara AİHS'nin 6. maddesinin uygulanacağı[78] açıkça vurgulanmıştır.[79]

77 Bu kararından önce AİHM, idari vergi cezalarını Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "medeni hak ve yükümlülükler" kavramına sokmakta, buna karşın bu fıkrada belirtilen "cezai işler" kapsamına sokmamaktaydı. Fazla bilgi için bkz. Moderne, s. 58, 93.

78 Gerçekten de Tezcan'ın belirttiği üzere AİHM'nin vergi cezaları konusundaki tutumu özgün bir nitelik göstermektedir. Mahkeme, vergi cezasını veren makamın mahkeme veya idare olduğuna bakmaksızın söz konusu yaptırıma yasa koyucu ne ad verirse versin ona AİHS'de öngörülen güvenceler bakımından

Mahkeme, bu sonuca dört nedenden dolayı ulaşmıştır. Bunlardan ilki, dava konusu olayların Genel Vergi Kanununun 1729. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına girmesine, bu fıkranın ise yalnızca özel statüye sahip belirli bir grubu değil, bütün vergi mükelleflerine ilişkin oluşudur. Çünkü bu fıkra, her vergi mükellefine belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirerek bir yaptırım öngörmektedir. İkinci olarak, verilen para cezası, zam ve faiz gibi vergi miktarını artırmak veya vergiyi güvence altına almak, diğer deyişle, bir zararın parasal giderimini değil, benzeri davranışların tekrarını önlemek üzere "cezalandırıcı" niteliktedir. Üçüncüsü, söz konusu vergi miktarını artırma nedenleri, eşzamanlı olarak önleyici ve cezalandırıcı amacı olan genel nitelikli bir kurala dayanmaktadır. Son olarak, uygulanan yaptırımın miktarı çok yüksektir. Çünkü bu ceza, Bay Bendenoun için 422.534 Frank, şirketi için de 570.398 Frank'tır. Buna ek olarak, idari para cezasının tamamının ödenmemesi durumunda, Bay Bendenoun, Fransız Genel Vergi Kanununun 1729. maddenin 35. fıkrası uyarınca hapisle tazyik edilmesi haliyle karşılaşabilir.[80] Görüldüğü üzere AİHM, davanın değişik yönlerinin ağır sonuçlarını göz önüne alarak[81] bu yaptırımların cezai boyutunun ön plana çıktığını gözlemlemiş, bu niteliklerin hiçbirisi belki tek başına bir sonuca götürmese de topluca ve birbirleriyle iç içe değerlendirilmeleri sonucu faili tehdit eden mevcut olumsuz sonuçların ağırlığını bütüncül bir şekilde değerlendirerek idari vergi cezasına "cezai" nitelik kazandırdığı sonucuna ulaşmıştır. Böylelikle Mahkeme, olayda uygulanan idari vergi cezasının Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "cezai işler" kapsamına girdiğine hükmetmiştir.[82]

fazla önem vermemiştir. AİHM, çok uzun zamandan beri vermiş olduğu çeşitli kararlarda bu durumu açıklığa kavuşturmuş ve ortaya çıkan sonuca göre bir yaptırımın anılan sözleşmede öngörülen güvencelerden yararlanıp yararlanmayacağını, her somut olayda kendiliğinden takdir etmiştir Bkz. Tezcan, s. 24-25.

79 Krş. Tezcan, s. 28.

80 Tezcan, s. 25-26.

81 Kısacası bu davada AİHM hem yaptırımın caydırıcı etkisini hem de vergi cezası miktarının yüksekliğini "birikmiş" (kümülatif) koşul olarak kabul etmiştir. Grabenwarter, s. 195.

82 Krş. Tezcan, s. 26. AİHM'nin; vergi usulsüzlüğü suçuna karşılık olarak uygu-

AİHM belirli koşullar altında Bağımsız İdari Otorite'ler (BİO) tarafından uygulanan yaptırımların da AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" kapsamına gireceği görüşünü savunmuştur. Gerçekten de mahkeme yukarıda belirtilen 30.5.1991 tarihli Stenuit-Fransa'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda, BİO ile yaptırımın muhatabı arasında önceden ilişki olmadığı durumlarda ve/veya BİO tarafından uygulanan para cezasının oransal olarak arttığı durumlarda uygulanan yaptırımın, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "ceza işler" kategorisine sokulacağına hükmetmiştir.[83]

AİHM, disiplin hukuku çerçevesindeki mesleki yasakları da belirli koşullar altında AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukukunun kapsamına sokmaktadır. Mahkeme, geçici ve süreli olsa bile mesleki yasakların, 6. maddenin uygulanmasını gerektiren cezai yaptırımlar olabileceğini kabul etmiştir.[84] Mesleki yasakların, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak nitelendirilebilmesi için aranan temel koşul, söz konusu yasağın "muhatabının durumunu esaslı bir biçimde etkileyip etkilemediği" ölçütüdür. Bu bağlamda AİHM, muhatabın durumunu esaslı bir biçimde etkileyen mesleki yasakların Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "cezai" kavramına altlanabileceği görüşünü savunmuştur. Bu konuda verilecek en somut örnek, Huber-Avusturya'ya karşı davasında verilen karardır. Komisyonun 19-20 Temmuz 1971 tarihinde vermiş olduğu bu karara konu olan olayda; fiyatlarla ilgili bir kanuna karşı suç işlediği iddiasıyla başvurucunun kasap dükkânının geçici olarak kapatılması için bir emir çıkartılmış, söz konusu emirde kapatma işlemine son verilebilmesi için ya dostane çözüm şeklinde bir gü-

lanan bir para cezasının uygulanmasıyla sonuçlanan davanın AİHS'nin 6. maddesinin hükümleri çerçevesinde izlenmesi gereken ilkelere dâhil olduğu konusunda başka bir kararı için bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 217.

83 Delmas/Teitgen, s. 167.

84 Grabenwarter, s. 195. Yazar burada dn. 90'da bu durumun örneği olarak AİHM'nin 23.6.1981 tarihinde vermiş olduğu Le Compte ve diğerleri kararı ile 26.9.1995 tarihinde vermiş olduğu Diennet kararını zikretmektedir.

vence yatırılması ya da söz konusu teminat yatırılmazsa ilgili mahkemeye başvurulup ondan bir karar getirtilmesinin şart olduğu ifade edilmiştir. Komisyon, geçici süreli kapatma emrinin tebliğ edildiği tarihten itibaren AİHS'nin 6. maddesi bağlamında başvurucuya bir suçlamanın yöneltilmiş olduğu sonucuna varmıştır.[85]

II- AİHM'İN İDARİ SUÇ VE CEZALARDA KANUNİLİK İLKESİNİN UYGULANMASI KONUSUNDAKİ İÇTİHATLARI

Bu kısımda, AİHM'nin idari suç ve cezaların iki temel gruba ayrılan, halka yönelik idari suç ve cezalar ile disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin uygulanmasına nasıl yaklaştığı incelenecektir. Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHM'nin halka yönelik idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki içtihatları, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda söz konusu ilkenin uygulanması konusundaki içtihatlarından farklılık[86] göstermez.[87] Zira yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Mahkeme, eğer halka yönelik bir idari cezayı "cezai işler" olarak kabul ederse AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "ceza hukuku"nun kapsamına sokmaktadır. Yine yukarıdaki açıklamalardan çıkarılacağı üzere AİHM kimi halka yönelik idari cezaları ya "medeni hukuk" kapsamında görmekte ya da ne ceza ne de medeni hukukun kapsamına gireceğine işaret etmektedir. İşte bu tip halka yönelik idari cezalarda AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmaz.[88] Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHS'nin 7.

85 Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 214-215.

86 Zira AİHM, idari ceza olarak nitelendirdiği olaylarda "cezalandırıcı" bir yön bulunduğu anlayışından hareketle ceza hukuku ilkelerinin burada da geçerli olduğu görüşünü savunmaktadır. Bkz. Delmas ve Teitgen, s. 159.

87 Bu yüzden ilgili kısımda AİHM'nin sadece AİHS'nin 7. maddesini nasıl anladığı üzerinde durulacaktır.

88 Bunun gibi idari tedbirler ile güvenlik tedbirleri bakımından da AİHS'nin 7. maddesi uygulanmamaktadır. Daha doğru bir deyişle AİHM, AİHS'nin 7. maddesinin "önleyici" nitelikteki mevzuat açısından geçerli olmadığı görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de AİHM, 1.7.1961 tarihli Lawless-İrlanda'ya karşı davasında Sözleşmenin 7. maddesinin uygulama alanını somut bir şekilde açıklamıştır. Bu kararda, Mahkeme, şu düşünceyi ileri sürmüştür: "Dava kayıtları,

maddesinin uygulanabilmesi için bir yaptırımın 6. maddenin 1. fıkrasında belirtilen "cezai işler" kapsamına girmesi mutlak bir koşuldur.

İrlanda Hükümetinin G.R. Lawless'i 1940 tarihli (Değişik) Devlete Karşı İşlenmiş Suçlar Kanununa göre, sadece kamu huzurunun ve düzeninin ya da devletin güvenliğinin korunmasını tehlikeye atacak faaliyetlerde bulunmasını önlemek için gözaltına aldığını gösterdiğinden; Lawless'in önleyici bir tedbir olarak gözaltına alınmasının, Sözleşmenin 7. maddesi anlamında suçlu bulunmuş olmasından dolayı olduğu söylenemeyeceğinden; bu nedenle 7. maddenin G.R. Lawless davasıyla ilgisi olmadığından; İrlanda Hükümeti G.R. Lawless'i 1940 tarihli Kanun uyarınca gözaltına alarak AİHS'nin 7. maddesi uyarınca yükümlülüklerini ihlal etmemiştir. Mahkeme bu görüşünü serserilikle ilgili olarak 18.6.1971 tarihinde De Wilde, Ooms ve Versyp davası kararında da tekrarlayarak 7. maddenin önleyici tedbirleri içeren mevzuat bakımından geçerli olmadığı görüşünü tekrarlamıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 271. Kısacası AİHM, Sözleşmenin 7. maddesinin yalnızca cezalandırıcı mevzuat için geçerli olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, ülkelerin kendilerine göre bir tedbiri önleyici olarak tanımlayarak 7. maddenin uygulanmasından kaçınmalarına izin vermemektedir Gerçekten de Mahkemenin, 9.2.1995 tarihinde Welch-Birleşik Krallığa karşı davasında şu görüşler ileri sürülmüştür: Bu hükümdeki "ceza" kavramı, 6. maddenin 1. fıkrasındaki "medeni haklar ve yükümlülükler" ve "cezai alanda yöneltilen suç" kavramları gibi özel bir Sözleşme kavramıdır...7. maddede sağlanan korumanın etkili olabilmesi için, Mahkemenin alınan bir tedbirin bu maddenin anlamı çerçevesinde esas itibarıyla bir "ceza" teşkil edip etmeyeceğini, görünümlerin ötesine giderek kendi başına değerlendirebilme olanağına sahip olması gerekmektedir...7. maddenin 1. fıkrasının ikinci cümlesindeki ifadeden, bir cezanın ağırlığının değerlendirilmesinde başlangıç noktasının, söz konusu tedbirin "suç" ile ilgili bir mahkûmiyetten sonra uygulanıp uygulanmadığına bakılması olduğu anlaşılmaktadır. Bu bağlamda ilgili diğer ölçütler arasında tedbirin doğası ve amacı; ulusal hukukta nitelendiriliş şekli; tedbirin konması ve uygulanması aşamasında var olan usuller ve tedbirin ağırlığı yer alır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 271-272. Mahkemenin söz konusu özerk yorumunu kanımızca anlayışla karşılamak gerekmektedir. Gerçekten de AİHM, 22.6.2000 tarihinde Coëme ve diğerleri-Belçika'ya karşı davasında "(u)ygulanabilir ve etkin bir şekilde hakların korunması amacını güden AİHS'nin amacı göz önüne alındığında, (Mahkeme) kamu yararı ve bireylerin temel hakları ile demokratik devletlerde halen geçerli olan kavramları dengeleme gereksinimini göz önünde tutar..." şeklinde bir ifadeye yer vererek (Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 272) bu gereksinime işaret etmiştir.

Bu bağlamda idari suç ve cezaların diğer bir grubunu oluşturan disiplin suç ve cezaları AİHM tarafından "cezai işler" kapsamında görülmemekte, "medeni hak ve yükümlülükler" olarak kabul edilmektedir.[89] Bu yüzden disiplin suç ve cezalarına doğası gereği kanunilik ilkesinin uygulanması olanaksız olduğundan ilgili kısımda yalnızca AİHM'nin disiplin suç ve cezalarına tarihsel olarak nasıl yaklaştığı üzerinde durulacaktır.

1. Halka yönelik İdari Suç ve Cezalarda

Yukarıda belirtildiği üzere suç ve cezada kanunilik ilkesi, AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin 1. fıkrasında; hiç kimsenin işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkûm edilemeyeceği, ayrıca, hiç kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği ifade edilmiş, 2. fıkrasında ise bu maddenin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal ile suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Bu maddeyi AİHM'nin nasıl yorumladığı üzerinde az sonra ayrıntılı bir şekilde durulacaktır. Bu incelemeye geçmeden önce söz konusu ilkenin önemi hakkında kısa bir açıklama yapmak uygun olacaktır.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu gerekse Komisyonun yerini alan AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesine devamlı bir şekilde büyük önem vermişlerdir. Gerçekten de Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 7.5.1982 tarihinde K.X Ltd.Y. Birleşik Krallığa karşı davasında; AİHS'nin 7. maddesinin Sözleşmenin bütününe egemen olduğunu, ayrıca 8. ve sonraki maddelerde yer alan esasların "kanunilik" ilkesini tamamladığını, bu konuda özellikle kanunun geçmişi etkilemesi olasılığına ilişkin daha ayrıntılı ve etraflı hükümler içerdiğini

89 İleride ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulacağı üzere AİHM, 19 Nisan 2007 tarihinde vermiş olduğu Eskelinen davasındaki kararıyla disiplin cezalarını "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul etmiştir. Bu kararından önce Mahkeme disiplin cezalarını medeni hak ve yükümlülük olarak kabul etmemiştir. Ancak Mahkeme disiplin cezalarını hiçbir zaman ceza hukukunun kapsamına sokmamıştır.

belirtmiştir.[90] AİHM ise 22.11.1995 tarihinde K.S.W-Birleşik Krallığa karşı davası ile R-Birleşik Krallığa karşı davasında vermiş olduğu kararlarda; suç ve cezada kanunilik güvencesinin, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal bir unsurunu oluşturduğunu, Sözleşmenin kurduğu koruma sistemi içinde önemli bir yer tuttuğunu, bunun en önemli kanıtının savaş veya öteki genel tehlike hallerinde dahi bu hükme 15. madde aracılığıyla bir ayrıksı durumun öngörülememesi[91] olduğunu, maddenin konu ve amacının gereği olarak bu hükmün keyfi yargılama, hüküm verme ve cezalandırmaya karşı gerçek bir güvence sağlayacak şekilde özüne ve amacına uygun olarak yorumlanması ve uygulanmasının şart olduğunu ifade etmiştir.[92]

AİHM, AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin, kendisine özgü birtakım niteliklere sahip olduğu görüşünü taşımaktadır. Daha açık bir deyişle mahkeme, Sözleşmede ifade edilen "hukuk"[93] (law) kavramının şekli anlamda değil, fakat maddi anlamda kanun[94] olarak kullanıldığı düşüncesini taşımaktadır.[95] Bu bağlamda Mahkeme, sözleşmede

90 Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 324.

91 AİHS'nin 15. maddesinin 2. fıkrasında, savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde bile 7. maddenin hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceği ifade edilmiştir.

92 Bkz. Gözübüyük/Gölcüklü s. 324.

93 Gözübüyük/Gölcüklü (s. 325'de) bizim "hukuk" olarak belirttiğimiz kavramı "yasa" şeklinde ifade etmektedirler. Hâlbuki Sözleşmenin İngilizce metninin 7. maddesinde kullanılan "law" ibaresini "hukuk" şeklinde anlamak gerekir. Eğer bu maddede "yasa" kavramının kullanılması amaçlansaydı "act" ibaresinin kullanılması gerekirdi.

94 Bundan da öte mahkeme kanunun öze yönelik bir takım niteliklere sahip olması gerektiğini de aramaktadır. Gerçekten de mahkemenin 26.3.1987 tarihli K. Leander-İsveç'e karşı davasında verdiği yerleşik içtihada göre, şekil şartlarının bulunmasının bir hukuk kuralının Sözleşmedeki anlamında kanun sayılmasına yetmediğini, konulan normun (kanun hükmünün) demokratik topluma ters düşmeyen ve Sözleşme ile bağdaşabilir bir nitelikte olması de gerekir. Bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 325.

95 Grgić ve diğerlerinin daha açık ifadesiyle, AİHM içtihatlarına göre, AİHS'de ifade edilen kanun kavramı, özerk bir anlama sahiptir. Kanun, sadece resmi an-

geçen "hukuk" veya "hukuki" sözcüklerinin salt yasama organı tasarruflarına yollamada bulunmadığını, suç ve cezaların hangi tür düzenleyici işlemlerle konulacağının bir iç kamu hukuku sorunu olduğunu, Sözleşme dilindeki "hukuk"un, türü (kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat, örf-adet gibi) ne olursa olsun soyut norm koyan düzenleyici tasarruflar olduğunu düşünmektedir.[96] Bundan da öte Mahkeme,

lamda bir kanunu ifade etmemektedir. Bu kavram, aynı zamanda, anayasa, devletin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Topluluğu hukuku ile örneğin tüzük gibi maddi anlamda başka bir kanunu da kapsamaktadır. Grgić, Aida ve diğerleri: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Türkçeye çevirenler; Özgür Heval Çınar/Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi, Belçika 2007, s. 14.

96 Akıllıoğlu'nun daha açık ifadesiyle bu bağlamda AİHM bakımından "hukukilik" (lawfulness), idare hukukundaki "kanunilik" ya da "kanuna uygunluk" ilkesiyle neredeyse özdeş bir nitelik taşımaktadır. [İdare hukukunda geçerli olan kanunilik ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 183-186]. Yazar, AİHM'nin kanuna uygunluk ilkesini, yalnızca idari işlemlerin herhangi bir kanuna aykırı hüküm içermemesi anlamında alınmamasını, aynı zamanda hatta öncelikle mutlaka kanuni bir dayanağa sahip olması şeklinde anlaşılması gerektiğini belirttiğini, öte yandan, idari işlemlerin dayandıkları kanunların öngördüğü koşullara uygun olmasının şart olduğunu benimsediğini, bu koşullar kanunda açıkça belirtilmemiş ise idarenin düzenleme yaparak uygunluk koşullarını belirlemesi şeklinde anladığını ifade etmektedir. Akıllıoğlu, AİHM'nin temel haklara yönelik müdahalenin "kanunla öngörülmüş olması" (provided by law) koşulunu aradığını, Mahkemenin kimi kararlarında kanunun AİHS'ne uygunluğunu da denetlediğini, bu denetim sırasında kanunun idari makamlara açıkça yetki verip vermediğini, yetki konusunun açıkça anlaşılır olup olmadığını, sınırlarının belirli olup olmadığını göz önünde tuttuğunu belirterek konu hakkında çeşitli örnek kararlardan bahsetmektedir. Yazar, AİHM'nin kanunilik ilkesinin uzantısı olarak "kanuni amaca uygunluk" (conformity to statutory aim) ilkesini de benimsediğini, bu ilke gereği idari yetkilerin yalnızca ilgili kanunların güttüğü amaçlar için kullanılabileceğini belirtmektedir. Akıllıoğlu, kanuni amaca uygunluk ilkesinin, kanunun sevk amacını incelemeyi gerektirdiğini, bu bağlamda kanunun başlangıç hükmünde veya hazırlık çalışmalarındaki amacın araştırılacağını, buradan bir şey çıkmıyorsa kanun hükümlerinin tümü göz önünde tutularak amacın saptanacağını da ifade etmektedir. Bkz. Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü, 3.4.2018 tarihinde www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm (11 Ağustos 2004) adresinden erişildi.

