



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA
BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI
VE BASIN YAYIN YOLUYLA
İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA
VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA
KANUN TASARISI'NIN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ**

**YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ
AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI
VE BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN
DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA
KANUN TASARISI'NIN HER BİR MADDE TEMELİNDE
AYRI AYRI DEĞERLENDİRİLMESİ**

14 Şubat 2012
ANKARA

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ..... 5

Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla
Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması
ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava
ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında
Kanun Tasarısı'nın Genel Değerlendirilmesi9

Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla
Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması
ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava
ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın
Her Bir Madde Temelinde Ayrı Ayrı Değerlendirilmesi 29

SUNUŞ

Yargının etkinleştirilmesini sağlamak, iş yükünü azaltmak amacıyla T.C. Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan, hazırlanma aşamasında kamuoyu nezdinde tartışmaya açılmadığı gibi barolar ile Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü alınmayan '*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun Tasarısı*'nda yer verilen kimi düzenlemeler ile İcra İflas Kanunu'nun, Türk Ceza Kanunu'nun, Basın Kanunu'nun yanı sıra idari yargının sistematığı bozulmuş, Anayasa'mızın 36. maddesi ile güvence altında olan hak arama özgürlüğü kısıtlanmış, hukuk devleti ilkesi ığnenmiştir.

Her ne kadar söz konusu tasarı ile Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nda yer alan özel soruşturma ve kovuşturma usullerinde şp-

heliler/sanıklar lehine iyileştirmeler yapıldığı ifade edilmekte ise de, durum böyle değildir. Aksine söz konusu düzenlemeler ile özel yetkili ağır ceza mahkemelerinde savcıların yetkileri artırılmak suretiyle sanık/şüpheli hakları tehlikeye atılmakta, savunma ve adil yargılanma hakları ihlal edilmektedir.

Yine mevcut tasarıyla İcra İflas Kanunu'nda yapılan kimi değişiklikler ile haklar arasında ayrıma gidilmekte, yargılamada hız sağlamak adına alacaklı haklarının bir kısmının özüne dokunulmakta, Anayasa ile teminat altında olan hukuk ve yasa önünde eşitlik ilkesi çiğnenmektedir.

Yürütme erki ile yargı erki arasındaki en gerilimli alan olan idarenin yargısal yönden denetimi, idarenin hukuka uygun davranmasını sağlamak suretiyle bireylerin haksızlığa uğramasını önlemek, hukuk devleti ilkesini soyut bir kavram olmaktan çıkarıp somut ve yaşanan bir gerçeklik haline getirmek amacına yöneliktir.

Güçlü olan devlet erki karşısında yargının ve hukukun daha çok koruması, bu amaçla lehine pozitif ayrımcılık yapması gereken taraf bireydir. O nedenle idari yargıdan beklenen güçlü olan devlet karşısında zayıf olan bireyi korumasıdır. Ne var ki, mevcut tasarıda idari yargı alanında yapılan bir kısım değişiklikler, idare hukukunun yukarıda açıklanan temel işlevine ve amacına aykırıdır.

Geciken adalet adaletsizlik olmakla, yargının hızlandırılması adaletin gerçekleştirilmesinde ihtiyaç duyulan bir husustur. Ama bundan çok daha önemli ve hatta yaşamsal olan husus, yapılan veya yapılacak olan yasal düzenleme-

lerin hukuk ve yargılama güvenliğine uygun olmasıdır. Bu husus göz önüne alındığında, yargının hızlandırılması amacıyla yapılacak düzenlemelerin, hukukun esas amacı olan adaletin gerçekleşmesine, bu bağlamda hakkın gerçek sahibine teslimine ilişkin işleyişe, diğer bir deyişle hukuk ve yargılama güvenliğine zarar vermemesi gerekir. Oysaki mevcut taslakta, hızlı adalet ile güvenli adalet arasında var olması gereken denge ölçülü biçimde kurulmamış, deyim yerinde ise hız güvene tercih edilmiştir.

Bu bağlamda işaret ve ifade etmek isteriz ki, '*Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla*' yapılması gereken yasal düzenlemelerin en başında; yargı ve hukuk güvenilirliliğini bireylerin/yurttaşların aleyhine olacak biçimde ve olumsuz yönde etkileyen, devlet lehine pozitif ayrımcılık yapmak suretiyle eşitsizlik ve dengesizlik yaratan özel yetkili mahkemelerin, gizli tanıklık, gizli soruşturma gibi hukuka yabancı kurumların, Anayasa'da yer alan birey hak ve özgürlükleriyle ilgili güvenceleri önemli ölçüde ortadan kaldıran düzenlemeleri içeren Terörle Mücadele Kanunu'nun yürürlükten kaldırılması gelmektedir.

Hal böyle iken, hazırlanan tasarıda bütün bu hususlarla ilgili herhangi bir düzenleme ne yazık ki yer almamaktadır.

Açıklanan bütün bu nedenlerle ve yine Avukatlık Kanunu'nun 76 ve 110/6-8. maddelerinin Türkiye Barolar Birliği'ne verdiği görevlerden hareketle ve Yüce Meclis'in anılan tasarı üzerinde yapacağı yasama faaliyetine katkıda bulunmak amacıyla bu çalışma yapılmıştır.

YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI VE BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA KANUN TASARISI'NIN GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

a- İCRA İFLAS KANUNUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDEN

Tasarıda yer alan 'İcra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerinin, sınav, mülakat, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususları yönetmelikle düzenlenir' şeklindeki hüküm, özlük haklarına ilişkin olmakla Anayasa'nın 128/2. maddesi hükmüne göre yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur. O nedenle bu düzenleme Anayasa'nın 128/2.maddesi hükmüne aykırıdır.

Tasarıda yer verilen 'İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır.' şeklindeki hüküm her ne kadar yerinde ise de, icra dairelerindeki işin yoğunluğu, buna karşın personelin sayıca azlığı dikkate alındığında, personel takviyesi yapılmadığı takdirde getirilen bu olumlu düzenlemenin icra ve iflas dairelerindeki işlerin gecikmesine neden olacağı açıktır.

Tasarıda yapılan 'Haciz yoluyla ilamsız takiplere başlanmadan önce, asıl alacak tutarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında ise alacaklı, borçlunun bilinen en son adresine iadeli taahhütlü posta yoluyla meşruhatlı ödemeye davet yazısı göndermek zorundadır' şeklindeki düzenleme, gönderilecek ihtarnamenin usulüne uygun olmadığı veya tebligatın usulsüz olduğu yönünde icra mahkemesine yapılması muhtemel şikayetler dikkate alındığında yargının yükünü daha da artıracaktır. Yine asgari ücretten düşük kira ve kooperatif alacağı gibi temadi eden alacakların tahsilinde her ay için ihtarname keşide edilmesi alacaklıyı hem bu yönden, hem de ihtar için geçecek zaman kaybından ve yapılacak ihtarname giderinden dolayı mağdur edecektir. Açıklanan nedenlerle bu düzenlemenin tasarıdan çıkarılması gerekir.

Tasarıda yapılan düzenlemeyle haczedilemez malların kapsamının genişletilmesi, bu bağlamda menkul mal hazine neredeyse son verilmiş olması, alacaklı ile borçlu arasındaki hak ve adalet dengesini alacaklılar aleyhine ciddi biçimde bozmuştur. Bu durum alacağını tahsil edemeyen yurttaşların hukuka ve devlete olan güveninin sarsılmasına neden olacaktır. O nedenle burada yapılması gereken doğru düzenleme, ekonomik değeri malın satış ve muhafaza masraflarını karşılamayacak olan malların haczedilemeyeceği yönünde olmalıdır.

Tasarıyla getirilen 'Alacaklı, haciz olunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir' şeklindeki düzenlemenin

taşınmaz hacziyle ilgili bölümü gerçekçi değildir. Şöyle ki, taşınmaz satışlarında tapu şerhlerindeki İİK. 100. maddede yer alan bilgilerin toplanması, bu bilgilerin ilgililere tebliği, kıymet takdirinin yapılması, kıymet takdir raporunun ilgililere tebliği gibi işlemlerin yapılacağı dikkate alındığında satış süresinin bir yıla indirilmiş olması hatalıdır.

b- İDARE HUKUKUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDEN

Tasarıda yapılan düzenlemeyle, Bakanlıkların tüm düzenleyici işlemleri ile denetleyici ve düzenleyici kurumların işlemlerine karşı Danıştay'da dava açılması yerine, Bakanlıkların, denetleyici ve düzenleyici kurumların ülke çapında uygulanacak işlemlerine karşı Danıştay'da, yöresel işlemlerine karşı ise konularına göre İdare ve Vergi Mahkemelerinde dava açılacağı esası getirilmektedir. Düzenleyici işlemler için genel/yerel ayrımının yapılması son derece zor olmakla, bu ayrımın yapılması dahi çok sayıda görev uyuşmazlığına yol açabilecektir. Öte yandan bu işlemlerin sonuç itibarıyla önemi, ağırlığı ve etkilerinin yaygınlığı göz önüne alındığında mevcut düzenlemedeki gibi bu davaların Danıştay'da görülmesi daha doğru bir tercihtir. Kaldı ki bu husus içtihat birliği açısından da son derece önemlidir.

Tasarıda getirilen yeni düzenlemeler ile Danıştay savcılarının her dosya için görüş bildirmesi uygulamasından vazgeçilmekte, uygulama, Danıştay savcılarının yalnızca ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan davalarda ve yalnızca davanın esası hakkında görüş bildirmesi ile sınırlanmaktadır. Tez, antitez ve sentez bileşenleri sağlıklı ve dinamik

bir yargılamanın güvencesi olmakla, getirilen sınırlamanın son derece geniş tutulmasıyla bu işleyişten vazgeçilmiş olmaktadır. Bu husus hukuk ve yargılama güvenliğinin sağlanması ilkesine aykırı olmakla uygun değildir. O nedenle bu düzenlemeden vazgeçilmesi gerekir.

Tasarıda yapılan düzenlemeyle, Danıştay Genel Kurul'u tarafından seçilecek üyelerin İdari Dava Daireleri Kurulu'nda üç yıl süreyle değişmeden görevde kalmalarının öngörülmüş olması, değişik görüş ve düşüncelerin karar sürecine yansımama sonucunu da beraberinde getireceğinden anılan kurulda statükocu bir yapı oluşmasına neden olacaktır. Kaldı ki, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun yapısı ve çalışma usulü bu tarihten yaklaşık bir yıl önce yine yargının hızlandırılması ve etkinleştirilmesi amacıyla yürürlüğe konulan 6110 sayılı 'Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun' ile düzenlenmiştir. Bir yıl içerisinde aynı konuda ikinci kez değişikliğe gidilmesi tipik bir hukuki istikrarsızlıktır.

Tek hakimle bakılacak 50.000 TL altındaki tam yargı ve vergi davalarında zorunlu duruşma sınırının kaldırılması, idari yargıda duruşma yapılmasının orantısız ölçüde sınırlandırılması, çekişmeli yargılamanın söz konusu olduğu idari davalar için yüz yüzelik ilkesinden vazgeçmek demektir. İdare karşısında haksızlığa uğradığını düşünen vatandaşın yargı önünde kendisini ifade etme olanağının elinden alınması sonucunu doğuran bu düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile koruma altında olan adil yargılanma hakkının ve yine savunma hakkının ihlali niteliğindedir.

Tasarıda yer verilen düzenleme ile mevcut düzenlemedeki açık hukuka aykırılık halinde davalı idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum uygulamada karardaki gecikme nedeniyle uğranması muhakkak mağduriyetler yönünden son derece sakıncalıdır. Ayrıca 'aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz' yolundaki ek düzenleme, yargılama makamının kararını gözden geçirme olanağını ortadan kaldırmakla yargılama ve hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Buna karşın yapılan düzenlemede yer alan 'talebin reddinin gerektiği hallerde idarenin savunmasının beklenmeyebileceği' yönündeki düzenleme idare lehine çifte standart uygulama niteliğindedir ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu düzenlemeyle, yargılama sürecine ilişkin olarak yurtaşların hakları söz konusu olduğunda arzulanan yavaşlık, idarenin hakları söz konusu olduğunda temel haklara aykırı olarak sürat arzusuna dönüşmektedir.

Getirilen bu düzenlemeyle uygulamada geçmişe oranla esasen son derece güç ve çoğu zaman da geç alınan yürütmenin durdurulması kararlarının alınması daha da güçleşecektir. Bu olanağın yalnızca 'uygulamakla etkisi tükenecek idari işlemlerin yürütülmesine' münhasır olarak korunması yeterli olmadığı gibi bu düzenleme yürütmenin durdurulması alanını son derece daraltıcı ve yanı sıra yargıçların takdir haklarına rezerv koyucu niteliktedir. Düzenleme bu şekliyle AİHS 6 ve 13. maddeleri ile güvence altında olan adil yargılanma hakkına, silahların eşitliği ilkesine ve etkili başvuru hakkına aykırıdır.

Tasarıda yapılan ‘konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. Kararın davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez. Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenecek gecikme zammı oranında hesaplanacak faiz ödenir’ şeklindeki düzenleme borcun alacaklının konutunda ödeneceği yönündeki genel kurala, idare lehine istisna getirmekte ve yanısıra idareye otuz günü aşacak bir süre kazandırmaktadır. Bu düzenleme aynı zamanda, idarenin temyizi durumunda ‘yürütmenin durdurulması’ istemleri için idareye ek süre kazandıracak niteliktedir. Madde gerekçesinden ilgili düzenlemenin yargılama giderleri, avukatlık ücreti ve faizden tasarruf amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Düzenleme bu yönüyle AİHS 6 ve 13. maddelerinde yer alan adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkelerine ve aynı zamanda etkili başvuru hakkına aykırıdır.

