



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

POLİS VAZİFE VE SALAHİYET KANUNU
İLE BAZI KANUN VE KANUN HÜKMÜNDE
KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA
DAİR KANUN TASARISI HAKKINDA
HUKUKİ GÖRÜŞ

Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu

20 Aralık 2014
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

ÖNSÖZ

Kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak anılan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı; insan hak ve özgürlüklerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulamaları ile bağdaşmayacak ölçüde kısıtlanmaları sonucunu doğuracak şekilde keyfiliğe kapı aralayacak olup; yöneticilere her türlü muhalif düşünce ve eylemleri demokratik olmayan yöntemlerle baskılama imkânı ve fırsatı verecek niteliktedir.

Bu paketle varılacak yer demokrasi değil, siyasi iktidara muhalif duruş sergileyen, hatta öneri getirmeye teşebbüs eden vatandaşların bastırıldığı, hapsedildiği farklı bir rejimdir. Paket, bizi, Cumhuriyet’in ilk gününden itibaren hedeflediği demokrasi idealinden biraz daha uzaklaştırmakta, farklı bir rejimin yapı taşlarını döşemektedir.

Konuya ilişkin hukuki görüşü hazırlayan değerli hukukçu Doç. Dr. Tuğrul Katoğlu’na ve Türkiye Barolar Birliği Yasa İzleme Merkezi’ne teşekkür ediyorum.

Saygılarımla.

Avukat Prof. Dr. Metin Feyzioğlu
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

POLİS VAZİFE ve SALAHİYET KANUNU ile BAZI KANUN ve KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMELERDE DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI HAKKINDA HUKUKİ GÖRÜŞ

Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı tarafından hazırlanması istenen bu görüş metninde, kamuoyunda “Güvenlik Paketi” ya da “İç Güvenlik Paketi” olarak da anılan **Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı**, temel hak ve özgürlükler ile ceza ve ceza muhakemesi hukuku açısından ele alınmıştır. Görüş metninde, Tasarı’daki tüm hükümler değil, temel hak ve özgürlükler açısından en sorunlu olanlara yer verilmiştir.

GENEL DEĞERLENDİRME

Kamuoyunda “İç Güvenlik Paketi” olarak da anılan Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı’nın en önemli özelliği kolluk yetkilerinin genişletilmekte oluşudur. Tasarı ile kolluğa, mevcut düzenlemelere göre geniş yetkiler verilmektedir. Kolluk yetkilerinin genişlemesi esasen olağanüstü hal rejimlerinde görülür. Olağan zamanlarda kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması açısından yeterli olan kolluk yetkileri, olağanüstü hal durumlarında genişler. Anayasa’ya göre ilan edilmiş

herhangi bir olağanüstü hal rejimi söz konusu olmamakla birlikte, Tasarı'da, kolluğa olağanüstü hal rejimlerini hatırlatan yetkiler verilmesi öngörülmektedir. Yani hukuki bir olağanüstü hal rejimi mevcut değilken fiili bir olağanüstü hal durumu yaratılmaktadır.

Öte yandan özellikle İl İdaresi Kanunu'na eklenmesi öngörülen hükümler ile, ceza muhakemesinin soruşturma evresinde adeta ikinci bir yetkili makam yaratılmaktadır. Bu çerçevede, ilde vali ilçede kaymakamın, "suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması" için gereken acele tedbirlerin alınması hususunda emir vermesi, kamu kurumlarının araç olanak ve çalışanlarından yararlanması ile ilgili düzenlemelerin öngörüldüğü 7. madde, soruşturma evresini iki başlı hale getirecektir. "Suçun aydınlatılması" esasen "bir suçun işlenip işlenmediği, işlendiyse kim ya da kimler tarafından işlendiği" sorularını yanıtlamaya yönelik ceza muhakemesi kapsamındaki bir faaliyettir. Soruşturma evresinde yetkili makam Cumhuriyet savcılığıdır. Önleyici kolluk faaliyeti suç öncesi aşamaya ilişkindir ve suçun işlenmesini engellemek amacına yönelik olup, idarenin görevine girer. Buna karşılık, suç sonrası faaliyetleri kapsayan ceza muhakemesi adli fonksiyon içindedir. Soruşturma evresi adli makamlar tarafında yürütülür ve yönetilir. Düzenleme, adli bir fonksiyonun idare tarafından ele geçirilmesi anlamına gelmektedir. Söz konusu düzenleme girişimi, Adli Kolluk Yönetmeliği'nde 2013 yılı Aralık ayında yapılan ve daha sonra Danıştay tarafından yürütülmesi durdurulan değişikliklere paraleldir. Hatırlanacağı gibi, Danıştay tarafından, idarenin itirazlarına karşın, yürütülmesi durdurulan hükümler arasında, kolluğun soruşturma evresindeki adli olayları ve bilgileri mülki amire derhal bildirmesinin öngörüldüğü düzenleme de vardır. Kolluğun, asıl ve gerçek