Anglosakson hukukunda önemli bir yer tutan içtihat hukukunun da Sözleşmede bahsedilen "hukuk" kavramının kapsamına gireceği görüşünü benimsenmiştir. Kısacası AİHM, keyfiliğe karşı bir güvence teşkil eden 7. maddedeki "hukukun öngördüğü" deyiminin "nesnel ve herkes için zorunlu yazılı hukuk kuralları" yanında, aynı nitelikteki "örf ve adet hukukunu" (common law) içerdiği sonucuna varmıştır.[97]

Ancak burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHM'nin "hukuk" kavramını geniş anlamasından[98] Türk hukuku bakımından "kanun" dışındaki hukuk kaynaklarıyla suç ve ceza normunun yaratılabileceği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında "milli hukuk" kavramına yer verilerek suç ve cezanın nasıl konulacağı iç hukuka bırakılmıştır. Bu bağlamda AİHS'nin söz konusu fıkrasındaki "milli hukuk" kavramını, cezai normlar bakımından "kanun", daha açık bir deyişle "şekli anlamda kanun" olarak anlamak[99] gerekir.[100]

97 Fazla bilgi ve AİHM kararından örnekler için bkz. Gözübüyük/Gölcüklü, s. 324- 325, 376.

98 Bir başka deyişle, maddi kanun anlayışını benimsemesinden.

99 Nitekim Türkiye ile aynı, daha açık bir deyişle, Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan Belçika açısından AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi bakımından "şekli anlamda kanun" esasının geçerli olduğunu örtük bir şekilde savunmuştur. Gerçekten de AİHM'nin 22.6.2000 tarihinde Coëme ve diğerleri-Belçika'ya karşı davasında şu görüş ileri sürülmüştür: "Mahkeme, bir kişinin hakkında dava açılmasına ve hüküm giymesine neden olan fiilin gerçekleştiği zamanda, bu fiilin suç olduğunu gösteren bir kanun hükmü olduğunu ve uygulanan cezanın bu hükümle belirlenen sınırları aşmadığını... doğrulamalıdır." Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 274.

100 Krş. Nuhoğlu, Ayşe: "Kanunilik İlkesi Işığında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alkın Yayınları, İstanbul 2003, s. 677-697), s. 689. Öte yandan AİHM'nin benimsediği geniş anlamda kanun anlayışı, Balta'nın belirttiği üzere, Türk idare hukuku açısından, "kanun"un hukuk kaynakları arasında haiz olduğu özel ve üstün değere uymadığı gibi uygulama gereksinimlerine de uygun düşmez. Bundan ötürü, Türk idare hukuku bakımından kanunu, şekli kanunla konan hukuk kuralları ile bunlara

AİHM kararına konu olmasa da AİHS'nin 7. maddesi, suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi bakımından bir başka özgün duruma yer vermektedir. Gerçekten de yukarıda belirtildiği üzere Sözleşmenin 7. maddesinin 2. fıkrasında; suç ve cezada kanunilik ilkesinin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Bu fıkrada, Mantovani'nin belirttiği üzere, "işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmal" kavramı ile, kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine mutlak bir şekilde uyulmasının şart olmadığı, söz konusu kavramın da ceza hukuku normu bakımından bir kaynak oluşturacağı açıkça ortaya çıkmaktadır.[101]

AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin irdelenmesi sonucu, söz konusu ilkenin "kanunun açıklığı" alt ilkesinin de özgün bir nitelik taşıdığı görülmektedir.[102] Gerçekten de AİHM, 7. maddedeki "hukukun öngördüğü" koşulunun gereği olarak, konulan "kural"ın "açık" ve ilgililerce "anlaşılabilir" veya normun

eş kurallar anlamında kabul etmek daha doğru bir yol olacaktır. Bkz. Balta, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, Ankara 1968/1970, s. 112.

101 Mantovani, s. 55.

102 Aslında AİHM Anglosakson hukukuna tabi olan ülkeleri dikkate alarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesi bakımından bir farklılaştırma yapsa da söz konusu ilkenin "kanunun açıklığı" alt ilkesi bakımından farklılaştırma yapmamaktadır. Daha açık bir deyişle AİHM, kanunun açıklığı alt ilkesinin ister Kıta Avrupası, isterse Anglosakson hukuk sistemini benimsemiş olsun her ülkede özdeş bir şekilde uygulanacağını belirtmektedir. Bu bağlamda Nuhoğlu'nun belirttiği üzere AİHM, AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" ilkesini, temel olarak, Anglosakson hukuk sistemine sahip ülkeleri de dikkate alarak suç ve ceza içeren normların açık ve belirli olması şeklinde uyguladığını söyleyebilmek olanaklıdır. Bu bağlamda AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olan açıklık esasının, iki ana unsurunun bulunduğunu kabul etmektedir. Bunlardan ilki, uygulanacak hükümlerin (kanunların), kolay ulaşılabilir olması, daha açık bir deyişle, yurttaşların belirli bir eyleme uygulanacak olan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bir bilgiye sahip olmaları, ikincisi ise hukuk kurallarının yeterli bir açıklıkta düzenlenmiş olmasıdır. Bkz. Nuhoğlu, s. 689.

gerektiğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olması gerektiğini, tüm ayrıntıların norm içerisinde yer alması zorunluluğunun bulunmadığı görüşünü taşımaktadır. Bir başka deyişle, Mahkeme, hükümdeki olası belirsizliklerin içtihat yoluyla aydınlatılmış olduğu durumlarda da söz konusu koşulun gereğinin yerine getirildiğini, bu hususun "hukuk güvencesi" ve "hukukun üstünlüğü", kısacası "hukuk devleti" ilkesinin bir gereği olduğunu ifade etmektedir.[103]

Suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesi ile "yorum" kavramı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.[104] AİHM, 7. madde bağlamında "yorum" kavramının da özgün bir nitelik taşıdığı görüşünü savunmaktadır. Gerçekten de Mahkeme, 25.5.1993 tarihinde Kokkinakis-Yunanistan'a karşı davasında vermiş olduğu kararda, 7. maddedeki hükmün, ceza normunun, davalının aleyhine olacak biçimde geriye dönük olarak uygulanmasını önlemekle kalmadığını, bunun yanında örneğin, kıyas gibi yollarla genişletilerek yorumlanması ve uygulanmasını da yasakladığını, bu ilkelere göre, bir suçun kanunda açık bir biçimde tanımlanması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu şartın, kişinin ilgili hükmün ifadesinden ve gerekiyorsa mahkemelerin bu hükmü yorumlamaktaki içtihatları yardımıyla, hangi eylem ve kusurların kendisini suçlu duruma düşürdüğünü bilebilmesi sayesinde yerine getirileceğini belirtmiştir. Mahkeme, AİHS'nin 7. maddesinde kullanılan "hukuk" kavramının, AİHS'de bu kavramın kullanıldığı başka yerlerde bulunanlarla aynı anlamı ifade ettiğini, kavramın, yazılı ve yazılı olmayan kanunlar ile erişilebilirlik ve öngörülebilirlik de dâhil olmak üzere niteliksel koşulları zımnen ifade ettiğini vurgulamıştır. Bununla birlikte, Mahkeme, ceza hukuku da dâhil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun, bir hüküm ne kadar açık yazılsa da ister istemez yargının yorumuna bağlı bir tarafının bulunacağı görüşünü taşımıştır. Daha somut bir deyişle Mahkeme, kuşku götüren noktaların aydınlığa kavuşturulması ve değişen koşullara uyum sağlayabilmek için her zaman norma bir açıklık getirme gereksiniminin olacağını, gerçekten de Sözleşmeci dev-

103 Fazla bilgi ve bir içtihat örneği için bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 325.

104 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 94-104.

letlerde, hukuk geleneğinin ayrılmaz bir parçası olan, hukukun bir kaynağı olarak içtihatların, ceza hukukunun gelişimine katkıda bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ceza normunun yargısal yorumunun, işlenen suçun esasına uygun ve makul olarak öngörülebilmesi kaydıyla, aşamalı[105] bir şekilde yapılabileceğini ifade etmiştir.[106]

AİHS'nin 7. maddesinin 2. fıkrası; suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkesini de özgün bir şekilde düzenlemiştir. Gerçekten de çeşitli defalar belirtildiği üzere bu fıkrada, kanunilik ilkesinin, işlendiği zaman uygar uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir fiil veya ihmalden suçlanan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel olmadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere bu fıkrada suç ve ceza normunun aleyhe bir şekilde geriye yürütülemeyeceği mutlak yasağına[107]

105 AİHM "aşamalı" ibaresine yer vererek ceza hukukunda "ilerletici yorum"un (interpretazione progressiva) olanaklı olduğu görüşünü örtük olarak savunmaktadır. İlerletici yorumun iki türü bulunmaktadır. Bunlardan birincisini "tarihi gelişim", ikincisini ise "yeni olaylara kanunun uygulanması" oluşturur. Bunlardan birincisinde, ceza hukukuna tarihi gelişim esasını aktarmak ve kuralı içeren metne yalnız yapıldığı zamandaki anlamı değil, kanunun lafzını günümüz gereksinimlerine uydurmak suretiyle yeni anlamlar verilir. İkincisinde ise yeni bir kural koymak ziyade, kanunun yapıldığı zaman öngörülmemiş olsa bile kanunun yeni olaylara uygulanması kastedilir. Birinci türde yapılan yorumda, yargıç, yeni hukuki kurallar koyan bir kimse, bir diğer deyişle, kanun koyucu konumuna geldiğinden ceza hukuku ve anayasa prensiplerine aykırıdır. Buna karşın kanun kurallarının genel ve geleceğe yönelik olmasının doğal sonucunun gereği olarak ikinci tür yorum geçerlidir. Fazla bilgi için bkz. Erem, Faruk: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, Ankara 1984, s. 95-96. Birinci tür yorum ceza hukuku ve anayasa hukuku ilkelerine aykırı olduğundan, kanımızca, AİHM'nin kastettiği ilerletici yorum türünü, "yeni olaylara kanunun uygulanması" olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır.

106 Bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, s. 325. Mahkeme, bu görüşünü, 13.7.1995 tarihinde vermiş olduğu Tolstoy Miloslavsky-Birleşik Krallığa karşı davasında da tekrarlamıştır. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 274-275.

107 Söz konusu mutlak yasak AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde açık bir şekilde öngörülmüştür. Gerçekten de bu cümlede; hiç kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilerek söz konusu mutlak yasağa işaret edilmiştir.

ayrıksı bir durum öngörülmektedir. Bu ayrıksı durum hakkında ilave açıklamaların yapılması faydalı olacaktır.

Cadoppi'nin belirttiği üzere, suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması bakımından "mala in se" (bizatihi doğası gereği kötü olan) suçlar ile "mala prohibita" (bizatihi kendisi kötü olmadığı halde kanun tarafından öngörülen suçlar) arasında bir ayrım yapılamaz. Daha somut bir deyişle yazar, gerek ahlaka aykırı olan suçlar, gerekse ahlakın ilgi alanı dışında olduğu iddia edilen suçların yargıç tarafından cezalandırılabilmesi için suç olduğunun önceden hukuk tarafından açıkça ortaya konulmasının gerekli olduğunu, AİHS'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında "kanunilik" ilkesinin tek ayrıksı durumunun, insanlığa aykırı olan suçlar olarak öngörüldüğünü belirtmektedir. Cadoppi daha açık bir ifadeyle, AİHS'nin 7. maddesinin 2. fıkrasındaki söz konusu hükmün; insanlığa karşı işlenen suçlarda "kanunun geriye yürümezliği yasağı" (prohibition of ex post facto laws) kuralına ayrıksı bir durum öngördüğünü ifade etmektedir. Bununla birlikte yazar, söz konusu ayrıksı durumun, "örnekseme" (kıyas) yoluyla diğer zarar verici davranışlar, hatta aşağılık fiiller için bile genişletilemeyeceğini belirtmektedir.[108]

Bu zamana kadar[109] AİHM'nin önüne insanlığa karşı işlenen suçlarla ilgili bir uyuşmazlık gelmemiştir. Bu yüzden doğal olarak mahkemenin konuyla ilgili bir içtihadı bulunmamaktadır. AİHM, insanlığa karşı işlenen suçlar dışında kalan suçlar bakımından cezaların hiç bir şekilde aleyhe olarak geriye yürütülemeyeceği anlayışını benimsemiş bulunmaktadır. Bu konuda AİHM kararlarından çok sayıda örnek vermek olanaklı olsa da konuyu aydınlatıcı nitelikte iki örnekle yetinilecektir. Suç ve cezaların aleyhe bir şekilde geriye yürütülemeyeceği konusunda verilecek ilk örneği, AİHM'nin 9.2.1995 tarihinde Welch-Birleşik Krallığa karşı davasında verdiği karar oluşturmaktadır. AİHM, bu davada vermiş olduğu kararda, müsadereyi ceza olarak görmüş ve fiiller işlendikten sonra yürürlüğe sokulan bir kanunla uyuşturucu ticaretinden kazanılan malların müsaderesine hükmedile-

108 Cadoppi, Alberto: "Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective" (The Juridicial Review, Part 2, 1998, s. 73-88), s. 78 ve dn. 32.

109 1.4.2019 tarihi itibarıyla.

ceğinin belirtilmesini, aleyhe ceza normunun geriye yürütülmesi olarak değerlendirmiştir. Bu bağlamda Mahkeme ceza normunun aleyhe bir şekilde geriye dönük uygulanması nedeniyle Sözleşmenin 7. maddenin ihlal edildiğini belirtmiş ve şu görüşleri savunmuştur:

"Yukarıda dile getirilen cezai nitelikteki unsurlar göz önüne alındığında (yani müsadere emrinin uyuşturucu ticaretinden elde edilen gelirler üzerine uygulanması ve gerçek zenginleşme veya kâr ile sınırlanmamış olması; dava yargıcının, kazancın miktarını belirlemek konusunda davalının suçluluk derecesini göz önüne almakta kullandığı takdir yetkisi ve suçu işleyenin borcunu ödememesi durumunda mahkûmiyet olasılığı bir arada ele alındığında, bütün bunlar, diğer hususların yanı sıra, bir cezalandırma rejiminin unsurlarını teşkil eder...) söz konusu davanın şartları içerisinde müsadere kararı bir ceza niteliğindedir. Dolayısıyla, 7. maddenin 1. fıkrasının ihlali söz konusudur."[110]

Suç ve ceza normlarının aleyhe bir şekilde geriye yürütülemeyeceği konusunda verilecek ikinci örneği Jamil-Fransa'ya karşı davasında verilen karar oluşturmaktadır. Bu davada AİHM, hürriyeti bağlayıcı her cezanın AİHS'nin 7. madde bağlamında bir ceza olduğunu ifade etmiş ve davaya konu olan olayda ceza normu aleyhe bir şekilde geriye yürütüldüğü için söz konusu maddenin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin, 8.6.1995 tarihinde Jamil-Fransa'ya karşı davasında vermiş olduğu karara konu olan olayda başvurucu, Fransız Yargıtay'ının, suçun işlenmesinden sonra yürürlüğe giren bir kanuna dayalı olarak, borç yüzünden verilen hapis cezasının süresini uzatma hükmü aleyhine şikâyette bulunmuştur. Borç yüzünden verilen hapis cezasının Sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi anlamında bir ceza olduğu sonucuna varan Mahkeme şu görüşü ileri sürmüştür:

"Mahkeme, Bay Jamil'e uygulanan müeyyidenin, uyuşturucu ticaretinin önlenmesi konusunda ve ceza hukuku kapsamında uygulandığını gözlemlemiştir. Ancak aynı zamanda Fransa'da borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezası uygulamasının sadece bu hukuki alana uygulanmadığını da gözlemlemektedir. Hukuki tazminat özelliği

110 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 272-273.

taşıyan borçlar hariç, Hazineye ödenmesi gereken diğer tüm borçların ödenmesini sağlamak için başvurulan bir yol olması sebebiyle, bu müeyyidenin, diğerlerinin, yanı sıra, gümrük ve vergiye ilişkin suçlar konusundaki cezalarla birlikte verilmesi de söz konusu olabilmektedir.

Borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezasının madde 7 kapsamında nasıl sınıflandırılması gerektiğini belirlemek için, bu cezanın amacını ve uygulanmasında söz konusu olan kuralları irdelemek gerekmektedir. Söz konusu tedbir, iflas durumunu ispatlayamayan kişiye yönelik olarak, diğer cezaların yanı sıra, icra da dâhil olmak üzere para cezalarının ödenmesini sağlamayı ve bu ödemeyi, hapis tehdidiyle gerçekleştirmeyi amaçlamaktadır. Bu uygulama, sıradan ceza hukuku uygulamaları sonucu verilen hapis cezalarından daha ağırdır, çünkü olağan ceza hukuku uygulamalarında olduğu gibi şartlı tahliye veya af gibi sebeplerle hafifletilemez. Borcun ödenmemesi nedeniyle verilen hapis cezası, borç sonucu mahkûmiyete dayanan eski sistemin bugünkü halidir; günümüzde sadece Devlete olan borçlar kapsamında uygulanır ve borçluyu, hapse girmesine neden olan borcu ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz. Her ne kadar hapsedilmesinden sonra, kişinin zorla borcunu ödemesi beklenemezse de mallarına el konulabilir. Bu önlem, Hükümetin yollamada bulunduğu menkul veya gayrimenkullere el konulmasına benzetilemez.

Bay Jamil'e uygulanan müeyyide, ceza mahkemesi tarafından karara bağlanmıştır, caydırıcı olmayı amaçlamaktadır ve özgürlüğün ceza ile sınırlandırılmasına sebep olma olasılığı vardır... Dolayısıyla AİHS'nin 7. madde 1. fıkrası (madde 7-1) anlamında bir cezadır."[111]

2. Disiplin Suç ve Cezalarında

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramını saptarken temel olarak üç olay grubunu farklılaştırmaktadır. İşte bu olay gruplarından ikinci grup olaylarda, özel bir kategoriyi memur hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar oluşturmaktadır. Bu bağlamda ileride ayrıntılı bir şekilde bahsedilecek olan Eskelinen içtihadına kadar AİHM, memurun

111 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, s. 273-274.

işlevlerini tartım içtihadı çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme işlevsel ölçüt gereği memur tarafından yürütülen ödev ve sorumlulukların doğasına bakmıştır. Daha açık bir deyişle AİHM, kamu yönetiminde bazı organların devlet yararına bazı sorumluluklarının bulunduğunu veya üstün yetkiler çerçevesinde söz konusu işlevlere sahip olanların devlet egemenliğini kullandıkları hususunun dikkate alınması gereken bir ölçüt olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede kamu hukukuna dayalı yetki çerçevesinde kamu görevlilerinin yaptıkları işlemler ile kamu organlarının, devletin veya diğer kamu hukuku tüzel kişilerinin genel çıkarını koruma amaçlı olarak üstün yetkileri çerçevesinde yaptıkları işlemler, idarenin özel işlemleri olarak kabul edilmiş ve bu işlemlerin "tipik" olduğu sonucuna varılmıştır. Örnek vermek gerekirse polis ya da silahlı güçlerin eylemleri "tipik" olarak kabul edilmiş, bu yüzden de söz konusu kamu görevlilerine ilişkin uyuşmazlıklar, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamı dışında kalmıştır.[112]

AİHM, yukarıda belirtilen görüşlerini temel olarak, Pellegrin davasında dile getirmiştir. AİHM'nin disiplin suç ve cezalarından kaynaklı uyuşmazlıkları önceden nasıl değerlendirdiği konusunda dönüm noktasını oluşturan 8 Aralık 1999 tarihli Pellegrin-Fransa'ya karşı davasında verilen kararı ayrıntılı bir şekilde incelemek faydalı olacaktır.