Tasarıyla karar düzeltme istemleri hakkında yapılan inceleme sonucunda isteğin yerinde olmadığı tespit edilince kesinlik taşıyan ‘kabul edilmezlik kararı’ verilmesinin ve bu suretle karar düzeltme yoluna başvuru yolunun

sınırlandırılmasının öngörülmüş olması çok açık biçimde hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Düzenleme gerekçesinde yer alan açıklama son derece dikkat çekicidir; Şöyleki mevcut düzenlemelere göre, karar düzeltme sınırlı sebebe bağlı olarak gidilebilecek bir kanun yolu olmasına rağmen, günümüzde neredeyse her karar için başvuru olan bir kanun yolu haline gelmiştir. Bu ise yargı yerlerinin iş yükünün aşırı derecede artmasına sebep olmaktadır. Buna karşın karar düzeltme taleplerinin kabul oranının ise binde yedi gibi çok düşük bir seviyede kaldığı görülmektedir. Başvuru yoğunluğunun vatandaşın çaresizliğini; kabul oranındaki düşüklüğün ise yargı sistemindeki sorunu ortaya koyduğu açıktır. AİHM'nin Türkiye ile ilgili kararlarında bu hususun 'etkili başvuru yolu olarak görülüyor' olmasına dayanılarak sistemi çalıştırmak yerine sistemin güçleştirilmesi sonucuna ulaşılması isabetli değildir.

2577 sayılı Kanununun 28. maddesinin 2 ve 6 numaralı fıkralarındaki yeni düzenlemeyle borcun alacaklına ayağında ödeneceği genel kuralına idare lehine istisna getirilmektedir. Birinci fıkrayla birlikte değerlendirildiğinde düzenlemeyle fiilen idareye otuz günü aşacak bir süre tanınmış olmaktadır (1. (Değişik: 10.6.1994 - 4001/13 md.) Ayrıca düzenleme, idarenin temyizi aşamasındaki 'yürütmenin durdurulması' istemleri için idareye ek süre kazandıracak nitelikte bir düzenlemedir. Ayrıca bu değişiklik avukat meslektaşlarımızın idareden alacakları icra vekalet ücretini ortadan kaldırmaktadır. Düzenlemenin bu yönüyle adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkelerine ve aynı zamanda etkili başvuru hakkına (AİHS m. 6, 13) aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

c- HAKİMLER VE SAVCILAR KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDE

Hukuk Fakültelerinin varlık nedeni ülkenin hakim, savcı, avukat, noter, akademisyen ihtiyacını karşılamaktır. Geleneksel bu mesleklerin hakkını vererek yapılması, yapan kişinin iyi bir hukuk bilgisine, sağlam bir hukuk nosyonuna, gelişmiş bir hak ve adalet duygusuna sahip olmasını gerektirir. Bu özellik ve nitelikler ise ancak kaliteli bir hukuk tahsili ile mümkündür. Hal böyle iken hukuk fakültesi mezunu olmayan, programlarında yeterince hukuk ve hukuk bilgisi verdikleri dahi esasen tartışmalı olan siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olanlara idari yargıda %20'lik bir kotayla sınırlı olarak hakim olma olanağının verilmiş olması 12 Eylül Askeri rejiminin getirdiği ve sonraki siyasal iktidarlar tarafından da uygulanan bir yanlışlıktır. Beklenti bu yanlış uygulamadan geri dönülmesi yönünde iken tasarıyla 2802 sayılı Hakimler Savcılar Kanununda değişiklik yapılarak idari yargı adaylığına, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar için var olan %20'lik kota kaldırılmakta ve daha çok sayıda hukuk fakültesi dışında fakülte mezunlarının idari yargı hakimi olmasının kapısı açılmaktadır.

Düzenleme, hukuk güvenliğine, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kadar halen hukuk fakültelerinde okumakta olan öğrencilere yönelik çok ağır bir haksızlıktır. Bu düzenlemenin özünde yargının hızlandırılmasıyla hiçbir ilintisi de bulunmamaktadır. Dahası bu düzenleme yargının

hızlandırılmasına değil, idari yargıda daha fazla hukuk-suzluğa hizmet edecektir. O nedenle bu düzenlemeden vazgeçilmesi ve daha da ötesi hukuk fakültesi mezunu olmayanlara idari yargıda hakimlik yapma yolunun kapatılması gerekmektedir.

d- TERÖRLE MÜCADELE KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDE

Taslakta Terörle Mücadele Kanunu madde 10-ç'nin birinci cümlesinde yer alan 'kolluk tutanaklarına görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaralarının yazılması'na ilişkin mevcut düzenleme, kollukça yürütülen işlemler sırasında meydana gelen hak ihlallerinde, mağdur adına yürütülen bireysel adli ve idari başvuru yollarının kullanılmasını - fiilin ve failin araştırılması kapsamında - zorlaştırmasına rağmen korunmaktadır. (Adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği, etkili başvuru hakkı, bilgilenme hakkı)

Bu sorunlu düzenleme korunurken fıkraya ek düzenleme getirilerek bir başka sorunun kapısı aralanmaktadır. Şöyle ki; madde 10- ç'nin ikinci cümlesiyle 'Kolluk görevlilerinin ifadesi için çıkarılan davetiye veya çağrı kağıdının kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilmesi'ne ilişkin düzenleme, kolluk görevlilerinin fiilleri nedeniyle yürütülen adli işlemler sırasında yapılacak tebligatların muhatabına ulaşması konusunda uygulamada yaşanan çok sayıda olumsuz örnekte olduğu gibi kullanılması olası uzatma yöntemlerini kolaylaştırma riskini ve tehlikesini beraberinde getirmektedir.

Yine madde 10- d ile getirilen düzenleme kısıtlama konusunda savunma hakkı yönünden mevcut uygulamanın gerisinde. Zira uygulamada çoğunlukla CMK madde 153 uyarınca tasarıda sayılan belgeler (yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar) kısıtlama kararı kapsamı dışında kalmaktadır. Yeni düzenleme bu belgeleri en çok üç ay süreyle kısıtlama kapsamına almaktadır. Savunma hakkının kullanımı yönünden mevcut düzenlemenin değiştirilmesi önerilirken kısıtlama getirilmiş olmasını savunmak mümkün değildir.

Kısıtlama kararlarına üç aylık bir üst sınır getirilmesi bir an için olumlu görülse dahi, bu üç aylık sürenin zaten şüphelinin ifadesinin alındığı, bir avukat aracılığı ile hukuki yardımdan yararlandığı süreyi kapsadığı dikkate alındığında, esas bunun yeni bir kısıtlama kararı olduğu aşıkardır. Kaldı ki böyle bir değişiklik CMK'nın ruhuna da aykırıdır. Dahası bu düzenleme AİHM kararlarıyla da temelden çelişkilidir. ('Müdafiin dosyanın tamamını görerek tutuklamaya itiraz etme hakkının elinden alınmasının AİHS madde 5'e aykırı olduğu' yolundaki AİHM Büyük Daire kararı- Mooren/ Almanya) Bu nedenle söz konusu düzenlemenin tamamen tasarıdan çıkarılması, şüpheli ve müdafiin hiçbir kısıtlama olmaksızın dosyaya erişiminin sağlanması gerekir.

e- TÜRK CEZA KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDEN

TCK'nın 134 ve 135. maddeleri ile aşağıda değinilecek diğer maddelere ilişkin düzenlemelerde 'hukuka aykırı ola-

rak' ibaresinin anlatımlara eklendiği görülmektedir. Ceza Yasasında suç ve ceza düzenlemesinde 'hukuka aykırılık' temel unsur olup bunun ayrıca yazılmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşın 'hukuka aykırılık' eklemesinin gerekçesine bakıldığında; dinlemenin, kolluk ve istihbarat faaliyeti çerçevesinde, hâkim kararı ile veya bilahare hâkimin onayına sunulmak üzere, belirli kolluk veya istihbarat makamlarının emri ile yapılmasının soruşturma dosyasına konularak soruşturmanın sujelerinin ve bilahare iddianame kabul edildikten sonra da kamuoyunun bilgisine açık hâle gelmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bu konuda öncelikle ifade etmek gerekir ki, dinlemenin salt yargı kararına/onayına dayanıyor olmasının başlı başına hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Dinleme hukuka uygun olsa dahi dinleme içeriğinin soruşturma dosyasında, iddianamede, dava dosyasında yer almak suretiyle alenileşmesinin ve kamu oyunun bilgisine açık hale gelmesinin mutlak olarak hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı da açıktır. Nitekim bu süreç içerisinde ve sayılan yollarla soruşturma konusuyla ilgisiz dinleme kayıtlarının delil olarak dosyalara alınarak kişilik haklarının ihlal edildiği hususu uygulamada sıkça görülmektedir. Bu noktada gerek 132. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun oluşumuna ilişkin olarak, gerekse aynı maddenin üçüncü fıkrasına eklenen 'hukuka aykırı olarak' ibaresi hakkındaki gerekçeler tümüyle hatalıdır, dahası bu durum söz konusu ihlallerin soruşturulması ile kovuşturulmasında, yanlış yorum ve değerlendirmelere yol açacak niteliktedir.

Bunun dışında uygulamada etkili olmayacak bu ceza artırımına dayanılarak diğer fıkralarda cezalar artırıldığı için, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde cezanın artırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmaktadır. Bu hükümlerle faili 'belirli olmayan' dinlemelerin basın ve yayın yoluyla alenileştirilmesi (bu suçun faili en azından basan ve yayınlayan açısından belirlidir) hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Sonuç itibarıyla bu alanda yaşanan yaygın ve ağır ihlalleri fiilen yaptırımsız kılarak meşrulaştıran düzenlemeler ve gerekçeleri başta Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) olmak üzere Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (AİHS m. 8) ilkelerine temelden aykırıdır.

TCK'nun 133. maddesinin 3. fıkrasındaki düzenlemeyle eklenen 'hukuka aykırı olarak' ibaresi konusunda yukarıda yapılan değerlendirme geçerli olmakla, bu düzenleme ilgili ihlallerin soruşturulması ve kovuşturulmasında yanlış yorum ve değerlendirmelere yol açacak içeriktedir.

Mevcut fıkra düzenlemesinde fail yönünden, suç konusu fiille '... elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin' eden yerine 'ifşa eden' tanımı getirilmiştir. Yeni getirilen bu tanım fail yönünden daha genişletici bir tanım olması sebebiyle uygun değildir. Aynı nedenlerle mevcut düzenlemede 'konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayımlanması'na ilişkin hükmün metinden çıkarılması da yerinde değildir.

TCK'nın 134. maddesinin 2. fıkrasında yer alan 'Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır' hükmünün madde metninden çıkarılması, bireyin mahrem/sır alanını koruyan 'Özel ve Aile Yaşamının, Konutunun, Haberleşmesinin Korunması Hakları'nın, arama, ortam ve iletişimin dinlenmesi yoluyla yasalara ve amaca aykırı uygulamalarla adeta ortadan kalkmasına yol açmıştır. Son derece yaygın olarak işleniyor olmalarına karşın bu türden yasa dışı fiillere ilişkin olarak herhangi bir yasal sürecin yaşanmıyor olması ve bu alanda yaptırımsızlığın geçerli olduğu dikkate alındığında, tasarıda yer alan düzenleme ile cezaların arttırılmasının uygulama yönünden bir yarar sağlamayacağı açıktır.

TCK'nın 220. maddesinde yapılan değişiklikleri irdelemeden önce sunuş kısmında ifade edildiği üzere, bugün ülkemizde 'Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla' yapılması gerekenlerin en başında; yargı ve hukuk güvenilirliğini yurttaşların aleyhine olacak biçimde ve olumsuz yönde etkileyen, devlet lehine pozitif ayrımcılık yapmak suretiyle eşitsizlik ve dengesizlik yaratan özel yetkili mahkemelerin; gizli tanıklık, gizli soruşturma gibi kurumların; yine Anayasa hükümlerini, Anayasa'da birey hak ve özgürlükleriyle ilgili güvenceleri ortadan kaldıran düzenlemeleri içeren Terörle Mücadele Kanunu'nu yürürlükten kaldırmak gelmektedir.

Tasarıda bu kapsamda bir düzenlemeye gidilmemiş, örgüt üyeliği konusunda amaca hizmet etmeyecek kimi düzenlemeler ile yetinilmiş, örgüt üyesi olunmasa da örgüt üyesi olarak kabul edilmek gibi son derece tehlikeli hükümler içeren TCK'nın 220. maddesi özü itibarı ile korunmuştur.

Öte yandan madde uygulamasında yaşanan en ağır sorun olan mükerrer ve ağır cezalandırmanın altının özellikle çizilmesi gerekmektedir. Uygulamada üye olmamakla birlikte örgüt adına birden fazla suç işleyen kişi, her fiille birlikte ayrı ayrı, diğer bir deyişle mükerrer olarak cezalandırılabilmektedir. Bir başka çelişkili durum ise, birden fazla fiili nedeniyle failin esas fiilinin şikayete bağlı olması halinde, temel fiilinden dolayı cezalandırılmayan failin örgüt üyeliğinden dolayı mükerrer olarak cezalandırılabilmesidir. Örneğin yumruk atıp, kapı kıran fail, şikayete bağlı suç olması nedeniyle temel fiilden cezalandırılmadığı halde örgüt üyesi sayılmakta ve temel fiil kadar ceza alabilmektedir. Bu nedenle cezada indirim sağlayan düzenleme en başta bu uygulama sorununa çözüm oluşturabilir içerikte değildir.

TCK'nın 277. maddesi, yani 'Yargılama Görevini Etkileme Suçu' fiil yönünden tasarıda 'teşebbüs' yoluyla tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Düzenleme ayrıca suçun faili, suça konu fiil, suçun sujesi yönünden subjektif değerlendirme ve suçlamalara yol açabilecek niteliktedir.

Uygulamada mevcut düzenleme dahi başta ifade özgürlüğü olmak üzere özgürlükler yönünden kısıtlayıcı olarak ve korkuyu arttıracak biçimde uygulanırken; tasarıdaki düzenleme keyfi suçlamalara yol açacak niteliktedir. Her ne kadar gerekçede, iddia ve savunma hakkının kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmekte ise de, uygulamada giderek artan biçimde bu kapsamda karşılaşılan ve savunma görevini yapan avukatların dahi yüz yüze kaldığı keyfi soruşturma ve kovuşturmaların

varlığı bu durumun tam aksini göstermektedir. Diğer taraftan gerekçede avukatlar yargı görevi yapanlar kapsamında sayılmakta ve fakat madde içerisinde avukatlardan söz edilmemektedir. Hal böyle iken madde metninde 'savcılar ve avukatlar için' bu suçun işlenemez suç olduğunu vurgulayacak ifadelere yer verilmemektedir. Bu durum avukatlara karşı suçlama yöneltmesine neden olabileceği gibi savunmanın etkisiz hale getirilmesi sonucunu da doğurabilecektir.