idari üstü olan mülki amirler karşısında savcıyla ilişkisine oranla emre daha açık durumda bulunacağı kuşkusuzdur. Belki de bu nedenle soruşturma evresinin asıl etkili makamu mülki amir olacaktır. Bu gelişmeler, adli makamlara güven duyulmadığı, adli fonksiyonun, idarenin eşliğinde ya da denetiminde yerine getirilmesinin tercih edildiği izlenimi yaratmaktadır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, mülki amirlere, suç unsuru belirleme, suç yaratma yetkisi verilmektedir. Bu tür düzenlemeler, suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin güvence altına alındığı Anayasa'nın 38. maddesine açıkça aykırıdır.

Tasarı'da çok dikkat çeken bir diğer düzenleme ise, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a yerleştirilmesi düşünülen EK 1. maddedir. Düzenleme ile, 4483 sayılı Kanun'a göre, ön inceleme, disiplin soruşturması ya da idari soruşturma yapmakla görevlendirilen kamu görevlilerinin bu görevleri ile ilgili faaliyetlerinden dolayı ancak idare aleyhine tazminat davası açılabileceği öngörülmektedir. Söz konusu kamu görevlilerinin kişisel kusurları bulunsa, davranışları haksız fiil teşkil etse dahi tazminat davaları idare aleyhine açılacak, derdest davalara da idare aleyhine devam olunacaktır. Söz konusu düzenleme girişimi, idare hukukunun temel esaslarından olan hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına aykırıdır. Kişisel kusur, idarenin değil, kusurlu davranan kamu görevlisinin sorumluluğunu gerektirir. Kamu görevlisinin haksız fiilinden ötürü idareyi sorumlu tutmak, kusurlu kamu görevlisini idare zırhı içinde korumak ve haksız fiile teşvik etmektir. Söz konusu düzenleme, pek yakında bazı idari soruşturmaların yapılacağı ve bu soruşturmaların her ne pahasına olursa olsun sürdürüleceği izlenimini vermektedir.

2559 SAYILI POLİS VAZİFE ve SALAHİYET KANUNU'NDA YAPILMASI ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Tasarı'nın ilk maddesinde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 4/A, 13, 15, 16 ve Ek 7. maddelerinde değişiklikler yapılması öngörülmektedir. Söz konusu değişiklikler, kişilerin üst, eşya ve araçlarının aranması, önleyici yakalama, tanık beyanlarının alınması, toplumsal olaylarda boyalı su kullanımı ile silah kullanımına ilişkindir.

Tasarı'nın ilk maddesinin ilk fıkrasında üst, eşya ve araç aramasına ilişkin değişiklik ve eklemeler öngörülmektedir. 2559 sayılı Kanun'un 4/A maddesinin altıncı fıkrasındaki mevcut düzenlemeye göre, durdurma tedbirinin uygulanması sırasında *"..kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez"*. Buna karşılık, Tasarı'nın ilk maddesinin ilk fıkrasına göre hükmün yeni metni şöyle olacaktır: *"Bu amaçla kişinin üzerindeki elbisenin çıkarılması veya aracın, dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin açılması istenemez. Ancak, el ile dıştan kontrol hariç kişinin üstü ve eşyası ile aracının dışarıdan bakıldığında içerisi görünmeyen bölümlerinin aranması; İçişleri Bakanlığı tarafından belirlenecek esaslar dahilinde mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı, acele hallerde sonradan yazıyla teyit edilmek üzere sözlü emriyle yapılabilir. Kolluk amirinin kararı yir-midört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur."*

Görüldüğü üzere, mevcut düzenlemeye göre durdurma tedbirinin uygulanması sırasında kişinin üstü ve aracının aranması yetkisi objektif bir biçimde sınırlandırılmışken önerilen düzenlemede bu sınırlandırma esasen kaldırılmaktadır.