Bu davaya konu olan olayda, Fransız vatandaşı olan Gilles Pellegrin, 1945 yılında doğmuş olup "Brüj" (Bouroche) kentinde yaşamaktaydı. Bu kişi, 1989 yılında Ekvator Gine'si Ekonomi, Planlama ve Ticaret Bakanlığına teknik danışman olarak girmiştir. Pellegrin, proje başkanı olarak Gine'nin 1990 yılı yatırım bütçesini hazırlamaktan sorumlu kılınmış ve Gineli kamu görevlileri ve uluslararası kuruluşlarla irtibat halinde Gine'nin üç yıllık yatırım plan ve programını hazırlama çalışmalarına katılmıştır. Daha sonra yapılan bir tıbbi muayene sonucu deniz aşırı bölgelerde görev yapmasının sağlık açısından uygun olmadığı sonucuna varılmış, bunun üzerine, Fransa İşbirliği ve Kalkınma Bakanlığı, Pellegrin'in sözleşmesinin yenilenmemesine karar vermiştir. Pellegrin, Bakanlığın kararına karşı 16 Mayıs 1990 tarihinde Paris İdare Mahkemesine dava açmıştır. Daha sonra, Pelleg-

112 Grabenwarter, s. 185.

rin, davasının makul bir süre içerisinde çözümlenemediği gerekçesiyle konuyu 8 Temmuz 1995 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna taşımıştır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, 17 Eylül 1998 tarihinde bir karar vererek başvuruyu kısmen kabul etmiş ve AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 9 Aralık 1998 tarihinde dava AİHM'nin önüne getirilmiş, mahkeme 16 Haziran 1998 tarihinde konuyla ilgili nihai kararını vermiştir.[113]

AİHM, bu davaya konu olan olayın, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı dışında kaldığına hükmetmiştir. Daha açık bir deyişle AİHM, bu davada işlevsel bir ölçüt geliştirerek uyuşmazlığa konu olan hizmetin i) kamu yönetimine özgü faaliyetlere özgü nitelik taşıdığını, ii) devlet ya da öteki halka yönelik otoritelerin, genel yararlarının korunması görevine dâhil olduğunu ve nihayet iii) bu hizmetin yerine getirilmesinde, kamu gücünü kullanan kişi olarak hareket edildiğini saptamış, uyuşmazlığın, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "medeni hak ve yükümlükler" ibaresinin kapsamı dışında olduğuna hükmetmiştir.[114]

Pellegrin davasında AİHM, özellikle silahlı kuvvetler mensupları ve polisler olmak üzere idari organlarla çalışanları arasında istihdam ilişkisinin ulusal kamu hukukunca düzenlendiğini, kamu hukukunun düzenleme yaptığı alanlarda çıkan uyuşmazlıkların Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına girmediğine hükmetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, kamu görevlisinin emekliliği temelinde doğan uyuşmazlıkların söz konusu fıkranın kapsamına girdiğini, zira emekliliğin çalışan ile kamu organı arasındaki "özel bağı" (special bond) ortadan kaldırdığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, davaya konu olayın özelinde, Pellegrin'e Devletin kamu finansmanı bağlamında önemli görevler verildiğini, bu durumun mükemmel bir şekilde Devletin kamu gücünü kullanmasının örneğini oluşturduğunu, kamu hukukunun düzenlediği bir alanda kamu gücünün kullanılmasına katılım olduğunu ve söz konusu kişiye verilen görevlerin Devletin genel çı-

113 Pellegrin-Fransa'ya karşı davasının gelişim seyrine 2.4.2018 tarihinde https://www.legal-tools.org/doc/86e229/pdf/ adresinden erişildi.

114 Gözübüyük/Gölcüklü, s. 273.

karlarının korunmasına hizmet ettiğini, dolayısıyla AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının uygulama alanı bulamayacağını vurgulamıştır.

AİHM'nin görüşünü değiştirdiği Eskelinen davasında vermiş olduğu karara kadar, Pellegrin davasındaki görüşüne yollama yaparak vermiş olduğu kararlardan bazı örnekler verilmesi yerinde olacaktır. Mahkeme, 5.12.2000 tarihinde vermiş olduğu Mosticchio kararında, bir astsubayın konumunun, kamu idaresinin tipik alanına ait olduğu kabul edilerek AİHS'nin 6. maddenin kapsamı dışında olduğu belirtilmiş, 2.8.2000 tarihinde vermiş olduğu Lambourdiere kararında, sosyal işler dairesinin bir idari çalışanının, 30.6.2000 tarihinde vermiş olduğu Procaccini kararında, okuldaki bekçinin, 24.8.1998 tarihinde vermiş olduğu Bankessiouer kararında ise posta çalışanlarının devlet egemenliğinin kullanılmasına katılmadığını ifade ederek bunların çalışma koşullarına ilişkin uyuşmazlıkların Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramına altlanılabileceğini belirtmiştir.[115]

AİHM, yine Pellegrin davasına yollama yaparak Frydlender-Fransa'ya karşı davası ile Büker-Türkiye'ye karşı adlı iki önemli davayı da çözmüştür. Frydlender-Fransa'ya karşı davasında Frydlender adlı bir kişi, Fransız Ekonomik İşler Bakanlığı ile yaptığı bir sözleşme ile 25 Haziran 1984 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere New York'ta Ekonomik Gelişme Bölümünün özerk bir biriminin başına getirilmiş, New York'taki Baş Ticari Danışmanın yetkisi altında, şarap, bira ve uçucu maddelerden sorumlu olarak ithalat ve ihracatçılar ile bağlantı halinde çalışmıştır. Ekonomik İşler Bakanlığından Frydlender'e 27 Aralık 1985 ve 21 Ocak 1986 tarihinde gelen mektupları ile 13 Nisan 1986 tarihinde süresi dolacak olan sözleşmenin yenilenmeyeceği belirtilmiştir. Frydlender, sözleşmenin yenilenmemesi işleminin iptali istemiyle Paris İdare Mahkemesinde dava açmış ve aleyhine kadar verilmesi üzerine Danıştay nezdinde temyiz başvurusu yapmıştır. Danıştay'ın kararı, Frydlender'e 26 Ekim 1995 tarihinde tebliğ edilmiş, yargılamanın toplam süresi "9 yıl, 8 ay" sürmüştür.

115 Grabenwarter, s. 185 ve dn. 14.

Frydlender'in, ulusal hukuktaki yargılamanın "makul süre" içerisinde yapılmadığı gerekçesiyle AİHM'ne başvurması üzerine, Mahkeme, 27.6.2000 tarihinde kararını vermiştir. Kararda; AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışında kalan tek uyuşmazlık türünün, kamu hizmetinin özel etkinlikleri ile görevlendirilmiş kamu görevlilerinin devletin ya da diğer kamu otoritelerinin "genel yararı"nı (kamu yararı) korumaktan sorumlu kamu otoritesi gibi davranmasından kaynaklanan uyuşmazlıklar olduğu ifade edilmiştir. Kararda devamla, başvuranın yaptığı işin daha çok Fransız şarapları, biraları ve diğer alkollü içeceklerin tanıtımı ile ilgili olduğunu, dolayısıyla başvuranın doğrudan ya da dolaylı olarak Devletin genel çıkarlarının korunmasına yönelik bir görevde bulunmadığı, böylelikle uyuşmazlığın 6. maddenin 1. fıkrasındaki "medeni hak ve yükümlülükler" kavramının kapsamına gireceği belirtilmiştir. Kararın sonuç kısmında; 9 yıl 8 ay süren bir süren makul sürede çözüme kavuşturulmadığının açık olduğu vurgulanarak, Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.[116]

Büker-Türkiye'ye karşı davasında ise Büker soyadlı bir kişi, 9 Aralık 1985 tarihinden itibaren iki yıllık atama ile Kayseri Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesinde doçent olarak göreve başlamıştır. Üniversite Rektörlüğünün 21 Aralık 1987 tarihli kararıyla Büker'in "mesleki açıdan yetersiz" olduğu gerekçesiyle sözleşmesinin yenilenmemesine karar verilmiş, ancak karar tebliğ edilmemiş, Büker, maaşını çekmek için bankaya gittiğinde durumdan haberdar olmuştur. Büker, Rektörlüğün söz konusu kararına karşı Kayseri İdare Mahkemesinde dava açarak, Rektörlüğün işlemini iptal ettirmiştir. Kayseri İdare Mahkemesi ve Danıştay sürecinde davanın nihai olarak çözüme bağlanması, "7 yıl, 9 ay sürmüş", davanın sonucunda Büker hem görevine dönmüş hem de tazminata hak kazanmıştır. Daha sonra Büker, idari yargıda geçen 7 yıl 9 aylık sürenin AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkra-

116 Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karahanoğulları, Özlem Erdem: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi -İdari Davalar-Memur Uyuşmazlıkları" (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2003, s. 61-77), s. 70-71.

sındaki medeni hak ve yükümlülüğüne ilişkin olarak "herkesin makul sürede adil bir yargılanma hakkı bulunduğu ilkesi"ni ihlal ettiğini belirterek AİHM'ne başvurmuştur.

AİHM, 24.10.2000 tarihinde vermiş olduğu Büker kararında; başvuranın görevinin, devletin ya da diğer kamu tüzel kişilerinin genel çıkarını korumaya yönelik kamusal hak ve yükümlülüklerle ilgili yetkilerin kullanımına doğrudan ya da dolaylı katılımın olduğu bir görev olmadığını, Sözleşmenin 6. maddesinin olaya uygulanabileceğini belirtmiştir. Kararda devamla, idari yargıda geçen 7 yıl 9 aylık sürenin makul olmadığını, bunun olayın karmaşık yapısıyla veya uyuşmazlığın taraflarının ulusal hukuktaki tüm yargı yollarını denemesinden kaynaklanmasıyla açıklanamayacağını, ayrıca ulusal mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıkları mümkün olduğunca çabuk bir şekilde çözmelerinin şart olduğunu belirterek 6. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[117]

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, 19 Nisan 2007 tarihinde, Vilho Eskelinen & Ors-Finlandiya'ya karşı davasında vermiş olduğu kararda disiplin suç ve cezaları konusundaki Pellegrin davası ve bu dava temelinde diğer davalarda benimsediği görüşünü değiştirmiş ve yeni bir bakış açısı ortaya atmıştır. AİHM'nin disiplin cezalarına yeni yaklaşımını anlamak bakımından yaşamsal önem taşıyan Eskelinen kararını irdelemeden önce davaya konu olan olayı kısaca incelemek yerinde olacaktır.

Beş polis memuru ve bir idari asistandan oluşan Finlandiya kamu görevlilerinin görev yaptığı bir bölge, 1990 yılında başka bir bölge ile birleştirilmiş ve söz konusu kamu görevlileri ilave maaş ödeneğini kaybetmişlerdir. Bu kamu görevlileri, 1990 yılında Finlandiya Bölgesel Polis Amirliğinin kendilerine ilave maaş kayıplarının giderileceği sözünü verdiğini, ancak bu sözün hiçbir şekilde tutulmadığını ifade ederek, 1993 yılında Juopio Bölgesi İdari Kuruluna başvurarak tazminat istemişlerdir. Başvurudan dört yıl sonra, somut bir deyişle, 1997 yılında söz konusu kurul başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine bahsedilen kamu görevlileri, 1997 yılının sonlarında Juopio Bölge İdare Mahkemesine dava açmışlar ve davayla ilgili olguları anlatmak için duruşma talebinde bulunmuşlardır. Juopio Bölge İdare Mahkemesi, 1998 yılında

117 Karar hakkında fazla bilgi için bkz. Karahanoğulları, s. 71-73.

davayı reddetmiş ve davacıların dinlenilmesinin gereksiz olduğuna hükmetmiştir. Davacılar, bu defa Finlandiya İdari Temyiz Mahkemesine başvurarak duruşma istemişler, Temyiz Mahkemesi de 2000 yılında davayı reddederek duruşmanın gereksiz olduğunu belirtmiştir. Bu şekilde, iç hukuk yolunu tüketen başvurucular, AİHM'ne dava açarak, sürecin uzamasının ve duruşma taleplerinin reddedilmesinin AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen; herkesin medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıkların çözümlenmesi konusunda kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahip olduğu kuralına aykırı olduğunu iddia etmişlerdir.[118]

Eskelinen davasında, AİHM, savunma yapan devletin, devlet görevlisi bir başvurana karşı, AİHS'nin 6. maddenin 1. fıkrasının uygulanamayacağını geçerli bir şekilde savunabilmesi için eşzamanlı olarak kabul etmesi gereken iki ölçüt saptamıştır. Bu bağlamda AİHM, bir taraftan devlet görevlisi olan başvuranın ulusal hukuk çerçevesinde bir mahkemeye başvurma hakkından tamamen yoksun olması, diğer taraftan ise 6. maddeyle "teminat" (güvence) alınan hakların uygulanmaması gerekçesinin, devletin çıkarlarına yönelik nesnel amaçlara dayanması gerektiğini, bu davada başvuruculların ulusal hukuk çerçevesinde mahkemeye erişim hakkının olduğunu ve anlaşmazlığı idari yargının önüne götürebildiğinin tartışılmaz olduğunu, dolayısıyla birinci ölçütün yerine getirilmediğinin anlaşıldığını, ikinci ölçütün ise incelenmesine gerek duyulmadığını belirterek, 6. maddenin bu davada uygulanacağını ifade etmiştir.[119]

Mahkeme, davanın kabul edilirliği yönünde karar verdikten sonra ilk olarak, davanın iç hukuktaki sürecinin "makul bir zaman" ölçütünü aştığını saptamıştır. Daha somut bir deyişle, AİHM, bir uyuşmazlığın makul bir süre içerisinde çözüme kavuşturulup kavuşturulmadığının özellikle uyuşmazlığın karmaşıklığı ile başvurucu ve yetkililerin dav-

118 4.4.2018 tarihinde http://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-vilho-eskelinen-and-others-v-finland-application-no-6323500 adresinden erişildi.

119 4.4.2018 tarihinde http:www.inhak-bb.adalet.gov.tr/aihm/karar/meleksima yılmaz 30.01.2009doc. adresinden erişildi.

ranışları olmak üzere davanın özel şartları dikkate alınarak saptanacağını, bu davada ise ne karmaşık ne de olağanüstü bir durumun bulunduğunu belirtmiştir. Bunun yanında AİHM, medeni hukuk konularındaki uyuşmazlıkların makul bir süre içerisinde çözüme kavuşturulup kavuşturulmadığını saptarken başvurucunun mahkemeden önceki aşamalarda yaptığı başvuruların sürecinin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu idari kurul tarafından başvurunun dört yılda karara bağlanmasının haklı bir tarafının bulunmadığını, ancak İdare Mahkemesi ile Temyiz Mahkemesinde davanın çözümü için geçen sürenin makul olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, bahsedilen idari kurul tarafından uyuşmazlığın geç bir şekilde karara bağlanmasının AİHS'nin 6. maddenin ihlali anlamını taşıyacağını belirtmiştir. Ancak AİHM, başvuruculara duruşma hakkının verilmemesinin adil yargılanma hakkının ihlali anlamını taşımayacağını, çünkü uyuşmazlıkla ilgili yazılı belgelerin davanın çözümü açısından yeterli olduğunu ifade etmiştir.

Kısacası, AİHM, Eskelinen davasında vermiş olduğu içtihadıyla ilke olarak, AİHS'nin 6. maddesinin tüm kamu görevlilerine uygulanacağını, bunun tek ayrıksı durumunun, ulusal devletin, idari işleme karşı yargı yolunu kapatması ve bu tip tasarruflara karşı yargı yolunu kapatmasının "nesnel" (objektif) gerekçelerinin bulunması olduğunu ifade etmiştir. AİHM yargı yolunun kapatıldığı böyle bir durumda AİHS'nin 6. maddesinin uygulama alanı dışında kalacağı esasını benimsemiştir. Bu kararıyla, AİHM, ulusal devletin, disiplin cezasına karşı yargı yolunu açık tuttuğu durumda kendisinin de bu tip tasarruflara karşı yargı yolunu açık tutacağını, zira böyle bir durumda AİHM'ne yapılacak başvuruya yasak getirilmesinin haksızlık olacağını vurgulamıştır.[120]

Görüldüğü üzere AİHM Eskelinen içtihadıyla birlikte disiplin cezasına karşı yargı yolunun kapatılmasının haklı olduğu ayrıksı durum dışında AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen güvencelerin uygulanması gerektiğini öne sürmektedir. Bununla birlikte AİHM'nin yeni görüşü disiplin cezaları bakımından önemli bir kilometre taşı oluştursa da ince-

120 Türmen, s. 45-46.

leme alanımız bakımından pek fazla bir önem taşımamaktadır. Zira AİHM söz konusu içtihadıyla kural olarak disiplin cezasını "medeni hak ve yükümlülükler" kavramı kapsamında değerlendirmiştir. Medeni hak ve yükümlülükler kavramı kapsamında değerlendirilen bir husus hakkında doğası gereği suç ve cezada kanunilik ilkesi uygulanmaz. Zira çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin uygulanabilmesi için uygulanan yaptırımın, sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "cezai işler" kavramının kapsamına girmesi bir ön-şart niteliğindedir.

III. AİHM İÇTİHATLARINDAN ÇIKARTILMASI GEREKEN DERSLER

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görülen AİHM içtihatlarından, Türk pozitif hukuku temelinde bütüncül bakımından alınacak dersler olduğu gibi idari suç ve cezaların türlerini oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalarla disiplin suç ve cezaları bakımından da çıkartılacak dersler bulunmaktadır.

1. Genel Olarak

Türkiye'nin AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarının gereğini titizlikle yerine getirmesi gerekmektedir. Zira her şeyden önce Türkiye, AİHS'ni imzalayarak[121] söz konusu sözleşmenin bir tarafını oluşturmuş ve Sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesi bakımından bir yükümlülük altına girmiştir.[122] Öte yandan AİHS'nin tarafı olan Türkiye açısından AİHM'nin içtihatları da bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Gerçekten de belirli bir konunun uluslararası hukukta nasıl ele alınıp incelendiğine bakılırken salt ilgili uluslararası antlaşma metnine bakılması yeterli olmayıp söz konusu antlaşma çerçevesinde oluşturulmuş olan denetim mekanizması organlarının içtihatlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Aksi durumda, sıkça kısa veya kapalı anlatımlar içeren antlaşma metinlerinden sağlıklı bir sonuca ulaşmak olanaklı olmayabilmektedir. Ayrıca AİHS'nin 46. maddesinin 1. fıkrası[123] gereğince Sözleşmeye taraf devletler, tarafı oldukları davalarda

121 Bkz. 19.3.1954 tarih ve 8662 sayılı R.G.

122 Krş. Delmas ve Teitgen, s. 162.

123 14 Numaralı Protokolün 16. maddesi ile değiştirilen bu maddenin 1. fıkrasında;

AİHM'nin kesinleşmiş kararlarına uymak zorundadırlar. Bu çerçevede Sözleşmeye asıl ruhunu veren AİHM içtihatlarının[124] taraf devletlerce dikkate alınmasının mutlak bir zorunluluk oluşturduğu ortadadır.[125]

Aslında, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarının gereğinin yerine getirilmesi anayasal bir yükümlülük niteliğini taşımaktadır. Gerçekten de Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına, 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunun 7. maddesiyle bir ek cümle eklenerek; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda, kısacası ikisinin hükümleri arasında çatışma bulunması durumunda uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir. Anayasada yapılan bu değişiklik öyle önemlidir ki örneğin Gönenç haklı olarak, bunu sessiz bir devrim olarak nitelendirmiştir.[126]

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen bu hüküm, özellikle günümüze kadar uluslararası insan hakları normlarını doğrudan doğruya uygulamakta ürkek davranan Türk yargıçlarını, bu konuda teşvik edeceği, daha doğru bir deyişle, zorlayacağı ileri sürülebilir. Öte yandan söz konusu değişiklik, yurttaşlara tanınan temel hak ve

Yüksek Sözleşen Tarafların taraf oldukları her davada Mahkemenin kesin kararlarına uymayı yükümlenecekleri ifade edilmiştir. Bkz. T.C. Anayasası, Ankara 2010, s. 204.

124 Gerçekten de AİHS'nin kapsamının anlaşılması ve değerlendirilmesi öncelikle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve bunun yerini alan AİHM'nin içtihatlarıyla olanaklı hâle gelmiştir. Bu içtihatlar AİHS'nin can damarını oluşturmakta ve alınan her karar, hangisi davalı devlet olursa olsun Sözleşmeye taraf tüm ülkelere uygulanacak standart ve normları içermektedir. Bu bağlamda AİHS mekanizmasında, geleneksel medeni hukuk sistemlerinde olduğu gibi medeni kanun ile örf-âdet karışımından oluşan ve içtihada verilen değerin meclisler tarafından benimsenen yasalarla eşit olduğu bir karma hukuk sistemi uygulanmaktadır. Reidy, Aisling: İşkencenin yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, 2002, Ankara 2005, s. 6.