Maddenin 2. fıkrasında getirilen 'Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır' hükmü içtima kuralları yönünden sorunludur. Fikri içtimada yasanın birden fazla maddesini ihlal eden eylem için en ağır yaptırım uygulanırken, bu fiile ilişkin cezayı yarı oranında arttırmak suç ve ceza siyaseti açısından hatalıdır. Ayrıca bu ağırlaştırmanın eylemin teşebbüs hali için öngörülmüş olması durumu daha da vahim kılmaktadır.

TCK'nun 285. maddesinin yeniden yazılması ile soruşturma evresindeki belirli işlemlerin soruşturmanın belirli suçlarına karşı gizli tutulması gerektiği düzenlenmekte ve ihlali için yaptırım öngörülmektedir. Bu madde mevcut halinde olduğu gibi AİHS'ne açıkça aykırıdır. Soruşturma aşamasında soruşturma savcısı ne biliyor ise savunmanın da onu bilmek hakkı vardır. Savcılık makamına gizli olmayan bir husus savunma makamına da gizli olamaz. Aksini kabul etmek silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

TCK'nın 288. maddesinde yapılan değişiklik de aynı amaçlı taşımaktadır. Bu madde ile avukatların müvekkilleri ile ilgili maddi gerçeği açıklama zorunluluğu suç olarak düzenlenmektedir. Buna karşın masumiyet ilkesinin ihlali bir yaptırıma bağlanmamaktadır.

f- CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER YÖNÜNDEN

Türkiye'de tutuklama tamamıyla sorunlu bir alandır. Sorunun yasal altyapıya ve uygulamaya dönük boyutları Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporunda ele alınmıştır. Bu raporda da ifade edildiği üzere sorunun kaynağında; yargı bağımsızlığından Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemelerine, tutuklama gerekçelerinden katalog suçlara, tutukluluk sürelerinden etkili itiraz hakkına, adli kontrolden seçenek tedbirlere kadar uzanan ve acil çözüm bekleyen çok sayıda neden mevcuttur. Bu sorun ve nedenlerin çözümü yerine, tasarıda tutuklamaya ilişkin kararların gerekçesinin içeriği, adli kontrolün uygulanabilmesi için öngörülen üst ceza sınırının üç yıldan beş yıla çıkarılması gibi sonuca etkili olmayan düzenlemelere yer verilmiş olması amaca hizmet edici içerikte değildir.

Yapılan düzenlemenin gerekçesinde: 'Hâkim veya mahkeme, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin karar verirken kuvvetli suç şüphesinin varlığını, tutuklama nedenlerinin varlığını ve somut olayda tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu somut olgularla gerekçelendirmek zorunda kalacaktır' denilmek-

te ve bu suretle tutuklama ya da tutuklamanın devamına ilişkin kararların gerekçesine yasada yer verilmektedir. Oysaki tutuklama nedenlerinin varlığı hususunda uygulama ile öğreti arasında önemli farklar mevcuttur. Öğretide işaret edilen hususlara tasarıda yer verilmemiş olması bizzat hem önemli bir eksiklik, hem de hatalı bir tercihtir.

Tüm hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasa (m. 141/3) ile CMK'da hüküm altına alınmıştır. AİHM de, gerekçesiz karar verilmesini, kanun yolunda savunma hakkının kısıtlanmasına yol açması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır. Tutuklamaya ilişkin yasal düzenlemede ise, gerek savcıların tutuklama istemlerinde (CMK m. 101/1), gerekse hâkimlerin ve mahkemelerin tutuklama kararlarında (CMK m. 101/2) hukuki nedenlerin ve gerekçelerin gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Zira tutuklamada 'kaçma, saklanma, delilleri karartma, ilgililere baskı...' gibi olasılıklara soyut düzeyde itibar edilemeyeceği temel bir ilke olup bu olasılıkları somut ve fiili olarak destekleyen koşulların varlığı mutlak bir gerekliliktir. Hal böyleyken bu düzenlemeyle 'kararların gerekçelendirilmesi zorunda kalınacağı beklentisi yaratmak' doğru olmadığı gibi gerçekçi de değildir. CMK madde 100 düzenlemesinin katalog suçlara ilişkin hükümleri ve bu konuda süren uygulama karşısında bu düzenlemenin amaca hizmet etmeyeceği açıktır. Burada yapılması gereken şey tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı etkili bir 'çekişmeli yargı' yolunun açılmasıdır. Kanıtlarla ve olaylarla nedensellik bağı kuramayan, soyut gerekçelerle verilen tutuklama kararlarını yok sayan bir üst inceleme mercii kurulmalıdır. AİHM çeşitli

kararlarında bu konuyu vurgulamakta ve bu hususu etkili başvuru hakkının da bir gereği saymaktadır.

CMK'nın 109. maddesi ile ilgili değişiklik önerisinde adli kontrol tedbirinin uygulanabilmesi bakımından öngörülen üç yıllık üst sınır tasarıda beş yıla çıkarılmaktadır. Bu suretle 'beş yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebileceği beklentisi yaratılması' gerçekçi ve doğru değildir.

CMK'nın 100/1. maddesinde de düzenlenen ölçülülük konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK'nın 109. maddesindeki yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın, uygulamada mevcut düzenleme uyarınca tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine nadiren rastlanmakta, çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve yine tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri reddedilmektedir. Bu durumda Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu'nda da vurgulandığı üzere, adli kontrol uygulamasının sınırlandırılması yerine CMK madde 109 düzenlemesinde adli kontrol için getirilmiş 'üç yıl sınırlaması'nın kaldırılması ve bu yolla seçenek tedbirlerin uygulama alanının genişletilmesi gerekmektedir. Bu konuda yapılması gereken düzenleme, koşulları mevcut ise tutuklama kararı yerine adli kontrol kararı verilmesidir.

Bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husus 1412 sayılı CMUK madde 104'te 1992 değişikliği ile gidilen düzenlemenin mevcut ve tasarıda önerilen düzenlemeye

göre çok daha doğru olduğudur. Çünkü düzenleme ‘... tutuklama haksızlığa sebep olabileceğine veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemiyle amaca ulaşılabileceğine tutuklamaya karar verilemez...’ hükmünü taşımakta ve adli kontrol tedbirini sınır olmaksızın tutuklamaya alternatif bir tedbir olarak düzenlenmekte idi.

Yine tasarıda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ‘Duruşmada Hazır Bulunacaklar’ başlıklı 188. maddesinde zorunlu müdafinin yokluğunda da karar verilebileceğini öngören değişiklik adil yargılanma ilkesine, savunma hakkına ve eşitlik hakkına açıkça aykırıdır.

Düzenleme gerekçesinde yer alan ‘özellikle çok sanıklı ve karmaşık davalarda zorunlu müdafilerin değişik gerekçelerle karar duruşmasında bulunamaması nedeniyle karar verilmesine engel olmakta ve yargılamanın gereksiz uzamasına sebebiyet vermektedir’ şeklindeki açıklama sorunlu bir açıklamadır.

Tasarıda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 308. maddesine eklenen fıkralar ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının re’sen veya istem üzerine Yargıtay Ceza Dairelerinden birisinin kararına karşı başvurduğu itiraz yolunda dosyanın Ceza Genel Kuruluna geldiği aşamada Ceza Genel Kurulunun hukuka kesin aykırılık halleri saklı kalmak üzere incelemesini itiraz nedenleri ile sınırlı bir şekilde yaparak karar vermesi öngörülmektedir. Bu düzenleme adil yargılanma ilkesine olduğu kadar ceza hukukunun ve ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan re’sen araştırma ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkelerine aykırıdır.

**YARGI HİZMETLERİNİN ETKİNLEŞTİRİLMESİ AMACIYLA
BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI
VE BASIN YAYIN YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARA İLİŞKİN
DAVA VE CEZALARIN ERTELENMESİ HAKKINDA
KANUN TASARISI'NIN HER BİR MADDE TEMELİNDE
AYRI AYRI DEĞERLENDİRİLMESİ**

MADDE 1- 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 1 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İcra daireleri”

Madde 1- Her asliye mahkemesinin yargı çevresinde yeteri kadar icra dairesi bulunur.

Her icra dairesinde Adalet Bakanlığınca atanacak bir icra müdürü, yeteri kadar icra müdür yardımcısı, icra kâtabi ile adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından görevlendirilecek mübaşir ve hizmetli bulunur.

İcra müdür ve icra müdür yardımcıları, Adalet Bakanlığınca yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığınca yapılacak sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. İcra kâtipleri arasında Adalet Bakanlığınca yaptırılacak yazılı sınav ve Adalet Bakanlığınca yapılacak mülakat sonucuna göre de

icra müdür veya icra müdür yardımcılığı kadrolarına atama yapılabilir.

İcra kâtipliğine ilk defa atanacaklar, kamu görevlerine ilk defa atanacaklar için yapılacak merkezi sınavda başarılı olanlar arasından Adalet Bakanlığının bu konuda yetki vereceği adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonları tarafından yapılacak uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre; unvan değişikliği suretiyle atanacaklar ise uygulama ve sözlü sınav sonucuna göre atanırlar. Unvan değişikliği suretiyle icra kâtipliğine atanacaklar tahsis edilen kadronun yüzde ellisini geçemez.

İcra müdür ve icra müdür yardımcıları ile icra kâtiplerinin, sınav, mülakat, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususları yönetmelikle düzenlenir.

İcra dairelerinde, gerektiğinde, Adalet Bakanlığınca belirlenecek esaslar çerçevesinde, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonunca zabıt kâtibi, mübaşir ve hizmetli görevlendirilir.

İcra müdürü, icra müdür yardımcısı veya icra kâtibinin herhangi bir nedenden dolayı yokluğu durumunda görev ve yetkileri, adli yargı ilk derece mahkemesi adalet komisyonu tarafından görevlendirilecek yazı işleri müdürü veya zabıt kâtibi tarafından yerine getirilir.

Adalet Bakanlığı, icra dairelerini bir arada bulundurmaya ve aynı icra mahkemesine bağlamaya yetkilidir.

DEĞERLENDİRME

Madde de yer alan 'İcra müdür ve icra müdür yardımcısı ile icra kâtiplerinin, sınav, mülakat, görevlendirme, nakil, unvan değişikliği, görevde yükselme ve diğer hususları yönetmelikle düzenlenir' şeklindeki hüküm, özlük haklarına ilişkin olmakla Anayasa'nın 128/2. maddesi hükmüne göre yönetmelikle değil kanunla düzenlenmesi gereken bir husustur. O nedenle bu düzenleme Anayasa'nın 128/2. maddesi hükmüne aykırıdır.

MADDE 2- 2004 sayılı Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"İcra ve iflas dairelerince verilen kararlar gerekçeli olarak tutanaklara yazılır."

DEĞERLENDİRME

Düzenleme ile getirilen icra ve iflas dairelerince verilen kararların gerekçeli olarak tutanaklara yazılması usulü olumludur. Ancak icra dairelerinde olağanın üzerinde bir yoğunluk olduğu dikkate alındığında, bu düzenlemenin icra ve iflas işlemlerini daha da geciktireceği açıktır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için öncelikle yeterli sayıda personele ihtiyaç vardır. Diğer taraftan gerekçeli olarak yazılan kararların başkaca şikâyet sebeplerini davet edeceği, bunun da icra hakimliklerinin iş yükünü artıracacağı hususunun ayrıca dikkate alınması gerekir.

MADDE 6- 2004 sayılı Kanununun 42 nci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“Haciz yoluyla ilamsız takiplere başlanmadan önce, asıl alacak tutarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında ise alacaklı, borçlunun bilinen en son adresine iadeli taahhütlü posta yoluyla meşruhatlı ödemeye davet yazısı göndermek zorundadır. Bu ödemeye davet yazısında;

1. Alacaklının adı soyadı, varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, adresi,
2. Talebe konu alacak veya istenen teminatın Türk parasıyla tutarı ve faizli alacaklarda talep edilirse faizin miktarı ile işlemeye başladığı gün, alacak veya teminat yabancı para ise alacağın hangi tarihteki kur üzerinden talep edildiği ve faizi,
3. Alacak, belge veya senede dayandırılıyor ise sureti, yoksa borcun sebebi,
4. Bu ödemeye davet yazısı için harcanan posta gideri,
5. Ödemenin yapılması istenen banka adı ile alacaklıya ait hesap numarası,
6. Tebliğ tarihinden itibaren beş işgünü içinde (2) numaralı bent gereği belirlenen tutar ile ödemeye davet yazısı için harcanan posta giderinin ödenmesi gerektiği,
7. Beş işgünü içinde (6) numaralı bent gereği ödenmesi

gereken tutarın ödenmemesi halinde cebri icra yoluna başvurulacağı,

hususları bildirilir.

Ödemeye davet yazısının tebliğ edilememesi veya bu davete rağmen beş işgünü içinde ödeme yapılmaması halinde icra takibine başlanabilir.

Bu maddede düzenlenen hususları incelemek görev ve yetkisi icra müdürüne aittir.”

DEĞERLENDİRME

Gönderilecek ihtarnamenin usulüne uygun olmadığı veya tebligatın usulsüz olduğu yönünde icra mahkemesine yapılması muhtemel şikayetler dikkate alındığında, getirilen bu düzenlemenin yeni bir iş yükü oluşturacağı açıktır. O nedenle bu yeni düzenleme iş yükünü azaltmayacak, aksine artıracaktır.

Asgari ücretten düşük kira ve kooperatif alacağı gibi temadi eden alacakların tahsilinde her ay için ihtarname keşide edilmesi alacaklıyı hem bu yönden, hem de ihtar için geçecek zaman kaybından ve yapılacak ihtarname giderinden dolayı mağdur edecektir.

Yine madde metninde yer alan ‘bilinen adres’ deyimini uygun değildir. Bunun yerine ‘alacaklıya bildirdiği adres’ deyimini kullanılması daha yerinde ve uygun olacaktır. Zira alacaklıya bildirilen adres sözleşme metninde, senette veya borçla ilgili diğer belgede belirtilen ve dolayısıyla alacaklıya bildirilen adrestir. Borçlu ad-

resini değiştirmiş ve fakat bu durumu alacaklıya bildir-memiş ise bunun sonucuna katlanması gerekir. Bütün bu nedenler ile yapılan düzenlemede alacaklıya adres araştırma yükümlülüğünün getirilmesi doğru değildir.

Açıklanan nedenlerle bu düzenlemenin tasarıdan çıkartılması gerekir.