Kişinin elbisesinin çıkarılamayacağı kabul edildikten sonra, “*el ile dıştan kontrol hariç*” kişinin üstünün aranacağı belirtilmektedir. El ile dıştan kontrol hariç, kişinin üstünün, eşyasının, aracının aranması için kolluk amirinin izninin gerektiği yönündeki bu ifadeden, el ile dıştan kontrolün hiç bir izne tabi olmadığı anlamı çıkmaktadır. Aynı şekilde, aracın dışarıdan bakıldığında görünmeyen bölümlerinin açılmasının istenemeyeceği kabul edildikten hemen sonra bu bölümlerde arama yapılması öngörülmektedir.

Durdurma sırasında arama tedbirine **kural olarak** mülki amirin görevlendireceği kolluk amirinin yazılı emriyle başvurulabilecektir. Ancak “*acele hallerde*”, sonradan yazılı olarak teyit edilmesi şartıyla kolluk amirinin sözlü emri yeterli olacaktır. İşin içine durdurma tedbiri girdi mi hemen her olayda “acele hal” istisnasına dayanılacağını kestirmek güç değildir. Bu durumda suç şüphesi dışındaki gerekçelerle de kolluk tarafından rahatlıkla uygulanabilen durdurma tedbiri kapsamında sözlü emirle üst araması, araçta arama mümkün olacaktır. Arama yaygınlaşacaktır. Kolluk amirinin kararının yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulmasının da zaten gerçekleştirilmiş bir arama uygulaması bakımından güvence sağlamayacağı açıktır. Üst araması yapıldıktan sonra hakimin bunu uygun görmemesinin üstü zaten aranmış kişi bakımından geçmişe yönelik bir güvence sağlamayacağı kesindir.

Madde gerekçesinde, önerilen düzenleme ile bu alandaki hukuksal boşluğun giderilmek istendiği belirtilmektedir. Mevcut durumda bu konuda bir **hukuksal boşluk yoktur**. Sadece temel hak ve özgürlüklerden yana farklı bir tercih söz konusu olup, düzenleme de bu tercih doğrultusundadır.

Tasarı'nın ilk maddesinin üçüncü fıkrasında, 2559 sayılı Kanun'un 15. maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir. Buna göre, polisin, müşteki, mağdur ya da tanık ifadelerini, bu kişilerin ikametgâhlarında ya da işyerlerinde alabilecekleri öngörülmektedir. İfade, şüphelinin kolluktaki ya da savcılıktaki beyanına verilen addır. Terim yanlış seçilmiştir.

Tasarı'nın ilk maddesinin dördüncü fıkrasında 2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinde değişiklikler öngörülmektedir. Bu değişiklikler, polisin, direnen kişilere karşı boyalı su kullanabilmesi ve silah kullanma yetkinse ilişkindir.

2559 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendine yapılan ekleme ile basınçlı ve/veya boyalı su kullanılabilmesine olanak tanınmıştır. Çeşitli olay ya da gösterilerde basınçlı ve kimyasal madde katkılı su kullanıldığı bilinmektedir. Boyanın yanı sıra kimyasal bir maddenin suya eklenmesi dolayısıyla pek çok kimsenin vücudunda alerjik ya da başka nedenlerden kaynaklanan tepkiler ortaya çıkmıştır. Hatta dönemin İstanbul Valisi, suya "ilaç" eklendiğini açıkça ifade etmişti. Suya eklenen maddenin bu tür sonuçlar yaratması, bir kolluk tedbiri kapsamında değerlendirilemez ve kasten yaralama suçuna vücut verir.

16. maddedeki ikinci değişiklik silah kullanma yetkisinin kapsamına ilişkindir. Madde'nin yedinci fıkrasına eklenmesi düşünülen (d) bendi ile, polisin "*kendisine veya başkalarına, işyerlerine, konutlara, kamu binalarına, okullara, yurtlara, ibadethanelere, araçlara ve kişilerin tek tek veya toplu halde bulunduğu açık veya kapalı alanlara molotof, patlayıcı, yanıcı yakıcı, boğucu, yaralayıcı ve benzeri silahlarla saldıran veya saldırıya teşebbüs edenlere karşı, saldırıyı etkisiz kılmak amacıyla ve etkisiz kılacak ölçüde*" silah kullanma yetkisi verilmesi öngörülmektedir.