125 Tülen, s. 669-670.

126 Gönenç, Levent: 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği Ve Getirdiği Sorunlar, s. 1. 28.1.2018 tarihinde http://www.yasayananayasa. ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf adresinden erişildi.

özgürlükleri, yalnızca Anayasa ile sınırlayan 1982 Anayasasının[127] kapalı sistemini sürekli değişip gelişen uluslararası insan hakları normlarının "devingen" (dynamic) yapısına açmak konusunda önemli bir işlev de görecektir.[128]

Bu bağlamda insan haklarıyla ilgili konularda AİHS ile Türk iç hukuku hükümlerinin çatışması durumunda öncelikle Sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirtmek gerekir. Bundan da öte, AİHS'nin maddeleri çok kısa ve özet hükümler olduğundan sözleşmenin maddeleri ve söz konusu maddeler kapsamında teminat alınan haklar, AİHM içtihatlarına göre yorumlanacaktır.[129] Bu durum, AİHS hükümleri ve AİHM içtihatlarına bütünüyle uyulması gerektiğini somut bir şekilde ortaya koymaktadır.

Burada hemen şu hususu belirtmek gerekir ki AİHS'de hak ve özgürlükler az sonra açıklanacak nedenlerle dar ve somut tutulmuştur. Buna rağmen AİHM, insan hak ve özgürlüklerini devamlı bir şekilde genişletici bir şekilde yorumlamıştır. Bu çerçevede AİHM içtihatlarının özünü kavrayabilmek, dolayısıyla onların gereğini tam olarak yerine getirebilmek açısından Türk yargısının da kişi hak ve özgürlüklerini daima genişletici bir şekilde yorumlaması uygun olacaktır.

Gerçekten de AİHS ve Sözleşmenin Eki protokollerde yer alan hak ve özgürlükler listesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisindeki liste ile karşılaştırılacak olursa iki temel farkın bulunduğu gözlemlenmektedir. Bunlardan ilki, AİHS'deki listenin, hak ve özgürlükler bakımından Evrensel Bildirideki listeye göre daha dar kapsamlı olmasıdır. Daha açık bir deyişle, AİHS'nde yalnızca "klasik haklar" diye anılan kişi hakları ile siyasal haklara yer verilmiş, Bildirin aksine, sosyal ve ekonomik haklara yer verilmemiştir. İkinci olarak, AİHS'nde, Evrensel Bildiride olduğu şekilde hak ve özgürlüklerin

127 Anayasanın Başlangıç Kısmının 6. paragrafı.

128 Gönenç, s. 1-2.

129 Bkz. Kilkelly, Ursula: Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, Council of Europe, 2001, Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İnsan hakları el kitapları, No.1, Ankara 2005, s. 3.

sadece genel formüllerle açıklanmasıyla yetinilmemiş, bunların olanaklar ölçüsünde geniş ve somut bir biçimde tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi yoluna gidilmiştir. Öte yandan AİHS, insan haklarının korunması bakımından bugüne kadar uluslararası alanda atılmış en ileri adım sayılsa da, ideal açıdan bakıldığında, söz konusu koruma bakımından tam anlamıyla yeterli ve etkin bir sistemi ortaya koyamadığı ileri sürülebilir.[130] AİHS'ndeki hakların dar ve somut tutulmasının temel nedenini, kanımızca, Evrensel Bildirinin aksine, AİHS ve Eki Protokollerin ihlali halinde, ihlali saptayacak ve gerekli yaptırımları uygulayacak olan bir mekanizmanın kurulması oluşturur. Böyle bir mekanizma kurulduğuna göre Sözleşme ve Eki Protokollerdeki hak ve özgürlüklerin dar ve somut tutulması işin doğası gereğidir. Zira eğer Sözleşme ve Protokollerde hak ve özgürlükler geniş tutulsaydı AİHM başa çıkılmaz bir iş yüküyle karşı karşıya bırakılır ve kendisine tevdi edilen Sözleşmenin uygulanmasını denetleme görevini tam olarak yerine getirememiş olurdu.[131]

Ancak AİHS ve Ek Protokollerdeki hak ve özgürlüklerin kapsamının dar ve somut tutulması olgusundan, söz konusu hak ve özgürlüklerin daraltıcı veya sınırlandırıcı bir yorumla yorumlanması gerektiği sonucu çıkartılmamalı, tam aksine, genişletici bir yorumla yorumlanması yönünde çaba gösterilmesi gerekir. Zira AİHS'nin özü, hak ve özgürlüklerin genişletilmesi gerektiği eğilimini taşımaktadır. Gerçekten de AİHS'nin 53. maddesinde; bu sözleşme hükümlerinden hiçbirisinin, herhangi bir sözleşmeci devletin yasalarına ve onun tarafı olduğu başka bir sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamayacağı veya ona aykırı düşecek şekilde yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm gereği bir ülkenin

130 Fazla bilgi için bkz. Kapani, s. 45, 52-53.

131 AİHS ve Eki Protokollerde hak ve özgürlükler dar ve somut tutulmuş olmasına rağmen günümüzde AİHM oldukça ağır bir iş yükü altında bulunmaktadır. Gerçekten de 2018 yılı mart ayı sonu itibarıyla AİHM'nin önünde karara bağlanması gereken dava sayısı miktarı 55.800'e ulaşmıştır. Bkz. Statistics by month 2018, European Court of Human Rights, 2.4.2018 tarihinde https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2018_BIL.pdf adresinden erişildi.

yasaları veya taraf olduğu sözleşme, AİHS'ne aykırı veya onu sınırlandırıcı bir hüküm getiremeyeceğine göre kanımızca onu pozitif anlamada güçlendirici veya genişletici hükümler içerebilecektir. İşte AİHM, kendi iş yükünün ağır bir şekilde artmasına katlanarak[132] AİHS'nin söz konusu maddesinin eğilimini paylaşarak Sözleşme ve Eki Protokollerde belirtilen hak ve özgürlükleri daimî bir şekilde pozitif ve genişletici bir şekilde yorumlamaktadır. Bu yüzden Türk yargısı, insan hak ve özgürlükleri bağlamında daraltıcı ve sınırlandırıcı tutum takınmama, tam tersine, genişletici bir tutum takınma yükümlülüğü[133] altında bulunmaktadır.[134]

---

132 Gerçekten de AİHM'nin iş yükü yıllara göre katlanılması oldukça zor bir şekilde artma eğilimi taşımaktadır. Örneğin Mahkemenin önünde 2000 yılı sonunda önündeki dava sayısı 15.900 iken, 2018 yılı mart ayı sonunda bu rakam az önce belirtildiği üzere 55.800'e ulaşmıştır.

133 Türk kanun koyucusu da aynı yükümlülüğü taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, kanun koyucu, AİHS ve Eki Protokolleri, Türk hukukunun bir parçasını oluşturduğuna göre onlara aykırı olarak kanun koymama yükümlüğü altında bulunmaktadır. Hatta bir yükümlülük oluşturmasa da kanun koyucunun AİHS ve Ek Protokollerde belirtilen hak ve özgürlüklerin asgari olarak her sözleşmeci devletin yurttaşlarına tanıması gerektiği bilinciyle AİHS'nin eğilimine uyarak bu hak ve özgürlüklerin dışında başka hak ve özgürlükleri tanıması veya kapsamını genişletmesine devam etmesi gerekir. AİHS ve Eki Protokollerde belirtilen hak ve özgürlüklerin kapsamının genişletilmesi veya onlarda öngörülmeyen yeni hak ve özgürlüklerin tanınması hiçbir şekilde AİHS ve Eki Protokollerine aykırı düşmemektedir. Gerçekten de AİHS ve Eki Protokoller, temel hak ve özgürlüklerin en azını gösteren ve onları hukuksal güvenceye bağlayan belgelerdir. Türk kanun koyucusunun bu düzeyin altına düşmemek zorunluluğu bulunmasına karşın daha fazla özgürlük getirmesi durumunda AİHS ve Eki Protokollere aykırı davranmış sayılamaz. Bundan da öte AİHS ve Eki Protokollerin yasakladığı bir özgürlüğü bile yasama organı tanıyabilir. Böyle bir kanun onlara aykırı sayılamaz yeter ki kanunla tanınan hak ve özgürlük AİHS ve Eki Protokollerin başka kural ve ilkeleriyle çelişmesin veya onlar ile tanınan hak ve özgürlüklerin özüne dokunmasın. Krş. Tanilli, Server: Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İstanbul 1981, s. 458.

134 AİHM önünde Türkiye aleyhine açılan davaların yüksek rakamlara ulaşmasında Türk yargısının söz konusu yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmek bakımından çekingen davranmasının etkileri olduğu ortadadır. Zira örneğin, 31.3.2018 tarihi itibarıyla AİHM'nin önünde bekleyen 55.800 davanın 6600'ü

Kanımızca, AİHM'nin kişi hak ve özgürlükleri genişletici bir şekilde yorumlamasına verilebilecek en somut örneği, halka yönelik idari cezalar oluşturmaktadır. Bir başka çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere, Türk hukukunda halka yönelik idari cezalara ağırlıklı olarak "ceza" şeklinde yaklaşılmamakta, onlara daha ziyade "idari yaptırım" çerçevesinde yaklaşılarak büyük oranda suç ve cezada kanunilik ilkesinin gereklerine uyulmamaktadır.[135] AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen "herhangi bir suçlamanın karara bağlanması" (cezai işler) ibaresi de ilk bakışta yalnızca ceza hukukunu çağrıştırabilir. Hâlbuki yukarıda belirtilen AİHM içtihatlarından anlaşılacağı üzere mahkeme Türk hukukunda "ceza" olarak kabul edilmeyen birçok idari yaptırımı "cezai" olarak kabul etmiştir. Bir yaptırımın, iç hukuk kurallarıyla idari yaptırım olduğu belirtilmesinin AİHM açısından pek fazla bir önemi bulunmamaktadır. Zira AİHM, iç hukukta ne olarak kabul edilirse edilsin bir yaptırımın cezai nitelikte olduğunu saptar ise[136] o yaptırım hakkında çeşitli güvencelerin[137] uygulanması gerektiğini belirtmektedir. İşte bu güvencelerden birisini, "suç ve cezada kanunilik" ilkesi oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, yukarıda üzerinde durulduğu üzere AİHS'ne yalnızca Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan devletler değil,

Türkiye aleyhine açılmıştır. Bu tarih itibarıyla Türkiye AİHM'ne en fazla şikâyet edilen ülke sıralamasında dördüncü sırada bulunmaktadır. Gerçekten de bu tarihte AİHM'nin önünde davalar bakımından Romanya %17,3 (9650 dava) ile birinci, Rusya %14, 9 (37850 dava) ile ikinci, Ukrayna %13,1 (7300 dava) ile üçüncü, Türkiye %11,8 (6600 dava) ile dördüncü konumda bulunmaktadır.

135 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197-380.

136 Aslında şu hususu hemen belirtmek gerekir ki AİHM'nin günümüze kadar verdiği içtihatlarla idari suç ve cezanın kendi gelişimini tam olarak tamamladığını söyleyebilmek olanaklı değildir. Bu yüzden konu hakkında AİHM'nin verdiği içtihatları sürekli bir şekilde dikkate almak gerekmektedir. Bkz. Bonichot, Jean-Claude: "Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme" (AJDA, numéro spécial, 20 octobre 2001, s. 73-80), s. 80. Bu bağlamda AİHM'nin idari suç ve cezada konusunda verdiği kararlara Türk iç hukuku açısından uyum sağlayabilmek için "durağan" (static) bir tutum değil "devingen" (dynamic) bir tutum takınılması gerekir.

137 Bu güvenceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan, s. 27-28.

bunun yanında Anglosakson hukukuna tabi olan ülkeler de[138] taraf olmuştur. İşte bu yüzden AİHM "tekdüze" (homojen) bir suç ve cezada kanunilik ilkesini benimsememiştir. Daha açık bir deyişle AİHM, Anglosakson hukuk sistemine sahip ülkeler için suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" ile "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerini kapsadığını ifade etmiş,[139] Türkiye'nin de dâhil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemleri için söz konusu ilkenin "kanunun tekelciliği" alt ilkesini de kapsadığını belirtmiştir.

Gerçekten de AİHM, 25.5.1993 tarihli Kokkinakis-Yunanistan'a karşı davasında vermiş olduğu kararda, Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkelerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin içeriğini ortaya koymuştur.[140] Bu kararında AİHM, kanunilik ilkesinin, yalnızca geçmişe uygulanma yasağıyla sınırlı bir anlam taşımadığını, ilkenin, suç ve cezaların ancak kanun yoluyla konulmasını gerektirdiğini ve fail aleyhine geniş yorumlamayı, bir başka deyişle, aleyhe benzetme serbestîsini de engellediğini ifade etmiştir. Mahkeme bu kararında, suçların kanunda açıkça ve belirgin bir biçimde saptanmasının şart olduğunu, bu gerekliliğin, bireyin düzenlemenin lafzından, gerektiğinde mahkeme kararlarından yararlanarak da olsa hangi eylem ve ihmallerinin ceza sorumluluğuna yol açacağını anlayabilir olması durumunda yerine getirilmiş sayılacağını belirtmiştir.[141] Görüldüğü üzere bu davada AİHM, Kıta Avrupası hukuk dizgesine sahip ülkelerde suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği", "kanunun açıklığı" ve "kanunun geçmişe uygulanmazlığı" alt ilkelerini kapsadığını örtük bir şekilde savunmuştur.

Üstelik AİHM, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukukunun kapsamına soktuğu idari cezalarda, yalnızca kanunun

138 Örneğin Birleşik Krallık.

139 Krş. Tezcan, s. 26-27.

140 Bu dava Yunanistan özelinde verilmiş olsa da Türkiye ile Yunanistan Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olduğuna göre Yunanistan açısından ileri sürülen gerekliliklerin Türkiye açısından da özdeş olduğu açıktır.

141 İçel, Kayıhan: "Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi" (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Hukuk Devleti I, Ankara 2004, s. 253-272), s. 266-267.

bulunmasını yeterli görmemekte, bunun yanında "usuli kanunilik" esasının bulunması gerektiğini de aramaktadır. Kısacası AİHM, cezai nitelik taşıyan idari yaptırımlarda, devletin "usuli hukuka uygun davranma" (procedural due process) yükümlülüğü altında bulunduğunu da belirtmektedir.[142] Aslında AİHM usuli hukuka uygun davranma yükümlülüğünü keyfi bir şekilde ortaya atmamaktadır. Gerçekten de AİHS'nin 6. maddesi, cezai yaptırıma tabi tutulacak olan kimseye bir takım usuli güvencelerin sağlanması gerektiğini öngörmüştür. İşte idari ceza bağlamında AİHS'nin 6. maddesinin öngördüğü usuli koşullara uyum sağlayabilmek için idari cezanın verilmesi ve uygulanması bağlamında uygulanacak süreçlere, bir başka deyişle, idari usule bir gereksinim bulunmaktadır.[143] Bu gereksinimi karşılayabilmek için genel idari usul konusunda bir kanunun çıkartılması ve söz konusu kanunda idari cezaların verilmesi ve uygulanmasında, örneğin "idari bildirim", "dinlenilme hakkı", "makul sürede savunma hakkı" gibi temel usul ilkelerine yer verilmesi gerekir. Ayrıca söz konusu kanunda idare tarafından usul ilkelerine uyulmaması halinde öngörülecek yaptırımların da gösterilmesi gerekir.[144]

AİHM'nin görüşlerine tam anlamıyla uyulmasından söz edilebilmesi için idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin benimsenmesi ve genel bir idari usul kanunun çıkartılması da yetmemektedir. Bütün çabası, kişi hak ve özgürlüklerine maddi ve usul güvenceleri sağlamak olan AİHM'nin içtihatlarına en üst bir değer tanınarak, idare ve yargı organları, yorum faaliyetlerinde, yasama organı ise yapacağı reformlarda AİHM'nin idari suç ve ceza ile kanunilik konusundaki görüşlerini bütünüyle dikkate alması gerekir.[145]

142 Krş. Moderne, s. 141.

143 Gerçekten de Delmas/Teitgen'in isabetli olarak belirttikleri üzere idari ceza verilirken AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen usul kurallarına uyulmaması, AİHS'nin 6. maddesine aykırılık oluşturmaktadır. Bu bağlamda yazarlar, AİHM'nin, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen garantilerin idari cezalar bakımından da uygulanması eğilimi taşıdığını belirtmektedirler. Bkz. Delmas/Teitgen, s. 162-163.

144 Krş. Bonichot, s. 75.

145 Krş. Delmas/Teitgen, s. 164.

2. Halka Yönelik İdari Suç ve Cezalarda

AİHM içtihatlarından halka yönelik idari suç ve cezalar bağlamında gerek bütünsel gerekse söz konusu suç ve cezaların türleri bakımından alınması gerekli bazı dersler bulunmaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, Öztürk kararında, Almanya'da halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelik taşıyan Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunu, kapsamının genel olması ve cezalandırıcı nitelik taşımasından dolayı AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" nitelik taşıdığını belirtmiştir. Yine yukarıda belirtildiği üzere mahkeme bir yaptırımı "cezai" olarak görürse AİHS'nin 7. maddesinde ifade edilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip olan ülkeler bakımından tüm alt ilkeleriyle birlikte uygulanması gerektiğini de belirtmiştir.[146] Bu bağlamda halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel nitelikli hükümler taşıyan 5326 sayılı Kabahatler Kanunu da AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" bir nitelik taşımakta ve kanunilik ilkesinin bütün alt ilkeleriyle birlikte benimsenmesi gerekmektedir. Konu suç ve cezada kanunilik ilkesi ve alt ilkelerinden açılmışken müteaddit defalar tekrarlama pahasına olsa da onlar üzerinde kısaca durmak uygun olacaktır.

Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi denilince neredeyse evrensel olarak akla gelen ve Türk pozitif hukukunun da benimsediği[147] biçimsel kanunilik ilkesi; işlendiği zamanının kanunu tarafından açıkça suç sayılmayan bir fiil ile cezalandırma ve kanun tarafından açıkça saptanmayan bir fiil ile cezalandırma yasağını, bir başka deyişle, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" (nullum crimen nulla poena sine lege) ilkesini

146 Bu konuda AİHM'nin Kokkinakis davasında verdiği karar örnek olarak gösterilmiştir.

147 Gerçekten de Anayasanın 38. maddesinin 1. fıkrasında; kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, 3. fıkrasında ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı şeklinde hükümlere yer verilmiş, 15. maddesinin 2. fıkrasında ise; suç ve cezaların geçmişe yürütülemeyeceği ifade edilmiştir. Bu esaslar 5237 sayılı TCK'nın 2. ve 7. maddelerinde daha da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

ifade eder.[148] Biçimsel kanunilik ilkesinin üç alt ilkesi bulunmaktadır. Bunlar; kanunun tekelciliği, kanunun açık ve kesin olması ve kanunun geriye yürümezliği ilkeleridir. Kanunun tekelciliği alt ilkesinden kastedilen husus; sadece kanunla suç ve cezanın konulabileceği esasıdır. Kanunun açık ve kesin olması alt ilkesi; konun koyucunun suç ve ceza normu yaratırken cezai yönden meşru olan ile olmayanın kesin olarak ortaya konulması için kanuni tipi açık ve kuşkuya yer vermeyecek ölçüde belirgin bir biçimde saptamasını ifade eder. Son alt ilke olan, kanunun geriye yürümezliği alt ilkesinden anlaşılması gereken husus ise suç ve ceza yaratan normların sadece yürürlüğe girmelerinden sonra işlenen fiillere uygulanmasını, bir başka deyişle, daha önce işlenen fiillere uygulanmamasını ifade eder.[149]

Bununla birlikte, "suç" ve "ceza" kavramları arasında "bütünleyici parça" (mütemmim cüz) ilişkisi bulunmakta ve onların birbirinden ayrılması olanaksız olduğundan yalnızca suç veya cezada kanuni-

148 Bkz. Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2006, s. 39.

149 Ayrıntılı bilgi için bkz. Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 43-69. Ancak suç ve cezada kanunilik ilkesinin alt ilkeleri konusunda öğretide bir oydaşının bulunduğu düşünülmemelidir. Örneğin, Erem, suç ve cezada kanunilik ilkesinin temel anlamının, ceza hukukunun esasını yalnızca kanunun oluşturması olduğunu, bu bağlamda, "kıyaslama", "hukukun genel prensipleri", "örf ve âdet"e ceza hukukunda yer verilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Erem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, s. 74. Erem, bu görüşüyle suç ve cezada kanunilik ilkesinden anlaşılması gereken hususun yalnızca "kanunun tekelciliği" alt ilkesi olduğunu ima etmektedir. Öztürk ve Erdem ise suç ve cezada kanunilik ilkesinin bir taraftan suçun, diğer taraftan suç karşılığı uygulanacak cezanın kanunda gösterilmesi anlamına geldiğini, bu anlamda kanunsuz suç olmaz ilkesinin bir davranışın sosyal açıdan ne kadar zararlı ve cezayı gerektirir olursa olsun, eğer fiilin işlenmesinden önce cezalandırılacağı kanunda açıkça gösterilmiş değilse, ceza hukuku yaptırımlarına başvurulamayacağı anlamına geleceğini ifade etmektedirler. Yazarlar, kanunsuz ceza olmaz ilkesinin ise yalnızca belirli bir davranışın cezalandırılabilir olduğunun değil, bununla eşanlı olarak cezanın tür ve ağırlığının da fiilden önce saptanması olmasını gerektireceğini belirtmektedirler. Yazarlar, suç ve cezada kanunilik ilkesinin dört hukuksal güvence içerdiğini, bunların; belirlilik, aleyhe kanunun geçmişe yürüme yasağı, "benzetme" (kıyas) yasağı ve örf ve âdete dayanarak suç ve ceza koyma yasağı olarak sayılabileceğini düşünmektedirler. Fazla bilgi için bkz. Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 38-42.

lik ilkesinin benimsenmesi yetmemekte her ikisinde birden kanunilik ilkesinin benimsenmesi gerekmektedir.[150] İşte AİHM, suç ve cezada kanunilik ilkesini bir bütün olarak değerlendirerek Türkiye'nin de aralarında olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemine sahip ülkeler bakımından söz konusu ilkenin tüm alt ilkeleriyle birlikte geçerli olmasını[151] aramaktadır. Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunda suç ve cezada kanunilik ilkesi bir bütün halinde tüm alt ilkeleriyle birlikte geçerli olmasına karşın, söz konusu kanundan esinlenen, 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kanununda yalnızca cezada kanunilik ilkesi benimsenmiş, suçta kanunilik ilkesi benimsenmemiştir. Daha açık bir deyişle, 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasında suçta kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine uyulmayabileceği hükmü öngörülerek[152] suçta kanunilik ve dolayısıyla "suç ve

150 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 495 vd.