MADDE 7- 2004 sayılı Kanunun 58 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Takip talebi icra dairesine yazılı veya sözlü olarak ya da elektronik ortamda yapılır.”

“1. Alacaklının ve varsa kanuni temsilcisinin ve vekilinin adı, soyadı; alacaklı veya vekili adına ödemenin yapılacağı banka adı ile hesap bilgileri; varsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası; şöhret ve yerleşim yeri; alacaklı yabancı memlekette oturuyorsa Türkiye’de göstereceği yerleşim yeri (Yerleşim yeri gösteremezse icra dairesinin bulunduğu yer yerleşim yeri sayılır.);

2. Borçlunun ve varsa kanuni temsilcisinin adı, soyadı, alacaklı tarafından biliniyorsa Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yeri;

Bir terekeye karşı yapılan taleplerde kendilerine tebligat yapılacak mirasçılardan adı, soyadı, biliniyorsa Türkiye

Cumhuriyeti kimlik numarası veya vergi kimlik numarası, şöhret ve yerleşim yerleri;”

“Kanunun 42 nci maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında düzenlenen ödemeye davetle ilgili bilgi ve belgelerin, takip talebi anında icra dairesine tevdi zorunludur.”

DEĞERLENDİRME

Madde 6 ile ilgili olarak sunulan değerlendirmeler nedeniyle maddenin son fıkrasında yer alan “Kanunun 42 nci maddesinin ikinci ve devamı fıkralarında düzenlenen ödemeye davetle ilgili bilgi ve belgelerin, takip talebi anında icra dairesine tevdi zorunludur.” şeklindeki düzenlemeye ihtiyaç kalmamaktadır. O nedenle bu fıkranın tasarıdan çıkarılması gerekir.

MADDE 8- 2004 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının (1) ve (2) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“İcra müdürü takip talebinin bu Kanunda öngörülen şartları içerdiğine karar verirse ödeme emri düzenler. Talebin kabul edilmemesi halinde verilen karar tutanağa yazılır.”

“1. Alacaklının veya vekilinin banka hesap numarası hariç olmak üzere, 58 inci maddeye göre takip talebine yazılması lazım gelen kayıtları,

2. Borcun ve masrafların yedi gün içinde icra dairesine ait banka hesabına ödenmesi, borç teminat verilmesi mükellefiyeti ise teminatın bu süre içinde gösterilmesi ihtarını,”

MADDE 9- 2004 sayılı Kanununun 82 nci maddesinin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı fıkraya aşağıdaki (13) ve (14) numaralı bentler ile maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2. Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedeni çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya,

3. a) Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler,

b) Aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri,

hariç olmak üzere, borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu her türlü eşya,”

“13. Öğrenci bursları,

14. Diğer kanunlarda haczi yasaklanan mal ve haklar.”

“İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir.”

DEĞERLENDİRME

Getirilen bu düzenlemeyle haczedilemez malların kapsamı genişletilmek suretiyle menkul mal haczine bir yönüyle son verilmiş, alacaklı/borçlu arasındaki hak ve adalet dengesi bozulmuştur. Bu durum alacağını tahsil edemeyen yurttaşların hukuka ve devlete olan güveninin sarsılmasına neden olacaktır. Takdir edileceği

üzere, yargının hızlandırılmasından daha önemli olan husus, vatandaşın devlete ve hukuka olan güveninin hiçbir koşulda ve nedenle sarsılmamasıdır.

Alacaklı ile borçlu arasında, yasayla gözetilmesi gereken denge, borcun ödenmesi hususunun borçlunun iradesine bırakılmayıp, cebri icra güvenceleri ile alacaklı yararına takdir edilmesidir. Yargısal içtihatlar da bu yöndedir.

Borçlunun iş yerinde veya evinde her türlü eşya veya ev eşyası kavramının kanun tasarısında bu kadar genişletilmesi borçlunun haciz baskısından tamamen kurtulmasına ve buna bağlı olarak borcunu ifa etme çabasından uzaklaşmasına neden olacaktır.

O nedenle burada yapılacak doğru düzenleme, ekonomik değeri malın satış ve muhafaza masraflarını karşılamayacak olan malların haczedilemeyeceği yönünde olmalıdır.

MADDE 10- 2004 sayılı Kanununun 88 inci maddesinin ikinci ve dördüncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“Diğer taşınır mallar, masrafı peşinen alacaklıdan alınarak muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse, istenildiği zaman verilmek şartıyla, muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedildiğinde, üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır. Haczedilen taşınır malların toplam değe-

ri Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından onaltı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının beş katından az ise muhafaza altına alınmaz, borçlu veya üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılır. Mallar satış mahalline getirilmediği takdirde muhafaza altına alınabilir veya yediemin değişikliği yapılabilir.”

“Hacizli mallar, Adalet Bakanlığı tarafından yetki verilen gerçek veya tüzel kişilere ait lisanslı yediemin depolarında muhafaza edilir. Yetki verilen gerçek veya tüzel kişiler, bu yetkilerini Adalet Bakanlığının onayıyla alt işleticilere aynı standartları sağlamak koşuluyla devredebilirler. Bu devir, yetki verilen gerçek veya tüzel kişilerin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. Bu depoların yönetmelikte belirlenen nitelik ve şartlara uygunluğunun saptanması sonucunda işletme belgesi Adalet Bakanlığı tarafından verilir. Haczedilen malların muhafaza işlemleri; lisanslı yediemin depolarının kuruluşuna, bu depolarda bulunması gereken asgari niteliklere, depo için alınacak teminata, mallar için muhtemel rizikolara karşı yapılacak sigortaya; işletici olma niteliklerine, işletici lisansına, Adalet Bakanlığı tarafından bu lisansın verilmesine; Adalet Bakanlığının lisanslı işletmelerle ilgili görev ve yetkilerine; faaliyetin durdurulması ya da iptali gibi idari tedbir ve tasarruflara; bu depoların denetimine ve diğer hususlara ilişkin usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan yönetmelikte düzenlenir. Haczedilen malların muhafazası aşamasındaki ücretler Adalet Bakanlığınca düzenlenecek tarifeye belirlenir.”

“İcra müdürlüklerinin talebi üzerine kolluk kuvvetlerince yakalanan araçlar, en geç üç işgünü içinde en yakın icra müdürlüğüne teslim edilir. Aracı teslim alan icra müdürlüğü aracın yakalanmasını isteyen icra müdürlüğüne bildirimde bulunur.”

DEĞERLENDİRME

Bu düzenleme haciz edilen taşınırın muhafaza altına alınması hususunda yüksek miktarlar yazılmasını teşvik edici niteliktedir. Bu ise kıymet takdirine itiraz yolunu açma ve yargının iş yükünü artırma olasılığını beraberinde getirecek ve yine borçlunun işyerinde veya evinde olmadığı zamanlarda muhafaza işlemi yapılması gibi gayri ahlaki girişimlere neden olacaktır. O nedenle daha işlevsel ve hakkaniyete daha uygun olan kanundaki mevcut düzenlemeyi korumaktır.

Yine muhafaza altına almak hususunda getirilen sınır uygulaması ve devamında satışın haciz mahallinde yapılması yönündeki düzenleme ‘malın satış mahalline getirilmemesi halinde yediemin değişikliği yapılması’ yükünü getirmekle yerinde değildir. Bütün bu düzenlemeler amaca hizmet etmeyeceği gibi, borcun yapılacak yeni masraflarla daha da artmasına sebep olacaktır.

Diğer taraftan malın yediemin tarafından satış yerine getirilmemesi malın muhafaza altına alınmaması sonucunu getirecektir. Bu durum alacaklıyı mağdur edecek, borçluyu ödüllendirecek, yedieminliği suistimal suçunun cezasının neredeyse işlevsiz kalmış olması nedeniyle borçluya herhangi bir yaptırım uygulanması mümkün olmayacak, muhafaza altına alınmayan mal-

ların büyük çoğunluğu ise satılamayacağı için alacaklı hakkına kavuşamayacaktır.

Amaç adli yediemin depolarının gereksiz şekilde kıymetsiz mallarla dolmasını engellemek ise, muhafaza tarihinden itibaren bir yıl içinde satış talebine sunulmayan malların muhafaza tarihinden itibaren asıl alacaktan düşülmesi suretiyle haciz tam bedelinden alacaklıya malın devrinin yapılması ve sonuç itibarıyla borçlunun borç aslından ve ferilerinden kurtulmasına olanak sağlayacak yönde düzenleme yapılmasıdır.

MADDE 11- 2004 sayılı Kanunun 99 uncu maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Üçüncü şahsın zilyetliği

Madde 99 - Haczedilen şey, borçlunun elinde olmayıp da üzerinde mülkiyet veya diğer bir aynı hak iddia eden üçüncü kişi nezdinde bulunursa, bu kişi yedieminliği kabul ettiği takdirde bu mal muhafaza altına alınmaz. İcra müdürü, üçüncü kişi aleyhine icra mahkemesinde istihkak davası açması için alacaklıya yedi gün süre verir. Bu süre içinde icra mahkemesine istihkak davası açılmaz ise üçüncü kişinin iddiası kabul edilmiş sayılır. Alacaklı tarafından süresinde açılan dava sonuçlanıncaya kadar, hacizli malın satışı yapılamaz. Haczin, üçüncü kişinin yokluğunda yapılması ve üçüncü kişi lehine istihkak iddiasında bulunulması halinde de bu fıkra hükümü uygulanır.”

DEĞERLENDİRME

3. şahsın istihkak iddiasında bulunması halinde alacaklı vekilinin elinden muhafaza baskısının alınması ve istihkak davası açmaya sevk edilmesi, yasal takiplerden kaçma yollarını çok iyi bilen kötü niyetli borçluların sadece bir adres değişikliği ile bir daha kaçmasına neden olacaktır.

MADDE 12- 2004 sayılı Kanununun 106 ncı maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Alacaklı, haciz olunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde satılmasını isteyebilir.”

DEĞERLENDİRME

Getirilen düzenlemede eksik olan husus sürelerin haciz tarihinden mi, yoksa kesinleşme tarihinden mi başlayacağını belirtmemiş olmasıdır. Kesinleşme tarihinden itibaren başlayacağını kabul edilmesi durumunda dahi, bu düzenleme hiçbir şekilde amaca hizmet etmeyecektir. Şöyle ki, gayrimenkul satışlarında, gayrimenkulün satış şartları gereği tapu şerhlerindeki İİK. 100. madde bilgilerinin toplanması, bu bilgilerin ilgililere tebliği, kıymet takdirinin yapılması, kıymet takdir raporunun ilgililere tebliği en az bir yıllık bir süreyi gerektirmektedir. Hal böyle iken, getirilen yeni düzenlemeyle satış isteme süresinin bir yıla indirilmesi süreci işlemez duruma getirecektir. Gerek bu husus, gerekse 2002 yılında yapılan değişiklik ile satış süresinin bir yıla

indirildiği, uygulamada bu sürenin yetersizliği ortaya çıkınca satış süresinin yeniden iki yıla çıkarıldığı göz önüne alındığında yapılan düzenlemenin yanlış olduğu anlaşılacaktır.

MADDE 29- 5683 sayılı Kanununun 26 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 26- Sınır dışı edildikleri veya Türkiye’yi terke davet olundukları halde müsaadesiz gelmeye mütecasir olan yabancılar mülkî amir tarafından ikibin liradan beşbin liraya kadar idarî para cezası ile cezalandırılır ve sınır dışı edilir.”

DEĞERLENDİRME

Yukarıdaki düzenlemelerle (M. 28, 29), mahkemelerin iş yükünün azaltılması amacıyla yabancıların Türkiye’de ikametiyile ilgili olarak yazılı eylemler suç olmaktan çıkartılıp kabahate dönüştürülmektedir. Düzenleme olumsuz olarak değerlendirilmemekle birlikte, sorun oluşturan konuda yetersizlik görülmektedir. Şöyle ki; Ülkelerinde yaşadıkları tehlikeli koşullar nedeni ile uluslararası koruma talep etmek üzere başka ülkelere sığınan sığınmacı, mülteci ve vatansızlar bu süreç ve yerlerde yaşamsal sorunlarla karşı karşıya kalmaktadırlar. Bu çerçevede Türkiye’ye sığınan yabancıların adalete erişimleri konusunda yaşadıkları sıkıntılar çeşitli raporlarda sıkça vurgulanan önemli bir insan hakları sorunudur. Bu kişilerle ilgili olarak adalete erişim sorununun giderilebilmesi için yasal düzenleme gereksi-

nimi insan haklarının korunması açısından son derece elzemdir. Somut düzenlemede, tek başına 'iş yükünün azaltılarak yargının hızlandırılması' amacı, sözü edilen sorunun çözümüne katkı sağlamak konusunda yetersiz kalmaktadır. Düzenlemenin bu çerçevede yeniden yapılması uygun olacaktır.

MADDE 32- 2575 sayılı Kanununun 24 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"c) Bakanlıklar ile kamu kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca çıkarılan ve ülke çapında uygulanacak düzenleyici işlemlere,"

DEĞERLENDİRME

Bakanlıkların tüm düzenleyici işlemleri ile denetleyici ve düzenleyici kurulların işlemlerine karşı Danıştay'da dava açılması yerine, Bakanlıkların, denetleyici ve düzenleyici kurulların ülke çapında uygulanacak işlemlerine karşı Danıştay'da, yöresel işlemlerine karşı ise konularına göre İdare ve Vergi Mahkemelerinde dava açılacağı esası getirilmektedir. Düzenleyici işlemler için genel/yerel ayırımının yapılması son derece zor olmakla, bu ayırımın yapılması dahi çok sayıda görev uyuşmazlığına yol açabilecektir. Öte yandan bu işlemlerin sonuç itibarıyla önemi, ağırlığı ve etkilerinin yaygınlığı göz önüne alındığında mevcut düzenlemedeki gibi bu davaların Danıştay'da görülmesi daha doğru bir tercihtir. Kaldı ki bu husus içtihat birliği açısından da son derece önemlidir.

MADDE 33- 2575 sayılı Kanununun 60 ıncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Başsavcı, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülen dava dosyalarını, esas hakkındaki düşüncelerini bildirmek üzere, uygun göreceği görev ayırımına göre savcılara havale eder.”