Öncelikle, eklenmesi öngörülen bentteki durumların esasen meşru savunma hakkı kapsamında değerlendirileceği belirtilmelidir. Yedinci fıkranın (a) bendinde meşru savunma hakkından yararlanılması kapsamında silah kullanılabilmesi zaten kabul edilmiştir. Meşru savunma hakkı, esasen zorunlu durumlarda kişinin hem kendine hem de başkasına ait bir hakka yönelik hukuka aykırı saldırılara karşı, orantılı bir biçimde zor kullanabilmesidir. Dolayısıyla, kolluk aracına molotof kokteyli atılan olaylarda, araç içindekiler bakımından meşru savunmanın koşullarının oluşması durumunda zaten orantılı biçimde silah kullanma yetkisi vardır.

Önerilen bentte bazı vasıtaların ya da maddelerin sayılması, bu maddelerin kullanıldığı tüm olaylarda kategorik olarak silaha başvurulmasını teşvik edilebilecek niteliktedir. Halbuki bu tür vasıtaların kullanılması olasılığı bulunan olayların her birinde, silah kullanmanın zorunlu olup olmadığının somut olarak değerlendirilmesi gerekir.

Meşru savunmanın varlığı için kullanılacak zorun, saldırı ile orantılı olması, savunma ile ihlal edilen varlık ya da menfaat ile hukuka aykırı saldırının yöneldiği varlık ya da menfaat arasında bir denge bulunması gerekir. Önerilen bentte, insanların yanı sıra binalara yönelik saldırılara da yer verilmektedir. Bu binaların boş olması, insanlara zarar verilmesi olasılığının bulunmaması halinde, silah kullanımının ölçülü ya da orantılı kabul edilmesi her zaman mümkün olmayabilir.

Tasarı'nın 5. maddesinde, 2559 sayılı Kanun'un istihbari dinlemelerle ilgili Ek 7. maddesinde değişiklik yapılması öngörülmektedir. 5. maddenin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan ve gecikmede sakınca bulunan durumlarda idari makam tarafından verilen yazılı emirle dinleme kara-

rının yirmi dört saat içinde yetkili hakim onayına sunulmasının öngörüldüğü düzenlemede değişiklik yapılarak süre kırk sekiz saate çıkarılmaktadır. Bu şekilde hakim onayı olmaksızın kırk sekiz saat dinleme mümkün olacaktır. Bununla birlikte, Anayasa'nın 22. maddesinde, acele hallerde kanunla belirlenen yetkili merciin, haberleşmenin gizliliğine müdahale edebileceği, ancak bu merciin kararının yirmi dört saat içinde görevli hakimın onayına sunulacağı öngörülmüştür. Öneri, bu yönüyle Anayasa'ya aykırıdır.

Madde'de yapılması öngörülen bir diğer değişiklik, dinleme kararının onayına sunulacağı yargıçlık makamına ilişkindir. Mevcut durumda bu makam, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesi iken, önerilen düzenlemeye göre, bir Ankara ağır ceza mahkemesi üyesi yetkili kılınmaktadır. Madde gerekçesinde, bu değişikliğin, "*istihbarat faaliyetlerindeki gizliliğin korunması ve karar mekanizması ile denetimde etkinliğin sağlanması*" için yapılmak istendiği belirtilmektedir. Mevcut düzenlemede olduğu gibi, istemde bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi üyesinin yetkili olması halinde, gizliliğin neden korunamayacağı, karar mekanizmasının neden etkin olamayacağı belli değildir. Daha da önemlisi "denetimin etkinliği" ifadesidir. Bu ifadeden çıkan sonuç, Ankara ağır ceza mahkemesi üyesi dışındaki hakimlere bu açıdan güvenilmediğidir. Onaya sunma süresinin kırk sekiz saate çıkarılmasının muhtemel gerekçesi, onay makamının sadece Ankara ağır ceza mahkemesi üyesi olması ve kararların buraya gönderilmesi olsa gerektir.