151 AİHS'de failin lehine olan kanunun geriye yürümesi hakkında bir hüküm bulunmamasından idari ceza normlarının failin lehine olarak geriye yürütülemeyeceği şekilde bir sonuç çıkartılmamalıdır. Zira failin lehine olan ceza normunun geriye yürütülmesi genel bir hukuk ilkesidir. Öte yandan, Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 15. maddesinin 1. fıkrasının 3. cümlesindeki "suçun işlenmesinden sonra, bir suça daha hafif bir ceza öngören yasa değişikliği yapıldığı takdirde, fail yapılan bu yasa değişikliğinden yararlanır" şeklindeki özel garanti, bütün idari suç ve cezalar bakımından da geçerli bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, idari cezayı gerektiren bir fiil işlendikten sonra o fiilin cezası kaldırılmış veya düşürülmüşse fail cezanın kaldırılması veya indiriminden yararlanacaktır. Görüldüğü üzere bu durum, idari hukukundaki; bir idari tasarrufun geçerliliği "tasarrufun yapıldığı andaki hukuk kurallarına göre değerlendirileceği" (ex tunc review) ilkesine ters düşmektedir. Krş. Widdershoven, Rob: Encroachment of Criminal Law In Administrative Law In Netherlands, s. 449-450 (9.4.2018 tarihinde https://www.ejcl.org/64/art64-25.html, s. 445-466), adresinden erişildi. Tersine bir deyişle, failin lehine olan idari cezaların hukuksal geçerliliğinin saptanmasında "ex nunc" ilkesi, bir başka deyişle, idari para cezasının geçerliliğinin, suçun işlendiği anda değil, cezanın verilmesi anında öngörülen kurallara göre saptanması esası geçerlidir. Bu çerçevede idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesi hükme bağlanırken, failin lehine olan norm değişikliklerinin geçmişe etki edeceği konusunda açık hükümlere yer verilmesi uygun olacaktır.

152 5326 sayılı Kabahatler Kanununun "(k)anunilik" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında; hangi fiillerin kabahat oluşturduğunun kanunda açıkça tanımlanabileceği

cezada kanunilik" ilkesine aykırı bir tutum takınılmıştır.[153] Bu tutumun değiştirilerek AİHM içtihatları gereği, 5326 sayılı Kabahatler Kanununda suç ve cezada kanunilik ilkesinin bütünsel ve alt ilkeleriyle kabul edildiğinin açıkça hükme bağlanması uygun olacaktır.

AİHM içtihatlarından mesleki yasaklama cezaları temelinde de alınması gereken birtakım dersler bulunmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, Huber-Avusturya'ya karşı davasında geçici mesleki yasaklama cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" olarak kabul etmektedir. Çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHM'nin "cezai" olarak kabul ettiği bir yaptırım hakkında AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen suç ve cezada kanunilik ilkesinin kural olarak tüm alt ilkeleriyle birlikte uygulanması gerekir. Türkiye'de AİHM'nin görüşüne en fazla aykırılık taşıyan alanı, "mesleki yasaklama cezası" oluşturmaktadır. Konu hakkında bir örnek vermek yerinde olacaktır.

Sağlık Bakanlığının çıkartmış olduğu Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik[154] mesleki yasaklama oluşturacak tarzda bir takım idari suç ve ceza koymaktadır. Daha somut bir deyişle, Yönetmeliğin "(y)asaklar" başlıklı 27. maddesinde; "ÜYTE" (Üremeye Yardımcı Tedavi) müstakil merkezlerinde; ruhsat/faaliyet izni almadan faaliyet gösterilemeyeceği, adlarına çalışma belgesi düzenlenmeyen sağlık çalışanlarının görev yapamayacağı, stajyer öğrenciler ve ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışma yetkisi bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izinleri bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izni olmayan yabancı uyruklu sağlık çalışanlarının görev yapamayacağı, şirketin faaliyet alanına giren işlerin, merkezde yapılamayacağı, merkezlerin amacın dışında faaliyet gösteremeyeceği, merkezde bulunan birimlerin yetkisi olmayan kişiler tarafından kullanılamayacağı, tabibi veya per-

gibi kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriğinin, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabileceği ifade edilmiştir.

153 Zira "suç" ile "ceza" arasında "bütünleyici parça" (mütemmim cüz) ilişkisi bulunduğundan, bunlardan birisinde kanunilik ilkesinin benimsenmemesi, diğerinde de kanunilik ilkesinin benimsenmediği anlamını taşır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 495 vd.

154 Bkz. 30 Eylül 2014 tarih ve 29135 sayılı R.G.

sonel tarafından başkasına ait kaşe hiçbir surette kullanılamayacağı, hasta bilgilerinin gizliliği ilkesinin ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir. Yine bu maddede; müstakil merkezler dışındaki diğer merkezlerde yasak olan fiil ve davranışlar hakkında merkezin bünyesinde bulunduğu kurumun tabi olduğu mevzuat hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Yönetmeliğin 28. maddesinde ise bu yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uymayanlar hakkında, Ek-17'de yer alan yaptırımların uygulanacağı belirtilmiştir.

Yönetmeliğin Ek-17. Maddesinde "Müeyyide Formu" düzenlenmiş, ihlalin 1. 2. ve 3. defa tespitine göre yaptırımların ağırlaştırılarak öngörüleceği ifade edilmiştir. Örneğin Ek 17. maddenin 25. sırasında; ÜYTE merkezlerinde stajyer öğrenciler ve ilgili mevzuat hükümlerine göre çalışma yetkisi bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izinleri bulunmayan sağlık çalışanları ile gerekli izni olmayan yabancı uyruklu sağlık çalışanlarının görev yapması durumunda 1. Tespitte; Sağlık Bakanlığının onayı ile Valilikçe merkezin faaliyetinin 10 gün süreyle durdurulacağı, 2. Tespitte merkezin faaliyetinin üç ay süreyle durdurulacağı, 3. Tespitte ise merkezin faaliyet izni/ruhsatının iptal edileceği belirtilmiştir. Yönetmelikte cezalar dörde ayrılmış; ilkini, merkezin faaliyetinin durdurulması (kapatılması), ikincisini, 1 ila 10 gün arasında değişen sürede merkezin faaliyetinin geçici olarak durdurulması, üçüncüsünü, merkezin faaliyet izni/ruhsatının iptal edilmesi, sonuncusunu ise idari para cezası oluşturur.

AİHM, yukarıda belirtildiği üzere, mesleki faaliyetin geçici olarak yasaklanmasını bile AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak kabul edip bu tip yaptırımlarda AİHS'nin 7. maddesi gereği kanunilik ilkesinin uygulanması gerektiğini savunurken, mesleki faaliyetin sürekli bir şekilde yasaklanması yaptırımına bile yer veren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikle suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranılmıştır. Zira söz konusu ilkenin "kanunun tekelciliği" alt ilkesinin gereği olarak, ÜYTE merkezlerinin kapatılmasını, geçici veya sürekli olarak faaliyetinin durdurulmasını veya idari para cezası verilmesini durumlar ile söz konusu cezalara yol açabilecek idari suçların tüm un-

surlarının yalnızca kanunla düzenlenmesi gerekirken, yönetmelik ile düzenleme yapılması, kanunun tekelciliği alt ilkesine, dolayısıyla suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık[155] oluşturmaktadır.[156]

AİHM'nin, halka yönelik idari yaptırımlardan, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına soktuğu "cezai işler"de hem AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen usuli ve maddi garantilerin, hem de 7. maddesinde düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesinin uygulanması gerekmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen garantilerden birisi de cezayı uygulayacak olan mahkemenin tarafsız ve bağımsız olması esasıdır. Bu esas, halka yönelik idari cezalara uygulanırsa, idari cezayı verecek organın bağımsız

155 Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik hükümleri arasında genel hukuk ilkelerine aykırı bir hususun bulunmaması bu esasta bir değişiklik oluşturmaz. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesi açısından önemli olan husus, suç ve cezanın kanunla düzenlenmesi olup yönetmelik hükümlerinin hukuka aykırı olmaması önem taşımaz. Suç ve cezanın yönetmelikle düzenlenmesi bizatihi söz konusu alt ilkeye aykırılık oluşturur.

156 Aslında bu yönetmeliğin idare hukuku anlamında bile kanuni dayanağı sorun oluşturmaktadır. Gerçekten de söz konusu yönetmeliğin 3. maddesinde hukuki dayanak olarak; 7.5.1987 tarih ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. ve 9. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi, Ek 11. maddesi ile 11.10.2011 tarih ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 40. maddesi gösterilmiştir. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesi, 9. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi, Ek 11. maddesi ile 663 sayılı KHK'nın 40. maddesinde üremeye yardımcı tedavi merkezleri konusundan isim olarak bile bahsedilmemiştir. 3359 sayılı Kanun ile 663 sayılı KHK'da yer alan bu hükümler, bahsedilen yönetmeliğe hukuki dayanak oluşturmaya uygun değildir. Öte yandan bu yönetmeliğin Anayasanın 124. maddesine uygun olması şüphelidir. Zira Anayasanın 124. maddesinin 1. fıkrasında; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelikler çıkartabileceği ifade edilmiştir. Yönetmeliğe dayanak olarak gösterilen 3359 sayılı Kanun ile 663 sayılı KHK'de üreme sağlığı tedavi merkezleri genel olarak düzenlenmediği için Anayasanın 124. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen yönetmeliğin "kanunun uygulanmasını sağlaması" şartının nasıl gerçekleştirileceği şüphelidir. Zira kanunun uygulanmasını sağlayabilmek için kanunda en azından üreme sağlığı tedavi merkezilerine yönelik en azından genel esaslara yer verilmesi gerekirdi.

ve tarafsız olması gereği ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte, "Bağımsız İdari Otorite"ler (BİO) dışında kalan idari organların tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlayabilmek oldukça zor gözükmektedir. Zira idari ceza verilirken çoğu zaman devletin ve idarenin kendisine özgü çıkarları ile cezanın muhatabı olan karşı tarafın çıkarları birbirleriyle çatışmakta, bu yüzden idare, bağımsız ve tarafsız kalabilmesi oldukça zorlaşmaktadır.[157] Bununla birlikte, BİO'ler dışındaki kamu organlarının tarafsız ve bağımsız kalabilmesinin oldukça zor olması değer yargısından bu konuda hareketsiz ve durağan kalınması sonucu çıkartılmamalıdır. Her çeşit kamu organının bağımsız ve tarafsız kalabilmesi için çaba gösterilmesi gerekir. Bu bağlamda Dealure'nin belirttiği üzere idari ceza verilirken kamu organlarının bağımsızlığını ve tarafsızlığını sağlayacak yollardan birisi savunma hakkına saygı duyulması ilkesidir.[158] Bu çerçevede hangi tür kamu kurum veya kuruluşu olursa olsun idari ceza verilirken savunma hakkına gerekli özenin gösterilmesine önem verilmesi uygun olacaktır.

AİHM, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanunu çerçevesinde veya disiplin hukuku soruşturmalarında, önemsiz ihlallerin, idari organ tarafından sözlü soruşturma usulüne uyuşmadan cezalandırılabileceği esasını bir şartla kabul etmektedir. Bu şart, idari cezaya karşı kapsamlı yargı denetiminin öngörülmesi ve geniş yetkilere haiz bir mahkemeye başvurulabilmesinin olanaklı olmasıdır.[159] AİHM'nin bu

157 Delaure, Jean-Marie: "Actualité de la problématique de la sanction administrative" (AJDA, numéro spécial, 20 octobre 2001, s. 13-15), s. 14.

158 Bkz. Delaure, s. 14.

159 Bkz. Ladewig, Hans-Meyer: "Adil Yargılanma Hakkı-II" (Çeviren; Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 87-99), s. 88. Bu esas Fransız Yargıtay'ı tarafından da benimsenmektedir. Gerçekten de idari organların verdiği idari ceza bakımından AİHS'nin 6. maddesinin gereğinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için Fransız Yargıtay'ının 18 Haziran 1996 tarihli M. Pierre Conso c/Agent judiciaire du Trésor et la Commisssion des opérations de Bourse kararında; denetim yetkisi kapsamlı olan yargıya başvuru olanağının getirilmesinin mutlak bir zorunluluk olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Degoffe, Michel: "L'ambiguïté de la sanction administrative" (AJDA, numéro spécial, 20 Octobre 2001, s. 27-33), s. 32.

görüşünden, tıpkı Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanun gibi kimi halka yönelik idari suç ve cezalar[160] hakkında genel hükümler taşıyan, temel olarak halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından hükümler içeren ve Alman Kanunundan esinlenen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu bakımından bazı derslerin çıkartılması uygun olur. Bu bağlamda çıkartılması gereken temel ders, idari ceza işlemlerine karşı başvurulacak yargı merciinin etkin kılınmasıdır. Türkiye'de disiplin cezalarına karşı idari yargı organlarına başvuru olanağı öngörüldüğünden, idari cezaların bu türü bakımından fazla bir sorun bulunmamaktadır. Ancak idari cezaların ilk türünü oluşturan halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından sorun bulunmaktadır. Zira 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 27. maddesinde halka yönelik idari cezalara karşı başvuru yolu kural olarak sulh ceza hâkimliği olarak öngörülmüştür. Bu tutum, AİHM'nin söz konusu görüşüne uygunluk bakımından sorun doğurucu niteliktedir. Zira idari cezaya karşı kapsamlı bir yargısal denetim ve karar yetkisini haiz bir mahkemeye başvurudan, bir başka deyişle, geniş kapsamlı ve etkili bir yargı denetiminden bahsedilebilmesi için başvurulacak yargısal makamın etkin kılınması gerekir. Bu etkinlik, idari yargı organları bakımından sağlanmıştır. Gerçekten de 6.1.1982 tarih ve 2577 sayılı İYUK'nun 7. maddesinin 4. fıkrası gereği, düzenleyici işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem veya her ikisi aleyhine birden dava açabilmekte, dü-

160 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 1. maddesinde; bu kanunda, toplum düzenini, genel ahlâkı, genel sağlığı, çevreyi ve ekonomik düzeni korumak amacıyla kabahatlere ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği ifade edilmektedir. Kanunun yaptığı bu düzenleme eksiktir. Zira Kanun, "kabahat" olarak nitelendirdiği "idari suç ve ceza"nın ana türlerinden birisi olan disiplin suç ve cezaları bakımından genel hükümler koymamakta, yalnızca kimi halka yönelik idari suç ve cezalar bakımından genel hükümler koymaktadır. Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşıldığı üzere, İdare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ bulunmadığı takdirde verilen her ceza, "halka yönelik ceza" sayılır. Hâlbuki Kabahatler Kanunu, "idari suç ve ceza"nın bir başka ana türünü oluşturan "halka yönelik suç ve ceza" ile "kabahat"i hatalı olarak birbiriyle özdeşleştirmekte ve kabahatlerden de yalnızca "toplum düzenini", "genel ahlâkı", "genel sağlığı", "çevreyi" ve "ekonomik düzeni" korumak amacıyla öngörülen suç ve cezaları anlamaktadır. Bu bağlamda hangi alanda olursa olsun idare ile cezanın muhatabı arasında özel bir bağ bulunmadığı hallerde öngörülen fiillerin ve verilen cezaların tümünü halka yönelik ceza olarak kabul etmek gerekir.

zenleyici işlemin iptal edilmemiş olması, bu düzenlemeye dayalı bireysel idari işlemin iptaline engel olmamaktadır. Bu hüküm çerçevesinde, idari yargı organları, idari cezanın dayanağını oluşturan bir idari düzenlemeyi iptal edebilmekte, böylelikle geniş kapsamlı ve etkili bir yargısal denetim yapabilmektedirler. Buna karşın, mevcut durumda, adli yargı organlarının, idari cezanın dayanağı olan yönetmelik şeklindeki bir düzenleyici işlemi iptal etme yetkileri bulunmadığından onların idari ceza bakımından etkili ve kapsamlı bir denetim yapabilmeleri sorunludur. Bu sorunu çözmek için, adliye mahkemeleri, idari ceza üzerinde yargısal denetim yaparken onları etkin kılmak gerekir. Bu bağlamda örneğin idari ceza, yönetmelikle düzenlenmişse sulh ceza hâkimliğine, yönetmelik hükmünü göz ardı ederek kanuna dayanmadığı için idari ceza işlemini iptal etme yetkisinin tanınması gerekir.

AİHM içtihatlarından alınacak bu genel derslerin yanında halka yönelik idari suç ve cezaların türleri bakımından da alınması gereken dersler bulunmaktadır. Yukarıda çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHM'nin, ulusal hukukta "idari yaptırım" olarak saptanan bir hususu, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai" olarak kabul etmesi durumunda Mahkemenin değerlendirmesi ulusal hukuk bakımından bağlayıcı bir nitelik taşımaktadır.[161] Yine yukarıda ayrıntılı bir şekilde anlatıldığı üzere AİHM, 1990'lı yıllardan itibaren idari vergi cezalarının, AİHS'nin söz konusu fıkrası bağlamında "ceza" olarak nitelendirileceği görüşünü savunmuştur.[162] AİHM'nin cezai olarak nitelendirdiği bir yaptırımda AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen kanunilik ilkesinin uygulanması gerekli olmasına karşın, Türk idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine aykırı düzenlemeler bulunmaktadır.[163] Bu tutumdan vazgeçilerek AİHM içtihatlarının gereği olarak idari vergi suç ve cezalarında kanunilik ilkesine tam olarak uyulması uygun olacaktır.[164]

161 Krş. Delmas/Teitgen, s. 159.

162 Delmas/Teitgen, s. 160. Aslında AİHM, daha önce "medeni hak ve yükümlülükler" kapsamına soktuğu hatta bu kapsama sokmadığı yaptırımları bile son yıllarda "cezai" olarak vasıflandırmaya başlamıştır. Krş. Delmas/Teitgen, s. 159.

163 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 264 vd.