MADDE 34- 2575 sayılı Kanununun 61 inci maddesinin (1) ve (3) numaralı fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“1. Savcılar, ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülen dava dosyalarından kendilerine havale olunanları Başsavcı adına incelerler ve esas hakkındaki düşüncelerini, bir ay içinde gerekçeli ve yazılı olarak verirler. Bu süreler geçirilirse durumu sebepleriyle birlikte Başsavcıya bildirirler. Danıştay Başkanının ve Başsavcının vereceği diğer görevleri yerine getirir; çalışma düzeninin korunması ve iş veriminin artırılması için Başsavcının alacağı tedbirlere uyarlar.”

“3. Dava dairelerince gerekli görüldüğü takdirde, Danıştay savcıları, önceden haber verilmek suretiyle, düşüncelerini sözlü olarak da açıklarlar.”

DEĞERLENDİRME

Madde 33, 34’ de yapılan düzenlemelerle, Danıştay savcılarının her dosya için görüş bildirmesi uygulamasından vazgeçilmekte, uygulama, Danıştay savcılarının yalnızca ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakılan davalarda ve yalnızca davanın esası hakkında görüş bildirmesi ile

sınırlanmaktadır. Tez, antitez ve sentez bileşenleri sağlıklı ve dinamik bir yargılamanın güvencesi olmakla, getirilen sınırlamanın son derece geniş tutulmasıyla bu işleyişten vazgeçilmiş olmaktadır. Bu husus hukuk ve yargılama güvenliğinin sağlanması ilkesine aykırı olmakla uygun değildir. O nedenle bu düzenlemeden vazgeçilmesi gerekir.

MADDE 35- 2575 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

“GEÇİCİ MADDE 24- 1. Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl süreyle Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun oluşumu ve çalışma usulü hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır.

- a. İdari Dava Daireleri Kurulu, her idari dava dairesinden en az bir üye olmak kaydıyla Genel Kurul tarafından seçilecek onsekiz üyeden oluşur. Kurula Danıştay Başkanı veya vekillerinden biri, bunların bulunmaması halinde Kurulun en kıdemli üyesi başkanlık eder.
- b. Bu üyeler İdari Dava Daireleri Kurulunda sürekli olarak görev yaparlar. Ancak, iş durumu gözönüne alınmak suretiyle üyelerin daire çalışmalarına katılmalarına Genel Kurul tarafından karar verilebilir.
- c. Toplantı ve görüşme yeter sayısı onbeştir. Kararlar, toplantıya katılanların oyçokluğu ile verilir. Oyların eşitliği halinde başkanın bulunduğu tarafın görüşü doğrultusunda karar verilmiş olur.

GEÇİCİ MADDE 25- 1. Bu Kanunun yayımı tarihinden önce ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda açılmış bulunan ve bu Kanunla idare ve vergi mahkemelerinin görevleri kapsamına alınan davaların, Danıştayda görülmesine devam edilir.

2. Düşünce alınmak üzere Danıştay Başsavcılığına gönderilmekle birlikte, bu Kanunun yayımı tarihinden önce görüş bildirilmemiş yürütmenin durdurulması istemli dosyalar ile temyiz ve karar düzeltme dosyaları, herhangi bir görüş bildirilmeksizin, ilgili daire veya kurullara geri gönderilir.”

GEREKÇE MADDE 35- Maddeyle, 2575 sayılı Kanuna iki geçici madde eklenmektedir.

Geçici 24 üncü maddeyle, geçici süreli olarak Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun yapısı ve çalışma usulü değiştirilmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun gündeminde 2011 yılı sonu itibarıyla toplam 6.000 civarında dosya bulunmaktadır. Uygulamada Kurul, haftada bir gün toplanabilmekte ve az sayıda dosyayı karara bağlayabilmektedir. Bu çalışma takvimi ile hiç dosya gelmese dahi mevcut 6.000 dava dosyasının sonuçlandırılması uzun bir zaman gerektirmektedir.

Mevcut birikmiş dosyaların eritilebilmesi amacıyla, üç yıl süreyle, İdari Dava Daireleri Kurulunun sürekli çalışır bir Kurul haline getirilmesi ve burada görev alacak üyelerin

dairelerinde heyete katılmayıp tüm mesailerini bu Kurula vermeleri öngörülmektedir. Bu geçici sürenin sonunda, birikmiş dosyaların 2-3 yıl içinde karara bağlanması hedeflenmektedir. Danıştayın ilk derece sıfatıyla baktığı davaların azaltılmasına paralel olarak Kurula yeni dosya gelişinin azaltılması ile sürenin sonunda Kurulun eski yapısına dönmesi söz konusu olabilecektir.

Geçici 25 inci maddeyle, 2575 sayılı Danıştay Kanununun 24 üncü maddesinde ve özel kanunlarda yapılan değişikliklerle ilgili geçiş hükümleri düzenlenmektedir. Maddelerinin yürürlüğe girdiği tarihten önce ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda açılmış bulunan ve bu Tasarıyla idare ve vergi mahkemelerinin görevleri kapsamına alınan davaların, tabii hâkim ilkesinin bir gereği olarak, Danıştayda sonuçlandırılacağı düzenlenmektedir.

Öte yandan, düşüncesinin alınması için Danıştay savcılığına gönderilmiş bulunan ancak bu Tasarıyla Danıştay savcısından düşünce alınmasına son verilen dosyalar hakkında Danıştay savcılığının düşünce vermeksizin dosyayı ilgili mercie göndermesi öngörülmektedir. Buna göre halen Danıştay savcılığında derdest bulunan ve görüş verilmemiş olan temyiz, karar düzeltme ve yürütmenin durdurulması talepli dosyalar, görüş hazırlanmaksızın hemen ilgili mercie gönderilecektir. Bu düzenleme ile savcılıktaki bekleme sürelerinin de önüne geçilmesi öngörülmektedir.

DEĞERLENDİRME

Yukarıda ifade edildiği üzere, Danıştay savcılığının düşünce vermeksizin dosyayı ilgili mercie göndermesi sonuç itibarı ile sağlıklı ve dinamik bir yargılamanın güvencesi olan tez, antitez ve sentez bileşenlerini ortadan kaldırmaktadır. Bu durum hukuk ve yargılama güvenliğinin sağlanması ilkesine aykırıdır. Dahası Genel Kurul tarafından seçilecek üyelerin üç yıl süreyle değişmeden görevde kalmaları, değişik görüş ve düşüncelerin karar sürecine katılmamaları olasılığını da beraberinde getireceğinden statükocu bir yapı oluşmasına neden olacaktır.

Diğer taraftan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun yapısı ve çalışma usulü bu tarihten yaklaşık bir yıl önce yine yargının hızlandırılması ve etkinleştirilmesi amacıyla yürürlüğe konulan 6110 sayılı “Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile düzenlenmiştir. 14 Şubat 2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6110 sayılı Kanunun gerekçesi: “Maddeyle, idarî ve vergi dava daireleri kurullarının çalışma sistemi yeniden düzenlenmiştir. Bu sistemde dairelerdeki başkan veya tüm üyelerin kurullarda görev yapması sağlanarak kararlara katkı vermeleri amaçlanmaktadır. 17 nci maddenin mevcut hâlinde kurullarda görev yapacak üyeler dönüşümlü şekilde belirlenmekte, ancak bu üyeler ikişer yıllık süreyle tespit edilmektedir. Bu yapı dairelerde bulunan ancak kurulda görev yapmayan üyelerin kurullarda tartışılan gündemden iki yıl süreyle uzak kalmalarına yol açmaktadır. Bu düşünce-

den hareketle, idarî ve vergi dava daireleri kurullarının, üyelerin tamamının katılımına olanak sağlayacak şekilde oluşması öngörülmektedir.” şeklindedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun yapısının ve çalışma usulünün, yargının hızlandırılması ve etkinleştirilmesi amacıyla yaklaşık bir yıl sonra yine “yargının hızlandırılması ve etkinleştirilmesi” amacıyla yeniden ama farklı bir şekilde düzenlenmek istenmesi tipik bir hukuki istikrarsızlık örneğidir.

MADDE 40- 2577 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan “birmilyar lirayı” ibareleri “ellibin Türk Lirasını” şeklinde değiştirilmiştir.

DEĞERLENDİRME

Madde değişikliği, tasarının 37.maddesindeki düzenlemeyle birlikte ele alındığında, tek hakimle bakılacak 50.000 TL altındaki tam yargı ve vergi davalarında zorunlu duruşma kaldırılmaktadır. İdari yargıda duruşma yapılmasının orantısız ölçüde sınırlandırılması, çekişmeli yargılamanın sözkonusu olduğu idari davalar için yüzyüzelik ilkesinden vazgeçmek anlamına gelmektedir. İdare karşısında haksızlığa uğradığını düşünen vatandaşın yargı önünde kendisini ifade etme olanağının elinden alınması sonucunu doğuran bu düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6.maddesi ile koruma altında olan adil yargılanma hakkının ve yine savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir ve o nedenle son derece sakıncalıdır.

MADDE 42- 2577 sayılı Kanununun 27 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı maddeye (2) numaralı fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki (3) numaralı fıkra eklenmiş, diğer fıkralar buna göre teselsül ettirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“2. Danıştay veya idari mahkemeler, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler. Ancak, dava dilekçesi ve eklerinden yürütmenin durdurulması isteminin yerinde olmadığı anlaşılırsa, davalı idarenin savunması alınmaksızın istem reddedilebilir.

3. Uygulanmakla etkisi tükenecek olan idari işlemlerin yürütülmesi, ikinci fıkradaki hüküm çerçevesinde yeni bir karar verilinceye kadar, idarenin savunması alınmaksızın durdurulabilir.”

“9. Aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz.”

DEĞERLENDİRME

Getirilen düzenleme ile mevcut düzenlemedeki açık hukuka aykırılık halinde davalı idarenin savunması alınmaksızın yürütmenin durdurulmasına karar verilmesi imkanı ortadan kaldırılmaktadır. Bu durum uygulamada karardaki gecikme nedeniyle uğranılması muhakkak

mağduriyetler dikkate alındığında son derece sakıncalıdır. Ayrıca 'aynı sebeplere dayanılarak ikinci kez yürütmenin durdurulması isteminde bulunulamaz' yolundaki ek düzenleme, yargılama makamının kararını gözden geçirme olanağını ortadan kaldırmakla yargılama ve hukuk güvenliği ilkesine aykırıdır.

Buna karşın yapılan düzenlemede yer alan 'talebin reddinin gerektiği hallerde idarenin savunmasının beklenmeyebileceği' yönündeki düzenleme idare lehine çifte standart uygulama niteliğindedir ve eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu düzenlemeyle, yargılama sürecine ilişkin olarak yurttaşların hakları söz konusu olduğunda arzulanan yavaşlık, idarenin hakları söz konusu olduğunda temel haklara aykırı olarak sürat arzusuna dönüşmektedir.

Getirilen bu düzenlemeyle uygulamada geçmişe oranla esasen son derece güç ve çoğu zaman da geç alınan yürütmenin durdurulması kararlarının alınması daha da güçleşecektir. Üçüncü fıkrada bu olanağın yalnızca 'uygulamakla etkisi tükenecek idari işlemlerin yürütülmesine' münhasır olarak korunması yeterli olmadığı gibi bu düzenleme yürütmenin durdurulması alanını son derece daraltıcı ve yanı sıra yargıçların takdir haklarına rezerv koyucu niteliktedir. Düzenleme bu şekliyle AİHS'nin 6 ve 13. maddeleri ile güvence altında olan adil yargılanma hakkına, silahların eşitliği ilkesine ve etkili başvuru hakkına aykırıdır.

MADDE 43- 2577 sayılı Kanununun 28 inci maddesinin (2) ve (6) numaralı fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“2. Konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile her türlü davalarda hükmedilen vekalet ücreti ve yargılama giderleri, davacının veya vekilinin davalı idareye yazılı şekilde bildireceği banka hesap numarasına, bu bildirim tarihinden itibaren, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yatırılır. Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde ödeme yapılmaması halinde, genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur. Kararın davacıya tebliği ile banka hesap numarasının idareye bildirildiği tarih arasında geçecek süre için faiz işlemez.”

“6. Tazminat ve vergi davalarında idarece, mahkeme kararının tebliğ tarihi ile ödeme tarihi arasındaki süreye 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanununun 51 inci maddesine göre belirlenecek gecikme zammı oranında hesaplanacak faiz ödenir.”

DEĞERLENDİRME

Düzenlemeyle borcun alacaklının konutunda ödeneceği yönündeki genel kurala, idare lehine istisna getirilmektedir. Birinci fıkrayla birlikte değerlendirildiğinde düzenlemeyle fiilen idareye otuz günü aşacak bir süre tanınmış olmaktadır (1. (Değişik: 10.6.1994 - 4001/13 md.) Ayrıca düzenleme, idarenin temyizi aşamasındaki ‘yürütmenin durdurulması’ istemleri için idareye ek süre kazandıracak nitelikte bir düzenlemedir. Madde

gerekçesinden ilgili düzenlemenin yargılama giderleri, avukatlık ücreti ve faizden tasarruf amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, idare için doğru tasarruf yönteminin (hem nitelik hem nicelik olarak) bu türden idari istisnalara ve ayrıcalıklara değil, vatandaşla ihtilafa yol açmayacak bir yönetim anlayışıyla sağlanabileceği açıktır. Düzenleme bu yönüyle AİHS 6 ve 13 maddelerinde yer alan adil yargılanma hakkı ve silahların eşitliği ilkelerine ve aynı zamanda etkili başvuru hakkına aykırıdır.

MADDE 45- 2577 sayılı Kanununun 54 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“3. Kararın düzeltilmesi istekleri, öncelikle esas kararı vermiş olan daire, kurul veya bölge idare mahkemesinin esas karara katılmamış bir üyesi, bunun mümkün olmaması halinde ise görevlendirilecek bir üye tarafından incelenir. Karar düzeltme talebinin yerinde olmadığı anlaşılırsa dosyayı inceleyen üye tarafından kabul edilmezlik kararı verilerek gerekçeleriyle birlikte taraflara tebliğ edilir. Bu karar kesindir.

4. Karar düzeltme isteğinin yerinde olduğu kanaatine varılan dosyalar ise görüşülüp karara bağlanmak üzere ilgili daire, kurul veya bölge idare mahkemesine gönderilir. Dosyanın incelenmesinde tetkik hâkimliği yapanlar, aynı konunun düzeltme yoluyla incelenmesinde bu görevi yapamazlar.”