Tasarı'nın 2. maddesi ile bu düzenlemelere paralel olarak 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun EK 5. maddesinde de değişiklik yapılması öngörülmektedir.

2911 SAYILI TOPLANTI ve GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİ KANUNU'NDA YAPILMASI ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Tasarı'nın 3. maddesiyle 2911 sayılı Kanun'da yapılmak istenen değişikliklerden ilki, kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü tanımına ilişkindir. Toplananlar ya da göstericiler tarafından bulundurulması halinde bir toplantı ya da gösteri yürüyüşünün kanun aykırı olmasına yol açan vasıta ya da maddeler arasına havai fişek de eklenmektedir. Zarar vermek amacıyla ya da bir silah gibi kullanılmayan havai fişegın dahi bir toplantı ya da gösteri yürüyüşünü kanuna aykırı hale getirmesi mümkün kılınmaktadır.

Tasarı'nın 3. maddesinin ikinci fıkrasında, "*Toplantı ve yürüyüşe silahlı katılanlar*" kenar başlıklı maddede öngörülen suç tanımı değiştirilmek istenmektedir. Mevcut suç tanımı, bu kenar başlığa uygun bir içeriğe sahiptir. Silah ve silah sayılan vasıtalarla toplantı ya da gösteri yürüyüşüne katılmak cezalandırılmaktadır. Önerilen değişiklik ile toplantı ve gösteriye sadece silahla katılanlar cezalandırılmakta, Terörle Mücadele Kanunu'na paralel biçimde, toplantı ya da gösteride çeşitli amblem ve işaretleri taşıyanlar, üniformayı andırır giysiler giyenler, kimliklerini gizlemek için yüzlerini kapatanlar, kanunların suç saydığı afiş, pankart gibi nesnelere taşıyanlar, slogan atan ve ses cihazları ile böyle ifadeleri yayınlayanlar da cezalandırılmak istenmektedir. Böylece **toplantı ve gösteri yürüyüşleri bakımından da terör rejiminin uygulanması gündeme gelmektedir.**

Sınır tanımaksızın kullanılabilen, kimi olaylarda konutlara, kapalı alanlara dahi atılabilen biber gazı kapsüllerinden korunmak için gaz maskesi ya da kask takanlar, muhalif bir

ifadeyi dile getirmek için simgesel bir maske kullananlar da, yüzlerini kapattıkları için iki yıl altı ay ila dört yıl arasında hapis cezasına mahkum edilecek midirler?

Öte yandan sadece suç tanımı genişletilmekle kalmamakta, mevcut durumda altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülürken bu ceza, silahla katılanlar ya da yüzlerini kapatanlar bakımından iki yıl altı ay dört yıl arasında belirlenmektedir.

Önerilen metnin (b) bendinde, mevcut 23. maddede de yer alan “**yasadışı topluluk**” ifadesine yer verilmiştir. Ceza kanunlarında “yasadışı topluluk” tanımı yoktur. Halbuki önerilen suç tanımında yasadışı toplulukların amblem ve işaretlerini taşımaktan bahsedilmektedir. Bu tür düzenlemeler, keyfi cezalandırmanın önünü açacaktır. Kanunlarda tanımlanmamış bir kavrama dayanarak ceza müeyyidesi öngörülemez ve uygulanamaz. Aksi yönde düzenleme, Anayasa’nın 38. maddesinde güvence altına alınan suç ve cezalarda kanunilik ilkesini ihlal eder.

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU’NDA YAPILMASI ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (CMK) yapılması öngörülen en önemli değişiklikler, gözaltı tedbirine ilişkindir. Tasarı’nın 6. maddesinin ilk fıkrası ile, CMK’nun 91. maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere, yeni bir dördüncü fıkra eklenmektedir. Eklenmesi önerilen dördüncü fıkrada, bu fıkrada sayılan suçlar bakımından, sadece suçüstü halleriyle sınırlı olmak üzere, mülki amirlerin belirleyeceği kolluk amirleri tarafından yirmidört saate kadar, “şiddet

olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırksekiz saate kadar” gözaltına alma kararı verilebilmesi öngörülmektedir.