164 Zira AİHM içtihatları Türkiye'de doğrudan uygulanabilir bir nitelik taşımaktadır.

AİHM içtihatlarından idari vergi suç ve cezaları temelinde alınması gereken söz konusu dersin dışında, regülatif idari suç ve cezalar özelinde de çıkartılması gereken bazı sonuçlar bulunmaktadır. Yukarıda kısmen değinildiği üzere, BİO'ler tarafından özellikle BİO ile cezanın muhatabı olan kişiler arasında önceden bir bağın olmadığı durumlarda verilen halka yönelik idari cezalar, AİHS'nin 6. maddesi anlamında bir ceza niteliğini taşımaktadır. Bu yüzden BİO'ler tarafından verilen halka yönelik cezalar bakımından AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen garantiler ile 7. maddesinde düzenlenen kanunilik ilkesine uyulması bir zorunluluktur. Çeşitli defalar belirtildiği üzere AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında, cezai uyuşmazlıkların, bağımsız, tarafsız ve yasayla kurulmuş bir mahkemede görülmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bir BİO, idari ceza verirken adeta yargı organı sıfatıyla hareket ettiği, bir başka deyişle, yarı-yargısal bir konumda bulunduğu için onun bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması mutlak bir koşuldur. Nitekim Fransız Anayasa Konseyi sık sık BİO'lerin idari ceza verebilmesi için onların bağımsız ve tarafsız olmasının mutlak şart olduğunu ifade etmektedir.[165] BİO'lerle ilgili Türk pozitif hukuk metinlerinde genellikle onların "özerk" olduğu,[166] dolayısıyla bağımsız ve tarafsız bir niteliğe sahip oldukları belirtilmesine karşın, bu esasın uygulamaya yansıtılmasında sıkıntılar bulunmaktadır. BİO'lerin özerk, daha açık bir deyişle, bağımsız ve tarafsız olduklarından bahsedilebilmesi için onların uygulamada da gerçekten özerk bir şekilde faaliyet yürütmesi yönünde çaba gösterilmesi faydalı olacaktır.

AİHM görüşünün gereğinin yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için BİO'lerin salt bağımsız ve tarafsız olması da yetmemektedir. Bunun yanında BİO'lerin, AİHS'nin 6. maddesinin gereklerine uygun bir şekilde faaliyet gösterdiğinden söz edilebilmesi Fransız Danıştay'ının 28 Temmuz 1999 kararında isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen tüm garantilere[167] uyulması

165 Bkz. Degoffe, s. 31 ve dn. 27.

166 Örneğin 7.12.1994 tarih ve 4054 sayılı Rekabet Kanununun 20. maddesinin 1. fıkrasında, Rekabet Kurumunun idari ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilmiştir.

167 Örneğin, savunma hakkına. Gerçekten de AİHS'nin 6. maddesinin 2. fıkrasında sanığın savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip ola-

gerekir.[168] Türkiye'de, BİO'lerin "varlık nedeni" (raison d'état) olan bağımsızlık ve tarafsızlık garantisine tam olarak uyulması bakımından sıkıntılar bulunduğu gibi BİO'lerin ceza vermesi sürecinde de AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen diğer garantiler de kimi zaman göz ardı edilebilmektedir. Örneğin, kimi durumlarda BİO'lerin idari ceza verme süreçlerinde savunma hakkına ya hiç ya da gereği gibi uyulmamaktadır.[169] Bu bağlamda, AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen tüm garantilerin BİO'ler tarafından idari ceza verme sürecinde kullanılması bir zorunluluktur.[170]

AİHM'nin görüşünün gereği olarak BİO'ler tarafından verilen halka yönelik idari cezalarda suç ve cezada kanunilik ilkesine uyulması gerekli olmasına karşın, Türkiye'de bu gerekliliğe uymak bakımından da sıkıntılar yaşanmaktadır.[171] Örneğin halka yönelik idari ceza veren Rekabet Kurulunun vermiş olduğu cezalarda kanunilik ilkesine tam olarak uyulmamaktadır. Gerçekten de 4054 sayılı Rekabet Kanununun "İdari Para Cezası" başlıklı 16. maddesinin son fıkrasında; bu maddeye göre verilecek idari para cezalarının tespitinde dikkate alınan hususlar, işbirliği halinde para cezasından bağışıklık veya indirim şartları, işbirliğine ilişkin usul ve esasların Rekabet Kurulunca çıkartılacak yönetmeliklerle belirleneceği ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere suç ve cezada kanunilik ilkesinin kanunun tekelciliği alt ilkesine aykırı olarak Rekabet Kurulunca verilecek idari para cezalarında kanuna

cağı ifade edilmiştir.

168 Nak. Degoffe, s. 31 ve dn. 34.

169 Konu hakkında bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve cezalarda kanunilik İlkesi, s. 509 ve dn. 1257.

170 Bu bağlamda Sauvé [Sauvé, Jean Marc: "Les sanctions administratives en droit public français" (AJDA, numéro spécial, 20 Octobre 2001, s. 16-24), s. 23], AİHS'nin 6. maddesine uyum sağlayabilmek açısından BİO'lere yalnızca gözetim ve soruşturma yetkisinin verilmesi gerektiğini onlara yaptırım uygulama yetkisinin verilmemesini, bu yetkinin ceza mahkemelerine bırakılmasının düşünülebileceğini ifade etmektedir. Kanımızca böyle bir durum idari cezanın doğasına aykırı olduğu için (zira idari ceza idare tarafından verilmek durumundadır) kabul edilemeyeceği gibi mahkemelerin iş yükünü artıracağı için de kabul edilemez.

171 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 285-309.

değil doğrudan yönetmeliğe yollama yapılmaktadır. Bu durum suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun tekelciliği" alt ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. AİHM görüşünün gereğinin yerine getirildiğinden bahsedilebilmesi için BİO'ler tarafından verilen halka yönelik idari cezalarda kanunilik ilkesinin tüm alt ilkelerine eşzamanlı olarak uyulması gerekmektedir.

3. Disiplin Suç ve Cezalarında

Yukarıda ayrıntılarıyla gösterildiği üzere, kamu görevlilerine uygulanan disiplin suç ve cezaları, AİHM tarafından "cezai işler" olarak kabul edilmemekte, belirli koşullar altında "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul edilmektedir. Ancak bu olgudan söz konusu mahkemenin bütün disiplin suç ve cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında ceza hukuku kapsamında görmediği sonucu çıkartılmamalıdır. Çeşitli defalar belirtildiği üzere disiplin suç ve cezaları yalnızca kamu görevlilerine özgülenemez. İdare ile cezanın muhatabı arasında "özel bir bağ" (a special bond) bulunan her durumda verilen ceza, disiplin cezası niteliğini taşımaktadır. Bu bağlamda AİHM'nin çeşitli disiplin cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak gördüğünü belirtmek gerekir.

Gerçi AİHM'nin bu zamana kadar verdiği kararlarından onun sabit ve istikrarlı bir "idari ceza" kavramını benimsediği söylenemez. Bu kavram AİHM tarafından zaman içerisinde geliştirilecek olsa da mahkemenin verdiği kimi kararlardan nelerin idari ceza olarak kabul edildiği konusunda bir ipucu elde edebilmek olanaklıdır. Bu bağlamda AİHM; BİO veya idare tarafından verilen bazı halka yönelik idari cezalar ile trafik polisi tarafından verilen trafik cezalarını AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasındaki "cezai işler" kapsamına soktuğu gibi asker, mahpus, psikiyatri hastaları gibi kişiyle idare arasında "özel bir bağ" bulunan hallerde verilen özgürlüğü bağlayıcı nitelikteki disiplin yaptırımlarını da[172] "cezai işler" olarak nitelendirmektedir. AİHM'nin han-

172 İlginçtir, AİHM, asker, mahpus, psikiyatri hastaları gibi kişiyle idare arasında "özel bir bağ" bulunan hallerde verilen özgürlüğü bağlayıcı nitelikteki yaptırımı, "ceza" olarak kabul etmesine karşın, Fransız Anayasa Konseyinin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında bu yaptırımlar, "ceza", daha somut bir deyişle, "idari ceza"

gi tür yaptırımları "ceza" olarak kabul ettiği konusunda önceden hazır bir liste vermek zor olsa da bahsedilen cezalara benzer cezaları, hatta kapsamını genişleterek başka yaptırımları da AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının kapsamına soktuğu veya sokabileceğini söylemek olanaklıdır.[173] Bu açıklamalardan sonra disiplin suç ve cezalarının kimi türleri bakımından AİHM içtihatlarından çıkartılması gereken dersler üzerinde durmak faydalı olacaktır.

AİHM'nin disiplin suç ve cezaları bakımından vermiş olduğu içtihatlarından, askeri disiplin suç ve cezaları bakımından çıkartılacak önemli dersler bulunmaktadır. AİHM'nin yukarıda belirtilen Engel ve diğerleri kararında açıkça özgürlüğü bağlayıcı nitelikteki askeri disiplin cezaları "cezai" nitelikte kabul edilerek AİHS'nin 6. ve 7. maddesinde belirtilen garantilere tabi olduğu açıkça ortaya konulmuştur.[174] Bu yüzden özellikle özgürlüğü bağlayıcı disiplin cezaları başta olmak üzere askeri disiplin suç ve cezalarında, kanunilik ilkesine ve diğer garantilere tam anlamıyla uyulması gerekir. Buna karşın, Türkiye'de özgürlüğü bağlayıcı olsun veya olmasın askeri disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine ve diğer garantilere tam olarak uyulmadığını belirtmek gerekir.[175]

---

olarak kabul edilmemektedir. Bundan daha da ilginç olan husus ise Anayasa Konseyinin bu tutumunun Fransız öğretisinde kimi yazarlar tarafından desteklenmesidir. Gerçekten de bu yazarlar, kişi ile idare arasında özel bir bağın bulunması durumunun doğal olarak idari organın otoritesini artırdığı ve yurttaşa sağlanan garantileri ve bu arada kanunilik ilkesinin etkisini azaltmasına yol açtığını belirtmektedir. Ancak Moderne'in isabetli olarak belirttiği üzere idare ile kişi arasında özel bir bağ bulunan bu hallerde de verilen idari cezaların "cezalandırıcı" niteliği bulunduğu için bu görüşe katılmaya olanak yoktur. Bkz. Moderne, s. 160-161. Bu bağlamda AİHM'nin özel bağ bulunan söz konusu durumlarda verilen idari cezayı, "ceza" olarak nitelendirmesini isabetli görmek uygun olacaktır.

173 Krş. Moderne, s. 63.

174 Krş. Moderne, s. 109. Moderne, burada, askeri disiplin cezasının sadece AİHS'nin 6. maddesindeki garantilere tabi olduğunu belirtmektedir. Cezai nitelikte bir işlem kendiliğinden AİHS'nin 7. maddesinde belirtilen "kanunilik" ilkesine tabi olduğu için Moderne'in görüşünün eksik olduğunu düşünmekteyiz.

175 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 370-380.

Türkiye'de askeri disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine ve diğer garantilere tam olarak uyulmadığını gösterebilmek bakımından kısa bir bilgi vermek uygun olacaktır. Askeri disiplin suç ve cezaları, 31.1.2013 tarih ve 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile olumlu yönde oldukça köklü değişikliklere uğramıştır. Bu kanun ile askeri disiplin cezalarını gerektiren fiilleri yalnızca disiplin suçları oluşturmuştur. İkinci olarak, 6413 sayılı Kanun ile disiplin suç ve cezalarıyla askeri ceza mahkemesi[176] arasındaki her türlü ilişki kesilmiştir. Üçüncü olarak, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu ile 477 sayılı Kanunun 1. maddesinde değişiklik yapılarak disiplin mahkemelerinin yalnızca savaş zamanında kurulacağı belirtilmiş ve mevcut "disiplin mahkemeleri", "disiplin kurulu"na dönüştürülmüştür. Bu bağlamda mevcut durumda Türk hukukunda barış döneminde "disiplin mahkemesi"nin bulunmadığı söylenebilir.

Askeri disiplin suçlarını oluşturan davranışlar, 6413 sayılı Kanunun ise 15 ila 20. maddeleri arasında teker teker sayılmıştır. Askeri disiplin suçlarına verilecek disiplin cezaları ise 6413 sayılı Kanunun 11., 22. ve 25. maddelerinde asker kişilerin konumuna göre faklı türlere ayrılarak saptanmıştır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanunun 11. maddesinde, subay, astsubay ve uzman erbaşlar ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında verilebilecek disiplin cezaları hafiften ağırlığına doğru sıralanması bakımından; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam, aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme, oda hapsi ve Silahlı Kuvvetlerden ayırma olarak sayılmıştır. 6413 sayılı Kanunun 22. maddesinde askeri öğrencilere verilebilecek disiplin cezaları; kınama ve izinsizlik olarak saptanmış, 25. maddesinde ise erbaş ve erlere disiplin amirleri tarafından verilebilecek cezalar; izinsizlik, ilave hizmet yükleme, oda hapsi ve hizmetten men olarak belirtilmiştir. 6413 sayılı Kanun, Millî Savunma Bakanlığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli devlet me-

176 16/04/2017 tarihinde yapılan halk oylamasıyla Anayasanın 142. maddesine bir fıkra eklenerek; disiplin mahkemeleri dışında askeri mahkemelerin kurulamayacağı, ancak savaş halinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askeri mahkemelerin kurulabileceği ifade edilmiştir. Bu hükümle, barış döneminde askeri yargı kaldırılarak, yargı ayrılığına son verilmiş ve yargı birliğine geçilmiştir. Bu tutumu isabetli olarak değerlendirmek gerekir.

murları bakımından özel nitelikte bir disiplin suç ve cezası öngörmediğinden bu memurların genel hükümlere tabi olduğu söylenebilir.

Disiplin cezalarının tanımı, 6413 sayılı Kanunda yapılmış bulunmaktadır. Daha somut bir deyişle, 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinde uyarma cezası; personele, görevinin icrasında veya hâl ve hareketlerinde daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi,[177] kınama cezası; personele, görevinin icrasında veya hâl ve hareketlerinde kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi,[178] hizmette kısmi süreli devam cezası; disiplin cezası verilen personele mesai sonrasında günde üç saati ve her hâlde saat 24.00'ü geçmeyecek şekilde, kadro görevinde veya kadro görevi dışında statüsüne uygun askeri hizmetin yaptırılması,[179] aylıktan kesme cezası; disiplin cezası verilen personelin, sosyal güvenlik mevzuatına göre hesaplanan prime esas kazanç tutarından ekli (1) sayılı çizelgede belirtilen oranlarda kesinti yapılması,[180] hizmet yerini terk etmeme cezası; personelin mesai bitiminden sonra görev yaptığı yerden ayrılmayıp resmi daire, kışla, eğitim alanları ile sair yerlerdeki hizmetine devam etmesi,[181] oda hapsi cezası;[182] odalarının kapısında nöbetçi bulundurularak bu amaçla tahsis edilen hapis odasında yerine getirilen ceza şeklinde tanımlanmıştır.[183] 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde ise Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası tanımlanmıştır. Buna göre, personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre Türk Silahlı Kuvvetlerinden ilişiğinin kesilmesi veya durumuna göre sözleşmesinin feshedilmesi, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasıdır.[184]

177 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 1. fıkrasına bkz.

178 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

179 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasına bkz.

180 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 4. fıkrasına bkz.

181 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 5. fıkrasına bkz.

182 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 6. fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre oda hapsi cezası, seferberlik ve savaşta, kanunda belirtilen tüm disiplinsizlik hallerinde disiplin amirleri, barışta ise yalnızca Türk karasuları dışındaki gemilerde hizmet yerini terk etmeme disiplin suçu işlendiği takdirde gemi komutanı tarafından verilebilmektedir.

183 6413 sayılı Kanunun 12. maddesinin 6. fıkrasına bkz.

184 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinin 1. fıkrasına bkz.

6413 sayılı Kanun, disiplin cezalarını verecek disiplin birimlerini farklılaştırmıştır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanunun 11. maddesinin 2. fıkrasında; uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam ve aylıktan kesme cezalarının disiplin amirleri, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarının disiplin kurulları ve disiplin amirleri, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının ise yüksek disiplin kurulları tarafından verileceği ifade edilmiştir.[185]

6413 sayılı Kanun askeri disiplin suç ve cezalarında olumlu anlamda köklü değişiklikler öngörmüş olsa da söz konusu suç ve cezalarda kanunilik ilkesini egemen kılamamıştır. Bir kere 6413 sayılı Kanun, uyarma, kınama, hizmete kısmi süreli devam ve hizmetten men cezalarına karşı yargı yolunu kapayarak suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmiştir.[186] Zira söz konusu disiplin cezalarının kanuna uygun olup olmadığı ancak bağımsız ve nesnel yargı tarafından denetlenebilir. Böyle bir denetlemenin olmaması, doğası gereği suç ve cezada kanunilik ilkesine uyulmaması anlamını taşır. Gerçekten de 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 11. 41.[187] 42.[188] ve 43. maddelerinin[189]

185 Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını verecek yüksek disiplin kurulunun oluşum tarzı hakkında 6413 sayılı Kanunun 13. maddesinin 2. fıkrasına bkz.

186 Askeri disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasının anayasal dayanağını Anayasanın 129. maddesinin 4. fıkrası oluşturmaktadır. Gerçekten de Anayasanın 129. maddesinin 3. fıkrasında, disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı belirtildikten sonra 4. fıkrasında, Silahlı Kuvvetler mensupları hakkındaki hükümlerin saklı olduğu belirtilerek disiplin yoluyla asker kişilere verilecek bazı cezalara karşı herhangi bir yargı yoluna başvurulamayabileceği örtülü bir şekilde ifade edilmiştir.

187 Bu maddede disiplin amirleri tarafından verilen cezalara karşı üst disiplin amirine idari bir itiraz yolu öngörülmüş ve üst disiplin amirinin vereceği kararın kesin olduğu ifade edilmiştir.

188 Bu maddede disiplin kurulu kararlarına karşı bir üst komutanlığın disiplin kuruluna itiraz yolu öngörülmüş ve üst disiplin kurulunun vereceği kararın kesin olduğu ifade edilmiştir.

189 6413 sayılı Kanunun 43. maddesinin 1.fıkrasında; yüksek disiplin kurulları tarafından verilen Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezaları ile subay, astsubay, uzman erbaş ile sözleşmeli erbaş ve erler hakkında disiplin amirleri veya disiplin kurulları tarafından barış zamanında verilmiş olan aylıktan kesme, hizmet yerini terk etmeme ve oda hapsi cezalarına karşı (16 Nisan 2017 tarihli halkoyuyla

yorumlanması sonucunda disiplin amirleri tarafından verilen uyarma, kınama, izinsizlik ve hizmete kısmi süreli devam cezaları ile disiplin kurulları tarafından verilen hizmetten men cezasına[190] karşı yargı yoluna başvurulamayacağı anlaşıldığına göre söz konusu cezalar bakımından "kanunilik" ilkesine uyulmadığı ortadadır.[191]

AİHM'nin Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararın gereğinin yerine getirilebilmiş olabilmesi için askeri disiplin suç ve cezaları temelinde birtakım önlemler alınması gerekmektedir. Bu önlemlerden ilki, tüm askeri disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açılması gereğidir. Zira yukarıda ayrıntılı bir şekilde gösterildiği üzere AİHM'nin Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararın özünden[192] anlaşılacağı üzere, askeri disiplin cezaları, ayrıksı durumlar dışında, AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen "cezai işler" kapsamına girmektedir. AİHS'nin 6. maddesi, cezai işlerde adil yargılanma hakkını ve bu bağlamda bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde davanın görülmesi hakkını tanıdığına göre askeri disiplin cezalarına başvu-

Anayasada yapılan değişiklik sonucu kaldırılan) Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde dava açılabileceği ifade edilmektedir. Bu hükmün karşıt anlamından disiplin amirlerinin vermiş olduğu uyarma, kınama, izinsizlik ve hizmete kısmi süreli devam cezasına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı anlaşılmaktadır.

190 6413 sayılı Kanunun 36. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine bkz.