DEĞERLENDİRME

Karar düzeltme istemleri hakkında yapılan inceleme sonucunda isteğin yerinde olmadığı tespit edildiğinde kesinlik taşıyan ‘ kabul edilmezlik kararı ’ verilmesinin ve bu suretle karar düzeltme yoluna başvuru yolunun sınırlandırılmasının öngörülmüş olması çok açık biçimde hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Düzenleme gerekçesinde yer alan açıklama son derece dikkat çekicidir; Şöyleki mevcut düzenlemelere göre, karar düzeltme sınırlı sebebe bağlı olarak gidilebilecek bir kanun yolu olmasına rağmen, günümüzde neredeyse her karar için başvurulana olağan bir kanun yolu haline gelmiştir. Bu ise yargı yerlerinin iş yükünün aşırı derecede artmasına sebep olmaktadır. Buna karşın karar düzeltme taleplerinin kabul oranının ise binde yedi gibi çok düşük bir seviyede kaldığı görülmektedir. Başvuru yoğunluğunun vatandaşın çaresizliğini; kabul oranındaki düşüklüğün ise yargı sistemindeki sorunu ortaya koyduğu açıktır. AİHM’nin Türkiye ile ilgili kararlarda bu yolun ‘ etkili başvuru yolu olarak görülüyor ’ olmasına dayanılarak sistemi çalıştırmak yerine güçleştirme sonucuna ulaşılması dikkat çekicidir.

MADDE 48- 24/2/1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ikinci paragrafında yer alan “ her dönemde alınacak aday sayısının yüzde yirmisini geçmemek üzere ihtiyaç oranında ” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

DEĞERLENDİRME

Hukuk Fakültelerinin varlık nedeni ülkenin hakim, savcı, avukat, noter, akademisyen ihtiyacını karşılamaktır. Geleneksel bu mesleklerin hakkını vererek yapılması, yapan kişinin iyi bir hukuk bilgisine, sağlam bir hukuk nosyonuna, gelişmiş bir hak ve adalet duygusuna sahip olmasını gerektirir. Bu özellik ve nitelikler ise ancak kaliteli bir hukuk tahsili ile mümkündür. Hal böyle iken hukuk fakültesi mezunu olmayan, programlarında yeterince hukuk ve hukuk bilgisi verdikleri dahi esasen tartışmalı olan siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yüksek öğrenim yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olanlara idari yargıda %20'lik bir kotayla sınırlı olarak hakim olma olanağının verilmiş olması 12 Eylül Askeri rejiminin getirdiği ve sonraki siyasal iktidarlar tarafından da uygulanan bir yanlışlıktır. Beklenti bu yanlış uygulamadan geri dönülmesi yönünde iken tasarıyla 2802 sayılı Hakimler Savcılar Kanununda değişiklik yapılarak idari yargı adaylığına, hukuk fakültesinden mezun olanlar dışından alınacak adaylar için var olan %20'lik kota kaldırılmakta ve daha çok sayıda hukuk fakültesi dışında fakülte mezunlarının idari yargı hakimi olmasının kapısı açılmaktadır. Düzenleme, hukuk güvenliğine, hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kadar halen hukuk fakültelerinde okumakta olan öğrencilere yönelik çok ağır bir haksızlıktır. Bu düzenlemenin özünde yargının hızlandırılmasıyla hiçbir ilintisi de bulunmamaktadır. Dahası bu düzenle-

me yargının hızlandırılmasına değil, idari yargıda daha fazla hukuksuzluğa hizmet edecektir. O nedenle bu düzenlemeden vazgeçilmesi ve daha da ötesi hukuk fakültesi mezunu olmayanlara idari yargıda hakimlik yapma yolunun kapatılması gerekmektedir.

MADDE 50- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar” ibaresi yürürlükten kaldırılmıştır.

DEĞERLENDİRME

Bu madde ile ilgili değerlendirme TCK madde 220’de değişiklik öngören tasarının 65 maddesinde yapılmıştır.

MADDE 51- 3713 sayılı Kanunun 10. maddesinin birinci fıkrasının (ç) ve (d) bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“ç) Kolluk tarafından düzenlenen tutanaklara ilgili görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaraları yazılır. Kolluk görevlilerinin ifadesine başvurulması gerektiği hallerde çıkarılan davetiye veya çağrı kağıdı, kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilir. Bu kişilere ait ifade ve duruşma tutanaklarında adres olarak iş yeri adresleri gösterilir.

d) Müdafinin dosya içeriğini incelemesi veya belgelerden örnek alması, soruşturmanın amacını tehlikeye düşürecek ise, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim kararıyla bu yetkisi kısıtlanabilir. Ancak bu kısıtlama, ya-

kalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunmaya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar hakkında, en çok üç ay süreyle uygulanabilir.”

DEĞERLENDİRME

Madde 10- ç birinci cümlesinde “kolluk tutanaklarına görevlilerin açık kimlikleri yerine sadece sicil numaralarının yazılması”na ilişkin mevcut düzenleme, kollukça yürütülen işlemler sırasında meydana gelen hak ihlallerinde, mağdur adına yürütülen bireysel adli ve idari başvuru yollarının kullanılmasını - fiilin ve failin araştırılması kapsamında - zorlaştırmaktadır. (Adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği, etkili başvuru hakkı, bilgilendirme hakkı) Sorunlu düzenleme korunurken fıkraya ek düzenleme getirilerek bir başka sorunun kapısı aralanmaktadır. Şöyle ki; madde 10- ç ikinci cümleyle “Kolluk görevlilerinin ifadesi için çıkarılan davetiye veya çağrı kağıdının kolluk görevlisinin iş adresine tebliğ edilmesi”ne ilişkin düzenleme, kolluk görevlilerinin fiilleri nedeniyle yürütülen adli işlemler sırasında yapılacak tebligatların muhatabına ulaşması konusunda (uygulamada yaşanan çok sayıda olumsuz örnekte olduğu gibi) kullanılması olası uzatma yöntemlerini kolaylaştırabilecektir.

Yine madde 10- d ile getirilen düzenleme kısıtlama konusunda savunma hakkı yönünden mevcut uygulamanın gerisindedir. Zira uygulamada çoğunlukla CMK madde 153 uyarınca tasarıda sayılan belgeler (yakalanan kişinin veya şüphelinin ifadesini içeren tutanak

ile bilirkişi raporları ve adı geçenlerin hazır bulunma-ya yetkili oldukları diğer adli işlemlere ilişkin tutanaklar) kısıtlama kararı kapsamı dışında kalmaktadır. Yeni düzenleme bu belgeleri en çok üç ay süreyle kısıtlama kapsamına almaktadır. Savunma hakkının kullanımı yönünden mevcut düzenlemenin değiştirilmesi önerilirken kısıtlama getirilmiş olmasını savunmak mümkün değildir.

Kısıtlama kararlarına üç aylık bir üst sınır getirilmesi bir an için olumlu görülse dahi, bu üç aylık sürenin zaten şüphelinin ifadesinin alındığı, bir avukat aracılığı ile hukuki yardımdan yararlandığı süreyi kapsadığı dikkate alındığında, esas bunun yeni bir kısıtlama kararı olduğu aşıkardır. Kaldı ki böyle bir değişiklik CMK'nın ruhuna da aykırıdır. Dahası bu düzenleme AİHM kararlarıyla da temelden çelişkilidir. (Müdafiin dosyanın tamamını görerek tutuklamaya itiraz etme hakkının elinden alınmasının AİHS madde 5'e aykırı olduğu' yolundaki AİHM Büyük Daire kararı- Mooren/ Almanya) Bu nedenle söz konusu düzenlemenin tamamen tasarıdan çıkarılması, şüpheli ve müdafiin hiçbir kısıtlama olmaksızın dosyaya erişiminin sağlanması gerekir.

MADDE 53- 9/6/2004 tarihli ve 5187 sayılı Basın Kanununun 26 ncı maddesinin birinci fıkrasına "ceza davalarının" ibaresinden sonra gelmek üzere "bir muhakeme şartı olarak," ibaresi eklenmiş ve aynı fıkrada yer alan "iki ay" ibaresi "altı ay", "dört ay" ibaresi "bir yıl" ve altıncı fıkrasında yer alan "iki ayı" ibaresi "altı ayı" şeklinde değiştirilmiştir.

DEĞERLENDİRME

Öncelikle tasarı gerekçesinde sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararının fıkrada yazılı olan basılı eserlerden yalnızca 'birinci fıkrada günlük süreli yayınlar için belirlenen iki aylık dava açma süresinin iptali'ne ilişkin olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir. Oysa tasarı aynı fıkrada yazılı "diğer basılı eserler yönünden" ve altıncı fıkrada yazılı "durma süresi" yönünden de genişletme yoluna gitmektedir. Bu yönüyle gerekçe ve düzenleme birbiriyle çelişkilidir.

Öte yandan süre artırımlarına bakıldığında, dava açma süreleri günlük süreli yayınlar yönünden iki ay altı aya (3 kat), diğer basılı eserler yönünden dört ay bir yıla (2.5 kat), dava açma süresinin durması yönünden iki ay altı aya (3 kat) yükseltilmiş bulunmaktadır. Bu artış yasal düzenlemenin amacını aşmaktadır.

Basın suçlarında 5187 sayılı Yasa ile dava açılmasına belli sürelerle getirilen sınırlamanın temel amacı; yargılamayı hızlandırmak, basın mensuplarını uzun süre ceza tehdidi altında bırakmamak ve basın özgürlüğünü güçlendirmek amacıyla hak arama özgürlüğünün sınırlarını çizmektir. Nitekim, Yasa'nın maddeye ilişkin gerekçesinde; 'Madde ile basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı bu alanda faaliyet gösterenleri uzun süre ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmamak ve böylece basın özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla söz konusu suçlar nedeniyle açılacak davaların sürelerle bağlandığı bu sü-

relerin hak düşürücü süre olarak düzenlendiği, böylece Türk Ceza Kanunu'nun dava zaman aşımı ile ilgili hükümlerinin bu süreler yönünden uygulanmasının önlenildiği' belirtilmektedir. Türkiye'de basın mensupları aleyhine açılan dava sayısının fazlalığı ve bu nedenle basın özgürlüğü bakımından yapılan eleştiriler dava açma süresindeki kısıtlamanın gerekliliğini ayrıca ortaya koymaktadır.

Kaldı ki uygulamadan doğan bir takım mağduriyetler varsa bu durum, uygulamayı yapan kişilerin tutum ve davranışları ile ilgili olup, sakıncaların meslek içi eğitim ve idari önlemlerle giderilmesi gerekir. Sonuç olarak gerekçe dayanağına aykırı olan düzenleme, hem kapsam hem de süre yönünden basın ve ifade özgürlüğüne aykırı özellik göstermektedir.

MADDE 55- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin (5) numaralı alt bendine "Yakıcı," ibaresinden sonra gelmek üzere "yangın çıkarıcı," ibaresi eklenmiştir.

DEĞERLENDİRME

Düzenlemenin 6. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinin (5) numaralı alt bendine eklenen 'Yakıcı', ibaresinden sonra gelmek üzere 'yangın çıkarıcı' ibaresi, diğer sayılan; yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı özelliklere sahip olan maddeler yönünden (nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler) tanım içerisindeki kavramlarla uyum göstermemektedir.

MADDE 57- 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 132 nci maddesinin;

- a) Birinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis”; aynı fıkrada yer alan “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur” ibaresi “verilecek ceza bir kat artırılır” şeklinde değiştirilmiştir.
- b) İkinci fıkrasında yer alan “bir yıldan üç yıla kadar hapis” ibaresi “iki yıldan beş yıla kadar hapis” şeklinde değiştirilmiştir.
- c) Üçüncü fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis” şeklinde değiştirilmiştir.
- d) Üçüncü fıkrasına “rızası olmaksızın” ibaresinden sonra gelmek üzere “hukuka aykırı olarak” ibaresi eklenmiştir.
- e) Dördüncü fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

DEĞERLENDİRME

Bu madde ve aşağıda değinilecek diğer maddelere ilişkin düzenlemelerde ‘hukuka aykırı olarak’ ibaresinin anlatımlara eklendiği görülmektedir. Ceza Yasasında suç ve ceza düzenlemesinde ‘hukuka aykırılık’ temel unsur olup bunun ayrıca yazılmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşın ‘hukuka aykırılık’ eklemesinin gerekçesine bakıldığında; dinlemenin, kolluk ve istihbarat faaliyeti çerçevesinde, hâkim kararı ile veya bilahare

hâkimin onayına sunulmak üzere, belirli kolluk veya istihbarat makamlarının emri ile yapılmasının soruşturma dosyasına konularak soruşturmanın sujelerinin ve bilahare iddianame kabul edildikten sonra da kamuoyunun bilgisine açık hâle gelmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bu konuda öncelikle ifade etmek gerekir ki, dinlemenin salt yargı kararına/onayına dayanıyor olmasının başlı başına hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Dinleme hukuka uygun olsa dahi dinleme içeriğinin soruşturma dosyasında, iddianamede, dava dosyasında yer almak suretiyle alenileşmesinin ve kamuoyunun bilgisine açık hale gelmesinin mutlak olarak hukuka uygunluk nedeni sayılmayacağı da açıktır. Nitekim bu süreç içerisinde ve sayılan yollarla soruşturma konusuyla ilgisiz dinleme kayıtlarının delil olarak dosyalara alınarak kişilik haklarının ihlal edildiği hususu uygulamada sıkça görülmektedir.

Bu noktada gerek 132. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun oluşumuna ilişkin, gerekse aynı maddenin üçüncü fıkrasına eklenen 'hukuka aykırı olarak' ibaresi hakkındaki gerekçeler tümüyle hatalıdır, dahası bu durum söz konusu ihlallerin soruşturulması ile ko-
vuşturulmasında yanlış yorum ve değerlendirmelere yol açacak niteliktedir.

Günümüzde, bireyin mahrem/sır alanını koruyan 'Özel ve Aile Yaşamının, Konutunun, Haberleşmesinin Korunması Hakları' nın arama, ortam ve iletişimin dinlenmesi

yoluyla yasalara ve amaca aykırı uygulamalarla adeta ortadan kalkmasına yol açmıştır. Son derece yaygın olarak işleniyor olmalarına karşın bu türden yasadışı fiillere ilişkin olarak herhangi bir yasal sürecin yaşanmıyor olması ve bu alanda yaptırımsızlığın geçerli olduğu dikkate alındığında, tasarıda yer alan düzenleme ile cezaların artırılmasının uygulama yönünden bir yarar sağlamayacağı açıktır.