Yine, önerilen bu fıkra uyarınca, gözaltı kararının nedeninin ortadan kalkması ya da “işlemlerin tamamlanması” üzerine derhal ya da en geç yirmi dört ve kırk sekiz saatlik sürelerin sonunda Cumhuriyet savcısına yapılan işlemler hakkında bilgi verilerek talimatı beklenecektir. Kişi, serbest bırakılmadığı taktirde en geç kırk sekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hakim önüne çıkarılacaktır.

Kolluk tarafından gözaltına alınan kişiler hakkında da gözaltına ilişkin hükümlerin uygulanması fıkranın son cümlesinde kabul edilmiştir.

Karar Veren Makam Bakımından: Bu düzenleme ile, sayılan suçlar bakımından soruşturma evresi çift başlı hale getirilmektedir. Mülki amirin belirleyeceği kolluk amiri gözaltına alma kararı verecektir. Hem mülki amiri hem de kolluk amirini, soruşturma evresinde yetkili konumuna getiren, Cumhuriyet savcısının fonksiyonunu elinden alan bir düzenleme söz konusudur.

1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK ile, gözaltına alma kararı verme yetkisi, kolluktan alınarak Cumhuriyet savcısına verilmiştir. Bu düzenlemenin en önemli nedeni, gözaltı sürelerine uyulmaması ve gözaltında işkence ile kötü muamele olaylarıdır. Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından pek çok davada, uzun gözaltı süreleri, gözaltında işkence ve kötü muamele gerekçeleriyle mahkum edilmiştir. Bu nedenle, gözaltı kararı verme yetkisi Cumhuriyet savcısına tanınarak, yaşam hakkı, kişi

dokunulmazlığı ve kişi özgürlüğü ile adil yargılanma hakkı güvence altına alınmak istenmiştir. Tasarı ile, daha da ağır-laştırılmış bir eskiye dönüş söz konusudur.

Gözaltı Süreleri Bakımından: CMK'nun mevcut 91. maddesinin ilk fıkrasında gözaltı süresi yirmi dört saat, hakim önüne gönderme süresi ise on iki saat olarak belirlenmiştir. Buna karşılık, kolluğun kişiyi gözaltında tutacağı süre yirmi dört saat iken, hakim önüne gönderme süresi yirmi dört saati bulabilecektir. Zira önerilen fıkrada, *“..kişi en geç kırksekiz saat, toplu olarak işlenen suçlarda dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır”* denmektedir. Yani kolluk amiri tarafından gözaltı kararı verilmesi halinde, hakim önüne çıkarılma süresi on iki saatten yirmi dört saate uzatılmaktadır. Kişinin özgürlüğü savcı kararı olmaksızın toplamda kırk sekiz saat kısıtlanmış olacaktır.

Cumhuriyet savcısının verdiği gözaltına alma kararı bakımından hakim önüne çıkarma süresi en fazla on iki saat iken, kolluk amiri tarafından gözaltı kararı verilmesi halinde bu süre yirmi dört saati bulacaktır. **Kolluk amiri, savcıdan güçlü kılınmaktadır.**

Toplu suçlarda ise, gözaltı süresi kırk sekiz saat olarak öngörölmüş, şüphelilerin dört güne kadar hakim önüne çıkarılmamasının yolu açılmıştır. CMK'nun 91. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca toplu suçlarda gözaltı süresi Cumhuriyet savcısının yazılı emriyle birer günü geçmemek üzere en fazla üç gün süreyle uzatılabilirken, kolluğa kırk sekiz saatlik bir yekpare süre verilmiş, savcının müdahalesine de engel olunmuştur. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi'nin uzun gözaltı sürelerinin kötü muamele tehlikesini artırdığı görüşünü benimsediğı kararları unutulmamalıdır.

Savcıya Haber Verilmesi Bakımından: Fıkırada, gözaltına alma kararının ve gözaltı işleminin Cumhuriyet savcısına derhal bildirilmesi öngörülmemiştir. Sadece gözaltı nedeninin ortadan kalkması ya da “işlemlerin tamamlanması” (her ne demek ise) durumunda haber verme yükümlülüğü kabul edilmiştir. Sürenin sonunda haber verilmesi durumunda, savcının talimatı beklenirken gözaltı süresi aşılabilir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin altı saatlik bir süre aşımını dahi kişi özgürlüğünün ihlali olarak kabul ettiği unutulmamalıdır.