191 6413 sayılı Kanunla, kimi askeri disiplin cezalarına karşı yargı yolu açılmış olsa da, aslında, söz konusu cezalar bakımından suç ve cezada kanunilik ilkesinin tüm gereklerine uyulamamıştır. Gerçekten de 6413 sayılı Kanun, yargı yolunu açtığı bazı disiplin cezaları, hatta örneğin, en ağır ceza olan "Silahlı Kuvvetlerden ayırma" cezası bakımından bile suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesini ihlal etmiştir. Örneğin Kanunda, "yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde" bulunmanın Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektireceği belirtilmektedir. Yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerin nesnel bir şekilde tanımının yapılması oldukça zordur, muğlak ve belirsiz nitelikteki bu gibi kavramların kullanılması, suç ve cezada kanunilik ilkesinin "kanunun açıklığı" alt ilkesine aykırılık oluşturur. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 373 vd.

192 Aslında hangi tür veya önem derecesi ne olursa olsun bütün idari ceza işlemlerine karşı yargıya başvuru yolunun öngörülmesi, AİHM içtihatlarının özünün bir gereğidir.

ru yolu olarak yargıya gitme hakkının tanınması gerekir.[193] İdari işlem niteliğini taşıyan askeri disiplin cezası işlemine karşı yargı yolunun kapatılması "suç ve cezada kanunilik" ilkesine açık bir aykırılık oluşturur. Zira 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununda öngörülen disiplin cezalarının Kanuna uygun olarak uygulanıp uygulanmadığını belirleyecek yegâne mercii, bağımsız ve tarafsız sıfatına sahip olan yargı merciidir. İdari işlem kimliğini taşıyan askeri disiplin cezalarına (uyarma, kınama, izinsizlik, hizmete kısmi süreli devam cezası ile hizmetten men cezasına) karşı yargı merciine başvuru yolunun kapatılması, daha baştan, suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturur.[194]

193 Öte yandan, yukarıda belirtildiği üzere, AİHM, Alman Düzene Aykırılıklar Hakkında Kanuna dayanılarak yapılan soruşturmalar ile disiplin soruşturmalarında önemsiz ihlallerin idari bir organ tarafından sözlü yargılama yapmaksızın da cezalandırılabileceği esasını bir koşulla kabul etmektedir. Bu koşul, idari cezaya karşı kapsamlı yargı denetiminin öngörülmesi ve geniş yetkilere haiz bir mahkemeye başvurulabilmesinin olanaklı olmasıdır AİHM'nin ulaşmış olduğu bu sonuçtan, "hizmet yerini terk etmeme" ile "oda hapsi" dışındaki disiplin cezaları önemsiz olsa da söz konusu cezalara karşı etkin yargı denetimini sağlayabilmek bakımından yargı organına başvuru yolunun öngörülmesi uygun olacaktır.

194 İdarenin işlemlerine ve bu arada ceza işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması kara bir delik oluşturarak suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlali, bu yolun zayıflatılması ise gri bir delik oluşturarak söz konusu ilkenin içerisinin boşaltılması anlamını taşır. Kara veya gri delikler, hukuk devleti ilkesine de aykırılık taşımaktadır. Daha açık bir deyişle, idarenin işlemlerine, bu bağlamda ceza işlemlerine karşı yargı yolunun kapatılması "kara delik" (black hole) yaratılması veya "hukuk serbest bölgesi" (law-free zones) oluşturulması anlamını taşıyarak hukuk devleti ilkesine açık bir aykırılık oluşturur. Yargı denetimini etkisizleştirme veya idarenin keyfiliğine olanak verilmesi ise "gri delik" (grey holes) yaratılması anlamını taşıyarak hukuk devleti ilkesinin "zayıf" (thin) düşmesine yol açar. [Hukuk devleti normalde "yoğun" (thick) olmak durumundadır]. Hukukta gri bölge yaratılması durumunda hukuk devleti ilkesine uyuluyor görüntüsü verilse de gerçekte ona uyulmamaktadır. Gri delikler, siyah deliklerden daha fazla olarak suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti ilkesine zarar verir. Zira siyah delik durumunda suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti esasına aykırılık açık olduğundan önlem alınması kolaydır. Buna karşın gri delik, suç ve cezada kanunilik ilkesi ile hukuk devleti ilkesinin sinsi bir düşmanı olduğundan ona karşı önlem alınması oldukça zordur. Konu hakkında ayrın-

AİHM'nin Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararın gereğinin yerine getirilebilmiş olabilmesi için "hizmet yerini terk etmeme" ile "oda hapsi" disiplin cezaları, "özgürlükten yoksun bırakma" sonucunu doğurdukları[195] için bağımsız ve tarafsız "hâkim" (yargı organı)[196] tarafından verilmesi esası[197] getirilmelidir.[198] 6413 sayılı Kanun, özgürlükten yoksun bırakma sonucunu doğurmasına karşın,

tılı bilgi için bkz. Vermeule, Adrian: "Our Schmittian Administrative Law" (Harvard Law Review, Vol. 122, 2009, s. 1095-1150), s. 1101-1102.

195 Hizmet yerini terk etmeme ile oda hapsi disiplin cezalarının yukarıdaki tanımları, söz konusu cezaların özgürlüğü bağlayıcı nitelikte olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

196 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla askeri yargının bütünüyle kaldırılması oldukça isabetli olmuştur. Zira 6413 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 16.6.1964 tarih ve 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanun çerçevesinde "disiplin mahkemeleri" tarafından da cezalandırılmaktaydı. İsmi "mahkeme" olmasına rağmen bizce disiplin mahkemeleri idari organ niteliğine sahipti. Bu disiplin cezaları, 16 Nisan 2017 tarihinden önce kurulmuş bulunan askeri ceza mahkemeleri tarafından verilse bile AİHM'nin görüşüne tam olarak uyulmuş olunmazdı. Zira AİHM'nin Engel ve diğerleri davasında benimsediği görüşe göre yargı organının, yürütmeden bağımsız ve uygun yargı güvencelerini haiz olması gerekmektedir. Bu koşullardan ilkini oluşturan "bağımsızlık" şartını askeri yargı organlarının yerine getirmesine olanak yoktur. Zira askeri yargı doğası gereği komutan etkisi altında bulunur. 16 Nisan 2017 tarihinden yaklaşık 17 yıl önce Türkiye'de askeri yargının bütünüyle ortadan kaldırılması gerektiğini bilimsel açıdan ortaya koyan bir inceleme için bkz. Dursun, Hasan: "Askeri Yargıya Genel Bir Bakış" (İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 1, Ocak 2011, s. 5-13), ayrıca bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 371 vd.

197 Zira yukarıda belirtildiği üzere, AİHM, Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararda, AİHS'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinin hükümlerine uyulduğunun söylenebilmesi için özgürlükten yoksun bırakmanın yargı kararından ileri gelmesi gerektiğini, mahkûmiyet kararının, davaya bakmak için gerekli yetkiye sahip, yürütmeden bağımsız ve uygun yargı teminatlarını haiz yetkili mahkeme tarafından verilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.

198 Hizmet yerini terk etmeme ile oda hapsi dışındaki disiplin cezaları, özgürlüğü bağlayıcı nitelikte olmadığı için yargı organına başvuru olanağı getirilmesi suretiyle bunların disiplin amirleri ve kurulları tarafından verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Zira AİHM kural olarak özgürlüğü bağlayıcı niteliği olmayan askeri disiplin cezalarının, mahkeme dışı organlar tarafından verilebilmesine itiraz etmemektedir. Krş. Moderne, s. 65.

"hizmet yerini terk etmeme" ile "oda hapsi" disiplin cezalarının mahkeme tarafından değil, idari organ niteliğindeki disiplin kurulları ile disiplin amirleri tarafından verileceğini öngörmektedir. Hâlbuki yukarıda görüldüğü üzere AİHM, Engel ve diğerleri davasında vermiş olduğu kararda, özgürlüğü bağlayıcı nitelikteki askeri disiplin cezalarının yalnızca yargı organı tarafından verilmesini şart koşmaktadır.[199] AİHM kararı ile 6413 sayılı Kanun arasındaki bu uyumsuzluğun giderilmesi asker kişilerin hak ve özgürlüklerini etkin bir şekilde koruyabilmek açısından da oldukça faydalı olacaktır.

AİHM'nin disiplin suç ve cezaları konusunda vermiş olduğu kararlardan, kamu görevlilerine uygulanan disiplin suç ve cezaları özelinde de çıkartılması gereken birtakım dersler bulunmaktadır. Gerçi yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere AİHM kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarını hiçbir zaman AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler " olarak kabul etmemiş, Eskelinen ve diğerleri kararından itibaren belirli koşullar altında "medeni hak ve yükümlülük" olarak kabul etmiştir. AİHM'nin disiplin cezalarını "cezai işler" olarak kabul etmemesi olgusundan, söz konusu cezaların gerçekte "ceza" oluşturmadığı sonucu çıkartılmamalıdır. Zira AİHS'nin denetim mekanizmasını oluşturan AİHM'nin görev ve yetki alanı, dar kapsamlı olarak saptanmış ve kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezaları, kanımızca AİHM'ni katlanılamaz iş yüküyle baş başa bırakmamak için AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak kabul edilmemiştir.

199 Bu anlatılanlar, barış dönemi bakımından geçerli bulunmaktadır. Bu bağlamda barış döneminde hizmet yerini terk etmeme disiplin cezası ile oda hapsi cezası özgürlüğü bağlayıcı nitelikte olduğu için mahkeme tarafından verilmesi şarttır. Türk karasuları dışında olsa bile gemi komutanı tarafından oda hapsi cezası verilmemeli, bunun yerine, gemi komutanına, ilgili askeri şahsı mahkemenin huzuruna çıkartacağı zamana kadar gözaltına alma yetkisi tanınmalıdır. Gemi komutanı tarafından verilecek gözaltı kararı "ceza" değil "tedbir" niteliğinde olacağı için AİHM içtihatlarına aykırılık taşımaz. Ancak savaş döneminde hizmet yerini terk etmeme ile oda hapsi disiplin cezalarının disiplin amirleri ve kurulları tarafından verilmesinde bir sakınca yoktur. Zira savaş döneminde söz konusu cezaların mutlaka mahkeme tarafından verilmesini sağlayabilmek neredeyse imkânsızdır.

Üstelik AİHS'nin eğiliminin kamu görevlileri için öngörülen disiplin suç ve cezalarını, gelecekte, "cezai işler" olarak benimsemek ve söz konusu suç ve cezalar için "kanunilik" ve diğer güvencelere tabi tutmak olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzaladığı AİHS, sözleşmede öngördüğü hak ve özgürlüklerin korunmasını sağlamak amacıyla bir denetim mekanizması öngörmüş ve bu mekanizma içerisinde Bakanlar Komitesi yer almıştır. Avrupa Konseyi üyesi devletlerin dışişleri bakanlarından oluşan Bakanlar Komitesi, temel olarak, Avrupa Konseyinin hükümetler arası organını oluşturmaktadır. Bu organa AİHS ile insan haklarının korunması bakımından çeşitli görevler verilmiştir. Bu komite, sözleşmenin getirmiş olduğu sistem içerisinde siyasal bir karar organı niteliği taşımaktadır.[200]

İşte Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2000 yılında çıkartmış olduğu 6 sayılı Tavsiye Kararında; kamu görevlilerinin statüsüyle ilgili hukuki çerçeve ve genel ilkelerin kanun veya toplu sözleşmelerle kurulması, uygulamasının ise hükümete ve/veya yetkili otoritelere bırakılması veya toplu sözleşmelerle saptanması gerektiği ifade edilmektedir.[201] Bu bağlamda disiplin suç ve cezaları, kamu görevlilerinin statüsü kapsamına girdiği için Komitenin, onların kanun veya toplu sözleşmelerle düzenlenmesi gerektiğini öngördüğü söylenebilir. Türkiye'de kamu görevlilerinin statüsünün düzenlemesinde temel unsuru "kanun"[202] oluşturduğuna göre Bakanlar Komitesinin söz konusu kararının ruhu gereği disiplin suç ve cezalarının kanunla düzenlemesinin

200 Kapani, s. 47.

201 Bakan Yardımcılarının 699. Toplantısında kararlaştırılan ve 24 Şubat 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince onaylanan bu tavsiye kararının İngilizce tam metnine 10.12.2010 tarihinde https://wcd.coe.int/wcd/View Doc.jsp?Ref=ExpRec(00)6&Language=lanEnglish&Ver... adresinden erişildi.

202 Çünkü Anayasanın 128. maddesinin 2. fıkrasında; memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği, ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümlerinin saklı olduğunun belirtilmesinden, disiplin suç ve cezalarının "diğer özlük işleri" kapsamına girebileceği sonucu çıkartılabilir. Bu bağlamda memurlar ve diğer kamu görevlilerinin disiplin suç ve cezalarında temel unsurun "kanun" olduğu söylenebilir.

gerektiği sonucunun çıkartılabilmesi olanaklıdır.[203] Bu bağlamda AİHS'nin temel denetim mekanizması olarak öngördüğü AİHM'nin de mevcut durumda bile katlanılması oldukça zor olan iş yükü sorunu çözümlenebilirse, gelecekte disiplin suç ve cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak nitelendireceğini ve Sözleşmenin 7. maddesinde belirtilen "suç ve cezada kanunilik" ilkesini ve 6. maddede öngörülen usul garantilerini söz konusu suç ve cezalar bakımından arayacağı iddia edilebilir.

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde belirtildiği üzere, AİHM'nin kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarını belirli koşullar altında "medeni hak ve yükümlülük" olarak niteleyen Eskelinen ve diğerleri kararı, disiplin cezası bakımından önemli bir evrim oluşturmuştur. AİHM içtihatlarının disiplin cezası bakımından geçirdiği bu evrim, kanımızca, "Yüksek Askeri Şura" (YAŞ) ile "Hâkimler ve Savcılar Kurulu" (HSK) kararları temelinde oldukça önemli sonuçlara yol açacaktır. YAŞ kararlarıyla işe başlamak gerekirse; önceleri, YAŞ'nın ordudan ihraç kararlarına karşı din özgürlüğünün ihlali savıyla AİHM'ne başvurulmuş, AİHM, Kalaç kararıyla başlayarak bu şikâyeti reddetmiştir. Mahkeme, bu ret kararının gerekçesini, Türk Silahlı Kuvvetlerinde dinsel ibadetin gereklerinin yerine getirilmesinde herhangi bir sorunun bulunmadığı gerekçesine dayandırmıştır. Bunun üzerine, Tepeli davası ve onu takip eden yüzlerce dava ile AİHM'ne, AİHS'nin 6. maddesinin ihlali savıyla başvurularak, ihraç kararlarına karşı yargı yolunun kapatılmasının, yargıya "ulaşılabilirlik" (accessibility) hakkını ortadan kaldırdığı, bunun da 6. maddedeki adil yargılanma hakkının ihlali olduğu iddia edilmiştir. AİHM, konuyu önce ceza yargılaması açısından inceleyerek YAŞ kararlarının, ceza yargılaması niteliğinin bulunmadığını, bunları, emekliye sevk kararları gibi disiplin yönü ağır basan kararlar olarak görmek gerektiğini, dolayısıyla, YAŞ'nın söz konusu kararlarının "ceza işler" kavramı içerisine girmesinin olanaklı olmadığını savlamıştır. Mahkeme, YAŞ'nın ihraç kararlarını "medeni hak ve yükümlülük" olarak da kabul

203 Türk kamu görevlilerine uygulanan disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesinin gereklerine uymak bakımından çeşitli ihlaller bulunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 312 vd.

etmemiştir. Zaten AİHM'nin YAŞ'nın söz konusu ihraç kararlarını medeni hak ve yükümlülük, kısacası medeni hukuk uyuşmazlığı olarak kabul etmediği dönemde yukarıda ayrıntılarıyla anlatılan Pellegrin içtihadı yürürlükte bulunmaktaydı. Bununla birlikte, sorun, günümüzde hassas bir noktaya taşınmıştır. Gerçekten de yukarıda ayrıntılı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere AİHM, Eskelinen ve diğerleri kararıyla birlikte konu hakkında içtihadını değiştirmiştir. Bu içtihat değişikliğinin anlamı, eğer YAŞ kararları iç hukukta yargı denetimine açılırsa AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen "medeni hak ve yükümlülük" kavramının, YAŞ kararıyla ordudan atılan müştekiler için de uygulanacak olmasıdır.[204]

12 Eylül 2010 tarihinde referandum sonucu kabul edilen Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 125. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek, YAŞ'nın terfi işlemleri ile kadrosuzluk nedeniyle emekliye ayırma hariç her türlü ilişik kesme kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğu belirtildiğine göre yargı yolunun açık olduğu ilişik kesme kararlarında AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen usuli ve maddi yönelik garantilerin iç hukuk bakımından bağlayıcı olduğu kuşkusuzdur. Bununla birlikte YAŞ'nın yargı yolunun açık olduğu ilişik kesme kararlarına AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" güvencesinin iç hukuk bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Çünkü AİHM, disiplin cezalarını en fazla AİHS'nin 6. maddesi kapsamına sokarak "medeni hukuk uyuşmazlığı" bağlamında görmekte ve yaptırım olarak da ilgiliye "tazminat" verilmesinin gerekip gerekmediğini incelemektedir.

YAŞ kararları bakımından yapılan bu açıklamalar, HSK tarafından yargıç ve savcılar için verilen ihraç kararları bakımından da geçerli bulunmaktadır.[205] Daha açık bir deyişle, 12 Eylül 2010 tarihinde referandum sonucu kabul edilen Anayasa değişikliğiyle Anayasanın 159. maddesi değiştirilerek, HSK'nun meslekten çıkarma kararlarına karşı yargı mercilerine başvuru yolu açılmıştır. Anayasa değişikliği

204 Türmen, s. 46.

205 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan halkoyuyla Anayasada yapılan değişiklik sonucu YAŞ ve HSK'nun verdiği "ihraç" kararlarına karşı yargısal başvuru yolunun açılmasını, hukuk devleti ile suç ve cezada kanunilik ilkesi bağlamında oldukça isabetli olarak bulmak gerekir.

sonucu, yargıç ve savcılar, kendilerinin meslekten atılması kararlarını ulusal yargıya taşıyabilmekte, ulusal yargıdan tatminkâr bir sonuç alamadıkları durumda AİHM'ne başvurabilmektedir. AİHM ise söz konusu atılma kararlarını "medeni hak ve yükümlülükler uyuşmazlığı" kapsamında inceleyerek, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma ilkesi" garantileri çerçevesinde değerlendirecek, yargıç veya savcının meslekten atılmasında adil yargılanma hakkının gereklerine uyulmamasını saptadığı takdirde başvurucuya tazminat ödenmesine karar verecektir. AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının gereğini oluşturan usuli ve maddi garantiler, HSK'nun[206] meslekten ihraç kararları bakımından bağlayıcı olmasına karşın, AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" güvencesinin iç hukuk bakımından bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.[207] Çünkü çeşitli defalar belirtildiği üzere, AİHS'nin 7. maddesi, yalnızca 6. maddenin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak kabul edilen yaptırımlara uygulanan bir ilke niteliğini taşımaktadır.

SONUÇ

AİHM'nin, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki kararlarından aşağıda belirtilecek olan iki husus dışında alınabilecek pek fazla ders bulunmamaktadır. Bir kere, AİHM'nin askeri organlar, hastane ve cezaevi yönetimi tarafından verilen disiplin suç ve cezaları dışındaki disiplin suç ve cezalarının tümü ile halka yönelik idari cezaların bir kesimini[208] gerçek anlamda "suç" ve "ceza" olarak kabul etmemesi doğru değildir.[209] Zira idare

206 ve YAŞ'nın.

207 AİHM'nin kamu görevlilerine uygulanan disiplin cezalarını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası anlamında "cezai işler" olarak kabul etmemesi olgusundan, disiplin suç ve cezalarının AİHS gereği iç hukukta da "cezai işler" olarak asla kabul edilmemesi gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır. Zira AİHS'nde kişi hak ve özgürlüklerinin asgari olarak korunması gereken sınırı düzenlenmiş olup bu sınırın üzerinde yurttaşlara hak ve özgürlük ve/veya mevcut hak ve özgürlüklere ilave güvence tanımak Sözleşmeye aykırı olan bir husus olarak değil, hatta Sözleşmenin teşvik ettiği bir husus olarak değerlendirmek gerekir.