Bunun dışında uygulamada etkili olmayacak bu ceza artırımına dayanılarak diğer fıkralarda cezalar artırıldığı için, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde cezanın artırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmaktadır. Bu hükümler faili 'belirli olmayan' dinlemelerin basın ve yayın yoluyla alenileştirilmesi (bu suçun faili en azından basın ve yayınlayan açısından belirlidir) hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.

Sonuç itibariyle bu alanda yaşanan yaygın ve ağır ihlalleri fiilen yaptırımsız kılarak meşrulaştıran düzenlemeler ve gerekçeleri başta Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) olmak üzere Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (AİHS m. 8) ilkelerine temelden aykırıdır.

MADDE 58- 5237 sayılı Kanununun 133 üncü maddesinin;

- a) Birinci fıkrasında yer alan "iki aydan altı aya kadar hapis" ibaresi "iki yıldan beş yıla kadar hapis" şeklinde değiştirilmiştir.

- b) İkinci fıkrasında yer alan “altı aya kadar hapis” ibaresi “altı aydan iki yıla kadar hapis” şekilde değiştirilmiştir.
- c) Üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve dörtbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır.”

DEĞERLENDİRME

Maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemeyle eklenen ‘hukuka aykırı olarak’ ibaresi konusunda madde 132’ye ilişkin olarak yukarıda yapılan değerlendirme geçerli olmakla, bu düzenleme ilgili ihlallerin soruşturulması ve kovuşturulmasında yanlış yorum ve değerlendirmelere yol açacak içeriktedir.

Mevcut fıkra düzenlemesinde fail yönünden, suç konusu fiille ‘... elde edildiği bilinen bilgilerden yarar sağlayan veya bunları başkalarına veren veya diğer kişilerin bilgi edinmelerini temin’ eden yerine ‘ifşa eden’ tanımı getirilmiştir. Yeni getirilen bu tanım fail yönünden daha genişletici bir tanım olması sebebi ile uygun değildir. Aynı nedenlerle mevcut düzenlemede ‘konuşmaların basın ve yayın yoluyla yayınlanması’ hükmün metinden çıkarılması da yerinde değildir.

MADDE 59- 5237 sayılı Kanununun 134 üncü maddesinin;

- a) Birinci fıkrasında yer alan “altı aydan iki yıla kadar hapis veya adlî para” ibaresi “bir yıldan üç yıla kadar hapis”; aynı fıkrada yer alan “cezanın alt sınırı bir yıl-

dan az olamaz” ibaresi “verilecek ceza bir kat artırılır” şeklinde değiştirilmiştir.

b) İkinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

DEĞERLENDİRME

Ceza Yasasında suç ve ceza düzenlemesinde ‘hukuka aykırılık’ temel unsur olup bunun ayrıca yazılmasına gerek bulunmamaktadır. Buna karşın ‘hukuka aykırılık’ eklemesinin gerekçesine bakıldığında; dinlemenin, kolluk ve istihbarat faaliyeti çerçevesinde, hâkim kararı ile veya bilahare hâkimin onayına sunulmak üzere, belirli kolluk veya istihbarat makamlarının emri ile yapılmasının soruşturma dosyasına konularak soruşturmanın sujelerinin ve bilahare iddianame kabul edildikten sonra da kamuoyunun bilgisine açık hâle gelmesinin hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirildiği görülmektedir.

Bu konuda öncelikle ifade etmek gerekir ki, fiilin salt yargı kararına/onayına dayanıyor olmasının başlı başına hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği açıktır. Fiil hukuka uygun olsa dahi fiil içeriğinin soruşturma dosyasında, iddianamede, dava dosyasında yer almak suretiyle alenileşmesinin ve kamuoyunun bilgisine açık hale gelmesinin mutlak olarak hukuka uygunluk nedeni sayılamayacağı da açıktır. Nitekim bu süreç içerisinde ve sayılan yollarla soruşturma

konusuyla ilgisiz kayıtların delil olarak dosyalara alınarak kişilik haklarının ihlal edildiği hususu uygulamada sıkça görülmektedir. Bu noktada gerek 132. maddenin ikinci fıkrasında tanımlanan suçun oluşumuna ilişkin olarak, gerekse aynı maddenin üçüncü fıkrasına eklenen 'hukuka aykırı olarak' ibaresi hakkındaki gerekçeler tümüyle hatalıdır, dahası bu durum söz konusu ihlallerin soruşturulması ile kovuşturulmasında yanlış yorum ve değerlendirmelere yol açacak niteliktedir.

2. fıkrada yer alan 'Fiilin basın ve yayın yoluyla işlenmesi hâlinde, ceza yarı oranında artırılır' hükmünün madde metninden çıkarılması, bireyin mahrem/sır alanını koruyan 'Özel ve Aile Yaşamının, Konutunun, Haberleşmesinin Korunması Hakları'nın, arama, ortam ve iletişimin dinlenmesi yoluyla yasalara ve amaca aykırı uygulamalarla adeta ortadan kalkmasına yol açmıştır. Son derece yaygın olarak işleniyor olmalarına karşın bu türden yasadışı fiillere ilişkin olarak herhangi bir yasal sürecin yaşanmıyor olması ve bu alanda yaptırımsızlığın geçerli olduğu dikkate alındığında, tasarıda yer alan düzenleme ile cezaların arttırılmasının uygulama yönünden bir yarar sağlamayacağı açıktır.

Bunun dışında uygulamada etkili olmayacak bu ceza artırımına dayanılarak diğer fıkralarda cezalar artırıldığı için, maddenin dördüncü fıkrasında yer alan, haberleşme içeriklerinin basın ve yayın yoluyla yayımlanması hâlinde cezanın artırılmasına ilişkin hüküm kaldırılmaktadır. Bu hükümle faili 'belirli olmayan' din-

lemelerin basın ve yayın yoluyla alenileştirilmesi (bu suçun faili en azından basın ve yayınlayan açısından belirlidir) hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir.

Sonuç itibarıyla bu alanda yaşanan yaygın ve ağır ihlalleri fiilen yaptırımsız kılarak meşrulaştıran düzenlemeler ve gerekçeleri başta Adil Yargılanma Hakkı (AİHS m. 6) olmak üzere Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması (AİHS m. 8) ilkelerine temelden aykırıdır.

MADDE 63- 5237 sayılı Kanununun 168 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “ve karşılıksız yararlanma” ibaresi yürürlükten kaldırılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

“(5) Karşılıksız yararlanma suçunda, fail, azmettiren veya yardım edenin pişmanlık göstererek mağdurun, kamunun veya özel hukuk tüzel kişinin uğradığı zararı, tamamen tazmin etmesi hâlinde kamu davası açılmaz. Açılmış olan kamu davası düşer, mahkûm olunan ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu fıkra hükmü uyarınca Cumhuriyet savcılığınca veya mahkemelerce verilen kararlar adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme beş yıl süreyle kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı veya mahkeme tarafından istenmesi halinde verilebilir. Bu fıkra hükmünden yararlananlar, beş yıl içinde bir daha karşılıksız yararlanma suçunu işlediklerinde etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamazlar.”

DEĞERLENDİRME

Düzenlemeye konu suç, yabancı ülke örneklerinin aksine hırsızlıktan çıkarılıp 'yararlanma'ya sokulmuştur. Öte yandan gasp, dolandırıcılık, hileli iflas, hırsızlık... gibi daha ağır suçlar etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanırken 'Hırsızlık malından bilerek yararlanma' suçu kapsam dışında kalmıştır. Adaleti zedeler nitelikteki bu düzenleme, suç ve ceza siyaseti yönünden 'ölçülülük' kuralına uymamaktadır. Mağdurun zararının giderilmesini sağlama, yargının iş yükünü azaltma gibi etkin pişmanlıktan beklenen yararların bu yolla engellenmesi bir başka sakıncadır.

MADDE 65- 5237 sayılı Kanununun 220 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarı oranında indirilir.

(7) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte ikiye kadar indirilebilir.”

DEĞERLENDİRME

Sunuş kısmında ifade edildiği üzere, bugün ülkemizde 'Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla' yapıl-

ması gerekenlerin en başında; yargı ve hukuk güvenilirliğini yurttaşların aleyhine olacak biçimde ve olumsuz yönde etkileyen, devlet lehine pozitif ayrımcılık yapmak suretiyle eşitsizlik ve dengesizlik yaratan özel yetkili mahkemelerin; gizli tanıklık, gizli soruşturma gibi kurumların; yine Anayasa hükümlerini, Anayasa'da birey hak ve özgürlükleriyle ilgili güvenceleri ortadan kaldıran düzenlemeleri içeren Terörle Mücadele Kanunu'nu yürürlükten kaldırmak gelmektedir.

Tasarıda bu kapsamda bir düzenlemeye gidilmemiş, örgüt üyeliği konusunda amaca hizmet etmeyecek kimi düzenlemelerle yetinilmiş, örgüt üyesi olunmasa da örgüt üyesi olarak kabul edilmek gibi son derece tehlikeli hükümler içeren TCK'nın 220. maddesi özü itibarı ile korunmuştur.

Öte yandan madde uygulamasında yaşanan en ağır sorun olan mükerrer ve ağır cezalandırmanın altının özellikle çizilmesi gerekmektedir. Uygulamada üye olmamakla birlikte örgüt adına birden fazla suç işleyen kişi, her fiille birlikte ayrı ayrı, diğer bir deyişle mükerrer olarak cezalandırılabilir. Bir başka çelişkili durum ise, birden fazla fiili nedeniyle failin esas fiilinin şikayete bağlı olması halinde, temel fiilinden dolayı cezalandırılmayan failin örgüt üyeliğinden dolayı mükerrer olarak cezalandırılabilmesidir. Örneğin yumruk atıp, kapı kıran fail, şikayete bağlı suç olması nedeniyle temel fiilden cezalandırılmadığı halde örgüt üyesi sayılmakta ve temel fiil kadar ceza alabilmektedir.

Bu nedenle cezada indirim sağlayan düzenleme en başta bu uygulama sorununa çözüm oluşturabilir içerikte değildir.

MADDE 66- 5237 sayılı Kanununun 248 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Soruşturma başlamadan” ibaresi “Durum resmi makamlarca öğrenilmeden” şeklinde değiştirilmiştir.

DEĞERLENDİRME

TCK'nın 248. maddesinde yer alan 'soruşturma başlamadan' ibaresi, bunun yerine getirilen 'durum resmi makamlarca öğrenilmeden' şeklindeki soyut ve belirsiz düzenlemeye göre suçta ve cezada kanunilik ilkesine daha uygun bir ibaredir. Resmi makamların keyfi değerlendirmesine yol açabilecek ibare aynı zamanda etkin pişmanlığı da bu keyfilik alanına terk etmiş olmaktadır. Örneğin kolluk istediği takdirde telefon tutanağı düzenleyip ihbar olarak kullanabilecektir.

MADDE 70- 5237 sayılı Kanununun 255 inci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Nüfuz ticareti

MADDE 255- (1) Kamu görevlisi üzerinde nüfuz sahibi olan kişinin, haksız bir işin yaptırılması amacıyla girişimde bulunması için, kendisine veya yönlendireceği kişiyi menfaat temin etmesi halinde, hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükümlenir. Kişinin kamu görevlisi olması halinde, verilecek hapis cezası yarı oranında artırılır. İşinin gördürülmesi

karşılığında veya gördürüleceği beklentisiyle menfaat sağlayan kişi ise, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Menfaat temini konusunda anlaşmaya varılması halinde dahi, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.

(3) İşin gördürülmesi amacıyla girişimde bulunmanın müstakil bir suç oluşturduğu hallerde kişiler ayrıca bu suç nedeniyle cezalandırılır.”

DEĞERLENDİRME

Düzenlemede yer alan ‘kamu görevlisi üzerinde nüfus sahibi olacak kamu görevlisi olmayan kişi’ tanımı subjektif nitelikte ve muğlak bir ifade olup, bu şekliyle haksızlıklara yol açabilecek içeriktedir.

Bu nedenle başka ülkelerde de benzeri düzenlemelerin bulunduğu mevcut TCK madde255 düzenlemesi ve ‘görevine girmeyen ve yetkili olmadığı bir işi yapabileceği veya yaptırabileceği kanaatini uyandırarak yarar sağlayan kamu görevlisi” tanımının aynen korunması yararlı olacaktır.

MADDE 71- 5237 sayılı Kanununun 277 nci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“Yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemeye teşebbüs

MADDE 277- (1) Görülmekte olan bir davada veya ya-

pılmakta olan bir soruşturmada, gerçeğin ortaya çıkmasını engellemek veya bir haksızlık oluşturmak amacıyla, davanın taraflarından birinin, şüpheli veya sanığın, katılanın veya mağdurun lehine veya aleyhine sonuç doğuracak bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemeye teşebbüs eden kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Birinci fıkradaki suçu oluşturan fiilin başka bir suçu da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır.”

DEĞERLENDİRME

TCK'nın 277.maddesi, yani 'Yargı görevi yapanı etkileme' suçu, fiil yönünden tasarıda 'teşebbüs' yoluyla tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Düzenleme ayrıca suçun faili, suça konu fiil, suçun sujesi yönünden subjektif değerlendirme ve suçlamalara yol açabilecek özellikler göstermektedir.

Uygulamada mevcut düzenleme dahi başta ifade özgürlüğü olmak üzere özgürlükler yönünden kısıtlayıcı olarak ve korkuyu arttıracak biçimde uygulanırken; tasarındaki düzenleme keyfi suçlamalara yol açacak niteliktedir. Her ne kadar gerekçede, iddia ve savunma hakkının kullanılması hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmekte ise de, uygulamada giderek artan biçimde bu kapsamda karşılaşılan ve savunma görevini

yapan avukatların dahi yüz yüze kaldığı keyfi soruşturma ve kovuşturmaların varlığı bu durumun tam aksini göstermektedir. Diğer taraftan gerekçede avukatlar yargı görevi yapanlar kapsamında sayılmakta ve fakat madde içerisinde avukatlardan söz edilmemektedir. Hal böyle iken madde metninde ‘savcılar ve avukatlar için’ bu suçun işlenemez suç olduğunu vurgulayacak ifadeler yer verilmemektedir. Bu durum uygulamada ‘avukatlara’ karşı suçlama yöneltmesine neden olabileceği gibi savunmanın etkisiz hale getirilmesi sonucunu da doğurabilecektir.