Söz konusu değişiklik önerisi, Türkiye'nin insan haklarına ilişkin acı tecrübesini dikkate almayan, sıkıyönetim, olağanüstü hal dönemleri ve Devlet Güvenlik Mahkemelerini hatırlatan bir öneridir. Genel değerlendirmede de belirtildiği üzere kolluk yetkilerinin genişletilmesi anlamına gelmektedir. Bazı Batı devletlerinin hukuk düzenlerinde benzer kolluk yetkilerinin bulunması, insan hakkı ihlallerine ilişkin sicili bu devletlerin çok ötesinde kabarık olan Türkiye bakımından kaygı duyulmaması için yeterli ve geçerli bir neden değildir.

Tasarı'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasında, CMK'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrasında sayılan ve işlendiklerinden şüphe edilmesi halinde tutuklama nedenlerinin var sayılabileceği suçlara yeni suçlar eklenmektedir. CMK'nun 100. maddesinin üçüncü fıkrası zaten mevcut haliyle ağır eleştirilere konu edilip, Anayasa'nın 19. maddesine aykırılığı vurgulanırken bu fıkraya yeni suçlar eklemek, bu suçların işlendiğinden şüphe duyulan hallerde kategorik olarak tutuklama kararı verilmesini adeta beklemek, istemek anlamına gelmektedir. Eklenmesi düşünölen suçlar 2991 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 33.

maddesinde, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde öngörülen suçlardır. Tasarı ile söz konusu suçların kapsamının değiştirildiği, bazı cezaların ağırlaştırıldığı da hatırdadır tutulmalıdır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 33. maddesine ilişkin değişiklik önerisindeki sorunlara yukarıda değinilmiş, toplantı ve gösterilere terör rejimi uygulanmasının öngörüldüğü belirtilmişti. Tutuklama ile ilgili değişiklik önerisi bu düzenlemelerle birlikte değerlendirilmelidir.

5442 SAYILI İL İDARESİ KANUNU'NDA YAPILMASI ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Tasarı'nın 7. maddesinin ilk fıkrası ile, İl İdaresi Kanunu'nun 11. maddesine (G), (H) ve (I) fıkralarının eklenmesi öngörülmektedir. Eklenmesi öngörülen (G) fıkrası uyarınca "*Vali, lüzumu halinde, kolluk amir ve memurlarına suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması için gereken acele tedbirlerin alınması hususunda doğrudan emirler verebilir. Kolluk, bu emirleri mevzuatta belirlenen usule uygun olarak yerine getirir*". (I) fıkrası uyarınca, ilçede kaymakamlar da bu yetkileri kullanabilecektir.

Genel değerlendirmede de belirtildiği üzere, ilde vali, ilçede kaymakamın, "suçun aydınlatılması ve suç faillerinin bulunması" için gereken acele tedbirlerin alınması hususunda emir vermesi, kamu kurumlarının araç olanak ve çalışanlarından yararlanması ile ilgili düzenlemelerin öngörüldüğü 7. madde, soruşturma evresini iki başlı hale getirecektir. "Suçun aydınlatılması" esasen "bir suçun işlenip işlenmediği, işlendiyse kim ya da kimler tarafından işlendiği" sorularını yanıtlama amacını taşıyan ceza muhakemesinin kapsamında yer alan bir faaliyettir. Soruşturma evresinde

yetkili makam Cumhuriyet savcılığıdır. Önleyici kolluk faaliyeti suç öncesi aşamaya ilişkindir ve suçun işlenmesini engellemek amacına yönelik olup, idarenin görevine girer. Buna karşılık, suç sonrası faaliyetleri kapsayan ceza muhakemesi adli fonksiyon içindedir. Soruşturma evresi adli makamlar tarafında yürütülür ve yönetilir. Düzenleme, adli bir fonksiyonun idare tarafından ele geçirilmesi ve kolluk yetkilerinde genişleme anlamına gelmektedir. Düzenlemenin, bu yönüyle kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu kuşkusuzdur.

Tasarı'nın 7. maddesinin ikinci fıkrası ile, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 66. maddesine bir fıkra eklenmektedir. 5442 sayılı Kanun'un 66. maddesinin mevcut hali uyarınca, "İl genel kurulu veya idare kurulları yahut en büyük mülkiye amirleri tarafından kanunların verdiği yetkiye istinaden ittihaz ve usulen tebliğ veya ilan olunan karar ve tedbirlerin tatbik ve icrasına muhalefet eden veya müşkülât gösterenler veya riayet etmeyenler, mahalli mülki amir tarafından **Kabahatler Kanununun 32 nci maddesi hükmü uyarınca cezalandırılır**".