208 Sınırlı sayıda "numerus clauses" olmamak üzere idari suç ve cezaların çok değişik türleri için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda kanunilik İlkesi, s. 197-380.

209 Ancak yukarıda belirtildiği üzere AİHS çerçevesinde AİHM'nin görev ve yet-

hukukunun kapsamına giren idari suç ve cezalar ile ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalar yalnızca organik ve şekli ölçütle birbirinden ayrılmaktadır.[210] Bu bağlamda idare tarafından idari işlemle belirli kişi veya kişileri cezalandırma hedefi taşıyarak verilen cezalar, idari cezaları oluşturmakta ve idari cezaların halka yönelik idari idari ceza ve disiplin cezası olarak iki temel türü bulunmaktadır. İdare ile kişi arasında herhangi bir bağ olmadan idarece verilen cezalar halka yönelik idari cezaları, idare ile kişi arasında özel bir bağ olduğu durumlarda idarece verilen cezalar disiplin cezalarını oluşturmaktadır. İdari suç ve cezalar ile ceza hukuku suç ve cezaları birbirinden ancak organik ve şekli ölçütle ayrılabildiği için idari suç ve cezaların türlerini oluşturan gerek halka yönelik idari suç ve cezalar, gerekse disiplin suç ve cezaları gerçek anlamda "suç" ve "ceza" sayılmaktadır.

AİHM'nin idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması konusundaki içtihatlarından "suç ve cezada kanunilik" ilkesi bakımından da pek fazla bir ders çıkarılabileceğini düşünmemekteyiz. Zira 1982 Anayasasının 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında düzenlenen suç ve cezada kanunilik ilkesi, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarla idare hukukunun kapsamına giren idari suç ve cezalar arasında ayrım yapmamış, her iki tür suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağını[211] ima etmiştir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde görüldüğü üzere AİHM askeri birimler, hastane ve cezaevi yönetimi tarafından verilen disiplin cezaları dışındaki disiplin cezaları ile halka yönelik idari cezaların büyük kısmını, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "ce-

kilerinin dar tutulması ve Mahkemenin ağır iş yükü altında bulunması nedeniyle bu durumu anlayışla karşılamak gerekir.

210 Konu hakkında fazla bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 383-398.

211 Ancak Anayasanın 38. maddesinin 1. ve 3. fıkralarında oldukça geniş kapsamlı olarak düzenlenen, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına almak bakımından büyük önem taşıyan "suç ve cezada kanunilik" ilkesine kanun koyucu ve yargı organları bakımından gerekli özenin gösterilmediğini düşünmekteyiz. Örneğin, kanun koyucu ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının gerekli olmadığını açık veya örtülü bir şekilde savunmuşlardır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Dursun, İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, s. 197-524.

zai işler" kapsamına sokmadığı için AİHS'nin 7. maddesinde düzenlenen "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin uygulanamayacağını belirtmiştir. Hâlbuki kişi hak ve özgürlüklerine güvence oluşturmak bakımından, tüm idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasının, ceza hukukunun kapsamına giren suç ve cezalarda uygulanmasından daha fazla önem taşıdığı kanısındayız.[212] Zira yargı organının (ceza mahkemesinin) aksine idare ne tarafsız ne de bağımsızdır.

Yukarıda belirtildiği üzere idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik AİHM içtihatlarından iki hususta ders alınması gerekmektedir. Bunlardan ilki, "idari usul" bakımındandır. Gerçekten de AİHM kimi disiplin cezaları ile halka yönelik idari cezaları, AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "cezai işler" kavramının içerisine soktuğu durumlarda[213] söz konusu cezalara, AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen maddi ve usuli[214] garantiler ile 7. maddede ifade edilen "suç ve cezada kanunilik" ilkesinin uygulanması gerektiğini aramaktadır.[215]

Aslında suç ve cezada kanunilik ilkesi, "usul" kurallarıyla birlikte kişi hak ve özgürlüklerini koruma işlevini tam anlamıyla birlikte sağlayabilmektedir. Gerçekten de nasıl ki ceza usulünün olmadığı, hatalı veya eksik olarak düzenlendiği bir ülkede maddi ceza hukukunun iyi bir şekilde düzenlenmesinin fazla bir anlamı bulunmamaktaysa, kanımızca, idari usule ilişkin ilkeleri düzenleyen bir kanunun olmadığı[216], idari

212 Aslında idari suç ve cezalar dâhil bütün suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanması, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesinin de bir gereğidir. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, kişi hak ve özgürlüklerinin ihlaline karşı bir güvence oluşturduğuna ve hukuk devleti ilkesinin bütün çabası da kişi hak ve özgürlüklerini koruyucu güvenceleri ve bu bağlamda suç ve cezada kanunilik güvencesini yaşama geçirmek olduğuna göre tüm suç ve cezalarda kanunilik prensibinin uygulanmasından vazgeçilemez. Kısacası, hukuka bağlı bir devlette, bütün suç ve cezalarda kanunilik ilkesine uyulması bir zorunluluktur.

213 Ayrıca bkz. Delmas/Teitgen, s. 165.

214 Örneğin, duruşma yapılarak ve savunma hakkına riayet ederek idari ceza verilmesi.

215 Krş. Moderne, s. 63.

216 Türkiye'de idari yargılama usulü bakımından bir kanun (İYUK) bulunmasına karşın, idari usulü düzenleyen genel bir kanun bulunmamaktadır.

usulün hatalı veya eksik olarak düzenlendiği durumda da cezai idare hukukunda, bir başka deyişle, idari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanacağının belirtilmesinin fazla bir anlamı bulunmamaktadır. Zira suç ve cezada kanunilik ilkesi, idari suç ve ceza bağlamında yurttaşa güvence vermesi işlevini, yalnızca idari usul kurallarının doğru ve tam bir şekilde uygulanmasıyla birlikte yerine getirebilir.

Ceza usulü kadar, yeryüzünde insanları ilgilendiren başka bir şey yoktur. Nitekim ceza usulünün olmadığı veya kusurlu olduğu bir ülkede huzur bulunamaz. Zira Garraud'un belirttiği gibi, ceza kanununu ihlal etmemek elimizdedir ancak kimse, haksız yere takibata uğramayacağından emin olamaz.[217] Cezai idare hukuku bakımından da özdeş esaslar geçerlidir. Gerçekten de idari bir suçu işlememek elimizdedir, ancak doğru ve tam bir nitelikte idari usul kurallarının olmadığı bir durumda kimse soruşturmaya uğramayacağı konusunda bir güvenlik içerisinde bulunamaz. Bu yüzden Türkiye açısından AİHS'nin 6. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkının gereği olan usul kurallarını da içeren genel bir idari usul kanununa olan gereksinim oldukça büyüktür.[218]

İdari suç ve cezalarda kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik AİHM içtihatlarından alınması gereken ikinci dersi, tüm idari ceza işlemlerine karşı yargı yolunun açılması ve yargısal başvuru makamının etkin bir yargısal denetim yapması gereğidir. Yukarıda belirtildiği üzere AİHM, önemsiz olduğu için idari ceza tayin edilen fiillere[219]

217 Garraud, René : Traité théorique et pratique du droit pénal français, C.I, troisième édition, Paris 1913, n.1'den nak. Erem, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara 1970, s. 52 ve dn. 69.

218 Türkiye'de idari usul konusunda genel nitelikli bir kanuna gereksinim büyük olmasına rağmen bu konuda yaklaşık 20 yıl önce Adalet Bakanlığında oluşturulan bir bilim komisyonu tarafından hazırlanan ve oldukça ileri hükümler taşıyan kanun tasarısı taslağı 1.4.2019 tarihi itibarıyla TBMM'ne gönderilememiştir.

219 Aslında AİHM, idari ceza gerektiren fiilleri "önemsiz" kabul ederek, ceza hukuku cezaları ile idari cezaların niteliksel açıdan birbirinden ayrılabileceğini zımnen kabul etmektedir. Halbuki yukarıda belirtildiği üzere ceza hukuku cezaları ile idari cezalar niteliksel veya niceliksel açıdan birbirinden ayrılamamakta, ancak organik ve şekli ölçütle birbirinden ayrılabilmektedir.

AİHS'nin 6. maddesinde öngörülen maddi ve usuli garantiler tam olarak uygulanmasa bile söz konusu cezalara karşı kapsamlı yargı denetiminin öngörülmesi ve geniş yetkilere haiz bir mahkemeye başvurulabilmesinin olanaklı kılınmasını aramaktadır. Hâlbuki bu esasa aykırı olarak yukarıda belirtildiği üzere bir kısım askeri disiplin cezaları yargı denetimi dışında bırakılmıştır.

Halka yönelik idari suç ve cezalar hakkında genel nitelikli 5326 sayılı Kabahatler Kanununda yargısal başvuru yolu, kural olarak, adliye mahkemeleri olarak saptanmıştır.[220] İdari ceza işlemlerine karşı yargısal başvuru yolunun adliye mahkemesi olarak saptanmasını artık Anayasaya aykırı olarak görmemekteyiz.[221] Aslında, idari ceza işlem-

220 30.3.2005 tarih ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde; idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümlerinin, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı belirtilmiş, Kanunun 27. maddesinin 1. fıkrasında idari ceza işlemlerine karşı genel görevli mahkeme, sulh ceza hakimliği olarak saptanmıştır.

221 Öğretide bir yazarlar, örneğin Günday, haklı olarak, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen Anayasanın 157. maddesinde ifade edilen söz konusu mahkemenin askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlere bakacağı hükmünü dayanak göstererek sivil hizmetlere ilişkin idari işlem ve eylemler bakımından görevli yargı yerinin idari yargı kolu olarak saptanmamasının Anayasaya aykırı olacağını savunmuştur. Yine yazar, idari yargının varlık nedeninin, idarenin denetlenmesinde uzman yargı kolu olması ve bu denetimi adli yargıya oranla daha etkili bir biçimde yapabilmesi olduğunu, ayrıca, idari yargının temel işlevinin, bireyleri ve toplulukları idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden koruması olduğunu, yargı birliği sistemini benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin "genel mahkemelerde" (adli mahkemelerde) yapılmasının hukuk devleti ilkesi açısından bir sakınca doğurmadığını, zira bu ülkelerde adli mahkemeler tarafından yapılan denetimin etkili bir yargı denetimi olduğunu, adli mahkemelere hukuka aykırı buldukları idari işlemleri hükümsüz kılma yetkisinin verildiğini de belirtmektedir. Buna karşın, yazar, Türkiye gibi idari rejimi benimsemiş olan ülkelerde adli mahkemelerin idari işlem ve eylemler üzerinde etkili denetim yetkisinden soyutlandığını ve bu yetkilerin idari yargı yerlerine verildiğini, dolayısıyla, idari rejimi benimsemiş ülkelerde idari işlem ve eylemlerin yargısal denetiminin adli mahkemelere bırakılmasının, bu işlem ve eylemler üzerinde yapılacak olan yargısal denetimi de etkisiz hale getireceğini ve bu durumun en başta Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine uygun düşmeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. Günday, Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları" (Anayasa Yargısı, 14, Ankara 1997, s. 347-363), s.

lerine karşı adli yargı veya idari yargı yerinin başvuru mercii olarak belirlenmesi AİHM açısından sorun doğurmaz. AİHM açısından önem taşıyan husus, yargı denetiminin etkin olması gerekliliğidir.

Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerde (örneğin, A.B.D. ve Birleşik Krallık) ayrı bir idari yargı düzeni bulunmadığı için tüm idari ceza işlemlerinin adliye mahkemelerinde denetlenmesi yargısal denetimin etkinliğine zarar vermemektedir. Zira Anglosakson hukukuna tabi olan ülkelerde adli yargı organları, idari ceza işleminin dayanağı olan düzenlemeyi "hükümsüz kılma" (null, void) yetkisine sahiptir. Türkiye'de halka yönelik idari cezalar bakımından genel görevli mahkeme olan sulh ceza hâkimliklerinin etkin bir yargısal denetim yapabilmeleri için[222] konu hakkında doğrudan Anayasanın 38. maddesini uygulamaları isabetli olacaktır. Zira Türk Anayasasının 38. maddesinde suç ve cezada kanunilik ilkesi düzenlenirken "idari suç ve ceza" ile "adli suç ve ceza" arasında bir ayrım yapılmamış ve örtük bir şekilde her tür suç ve ceza bakımından kanunilik ilkesine uyulmasının şart olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede, örneğin yönetmelikle bir trafik cezası verilmesi durumunda sulh ceza hâkimliği, söz konusu cezanın Anayasanın 38. maddesinde belirtildiği üzere kanunla düzenlenmediği, dolayısıyla hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmesi gerekir. Bu çerçevede sulh ceza hâkimliklerinin idari ceza işlemlerini etkin bir şekilde denetlemesinin, AİHM içtihatlarına uyum sağlayabilmek açısından büyük önem taşıdığını duraksamaksızın söyleyebilmek olanaklıdır.[223]

---

347 vd. Kanımızca yazarın görüşünün günümüzde geçerliliği kalmamıştır. Zira Anayasanın, Askeri Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen 157. maddesi, 21.1.2017 tarih ve 6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 16. maddesi ile kaldırılmış olduğundan artık idari yargının anayasal bir dayanağı kalmamıştır. Bu çerçevede kanun koyucu idari işlem niteliğini taşıyan idari ceza işlemlerine karşı idari yargıyı görevlendireceği gibi adli yargıyı da görevlendirebilir.

222 İdari ceza işleminin dayanağı olan idari düzenlemeyi örneğin yönetmeliği iptal etme yetkisine sahip olmasalar da.

223 Krş. Dursun, Hasan: "Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış" (Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418-3423), s. 3425-3428.

KAYNAKÇA

Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku: Avrupa Yönetim Hukukunun Oluşmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Rolü, 3.4.2018 tarihinde www.idare.gen.tr/akillioglu-insan.htm (11 Ağustos 2004) adresinden erişildi.

Balta, Tahsin Bekir: İdare Hukukuna Giriş, No: 117, Ankara 1968/1970.

Bonichot, Jean-Claude: "Les sanctions administratives en droit français et la Convention européenne des droits de l'homme" (AJDA, numéro spécial, 20 octobre 2001, s. 73-80).

Cadoppi, Alberto: "Nulla Poena Sine Lege and Scots Criminal Law: A Continental Perspective" (The Juridicial Review, Part 2, 1998, s. 73-88).

Cadoppi Alberto/Veneziani Paolo, Manuale Di Diritto Penale Parte Generale e Parte Speciale, Cedam-Padova, 2007.

Degoffe, Michel: "L'ambiguïté de la sanction administrative" (AJDA, numéro spécial, 20 Octobre 2001, s. 27-33).

Delaure, Jean-Marie: "Actualité de la problématique de la sanction administrative" (AJDA, numéro spécial, 20 octobre 2001, s. 13-15).

Dursun, Hasan: "Kabahatler Kanunu ve Kanun Hakkındaki Anayasa Mahkemesi Kararına Genel Bir Bakış" (Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 6, Sayı: 70, Ekim 2008, s. 3418-3423).

Dursun, Hasan: "Askeri Yargıya Genel Bir Bakış" (İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 66, Sayı: 1, Ocak 2011, s. 5-13).

Dursun Hasan: İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesi, Ankara 2015.

Dursun, Hasan: "Almanya'da İdari Suç ve Cezalarda Kanunilik İlkesinin Uygulanması" (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı: 9, Haziran 2017, s. 203-246).

Dursun, Hasan: "Suç Ve Cezada Kanunilik İlkesinin Yazılı Dünya Tarihçesi" (Adalet Dergisi, Sayı: 59, Eylül 2017, s. 189-227).

Erem, Faruk: Ceza Usulü Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara 1970.

Erem, Faruk: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: I, Ankara 1984.

Evik, Vesile Sonay: "Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı" (Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 283-309).

Gönenç, Levent: 1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği Ve Getirdiği Sorunlar, 28.1.2018 tarihinde http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf adresinden erişildi.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 7. Bası, Ankara 2007.

Grabenwarter, Christoph: "Yargılama Güvenceleri-Adil Yargılama Hakkı (İHAS Md. 6)" (Çeviren; Osman Can, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 181-245).

Grgić, Aida, Zwonimir Mataga, Matijan Longar ve Ana Vilfan: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Mülkiyet Hakkı, Türkçeye çevirenler; Özgür Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya, Avrupa Konseyi, Belçika 2007.

Günday, Metin: "İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları" (Anayasa Yargısı, 14, Ankara 1997, s. 347-363).

İçel, Kayıhan: "Suç Politikasının Ana İlkeleri Bağlamında Hukuka Bağlı Devlet İlkesi" (Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, Hukuk Devleti I, Ankara 2004, s. 253-272).

Kapani, Münci: İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Üçüncü Basım, , Ankara 1996.

Karahanoğulları, Özlem Erdem: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi-İdari Davalar-Memur Uyuşmazlıkları" (İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyum, Ankara 11-12 Mayıs 2001, 133. Yıl, Danıştay Başkanlığı, Ankara 2003, s. 61-77).

Kilkelly, Ursula: Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, Council of Europe, 2001, Türkçe olarak çoğaltan Türkiye Barolar Birliği, İnsan hakları el kitapları, No.1, Ankara 2005.

Ladewig, Hans - Meyer: "Adil Yargılanma Hakkı-I" (Çeviren; Özlem Yenerer/Çakmut, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 245-265).

Ladewig, Hans-Meyer: "Adil Yargılanma Hakkı-II" (Çeviren; Hakan Hakeri, Adil Yargılanma Hakkı ve Ceza Hukuku, Yayına Hazırlayan; Yener Ünver, Prof. Dr. Nurullah Kunter'e Armağan, Ankara 2004, s. 87-99).

Larguier Jean, Le Droit Pénal, 4e édition, Presses Universitaires De France, Paris 1972.

Mantovani, Ferrando: Diritto Penale Parte Generale, V edizione, Casa Editrice Dott., Antonio Milani, Cedam-Padova 2007.

Marty-Delmas, Mireille/Colly-Teitgen, Catherine: Punir sans juger, Economica, Paris 1992.

Moderne, Franck: Sanctions administratives et justice constitutionelle, Economica, Paris 1993.

Mokhtar, Aly: "Nullum Crimen, Nulla Poena Sine Lege: Aspects and Prospects" (Statute Law Review, Volume 26, Issue 1, 2005, s. 41-55).

Mole, Nuala/Harby, Catharina: Adil Yargılanma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, Council of Europe, 2001, Ankara 2005.

Nuhoğlu, Ayşe: "Kanunilik İlkesi Işığında 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname" (Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2003, s. 677-697).

Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008.

Reidy, Aisling: İşkencenin yasaklanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. Maddesinin uygulanmasına ilişkin kılavuz, 2002, Ankara 2005.

Sauvé, Jean Marc: "Les sanctions administratives en droit public français" (AJDA, numéro spécial, 20 Octobre 2001, s. 16-24).

Statistics by month 2018, European Court of Human Rights, 2.4.2018 tarihinde https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2018_BIL.pdf adresinden erişildi.

Süzek, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1985.

Tanilli, Server: Devlet ve Demokrasi Anayasa Hukukuna Giriş, İÜHFY No.: 637, İstanbul 1981.

Tezcan, Durmuş: "AİHS Açısından Vergi Cezaları ve Adil Yargılanma Hakkı" (Danıştay ve İdari Yargı Günü 138. Yıl Sempozyum, Ankara, 11-12 Mayıs 2006, s. 17-32).

Toroslu, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987.

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara 2006.

Tülen, Hikmet: "Disiplin Amirlerince Verilebilen Oda Hapsi Cezalarına Anayasa Mahkemesi ve AİHM Kararları Işığında Bir Bakış" (Ergun Özbudun'a Armağan Cilt II Anayasa Hukuku, Ankara 2008, s. 647-674).

Türmen, Rıza: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İdari Uyuşmazlıklar" (Danıştay ve İdari Yargı Günü 141. Yıl, Sempozyum, 11 Mayıs 2009, Ankara 2009, s. 41-51).

Vermeule, Adrian: "Our Schmittian Administrative Law" (Harvard Law Review, Vol. 122, 2009, s. 1095-1150).

Widdershoven, Rob: Encroachment of Criminal Law In Administrative Law In Netherlands, s. 449-450 (9.4.2018 tarihinde https://www.ejcl.org/64/art64-25.html, s. 445-466), adresinden erişildi.