Maddenin 2. fıkrasında getirilen ‘Birinci fıkradaki suç oluşturulan fiilin başka bir suç da oluşturması halinde, fikri içtima hükümlerine göre verilecek ceza yarısına kadar artırılır’ hükmü içtima kuralları yönünden sorunludur. Fikri içtimada yasanın birden fazla maddesini ihlal eden eylem için en ağır yaptırım uygulanırken, bu fiile ilişkin cezayı yarı oranında arttırmak suç ve ceza siyaseti açısından hatalıdır. Ayrıca bu ağırlaştırmanın eylemin teşebbüs hali için öngörülmüş olması durumu daha da vahim kılmaktadır.

MADDE 73- 5237 sayılı Kanununun 285 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 285- (1) Soruşturmanın gizliliğini alenen ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu suçun oluşabilmesi için;

a) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğinin açıklanması suretiyle, masumiyet karinesinden yararlan-

ma hakkının veya haberleşmenin gizliliğinin ya da özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi,

- b) Soruşturma evresinde yapılan işlemin içeriğine ilişkin olarak yapılan açıklamanın maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellemeye elverişli olması,

gerekir.

- (2) Soruşturma evresinde alınan ve soruşturmanın tarafı olan kişilere karşı gizli tutulması gereken kararların ve bunların gereği olarak yapılan işlemlerin gizliliğini ihlal eden kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.
- (3) Kanuna göre kapalı yapılması gereken veya kapalı yapılmasına karar verilen duruşmadaki açıklama veya görüntülerin gizliliğini alenen ihlal eden kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır. Ancak, bu suçun oluşması için, tanığın korunmasına ilişkin olarak alınan gizlilik kararına aykırılık açısından aleniyetin gerçekleşmesi aranmaz.
- (4) Soruşturma ve kovuşturma evresinde kişilerin suçlu olarak algılanmalarına yol açacak şekilde görüntülerinin yayınlanması hâlinde, altı aydan iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
- (5) Soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin haber verme sınırları aşılmaksızın haber konusu yapılması suç oluşturmaz.”

DEĞERLENDİRME

TCK'nın 285. maddesinin yeniden yazılması ile soruşturma evresindeki belirli işlemlerin soruşturmanın belirli sujelerine karşı gizli tutulması gerektiği düzenlenmekte ve ihlali için yaptırım öngörülmektedir. Bu madde öncesinde de olduğu gibi AİHS'ne açıkça aykırıdır. Soruşturma aşamasında soruşturma savcısı ne biliyor ise savunmanın da onu bilmek hakkıdır. Zira savcılık makamına gizli olmayan bir husus savunma makamına da gizli olamaz. Aksini kabul etmek silahların eşitliği ilkesine aykırıdır.

MADDE 74- 5237 sayılı Kanununun 288 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“MADDE 288- (1) Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır.”

DEĞERLENDİRME

TCK'nın 288. maddesinde yapılan değişiklik de aynı amacı taşımaktadır. Bu madde ile avukatların müvekkilleri ile ilgili maddi gerçeği açıklama zorunluluğu suç olarak düzenlenmektedir. Buna karşın masumiyet ilkesinin ihlali bir yaptırıma bağlanmamaktadır.

MADDE 76- 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 101 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

“(2) Tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya bu husustaki bir tahliye isteminin reddine ilişkin kararlarda;

- a) Kuvvetli suç şüphesini,
- b) Tutuklama nedenlerinin varlığını,
- c) Tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu,

gösteren deliller somut olgularla gerekçelendirilerek açıkça gösterilir. Kararın içeriği şüpheli veya sanığa sözlü olarak bildirilir, ayrıca bir örneği yazılmak suretiyle kendilerine verilir ve bu husus kararda belirtilir.”

DEĞERLENDİRME

Tasarıda tutuklamaya ilişkin kararların gerekçesinin içeriği, adli kontrolün uygulanabilmesi için öngörülen üst ceza sınırının üç yıldan beş yıla çıkarılması gibi sonuca etkili olmayan düzenlemelere yer verilmiş olması amaca hizmet edici içerikte değildir.

Yapılan düzenlemenin gerekçesinde: ‘Hâkim veya mahkeme, tutuklamaya, tutuklamanın devamına veya tahliye isteminin reddine ilişkin karar verirken kuvvetli suç şüphesinin varlığını, tutuklama nedenlerinin varlığını ve somut olayda tutuklama tedbirinin ölçülü olduğunu somut olgularla gerekçelendirmek zorunda kalacaktır’ denilmekte ve bu suretle tutuklama ya da tutuklamanın devamına ilişkin kararların gerekçesine yasada yer

verilmektedir. Oysaki tutuklama nedenlerinin varlığı hususunda uygulama ile öğreti arasında önemli farklar mevcuttur. Öğretide işaret edilen hususlara tasarıda yer verilmemiş olması bizce hem önemli bir eksiklik, hem de hatalı bir tercihtir.

Tüm hâkim ve mahkeme kararlarının gerekçeli olması Anayasa (m. 141/3) ile CMK'da hüküm altına alınmıştır. AİHM de, gerekçesiz karar verilmesini, kanun yolunda savunma hakkının kısıtlanmasına yol açması nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırı bulmaktadır. Tutuklamaya ilişkin yasal düzenlemede ise, gerek savcıların tutuklama istemlerinde (CMK m. 101/1), gerekse hâkimlerin ve mahkemelerin tutuklama kararlarında (CMK m. 101/2) hukuki nedenlerin ve gerekçelerin gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Zira tutuklamada 'kaçma, saklanma, delilleri karartma, ilgililere baskı...' gibi olasılıklara soyut düzeyde itibar edilemeyeceği temel bir ilke olup bu olasılıkları somut ve fiili olarak destekleyen koşulların varlığı mutlak bir gerekliliktir. Hal böyleyken bu düzenlemeyle 'kararların gerekçelendirilmesi zorunda kalınacağı beklentisi yaratmak' doğru olmadığı gibi gerçekçi de değildir. CMK madde 100 düzenlemesinin katalog suçlara ilişkin hükümleri ve bu konuda süren uygulama karşısında bu düzenlemenin amaca hizmet etmeyeceği açıktır. Burada yapılması gereken şey tutuklama ve tutukluluğun devamı kararlarına karşı etkili bir 'çekişmeli yargı' yolunun açılmasıdır. Kanıtlarla ve olaylarla nedensellik bağı kuramayan, soyut gerekçelerle verilen tutuklama kararlarını yok sa-

yan bir üst inceleme mercii kurulmalıdır. AİHM çeşitli kararlarında bu konuyu vurgulamakta ve bu hususu etkili başvuru hakkının da bir gereği saymaktadır.

MADDE 77- 5271 sayılı Kanununun 109 uncu maddesinin birinci fıkrasında yer alan “üç” ibaresi “beş” şeklinde değiştirilmiştir.

DEĞERLENDİRME

CMK'nın 109. maddesi ile ilgili değişiklik önerisinde adli kontrol tedbirinin uygulanabilmesi bakımından öngörülen üç yıllık üst sınır tasarıda beş yıla çıkarılmaktadır. Bu suretle 'beş yıl veya daha az hapis cezasını gerektiren bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada, şüphelinin tutuklanması yerine adli kontrol altına alınmasına karar verilebileceği beklentisi yaratılması' gerçekçi ve doğru değildir.

CMK 100/1. maddede düzenlenen ölçülülük konusundaki emredici hükme, adli kontrole ilişkin CMK'nın 109. maddesindeki yasal düzenlemeye ve AİHM kararlarına karşın, uygulamada mevcut düzenleme uyarınca tutuklama yerine adli kontrol kararı verildiğine yok denecek kadar nadiren rastlanmakta, büyük çoğunlukla adli kontrol koşullarının bulunmasına karşın şüphelinin tutuklanmasına karar verilmekte ve yine tutuklamanın adli kontrole dönüştürülmesi istemleri reddedilmektedir. Bu nedenle ve Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Tutuklama Raporu'nda da vurgulandığı

üzere, adli kontrol uygulamasının sınırlanması değil, aksine CMK m. 109 düzenlemesinde adli kontrol için getirilmiş ‘üç yıl sınırlaması’nın kaldırılması ve bu yolla seçenek tedbirlerin uygulama alanının genişletilmesi gerekmektedir. (Bu konuda yasada adli kontrol önlemlerinin çeşitlendirilmesi ve hatta hakime başka alternatif kontrol tedbiri belirleme yetkisi dahi tanınmalıdır.) Buna karşın bu konuda da sonuca etkili olmayacağı bu günden öngörülebileceği üzere üst sınırdaki iki yıllık artışın çözüme katkı sağlayacağı söylenemez.

Bu konuda vurgulanması gereken bir diğer husus 1412 sayılı CMUK madde 104’de 1992 değişikliği ile gidilen düzenlemenin mevcut ve tasarıda önerilen düzenlemeye göre çok daha doğru olduğudur. Çünkü düzenleme ‘... tutuklama haksızlığa sebep olabilecekse veya tutuklama yerine bir başka yargılama önlemiyle amaca ulaşılabilecekse tutuklamaya karar verilemez...’ hükmünü taşımaktave adli kontrol tedbirini sınır olmaksızın tutuklamaya alternatif olarak düzenlemekteydi.

MADDE 78- 5271 sayılı Kanununun 188 inci maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

“Ancak Cumhuriyet savcısının esas hakkındaki mütalâasının zorunlu müdafinin de hazır bulunduğu duruşmada açıklanmış olması veya bu mütalâanın zorunlu müdafie yazılı olarak tebliğ edilmiş olması durumlarında, çocuklar hakkında görevlendirilmiş olanlar hariç olmak üzere, hukuken kabul edilebilir bir mazereti olmayan zorunlu müdafinin yokluğunda da karar verilebilir.”

DEĞERLENDİRME

Yine tasarıda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 'Duruşmada Hazır Bulunacaklar' başlıklı 188. maddesinde zorunlu müdafinin yokluğunda da karar verilebileceğini öngören değişiklik adil yargılanma ilkesine, savunma hakkına ve eşitlik hakkına açıkça aykırıdır.

Düzenleme gerekçesinde yer alan 'özellikle çok sanıklı ve karmaşık davalarda zorunlu müdafilerin değişik gerekçelerle karar duruşmasında bulunamaması nedeniyle karar verilmesine engel olmakta ve yargılamanın gereksiz uzamasına sebebiyet vermektedir' şeklindeki açıklama sorunlu bir açıklamadır.

MADDE 79- 5271 sayılı Kanunun 308 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

“(2) İtiraz üzerine dosya, kararına itiraz edilen daireye gönderilir.

(3) Daire, mümkün olan en kısa sürede itirazı inceler ve yerinde görürse kararını düzeltir; görmezse dosyayı Ceza Genel Kuruluna gönderir.

(4) Ceza Genel Kurulu, hukuka kesin aykırılık halleri saklı kalmak üzere incelemesini itiraz nedenleriyle sınırlı bir şekilde yaparak karar verir.”

DEĞERLENDİRME

Tasarıda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 308. maddesine eklenen fıkralar ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının re'sen veya istem üzerine Yargıtay Ceza Dairelerinden birisinin kararına karşı başvurduğu itiraz yolunda dosyanın Ceza Genel Kuruluna geldiği aşamada Ceza Genel Kurulunun hukuka kesin aykırılık halleri saklı kalmak üzere incelemesini itiraz nedenleri ile sınırlı bir şekilde yaparak karar vermesi öngörülmektedir. Bu düzenleme adil yargılanma ilkesine olduğu kadar ceza hukukunun ve ceza yargılamasının temel ilkelerinden olan re'sen araştırma ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ilkelerine de aykırıdır.

Dava ve cezaların ertelenmesi

GEÇİCİ MADDE 1- (1) 31/12/2011 tarihine kadar, basın ve yayın yoluyla ya da sair düşünce ve kanaat açıklama yöntemleriyle işlenmiş olup; temel şekli itibarıyla adli para cezasını ya da üst sınırı beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı;

- a) Soruşturma evresinde, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine,
- b) Kovuşturma evresinde, kovuşturmanın ertelenmesine,
- c) Kesinleşmiş olan mahkûmiyet hükümlerinin infazının ertelenmesine,

karar verilir.

- (2) Hakkında kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilen kişinin, erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığı veya düşme kararı verilir. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen soruşturma veya kovuşturmaya devam olunur.
- (3) Cezasının infazı ertelenen kişinin erteleme kararının verildiği tarihten itibaren üç yıl içinde birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlememesi hâlinde mahkûmiyet bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. Bu süre zarfında birinci fıkra kapsamına giren yeni bir suç işlenmesi hâlinde, bu suçtan dolayı kesinleşmiş hükümle cezaya mahkûm olduğu takdirde, ertelenen cezanın infazına kaldığı yerden devam edilir.
- (4) Bu madde hükümlerine göre cezanın infazının ertelenmesi hâlinde erteleme süresince ceza zamanaşımı durur; kamu davasının açılmasının veya kovuşturmanın ertelenmesi hâlinde, erteleme süresince dava zamanaşımı ve dava süreleri durur.
- (5) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmiş olması hâlinde dahi, bu madde hükümleri uygulanır.
- (6) Birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı verilmiş mahkûmiyet hükmünün infazının tamamlanmış olması hâlinde bu mahkûmiyet hükmüne bağlı yasaklanmış

hakların Adli Sicil Kanununun 13/A maddesindeki şartlar aranmaksızın geri verilmesine karar verilir.

- (7) Bu madde hükümlerine göre verilen kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararları adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.
- (8) Bu madde hükümlerine göre kamu davasının açılmasının, kovuşturmanın veya cezanın infazının ertelenmesi kararlarının verildiği hâllerde, bu suçlar Türk Ceza Kanununun erteleme ve tekerrüre ilişkin hükümlerinin uygulanmasında göz önünde bulundurulmaz.

DEĞERLENDİRME

Basın için bu yolla bir af getirilmek isteniyorsa, bunun kanun önünde eşitlik ilkesi açısından olduğu kadar, suç ve ceza siyaseti açısından da herkes için uygulanabilir nitelikte olması gerekir.