Eklenmek istenen ikinci fıkraya metni şöyledir: "Ancak, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylara yönelik olarak alınan ve usulüne göre tebliğ veya ilan olunan **karar ve tedbirlere aykırı davrananlar, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır**. Şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması durumu ilde vali, birden çok ili kapsıyorsa İçişleri Bakanı tarafından tespit edilir".

Görülebileceği üzere, 66. maddenin mevcut halinde emirlere aykırılık kabahat fiili olarak cezalandırılmaktadır. Tasarı ile getirilmek istenen ikinci fıkrada, idari kararlara ve tedbirlere aykırılık hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yani bu karar ve tedbirlere aykırılık suç olarak kabul edilmektedir.

Dolayısıyla, idari makamlara, suçun unsurlarını gösterme yetkisi verilmek istenmektedir. Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca suç yaratmak ve ceza öngörmek yasama organının tekelindedir. Suç ve cezalarda kanunilik ilkesi uyarınca idarenin kararları ve düzenleyici işlemleriyle suçun unsurları belirlenemez. Anayasa'nın 6. maddesi uyarınca, hiçbir devlet organı kaynağını anayasada bulmayan bir devlet yetkisini kullanamaz. Anayasa'nın 7. maddesi uyarınca yasama yetkisi, TBMM'nindir ve bu yetki devredilemez. İdari makamlara suçun unsurlarını, ceza müeyyidesi tehdidinde bağlanmış yasağın kapsamını belirleme yetkisi veren kanunlar anayasaya aykırıdır.

Bu haliyle öneri, mülga Türk Ceza Kanunu'nun 526. maddesinde öngörülmüş olan yetkili mercilerin emirlerine aykırılık suçuna ilişkin düzenlemeye benzemektedir. Bu maddede, yetkili mercilerin karar ve emirlerine aykırılık cezalandırılmakta idi. Mevcut ceza kanununda bu yöntem, suç ve cezalarda kanunilik ilkesi dolayısıyla terk edilmiştir. Mülga ceza kanununun 526. maddesindeki düzenleme, Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesiyle kabahat fiiline dönüştürülmüş, bir idari ihlal olarak kabul edilmiş ve idari yaptırıma bağlanmıştır. İl İdaresi Kanunu'nun mevcut 66. maddesi de, bu anlayış doğrultusunda 2008 yılında değiştirilerek Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesine gönderme yapılmakla yetinilmiştir.

Bu yönüyle Tasarı mülki amirlere, suç unsuru gösterme yetkisi vermekte, böylece adli fonksiyonun yanı sıra yasama fonksiyonun da idare tarafından paylaşılması tehlikesi ortaya çıkmaktadır.

4483 SAYILI MEMURLAR ve DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN YARGILANMASI HAKKINDA KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN DEĞİŞİKLİKLER

Tasarı'nın 38. maddesi ile, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a yerleştirilmesi düşünülen EK 1. madde, idare hukukunun esasları arasında yer alan hizmet kusuru-kişisel kusur ayrımına aykırıdır.

Düzenleme ile, 4483 sayılı Kanun'a göre, ön inceleme, disiplin soruşturması ya da idari soruşturma yapmakla görevlendirilen kamu görevlilerinin bu görevleri ile ilgili faaliyetlerinden dolayı ancak idare aleyhine tazminat davası açılabileceği öngörülmektedir. Söz konusu kamu görevlilerinin kişisel kusurları bulursa, davranışları haksız fiil teşkil etse dahi tazminat davaları idare aleyhine açılacak, derdest davalara da idare aleyhine devam olunacaktır. Kişisel kusur, idarenin değil, kusurlu davranan kamu görevlisinin sorumluluğunu gerektirir. Kamu görevlisinin haksız fiilinden ötürü idareyi sorumlu tutmak, kusurlu kamu görevlisini idare zırhı içinde korumak, hukuka aykırı soruşturmalar yürütmeye ve haksız fiil işlemeye teşvik etmektir.

Doç. Dr. Tuğrul KATOĞLU
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi